Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45e1

GRUNDLINJER I SKADESTÅNDSRÄTTEN

SENARE DELEN, BD II:2

Tryckt som manuskript

FÖRELÄSNINGAR

ÖVER VALDA DELAR AV OBLIGATIONSRÄTTEN

IV

GRUNDLINJER I SKADESTÅNDSRÄTTEN

SENARE DELEN

STRIKT ANSVAR

BAND II:2

INNEHÅLLER — UTOM FRÅGOR OM FARLIGHETS- OCH PRINCIPAL-ANSVAR SAMT JURIDISK KAUSALITET — DISKUSSION MED USSING SAMT MIN SYN PÅ JURIDIKEN SOM VETENSKAP

AV

A. V. LUNDSTEDT

PROFESSOR EM. VID UPPSALA UNIVERSITET

ALMQVIST & WIKSELL

UPPSALA

Almqvist & Wiksells
BOKTRYCKERI AKTIEBOLAG
UPPSALA 1953

Sjuksköterskan Hillie Lundstedt-Rabe

IN MEMORIAM

Förord.

I vad som rör skadeståndsrätten har detta arbete väsentligen legat i det skick, vari det nu utgives, alltsedan sommaren 1950. En mängd svåra frågor på skadeståndsrättens område har jag av tids- och utrymmesbrist helt måst lämna åt sidan. I själva verket har jag — och det endast nödtorftigt — blott hunnit belysa min egen positiva uppfattning avseende förut behandlade skadeståndsfrågor: principalansvaret och farlighetsansvaret. Det senare har föranlett mig att rätt mycket uppehålla mig vid dansk och framför allt norsk rättspraxis, som för övrigt även blivit något berörd i samband med principalansvaret. Särskilt genom min syn på farlighetsansvaret har jag fått anledning ytterligare belysa vad jag kallar culpa-regeln i min version (den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen) och ännu något närmare, än jag gjort förut, gå in på frågan om s. k. juridisk kausalitet.

Tyngdpunkten i arbetet, vilken jämte annat bidragit till dess försenade utgivande, anser jag ligga i vad jag sökt få fram av min totalsyn på rätten såsom ett slags maskineri, låt vara att en väsentlig del av mekanismen drives — i stället för med handkraft, ånga, elektricitet och motorer — med psykologiska impulser, uppståndna på skilda vägar på grund av människonaturen och verkande som drivfjädrar på handlingssätt, vilka i sin tur kunna ha en mängd skilda psykologiska verkningar, allt på ett säreget sätt hållet under kontroll — genom lagstiftning, rättskipning och domsverkställighet — så att människorna kunna leva i ett samhälle, i det hela konstruerat i enlighet med deras behov, intressen och önskningar, ledande dessa slutligen till vad jag kallar vissa tongivande sociala värderingar, som bliva bestämmande för samhällsbyggnaden.

Allt dylikt har jag skrivit om i föregående arbeten. Jag tar upp det här delvis på ett annat sätt än jag har gjort förr, i hopp om att kunna visa läsaren, att avståndstagandet från den traditionella juridiken icke är så enkelt, som man i allmänhet synes tro. Man har i själva verket icke vunnit någonting i saklighet blott genom att säga, att man t. ex. icke tror på culpa-regeln såsom avseende skadeståndet såsom rättvis

vedergällning, icke tror på rättigheter och rättsplikter, rättsnormer, rättsstridighet och rättsenlighet, utan att man blott använt sådana ord som termer etc. Det duger icke att blott avlägga det yttre höljet. En fullkomlig omgestaltning av vad som ligger därunder måste ske. Rättsideologien med sina tusenåriga rötter är icke något ytligt. Den *kan* man icke med vetenskapligt resultat befria sig från utan att ha något *annat, som icke heller är ytligt,* att sätta i stället. Det är icke mången modern eller radikal rättsvetenskapsman, som beaktat detta. Man talar visserligen fullkomligt ärligt om att man befriat sig från rättsideologien. Det talet är emellertid i allmänhet blott subjektivt men icke objektivt täckt.

Hur rötterna till den nuvarande samhällsordningen — som jag i allmänhet kallar för rättsmaskineriet — i den västerländska civilisationens länder sträcka sig tillbaka genom tiderna kan ingen ha annat än mycket hypotetiska föreställningar om. Men vi känna dock med hjälp av historiska kunskaper, genom kritik av rättsideologien och på grund av psykologiska erfarenheter tillräckligt för att få en trovärdig allmän bild av hur det nutida rättsmaskineriet faktiskt fungerar (delvis också vilka faktorer, som kunna vara av betydelse för dess utveckling i den eller den riktningen). Den argumentation, som jag i detta ämne förut framlagt och här söker, särskilt i formellt hänseende, komplettera, leder fram till den rättsvetenskapliga metod, som jag kallar samhällsnyttemetoden. Enligt mitt förstånd giver denna sig av sig själv, därest den bild av rättsmaskineriet, som jag argumenterat och argumenterar för, är i det hela riktig. Denna bild kan icke refuseras, utan att man visar upp att argumentationen på någon väsentlig punkt är ohållbar. Såvitt min — möjligen icke tillräckligt stora — kännedom om rättslitteraturen räcker, har intet framkommit, som är ägnat att försvaga argumentationen ifråga.

Till och med en så djupgående kritiker av rättsideologien som Jaehner har i sin »Mythos vom Recht», såvitt jag förstår, icke lyckats tränga tillräckligt djupt för att befria sig från densamma på ett sådant sätt, att han blivit i stånd att giva några hållbara anvisningar för en empiriskt arbetande rättsvetenskap. Jag medgiver, att han kommit långt i sin kritik; likväl tvingas han släpa med sig en metafysisk grundstomme, som måste göra det omöjligt för honom att få fram vad han vill, nämligen grunderna för en empirisk rättsvetenskap. Jag anser det därför vara viktigt att i lämpligt sammanhang beröra denna Jaehners skrift, som runnit alltför obeaktad förbi i rättslitteraturens ström.

Under nedskrivande av dessa rader får jag tillgång till en nyutkommen bok, »Skadeståndsrätt», av justitierådet Hjalmar Karlgren. Eftersom jag själv måst utelämna så många hithörande frågor, är jag glad,

att denna nyttiga skrift kommit ut. Karlgren upprepar emellertid där (från SvJT 1938) i en not bl. a., att det icke förhåller sig så, »såsom *Lundstedt* framhärdar i att vilja tro, att enligt härskande åsikt *motivet*, *grunden* till culparegeln skulle vara att söka däri, att det ur moralsynpunkt e. dyl. är 'rättfärdigt', att skadestånd utgår då vederbörande genom sin vårdslöshet ådagalagt 'skuld'; i varje fall ha de flesta nutida jurister icke denna utgångspunkt (jfr *Ussing* s. 82)». Ett sådant uttalande visar, att auktor icke tillfullo satt sig in i min rättsåskådning. Jag skall tillåta mig närmare utveckla detta påstående i behörigt sammanhang. Jag har nämnt saken redan här som särskilt stöd för min mening om behovet av att jag söker ytterligare klarlägga grundlinjerna i min rättsåskådning. Tyvärr är det nu för sent för mig att, utöver s. 189 ff. här nedan, kunna beakta Karlgrens nyutkomna skrift.

Det hade egentligen varit riktigare av mig, om jag nu hade lämnat ansvarsfrågor helt åsido och uteslutande ägnat mig åt att utreda vad jag, trots allt, såsom jag nyss anmärkte, anser vara tyngdpunkten i detta arbete. Enligt min ringa mening skulle jag då ha kunnat giva ett bidrag, kanske icke alldeles utan värde, till rättsvetenskapens utveckling. När jag förstod detta kände jag mig dock på grund av årens tyngd icke ha tillräcklig kraft för att helt lägga om min arbetsplan och uppskjuta vad jag redan hade utarbetat i ansvarsfrågor, för att medtaga detta jämte en del övriga skadeståndsproblem i ett senare verk. Hade jag icke på grund av en tillfällighet låtit mitt mera ingående studium av Ussings recension i slutet av 1949 av Bd II: 1 och följaktligen också min diskussion med honom, s. 27—67 här nedan, anstå så länge (ända till långt in på 1950), så skulle den skrift jag nu står i begrepp att publicera ha fått ett väsentligen annat innehåll. Såsom det nu är, står jag i allt fall i stor tacksamhetsskuld till Ussing, som aldrig tröttnat på min besvärliga »efterhängsenhet», utan även ägnat mitt sist tryckta arbete sitt värdefulla kritiska intresse. Genom vad han i den nämnda recensionen utfört har han i viss grad bidragit till möjligheten för mig att, efter vad jag vågar tro, få fram vad jag verkligen menar, denna min mening må sedan för forskarna framstå såsom i det hela acceptabel eller icke. Det var också, såsom torde framgå av det sagda, min diskussion med Ussing, som kom mig att förstå vikten av att jag i denna skrift — så gott jag förmådde efter dess redan fortskridna utarbetande — sökte framhålla de allmänna linjerna för min syn på juridiken som vetenskap och på denna vetenskaps metod.

Genom den omläggning av arbetet, som sålunda skett, har jag måst utesluta bl. a. en behandling såväl i anslutning till vår rättspraxis som

»de lege ferenda» av frågan om arbetsgivares ansvar för skada, som förorsakats person i hans tjänst genom annan hos honom anställd person. Detta sörjer jag dock icke så mycket över. Den, som godkänner min rättsåskådning och metod, kan troligen utveckla nämnda fråga vida bättre än jag själv. Däremot är jag ledsen över att icke ha fått tillfälle ägna mig åt spörsmålet om möjliga principer för begränsning av skadeståndets belopp. Vid principalansvaret framträder det karakteriserat på ett särskilt sätt, nämligen vid frågan om mellanhandens ansvarighet emot den skadelidande, resp. regressplikt mot principalen, sedan denne erlagt skadeståndet. Här skall jag — dock ingalunda så grundligt som jag önskat — beröra saken. Men jag hinner inte i dess allmänhet taga upp hela problemet, vars krav på lösning så att säga ligger i luften. Så länge detta problem alltjämt är olöst förefaller det, som om domstolarna stundom måste kunna råka i särdeles prekära situationer och nödgas döma på ett för dem själva motbjudande sätt. Vad nu sist berörts är något annat än skadeståndets begränsning till »adekvat» eller »beräknelig» skada, en fråga som det för övrigt också skulle ha varit av intresse att få ventilera, om tiden därtill medgivits. — Ytterligare en fråga har jag måst förbigå, nämligen vad som kunde vara att hänföra till s. k. vis major i den mening, att därigenom uppkommen skada icke borde omfattas av farlighetsansvar utanför den allmänna ansvarsregeln (om vilket begrepp nedan s. 12 och 208 f.). Frågan syntes mig å ena sidan sakna större praktisk betydelse och skulle å andra sidan ha tagit rätt mycken tid i anspråk.

I undersökningen av förhållandet mellan principal och mellanhand eller actor (vid principalansvar) har jag givit en rätt utförlig behandling av engelsk »common law», oaktat jag ganska ingående ägnat mig åt denna i Bd I. Den ursprungliga anledningen härtill var tillkomsten av några rättsfall, som icke voro mig tillgängliga, när jag skrev Bd I. Ett par av dessa rättsfall gjorde ändring i »common law» beträffande sjukhusförvaltnings ansvar för skada å patient, förorsakad genom läkares eller sjuksköterskas culpa. Bortsett från nytillkomna »cases», ansåg jag det också viktigt att göra vissa påpekanden angående enligt min mening ohållbara uttalanden i »common law» beträffande förhållandet mellan »master» och »servant». — Beträffande principalansvaret i tysk och schweizisk rätt, som jag förut blott mera parentetiskt berört (i Bd II: 1), har jag under ifrågavarande rubrik (förhållandet mellan principal och actor) jämväl berört några utanför rubriken fallande frågor. — Genom ett rent missöde, vars detaljer icke kunna vara av intresse, förbigick jag vid Bd I det amerikanska Law Institute's Restatement of agency och

Restatement of torts. Jag påmindes om detta förbiseende genom Ussing, Farlig Virksomhed, som också där gav mig anvisning på ett par amerikanska författare. För fullständighetens skull har jag på vissa ställen berört nu antydda litteratur, som dock i det hela endast bekräftar vad jag i fråga om Amerika sagt i Bd I, om farlighets- och principalansvar.

Jag gjorde en omarbetning av mitt manuskript för en uppsats (i Försäkringsjuridiska Föreningens skriftserie) om bl. a. sjukhusförvaltnings ansvar för läkare och sjuksköterskor i engelsk rätt. Jag begagnade därefter denna omarbetning i föreliggande band. Även en stor del av vad jag här utför angående juridisk kausalitet har publicerats på annat ställe (i Festskrift til Professor, Dr. Juris Henry Ussing, 1951).

Detta arbete är, liksom mina föregående, uteslutande att betrakta såsom rättsvetenskapligt, icke rättsfilosofiskt. Man missförstår mig, om man tror mig fullfölja rättsfilosofiska syften. Jag har visserligen ofta fört resonemang, som skulle kunna hänföras till rättsfilosofi. Men detta har städse skett endast på grund av nödvändigheten att skaffa en hållbar grund för rättsvetenskapligt ståndpunkttagande på de områden, som jag behandlat. Såsom jag ser på den nutida juridiken med dess ur saklig, om ock icke på samma sätt ur formell, synpunkt djupa förankring i rättsideologin, har en sådan kontakt med rättsfilosofiska frågor — varvid jag, som väl de flesta rättslärda ha sig bekant, byggt på vissa Axel Hägerströms tankar — helt enkelt varit oumbärlig för den av mig bedrivna rättsvetenskapen. Och jag anser mig i detta sammanhang särskilt böra, i anslutning till vad jag i början av detta »Förord» sagt, framhäva, att jag själv menar, att mina argumenteringar för skilda ansvarsprinciper måste vara av ganska underordnad art i jämförelse med de tankelinjer, som jag här nedan, s. 68–200, och i föregående skrifter utvecklat såsom min syn på juridiken som vetenskap. Nämnda argumenteringar utgöra blott försök till tillämpning av den metod, som framgår av min rättsvetenskapliga grundåskådning och som jag kallar för samhällsnyttemetoden. Min egen övertygelse om riktigheten i det väsentliga av min rättsåskådning och om den på denna grundade metodens lämplighet måste självfallet vara på ett helt annat sätt och djupare grundad än min åsikt, att de resultat, vartill just jag i skilda avseenden kommit vid metodens tillämpning, äro de för samhällsekonomien bästa eller lyckligaste. *En* rättsvetenskapsman ensam kan icke — åtminstone icke, om han har min allmänna läggning — med hjälp av sina studier och sin erfarenhet i övrigt ha lyckats förvärva en så omfattande överblick över mängden av faktorer, vartill hänsyn måste tagas, att han vore i stånd att uppställa acceptabla ansvarsprinciper på de vidsträckta fält

av skadeståndsrätten, varom fråga är. Hans omdömesgillhet, hans värderingskapacitet, kan icke heller vara homogen. Den måste vara mer eller mindre växlande, allteftersom det gäller det eller det mera begränsade området inom det stora ämnets rayon. Vad som i allmänhet måste krävas för åstadkommande av för samhället nyttiga ansvarsprinciper är en samverkan mellan rättsvetenskapens och judikaturens män, ävensom, naturligtvis, en samverkan mellan dessa kategorier inbördes, vartill så å ömse håll i mån av behov kommer utnyttjandet av redan tillgänglig eller för ändamålet anskaffad expertis utanför juristernas krets.

Det torde stå i viss överensstämmelse med vad jag nu sagt, att min avsikt icke varit att söka giva några fullständiga utredningar i de frågor om ansvar, som jag inlåtit mig på. Jag har egentligen blott önskat belysa min metod och därvid då samtidigt söka giva ett bidrag till rätten »de lege ferenda» i sådana frågor, som jag *hunnit* komma in på.

Ytterligare önskar jag i detta sammanhang påpeka, att jag naturligtvis icke betraktar mina erinringar (nedan på skilda ställen å s. 87–97) om värderande verksamheter inom skilda vetenskaper utanför juridiken såsom grundade på vetenskapliga studier. De äro icke att betrakta såsom avseende annat än för envar, som reflekterar däröver, uppenbara faktiska förhållanden. Några djupsinnigare frågor har jag för mitt ändamål alls icke behövt gå in på. Bland de vetenskaper jag därvid icke nämnt är historien. Denna har uteslutits icke därför, att jag övertygats om, att denna ens som nutida vetenskap vore helt fri från värderingar, utan därför att sakens utredning också blott för mitt syfte skulle ha blivit alltför omständlig. Se emellertid exempelvis Aspelin s. 132–192.

Vad jag i Bd II: 1 bl. a. pläderade för, nämligen den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen, av mig också kallad culpa-regeln i min version, har jag i detta arbete småningom kommit att kalla blott den allmänna ansvarsregeln eller den allmänna skadeståndsregeln, stundom förkortat till den allmänna regeln. Jag har ofta fört vissa resonemang utifrån förutsättningen av denna regels giltighet. Det har därvid stundom förefallit mig onödigt, att direkt påpeka, att förutsättningen brister.

Den rättsideologiska termen ansvar har jag använt liksom i Bd I och II: 1. Men i förevarande arbete har termen, vid behandlingen av s. k. juridisk kausalitet, kommit att avse icke blott civilt utan även kriminellt ansvar.

En del upprepningar, föranledda delvis av den långa tid som jag måst använda på författandet av denna bok, har jag låtit kvarstå, fastän jag upptäckt dem i god tid. Några av dessa upprepningar ha för övrigt

gjorts avsiktligt till underlättandet av läsningen av arbetet, särskilt med tanke på möjligheten, att detta kunde komma att intressera jämväl en del av den vid de juridiska fakulteterna studerande ungdomen.

I fråga om anmärkningar i övrigt på grund av formella brister i denna bok får jag säga nästan ordagrant detsamma som i Förord till Bd I s. XIV. I vissa avseenden, såsom ifråga om interpunktering och litteraturhänvisningar, äro anmärkningarna tyvärr troligen ännu mera befogade beträffande nu föreliggande band, som skrivits delvis under särskilt ogynnsamma förhållanden.

Här önskar jag också nämna, att i rättsfallsförteckningarne i slutet av arbetet medtagits jämväl de rättsfall, vilkas innebörd blott blivit antydd. Dels anser jag detta kunna ha en viss betydelse för forskare, som möjligen begagna arbetet; dels har jag på detta sätt undgått en alltid mer eller mindre godtycklig prövning.

Manuskripten till de två föregående banden av »Strikt ansvar» hade jag förmånen få genomlästa av herr professorn i processrätt juris doktorn Karl Olivecrona. Denna gång ansåg jag mig icke böra söka övertala honom att besvära sig med att göra mig samma utomordentligt stora tjänst. Anledningen därtill var, att jag visste honom vara strängt upptagen av utgivandet dels av sin bok »Penningenhetens problem» och dels av en engelsk upplaga av vissa Axel Hägerströms rättsfilosofiska skrifter under titeln »Inquiries into the nature of law and morals». Vad detta senare arbete angår har översättningen gjorts av professor C. D. Broad i Cambridge, icke blott filosof av internationellt rykte utan även synnerligen skicklig stilist. Hägerström har i allmänhet uttryckt sina djupgående tankar på ett språk, som näppeligen kan sägas vara lättläst, snarare motsatsen. Vid läsningen av det engelska verket får man icke sällan intrycket att förstå innehållet lättare än genom den svenska texten.

Trots professor Broads för en utlänning lika ovanliga som beundransvärda kunskaper i vårt språk skulle dock en så skickligt utförd edition av Hägerströms rättsfilosofi icke ha varit möjlig utan samarbete med en svensk vetenskapsman med intim kännedom om denna filosofi. Här har Olivecrona under ett arbete, som pågått i flera års tid, nedlagt en ofantlig möda, bestämd av ett osjälviskt intresse för saken; och detta vid sidan av andra tyngande åligganden. Såsom framgår av professor Broads förord, har samarbetet gått till så, att Olivecrona mening för mening jämfört översättningen med den svenska texten och antecknat allt som kunde förefalla diskutabelt samt framställt alternativa förslag. Sedan anmärkningarna och förslagen granskats av översättaren, har den

slutliga texten fastställts, allt detta per brev. På detta sätt har säkrats, att översättningen, såvitt det varit möjligt, i varje detalj skulle komma originalets reella mening så nära som möjligt. Det råder intet tvivel om, att resultatet blivit lyckat och att det genomgående är Hägerströms verkliga tankar, som tack vare Broads och Olivecronas samarbete återgivits i den engelska volymen. Till arbetet hörde slutligen att kollationera korrekturets nära 400 sidor mot manuskriptet, vilket utfördes av Olivecrona och hans maka.[1]

Denna engelska edition av Hägerströms rättsfilosofi har tillkommit helt och hållet på professor Olivecronas initiativ. Detta känner jag mig såsom den s. k. Hägerströmkommitténs ordförande manad offentligen uttala. Och jag begagnar tillfället att också till honom offentligen framföra ett tack för vad han genom denna storartade insats gjort för utvecklingen av en verklighetstrogen rättsvetenskap. Det är min tro, att denna tacksamhetsskuld med tiden kommer att erkännas överallt i den civiliserade världen.

Under författandet av detta band har jag i bortåt tre år åtnjutit ekonomiskt understöd från Institutet för Rättsvetenskaplig Forskning. Jag frambär härmed till dess styrelse min vördsamma och djupa tacksamhet. — För täckande av kostnaderna för arbetets utgivande har jag erhållit bidrag av allmänna medel, i anledning varav jag ber att få uttala ett vördsamt tack till herr statsrådet och chefen för ecklesiastikdepartementet Ivar Persson, till dåvarande t. f. universitetskanslern herr professor emeritus juris, filosofie och odontologie doktorn Thore Engströmer samt till herr universitetskanslern teologie och filosofie doktorn Arthur Thomson.

Vad angår Uppsala Universitetsbibliotek, där jag hösten 1953 hoppas få påbörja mitt tolvte arbetsår, önskar jag ordagrant uttala samma ord av djup tacksamhet, som jag gjorde i förordet till Bd II: 1. Skulle jag tillägga något därutöver, kunde detta icke innefatta annat än ytterligare ett understrykande av den tacksamhet jag känner mot alla dess tjänstemän med herr överbibliotekarien filosofie doktorn Tönnes Kleberg i spetsen och ett framhävande av att jag vid nu föreliggande arbetes tillkomst stannar i samma obeskrivliga tacksamhetsskuld till herr förste bibliotekarien filosofie doktorn Elof Colliander, som jag försökte giva uttryck åt vid tillkomsten av Bd II: 1.

Uppsala i december 1952. *V. Lundstedt.*

[1] Här kan meddelas den upplysningen, att professor Broads manuskript samt hela brevväxlingen mellan honom och professor Olivecrona deponerats i Uppsala universitets bibliotek.

P. S.

Herr lektorn filosofie doktorn Martin Fries har haft den stora godheten genomläsa en del av korrekturet till detta arbete. Jag tackar honom hjärtligt härför liksom för de korrigeringar, som föranletts av hans anmärkningar. Sådant tack riktar jag också till herr filosofie magistern Bengt Wennström för ett värdefullt påpekande av filosofisk art.

Man får en helt annan överblick över sitt arbete, när detta föreligger i korrektur. Mycket skulle jag nu vilja ha omskrivet. Mycket skulle jag också ha önskat att få tillägga till ytterligare belysning av de frågor, som jag tagit upp till diskussion. Också finner jag, att korrekturet utvisar åtskilliga oklarheter och brister i distinktioner, vilka svagheter jag icke på samma sätt uppfattade vid genomgången av manuskriptet. Men arbetet måste nu förbli i det skick, vari det är.

Något som bl. a. gör mig besviken, när jag nu genomgår korrekturet, är intrycket av vad jag skrivit såsom »Observandum a.» å s. 195—197. Det är icke så, att min åsikt blivit oriktigt framställd. Men jag är rädd, att jag icke varit tillräckligt utförlig för att göra mig fullt förstådd i denna kardinalpunkt i min syn på rätten (jfr s. 59, 120, 156, 194 p. 5). Jag har ofta i fantasien försökt finna en träffande bild för att åskådliggöra min åsikt om rättsmaskineriet på ett sådant sätt, att denna åsikt icke skulle kunna undgå att uppfattas av läsaren. Försöken ha emellertid skett förgäves. Det maskineri, som representeras av t. ex. ett slagskepp eller en atlantångare i en torrlagd docka, ligger där onekligen som dugligt föremål för en fackmannamässigt utförd undersökning och beskrivning; likaså står ett lokomotiv eller en automobil, uppkörda på vad i senare fallet kallas smörjbrygga eller dyl., till förfogande för samma ändamål. Men sådana maskinerier kunna icke utan vidare användas som bilder till belysning av *rättsmaskineriet*. Experten på rättsmaskineriet måste söka så att säga visuellt lyfta upp detta över honom själv i och för dess undersökning. Ty i *själva* detta maskineri *som sådant* ingå — såsom det väsentligaste och centrala — *levande* faktorer, nämligen *människorna*, vilka genom sina handlingssätt utgöra både kraftproducenter och drivhjul, kugghjul, kuggar etc. D. v. s. rättsmaskineriet består huvudsakligen i handlingssätt, vilka i enlighet med människornas såväl psykiska som fysiska natur växelvis påverka och påverkas av varandra (se t. ex. s. 7, s. 66, 73, 125, 144 f. m. fl.). De förra maskinerierna äro *såsom sådana* — d. v. s. utan hjälp av *utanförstående* människors verksamhet — *döda* maskinerier. Med denna olikhet sammanhänger svårigheten att i dem finna slående bilder till illustrering av rättsmekanismen. De döda

maskinerierna *kunna* (och måste) av fackmännen undersökas och beskrivas från en position, som ligger *utanför maskineriet självt* såsom maskineri betraktat. Den åter, som skall i egenskap av expert bidraga till undersökning och beskrivning av rättsmaskineriet, lever själv mitt i detta, utgörande en mer eller mindre obetydlig drivfjäder eller kugge i maskineriet. Det gäller för en sådan expert att, såvitt det är honom möjligt, vid undersökningen tänka sig *ut ur* rättsmaskineriet, *ut ur* samhället, följaktligen såsom en därutanför stående iakttagare. Lyckas han icke tillfullo därmed, då riskerar han att i högre eller lägre grad förlora ur sikte vissa *förutsättningar* för människornas liv såsom samhällsvarelser. Detta har jag i föregående skrifter (möjligen även i denna) uttryckt så, att rättsvetenskapsmannen vid koncipierandet av sin rättsåskådning plägar »tappa bort sina egna förutsättningar». Nu berörda förbiseende betraktar jag som den viktigaste orsaken till också den »modernaste» juridikens misstag.

Ytterligare någon skrift i denna serie kommer jag inte att giva ut. Jag är ledsen över att Obligationsbegreppet II: 1 icke följts av II: 2. Denna lucka i serien skulle jag kanske vara i stånd att utfylla. Men om jag överhuvud finge tillfälle att ytterligare göra något åt mina »Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten», då skulle jag vilja upprätta och publicera ett sakregister till dem. Utan ett sådant är det fara värt, att den eljest kanske möjliga nyttan av dem blir så ringa, att det icke kan dröja länge, innan de helt råka i glömska.

I sista ögonblicket före tryckningen har jag ansett mig böra införa ett »Tillägg» å s. 554 ff.

Uppsala i oktober 1953.

V. Lundstedt.

Inledande ord.

Numera, med den översvämning också på den vetenskapliga bokmarknaden, som i våra dagar i ständig stegring äger rum, måste det inträffa vida oftare än förr, att mer eller mindre betydelsefulla vetenskapliga sammanhang, som utretts i böcker, förbli obekanta, därför att böckerna förbli olästa eller — om lästa — likväl icke begrundade av dem, som kanske haft särskilda förutsättningar att intressera sig för och söka förstå sammanhangen ifråga. Detta gäller förmodligen i högre grad om viss rättsvetenskaplig litteratur än annan. I allt fall har rättsvetenskapen i det hela alltjämt icke frigjort sig från ovetenskapliga metoder, i vilka man — medvetet eller icke — bygger på rättsideologisk grundåskådning och följaktligen låter leda sig av den s. k. rättvisan (natural justice). För skrifter av en författare, som till sin huvuduppgift gjort att visa upp odugligheten i denna rättvisemetod, har man ofta föga eller intet djupare intresse. Men också bortsett från dessa speciella förhållanden riskerar en rättsvetenskaplig författare, åtminstone av min kategori, att få se sina alster drunkna i de stora bokfloderna. Ty det ligger i sakens natur, att man icke *kan* hinna överblicka och tillägna sig innehållet i all litteratur inom så stora områden av rättsvetenskapen, som det här är fråga om. Detta gäller naturligtvis mig själv icke mindre än andra. Man måste göra ett urval av den hithörande litteraturen och därefter mera ingående uppehålla sig vid vissa utvalda arbeten. Detta urval sker naturligtvis ofta efter »skumning», d. v. s. ett mer eller mindre ytligt genomögnande av de till ämnet hörande skrifterna. Går jag till mina egna arbeten och läser vad som därefter utkommit i den svenska litteraturen, finns det ingen anledning antaga, att auktorerna — med en del undantag — verkligen tagit mera ingående notis om mina skrifter. Citaten från dessa äro antingen alltför allmänt hållna eller missvisande. När dåvarande docenten Hedenius utgivit sin bok »Rätt och moral» (1941), visade jag omedelbart upp i en rad särskilt annonserade föreläsningar, att Hedenius' uttalanden — vilket värde de än månde kunna ha ur filosofisk synpunkt — vore utan intresse för juridiken, enär han missförstått såväl den dominerande rättsvetenskapen som den kritik,

som under de senaste årtiondena riktats mot densamma här i Sverige. Dessa föreläsningar utgav jag i början av 1942 under titeln »Det Hägerström-Lundstedtska misstaget». Det finns grund förmoda, att icke ens de personer, som haft särskild anledning studera denna skrift — nämligen de som haft att vid skilda tillfällen såsom tillkallade sakkunniga bedöma Hedenius' rättsfilosofiska meriter — verkligen genomläst min ifrågavarande kritik.[1] En av dessa sakkunnige påstod, att Hedenius med sin skrift fört den rättsfilosofiska forskningen framåt. I en artikel till Hedenius' förhärligande gycklade samme sakkunnige i en veckotidning med min skrift utan att antyda dess verkliga innehåll. Nyligen skrev en person: »Inom svensk juridik har sådana strömningar (med krav på ökad metodisk stränghet) också inspirerats av Lundstedts viktiga juridiska insatser.»[2] Dessa ord äro mycket, kanske alltför mycket erkännsamma. Men någon egentlig kontakt med min åskådning har förf. icke etablerat. Han anser sig uppenbarligen kunna besvara frågor om juridiken som vetenskap, om rättens natur, om rättsregler och om rättighetsbegreppet utan att taga någon ställning till vad jag just i dessa hänseenden skrivit under decenniernas lopp, ja, utan att nämna att hela mitt författarskap under de sista 30 åren framför allt angått just dessa frågor.[3] Min kritik, offentligen börjad 1920 och alltjämt pågående, av den överallt använda rättvisemetoden och min kamp för en socialt grundad metod inom rättsvetenskapen finns icke nämnd i Ahlanders bok. Jag torde dock vara den förste rättsvetenskapsman som pläderat för en sådan metod *med insikt om att den är logiskt oförenlig med varje rättsideologisk föreställning.*

Det svensk-juridiska intresset för mina utredningar belyses också därav, att Bd II: 1, som utkom i slutet av 1948, blott blivit föremål för en liten kort notis i SvJT. I notisen sades visserligen, att arbetet skulle bli föremål för en anmälan. I skrivande ögonblick har en dylik likväl ännu icke synts till. Sannolikt har man icke funnit någon recensent, som haft tid att läsa boken. Självfallet är detta icke någon anmärkning mot den välredigerade tidskriften.[4] Det visar blott, att någon lämplig

---

[1] Ungefär samtidigt hade Olivecrona utgivit skriften *Lagens imperativ.* Vid denna skrift fogade han en delvis ur andra synpunkter än mina företagen, ytterligt skarpsinnig »Vidräkning med docenten Hedenius». Denna vidräkning har förmodligen blivit lika litet beaktad som min nämnda bok.

[2] Ahlander, s. 81.

[3] Man läse Ahlander t. ex. s. 139 (första stycket) jfd med s. 156 ff. — Angående Ahlanders ifrågav. arbete se för övrigt Olivecrona, Lic., samt här nedan s. 177 ff.

[4] I särskilt sammanhang har arbetet för övrigt fått ett mycket förnämligt omnämnande i tidskriften. Se SvJT 1952 s. 502 f.

recensent icke anmält sig, följaktligen att juristintresset i landet icke räcker till för en sådan bok.

I en 1949 utkommen festskrift (tillägnad hovrättspresidenten jur. dr Karl Schlyter) hade jag skrivit en artikel »Judikatur på avväg». Jag visade där, att en dom (NJA 1948 s. 28) — därest min rättsmetod vore användbar — var ur vetenskaplig synpunkt ohållbar. Detta var det egentliga syftet med artikelns innehåll. Festskriften anmäldes i SvJT. Förmodligen av artighet mot mig ville därvid anmälaren icke förbigå mitt namn. Det nämndes, men intet om artikelns egentliga innehåll, d. v. s. om att man — såvitt jag förstod — i samtliga instanser dömt efter ovetenskaplig metod och att domen följaktligen vore ur vetenskaplig synpunkt ohållbar. Det torde dock näppeligen finnas någon, rättsvetenskapligt bildad eller lekman, som vore hågad söka visa, att mina synpunkter icke stode sig gentemot domskälen. Men synpunkterna ifråga har recensenten tydligen inte tänkt sig ha något större intresse för tidskriftens publik.

Jag tager ytterligare ett exempel från svenska språket men utanför vårt lands gränser: finländaren Ek, som i sin disputationsavhandling[5] angivit sig ha känt till mina ditintills utkomna skrifter. Om jag har fört fram något nytt och av intresse för juridiken som vetenskap, har denne auktor verkligen lyckats helt och hållet gå förbi detsamma. Han går aldrig in på de grundtankar, som jag velat föra fram. Han hänvisar stundom till mig, vanligen i klump med andra, och då till stöd för ytliga påståenden (s. 14, 25, 50, 73, 92 f.). Min verkliga tankegång går han aldrig in på. Såsom så många andra synes han tro, att min egentliga kritik av rättsstridighetsbegreppet ligger i påvisandet av cirkeln i idéen, att rättstvånget (straff eller skadestånd) skulle förutsätta rättsstridighet, alldenstund denna icke kunde påvisas på annat sätt än därigenom att situationen vore sådan, att rättstvång kunde utdömas. Denna cirkel har påvisats av andra före mig och säkerligen varit (åtminstone halvt) medveten för mången rättstridighetsteoretiker, som dock på grund av den vetenskapligt katastrofala konsekvensen avhållits från att gå in på saken. Nu äro emellertid här två omständigheter att lägga märke till, vilka gjorde det meningslöst för mig att åberopa mig på föregångare. Redan i samband med mitt påpekande av cirkeln ifråga gav jag — till skillnad från mina »föregångare» — *förklaringen* till att varje verkligt försök att använda rättstridighetsbegreppet måste stranda på en sådan användnings cirkelartade karaktär (varom nedan s. 35 ff.). Vidare har man att

---

[5] Ek, Utomobligatoriskt etc.

observera, att min ifrågavarande anmärkning mot rättstridighetsbegreppet ingår som nr 6 bland de 8 anmärkningar, som jag i pedagogiskt syfte sammanfört i Obligationsbegreppet II: 1, s. 198 ff. Denna sammanfattning grundar sig till väsentlig del på min kritik av straffrättens grundåskådningar, som jag utförde i tvänne skrifter av 1920 och 1921. Saken är den, att om man kände dessa utredningar, om man vidare beaktat vad jag utfört till kritik av rättighetsbegreppet och av rättsideologien i övrigt, inkl. vad jag kallar rättvisemetoden, och om man slutligen satt sig in i den socialt grundade metod, vars linjer jag framlagt åratal före Eks nu berörda bok, så bleve det logiskt omöjligt att göra något som helst bruk av rättstridighets- och rättsenlighets-begreppen i något som helst avseende inom juridiken. Det är därför svårt att hålla sig allvarsam, när Ek, stödjande sig på annan auktors uttalande, deklarerar, att denne auktor »träffat det riktiga när han säger att ett cirkelslut här ej torde väcka större betänkligheter och ... att en sådan osjälvständighet hos culpabegreppet (!) i själva verket är ofrånkomlig».[6] Cirkelslutet är ju en bagatell (varav man visserligen stundom låtit lura sig) i jämförelse med hela övertron på rättstridighetschimären, som griper djupt in i den rättsideologiska strukturen av det maskineri, som vi kalla rätten. För fullständighetens skull må för övrigt beaktas, att Eks framställning — såvitt min åskådning indragits i densamma — blivit oklar, därigenom att han låter ett och samma cirkelslut avse användningen av såväl »rättstridighet» som culpa, därvid förbiseende att jag ifråga om denna såsom utgörande en rättvis grund för skadeståndstvånget påvisat, att resonnemanget innefattar en *petitio principii* av helt annat slag än den cirkel jag påvisat i fråga om rättstridigheten.[7]

Oupplyst om min åskådning visar sig Ek jämväl vara, när han säger sig begagna tillfället att — i likhet med mig och vissa andra auktorer — reservera sig mot »tanken om rättsnormerna såsom uttryck för en egenartad mystisk, förpliktande vilja». Det är icke fråga om någon mystisk vilja, säger han, utan om mänsklig vilja eller vilja av vanlig beskaffenhet. »Självklart måste mänsklig vilja tilläggas *någon* betydelse vid rättsnormers tillblivelse», heter det, liksom också att »alla sociala regler ... utgöra produkter av mänsklig vilja».[8] Ek har alltså undgått att märka, att det i min åskådning varken finns plats för rättsnormer (eller rättsregler i av honom tänkt mening). Föreställningarna därom bero på

---

[6] Ek, Utomobligatoriskt s. 93.

[7] Se bl. a. Culpa-Regeln s. 112 och jfr därmed vad som sägs i Obligationsbegreppet II: 1, s. 200–202 (eller Misstaget, s. 57 f.), vilket är något helt annat.

[8] Ek, Utomobligatoriskt noten å s. 14 f.

ideologisering av de fakta och skeenden, som jag kallar rätts- eller samhällsmaskineriet. Tror man på rättsnormer (eller därmed analoga rättsregler), då är intet vunnet med att förneka en mystisk överindividuell vilja. Tvärtom; ideologiseringen: rättsnormer, drager obönhörligen med sig en annan ideologisering: en *enhetlig* vilja, i allt fall något överindividuellt såsom subjekt för rättsnormerna.

Också när det förefaller, som om Ek verkligen önskade med sin tanke uppehålla sig vid vad jag sagt, blir denna önskan icke realiserad. Han skriver t. ex. följande.

»Att culparegeln i alla fall icke var främmande ens för tidig germansk rätt har stundom framhållits, senast av *Lundstedt*. I själva verket, säger *Lundstedt*, var det icke ens i tidig germansk rätt fråga om annat än primitiva, outvecklade föreställningar om skuld-vedergällning. Då förfinade vedergällningsföreställningar senare gjorde sig gällande, formulerades culparegeln som bärande princip, och fall av sådan ansvarighet, som enbart grundades på förorsakande, utan att avseende tillika behövde fästas vid psykologiska moment, karakteriserades såsom undantag från nyss nämnda huvudgrundsats. — Det skall icke förnekas, att denna tanke som sådan förefaller bestickande. Men innan den godtages, är det skäl att söka verifiera den medelst fakta. Och därvid finner man, att tanken visserligen i många fall leder till ett riktigt resultat, men att detta likväl långt ifrån alltid är fallet. Man må blott erinra sig några av de exempel *Bienenfeld* citerar, t. ex. fällning av träd, skada uppkommen genom anläggande av dike, brunn och gärdesgård, genom att skjuta åt ett håll där man till följd av skymd utsikt ej kan se någon människa, skada uppkommen under brobygge, för att omedelbart inse det godtyckliga och direkt oriktiga i att, i fall sådana som de nämnda, söka förklara eventuell skadeståndsskyldighet alltid hava sin grund i vårdslöshet och oaktsamhet. Enbart den oförmånliga, och för vederbörande säkerligen ofta också högst överraskande följden av trädets fall, gärdesgårdens eller dikets existens, brunnsgrävningen m. m. kan svårligen, såsom regel, betecknas som culpos; gjorde man nämligen det, vore ju här, såvitt vi kunna förstå, fråga om en ren fiktion.»[9]

Jag hade påpekat, att skadeståndstvånget efter culparegeln betraktades såsom en rättvisligen förtjänt reaktion på svarandens klandervärda handlingssätt, varigenom han ådragit sig skuld. »Häremot kan icke invändas», fortsatte jag,

»att i ännu äldre tider hos t. ex. de germanska folken (för övrigt även hos både greker och romare) tvångsreaktioner skett oberoende av *vad vi kalla skuld*. I själva verket var det i dessa äldre tider ävenledes icke fråga om något annat än föreställningar om skuld-vedergällning, men om mera primitiva sådana, i det att *blotta orsakssammanhanget — oberoende av den subjektiva inställningen* — till skadan troddes involvera skuld (eller annan förorening) och därmed vedergällningsgrund. Det är senare, så att säga förfinade vedergällningsföreställningar — med tanken att skulden förutsatte orsakssammanhang mellan skadan och gär-

[9] Ek, Utomobl., s. 107 f.

ningsmannens *sinnelag* — som ligga i bakgrunden för hävdandet av culparegeln såsom själva principen och det strikta ansvaret såsom undantag från denna princip.» (Alla kursiveringar, utom den sista, gjorda här.[1])

Vad jag så kortfattat som möjligt här vill ha påpekat är att, fastän i äldre tider skadeståndstvånget icke förutsatte skuld i nutida mening, så betraktades det likväl såsom en förtjänt vedergällning (eller såsom något varigenom man befriades från en förorening, ådragen enligt romersk rättsåskådning vid tiden före och vid tillkomsten av *lex Aquilia* genom *iniuria*). Utan att närmare gå in på saken avsåg jag att taga avstånd från schablonmässiga talesätt, innefattande att skuld- eller culparegeln vore mera väsenskild från äldre germansk rätt än den faktiskt var. Saken är den, att i denna äldre rätt *orsakandet såsom sådant* — visserligen utan sträng konsekvens — *betraktades som skuld* i mening av vedergällningsgrund, oavsett om situationen var sådan, att handlingssättet fölle under skuld- eller culpa-regeln i en senare tids mening. Eks invändningar visa följaktligen, att innebörden av mitt uttalande undgått honom.

Ek säger, att regelmässighetstendensen (ett »statiskt drag» hos rättsreglerna) måste

»kompletteras med ett dynamiskt moment. Annars ernås icke ett *rättvist* avgörande. Härmed är dock ingalunda sagt, att hänsyn borde tagas *enbart* till omständigheterna i det enskilda fallet.» — Härtill fogas en not, vari det bl. a. heter: »Vådan av att anlägga rättvisesynpunkter i det konkreta fallet understrykes med särskild hänsyn till straff- och skadeståndsrätten med rätta kraftigt av *Lundstedt*. Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s. 90–98».[2]

Detta torde få betecknas som en ganska icke blott svag utan vilseledande bild av mitt författarskap, som alltifrån 1920 varit inriktat på att visa rättvisemetodens *fullständiga* oduglighet ur vetenskaplig synpunkt och nödvändigheten att endast anlita en socialt grundad metod i juridiken. En sak för sig vore det, att det stundom kunde befinnas motiverat även enligt denna metod att beakta den s. k. rättvisans eller billighetens krav, när dessa framträdde med en viss utmanande styrka i samhället och följaktligen bleve *sociala* faktorer att räkna med.

När en svensk författare ser denna likgiltighet för sina skrifter i Sverige och det svensk-språkiga Finland, kan han naturligtvis inte räkna med att de skola tilldraga sig något större intresse i de återstående nordiska länderna. Att mina straffrättsliga skrifter »Principinledning» (1920)

[1] Culpa-Regeln s. 42 f.
[2] Ek, Utomobl., s. 25.

och »Svar till professor Thyrén» (1921) synas vara i det närmaste okända för nutida danska och norska kriminalister (i senare fallet med undantag för Andenæs) kan nu möjligen bero på att Torp på sin tid sökte avfärda dem med stor överlägsenhet.[3] Torps kritik var emellertid så intetsägande, att jag icke brydde mig om att besvara den. Torp tror, att man vid ställningstagande till rättstridighets-problemet utan vidare kan lösgöra sig från »rättstridigheten» i betydelse av en handlings egenskap att strida mot en rättsnorm eller mot rättsordningen. Rättstridighetsläran, säger han,

»stiller sig et langt mere beskedent, men ikke mindre vigtigt Maal, nemlig som ofte fremhævet at fastslaa de Regler, hvorefter det maa avgøres, om en Handling, der skader eller truer private eller offentlige Interesser (der overhovedet nyder Retsbeskyttelse), af Hensyn til disse Goders Beskyttelse bør være forbudt, eller om den av Hensyn til den for Samlivet fornødne Handlefrihed maa være tilladt».[4]

Att en handling är rättstridig betyder sålunda enligt Torp själv, att den bör vara förbjuden. Av annan än rättsordningen? Naturligtvis icke; alltså stridande mot en rättsnorm.[5] Härmed står det blott i fullständig harmoni, att Torps rättstridighetslära förutsätter hela den övriga rättsideologiska chimären med tron på dessa *objektiva värden*, privata och offentliga intressen eller »Goder» såsom föremål för rättsskydd! De må sedan kallas »rättigheter» eller »Retsgoder». Bland annat det mål, som

[3] Torp, Bemærkninger, s. 243.

[4] Torp s. 250.

[5] Vad Torp menar med sin kritik mot mig synes mig obegripligt. Han önskar begränsa begreppet »rättstridig» till handling »som strider mod den gældende Rets fordringer», såvitt handlingen innefattar »Retsforstyrrelse», närmare bestämt »efter menneskelig Dømmeevne i Handlingsøjeblikket maa antas egnet til at bevirke et Retsbrud». Se Torp, Strafferet, s. 215 särskilt n. 3. Han medger, att denna begränsning — som uppenbarligen sker av hänsyn till den s. k. nordiska rättstridighetsläran — »næppe er naturlig». Detta upprepas, under hänvisning till nyss a. st., i Bemærkninger, s. 252 f. Där säger han också, att rättstridighet i den vidsträcktare betydelsen — »retstridig = af Retsordenen forbudt» — är mycket formell och med större, i allt fall skenbar, »Ret kan angribes ud fra Synpunkter som de af Lundstedt fremførte end det hos os traditionelle Retstridighedsbegreb med sit meget reelle Indhold». Se Bemærkninger, s. 253 n. 13 in f. Att Torp härutinnan tagit miste torde ingen, som känner min kritik i dess helhet, kunna undgå att se. Ussing säger, Skyld og Skade s. 12: »en menneskelig Handling eller Undladelse, der strider mod Loven og derfor modarbejdes av denne» är svaret på frågan vad som är rättstridigt. Han tillfogar: »Retstridig kan sproglig betyde to Ting: hvad der strider mod Retsordenen eller hvad der strider mod en subjektiv Ret.» (Av mina utredningar framgår, att *båda* dessa »Ting» äro lika orimliga, varom nedan s. 34 n. 3.) Knoph (s. 12), godkänner även det sista uttalandet av Ussing men framhåller, att »Ulydigheten er kjernen i rettstriden» (s. 18). Stang säger, s. 101 f.: »At handlingen er retstridig, vil si, att retsordenen forbyr den.» Se för övrigt också Bjerre s. 2 ff.

den nordiska rättstridighetsläran ställt sig enligt Torp, har jag sålunda i mina skrifter visat vara en logisk orimlighet.[6] Torps förbittring över att jag »avspisar» rättstridighetsteoretikerna med »Frasen om 'samhällsnyttans' Krav» är förståelig, då han uppenbarligen icke satt sig in i vad jag i sak fört fram om min samhällsnyttemetod redan i mina ifrågavarande skrifter. Dock hade jag på den tiden kanske i detta avseende icke hunnit publicera tillräckligt för att göra mig fullt förstådd av dem, som levt sig djupt in i de rättsideologiska tankegångarne.[7]

[6] Att min utförligare kritik av rättsideologien ännu icke fanns publicerad vid tiden för Torps kritik är sant. Men han hade dock utöver mina straffrättsliga skrifter tillgång bl. a. till min »Kritik av nordiska skadeståndsläror» (1923), som han också nämnt. Senare kriminalister kunna dock icke ens med något sken av skäl framföra en sådan ursäkt. Vad nu talet hos Torp (liksom hos andra rättslärare i Danmark och Norge) om »Handlefriheden» och dess gränser angår, så är det ju uteslutet att därom föra en logisk diskussion, när man använder dessa ohållbara utgångspunkter, »Retsgoder» och »retsbeskyttede Interesser» och liknande samt tror, att »Retsordenen» än förbjuder, än tillåter handlingar, som skada eller hota dessa »Goder» eller »Interesser». I det korta citatet från Torp avslöjar han faktiskt sin fångenskap i hela rättighets- och rättstridighets-, incl. rättsplikts- och skuldchimären. Detta citat visar för övrigt — liksom flera andra uttalanden i hans »Bemærkninger» (jfr föreg. not) — att Torp då alltjämt hade samma åsikt, som han uttryckt i »Den Danske Strafferets almindelige Del». Se särskilt § 23 ib. om »De almindelige Grænser for Handlefriheden». Omöjligheten i en sådan åsikt som Torps hade Bjerre mycket klart påvisat redan 1910: »Inkonsekvent är den formulering, som definitionen på rättstridigheten erhållit hos *Getz*, *Goos* och *Torp*, däruti att det i de citerarde arbetena genomgående talas om, att angrepp, kränkningar, skadande etc. af rättsligt skyddade intressen eller rättsgods (resp. deras utsättande för fara) äro tillåtna under vissa omständigheter. Det förefaller redan vid första anblicken uppenbart, att detta uttryckssätt innehåller en motsägelse. Med ett rättsgods kan naturligtvis icke menas annat än ett godt, som rätten skyddar, och det är då redan af logiska skäl omöjligt att tala om rättsgods, som rätten (under vissa omständigheter) icke skyddar, och om möjligt ännu skarpare framträder motsägelsen, när man talar om rättsligt skyddade intressen, som rätten icke skyddar. Och i verkligheten visar det sig också att begreppen rättsgods och rättsligt skyddade intressen, använda vid sådana tillfällen, äro utan allt innehåll. Om en anklagads 'rätt' till att hans ära, goda namn och rykte icke kränkas, alltså 'rättsgodset' ära uppoffras för det högre intresse, som ett i god tro afgifvet vittnesmål representerar, eller för att anföra det vanligaste exemplet om en lifdömds 'rätt' till att behålla lifvet, alltså 'rättsgodset' lif uppoffras för det högre samhälleliga intresset att dödsstraff exekveras, så innebär detta ingenting annat, än att den anklagade i detta fall icke har någon rätt till ära och den lifdömde gent emot skarprättaren icke någon rätt till lifvet eller m. a. o. att några rättsgods ära och lif på dessa punkter icke existera och att man därför använder tomma ord, när man likväl här talar om sådana.» (Bjerre s. 37.) Mera torde nu icke behöva sägas, för att man skall förstå gagnlösheten i Torps försök att få min rättstridighetskritik avförd från den vetenskapliga diskussionen. Men kvar står vissa nutida danska och norska rättsvetenskapsmäns ganska stora likgiltighet ifråga om skrifter, i vilka straffrättens grundåskådningar redan 1920 och 1921 visats bygga på lösan sand, en likgiltighet så mycket mera anmärkningsvärd som kritiken i dessa skrifter torde få betraktas såsom både bekräftad och kompletterad genom min under årens lopp fortsatta kritik av rättsideologien.

[7] Min utförligaste framställning publicerades först 1930 i Obligationsbegreppet II: 1,

Vad jag sagt om danska och norska kriminalisters (dock med undantag för Andenæs), förhållande till mitt skriftställarskap gäller praktiskt taget även civilisternas.[8] Ett betydande undantag föreligger dock. Ussing, Danmarks och väl Nordens främsta auktoritet på obligationsrättens område, har icke blott läst utan även recenserat flera av mina skrifter. Även min sista bok, Bd II: 1, har blivit föremål för en anmälan av honom. Det är en utförlig, kritisk anmälan av boken. Med hänsyn till vad jag inledningsvis nämnde om överflödet också på den rättsvetenskapliga bokmarknaden kan dock en sådan anmälan tänkas ha en för spridningen av den anmälda boken och av kunskapen om dess innehåll mindre lyckad betydelse. Man kan befara, att en sådan recension — vare sig recensenten verkligen varit träffande i sin kritik eller icke — kommer den rättslärda publiken att nöja sig med att läsa recensionen i stället för själva boken. I all synnerhet kan detta befaras, när recensenten — såsom i detta fall — är en för vederhäftighet och skarpsinnighet med allt fog sällsynt högt ansedd vetenskapsman, som hävdar, att boken i det väsentliga inte framför något nytt, låt vara att dess auktor själv så framställt saken.

Härmed har jag angivit ett av skälen till att jag nu börjar detta band

s. 187—273. Bättre är kanske den framställning som finns i Bd I s. 549–603. Dessa sidor böra emellertid läsas mot bakgrunden av min kritik av vad jag kallar rättvisemetoden, Bd I s. 112–161 och s. 518–548. Det torde emellertid få anses såsom en på affekt beroende överdrift av Torp, när han säger, att jag försökt »at spise os af med Frasen om 'samhällsnyttans' Krav». Redan i min Principinledning, s. 21–39, framlade jag vissa riktlinjer angående straffets sociala funktion. Den för mina straffrättsliga teorier opartiskt intresserade måste ha kunnat förstå, att min kritik omöjligen skulle kunna stupa på, att utmönstrandet av de kritiserade tankarne kunde bliva något katastrofalt för rättsvetenskapen, ävensom att de *måste* kunna efterföljas av förnuftiga synpunkter, dugliga att uppbära en vetenskaplig straffrättslära. Det mesta av mitt »Svar till professor Thyrén» på dennes antikritik utvisar väl också tydligt nog, att förnuftiga synpunkter nära nog av sig självt inträdde i stället för de av mig kritiserade. Emellertid hade Torp, efter vad han säger, tillgång även till min »Kritik». Här belyser jag i andra sammanhang min metod, s. 85–97; s. 113–117; s. 139–148. (I allmänhet hänvisar jag ogärna till denna min »Kritik», ty jag har sedermera utvecklat där behandlade frågor på ett både klarare och utförligare sätt.) Slutligen vill jag nämna, att när Torp angrep mig, fanns även min »Superstition etc.» i bokhandeln. Och där har jag ett kapitel, s. 129–158, om »General remarks on my theory of public welfare as the basis of law».

[8] Øvergaard har då och då citerat min »Culpa-Regeln», men på mest ytliga sätt och utan att taga verklig notis om min kritik av rättsideologien. Se t. ex. s. 47 f. Not 5 å s. 48 hos Øvergaard tyder på att han sannolikt aldrig har läst något annat än »Culpa-Regeln» av min hand (bortsett från 1923 års »Kritik», som eljest brukar vara kunskapskällan i Norge och Danmark för mina åsikter). Vad Øvergaard säger emot mig beträffande kausaliteten å s. 25 n. 8 blir ett slag i luften, om man tager del av såväl mina uttalanden som Stangs, varemot de riktat sig. Se för övrigt framställningen om juridisk kausalitet här nedan s. 311 ff.

av Strikt ansvar med en diskussion i anledning av Ussings anmälan av Bd II: 1 i Ugeskrift for Retsvæsen.[9] — Ett annat skäl är att Ussing faktiskt är den kritiker av mina skrifter, som synes mig ha mest bemödat sig om att icke blott lära känna min åskådning utan jämväl om att i sin kritik vara saklig. — Ett tredje skäl, som jag här önskar särskilt understryka är att Ussing på detta område måste anses ha särskilt stor auktoritet och att han därför måste intaga en mycket framskjuten ställning såsom delegerad för det nordiska lagstiftningsarbetet på skadeståndsrättens område. Jag kan icke finna det lämpligt att vad jag betraktar som betydande missuppfattningar av mina rättsteorier få stå oemotsagda, när de framförts av en person i denna ställning. Tvärtom torde det enligt min ringa mening vara av en viss vikt för detta lagstiftningsarbete att mina *verkliga* åsikter icke förbli okända och av denna anledning få stå utanför den hithörande diskussionen. — Ett fjärde skäl slutligen är att när Ussing kunnat på sätt som skett missuppfatta vissa väsentliga punkter i Bd II: 1 så tyder detta på att jag trots mina strävanden efter ett klart språk icke alltid uttryckt mig tillräckligt tydligt, en bristfällighet som det är nödvändigt att jag undanröjer, innan jag går vidare.[1]

Att jag sålunda nu ånyo diskuterar Ussings uttalanden om ett arbete av mig borde efter det sagda icke kunna missförstås. Själv finner jag det vara en vetenskaplig nödvändighet. Häri ligger naturligtvis intet postulat, att mina synpunkter skulle vara i det väsentliga oantastliga och Ussings följaktligen i motsvarande grad omotiverade. Saken är den, att *jag själv* icke kan se annat, än att Ussing i sin kritik väsentligen tagit miste och att det därför är angeläget, att jag söker visa upp detta. Men så mycken erfarenhet och så mycket sinne för objektivitet har jag, att jag inser, att jag själv lika litet som envar annan, ja kanske mindre än mången annan, kan vara en god domare i egen sak. Så mycket som möjligt vill jag emellertid försöka att forma mina erinringar som ett diskussionsinlägg och bemöda mig om att städse hålla i minnet, att jag själv är part i de meningsmotsättningar, som dryftas.

---

[9] 1949 B s. 233 ff.

[1] Faktiskt har jag, efter vad jag själv funnit, på vissa ställen uttryckt mig oklart och en gång, på grund av skrivfel (Bd II: 1, s. 449), motsägelsefullt i fråga om förhållandet mellan culpa-regeln i min version och farlighetsansvar (se nedan s. 296 n. 4). Men jag kan icke finna, att dessa av mig själv upptäckta oklarheter varit anledning till något av Ussings missförstånd.

USSINGS ANMÄLAN AV MITT ARBETE STRIKT ANSVAR BD II: 1.

Ussing har — trots sin nästan genomgående kritiska inställning till min bok — tydligen avsett att giva en så välvillig anmälan av densamma, som han med sin åsikt om och sin värdering av densamma funnit vara möjlig. Men i flera punkter, som enligt min mening borde kunna ha ett visst vetenskapligt intresse, låter Ussing läsaren förstå, att jag egentligen icke säger något annat, än vad som framgått av Ussings och andra författares skrifter, ehuru det av mig »fremstilles som radikalt forskelligt fra 'jurisprudensens' lære».

Den allmänna bakgrunden för mina skadeståndsteorier.

Det förhåller sig naturligtvis så, att isolerade uttalanden hos olika författare kunna sammanfalla, fastän de utgöra led i helt och hållet skilda åskådningar. Allt hänger ju på, såsom jag vid flerfaldiga tillfällen nödgats påpeka, det *sammanhang*, i vilka uttalandena göras. Jag kommer icke ihåg, när jag första gången använde ordet »rättvisemetoden» i tryck. På mina föreläsningar brukade jag det på trettio-talet, kanske tidigare. Men *en av mina kritiska huvudlinjer alltifrån början av tjugo-talet* har faktiskt varit vad jag senare kallat kritik av jurisprudensens rättvisemetod. Jag har kallat den så av två skäl.

Det ena är, att man räknar med rättsideologiska begrepp, såsom om dessa refererade sig till och verkligen täckte bestämda faktiska förhållanden. Hela rättsideologien bottnar i tro på en *objektiv* eller *materiell rätt*. Denna anses ha en särskild kraft. Genom densamma skall bl. a. uppstå avtals rättsgiltighet. Den i avtalet uttryckta viljan anses få rättsverkan i form av tillkomst eller upphörande av rättsplikter och rättigheter, låt vara att denna rättsverkan modifierades i enlighet med vad som hos oss kallas tillitsteorien. Rättsplikter och rättigheter antagas

givetvis i kraft av den materiella rätten kunna uppstå eller upphöra också genom åtskilliga andra fakta än avtal (och övriga s. k. rättsärenden), såsom t. ex. dödsfall, skadegörelse, ockupation, dereliktion etc. Denna tro på den objektiva eller materiella rätten och dess kraft har i sin tur sitt ursprungliga och därmed även sitt egentliga underlag i allmänna föreställningar om existensen av en *rättvisa*. Men det finns icke någon rättvisa. Omdömet, att något är rättvist, är blott ett värdeomdöme, kan följaktligen varken vara sant eller falskt.

Det andra skälet för min användning av uttrycket rättvisemetod är, att man stundom, utan att synas direkt ha det rättsideologiska begreppssystemet i tankarna, resonerar mera omedelbart utifrån vad man kallar rättvisans eller — vilket är detsamma — billighetens krav. Den materiellt-rättsliga eller rättsideologiska inställningen har länge varit, att skadeståndsreaktionen principiellt förutsatte, icke blott att svaranden genom skadegörelsen begått en *rättstridig* handling, en rättskränkning, utan jämväl att denna rättskränkning kunde läggas honom till last såsom hans *skuld*. Blott då ansågs svaranden i princip ha gjort sig förtjänt av skadeståndsreaktionen och denna själv följaktligen vara rättvis. *Detta var skuld- eller culparegeln*. När skadeståndsrätten så mer och mer vidgades utöver culpa-regeln, har man visserligen, så gott man kunnat, sökt anpassa det rättsideologiska systemet efter denna utveckling, men icke sällan har argumentationen för skadeståndstvånget inskränkts till detta enkla, att svaranden, när allt lägges till allt, dock vore »närmare» att bära skadan än käranden, vilket är ett uttryck för att skadeståndstvånget är ett rättvisans krav. Detta har jag i Bd II: 1 belagt med exempel från svensk praxis. Senare blir jag i tillfälle att andraga även norsk, för övrigt också dansk judikatur.

Ansvaret utanför culpa-regeln låter man vanligen framstå såsom grundat på ett handlingssätt, som icke karakteriseras såsom rättstridigt utan såsom rättsenligt. Detta kan förefalla särskilt rimligt, när skadegörelsen, intrånget på annans rättsområde, icke ens tycks ha något egentligt kausalsammanhang med svarandens eget handlingssätt (principalansvaret och vissa fall av ansvar för s. k. farlig verksamhet). Emellertid är det icke så, att man här gått utanför det rättsideologiska systemet. Den »rättsenliga» handlingen förutsätter ju möjligheten av sin motsats, den »rättstridiga», och skall dessutom såsom ansvarsgrundande ha utgjort ett intrång på annans rättsområde. Den måste följaktligen, trots allt, *objektivt* sett vara en rättskränkning, d. v. s. en rättstridig handling. Vi få alltså här med logisk nödvändighet den originella figuren: »rättsenlig rättstridighet», fastän den givetvis icke öppet framträder i doktri-

nens formuleringar.[2] Överhuvud kan en rättsideolog icke — om han vill vara konsekvent — giva upp den föreställningen, att rättsföreteelserna genomgående måste ha sin grund i den objektiva eller materiella rätten.[3] För den rättsideologiska vetenskapen måste det därför vid ansvar utan skuld i allmänhet te sig så, att den materiella rätten undergått en utveckling, varefter rättsvetenskapen så hade att rätta sig.

Jag har vidare sökt klargöra, att allt ansvar i verkligheten måste betraktas som lika strikt, vare sig det är fråga om ansvar inom eller utom den gamla culpa-regelns område. Ytterligare har jag hävdat, att rättvisemetoden icke blott är ovetenskaplig utan också praktiskt oduglig samt att jurisprudensen fördenskull nödgats förvränga sin egen metod genom abstraktioner och tilläggskonstruktioner, allt ledande till *generaliseringar*. Dessa mer eller mindre nyttiga, för att icke säga nödvändiga, generaliseringar falla egentligen utanför skadeståndsrätten såsom rättsideologisk vetenskap. Denna måste nämligen enligt sina egna utgångspunkter vara begränsad till »principerna» för lösandet av »rättskonflikter» — d. v. s. till undersökning av de *enskilda* fallen med dessas omständigheter, med parterna och deras intressen samt dessas avvägning mot varandra — ävensom till en systematisering av de därvid uppnådda resultaten. Genom de nämnda generaliseringarne har emellertid vyen kommit att mer eller mindre vidgas utöver den s. k. rättskonflikten i det enskilda fallet med avvägningen i detta mot varandra av partsintressena. En viss *regelmässighet* i dömandet har på detta sätt möjliggjorts. Antydda generaliseringar ha kunnat ske, enär rättviseföreställningarne (det s. k. allmänna rättsmedvetandet) mer eller mindre utpräglat gå i ledband av härskande sociala värderingar, som helt naturligt göra sig särskilt starkt gällande i kretsar av lagstiftare, domare och rättsvetenskapsmän, vilka i allmänhet icke kunna undgå att på ett särskilt sätt känna sig verksamma som *samhällets* tjänare. Trots rättvisemetodens följdriktigt alltför närsynta och därigenom verklighetsfrånvända karaktär kommer dess »användning» på grund av dess nu antydda förvrängning att leda till *resultat*, som ofta överensstämma med vad som skulle framgå av en vetenskaplig metod. Men naturligtvis ingalunda alltid! Och det är omöjligt att säga, hur rättsmaskineriet skulle ha fungerat och verkat i de västerländska samhällena, om rättsvetenskapen, inkl. lagstiftning och rättskipning, i sekler hade förstått att i sin verksamhet

[2] Se nedan s. 54–61.

[3] Jag tänker vid denna formulering framför allt på rättspositivismen. Men motsvarighet gäller — även om formuleringen är en annan — vilken rättsideologisk riktning det än må röra sig om.

ställa de sociala värderingarne direkt och öppet framför sig i stället för att såsom skett låta dem beslöjas eller fördunklas av en rättsideologi, byggd på tron, att det funnes objektiva värden, här representerade av föreställningar om en objektiv eller materiell rätt, om handlingars rättstridighet och rättsenlighet, om avtals, andra rättsärendens och faktas rättsverkande betydelse, om rättigheter och rättsplikter samt om det rättvisa i kravet på dessa senares realisering eller på kompensation åt rättighetshavaren, därest realisering icke ägde rum.

Detta är i kortaste sammandrag den allmänna bakgrunden för *min* behandling av skadeståndsrätten, en bakgrund såvitt jag vet icke beaktad av rättsvetenskapen, innan jag framlade densamma. Förbiser man denna bakgrund, vilken ju icke på varje sida i mina skrifter kan närmare utföras och upprepas och därför också av mina kritiker i högre eller lägre grad lämnats åt sidan, är det omöjligt att verkligen kunna förstå min åskådning, följaktligen också att kunna giva en sakligt tillfredsställande granskning av denna. Ytterligare några anmärkningar tillåter jag mig emellertid foga till det sagda.

Har man satt sig in i min kritik av den hittillsvarande jurisprudensen, då synes man mig också böra inse, att man icke kan undgå densamma *blott* genom påståenden om att man inlägger den eller den från rättsideologien avvikande betydelsen i sådana begrepp som rättstridighet, rättsenlighet, rättsnorm, rättsregel, rättighet, rättsplikt, krav, anspråk, ansvar eller genom påståenden, att man icke finner löftens och avtals giltighet vara betingad av dessas egenskap av viljeförklaringar i mening av deklarationer av rättsverkningsvilja etc. Några av dessa »begrepp» kan man för visso för enkelhetens skull stundom använda såsom rena termer, beteckningar eller etiketter för sakliga sammanhang, som äro fullkomligt främmande för rättsideologiens föreställningar. Men på detta sätt förhåller det sig icke hos någon av mig kritiserad auktor inom rättsvetenskapen.[4] Det duger icke att säga, att vad jag kritiserar är en förgången jurisprudens och icke nutidens juridik. Ty även nutidens juridik bygger *allmänneligen* på de rättsideologiska grundidéerna. Detta är fallet i Tyskland, England, Frankrike, Schweiz, Österrike och U. S. A.[5]

Som jag antydde, finns det emellertid rättslärda, som mena sig använda rättsideologiens begrepp utan rättsideologisk bakgrund. Men vetenskapligt kan man icke så förfara utan att ha tagit en kritiskt djup-

[4] Jfr t. ex. Misstaget s. 29–31.

[5] Naturligtvis är det så även i Italien, Spanien, Portugal och de sydamerikanska länderna. Att det i det hela skulle förhålla sig annorlunda i nordisk jurisprudens torde icke på sakliga grunder kunna påstås.

gående ståndpunkt till rättsideologien. Det fordras också, att man vunnit en motiverad uppfattning av de realiteter, till vilka man så på grund av behovet av korta, invanda uttryckssätt kan låta vissa rättsideologiska benämningar referera sig blott och bart såsom *termer*. Men ingen av de författare, som förebrått mig, att jag för fram onödig kritik och att jag blott trodde mig framföra, men i verkligheten icke framförde några för nutidens juridik främmande eller nya synpunkter, synes ha gjort några bemödanden i nu berörda avseenden. De rättsideologiska begreppen äro dock icke lösa brickor, som man kan rumstera med efter behag. De äro med sina rötter djupt förankrade i rättsideologiens metafysiska värld. Detta är en mycket fast förankring, så länge som rättsvetenskapen tror på denna värld eller i allt fall i det hela konsekvent resonerar så, som om den trodde därpå. Härigenom har visserligen rättssystemet självt erhållit en viss fasthet av stor betydelse för rättsorganisationen. När man då och då nödgats under utvecklingsbehovets tryck skrida utöver en genom rättsideologien tillskapad mur, har detta dock skett genom en i viss samklang med rättsideologien stående konstruktion, som därefter upptagits av en något omformad rättsideologi.

Man kan med andra ord icke *utan vidare* befria rättsföreteelserna från deras underlag i rättsideologiens metafysiska värld. All styrsel skulle då försvinna och kaos inträda. Överger man rättsideologien måste man söka inställa rättsföreteelserna i verklighetens värld, d. v. s. i samhällsorganisationen, sådan denna faktiskt är beskaffad, och undersöka hur rättsmaskineriet där realiter fungerar. Men så förfara vanligen icke ens anhängarne av den »modernaste» juridiken. De lösrycka sig — enligt egen mening — på en eller annan punkt från rättsideologien och tala i ytliga och intetsägande ordalag om vikten av att taga hänsyn till samhällets bästa, »social policy» och dylikt. Att dessa slags »undersökningar» icke falla sönder och samman utan skenbart kunna verka på läsaren, beror på två saker. Den ena är, att resonemangen i dem — bortsett från vissa ytliga utbrytningar från rättsideologien — i det hela betvingats av det rättsideologiska systemet. Den andra är, att den publik av rättslärda, som de vända sig till, är alltför oskolad för att kunna genomskåda dels ytligheterna dels motsägelserna i sådana »rättsvetenskapliga» arbeten.

För att juridiken skall bliva vetenskap är det visserligen nödvändigt att helt och fullt övergiva rättsideologien. En sådan åtgärd torde betydligt underlättas, om man gör klart för sig, huru rättsideologien, icke blott i vår moderna tid utan sedan långt tillbaka i tiderna, mer eller mindre starkt korrumperats av sociala värderingar och i viss utsträckning låtit sig ledas av dessa. Men rättsideologiens övergivande kan själv-

fallet blott vara *en* sida av saken. I rättsideologiens ställe *måste* något annat komma, som har betydelsen att förläna den nödiga styrseln åt vad vi kalla rätten och dess företeelser. Vad detta är har jag på skilda ställen sökt utveckla, senast i Bd I s. 549—603, där jag pläderar för en metod för en från rättsideologien frigjord rättsvetenskap. Där har jag då bl. a. sökt visa det s. k. allmänna rättsmedvetandets stora betydelse i rättsmaskineriet, men samtidigt att denna dess betydelse är diametralt motsatt den, som i rättsideologien tillmätes detsamma (Bd I s. 587 ff.; se även Obligationsbegreppet II: 1, s. 74 ff.).[6]

Ussing och min rättstridighetskritik än en gång.

I Bd II: 1 skisserade jag upp vad jag kallade »den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen», s. 8–46. Ehuru jag anser, att termen »culpa» bör bortarbetas, kallade jag min nyssnämnda skadeståndsregel för culpa-regeln i min version och liknande.[7] Jag framhävde emellertid vid flera tillfällen, att »culpa» i min regel icke hade annan betydelse än att avse handlingssätt, som efter viss tongivande social värdering befinnas icke önskvärda och vilka det fördenskull är angeläget att motverka genom en ansvarsregel. I en analys av frågeställningen »normal aktsamhet eller icke?» påpekade jag, att denna är meningslös och att det, som man i realiteten famlar efter, är, huruvida svarandens handlingssätt varit sådant eller icke, som »folk i situationer av samma art som den föreliggande i allmänhet iakttaga». Ussing säger nu, citerande min innebörd av ordet culpa och nämnande att jag framhållit, att man också hittills faktiskt gått in på frågan, hur det i allmänhet handlas i till bedömande föreliggande situationer:

---

[6] Se emellertid till allt det nu sagda särskilt hänvisningarna till Bd I ovan s. 24 n. 7. Min kritik av rättvisemetoden har jag på skilda ställen antytt eller, åtminstone till en del, utfört i flera arbeten på tyska, engelska och även franska. Jag nämner här utom »Superstition» etc. och »Die Unw. der Rechtsw.» I och II: Law and Justice: A Criticism of the Method of Justice, ingående i en festskrift för Roscoe Pound, betitlad Interpretations of Modern Legal Philosophies 1947; och min redogörelse till The 3rd International Congress of Comparative Law i London 1950, tryckt under titeln Law and Justice i av prof. Åke Malmström utgivna Acta Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae, 1952. En betydande del av denna redogörelse har publicerats under titeln The Relation between Law and Equity i Tulane Law Review, vol. XXX, No. 1 (Dez. 1950). — Jag återkommer nedan i diskussionen med Ussing och under rubriken »Min syn på juridiken som vetenskap» till en del av de nu berörda synpunkterna.

[7] Denna min »culpa»-regel hade vida större omfattning än den gamla vanliga culpa-regeln, i det den jämväl omfattade bl. a. en del av farlighetsansvaret, ävensom annat utanför den traditionella culpa-regeln fallande ansvar.

»Skønt alt dette fremstilles som radikalt forskelligt fra 'jurisprudensens' lære, ligger det ret nær op ad dansk lære. Som nys nævnt lå en stor del deraf i realiteten i den af Goos og hans efterfølgere udviklede lære, der lod retstridighed være hovedelementet i begrebet culpa. Og Lundstedts lære er ialfald ikke meget forskellig fra, hvad jeg fremstiller som dansk ret i min Erstatningsret, særlig også om skade på person eller ting, se s. 28.»[8]

När Ussing skrev sin »Erstatningsret» hade jag utvecklat min samhällsnytteteori i en mängd skrifter alltifrån 1920 till 1935. Och Ussing har ju själv i sin »Erstatningsret» (s. 15) uttalat, att hans där framställda uppfattning av culpa-regeln framför allt påverkats av mig. Han har ju också gjort andra liknande uttalanden, a. st. s. 16, citerade i Bd I s. 15. Sitt erkännande av mina »kraftige Advarsler imod fortrinsvis at fæste Blicket paa de enkelte Konfliktstilfælde» ger han dock blott, »selv om Tanken icke principielt er ny». Det skulle vara intressant att veta, *varest* i rättslitteraturen en tanke, verkligen besläktad med min ifrågavarande, förut blivit framförd av annan. Jag är rädd, att Ussing förbisett räckvidden av nämnda tanke.[9] Såvitt jag förstår, har Ussing icke ställt in »culparegeln» i något vetenskapligt sammanhang, som kunde motivera, att jag hade avstått från att framlägga min utredning om vad jag kallat »den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen». Vad »normalmänniskan» angår, så säger jag uttryckligen, Bd II: 1 s. 25, att även om hon »icke längre spelar någon roll i Ussings lära, har hon dock alltjämt betydelse i det senaste svenska arbetet på området». Emellertid har varken Ussing eller annan av mig känd författare framställt något, som kunde göra det överflödigt att framföra en sådan utredning av ovetenskapligheten i begreppet »normal aktsamhet», som står att läsa i Bd II: 1 s. 23 ff. Den inställning, som jag där givit uttryck åt, fanns tydligt markerad i min bok Culpa-Regeln.[1]

[8] Ussing Rec. s. 234.

[9] Den framträder icke blott i min Kritik s. 72 f. och 84 f. eller i Obligationsbegreppet I s. 96 f. m. fl. enskilda ställen. Den ifrågavarande tanken, som enligt Ussing icke skall vara ny, framträder snart sagt på varenda rad i mitt författarskap, såväl i min kritik av rättvisemetoden som i min positiva syn på rättsmaskineriet. Förvisso var den tanken — sammanhängande med hela min kritik av rättsideologien — ny i rättslitteraturen, när jag första gången framförde den.

[1] S. 67 ff., s. 111 ff. och s. 188–190. Tyvärr har i första raden å s. 190 insmugit sig ordet »skötsamma»: »hur vanliga skötsamma människor i allmänhet pläga handla i dylika situationer». Jag har icke förrän i detta ögonblick märkt att ordet stått där. Det har slunkit in av förbiseende, som dock icke kan ha betydelse på grund av »i allmänhet» och mitt betonande i det följande av dels »en viss allmän ... försiktighet i handlingssätten» av domaren att använda som jämförelsematerial i förhållande till »den ur samhällelig synpunkt såsom önskvärd ansedda aktsamhetsgraden», och dels »den vanliga handlingsstandarden». — På tal om den hos oss och även annorstädes vanliga »objektiveringen» av culpa genom dess karakterisering såsom bristande åt »normal aktsamhet»

På s. 28 i sin Erstatningsret använder Ussing ordet »livets regel» såsom »norm» för bestämmande av om culpa-ansvar bör utdömas eller icke. Detta torde förklara, varför han dragit in »Goos' og hans efterfølgeres» rättstridighetslära till visst bevis för att vad jag för fram icke är något egentligen nytt.[2] Likväl synes mig saken ganska oförståelig. Redan i min »Principinledning» (1920) torde jag ha visat upp tillräckligt för insikten om rättstridighetsbegreppets ohållbarhet. Och jag tror, jag vågar påstå, att jag vräkt hela rättstridighetsläran överbord i nämnda arbete tillsammans med mitt »Svar till professor Thyrén» (1921).[3] Där-

(varom se Bd II: 1 s. 24 ff.), ser man dock stundom, att en auktor kan vara angelägen undvika denna orimliga karakterisering av culpa såsom grund för ansvar. Så säger t. ex. en amerikansk författare följande. När en person svarar för skada, fastän han saknar »such knowledge, intelligence, and consideration for the interests of others as is possessed by the normal person in the community», så blir han ansvarig för skada »caused by *substandard* conduct», fastän han inte har gjort sig »guilty of *personal* fault» (kurs. här). Det är dock endast nu poängterade ologiskhet, som jag påpekar, att förf. befriat sig ifrån. Rättsideologien tycks han, åtminstone i betydande grad, vara behärskad av. Att skadegöraren nödgas bli ansvarig, trots det att han icke varit »guilty of personal fault» förklaras bl. a. därmed, att han befinner sig »under a duty to act» på samma sätt, som om han hade de tre nämnda egenskaper, som besittas av en normal person i samhället. Se Seavey s. 88. Märk också hans tal om »normal person». Se vidare uttalanden av denne auktor nedan s. 345.

[2] Att handlingar, vilka vore att betrakta »als der Regel des Lebens entsprechend» icke förnuftigtvis borde medföra personens ansvar uttalade redan v. Bar, s. 10 ff. v. Bars tanke var emellertid den, att en människa, som handlade inom området för »livets regel», icke genom en dylik handling kunde vara »im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung» (s. 11) och följaktligen icke heller ansvarig. Ansvarigheten skulle sålunda falla bort på grund av *bristande rättslig kausalitet*. Härifrån tog Getz och andra nordiska rättslärare avstånd. Getz (den förste som uttalade sig) gav v. Bar visserligen rätt i att man icke hade något annat att gå efter för utforskande av skillnaden »mellem Ret og Uret» än »den *almindelige Opfatning*, som igjen har sit Organ i Skik og Brug. Berettigelsen til at bygge Sagens Afgjørelse herpaa, ligger i den *absolute Nødvendighed af at have en Norm* (kurs. här) og i at denne er den eneste, som staar til Raadighed.» Men Getz menade, att v. Bar »tager besynderligen Feil, naar han sammenblander dette Spørgsmaal om hvorvidt det er tilladt at foraarsage, med Spørgsmaalet om en Foraarsagen er tillstede». (Se Getz, s. 35.) »Livets regel» hade följaktligen den betydelsen, att handlingar inom dess område icke vore *rättstridiga* och *därför* icke kunde medföra ansvar. Handlingens rättstridighet bildade en del av brottsrekvisitet vid sidan av kausaliteten och förutsebarheten. (En kort men klar och läsvärd framställning i detta ämne finnes hos Bjerre, s. 20 ff.) Att frågan om betydelsen för ansvarsfrågan av »livets regel» flyttas över från kausaliteten till »rättstridigheten» kan väl inte på något sätt förändra innebörden i min rättskritik eller göra mina positiva synpunkter på rättsmekanismen mindre självständiga gentemot den nordiska rättsvetenskapen än jurisprudensen i övrigt. Då det är otvivelaktigt, att framkallandet av brottseffekter (utanför »livets regel») också enligt både Goos och den nordiska läran i övrigt anses rättstridigt och sålunda förbjudet, är det svårt att förstå, att Ussing skjutit fram Goos' åsikt till förringandet av betydelsen av mina undersökningar. Se vidare om saken i det följande.

[3] I sin Skyld og Skade s. 12 säger Ussing, att »retstridig» har två betydelser, an-

efter har jag ofta nödgats komma in på frågan, bl. a. till kritik av Ussings bok »Skyld og Skade». Ussing synes ju också i sin »Erstatningsret» nära nog ha givit upp hela rättstridighetsbegreppet.[4] Nu kommer emellertid något, som jämväl i förhållandet mellan mig och Ussing kan förefalla vara av ett visst intresse. Ussing har nämligen kort före sin ifrågavarande anmälan av min bok givit ut en skrift om rättstridigheten. I denna finns bl. a. följande rubrik: »Lundstedts principielle kritik». Vad han där för fram av min kritik torde få sägas vara alltför intetsägande. Jag har bl. a. påvisat, att handlings rättstridighet i mening av dess stridighet mot något rättens eller samhällets bud måste innebära, att samhället kräver eller fordrar, att handlingen icke sker. Men såvitt samhället *verkligen fordrar*, måste det framträda som en makt, vilket återigen förutsätter, att det kan giva effekt åt sin fordran genom en menlig reaktion mot överträdaren av rättsbudet. Talet om samhällets krav eller fordran vore endast en tom fras, därest det icke hade annan grund än blotta formuleringen i lagen eller därbakom liggande »normer». Den menliga reaktion på handlingen, som sålunda måste *förutsättas* vid själva rättstridighetsbegreppet, vore — åtminstone på straffrättens eller skadeståndsrättens område — antingen straff eller skadeståndstvång. Följaktligen kunde handlingens rättstridighet icke utgöra en förutsättning för att den kunde draga med sig straff eller skadeståndstvång. Såtillvida rörde man sig i en evig cirkel.[5] I detta vill nu Ussing »i hovedsagen» giva mig rätt, ehuru han dock säger, att det i min framställning »er forskellige overdrivelser».[6]

Emellertid säger Ussing också, att nyssnämnda tomhet i rättstridig-

---

tingen att strida mot rättsordningen (den objektiva rätten, lagen) eller ock att strida mot en subjektiv rätt (d. v. s. en rättighet). Även i sin bok »Retstridighed» uppehåller han sig vid båda betydelserna, s. 32 ff. (låt vara icke för egen räkning utan med hänsyn till rättslitteraturen i allmänhet). Det kan därför vara skäl att påpeka, att jag i min kritik i de nämnda skrifterna visserligen utgick från »rättstridigheten» i dess förra betydelse, men att från vad jag där utrett måste följa orimligheten också i att hävda rättstridighetsbegreppet i senare betydelsen. Beaktar man emellertid min kritik av rättsideologien i det hela — av vilken bl. a. framgår att s. k. rättsplikter, rättigheter, rättsligt skyddade intressen, Retsgoder etc. äro *betingade* av *uppehållandet* av vissa lagar eller rättsregler (främst vissa straffbud, skadeståndsrätten och vindikationsrätten) — då måste väl inses, att talet om rättstridigheten såsom stridande mot en »subjektiv Ret» är att vända upp och ner på utredda sammanhang, att det med andra ord är så ovetenskapligt som möjligt. Se vidare nedan s. 42 och framför allt s. 54–61.

[4] Se Strikt ansvar I s. 23 f.

[5] Se Principinledning, s. 13 ff.; Svar till professor Thyrén, s. 25 ff. och Obligationsbegreppet II: 1 s. 200 ff.

[6] Vari dessa skola bestå nämner han icke på annat sätt, än att han hänvisar till »bl. a. Andenæs' Straffbar unnlatelse, s. 183 f.». Jag har dock icke kunnat finna, att denne auktor påvisat någon överdrift i mitt ifrågavarande resonemang.

hetsbegreppet icke har uppdagats av mig, och han nämner därvid efter Andenæs, att redan Graf zu Dohna framhävt densamma. Jag har aldrig stuckit under stol med, att jag, framför allt i min kritik av rättstridighetsbegreppet, stöder mig på Hägerströms forskningar. Men att åberopa mig på Dohna skulle aldrig ha fallit mig in. Ehuru Dohnas bok varit mig väl bekant, alltsedan jag ingående diskuterade rättstridighetsbegreppet med min gamle vän Andreas Bjerre i Lund, när han skrev sin doktorsavhandling[7], har jag dock icke funnit någon anledning att särskilt nämna Dohna i min kritik av rättstridighetsbegreppet. Ty också på den ifrågavarande punkten äro våra åsikter helt åtskilda. Dohna har icke ägnat någon tanke däråt, att, alldenstund en handlings rättstridighet måste innebära, att det motsatta handlingssättet vore fordrat av rättsordningen (eller samhället), rättstridighetens förhandenvaro *måste* (på straffrättens område) implicera, att handlingen hade belagts med straff, och att redan av denna grund talet om en handlings rättstridighet måste vara *meningslöst*.[8] Dohna *tror* ju på den straffbara handlingens stridighet mot en rättsnorm, låt vara att han menar, att man hittills icke på tillfredsställande sätt kunnat besvara frågan: när är en handling rättstridig?[9] Dohna menar, att man icke kan komma till något resultat blott genom att bestämma handlingens rättstridighet såsom dess »Verstoss gegen die Rechtsnorm». För att veta, huru härmed sig förhåller, d. v. s. huruvida en handling verkligen är rättstridig, måste man *först* ha klart för sig, att den *icke* är *rättsenlig*.[1] Så torde man kunna uttrycka Dohnas tankegång, som därefter utvecklas därhän, att en handling aldrig kan strida mot rätten, alltså icke vara rättstridig, om den »sich im Hinblicke auf das Endziel der sozialen Gemeinschaft als *rechtes Mittel zu rechtem Zweck* darstellt».[2]

Jag har dragit in Dohnas bok i denna framställning för att klargöra, hurusom han står mitt i den av mig bekämpade rättsideologien och följaktligen hur omotiverat det är att åberopa honom på sätt som skett i avseende å mitt författarskap.[3] Emellertid har jag också trott, att sista

---

[7] Berörd ovan s. 24 n. 6.

[8] Dohna ger genomgående uttryck åt den uppfattningen, att handlingens rättstridighet förutsätter dess straffbarhet, en uppfattning alltså om rättstridigheten såsom varande något och följaktligen väsenskild från min syn på saken. Se Dohnas arbete. För att direkt hänvisa till enskilda uttalanden, se t. ex. s. 20, s. 22 m. fl.; men, som sagt, för övrigt hela framställningen.

[9] Se Dohna, s. 15–20, jfda med stora partier av fortsättningen i hans skrift. Typisk är hans mening, s. 14, att plikten vore rättens centralbegrepp.

[1] Dohna s. 34–38.

[2] Dohna s. 50; se överhuvud hela framställningen å s. 46–54.

[3] Bjerre hade i sin nyss nämnda skrift, s. 17, såsom något allmänt erkänt uttalat:

citatet från honom här ovan i texten kunde ha ett visst intresse. Det visar, hur han just famlar efter den realitet — de sociala värderingarnas betydelse för utformningen av rättssatserna — som kommer *en sakligt inställd rättsvetenskap att sakna varje behov av dessa begrepp: rättstridighet och rättsenlighet.* Jag har också andragit citatet för att med ett rätt gott exempel belägga mina ofta gjorda uttalanden, att å ena sidan rättsideologien indirekt styres av rådande sociala värderingar och att det å andra sidan är olyckligt för samhälls- eller rättsutvecklingen, att rättsvetenskapen icke nått förmågan att ställa dessa värderingar klart och öppet framför sig utan låter dem beslöjas eller fördunklas av allehanda rättsideologiskt »grundade» principer. Citatet kommer Dohna att framstå som tydlig representant för dessa genom sin motsägelsefullhet ohållbara rättsåskådningar.[4]

Emellertid medgiver nu Ussing, att jag »i øvrigt angrebet retstridighedslæren i almindelighed udfra andre synspunkter». Lundstedt har, säger Ussing,

»gjort gældende, at en handlings retstridighed efter herskende lære betyder, at handlingen strider mod fra samfundet udgående retlige forbud eller befalinger. På dette grundlag fælder han hele læren ved at henvise til, at der ikke existerer retlige bud eller befalinger. — Dette angreb er forfejlet ialfald for nordisk retstridighedslæres vedkommende. — Retstridighedslæren behøver ikke at støtte

---

»så länge det visat sig omöjligt att angiva det reella innehållet i undantagslöst gällande normer, kan definitionen rättstridighet = normstridighet icke lämna en saklig lösning av rättstridighetsproblemet». Han behövde därvid icke citera Dohna. Men han citerade sedan, s. 18, ett uttalande av Dohna s. 28, där denne ånyo påpekar vad han där kallar »den geradezu beängstigenden Zirkel». Helt naturligt talade Bjerre och jag senare ofta om min kritik av rättstridighetsläran. Han menade, att jag — såsom jag alltid själv har öppet erkänt, med stöd av Hägerströms rättsfilosofiska undersökningar — här brutit ny väg. Han gjorde aldrig den allra ringaste antydan, att vare sig han själv, Dohna eller annan på någon punkt föregripit min åskådning i ämnet eller att jag på någon punkt blott skulle ha slagit in öppna dörrar. — Att Bjerres blick var sakligare inställd än Dohnas torde framgå av citatet från den förre i noten härovan å s. 24. Icke ens Bjerre betonade dock själva den springande punkten i *denna* del av rättstridighetskritiken: att handlingens s. k. rättstridighet måste *förutsätta dess straffbarhet* och att det därför vore meningslöst att låta handlingens straffbarhet förutsätta dess »rättstridighet». Det är m. a. o. påpekandet, att rättstridighet måste bli ett tomt ord i annan mening, än att samhället fordrade *och* satte *makt* bakom sin fordran (d. v. s. t. ex. straffhotet) — det är detta påpekande, som jag fann vara tillräckligt för att beröva rättstridighetsbegreppet dess betydelse såsom förutsättning för tillämpning av en strafflagsparagraf eller den s. k. culpa-regeln. (Sedan tillkomma ju alla andra grunder för rättstridighetsbegreppets fullständiga orimlighet, vare sig man betraktar rättstridighet såsom stridighet mot »objektiv rätt» eller kränkning av »subjektiv rätt», »rättsliga intressen», »retsgoder» och dyl.)

[4] Å ena sidan klar rättsideolog; å andra sidan förespråkare för »das Gemeinwohl» såsom ledmotiv i rätten. Jfr nedan s. 109 ff.

sig til den opfattelse, at alle retsregler er befalinger, og grundlæggerne af den danske lære byggede ikke på den. — Det er således klart, at *Goos* ikke hyldede befalingsteorien, og det hænger sandsynligvis sammen hermed, at han ikke brugte udtrykket 'forbudt' i sin retstridighedsdefinition, men valgte udtrykket 'overskrider de retlige grænser for handlefriheden'. — Lundstedts kritik kan få en vis berettigelse derved, at adskillige forfattere definerer retstridig som forbudt. Men brugen af denne definition giver ikke udenvidere føje til at antage, at de pågældende forfattere bygger på teorien om, at loven er en befaling til borgerne. De fleste af dem har sikkert ikke tænkt på at lægge denne teori til grund og har navnlig ikke ladet teorien få indflydelse på deres behandling af de praktiske retsspørgsmål.»[5]

Att på dylika grunder finna min kritik av rättstridighetsläran förfelad, åtminstone såvitt nordiska auktorer äro ifråga, torde vara alltför lättvindigt. Även för Goos måste ju rättstridighet ha varit *något*, nämligen detta att överskrida »de retlige grænser for handlefriheden». Är det verkligen tänkbart, att detta något vore av den art, att min kritik av läran om rättstridighet, med innebörd av stridighet mot rättens bud, normstridighet alltså, kunde lämna Goos' och hans efterföljares rättstridighetslära oberörd? De gränser, som genom den rättstridiga handlingen överskridits, måste dock enligt dem ha varit uppdragna *av rätten!* Hur kan man då komma ifrån att handlingen ansetts *förbjuden* av rätten?

Att något om »förbud» icke förekommer just i samband med de av Ussing citerade orden såsom uttryck för Goos' uppfattning av rättstridighetsbegreppet är likgiltigt vid det förhållande, att Goos *betraktade alla kriminaliserade handlingar såsom förbjudna av rätten.* Detta skulle man veta, även om Goos aldrig givit direkt uttryck däråt, ty detta var för honom liksom för alla den tidens rättslärda både inom och utom Norden något självfallet.[6] När Goos låter »rättstridig handling» i vid-

---

[5] Ussing, Retstridighed s. 40.

[6] Se emellertid t. ex. Goos' allmänna uttalande om »de strafferetlige Normer» och hans definition av »Retshaandhævelsen» såsom »den til Virkeliggjørelse af Retsnormerne mot forekommende Retsbrud sigtende Virksomhed». (Goos, Indledning, s. 1 och s. 10). Med rättsnormerna vis à vis den enskilde avser Goos, självfallet för övrigt, detsamma som *befallningar*, liksom han också talar om »Lydighedspligten» mot »Lovens Bud». Se härom, för att nu citera hans »Forelæsninger», t. ex. s. 20, s. 40, s. 46, s. 59, s. 65, s. 84, s. 91 ff. därst. Icke på alla dessa sidor sägs, att rättsnormen är en befallning, men av dem alla framgår att detta är Goos' mening. Nu är det sant, att Goos i sin vällovliga avsikt att utreda rättens grundprinciper väl mycket trasslat till det behandlade stora ämnet, vilket visserligen icke hindrar, att jag har den största respekt för hans ifrågavarande arbete, men vilket likvisst gör, att hans mening icke alltid är fullt klar. Men han är dock aldrig *så* oklar, att man hos honom skulle kunna hämta något stöd för påståendet, att min rättstridighetskritik varit överflödig, såvitt

sträckt mening beteckna överskridandet »af en vilken som helst Grænse for Handlefriheden, som Loven har sat»[7], så kan man icke betvivla, att detta överskridande av gränsen just innefattar överträdelsen av något rättens bud. Till yttermera visso säger han emellertid kort förut, att, när den rättstridiga handlingen betraktas såsom ett överskridande av »de av Loven dragne Grænser for Handlefriheden, er det indlysende, at en hver umoralsk eller irreligiøs Handling, som Loven rammer med Straf *og altsaa forbyder* (kurs. här), derved med detsamme bliver retstridig».[8] För övrigt synes det mig, att envar, som blott tagit del av Ussings redogörelse för Goos' åsikt[9], måste stå helt främmande inför detta hans uttalande, att mitt angrepp, såvitt fråga är om den nordiska rättstridighetsläran, måste vara förfelat. Något längre fram — dock före rubriken »Lundstedts principiella kritik» — säger Ussing, att Getz (Goos' samtida representant i Norge för den s. k. nordiska rättstridig-

---

Goos och de andra rättstridighetslärarna i Norden vore i fråga. För mig har det icke funnits anledning taga upp rättstridighetsbegreppet annorlunda än inom straffrätten och culpa-regeln. Vad jag där till dess kritik framfört torde ådagalägga begreppets osaklighet över hela linjen. Emellertid kan det ytterligare vara av intresse att se, hurusom Goos' lära måste komma direkt i skottlinjen för min kritik. I sin Inledning til den danske Strafferet säger han, att »Retsordenen» drager gränser för handlingsfriheten eller pålägger handlingsplikt med hänsyn till rättigheter. »Den indeholder dernæst Samfundsmagtens Fordring på Lydighed mod den givne Norm. Er den retstridige Handling en tilregnelig Viljesakt, er den tillige en Krænkelse af Lydighedspligten mot Samfundsmagten.» Se Goos' sistnämnda arbete, s. 10 f.

[7] Goos, Forbrydelsen, s. 16 f.

[8] Goos, Forbrydelsen, s. 16. — Goos säger, ib. 132: »Uden en i denne Forstand (= genom att handlingen överskrider de av rättsordningen dragna gränserna för friheten att handla) retstridig Handling kan en Forstyrrelse i en Rettighed icke være noget Retsbrud.» Detta påstående återgives av Knoph, s. 13, *mellan citationstecken* i följande ordalag: »uden en retstridig (forbudt) Handling, kan en Forstyrrelse i en Rettighed icke være noget Retsbrud». Alltså har det för denne specialist på området utan vidare varit klart, att för Goos den rättstridiga handlingen var en av rättsordningen *förbjuden* handling. Se för övrigt om Knoph strax här nedan.

[9] Ussing, Retstridighed, s. 22 ff. — Ussing tycks mena, att Goos lade huvudvikten vid den rättstridiga handlingen såsom ett »Retsbrud». Men vad sen? I »retsbrudet» skall dock också enligt Goos, säger Ussing, a. a. s. 23, ligga »en krænkelse af retsordenens indhold, nemlig den retstridige handling eller undladelse og det heraf flydende indgreb i rettigheden (retsforstyrrelsen)». Längre ned på samma sida använder Ussing angående Goos' åsikt uttrycket »forstyrrelse i et retsbeskyttet gode». Även om — vilket Ussing dock ingalunda synes göra gällande — Goos velat lägga tonvikten på »retsbrudet» såsom stridande mot en »subjektiv ret», kan väl därmed icke grundas påståendet, att mitt »angreb er forfejlet, ialfald for nordisk retstridighedslæres vedkommende». Jag har ju visat, att rättstridighetsbegreppet är lika tanklöst, vare sig det fattas såsom stridighet mot en »norm» eller mot en »subjektiv rätt». Jfr ovan s. 23 f., s. 33 n. 9, s. 34 n. 3 och nedan, s. 42 och s. 54–61. — Med hänsyn till »stridighet mod subjektiv ret» såsom Goos' tanke se emellertid nedan, s. 41, det expressiva citatet från Knoph.

hetsläran) ofta använde »forbudt» i stället för »retstridig», och han tillägger:

»flere senere forfattere (t. ex. Vinding Kruse, Stang och Knoph) definerer den retstridige handling som den handling, der er forbudt af retsordenen. Der er ingen tvivl om, at Goos og hans efterfølgere betragtede det retstridige som noget, der stred mod retsreglerne. Men ialfald den retstridige handling, der afføder erstatningsansvar, anså de tillige som stridende mot skadelidendes ret.»[1]

Om Ussing hade erinrat sig min fejd i detta ämne med Thyrén, åren 1920 och 1921, hade han kanske avstått från sin kritik i denna punkt.[2] Thyrén ansågs dock den tiden som rättstridighetslärans kanske främste representant i Norden! Hade Thyrén trott sig kunna avfärda min kritik så enkelt som Ussing här tänkt sig saken, hade han nog gjort det.[3] Särskilt egendomligt förefaller det mig, att Ussing dels i sin recension av min sista bok och dels i sin framställning av min rättstridighetskritik (i sitt arbete »Retstridighed») indragit Goos' rättsåskådning, när man ihågkommer en annan nordisk expert på »rättstridighetslära», nämligen den nyss nämnde Ragnar Knoph. Denne auktor proklamerar mycket emfatiskt satsen: »Rettsstridig er den handling som rettsordenen forbyr».[4] Att han icke härigenom anser sig kunna komma i någon motsättning till den s. k. nordiska rättstridighetsläran är ju tydligt redan av hans förut berörda sätt att citera Goos. För att likväl ytterligare styrka min nyss gjorda anmärkning skall jag citera ännu ett uttalande av Knoph.

[1] Ussing, Retstridighed, s. 34 f. Getz framställde sina rättstridighetssynpunkter *i tryck* 1875, före Goos. Men Goos säges ha lagt fram grunderna för sin ifrågavarande lära redan på sina föreläsningar 1870. Se Torp, Die Lehre, s. 86 n. 3 och n. 5 å s. 86 f. Det kanske alltså icke är riktigt, att — såsom Thyrén säger (Kausalitätstheorien s. 123 n. 1) — den s. k. nordiska rättstridighetsläran utgår från v. Bar's ovan berörda skrift. Torp menar, att denna lära snarare har sina rötter i dansken Bornemann's skrifter.

[2] Ussing nämner min Principinledning (1920) men har tydligen glömt bort denna, när han a. a. s. 27 påstår, att Augdahl med sin skrift »Ret og Retskrænkelse», 1921, »åbnede rækken af angreb på» rättstridighetsläran.

[3] Ussing icke ens nämner Thyrén i sammanhanget. Sannolikt har han icke erinrat sig min kanske mest klargörande skrift i ämnet »Svar till professor Thyrén», 1921, och därför icke berörts av de reflexioner, som i detta sammanhang kunde ha föranletts av hågkomsten av den »Lundstedt—Thyrénska striden». Det var en fejd, som verkligen hördes på den tiden i Sverige. Redan under 20-talet torde flertalet juris studerande i Uppsala ha ställt sig på min sida. Och jag vågar ställa den frågan: Vem med vetenskapsmannens ansvarskänsla skulle nu — några och 30 år efter denna fejd — vilja hävda, att Thyrén på någon väsentlig punkt utgick som segrare? Professor Einar Tegen, dåvarande docent i praktisk filosofi, skrev efter denna strid: »Jag har punkt för punkt sökt att genomtränga Thyréns och Lundstedts resonemang, och jag kan icke finna annat än att Thyrén är sakligt underlägsen — efter vad jag förstår på *alla* punkter» (kurs. här).

[4] Knoph s. 17, jfr s. 20.

Man hade ju i allmänhet utgått ifrån, att rättstridigheten kunde bestämmas *dels* såsom kränkning av subjektiv rätt och *dels* såsom kränkning av objektiv rätt, d. v. s. stridighet mot en rättsnorm.[5] Det skulle emellertid finnas en mängd *tillåtna*, d. v. s. »rättsenliga», kränkningar av »rättigheter». Följaktligen kunde den förra bestämningen icke utan särskilda kommentarer eller modifikationer anlitas. Det var bl. a. detta som Goos och Getz sökte beakta. Nu vill Knoph i få ord angiva den djuptgående skillnaden mellan dessas rättstridighetsbegrepp och den äldre rättens. Den äldre rätten, skriver han, var

»på ingen måte klar over rettsstridsbegrepets innhold. Undertiden opfattet den det, som om det refererte sig til handlinger som rettsordnen hadde forbudt, og undertiden til skade på en subjektiv rett; halvt ubevisst forutsatte man, at disse to opfattninger ikke stod i strid med hinannen. Goos — og med ham Getz — hugget dette tåkede spinn av uklarhet over. Fra nu av blev det klart for alle, at man måtte velge mellem de to dypt forskjellige opfattninger av rettsstridens begrep; de falt nemlig aldeles ikke sammen i sine resultater. Og det blev samtidig hevdet *på en måte som i nordisk rett ikke senere har møtt virkelig motsigelse* (kurs. av mig), att den rettstridige handling er den av rettsordnen *forbudte* handling, og att rettsstridsgrensen — grensen for handlefriheten — er av vesentlig betydning for hele rettsordnen».[6]

Till yttermera visso underströk Knoph omedelbart efteråt, att både Goos och Getz fastslogo, att det »ikke er nok til å pålegge ansvar at skade er voldt, men den handling som er årsak til skaden må være forbudt av rettsordnen».[7]

Efter allt detta kan jag icke förstå, vad Ussing menar med, *att* min kritik av rättstridighetsläran varit förfelad »ialfald for nordisk retstridighedslæres vedkommende», *att* »grundlæggerne af den danske lære ikke byggede på» uppfattningen att alla rättsregler vore befallningar och *att* Goos »ikke hyllede befalingsteorien». Om man går på befallningsterminologien eller förbudsterminologien är naturligtvis likgiltigt. Men såvitt fråga är om »rättstridig» handling är det ju lättvindigare att säga, att sådan är förbjuden, än att den motsatta handlingen är befalld. Häri bör så mycket mindre någon hake kunna ligga, som ju Ussing själv — visserligen, med hänsyn till här ovan åberopade uttalanden av Goos,

[5] Såsom *materiell* rättskränkning å ena sidan, såsom *formell* rättstridighet å den andra; se t. ex. Dohna a. a. s. 18. — Se även ovan s. 23 n. 5 och s. 34 n. 3 samt nedan s. 42 och s. 54–61.

[6] Knoph s. 226.

[7] Knoph s. 226. — Även gentemot Knoph hävdar Torp, Bemærkninger s. 252 f., liksom emot mig (se ovan s. 23), att enligt honom själv och »Grundlæggerne af den herskende Retstridighedslære» icke alla rättsligen förbjudna handlingar vore rättstridiga utan blott de, som överskridit »de Grænser for Handlefriheden, som maa drages af Hensyn til en forsvarlig Beskyttelse af bestemte bestaaende Retsgoder».

oförklarligt nog — fäster sig vid, att Goos »ikke brugte udtrykket 'forbudt' i sin retstridighedsdefinition».

Om Ussing hade stannat ett ögonblick vid vad jag i min Principinledning, s. 69 ff., säger under rubriken »Rättstridighet och lagstridighet», där jag just tager upp »kärnpunkten» i den s. k. nordiska rättstridighetsläran, eller kanske ännu bättre, om han fäst något större avseende vid några sidor, som jag anfört gentemot honom själv på annat ställe[8] — har jag svårt att föreställa mig, att han skulle ha sökt bagatellisera min kritik av rättstridighetsbegreppet så som han gjort i sin »Retstridighed».

Det kan icke utgöra något stöd för Ussing, att icke *alla* »rättsregler» vore befallningar enligt de nordiska rättslärarne. Ty klart är ju att i allt fall de »*rättstridiga*» handlingarne också enligt dem måste ha varit förbjudna och följaktligen motsatta vissa handlingssätt, som då anses ha varit befallda. Skall det möjligen ligga någon »hund begraven» under Ussings påstående, att man icke »bygger» på teorier om, att lagen vore en befallning till medborgarne, även om man ansåge, att lagen hade denna karaktär? Om man icke byggde därpå, skulle ju icke ens skenet av skillnaden mellan rättstridigt och rättsenligt »Indgreb i et Retsgode» kunna upprätthållas eller skenet av att *en* person gått utom, en *annan* hållit sig inom »handlefrihedens grænser». Torp utgår ju också såsom något självfallet från att »retstridig Handling» vore stridande »mod den gældende Rets Fordringer», och han menar, att begränsningen av begreppet till handling, som medför »Retsforstyrrelse», »Retsbrud», näppeligen kunde sägas vara naturlig, därför nämligen att också handlingar som icke vore »Retsbrud» (= »retstridig Retsforstyrrelse») kunde »være stridende mod den gældende Ret».[9] Utan tron på rättens förbud (naturligtvis innefattande tron på dess befallningar) skulle den s. k. nordiska rättstridighetsläran till och med i den rådande jurisprudensens egna ögon icke ha blivit annat än meningslösa ordsammanställningar.

Härtill kommer så, att rättstridighet i mening av stridighet mot »Retsgoder», »rättigheter» och dylikt — även om man med en sådan bestämning trodde sig kunna komma ifrån rättstridigheten såsom framgående av rättsliga förbud eller befallningar — *måste* framstå såsom en logisk orimlighet, därest min kritik av rättsideologien[1] icke i det väsentliga kan vederläggas.

---

[8] Bd I s. 24–29.

[9] Torp, Strafferet, s. 215 (text och n. 3).

[1] Redan i mina straffrättsliga skrifter, men framför allt i Obligationsbegreppet, I och II: 1. Se även vissa partier i Bd I och Bd II: 1.

Ussing är emellertid numera uppenbarligen på det klara med att »rättstridighet» lika litet kan innebära stridighet mot objektiv rätt som stridighet mot subjektiv rätt. Likväl skall enligt honom rättstridigheten vara något av betydelse för rättsvetenskapen! Det skall vara »en rimelig systematik at fremstille de vigtigste regler om de særlige retmæssighedsgrunde i den almindelige lære om retstridighed». Emellertid blir trots detta rättstridigheten enligt Ussing först och främst bara ett namn, en »fælles overskrift for undersøgelsen af de forskellige særlige retmæssighedsgrunde». Men, fortsätter han,

»udtrykket retstridighed har værdi ved at give en foreløbig forestilling om arten af det praktiske problem, der foreligger: at det i alle tilfælde drejer sig om typer af handlesituationer, hvor de grunde, der bærer de forskellige retshåndhævelsesregler, falder bort, fordi handlingen overhovedet ikke findes at burde søges modarbejdet ved nogen af de reaktioner, der opfattes som udtryk for, at handlingen er utilladelig.»[2]

Sådana uttalanden synas mig endast vara ägnade att bekräfta vad jag ofta uttalat, att både »rättstridighet» och »rättsenlighet» är en fullkomligt onödig barlast för juridiken, som snarast möjligt bör kastas överbord. Och hur skulle man med denna syn på rättstridighetsbegreppet — såsom i realiteten tomt och därför odugligt till att föra en diskussion om ansvarsregler ett enda steg sakligt framåt — kunna undgå att se, hur vägen öppnar sig för en rättsvetenskaplig metod av sådan art, som jag utvecklat, bl. a. i Obligationsbegreppet II: 1 s. 187–273 och senare i Bd I s. 549–603? På omkring 60 sidor i sin »Retstridighed» skriver emellertid Ussing, såsom om han hade någon hjälp av detta »namn» eller »uttryck», denna »overskrift»: rättstridighet. Detta är mig synnerligen svårt att förstå. Det är ju uppenbart av vissa hans uttalanden både i »Retstridighed» och »Erstatningsret», att han inser intigheten i begreppet. Varför drar han då inte konsekvensen och raserar hela begreppet till och med blott såsom term? Ingenting är mera klargörande för behovet av en ny metod av den art, som jag anströnger mig att föra fram, än just insikten om *intigheten* i begreppet rättstridighet. Men dessa mina ansträngningar har han i sammanhanget alls icke berört. Med Ussings

[2] Ussing, Retstridighed, s. 46. Det är egentligen samma ståndpunkt, som Ussing uttryckt i sin Erstatningsret. Se särskilt s. 39 f. ib. — Andenæs, Straffbar Unnlatelse, § 14, utvecklar att rättstridigheten *endast* är användbar som »terminologisk hjelpebegrep». Han avvisar bestämt och utförligt tanken, att begreppet skulle ha »noen verdi ut over den rent terminologiske», s. 188–197. Och han tillägger: »Selve uttrykket er lite heldig ved de associationer det rent språklig skaper. *Og det kan lett unnværes* (kurs. här),» s. 197. Egendomligt nog tar Andenæs inte ställning till Ussings Erstatningsret, som han i detta sammanhang icke närmare går in på.

enastående kunskaper på förmögenhetsrättens område — mina säkerligen vida överlägsna — skulle insatser från hans sida till utveckling av en sådan metod, som jag kallat samhällsnyttans, enligt min tro haft utomordentligt stor betydelse, direkt för den nordiska, indirekt för rättsvetenskapen i hela den västerländska världen.

Culpa-regeln i min version intet nytt för dansk juridik?

För att nu åter anknyta till Ussings recension av Bd II: 1 vågar jag efter det sagda påstå, att ingenting torde vara mera omotiverat än att låta »Goos' og hans efterfølgeres» rättstridighetslära utgöra något stöd för att culpa-regeln i min version, d. v. s. såsom liktydig med den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen, låge »ret nær op ad dansk lære». I motiveringen av denna regel finns förvisso ingen plats för tankar, besläktade med vare sig den nordiska eller annan rättstridighetslära.

Ussing hänvisar emellertid framför allt till egna uttalanden för att visa, huru ungefärligen sammanfallande våra åsikter äro ifråga om vad jag kallat culpa-regeln i min version. Och det är mycket riktigt, att han i sin Erstatningsret, s. 28, säger, att också om vanlig »Agtpaagivenhed» i allmänhet vore bestämmande för ansvaret, så kan det

»forekomme Tilfælde, hvor den maa fraviges. Fremskridt i Videnskab og Teknik, Forandringer i Samfundsforholdene o. s. v. kan medføre, at en gammel Sædvane bliver uforsvarlig, og en ny skal oftest have nogen Tid til at danne sig. Men selv bortset derfra kan det tænkes, at der dannes slappe og uforsvarlige Sædvaner i visse Forhold, navnlig paa Omraader, hvor særlige, snævre Personkredse færdes. I saadanne Tilfælde ma Domstolene kunne paalægge Erstatningsansvar for at søge en bedre Sædvane tilvejebragt.»

Ett sådant uttalande kunde jag naturligtvis ha hänvisat till, och jag erkänner, att jag borde ha gjort det. Men jag gjorde det likväl icke. Detta berodde på följande. Vid studiet av Ussings skrift fann jag, att uttalandet ur vetenskaplig synpunkt egentligen icke hade någon beröring med min egen åsikt. Då Ussing icke sagt något motsvarande i sin Skyld og Skade, fann jag det visserligen sannolikt, att han föranletts till sitt uttalande av mina egna antydningar i min två år före Ussings bok utkomna Culpa-Regeln, där jag efter en kritik av Ussings syn på culpaansvaret till sist, s. 190, säger:

»Emellertid kan det stundom vara angeläget att med culpa-regeln icke blott uppehålla utan *influera* på den vanliga handlingsstandarden till dennas höjande.

Och när nya verksamhetsgrenar uppstå, kan det vara angeläget att genom culpa-regeln *åstadkomma* en lämplig handlingsstandard, som ännu ej hunnit utbildas. Klarhet i nu berörda frågor har en viss betydelse även för förståelsen av det strikta ansvaret, särskilt dess förhållande till culpa-regeln.»

Naturligtvis hade jag, som sagt, likväl bort åberopa mig på de nyss citerade orden av Ussing, eftersom de faktiskt utgjorde stöd för min egen åsikt. Men jag hade då måst erinra om mina egna nyss citerade ord, ävensom göra vissa kommentarer dels med hänsyn till Ussings ord »at en gammel Sædvane bliver *uforsvarlig*» (kurs. här) och dels med hänsyn till Ussings behandling av farlighetsansvaret, ytterligare utvisande, att han hade en från min väsensskild syn på culpa-regeln. Allt detta syntes mig då ha blivit alltför omständligt.[3]

Emellertid hade jag i utvecklingen av vad jag kallade culpa-regeln i min version bl. a. skrivit, att

»den avgörande frågeställningen för culpa-ansvaret icke längre blir, om svaranden handlat eller icke handlat kulpost, utan om han handlat eller icke handlat så, att i situationer av ifrågavarande art det motsatta handlingssättet vore ur allmän eller social synpunkt önskvärt. Emellertid är det av vikt att särskilt observera, att detta spörsmål *aldrig* avser den sociala betydelsen i positiv eller negativ riktning av just *denne svarandes* handling utan av *människornas*, som befinna sig i samma slags situation och omständigheter som den förevarande svaranden. — Vad nu denna ståndpunkt angår måste, synes det, med densamma alla hittillsvarande culpa-fall komma under ansvarsregeln. Ty man skulle icke kunna värdera något handlingssätt, som man numera betraktar som kulpost, d. v. s. såsom innefattande bristande åt s. k. normal aktsamhet, annorlunda än såsom ur social synpunkt icke önskvärt. Resultaten av de båda frågeställningarne måste dock, kanske i ganska avsevärd grad, divergera. Visserligen kan det icke vara fråga om en social värdering av handlingssättet såsom sådant, isolerat från de omständigheter av subjektiv och objektiv art, som karakterisera situationen. Likväl betyder 'culpa'-regeln i min version en utvidgning utöver den gamla regeln, en utvidgning i största korthet karakteriserad sålunda: vissa handlingssätt — som *i allmänhet* icke iakttagas av människorna i den ifrågavarande situationen, och som därför icke betraktas såsom avvikelser från 'normal aktsamhet' och följaktligen icke heller såsom beroende på försumlighet — komma att medföra ansvar efter denna regel. Det rör sig härvid framför allt om handlingssätt, vilka det på grund av — genom teknikens utveckling på skilda områden — förändrade förhållanden, befinnes angeläget ur social synpunkt att motverka, enär de lätteligen leda till skadegörelse, oaktat de (ännu) icke pläga rubriceras

---

[3] I all synnerhet som jag på det stadium i Bd II: 1, då jag behandlade »culpa-ansvaret», alls icke tänkt närmare gå in på farlighetsansvaret och överhuvud aldrig hade tanken att redan i Bd II: 1 taga upp Ussings åskådning i detta ämne. Se Bd II: 1 s. VI och VII. Men jag hade likväl bort med en antydande förklaring göra en hänvisning till Ussings ifrågavarande uttalande.

såsom bristande åt s. k. normal aktsamhet. Det rör sig med andra ord framför allt om vad som stundom rubriceras som 'farlig verksamhet'.»[4]

Ussing har i recensionen inskränkt sig till citat av blott *näst* sista punkten. Detta anmärker jag naturligtvis icke på, ty jag kan icke begära, att han i en anmälan skall citera mig sida upp och sida ner. Jag hoppades emellertid ha klargjort, att min culpa-regel vuxit fram såsom ett resultat av bl. a. min kritik av fundamentet för den gamla culpa-regeln, under det att Ussings nyss citerade uttalanden i »Erstatningsret» icke kunna fattas såsom annat än påståenden utan försök till vetenskaplig grund eller vetenskapligt sammanhang, såvitt man icke utgår ifrån, att han byggt på den av mig (delvis i samband med kritik av Ussings egen culpa-regel) lagda grunden.[5] Men framför allt väntade jag mig, att läsaren skulle beakta den lilla *sista* punkten i det efter mig nyss gjorda citatet, med dess framhävande av *farlighetsansvaret* såsom till en betydande del fallande inom den utvidgade culpa-regeln. Jag hänvisade vid slutet av citatet till s. 449 ff. Och jag säger å s. 449, att culpa-ansvaret i min version går »direkt in i en del av det hittillsvarande farlighetsansvaret». Och jag utvecklar detta något å de närmast följande sidorna. Det rör sig om det på grund av handlingens sociala o-önskvärdhet prevenerande farlighetsansvaret. Ussing har aldrig, så vitt jag vet, gjort några uttalanden eller ens antydningar av innebörd, att culpa-regeln — frigjord från den gamla chimäriska grunden och rationellt motiverad — måste just enligt denna motivering avsevärt vidgas och därvid jämväl komma att omsluta en del av farlighetsansvaret. Hans syn på detta ansvar står tvärtom i rak strid mot en sådan tanke, hur mycket han än betonar preventionens betydelse vid farlighetsansvaret. Detta ansvar skär han över en kam och ser det icke, såsom jag, efter två väsentligen skilda linjer.[6]

Ussing säger efter citatet från mig av den nämnda punkten, att en okunnig läsare måste få det intrycket, »att ingen nogensinde har sagt noget, der blot nærmer sig til Lundstedts lære». Detta är verkligen mycket roligt sagt, och jag uppskattar den uppfriskande humorn i yttrandet. Men jag är likväl av den uppfattningen, att en i ämnet fullt insatt

[4] Bd II: 1 s. 23 f.

[5] Dels i min »Kritik» och dels i Culpa-Regeln.

[6] Se Ussing, Erstatningsret s. 118 ff. jfda med s. 125; och Bd II: 1 s. 21 n. 1, s. 41 ff. och s. 450 ff. Att jag här ännu icke betonat hela räckvidden av förhållandet mellan culpa-regeln i min version och farlighetsansvaret betyder dock ingalunda, att våra åsikter stodo närmare varandra. Min syn på förhållandet ifråga framgår likväl kanske klarare av vad jag nedan s. 269 ff. skriver i samband med farlighetsansvarets motivering.

läsare måste begripa, att det ur *rättsvetenskaplig* synpunkt icke finns någon släktskap mellan culpa-regeln i min version och Ussings samt andra danska läror på området.

Ussing finner det tydligen anmärkningsvärt, att jag påpekat, att man vid min culpa-regel delvis kunde begagna sig av samma utväg som man *faktiskt* måste anlita också vid den gamla culpa-regeln, nämligen undersökningen av hur det i allmänhet handlas i situationer av förevarande slag. Detta vore långt ifrån något nytt, såsom framginge av hans hävdande, Erstatningsret s. 28, av betydelsen av »målestokken almindelig agtpågivenhed». Nu är det så, att jag påvisade redan i Culpa-Regeln, att det var denna »målstock», som man famlade efter med objektiveringen av culpa, d. v. s. uppfattningen att denna innefattade ett bristande åt »normal aktsamhet».[7] Och en synpunkt som jag därvid särskilt önskade få fram var, att det vore en *petitio principii* att låta åsidosättandet av den vanliga handlingsstandarden utgöra en (rättvis) grund till skadeståndstvånget samt att uppehållandet av en regel om detta tvärtom utgjorde en förutsättning för att den vanliga handlingsstandarden icke sjönke under en viss nivå.[8] Det var därför jag var angelägen om att påvisa, att man med sin rättsideologiska »normala aktsamhet» famlade efter något högst reellt, den vanliga handlingsstandarden, vars uppehållande utgjorde en väsentlig social funktion hos rättsregeln ifråga. Såsom jag sedan behandlade frågan i mitt av Ussing recenserade arbete, Bd II: 1 s. 24 ff., tror jag nog, att anledning finns att fästa avseende vid mina synpunkter. Allt hänger ju, såsom jag ofta måst påpeka, på sammanhanget i vilket något säges. Nu hade, vilket Ussing nämner, Bache, Erstatningsregel s. 108 (året före min Culpa-Regeln) uttalat, att en handling medför ansvar, när den »er i Strid med almindelig Agtpaagivenhed i det paagældende Livsforhold». Jag medger, att jag icke hade sett denna Baches artikel på något mer än tre sidor. Men jag

---

[7] Se Culpa-Regeln s. 111 f. och s. 189 f. jfda med s. 67–69. Beakta uttalandet därst. s. 112: »Väl må man använda *ordet* culpa, men då blott som en beteckning för detta, att en person i en viss situation icke handlat på det sätt, som *människorna i allmänhet* just genom medvetandet om ett regelmässigt skadeståndstvång eggas att i dylika situationer handla» (senare kursiveringen gjord här). Samma tanke — att det vid »culpa» är fråga om hur människor i allmänhet handla — framgår tydligt redan av min »Kritik» (T. f. R. 1923 s. 86 f.), nämligen om man tar hänsyn till vad jag dels där, dels och framför allt i Principinledning samt Svar till professor Thyrén, framhållit angående det ovetenskapliga i att låta *svarandens skuld* utgöra en *rättvis* grund för hans ansvarighet. Jag hade emellertid ingen anledning att där — i en tidskriftsartikel, som i alla fall upptog 100 sidor av tidskriftens utrymme — gå in på begreppet »normal aktsamhet».

[8] Culpa-Regeln s. 112.

bestrider, att densamma skulle kunna på något sätt förringa min ifrågavarande framställning, därest nu denna eljest kunde anses ha något intresse. Utan min åratal dessförinnan utförda kritik av hela »Retsbrudslæren» och av culpa såsom rättfärdighetsgrund för skadeståndstvånget skulle Bache näppeligen ha kommit att göra det citerade uttalandet.[9]

Må, ehuru icke rätteligen hänförligt under förevarande underrubrik, likväl här få införas ett missförstånd av Ussing, som han i sin anmälan

[9] Jfr Bache, Bemærkninger s. 291. — Hans senare, i texten berörda artikel torde näppeligen kunna betraktas såsom ett vetenskapligt inlägg. Den är ganska rörig. Han menar, att »uagtsomhed» mycket väl kan föreligga, ehuru ansvarsfrihet bör inträda, därför att handlingen icke strider mot »almindelig Agtpaagivenhed». Vad är då »uagtsomhed» för något, om den kan vara förhanden trots iakttagande av »almindelig Agtpaagivenhed»? Han säger vidare i slutet av sin artikel: »Om Krav kan gøres gældende, maa netop afgøres efter det sædvanemæssige i det levende Forretningsliv, ikke ved Deduktion fra en opstillet almindelig Regel.» Ett sådant uttalande visar, att man har en oklar uppfattning av rätten och dess funktion att påverka handlingssätten i samhället. — Hur pass mycket Bache förstått av mina teorier torde inses, när han i Bemærkninger, s. 291, påstår, att mitt »Angreb» på rättstridighetsläran »uddybedes og fuldstændiggjordes bl. a. av Astrup Hoel». Bache tycks icke ha känt min grundläggande kritik av rättstridighetsbegreppet. Han nämner blott min Kritik av 1923. Vad Hoel, Retsmetode, angår, har Bache uppenbarligen icke förstått, hur ovetenskapligt detta av Bache åberopade arbete är. Jag står alltjämt för mitt uttalande, att Hoels i detsamma gjorda »Beobachtungen bleiben an der Oberfläche. Seine Irrtümer dagegen würzeln in den tieferen Schichten». Se min bok Die Unw. I, s. 352–362. Hoel har, nästan genomgående instämmande berört mina då utkomna skrifter (Principinledning; Svar till professor Thyrén och Kritik). Men de ha omnämnts av honom på ett — med hänsyn till den betydelse de synas böra ha haft för hans ämne — egendomligt knapphändigt sätt. Saken torde näppeligen kunna förklaras annorlunda än så, att Hoels arbete varit så gott som avslutat, innan han fått syn på mina skrifter, vilka han därefter passat på att nämna i en del noter, där sådant låtit sig göra utan några större omarbetningar. Hur han kunnat undgå att nämna grundtankarne i min uppfattning av rättighetsbegreppet ävensom min tes, att kausalitetslärorna intet hade med juridiken att skaffa — dessa synpunkter ingingo i min av Hoel kända Kritik — har dock alltid varit mig obegripligt. Men sådant går tydligen för sig. Någon anmärkning mot förfaringssättet har aldrig förekommit. Men väl uppstod legenden, att min rättstridighetskritik »uddybedes og fuldstændiggjordes» av Hoel! Jag tror verkligen, att jag på de angivna sidorna i min »Die Unwissenschaftlichkeit» I har kunnat visa, att Hoel med sin »Retsmetode» icke kunnat analysera de rättsliga företeelserna utan blott behängt dem med nya slöjor. Ang. Hoel's Retsmetode se för övrigt nedan s. 158 f. — Baches ofullständiga bekantskap med min rättsåskådning torde, möjligen ännu tydligare framgå av hans hånfulla uttalande, att jag genom hänvisningen till begreppet »Samfundsnytten» söker att »helde ny Vin paa gamle Læderflasker», Bemærkninger s. 295 n. 7. Kanske skulle han önskat återtaga ett sådant uttalande, om han läst mina senare utförligare skrifter. För den, som verkligen känner till min kritik av de rättsideologiska lärorna och vad jag förfäktar angående rättsideologiens utmönstring till förmån för en av sociala värderingar bestämd rättslära, tror jag att Baches ifrågavarande uttalande måste te sig såsom en av okunnighet i frågan föranledd fras.

återgivit från sin Erstatningsret. Jag hade i min bok upprepat min kritik (från T. f. R. 1923) av Stang, som betraktar ansvaret för »farlig bedrift» såsom ansvar för »*rättsenlig*» handling. Såsom »farlig bedrift» nämner Stang: »fabriker, fløtning, dampskibsfart, droschebiler og meget andet». Såsom exempel tog jag nu av särskilt skäl bilkörning, varvid jag självfallet hade *bilägarens* ansvarighet (efter vår lag) i sikte, vare sig han hade en eller flera bilar ute i trafik. Bilkörningen ställdes ju av Stang i paritet med »fabriker», »den meste dampskibsfart» och dylikt. Och det rör sig i min framställning *klart och tydligt* om farlighetsansvar såsom ett *strikt* ansvar. Ussing skriver nu:

»Heroverfor, siger han (Lundstedt) s. 422, behøver man kun at stille følgende spørgsmål: 'var just *det* handlingssätt, som medförde att person eller egendom skadades — för snabb körning, underlåten eller för sent företagen bromsning, annan felmanöver eller underlåtelse, varigenom bilmaskineriet råkat i olag eller i allt fall icke fungerade på bästa sätt o. s. v. — var just det handlingssättet också nyttigt för samfärdslen? Naturligtvis icke. Men då var det ju blott farligt och måste sålunda vara 'rättstridigt' enligt både Stang och andra.' S. 424 udvikles, at der her foreligger en brist i begrebsanalysen: man har ladet farligheden dække et *komplex* af handlinger i stedet for blot den eller de handlinger, der med nogen rimelighed kunne vurderes som farlig. Det er vigtigt, at de mange forskelligartede handlinger her betragtes så vidt mulig isolerede, når der rejses spørgsmål, om skade, som driften volder, bør omfattes af en ansvarsregel eller ej (s. 424). — Hele denne kritik viser, at Lundstedt overhovedet ikke forstår tankegangen hos Stang eller andre nordiske forfattere. Det er helt urimeligt at tro, at Stang eller andre kendte forfattere har overset, hvad Lundstedt her fremhæver. Jeg har da også allerede i Erstatningsret s. 123 kort tilbagevist Lundstedts påstande, men han ikke så meget som nævner dette. Hvor skaden er bevirket ved forhold som dem, Lundstedt nævner, foreligger der normalt et forhold, som både Stang og jeg ville kalde culpa (uforsvarlig handling eller forsømmelse), og vi er gået ud fra, at det var overflødigt at fremhæve, at der så ville indtræde ansvar efter culparegeln. Men vi har på den anden side ment, at der ikke altid kan findes culpa som årsag til de skader, der følger af farlige virksomheder. Dels kan det være umuligt at fastslå, om der er nogen handling, som, bedømt i handlingsøjeblikket, kunne betragtes som uforsvarlig eller samfundsmæssig uønskværdig. Dels kan det ske, at det endog må anses som bevist, at der ikke er foretaget nogen sådan handling (eller undladelse). Men selv i slige tilfælde kan en regel om ansvar for farlig virksomhed medføre ansvar, og efter min og manges mening stemmer det med legislative hensyn at gennemføre regler, der omfatter slige tilfælde. Og hvor det sker, kan det med rette siges, at der indtræder ansvar uden culpa — som jeg plejer at sige. — Stang brugte udtrykket 'ansvar uden retsbrud' i samme betydning. — Når der gælder en regel om, at en farlig virksomhed medfører ansvar uden culpa, betyder det, at ansvar *ikke er betinget af culpa*.»[1]

---

[1] Ussing, Rec. s. 242.

Ussing synes nu återigen missnöjd med, att jag icke beaktat hans egna uttalanden, i detta fall formade till en invändning emot mig på s. 122 f. i Erstatningsret. Jag hade faktiskt i hans bok prickat för dessa uttalanden såsom uppenbarligen förhastade och därför icke i behov av bemötande. Det är ju tydligt, att jag endast avsett situationer, som *falla utanför den gängse culpa-regeln*, d. v. s. *utanför* svarandens bristande åt »normal aktsamhet». Bilägaren har *icke bedömts som kulpant*, vare sig nu situationen är den, att han icke själv kört bilen eller väl kört den men olyckan inträffat utan någon hans culpa, t. ex. därför att bilmaskineri eller slangar och däck icke varit i bästa skick, trots det att han i sådant avseende iakttagit »normal aktsamhet»: han har haft bilen för noggrann översyn på en verkstad eller tillsagt fackmän bland sitt eget folk att noggrant genomgå bilen för upptäckande och lagande av bristfälligheter. Själva detta handlingssätt — att själv köra med eller manövrera eller låta annan köra med eller manövrera en bil med bristfälligt maskineri eller exploderande slangar, allt med påföljd att annan lidit skada därigenom — *kan väl under inga omständigheter betraktas såsom övervägande nyttigt*, och måste följaktligen utgöra vad som enligt Stang skall anses såsom *rättstridig* handling.[2] I fråga om nu berörda handlingssätt behöver uppenbarligen icke föreligga någon bilägarens culpa, vare sig han själv eller en hans chaufför kört bilen.

Låt oss så taga det fall, att en trafikbilsföretagare beordrat sin chaufför ut på en körtur, varunder händer en olycka för tredje-man, t. ex. på grund av »för snabb körning etc.» Även om nu chauffören handlat kulpost i traditionell mening — vilket det dock ingalunda är nödvändigt att antaga — kan självfallet *svaranden-trafikföretagaren* vara fullt fri från varje »försumlighet». Vi kunna nu helt bortse från ansvarsmöjligheten i N. L. 3–21–2 (cit. nedan s. 222), eftersom jag med mitt exempel uppenbarligen icke hade detta stadgande i sikte och principalansvaret i *svensk* rätt i exemplet icke hade någon tillämplighet, samt Stang själv för övrigt betraktar den nämnda §-en såsom motiverad, »forsaavidt den fører til samme resultat som ansvaret for farlig virksomhed. Det er med andre ord som surrogat, den har hat og endnu har berettigelse.»[3] Å s. 146 tar nu Stang först upp

»de tilfælde, hvor den handling, det gjælder, er utslag av en varig virksomhet, som foretages for at bringe driftsherren økonomisk nytte. Forutsætningen er, at virksomheten bringer andres retsgoder i en adækvat fare, men at den allikevel er tillatt, fordi den gjør nytte. Det er denne gruppe av tilfælde, man først og

[2] Stang s. 104 ff.
[3] Stang s. 201.

fremst tænker paa, naar man taler om *farlig bedrift*. Ind under den gaar fabriker. fløtning, den meste dampskibsfart, droschebiler og meget andet.»

Även om chauffören handlat kulpost i mening av bristande åt s. k. normal aktsamhet, har väl handlingen icke desto mindre varit »utslag av en varig virksomhed, som foretages for at bringe driftsherren økonomisk nytte»! »Driftsherren» har *icke brustit* åt s. k. normal aktsamhet, men den skadegörelse för vilken han svarar har uppenbarligen varit en rättstridig handling enligt Stangs egen definition å dylika.[4] Icke desto mindre skall den här såsom »utslag av en varig virksomhed» betraktas så, att företagaren svarar för skada genom farlig verksamhet, som varit övervägande *nyttig* och följaktligen *rättsenlig*. Det är denna *brist på analys*, som jag påtalat, en analys som skulle möjliggöra, att detta får vara detta. Det kommer aldrig att bli någon reda i fråga om farlighetsansvaret, så länge man i princip begagnar sig av det alltomfattande begreppet farlig verksamhet eller farlig »bedrift» såsom den faktiska grunden för ansvaret, även när det är möjligt att klart få fram den eller de skadebringande faktorerna.

Naturligtvis kunna dessa faktorer bestå i anställdas handlingssätt, som alls icke varit kulposa, eller i handlingssätt, vilka väl kunna till sin art fastställas utan att likväl deras upphovsmän kunna identifieras; men i båda fallen i handlingssätt, som enligt Stangs definitioner måste betraktas som i och för sig rättstridiga och icke rättsenliga, enär de blott eller övervägande varit farliga (och lett till skada). Tag t. ex. fallet i NJA 1943 s. 177.[5] Det handlingssätt, som arbetsförmannen här företog (att tina upp vattenslangen genom facklor) måste väl sägas — genom den olyckliga anhopningen av spillolja under bron — ha varit övervägande farligt, följaktligen rättstridigt (enligt Stang), ehuru han icke bedömdes som kulpant.

Möjligen vill Ussing gentemot detta hävda, att — låt vara att den skadliga effekten måste ha berott på rättstridig handling enligt Stangs definition — så har dock den ifrågavarande ansvarige själv, företagaren, handlat rättsenligt. Gå vi emellertid till Stangs nyss citerade uttalande, s. 146, och min opposition mot idén däri, så kan detta icke vara något försvar för Ussings kritik mot mig. Ty vad jag opponerar emot är just detta att låta ett blott eller övervägande farligt och skadebringande handlingssätt inom företaget, ett handlingssätt som uppenbarligen i sig självt kommer under Stangs kategori: rättstridighet, *identifieras med* eller *gå*

[4] Stang s. 105 f.
[5] Ref. i Bd II: 1, s. 370 f.

upp i företagets som sådant övervägande nyttiga verksamhet och av denna anledning leda till ansvar för visserligen farlig men dock rättsenlig bedrift. Företagaren bör, såvitt han överhuvud anses vara ansvarig, dömas ansvarig för *skada genom det skadebringande handlingssättet.* Endast såvitt detta är *nödvändigt* förbundet med företagets drift, kan man utan förvirrande konsekvenser tala om skada genom driften och följaktligen om ansvar för skada genom densamma. Man kommer här icke skadeståndsfrågan verkligen in på livet, om man — såsom Stang — utan att vara logiskt nödgad därtill anser under en företagsverksamhet inträffade skador såsom förorsakade av denna verksamhet som sådan. Man måste söka identifiera det en viss skada betingande handlingssättet, såvitt som detta verkligen kan urskiljas. Förfar man verkligen så, då *måste* hithörande fall, som Stang hänför till ansvar för rättsenlig verksamhet, enligt hans egna definitioner komma under kategorien ansvar för skada genom rättstridig handling, nämligen såvitt icke skadan i det enskilda fallet var en nödvändig konsekvens av företagsverksamheten såsom sådan.[6]

Jag har aldrig bestritt den möjligheten, att s. k. farlig »bedrift» kunde medföra skada, utan att det kunnat påvisas, att skadan berott på någon bristfällighet ifråga om material, anordningar, instruktioner, anställdas yrkesskicklighet, iakttagelseförmåga, varsamhet m. m. Men att det myc-

---

[6] Jag tog »droschebiler» som exempel, helt enkelt därför att Stang i ett föregående citat sammankopplat bilägarens ansvarighet med expropriationsersättningen. Det är tydligt av hela framställningen, att jag icke *kunnat* avse något annat än bilägarens fullständiga culpa-frihet i traditionell mening, vare sig denne kört själv eller anlitat någon av sina chaufförer. Och eftersom, även om anlitad chaufför handlat kulpost, bilägarens ansvar likväl enligt min framställning vore ett strikt ansvar, var det av intresse att — ur svensk rätts synpunkt — få fram exempel på detta ansvar, vare sig eventuellt anlitad chaufför kunde bedömas som kulpant i traditionell mening eller icke. Berodde olyckan på bilmaskineriet, är det tydligt, att chauffören icke behövde ha handlat kulpost. Men även »för snabb» körning eller underlåten eller »för sen» bromsning behövde ingalunda betyda, att icke chaufförens culpa-frihet skulle kunna utredas. (Svarandesidan har att ådagalägga chaufförens frihet från culpa för att icke bilägaren, för övrigt icke heller chauffören, skall frias från ansvar.) Omständigheterna kunna ha varit sådana, att han i syfte att förebygga en olycka känt sig nödgad »gasa på» eller (t. ex. på grund av isgata) icke vågat bromsa in. Han vann emellertid inte sitt syfte. Min fråga lämnar alla slags möjligheter öppna, med fasthållande dock av *den givna utgångspunkten,* att det endast och allenast rörde sig om *bilägarens strikta* (i motsättning till hans traditionellt kulposa) ansvarighet. Även om mitt exempel med bilkörning hade bort närmare utföras, förefaller det mig likväl, som om man bort kunna förstå, att min invändning mot Stang kunnat lätteligen beläggas med exempel hämtade från andra företag än trafik med bilar. Om skadegörelsen icke varit nödvändigt förbunden med företaget, är det uteslutet att säga, det handlingens skadlighet övervägts av dess nyttighet. *Den* handlingen var *övervägande* skadlig, följaktligen åtminstone objektivt »rättstridig» enligt Stangs uttalanden.

ket ofta förekommer vid ansvar för skada genom »farlig verksamhet», att skadan mera omedelbart berott på något, som varit farligt utan att uppvägas av sin nyttighet och sålunda (åtminstone objektivt) »rättstridigt» enligt Stang — det utvisas särskilt tydligt av vissa motiveringar i norsk rättspraxis angående frågan om farlighetsansvar, i dessa domar ofta kallat objektivt ansvar. Detta ansvar förutsätter icke sällan, icke blott att skadan skett under »farlig bedrift» (eller därmed jämförligt), utan även att den berott på en »egentelig bedriftsulykke», d. v. s. »nogen uregelmessighet» i driften, beroende på att denna varit »utsatt for noget uhell». Därmed är emellertid å andra sidan icke sagt, att icke farlighetsansvar också kan inträda på grund av skada genom den »ordinære drift» av en s. k. farlig verksamhet.[7] Ussing torde taga miste, när han menar, att »problemet (om farlighetsansvar) opstaar kun, fordi man antager, at der ved farlig Bedrift sker visse Skader, som ikke kan føres tilbage på Feijl af nogen Art».[8]

Vad jag har sagt i förevarande avseende är alltså följande. Vad jag kallar farlighetsansvar är visserligen alltid ett *ansvar utan culpa* (culpa tagen i vanlig mening). Det skadan mera omedelbart betingande handlingssättet måste ofta, enligt Stangs egna definitioner, ha varit »rättstridigt», vare sig det också varit kulpost (i vanlig mening) eller icke. I senare fallet har det blott varit objektivt, alltså icke subjektivt, »rättstridigt». Att enligt Stang en handling kan vara »rättstridig» utan att vara kulpos, alltså vara objektivt »rättstridig», är av hans egna uttalanden otvivelaktigt.[9]

Jag har sagt detta för att visa, hur förvirrad framställningen blivit redan hos Stang själv, men framför allt för att få fram vikten av att man upphör med detta tal om ansvar för »rättsenlig» handling i form av »farlig bedrift» och i stället företager en begreppsanalys för att söka få fram det faktiskt, d. v. s. det mera omedelbart, skadebringande handlingssättet och sätta detta i relation till den »farlige bedrift». Slutligen ber jag läsaren taga del av citatet från Stang och min lilla kommentar till detsamma, Bd II: 1, s. 423. Han torde då möjligen bättre förstå behovet av den begreppsanalys, som jag pläderar för.[1]

---

[7] Se nedan t. ex. s. 233–241, vid behandlingen av norska judikaturen på området. Se också t. ex. Øvergaard s. 144 f.

[8] Erstatningsret s. 123.

[9] Se Stang s. 104 f. jfda med s. 76, 117 och 142. I sin Retstridighed, s. 36, säger också Ussing, att med undantag av Vinding Kruse »vore forfattere (i Norden) afvist det subjektive retstridighedsbegreb, der identificerer retstridighed og skyld eller dog til retstridighed kræver personlig tilregnelighed».

[1] Till undvikande av missförstånd må påpekas, att enligt den logiska konsekven-

Svårigheten att frigöra sig från den vanliga rättsideologien.

Såvitt jag förstår, har Ussing aldrig satt sig riktigt in i min *kritik* av tanken, att skadeståndstvång vore att betrakta såsom en reaktion på intrång i annans rättighet (eller »Retsgode»). Icke för nöjet att polemisera, utan enär jag anser det verkligen vara av vetenskaplig betydelse att visa, hur alltjämt okända mina synpunkter i realiteten äro också för en så allvarlig forskare som Ussing, finner jag det riktigast att ånyo giva ett utförligt citat. Ussing skriver:

»S. 216–58 rejses endelig spørgsmålet, om nødshandlingen bør drage erstatningstvang med sig. Lundstedt begynder som sædvanlig med at kritisere ældre litteratur og ofrer næsten 20 sider på mine udviklinger i Skyld og Skade — skønt han har set, at jeg har ændret min begrundelse i Erstatningsret § 16. Jeg føler ingen lyst til at forsvare mine gamle udtalelser, men må dog sige, at det atter er en ren misforståelse, når han s. 224 antager, at jeg med 'goder' mener rettigheder. Ved goder mener jeg (på det omtalte sted i Skyld og Skade) simpelthen liv, legeme eller tings integritet. Hertil er min undersøgelse udtrykkelig begrænset s. 4. Disse goder kalder jeg også retsgoder, men jeg tager ikke stilling til, om de også kan kaldes subjektive rettigheder, jfr. s. 12. Jeg har iøvrigt aldrig med *Jul. Lassen* villet tale om en ret til liv eller helbred. Men jeg har — med vor lovgivning — brugt udtrykket ejendomsret. — Derfra har jeg imidlertid ikke draget nogen konsekvenser med hensyn til spørgsmålet, om nødshandlingen medfører erstatningsansvar. Dette har Lundstedt dog gjort gældende. Han mener, ansvaret efter min opfattelse beror på, at der ved den retmæssige nødshandling sker en krænkelse af ejendomsretten, og at også jeg derfor reelt anerkender 'retmæssige retskrænkelser'. Det er helt urigtigt. Jeg opfatter ikke nødshandlingen som en krænkelse af ejendomsretten og anerkender heller ikke i andre tilfælde, at retmæssige handlinger kan være retskrænkelser, og navnlig ikke, at ekspropriation krænker ejendomsretten. Og jeg mener heller ikke tidligere

---

sen av Stangs egen grundåskådning en företagare — såvitt han genom sin ställning som företagare satt en betingelse för det mera omedelbart skadebringande handlingssättet och denna skadegörelse icke varit nödvändigt och oundvikligen förbunden med företagets verksamhet — måste (såvitt han överhuvud blir ansvarig) anses ansvara, visserligen utan culpa, men likväl för skada genom *rättstridig* handling. Ty till »handling» enligt vedertagen terminologi i juridiken hör icke blott själva den »inre viljan» och den »kroppsliga» handlingen utan även effekten (Aussenerfolg), också om denna icke är, som det heter, subjektivt täckt. Se t. ex. Mezger, s. 95 ff., Liszt-Schmidt, s. 157 f. (Det har naturligtvis icke funnits anledning för mig att här gå in på s. k. negativ handling.) Effekten av den handling, som en företagare låter en anställd utföra, måste objektivt sett i rättslig mening höra icke blott till den anställdes utan även till företagarens handling. Även om Stang, i stället för att laborera med detta samlingsbegrepp »farlig bedrift», hade inriktat uppmärksamheten på de skilda skadorna å tredjeman under driften, är det kanske möjligt, att han likväl skulle ha förnekat, att företagarens ansvar skulle ha avsett skada genom *rättstridig handling utan skuld*. Men detta skulle i så fall ha berott därpå, att han icke förmått hålla fast vid sina egna rättsideologiska synpunkter på »rättstridigheten».

at have haft den opfattelse, Lundstedt tillægger mig. Når en forfatter som *Carl Torp* i Tingsretten, 2. udg. s. 153, kalder nødshandlingen et retmæssigt indgreb i ejendomsretten, er dette efter min mening heller ikke et udslag af en retsideologisk tro på ejendomsretten, men en kortfattet omskrivning for: *noget, der ville være et indgreb i ejendomsretten, hvis handlingen ikke var retmæssig.* ... Kritikken af ældre forfattere er derfor i store stykker enten forfejlet eller overflødig.» (Kurs. här.)[2]

Även *om*, skrev jag i Bd II: 1, s. 223 n. 9, Ussing efter sin »Skyld og Skade» hade, såsom han säger, ändrat sin åsikt »noget», vore det dock tydligt, att han icke gjort klart för sig, hur *djupt* ned i grunden det ovetenskapliga i denna åsikt sträckte sig. Det var därför jag höll mig till hans »Skyld og Skade», så mycket hellre som han i »Erstatningsret» egentligen icke preciserade grunden för sin syn på saken mera, än att han sade sig taga avstånd från vad jag i »Kritik» s. 118 ff. tillskrivit honom, nämligen tron på äganderätten såsom en absolut storhet, i vilken nödhandlingen likaväl som expropriationen utgjorde rättsenliga ingrepp. Blott detta avståndstagande innefattar icke någon förbättring ur vetenskaplig synpunkt, vilket också inses därav att Ussing alltjämt betraktar nödhandlingen (liksom expropriationen) såsom ett »forsætligt Indgreb».[3] Detta ingrepp måste ju vara riktat mot *något* av rättslig betydelse. Därmed står Ussing mitt i den vanliga rättsideologien. Ståndpunkten blir icke saklig blott därigenom, att han förnekar begreppet rättighet. I själva verket skall enligt Ussing ingreppet vara riktat mot annans *gode*, och Ussing varken kan eller vill bestrida, att detta är ett *retsgode*. Att detta icke skall innefatta rättighet spelar ur synpunkten av min kritik *icke någon som helst roll*. Ty tron på »godet» innefattar alldeles lika mycket som tron på »rättigheten» en tro på *objektiva värden*. Och det är däri metafysiken ligger.[4] Att tala om »indgreb» i annans »goder» är lika verklighetsfrämmande som Torps (och andras) tal om »indgreb» i exempelvis annans »ejendomsret».[5] Ussing gör nu själv, som sagt, intet försök att göra »godet» till något annat än ett »retsgode». Men det är i själva verket likgiltigt, hur han beter sig i

[2] Ussing, Rec. s. 237 f.

[3] Erstatningsret s. 105 ff.

[4] Se Obligationsbegreppet I s. 88–92 (ang. Jherings rättighetsbegrepp), och jfr Bd I, s. 116 ff.

[5] Torp, Tingsret, s. 153, 157. — Som vi redan sett använder Torp för övrigt i sin stora straffrättsbok med förkärlek termer som »indgreb i andres retsbeskyttede Goder», Strafferet, § 23. Se även Torp, Bemærkninger, t. ex. s. 246: »Retsforstyrrelse»; s. 247: »den nødvendige Beskyttelse for de bestaaende Retsgoder»; å s. 250 talas om »disse Goders Beskyttelse» = »private eller offentlige Interesser (der overhovedet nyder Retsbeskyttelse)».

sådant avseende. Ty »goderna» skola ju innefatta »integritet», åtminstone ifråga om »ting» enligt recensionen. Men det är omöjligt att begripa, att det då icke också förhölle sig så, att »goderne» beträffande »liv og legeme» utgjordes av deras »integritet». I själva verket betecknar Ussing »indgreben» i *samtliga* dessa »goder» såsom »integritetskrænkelser.»[6] Detta *måste* betyda, att »goderne» ha sin existens i kraft av *rätten* (ty av vad annat?). Detta återigen *måste* innebära, att »goderne» äro grundade i rättsordningen i mening av den objektiva eller materiella rätten, d. v. s. just att de äro »retsgoder».[7] Av det sagda följer, att »indgreb» i ett sådant »gode» *måste* betraktas såsom en rättskränkning (och det en kränkning av både subjektiv och objektiv rätt). Vad vore för övrigt dessa »integritetskränkelser», om de icke vore rättskränkningar eller, kanske bättre, hur skulle väl jurisprudensen någonsin kunna ha användning för begreppet rättskränkning, om icke vid dessa »integritetskrænkelser»? Emellertid betraktas nu »indgreb i goderne» genom nödhandling (expropriation m. m.) av jurisprudensen icke som förbjudna och *rättstridiga* utan som tillåtna och *rättsenliga*. Detta måste ju innefatta den rena motsägelsen vid det förhållandet, att »godet» verkligen skall vara något och för sin existens ha grund i rätten; att »godet» alltså skall vara ett »retsgode». Ty hur skulle man väl med uppfattningen av något visst såsom ett »retsgode» kunna komma ifrån, att *varje* »indgreb» i detsamma måste vara ett intrång på annans rättsskyddade område, alltså en rättskränkning? Såvitt jag kan förstå, icke utan uppenbar motsägelse.[8] Och sådan föreligger naturligtvis också, när man låter vissa *rättskränkningar* vara *rättsenliga* (eller såsom Ussing ofta säger »forsvarlige»)! Belysande är här en sådan »rättsenlig rättskränkning» som expropriationen. *Till* detta institut *hör* ju, att den exproprierade får ersättning för den mark, han förlorar genom expropriationen. Därmed blir det ju här en särskild tanklöshet att tala om ansvar (= ersättningstvång) för skada genom rättsenlig handling: »rättsenligheten» *förutsätter* ju här ansvarigheten.[9]

Så länge man tror på »retsgoder» såsom *varande* något och såsom föremål för »indgreb» och för skydd mot »indgreb» genom straffbud, regler om skadestånd, vindikation m. m. är det omöjligt att komma ifrån, att »indgreben» ifråga *alltid* innefatta rättskränkningar. Amerikanen Har-

---

[6] Icke blott i »Skyld og Skade», s. 4, utan även i Erstatningsret, s. 26 ff., s. 105.

[7] Jag hänvisar ånyo till vissa mina anmärkningar angående Jherings rättighetsbegrepp i Obligationsbegreppet I s. 88 ff.

[8] Jfr citatet från Bjerre härovan s. 24 n. 6.

[9] Beträffande nödhandling se min kritik av Ussing i Bd II: 1, s. 224 f.

per gjorde ett försök att undfly denna logiska nödvändighet. Ussing synes icke ha lagt märke till att jag visade, att försöket misslyckades[1], ty Ussing företager sig nu i sin anmälan av min bok alldeles samma slags försök, låt vara i andra ordalag. Han utlägger, som vi sågo i slutet av det sista citatet, Torps tal om nödhandlingen såsom »et retmæssigt indgreb i ejendomsretten» såsom avseende »noget, der *ville* være et indgreb i ejendomsretten, *hvis* handlingen ikke var retmæssig» (kurs. här). Full motsvarighet skall naturligtvis råda i fråga om Ussings »retmæssige (= forsvarlige) indgreb i (rets)goder».

I anledning av denna egendomliga lek med ord skulle egentligen intet behöva sägas från min sida. Men då den blottar en viss likgiltighet icke blott hos Ussing utan indirekt även hos åtskilliga andra nutida rättslärda för att följa min kritik till grunden för densamma och jämväl avslöjar faran, att man skrider till lagstiftning på skadeståndsrättens område utan att ha befriat sig från själva den falska grundåskådningen, nödgas jag här ånyo upptaga saken.

Ussings mening måste ju vara, att ifrågavarande »retsgoder» upphörde att såsom sådana vara till, i samma mån som nödhandling (expropriation m. m.) företages. Eljest skulle ju dessa handlingar innefatta »indgreb i retsgoder». Denna mening innehåller emellertid icke någon tanke i detta ords exakta betydelse. Ty hur skulle väl karaktären av »retsgode» kunna på detta sätt upphöra? Man försöke aktualisera för sig innebörden av att ett visst »retsgode» inför vissa s. k. rättsenliga eller »forsvarlige» handlingar helt enkelt förflyktigades! Ty ett sådant förflyktigande måste försiggå, för att handlingarne ifråga — med Ussings utgångspunkt — icke skola utgöra »indgreb i retsgoder». Det går icke att säga, att »retsgode»-karaktären försvunne i och genom själva det »rättsenliga» intrånget. En sådan förklaring måste förutsätta magi av något slag. Rörde det sig icke om Ussing utan om andra hans samtida rättsideologer skulle man förmoda följande: vissa rättsnormer bragtes så att säga ur funktion, i den mån detta behövdes för antagandet av nödhandlings, expropriations m. m. rättsenlighet — vissa normer ingående i den materiella eller objektiva rätten, skolande dessa normer under normala förhållanden hava icke blott bjudande utan jämväl *direkt* rättsplikt-skapande, *indirekt* rättighets- (eller »retsgode-»)skapande effekter.[2]

---

[1] Se Bd II: 1, noten å s. 231 f. och jfr ib. s. 219.

[2] Att dessa senare stundom enligt vissa auktorer kunde uppstå direkt, genom s. k. primärt berättigande satser, kan ju för fullständighetens skull nämnas.

Ussing tycks emellertid numera icke tro på några rättsnormer.[3] Att vinna full klarhet angående hans åsikt om rättstridighet torde icke vara lätt och skall här icke försökas.[4] Är det nu så, att nämnda »förklaring» icke kan tillämpas på Ussings ifrågavarande uttalande till försvar för Torp och honom själv, då kan hans åskådning i allt fall icke vara saklig. Ty förflyktigandet av »retsgodet» inför vissa handlingssituationer kan under inga omständigheter erhålla någon saklig förklaring.

Emellertid är denna sak — med utgångspunkt i existensen av »retsgoder» — vida orimligare än vad det nu sagda giver vid handen. *Om* intet »indgreb i ejendomsretten» eller i ett »retsgode» förelegat — *hur* vore det då möjligt, att svaranden kunde bli ansvarig? Något »retsbeskyttet gode» hade ju icke blivit föremål för intrång! Eller — till förebyggande av varje försök att rida upp på ord i följd av Ussings *ord*-(icke *sak*-)avvikelser från den vanliga jurisprudensen — den skadelidande hade ju *i rättsligt avseende* icke gjort någon som helst förlust! Jag kan här upprepa vad jag uttalat i min av Ussing kritiserade bok vis à vis Harper, vilket som sagt undgått Ussing. Harper har tydligen velat komma ifrån den monstruösa idén om nödhandlingen såsom en »rättsenlig rättskränkning» genom att betrakta nödhandlingen såsom ett avsiktligt intrång på (»intentional invasion of») »what are *normally* legally protected interests» (kurs. här). För den som tror på »retsgoder» eller »legally protected interests» måste dessa föreställda förhållanden vara nödvändiga förutsättningar för ansvaret såsom reaktion på intrånget. Angående Harpers ståndpunkt skrev jag då bl. a. följande:

---

[3] Detta måste dock ha varit hans mening i Skyld og Skade s. 12 ff., ehuru han där tycks ha invecklat saken på särskilt sätt, som han också i sin Erstatningsret, s. 83, och Retstridighed, s. 35 f., synes medgiva. Se emellertid till Ussings »Skyld og Skade», Knoph s. 18 f.

[4] Se vad jag ovan andragit i anledning av vissa hans senare uttalanden; se vidare Ussing, Erstatningsret, s. 18 ff., s. 70 och s. 78 ff. m. fl.; Retstridighed s. 32 ff. Han synes egentligen intet ha emot att betrakta den rättstridiga (uønskværdige) handlingen som »förbjuden», om man blott icke utgår från läran om »at Retsreglerne er *Befalinger*», vilken lära han finner ohållbar. Se Erstatningsret s. 23, s. 25. Han tycks alltjämt ha kvar sin gamla uppfattning om rättstridighet såsom innefattande stridighet antingen mot »Lovbestemmelser» eller »Rettigheder» (det senare skall väl stå i stället för »Retsgoder»). Se Erstatningsret s. 41. Handlingens »rättstridighet» i betydelse av »förbjuden» torde hos Ussing vara att fatta så, att handlingen »fordømmes som forkastelig eller utilladelig» av allmänheten. Se Erstatningsret s. 25, jfd med s. 78 f. Ussing har uppenbarligen tagit visst intryck av min rättstridighetskritik men icke uppmärksammat, att vetenskaplig behållning endast kunde ha vunnits genom beaktande av min kritik av rättsideologien i det hela och av framställningen av mina positiva linjer. Såvitt jag kunnat finna har Ussing i sin »Retstridighed» *icke* avsett att taga avstånd från sina uttalanden om rättstridighetsbegreppet i »Erstatningsret».

»Att intresset har *varit* 'legally protected' kan icke rimligen motivera 'liability' för ett angrepp, som sker först efter det att intresset icke längre *är* 'legally protected'. En sådan 'intressekränkning' kan enligt rättsideologien omöjligen innebära någon skada ur 'rättens' synpunkt och följaktligen icke heller leda till actors ansvarighet. Och det är ju ofrånkomligt, att — såsom framgår av mina redogörelser i det föregående — rättsvetenskapen-rättsideologien *överallt* bygger ansvaret på detta förmenta förhållande, att nödhandlingen utgör intrång på annans *rätts*-område. Det *går* följaktligen icke att komma ifrån, att nödhandlingen enligt rättsideologien själv *måste* utgöra detta monstrum: *rättsenlig rättskränkning*. Detta skall man aldrig kunna släta över. Man kan naturligtvis, såsom allmänneligen sker, såtillvida söka tiga ned det kompromitterande förhållandet, att man icke direkt talar om att man nödgas operera med ett sådant oting som *rättsenliga* rättskränkningar. Men att förfara som Harper och söka sudda ut denna anstötlighet — det är hopplöst, ty på denna punkt äro de rättsideologiska utgångspunkterna och konsekvenserna hårda som granit och kunna icke utsuddas.»[5]

Jag förstår numera, att det är ett misstag från min sida att icke oftare än jag gjort hänvisa till eller i min kritik tillämpa vad jag sagt i Culpa-Regeln s. 116—119, i särskilt sammanhang närmare utvecklat i Bd II: 1 s. 309 ff. I sådana sammanhang som det nu berörda får det avgörande betydelse för resonemangens falskhet, att man förbiser, att skada i rättslig betydelse och följaktligen även skadestånd beror på *petitio principii* i det att föreställningarne därom *förutsätta* bl. a. uppehållandet av skadeståndsrätt (och vissa paragrafer i strafflagen). De förutsätta ju närmast tron på sådant som rättigheter, rättsligt skyddade intressen, ett tings tillhörighet till en person, innehavet av ett »retsgode» etc. Men all denna tro förutsätter omedelbart straff- och skadeståndsrätt, som åter i sin tur icke kan tänkas isolerad från rättsmaskineriet i övrigt. (Utom nyss anvisade ställen torde det för åskådlighetens skull vara tillräckligt läsa nedan s. 195–197.)

Om Ussing tror, att han kommit verkligheten ett enda steg närmare genom att refusera begreppet rättighet för att i stället orda om »retsgoder» och genom att betrakta »indgreb» i dessa »goder» såsom »integritetskrænkelser» i stället för »retskrænkelser», så tager han miste och har icke i dess sammanhang beaktat min kritik av rättsideologien. Denna kritik är — om den överhuvud är motiverad — åtminstone på förevarande område hel och odelbar. I tron på en persons »retsgoder» och på dessa såsom föremål för »indgreb» från annans sida ligger själva det metafysiska massivet, icke på något sätt mindre verklighetsfrämmande än, utan i själva verket, i sak om ock icke i ord, överensstämmande med

[5] Bd II: 1, s. 231 n. 9.

tron på rättigheter och på dessa såsom föremål för andras »indgreb». Och så denna egendomliga uppfattning, att understundom »indgrebet i en rettighed» eller »i et retsgode» — utan att något sakligt skäl därför ens kunnat antydas — skall upphöra att vara ett sådant »indgreb»!

I själva verket torde denna sak böra betraktas såsom mycket anmärkningsvärd. Naturligtvis endast rent objektivt, ty Ussings *bona fides* drager jag icke i ringaste tvivelsmål. Jag finner saken så anmärkningsvärd, *enär* man försvarar falska grundåskådningar med ordförändringar utan saklig betydelse[6]; *enär* man icke besvärar sig med att verkligen sätta sig in i gjorda undersökningar av rättighetsbegreppet, rättstridighetsläran och rättvisemetoden, kort sagt hela kritiken av rättsideologien, ävensom vissa positiva synpunkter på rättsmaskineriet; samt *enär* man — utan att visa sig äga tillräcklig kunskap om alla dessa utredningar — förfar så, som om de i allt väsentligt icke innehölle något egentligen nytt av värde.

För den vanliga jurisprudensen, innan den ännu känt sig på något sätt oroad av ifrågavarande kritik, stod det dock klart, att ansvaret (d. v. s. skadeståndstvånget) vid skada också genom nödhandling och immissioner samt expropriation (och liknande) motiverades av att intrång på annans »rättighet» eller »retsgode» skett. Att man sedan kallade detta intrång för rättsenligt berodde helt enkelt på, att man med sina utgångspunkter — rättigheter eller »retsgoder» och den förmenta grunden för deras existens — befann sig i ett svårt dilemma. Då »indgreben» (expropriation, nödhandling, »immitterande» verksamheter) voro högst lagliga, ehuru de drogo ersättningstvång med sig, kunde de icke rätt gärna karakteriseras som rättstridiga utan måste betraktas som rättsenliga. Men då de utgjorde »indgreb» i andras rättigheter eller »retsgoder» *måste* de ur *den* synpunkten anses som rättskränkningar och följaktligen jämväl som rättstridiga. (De måste för övrigt betraktas såsom rättstridiga även såsom stridande mot den objektiva eller materiella rätt, som troddes utgöra grunden för rättigheterna eller »retsgoderne». Ty man hörde aldrig talas om att denna rätt eller dess normer bragtes ur funktion eller på något sätt avsomnade inför dessa rättsenliga ingreppshandlingar.) Denna nödvändiga konsekvens av utgångspunkterna låtsades man helt enkelt inte om utan präglade den för ytliga resonemang användbara termen *rättsenliga* »indgreb» i rättigheter eller »rets-

[6] Goder eller retsgoder i stället för rättigheter; rättstridig handling såsom *förbjuden* av *allmänheten*, i stället för den motsatta handlingen såsom *befalld* av *rätten*; »integritetskrænkelser» i stället för »retskrænkelser», »uønskværdig» och »uforsvarlig» (åtminstone stundom) i stället för »retstridig».

goder». Man suggererades troligen till denna ordets makt över tanken genom en förkänsla av, varthän ett försök att här resonera logiskt skulle leda: *en sprängning av hela det rättsideologiska systemet.*

Vad jag nu har sagt är, enligt min övertygelse, sanningen med hänsyn till vad som berörts i det sista citatet av Ussing här ovan. Ussing har i själva verket icke haft erforderlig kunskap om min rättskritik och mina övriga rättsvetenskapliga åsikter. Någon annan förklaring torde icke kunna utletas till att han avfärdat min kritik som »förfelad» eller, gentemot framför allt danska författare, »överflödig». Ty dessa skola ju före mig ha sagt allt väsentligt av vad jag tror vara värt att föra fram som vetenskap på detta område.

Emellertid skall jag tacksamt erkänna, att Ussing i sin recension också sagt flera mycket vänliga saker om min bok, visserligen enligt min mening alltför vänliga utifrån hans uppfattning om innebörden i det hela av mitt skriftställarskap, men likväl — liksom överhuvud hans stora intresse för min ifrågavarande bok — föranledande min tacksamhet mot honom. Emellertid finns det ingen anledning för mig att gå in på dessa vänligheter. Jag skall därför här till sist endast taga upp ytterligare ett hans uttalande, för vars besvarande jag dock av utrymmesskäl tyvärr nödgas bli alltför kortfattad.[7] I ett av de nyss antydda partierna, rörande min behandling av principalansvaret, skriver nämligen Ussing:

»Lundstedts kritik bygger først och fremmest på, at der overhovedet ikke existerer nogen obligationer — hvilket ikke kan være afgørende overfor en opfattelse, der betragter fordringsret og andre rettigheder som rent tekniske funktionsbegreber.»[8]

S. k. funktionsbegrepp i juridiken äro, såvitt jag förstår, endast medel för döljande av oklarheter och tanklösheter. Man bedrager med dem både sig själv och andra, som icke genomtänkt sammanhangen.[9] En helt annan sak är, att man för korthetens skull kan använda vissa termer såsom beteckningar, d. v. s. rena etiketter på sammanhang, som man utrett, men som det skulle bli för omständligt att varje gång de komma på tal ånyo angiva. Typiska sådana *termer* i mina framställningar äro »rättigheter» och »rättsregler» (för att nu icke nämna sådant som det av mig i dessa skrifter ständigt använda uttrycket »ansvar»). Dessa ord bero i sin språkliga, d. v. s. ursprungliga och hittills vanliga

[7] Nedan s. 201 ff. måste jag dock i annat sammanhang återkomma till Ussings uppfattning av »culpa-regeln i min version».

[8] Ussing, Rec. s. 240.

[9] Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 293–296; särskilt angående »funktionsbegrepp» s. 295 n. 1.

användning i rättsvetenskapen på en ideologiserad, metafysisk uppfattning av samhällsorganisationen och sakna för tanken realiserbart innehåll. De till grund för denna ideologisering liggande reella sammanhangen har jag sökt utreda, men jag har, som sagt, för korthetens skull och i absolut frånvaro av fara för missförstånd, ofta *betecknat* dem med »rättigheter» och »rättsregler». Och jag har varit synnerligen angelägen att understryka, att dylika termer självfallet icke utan vidare få användas i sådana resonemang, *där det just hänger på klar inblick i de bithörande realiteterna.*

Beaktas det nu sagda och Ussings grundåskådning, så blir hans nyss citerade uttalande icke sakligt. För honom är obligationen, d. v. s. »Begrebene Fordringsret och Skyldforhold» visserligen ett namn för en viss »Gruppe retlige Foreteelser». Men det är förvisso ingalunda endast fråga om ett namn i mening av en blott och bar etikett. Ussings fordringsrätter ställer han »i Modsætning til tinglige Rettigheder». Detta tyder ju på, att även fordringsrättigheterna såsom sådana icke hade mindre rättskvalitet än de »tinglige Rettigheder». Och efter vad vi förut sett måste en »tinglig Rettighed» innefatta ett »Retsgode». Att detta begrepp för Ussing skulle vara ett funktionsbegrepp måste vara uteslutet och har, såvitt jag vet, icke heller någonstädes uttalats av honom. Då måste ju för övrigt också »Indgreb i ett Retsgode» vara funktionsbegrepp, vilket emellertid dels strider mot såväl Ussings egna framställningar som vad som i det föregående här ovan anförts om hans »Goder» och dels skulle betyda, att till och med han själv betraktade hela sin skadeståndslära såsom blott ord, vilka aldrig uttryckte hans verkliga tankar. Hela denna indiciebevisning torde möjligen vara överflödig, ty Ussing säger på annat ställe, att fordringsrätten är ett *Retskrav*, vilket skall innebära att »Kravet i Kraft af det, vi kalder Retsordenen, kan hævdes ved visse Tvangsmiddler».[1] Obligationen synes sålunda för Ussing lika mycket vara något i kraft av rätten existerande som »Retsgodet» och något som skall vara till oberoende av rättsreglernas upprehållande och kunna föranleda dessas användning i det enskilda fallet. Obligationen, »Fordringsret og Skyldforhold», tycks med andra ord för Ussing alldeles icke vara något funktionsbegrepp utan vad den vanliga jurisprudensen föreställer sig därmed.[2] Hade Ussing blott verkligen satt

[1] Se till det sagda Ussing, Alm. Del, s. 1–5. Det heter å s. 2. »Naar det siges, at Kravet kan hævdes ved *retlige Tvangsmidler*, tænkes der i første Række paa, at Ikke-Opfyldelse af Fordringen kan paadrage Skyldneren Erstatningsansvar, i anden Række paa, at Retsplejelovgivningen hjemler forskellige Midler til 'Tvangsfuldbyrdelse'.»

[2] Den intresserade må till ytterligare ledning läsa mina böcker Obligationsbegreppet I §§ 2–5 samt Obligationsbegreppet II: 1, s. 109–148. Jag måste emellertid med-

sig in i min kritik av obligationsbegreppet, är det näppeligen troligt, att han icke skulle ha insett betydelsen av denna kritik för min behandling av det svenska principalansvaret.[3]

Ussing gör i början av sin recension det tillägg till mina egna påpekanden av vissa svagheter i min bok, att »fremstillingen er ujævn og dens system meget løst». Detta är fullkomligt riktigt. Att jag själv icke påpekade det som en brist beror därpå, att den uppgift jag ställt framför mig är sådan, att en framställning av denna art — utförd av en person, som icke har andra intellektuella resurser, framför allt icke större förmåga av snabb överblick över konsekvenserna av intagna ståndpunkter, än undertecknad — *måste* vara ojämn och »systemet löst». Ussings anmärkning ifråga är jag tacksam för, ty den föranleder mig till följande, som självfallet icke kan ha någon som helst udd emot Ussing.

Jag söker giva mitt ringa bidrag till uppbyggnaden av en ny rättsvetenskap. Den som inte förstått, hur pass djupt min kritik gått, han kan icke heller förstå de ansträngningar, som på de olika punkterna blivit erforderliga för att ernå och framlägga en positiv åskådning i dem. Det hela förefaller så enkelt, men arbetet där bakom har icke varit så enkelt, som det synes. Redan den holländske rättsvetenskapsmannen Wertheim, som blott läst mina engelska och tyska arbeten, sade sig få en föreställning om de svårigheter, som resa sig i ens väg, när man vill skilja det faktiska från det normativa, då han såg,

»Welche übermenschlichen Anstrengungen der schwedische Gelehrte Lundstedt sich auferlegt bei seinem Versuch, eine rein naturwissenschaftliche, man möchte fast sagen experimentelle, Rechtswissenschaft aufzubauen.»[4]

---

giva, att jag å de sidor, vartill jag nu hänvisat, kanske stundom *uttryckt* mina tankar på ett med dessa icke fullt överensstämmande sätt. Jag hänvisar därför också till framställningen här nedan av grundlinjerna i min rättsåskådning s. 68 ff., framför allt till behandlingen av frågan om rättsregelsbegreppet, s. 123 ff. Om man icke ser den s. k. rätten som ett rätts- eller samhällsmaskineri och de olika rättsföreteelserna som betingade av detta maskineri, är det svårt att få en oförvanskad bild av vad som föreligger och sker i det, som man plägar kalla rättigheter. Hur lätt man kan komma att i detta ämne uttrycka sig på vilseledande sätt, se Die Unwissenschaftlichkeit I, s. 122 n. 1. I de citerade orden från Ussing, Alm. Del, kunde väl fråga vara om blott vilseledande uttryckssätt — dock icke när man tager del av andra hans uttalanden, t. ex. citatet här ovan från Ussing, Rec. s. 237 f.

[3] Se skilda partier av s. 528–565 i Bd II: 1.

[4] Citat ur den föreläsning om förhållandet mellan rättsvetenskap och rättspraktik, varmed W. F. Wertheim på sin tid (sannolikt 1936) tillträdde sin professur vid rättshögskolan i Batavia. Se Bd I s. 539. — Ussing uttalar sig i slutet av sin recension ungefär så, som om man kunde sätta likhetstecken mellan »de handlinger, der rammes af culpareglen i Lundstedts version» och »min opfattelse». I det föregående har jag ju också gjort citat, utvisande såväl denna uppfattning hos Ussing, som att det enligt

Jag har i många år träget arbetat på mina böcker. Detta oaktat har jag förstått, att jag, när jag slutat, endast kommer att ha hunnit med en liten bråkdel av vad jag hoppats kunna utföra. Skadeståndsrätten förefaller mig som ett gigantiskt ämne, om man verkligen vill söka penetrera densamma. Och en möjligast djupgående penetrering är här särskilt angelägen på grund av ämnets genomgripande betydelse för, minst

---

hans mening icke rådde någon djupare skillnad mellan min åskådning och den danska (eller nordiska) jurisprudensen. Då det alldeles icke kan vara fråga om att dansk eller annan nordisk jurisprudens såsom vetenskap skulle vara mera frigjord från rättsideologien än annan rättsvetenskap, torde jag till gendrivande av en sådan mening som Ussings ytterligare endast behöva hänvisa till de många auktorer, vilkas inställning till mitt författarskap jag refererat å s. 156 ff. i Misstaget; till dem som tagit avstånd från min åskådning icke mindre än till dem som gentemot denna ställt sig mer eller mindre sympatiska. Dessa referat måste åtminstone i hög grad *indicera*, att olikheten mellan min rättsåskådning och den allmänna jurisprudensens ligger redan i *grundläggningen* och icke blott på ytan. Det har emellertid sedan många år rätt ofta förekommit, att man sökt finna närmare eller fjärmare släktskap mellan min rättsåskådning å ena sidan och än den ene än den andre auktorns å andra sidan. Då och då har jag nödgats påvisa osakligheten i dylika omdömen. Se bl. a. Obligationsbegreppet II: 1, s. 312 f. Slutligen anser jag det lämpligt här nämna följande. Min bok Die Unw. I blev föremål för ett sällsynt grundligt bedömande av en bl. a. för sin skarpsinnighet känd jurist i Österrike, dr Josef Schenk, som i Z. f. öffentliches Recht Bd XIV skrev en avhandling på 63 sidor om boken. Han började sålunda: »Ein grundstürzendes Buch, dessen Wirkungen seinem Titel entsprechen werden, wenn es verstanden wird, dann aber auch ein grundlegendes Buch», a. st. s. 145. Längre fram avslutar han en rubrik, som han kallar »Ergebnisse des ganzen Buches», sålunda, a. st. s. 176: »Wir sehen ein Trümmerfeld, aber ein Trümmerfeld mit weiten Ausblicken.» Schenk finner dock, att jag låtit min bok fyllas av alltför mycken polemik. Men, skriver han, a. st. s. 206, »*Lundstedt* hat das nicht nötig und könnte wissen, dass alle Polemik im grossen und ganzen unfruchtbar ist. Entweder die Erkenntnis, die *Hägerström* und er vermitteln, leuchtet dem Leser innerlich auf, dann fallen ganze Gedankengebäude zusammen wie Kartenhäuser, in die man hineinbläst, ganze Literaturen werden Makulatur ... oder die neuen Erkenntnisse prallen am Leser ab und fallen tot zu Boden, dann hilft auch keine Polemik». Schenk opponerar också emot bokens titel »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», mera ägnad att förarga folk än en programförklaring skulle ha varit. »Wie viel schöner», fortsätter Schenk, »wäre etwa der Titel gewesen 'Die Wirklichkeit des Rechtslebens'! — Aber trotz alldem werden sich die neuen Erkenntnisse durchsetzen, es wird eine neue Rechtsschule entstehen, etwa die 'Nordische Schule' oder 'Schule der Realisten'. Sie wird Arbeit genug haben.» — Schenk var Oberverwaltungsrat i Österrike, vars justitieminister han blev vid slutet av första världskriget. Självfallet har han i avhandlingen ifråga framfört åtskilliga anmärkningar emot min bok. Tyvärr har jag aldrig haft tid och utrymme att upptaga dem. En del av dessa anmärkningar skulle jag kanske ha undgått, om Schenk närmare känt till min positiva metod (om samhällsnyttan som ledmotiv i vad vi kalla rätten). Denna fick jag aldrig tillfälle utveckla på tyska språket. Jag tvekade, på grund av de rådande förhållandena i Tyskland, redan att utgiva Die Unw. II: 1. Förläggaren hette nämligen Walter Rotschild. Jag övervann visserligen min tvekan, men det visade sig bliva ganska meningslöst att därefter fortsätta med Die Unw. II: 2, som bl. a. skulle ha innehållit en motsvarighet till s. 187–312 i Obligationsbegreppet II: 1.

sagt, hela obligationsrätten.[5] Om jag här skulle som mitt mål ha satt att giva en »jævn» framställning och en systematiskt uppbyggd lära, skulle jag kanske aldrig ha hunnit sätta pennan på papperet i och för utarbetandet av för publicering avsett manuskript. Tiden skulle ha förbrukats till förberedande grubblerier. Vid sådana arbeten som mina om obligationsbegreppet, culpa-regeln och om strikt ansvar ha tankarne till stor del måst arbeta sig fram under författandet av manuskripten. Såsom följd därav har framställningen blivit »ujævn» och systemet »meget løst». Må man också ihågkomma ett hinder, som i mitt arbete ständigt måst stå framför min blick, det hinder nämligen som legat däri, att jag måst inse — av egen erfarenhet under de år, då jag själv med de största svårigheter sökte arbeta mig ut ur rättsideologiens griparmar — vilken stor risk jag gick till mötes, att min kritik skulle frammana en mer eller mindre oförstående antikritik och att mina positiva synpunkter skulle bagatelliseras.[6] De från skilda håll både här i Norden och i Tyskland under en lång följd av år framställda, nästan förlamande anmärkningarne, att jag antingen icke förstode själva grunderna i rätten eller att jag inte fört fram annat än »nutida juridik» eller ock slutligen att i allt fall än den ene än den andre auktorn redan sagt just det, som jag menat och alltjämt menar före mina skrifter ha varit obekant[7], ha givetvis medverkat till det av mången — kanske även av mot mitt författarskap eljest sympatiskt inställda rättslärda — ogillade sätt, varpå jag förfäktat mina åsikter. Till allt detta kommer så mitt starka intryck av okunnigheten om eller likgiltigheten — bland en stor del av den *rättsbildade allmänheten* — för innehållet i vad jag fört fram i mina arbeten. Också denna, om jag så får säga, tysta ignorans eller likgiltighet har nödgat mig till tidsödande omständlighet och utförlighet, som naturligtvis icke varit nyttig för framställningens »jævnhed» och icke heller bidragit till att göra »systemet» fastare.

Tyvärr förhåller det sig så, att jag måste bedja dem, som ha intresse för min rättsåskådning att — därest deras tid så medgiver — utföra sin granskning av densamma i görligaste mån mot bakgrunden av den bild jag sökt giva av rättsmekanismen eller rättsmaskineriet i dess helhet[8] (icke av »regelsystemet» eller dylikt, ty det finns inga rättsregler

[5] »Das Einstehen für fremden Schaden ist die Schicksalsfrage jedes Rechtes»; Lange, s. 80.

[6] Jag skall strax här nedan, s. 68–200, göra en sista ansträngning för att söka förmå samtliga mina kritiker att se, att det ligger något mera i min rättsåskådning, än dessa synas ha klart för sig.

[7] Se bl. a. hänvisningen till Obligationsbegreppet II: 1 här ovan i noten å s. 64.

[8] Till denna bild hör självfallet också min kritik av vad jag kallar rättvisemetoden.

för dem, som förstått att utrensa allt normativt ur rätten[9]), därvid beaktande mina analyser av obligations- och rättighetsbegreppen och min kritik av rättstridighetsläran[1].

Det kan synas anspråksfullt och förmätet att göra alla dessa hänvisningar till vad jag framlagt såsom min åskådning. Men är det verkligen så? *Dels* är jag ju rättsvetenskapsman till yrket och vore icke klok, om jag icke ansåge de teorier, jag publicerade, värda att framläggas för offentligheten. *Dels* röra sig dessa teorier om *grundvalarne* å ena sidan för den hittillsvarande vanliga rättsvetenskapen, å andra sidan för de faktiska rättsföreteelserna, för rätts- eller samhällsorganisationen. Jag började min offentliga kritik för omkring 35 år sedan, låt vara att den första gången publicerades av trycket blott för bortåt 33 år sedan. Det säger sig självt, att jag under årens lopp kommit att se klarare och fullständigare både kritiskt på rättsvetenskapen och positivt på vad jag kallar rättsmekanismen eller rättsmaskineriet. Vill man verkligen ha en bild av min grundåskådning, bör man helst taga del av vad jag i de tre sista noterna hänvisat till. Det torde överhuvud som allmän regel kunna hävdas, att en vetenskapsmans åskådning bör vara *känd* av dem, som vilja kritisera densamma. För övrigt torde mycket vara vunnet, om man verkligen icke blott insåge, utan också resonerade utifrån insikten, *dels* att »rättigheter», »retsgoder», »goder» eller tingens och människornas »integritet» vore det *rena ingenting*, därest man abstraherade från verkningarne av vissa lagar och viss sedvanerätt (d. v. s. av medvetandet om dem och om deras upprätthållande) på det mänskliga psyket i allmänhet — det emotionella såväl som det intellektuella — och därmed på handlingssätten, enskildas och myndigheters, i samhället, och *dels* att vad man föreställer sig med »rättigheter», »rättsplikter», »anspråk», »ansvar» och dylikt så tillvida intet annat är än konsekvenser av dessa handlingssätt, att de äro betingade av dem. Huruvida Ussing verkligen har den nu beskrivna insikten eller icke, vet jag icke. Men jag vet, att

---

Se om allt Bd I, s. 115 ff., s. 518 ff., s. 534 ff. och s. 549–603, kompletterade med Obligationsbegreppet II: 1, s. 187–312, s. 62–73, och s. 74–91 samt Principinledning s. 21 ff. och Svar till professor Thyrén, s. 105 ff., ävensom framställningen här nedan s. 68–200.

[9] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 91–102, s. 130 f. och s. 258 f., samt Bd I, noten å s. 527 f., men framför allt vad jag utför under nästa rubrik å s. 123–152.

[1] Obligationsbegreppet I, s. 42–161; II: 1, s. 38 f. (jfda med den strax förut gående framställningen), s. 39–58 och s. 109–180; Bd I, s. 518–533; Principinledning s. 9 –20, s. 51 ff. och s. 69 ff.; Svar till professor Thyrén, s. 18–74; Obligationsbegreppet II: 1, s. 187–210 och s. 280–298; Bd I s. 24–29.

— *om* han har den — så måste det av en eller annan anledning bjuda honom emot att konsekvent *resonera utifrån densamma.*[2]

[2] Gentemot Ussings polemik emot min kritik av hans, som jag kort kallat den, »nödhandlingslära» får jag naturligtvis framför allt hänvisa till denna kritik, Bd II: 1, s. 223–242. Jag tror den talar för sig själv, så snart man förstår, att den omständigheten, att Ussing laborerar med »indgreb i et (rets-) gode» i stället för »indgreb i ejendomsretten», icke kan lända honom till någon hjälp. Jag gjorde i min kritik från början klart, att Ussings »gode» måste ha betydelsen av ett objektivt värde av rättslig kvalitet. Bd II: 1 s. 224 n. 4. Här hade jag dock glömt bort, att Ussing i början av sin »Skyld og Skade» direkt använder uttrycket »Retsgoder».

MIN SYN PÅ JURIDIKEN SOM VETENSKAP

Till Ussings uppfattning av min rättsåskådning skall jag ytterligare i ett senare sammanhang återkomma. Dessförinnan skall jag nu söka framlägga en sammanfattning av min syn på juridiken som vetenskap, bl. a. betonande den positiva sidan av min rättsåskådning. Jag gör detta i medvetandet om behovet av förtydliganden från min sida, på det att man må bättre kunna förstå, vad jag verkligen vill ha sagt, än som framgår icke blott av mina kritikers utan kanske även av andra auktorers uttalanden. Jag kommer därvid icke att säga något väsentligt, som icke framgår av mina föregående arbeten. Men sammanhanget, vari det nu säges, tror jag likväl vara sådant, att det skall bringa större klarhet än hittills i frågan om vad det i själva verket rör sig om i mitt författarskap. Vissa mina kritikers uppfattning av min produktion tror jag bero därpå, att jag ofta sett mig nödsakad bedriva denna så, att kritikernas ifråga blick på min totalåskådning blivit skymd genom deras studium av de skilda sammanhang, vari denna ofta blott indirekt kunnat framträda.

Om nödvändigheten att ersätta rättsideologien, alltså rättvisemetoden, med samhällsnyttemetoden.

Allmänna anmärkningar, vari jag bl. a. berör min positiva metod såsom väsensskild från det vanliga talet om »sozialer Zweck», »social policy», »Samfundets krav» etc. såsom ledande synpunkt i rätten.

Juridiken som vetenskap måste vara empirisk, grunda sig på erfarenhet och såtillvida vara naturvetenskap. Erfarenheten tillhör och faller fullständigt inom verkligheten, inom naturen. Men den är icke någon exakt vetenskap, beroende därpå att flera hithörande sammanhang icke låta

sig exakt avgränsas eller bestämmas. Denna negativa egenskap delar juridiken emellertid åtminstone i någon mån med de flesta, ja, kanske alla andra vetenskaper än matematiken och teoretisk filosofi i viss stringent mening.

I juridiken som vetenskap rör det sig till stor del om sociala värderingar och andra psykologiska kausalförlopp. Att här få fram klara erfarenhetsfakta är ofta svårt, stundom omöjligt. Det senare kan framför allt vara händelsen, när det rör sig om psykologiska sammanhang hos den enskilde individen. När individuella psykologiska förlopp föreligga till bedömande, är det emellertid vanligen domaren, en psykiater eller kanske ett »vittne», men merendels icke juridiken som vetenskap, som uttalar sig. Men otvivelaktigt kan rättsvetenskapen, med eller utan hjälp av annan vetenskap, såsom faktiskt förhållande behandla t. ex. att inom en viss människogrupp åtminstone den övervägande majoriteten reagerar så eller så på medvetandet om det eller det lagbudet såsom varande »i kraft»; eller att den är så eller så moraliskt eller eljest känslomässigt inställd av den eller den anledningen; att anledningen icke ens alltid behöver ha varit medveten för människorna ifråga för att ha kausalverkan, utan att känsloinställningen kunnat uppstå helt spontant o. s. v. När frågeställningen begränsas till den enskilde individen tryter oftast materialet för ett empiriskt konstaterande av kausalsammanhang av hithörande art. Man har blott denne individ att hålla sig till, och det utspelade psykologiska förloppet kan icke ånyo med »tillräcklig» exakthet »vevas upp». Här gör det sig alltför märkbart gällande, att grundbetingelserna vid ett upprepande icke kunna vara identiskt desamma som vid föregående och efterföljande förlopp. Man torde aldrig kunna åstadkomma *garanti* för att fullt jämförliga psykologiska förlopp hos personen skola kunna ånyo framkallas för att bedömas av dem, som för ett eller annat syfte företaga en undersökning av vad som psykologiskt hade förelupit hos den ifrågavarande personen. Till och med helt omärkligt kunna felkällor insmyga sig, som göra att man inte kan konstatera faktum utan endast sannolikheten av faktum, kanske icke ens det. Detta hindrar givetvis icke, att undersökningen kan ha vetenskaplig karaktär. Sådan får icke bestridas blott av den anledning, att man icke kunnat nå fram till det sökta resultatet: sanning; utan endast sannolikhet, för att nu icke tala om blotta ovissheten.

De individuella felkällorna utjämnas, när fråga är om de psykologiska reaktionerna hos en större grupp människor. Men också när det rör sig härom, är det tydligt, att man icke alltid kan komma till resultatet visshet, utan måste nöja sig med sannolikhet eller något ännu mera ovisst.

Härutinnan skiljer sig juridiken emellertid icke från åtskilliga andra vetenskaper. Under alla omständigheter är det klart, att det i juridiken rör sig om faktiska sammanhang, d. v. s. sammanhang i den värld vi leva i. För att taga ett exempel, utvisande såväl detta som att juridiken icke är någon exakt vetenskap, låt mig säga följande. Strafflagens uppehållande inverkar på människors sinnen och därmed på deras handlingssätt. Det rör sig sålunda om psykologiska kausalförlopp hos människorna, delar av naturen, alltså objekt för naturvetenskapen. Detta kan empiriskt fastställas. I stora drag kan det även empiriskt fastställas, att straffbuden och deras uppehållande på skilda vägar, än mera direkt och än mera indirekt, verka på människornas inställning till brotten. Men en fullständig analys av de många hithörande kausalsammanhangen har icke kunnat ske, därigenom icke heller ett klarläggande av hur vissa kausalsammanhang förhålla sig till varandra. Det är möjligt, att full klarhet i sådana ting aldrig kommer att åvägabringas. Men vi ha under alla omständigheter anledning hoppas, att forskningen skall kunna komma till större klarhet i dessa frågor, än den som nu är rådande. På liknande sätt torde det emellertid förhålla sig även på flera områden inom vissa andra vetenskaper.

Att en rättsvetenskap kan vara erfarenhetsmässigt bedriven och såtillvida naturvetenskap kan självfallet icke vara allmänt erkänt, eftersom det stora flertalet hithörande forskare icke frigjort sig från rättsideologien och sålunda ha flera eller färre metafysiska utgångspunkter. Egendomligt kan synas, att icke heller sådana forskare, som vilja taga avstånd från rättsideologien, i allmänhet synas vara på det klara med, att juridiken som vetenskap måste vara naturvetenskap. Jag tror, att detta beror på att deras avståndstagande från rättsideologien är alltför ofullständigt, rent ut sagt ytligt. Detta torde i sin tur merendels ha berott på, att hithörande forskare föreställt sig själva rättsideologien blott såsom något liggande på ytan, ja, blott såsom en terminologi, och icke förstått att den i själva verket ligger djupt förankrad i en metafysisk och alltså verklighetsfrånvänd föreställningsvärld. Ett dylikt misstag kan förklara, att man icke skänkt någon egentlig uppmärksamhet åt att rättsideologiens och därmed vad jag kallar rättvisemetodens övergivande ovillkorligen kräver en ersättning, som förde rättsvetenskapen direkt in i det levande livet, den pulserande verksamheten i samhället. I sådant avseende har jag alltifrån 1920 genom trycket pläderat för den rättsideologiska metodens, som jag senare mera expressivt betecknat som rättvisemetodens, ersättande med vad jag från början kallat samhällsnyttans metod.

Det är min uppfattning — jag har fått den genom vissa mina samtidas skrifter i Sverige och framför allt det övriga Norden — att man icke aktat nödigt med något större intresse beakta denna positiva metod. Jag skulle ha kunnat finna annat, mången kanske mera tilltalande namn på densamma än samhällsnyttemetoden. Men benämningen är ju av underordnad art. Emellertid är min erfarenhet den, att man — genom förbiseendet av hur *djupt* rättsideologien trängt in i också den rättsvetenskapliga föreställningsvärlden och genom därmed sammanhängande underlåtenhet att mera grundligt tänka sig in i vad denna min positiva metod innebär — trott en närmare kunskap om densamma vara likgiltig för undersökningar angående rättens, rättsföreteelsernas eller vissas av dem natur. Jag tror, att åtskilligt mer eller mindre djupsinnigt grubbel häröver just ur *rättsvetenskapens* (såsom skild från rättsfilosofien) synpunkt skulle kunna avvaras, om man toge ståndpunkt till metoden ifråga.[3] Man skulle då förstå, att »rätten» efter kritiken av rättsideologien måste framstå såsom ett slags maskineri (rätts- eller samhällsmaskineri) och juridiken följaktligen såsom en erfarenhetsvetenskap, alltså *naturvetenskap*. Det är ju givet för övrigt, att om juridiken icke, såsom hittills i allmänhet varit fallet, kunde betraktas såsom »Geisteswissenschaft», så *måste* den vara naturvetenskap, såsom självfallet all forskning direkt om fakta och sammanhang tillhörande naturen, den värld vi leva i, måste betraktas. Det är med avsikt som jag hittills avstått från att karakterisera vetenskaplig juridik såsom naturvetenskap. Jag har trott det vara mera diplomatiskt att så förfara. Nu synes det mig emellertid vara riktigare att tala fullt ut. För övrigt tillåter jag mig fästa uppmärksamheten på holländaren Wertheims ovan (s. 63) citerade ord, vari han karakteriserade mitt arbete så, att jag sökte bygga upp »eine rein naturwissenschaftliche, man möchte fast sagen experimentelle Rechtswissenschaft». Och ändock hade Wertheim icke läst de arbeten,

---

[3] Självfallet kan detta minst av allt sägas i anledning av Olivecronas skarpsinniga undersökningar. Olivecrona känner givetvis hela min åskådning. Se t. ex. Bd I, s. XIV f. och Bd II: 1, s. VIII. Då han icke riktat någon kritik mot min kritik av rättvisemetoden utan nog i det hela godtager densamma, har han icke haft någon särskild anledning att taga ställning till min positiva metod. Hult, Condictio s. 230 ff., icke blott i det hela gillar min kritik av rättvisemetoden utan uttalar även, att man »har att acceptera» vad jag kallar samhällsnyttans metod. Samma inställning intages mycket pronoucerat av Malmström, Till frågan s. 657 ff. Se f. ö. redan Malmströms »Några anteckningar», s. 344 f. och vad jag nämner här nedan s. 191 n. 5. Även Eek synes allmänt gilla min ståndpunkt. Se hans tankeutbyte med Ross, Tryckfriheten, s. 239 ff. Samma intryck ge mig vissa Lejmans uttalanden. Det torde finnas flera svenska rättsvetenskapsmän, som i det hela godtaga både min kritik och min positiva syn på rättsvetenskapen. Vad Ekelöf angår skall jag senare något beröra hans åskådning.

i vilka jag utförligare gått in på min positiva metod, på vad jag kallar samhällsnyttemetoden.

Den som till äventyrs skulle chockeras av att se juridiken karakteriserad som naturvetenskap, kan emellertid i fortsättningen vara lugn. Jag kommer icke vidare att begagna detta uttryck. Och jag har överhuvud ingen avsikt att söka influera på den allmänna systematiseringen av vetenskaperna. Jag endast nämner, att jag självfallet finner det lämpligt hänföra en mycket stor grupp vetenskapsgrenar till de humanistiska, därmed skiljande dem från åtskilliga andra, vilka då kunna fortfara att betecknas såsom naturvetenskapliga i systematisk mening. — Vad som nu i första hand är angeläget för mig, det är att med den kraft och verkan det kan ha enträget framhäva, att det är uteslutet att begripa vad jag hävdar i juridiken och vari mitt arbete består, om man förbiser innebörden av vad jag småningom kommit att kalla konstruktiv rättsvetenskap.[4] Man skulle också kanske lika bra, möjligen bättre, kunna begagna uttrycket: i juridiken tillämpad vetenskap.[5] Men den förra benämningen valde jag därför, att den harmonierar med den djupare men tyvärr inom juridiken alltför litet beaktade innebörden i tanken: »land skall med lag byggas». — *En* sak är emellertid, att starka invändningar kunna riktas mot den hittills i allmänhet bedrivna rättsvetenskapen såsom varande åtminstone i vissa avseenden ovetenskaplig. En *annan* sak är att påstå, att juridiken icke *kunde* vara vetenskap. Såsom torde komma att framgå av det följande, är det i själva verket en *överdriven försiktighet* att beteckna utövad rättsvetenskap vare sig som »konstruktiv» i den mening jag i sammanhanget använt detta ord, eller »tillämpad». Detta, nu här sagt blott »en passant», skall jag senare, s. 86 ff., söka påvisa.

Vad jag i vissa arbeten utvecklat under rubrikerna »konstruktiv rättsvetenskap» eller »samhällsnyttans betydelse för lagstiftning och rättstolkning» *är* något väsensskilt från vad som både här i Norden och därutanför gemenligen avses med tal om »praktikabilitetssynpunkter», »Samfundets krav», »die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse», »die Bedürfnisse des gesellschaftlichen Lebens», »sozialer Zweck», »Gemeinwohl», »social policy» o. s. v. Ty allt dylikt framträder endast antingen som undantag från de rättsideologiska synpunkterna eller ock som inlänkande de rättsideologiska begreppen i vissa nya fåror. Den sociala synpunkten har satts in under rättvisemetodens egid. Och utan att man varit klart medveten därom, har det skett till *förebyggande* av denna

[4] Se Bd I s. 549 ff.

[5] Jfr Ekelöf, Teknik eller vetenskap? s. 7.

metods *ödesdigra konsekvenser*, alltså i själva verket till metodens motverkande.[6] Man har faktiskt inom juridiken icke förstått, i allt fall icke handlat, såsom om man förstått, att det för rättsvetenskapen inte *finns* något annat att beakta, än vad som kunnat utredas av sociala realiteter, d. v. s. vad jag kallar rätts- eller samhällsmaskineriet, till vilket åter framför allt annat hör människornas handlingssätt, påverkade av och påverkande varandra. De handlingssätt, som bilda samhällslivet, äro betingade av en mängd faktorer, av vilka det till juridikens allmänna förstående är tillräckligt att nämna följande: människorna själva såsom psyko-fysiska varelser med tanke- och handlingsförmåga samt förmåga av känslor både fysiskt och psykiskt, vidare lagar och annan s. k. gällande rätt samt rättsverksamheter, bestående *dels* i lagstiftning, *dels* i rättstolkande eller rättskipande verksamhet av domstolar — den förra verksamheten stundom stimulerad av sociala värderingar, sådana de framträtt i pressen eller genom offentliga eller enskilda sammankomster, den senare igångsatt genom eller influerad av aktivitet från polis', åklagares, parters och sakförares sida — *dels* vidare i domsverkställning genom vissa därför avsedda administrativa myndigheter, *dels* ock slutligen i vissa andra förvaltningsverksamheter. Rättsvetenskapen sysslar eller kan i allt fall syssla med alla dessa verksamheter och deras drivfjädrar samt inflytanden på människornas reaktioner och handlingssätt. Men det finns ingen anledning nu för mig att särskilt ha uppmärksamheten inriktad på annat än de båda första: lagstiftningen och den rättstolkande eller rättskipande verksamheten. Det är alltså dessa verksamheter som jag in dubio åsyftar med »rättsverksamheterna». Därmed avser jag sålunda icke rättsvetenskapens utövande.

KORTFATTAD VEDERLÄGGNING AV RÄTTVISEMETODEN.

Varken i lagstiftningen eller i dömandet medverka, annat än i rena, för hithörande diskussion likgiltiga undantagsfall, människor som anses psykiskt defekta. Vi kunna utgå ifrån, att i dessa verksamheter deltagande människor anses psykiskt sunda eller åtminstone i sådant avseende icke stående *under* den nivå, på vilken flertalet människor stå.

---

[6] Se Bd I s. 123 ff.

Det är ett på erfarenhet grundat omdöme, att sådana människor ha en eller flera bevekelsegrunder för eller syften med sin verksamhet och icke handla på måfå.

Vilken eller vilka bevekelsegrunder, vilket eller vilka syften komma här ifråga? Också här ha vi erfarenheten att gå efter. Denna säger oss visserligen, att rättsverksamheternas utövare — med hur mycken övertygelse kan nu lämnas därhän — mycket ofta utgiva sig för att vara ledda av rättvisans krav såsom bevekelsegrund och rättvisans realiserande såsom syfte. Detta är emellertid en rent metafysisk och sålunda helt verklighetsfrämmande inställning, låt vara att den hållit i sig genom sekler och åter sekler. — Vad nu särskilt straffet angår, så är det visserligen icke givet, att det överallt i begynnelsen har ansetts motiverat ur synpunkten av rättvisa. Men så snart det börjat betraktas såsom hämnd eller vedergällning — i anslutning till föreställningar sådana som »öga för öga, tand för tand» och senare tiders förfinade variationer av dem — blir straffet också, just i sin vedergällande karaktär, något som delinkventen i rättvisans namn gjort sig förtjänt av.

I själva verket har denna karaktär hos straffet att vara rättvist ur vedergällningens synpunkt trots sin primitivitet uppehållits intill den dag som är. Att enskilda rättsvetenskapsmän taga avstånd härifrån eller gå förbi saken motsäger givetvis inte detta påstående. Det primitiva i åskådningssättet tror man sig emellertid ha kommit ifrån genom vissa formuleringar, varigenom straffets rättvisa karaktär skall framstå såsom ett humanitärt och därmed också modernt krav. En av humanism genomsyrad samhällsåskådning, säger man, kan icke tillåta, att samhället får använda individen (brottslingen) utan vidare såsom medel för sina syften. Detta får icke ske, såvida icke individen genom brottet, en rättstridig och — eftersom rätten (= rättsnormerna) tros direkt alstra plikter och indirekt rättigheter — pliktvidrig handling, tillika innefattande en rättighetskränkning, har ådragit sig skuld. Men har så skett, då har han gjort sig förtjänt av straffet, som följaktligen är rättvist.

Det är egentligen först vid sista sekelskiftet, som några allmänna teorier om skadeståndstvång utan den ansvariges skuld börjat utvecklas. Ditintills dominerades skadeståndsansvaret av skuld- eller culparegeln. Beträffande skuld- eller culpaansvaret är resonemanget detsamma som i fråga om straffet. Svaranden måste ha handlat rättstridigt med sådan, såsom man säger, subjektiv inställning till handlingens rättstridiga och följaktligen pliktvidriga karaktär, till handlingens karaktär av rättighetskränkning, att han ådragit sig *skuld*. Därigenom har han rättvisligen gjort sig förtjänt av att tvingas betala skadestånd. Skulden utgör alltså

även här i rättvisans namn den mera omedelbara grunden till skadeståndstvånget alldeles som till straffet.[7]

Även det strikta ansvaret skall ha sin grund i rättvisa. Men hur kan det gå ihop? Här kan ju icke skuldgrunden åberopas? Nej, men det finns likväl något för alla tre kategorierna gemensamt: en *kränkning* av *rättighet* har ägt rum. Och detta torde vara det grundläggande momentet för rättvisans krav, som just utmynnar i att envar skall komma och förbliva i åtnjutande av vad som tillkommer honom såsom hans rättighet.[8] Synpunkten av det rättvisa i skadeståndstvånget har man visserligen i allmänhet icke ansett kunna anläggas utan rättighetskränkningens skuldkaraktär. Men såvitt man i forna dagar, liksom också nu i modern tid — när man under de sociala realiteternas tryck lösgjort sig ur greppet av Jherings fascinerande fältrop till hävdandet av skuldregeln såsom den egentliga principen på skadeståndsrättens område[9] — låtit rättighetskränkningen såsom sådan, d. v. s. även tillfogad utan skuld, kunna leda till ansvar, så menar man städse, att detta är grundat i rättvisans namn.[10]

I själva verket framstår rättvisemetodens *art* — att utgöra en avvägning mot varandra av grunderna för partsintressena i det till bedömande föreliggande fallet — på ett särskilt och tydligt sätt, när *skuld icke* kan åberopas såsom grund för ansvaret. Ty *skuld*motiveringen har man betraktat som så stark, att den utan vidare leder till att ansvaret (det kriminella eller civila) betraktas såsom *förtjänt* av kulpanten; och därför lägger man här icke märke till intresseavvägningens synpunkt (aequitas), såvida man icke av någon anledning vill ha fram det verkliga sättet för

---

[7] Att den nutida juridiken i Norden är angelägen att sudda över denna åskådning med andra talesätt har jag, beträffande straffet, påvisat i SvJT 1946, s. 644 ff., och skall ifråga om culpa-regeln beröra senare.

[8] Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi, Ulpianus i D. 1. 1. 10. pr.

[9] Jhering, Schuldmoment, s. 8: »... der ewig wahre Satz: kein Uebel ohne Schuld. Das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Mass des Uebels und der Schuld ist die höchste Aufgabe der Gerechtigkeit». Därav grundsatsen: »ohne Schuld kein Schadensersatz», Jhering s. 40 ff. (formuleringen å s. 50).

[10] Redan när omkring ett eller ett par decennier efter Jherings berömda skrift enstaka författare började plädera för ansvar i vissa situationer utan skuld, så gällde det städse för dessa författare att påvisa det utvidgade ansvarets överensstämmelse med rättvisans eller billighetens krav. Se t. ex. Loening bl. a. s. 9 och s. 86 ff., Mataja, s. 25, s. 32, s. 38 ff. Mataja påvisar också till stöd för sin åskådning, hur stötande skuldregeln kan vara för rättskänslan, s. 33 f. Enligt Mataja, s. 17, uttalade Pfaff i sina »Drei Gutachten» 1880 över frågan om revision av skadeståndsrätten i österr. civillagboken (II Teil 30 Hauptstück): »Das Recht, die Gerechtigkeit fordert nicht überall, wo eine Schadenersatzpflicht bestehen soll, das Vorhandensein eines Verschuldens...»

resonemanget, när rättvisans synpunkter anläggas.[1] Under det att skuld alltid i rättvisans namn anses föranleda ansvar, så får det strikta ansvaret blott förekomma, när det finnes motiverat efter avvägning mot varandra av omständigheterna för parterna å ömse sidor, så att ansvaret kan anses »rätt och billigt» eller, såsom det icke sällan uttryckes, så att svaranden betraktas såsom »närmare» än den skadelidande käranden att bära den skada som rättighetskränkningen innebär.[2]

Nåväl, allt detta — om rättsreaktion på skuldbelastad rättstridighet eller pliktöverträdelse eller om en såsom i allt fall på grund av omständigheterna in concreto i rättvisans namn motiverad rättsreaktion på en skadegörelse — allt detta tillhör fantasiens värld, *icke verklighetens*. Samtliga begreppen förutsätta nämligen, att något *bör* ske eller *bör* vara så eller så. Skall detta vara något annat än ett känslouttryck, d. v. s. annat än ett värdeomdöme, följaktligen *annat* än något mer eller mindre godtyckligt, måste det kunna konstateras såsom ett faktiskt förhållande. Detta förutsätter åter, att fråga vore om ett s. k. absolut eller objektivt böra. Men något sådant existerar icke. Det kan visas i ett enda penndrag. I verkligheten, det vill säga i vår naturliga värld, *är* eller *sker allting*, just *allting*, antingen så eller så. Där finns följaktligen helt enkelt icke plats för något, som icke *är* eller *sker* utan blott *bör* vara eller *bör* ske. I den mån det s. k. böra-omdömet är något annat än en blott schablon, som det icke sällan är i juridiken, är det ett *känslo*uttryck, ofta kallat värdeomdöme. Värdeomdömet kan intet utsäga om verkligheten.

Men, invändes det kanske, det är dock ett faktum, att vi använda våra värdeomdömen — t. ex. saken är vacker, personen har åsidosatt sin plikt, handlingen har varit orättvis etc. — direkt om en sak, en person eller en handling och att vi, åtminstone ofta, också *mena* oss göra en *direkt* värdering av dessa realiteter. Icke desto mindre äro vi ur stånd därtill, ty sådan värdering är logiskt omöjlig. Vi taga i det dagliga livet miste och förväxla i vår värdekänsla *föreställningen* om föremålet med *föremålet* självt. Det är nämligen *föreställningen* om verkligheten, icke verkligheten själv, som väcker en värdekänsla till liv.

---

[1] Se t. ex. citatet i näst sista not från Jhering. »Jämvikten» skall åstadkommas, men blott en faktor å ömse sidor framhäves: skulden å ena parten; graden av det onda, »das Unrecht», d. v. s. rättighetskränkningen, som tillfogats andra parten. På skadeståndsrättens område inträder jämvikt och skulden utplånas genom att full gottgörelse för rättighetskränkningen sker.

[2] Se Bd II: 1 s. 223 ff.; s. 417 f. och nedan ang. norsk rättspraxis på farlighetsansvarets område. Se även Bd I s. 132 f. och det franskrättsliga uttalandet å s. 114, liksom även noten här ovan om Loening, Mataja och Pfaff.

Uttrycket för denna känsla, det s. k. värdeomdömet, kan följaktligen varken vara sant eller falskt. Motsatsen skulle bl. a. innebära, att man kunde *tänka* med sina känslor i stället för med sitt förnuft. Härmed är i största korthet den rättsideologiska metodens eller rättvisemetodens vetenskapliga oduglighet konstaterad.

Denna argumentation, grundad på Hägerströms värdeteori, har jag ett par gånger förr framlagt.[3] Emellertid är det nödvändigt beakta, att erfarenheten ådagalägger, att rättsideologiens linjer icke *kunna* fullföljas, enär — om så skedde — rättsordningen skulle sprängas sönder. I all hemlighet är rättsideologien och dess rättvisemetod indirekt men faktiskt merendels styrd av synpunkter, tillhörande det levande livet i samhället. Detta kan jag nu inte närmare gå in på. Jag tillåter mig endast nämna följande.

Rättviseomdömet är som sagt ett känslouttryck. Det ligger nu i sakens natur, att — *om* rättvisan skall vara utslagsgivande — så *skall* den också vara det. Rättvisan kan icke, medvetet för dem som skola utöva densamma, vara blott halv. Samtliga de omständigheter, som influera på rättviseomdömet, d. v. s. rättvisekänslan, måste därför — såvitt de äro kända — beaktas helt och fullständigt. Rättvisan slår över i sin motsats, om man blott tager hänsyn till en del av alla de kända omständigheter, som ha betydelsen att influera på vanliga människors värdering av eller känsloinställning till, huruvida en person gjort sig »rättvisligen förtjänt» av straff, skadestånd eller någon annan tvångsreaktion. Rättsideologien har emellertid i alla tider förstått, kanske riktigare haft på känn, att ett konsekvent hänsynstagande till rättvisan skulle omöjliggöra all samhällsordning och leda till den rena anarkien. Därför har den utgallrat vissa *bestämda* omständigheter, bland dem s. k. skuld, vilken man dessutom vid culpa-regeln för säkerhets skull tummat på genom att — horribile dictu — *objektivera* densamma. Blott sådana utgallrade, i det nämnda exemplet även förvanskade, omständigheter har man tillåtit vara bestämmande för rättviseomdömet. Detta betyder i själva verket, att man å ena sidan under trycket från samhällslivet sökt oskadliggöra rättvisemetoden, men å andra sidan icke förstått att direkt och öppet låta leda sig av samhällsnyttan såsom ledmotiv eller metod för lagstiftning och rättskipning.[4]

Emellertid är det till undvikande av missförstånd angeläget påpeka, att hela rättvisechimären faller till marken *även oavsett insikten om värdeomdömenas bristande kontakt med verkligheten*. Detta förstår man,

[3] Utförligast i Bd I s. 116 ff.

[4] Se Bd I s. 128 ff., särskilt s. 130–133.

om man tager del av min kritik av rättstridighets- och obligationsbegreppen och i samband därmed av rättsplikts-, rättighets- och skuldbegreppen, kort sagt hela min kritik av rättsideologien, ävensom, bör jag kanske tillägga, av min belysning av det s. k. allmänna rättsmedvetandets inställning i och sätt att fungera i rättsmaskineriet. Visserligen har jag i min kritik på sina ställen, t. ex. ifråga om Jherings rättighetsbegrepp och i fråga om rättspliktsbegreppet, erinrat om den falska tron på objektiva värden. Men denna erinran har här icke varit någon huvudsak. I min kritik av rättsideologien har huvudargumentationen — denna ensam fullt tillräcklig — varit, att hela underlaget för densamma, den s. k. materiella rätten, saknat verklighetskaraktär; alltså även att rättigheter, rättsplikter, rättsförhållanden och dylikt saknat sådan karaktär; att allmänna rättsmedvetandet eller rättvisekänslorna, långtifrån att kunna giva näring åt »materiella rätten», tvärtom fick hela sin styrsel genom uppehållandet av lagar och annan »gällande rätt», vilka taga allmänna rättsmedvetandet i sin tjänst och dirigera det i för samhället och dess ekonomi gagneliga strömfåror; samt att rättsideologien följaktligen icke ser och icke *kan* se de till rättsmaskineriet hörande realiteterna sådana, som de äro, utan ställer dem rakt på huvudet.[5]

SAMHÄLLSNYTTEMETODEN AXIOMATISKT GIVEN.

Som redan påpekats utövas rättsverksamheterna av människor, som därvid äro bestämda av motiv och icke handla på måfå. Något annat ickechimäriskt motiv för rättsverksamheterna än deras oumbärlighet för samhället och därmed för människorna har aldrig utletats.[6] Anledning saknas räkna med möjligheten, att ett annat sådant motiv skulle kunna utletas. När rättsverksamheterna sålunda utövas för människors skull, är det givetvis för att lända dem till vad som uppfattas såsom deras gagn eller nytta i högre eller lägre grad och åtminstone icke deras fördärv, låt vara att rättsverksamheterna kunna tänkas utövade så, att vissa människogrupper gynnas mera än andra och då naturligtvis till förfång för de senares möjligheter.

[5] Att jag även för denna utanför Hägerströms värdelära fallande argumentation för rättsideologiens raserande står i tacksamhet till hans undersökningar har jag många gånger erkänt, men nämner det just nu till undvikande av missförstånd på grund av vad jag i texten nämnde om betydelsen för min framställning av hans värdeteori.

[6] Se Bd I s. 549 ff.

Räkna vi emellertid blott med ett sådant land som vårt eget — med vilket ett antal andra länder äro i förevarande avseende ungefärligen jämställda — kunna rättsverksamheterna sägas vara utövade till vad som anses innefatta största möjliga nytta för människorna i *allmänhet*, icke blott för någon eller några vissa grupper.[7] Med rättsverksamheternas upphörande skulle samhället och människorna däri småningom gå sin undergång till mötes. Detta sista kan nu i stort sägas angående alla länder. Jag håller mig emellertid i fortsättningen till vårt land och därmed civilisatoriskt jämställda länder för att undgå invändningar, som skulle föranleda komplicerade utredningar. Skulle icke allmänt kaos i Sovjet och under detta lydande länder leda till bättre förhållanden för många människomiljoner? kunde exempelvis frågas. Den frågan kunde naturligtvis tänkas av den initierade besvarad med ett jakande värdeomdöme under förutsättning, att man ansåg sig ha grundad förhoppning, att folket ur kaoset småningom skulle resa sig till bildande av en gemensam ny eller flera nya nationer, styrda så att tillvaron för människorna bleve enligt den värderande bättre, än den är. Men värdeomdömet skulle säkerligen hos de flesta reflekterande människor gå i motsatt riktning, därest man räknade med ett under någon längre tid förblivande kaos, även om dettas inträffande omedelbart möjligen gjorde det något drägligare för miljontals människor. Hur det överhuvud förhåller sig med samhällsnyttans inflytande på rätten i diktatoriskt styrda länder skall jag icke gå in på. Jag har givit några antydningar därom i Bd I s. 563, vilka jag alltjämt anser mig kunna stå för.

Härefter måste emellertid en viktig anmärkning göras. Hur kan jag påstå — vi hålla oss nu ånyo till vårt och därmed civilisatoriskt jämställda länder — att *erfarenheten* visar, att rättsverksamheterna utövas för människors skull och till vad som värderas som dessas gagn och icke fördärv? Jag har ju sagt, att man, åtminstone flerstädes, tror sig realisera rättvisan! Visserligen, men denna är blott en ideologisk fantasi, som enligt vad seklernas erfarenhet givit vid handen icke kunnat hindra samhällsintresset att bryta igenom, låt vara att rättsideologien med sina slöjor blivit till större eller mindre förfång för beaktandet av de sociala realiteterna och de med hänsyn till dessa gjorda värderingarne. Emellertid talar jag ju nu om *juridiken som vetenskap*. Såsom vetenskap *måste* juridiken självfallet befria sig från rättsideologien med dess rättvisechimär, tillhörande en metafysisk värld, alltså en värld helt utanför vår erfarenhet. Men juridiken har ju i alla tider ansetts tillhöra »die

[7] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 244.

Geisteswissenschaft», alltså *icke* erfarenhets- eller naturvetenskap! Detta kan jag inte hjälpa. *Om* man anser, att rättsvetenskapen liksom andra vetenskaper består av verksamheter, som skaffa kunskaper om verkligheten, klarhet i rumstidliga sammanhang, då måste rättsideologien och den till grund för densamma liggande föreställningen om en materiell rätt, grundad på rättvisa i objektiv mening, såsom tillhörande en metafysisk värld, avlägsnas från rättsvetenskapen. Den, som ser saken på detta sätt, kan inte finna något annat motiv för eller syfte med rättsverksamheterna än att gagna samhället, det vill säga de människor som leva i detsamma. Och denna sin inställning grundar han — utom på det nyss påpekade om bevekelsegrunden för rättsverksamheternas utövande — *dels* på den gångna erfarenheten, ådagaläggande att samhällsintresset genombrutit de rättsideologiska slöjorna, och *dels* därpå att det hittills faktiskt aldrig hävdats eller påvisats någon annan bevekelsegrund för eller syfte med rättsverksamheterna än vad jag med ett sammanfattande ord kallat samhällsnyttan — någon annan bevekelsegrund eller något annat syfte, säger jag, som *icke* varit av metafysisk art och som följaktligen *icke* varit odugligt genom sin verklighetsfrämmande karaktär för oss och vår värld, allt helt och hållet rumstidligt bestämt.

»Samhällsnyttan» såsom ledmotiv för rättsverksamheterna innebär, att dessa utövas med *viss* hänsyn till vad som kunnat konstateras av de i samhället levande människornas andliga och materiella behov eller intressen och med hänsyn därtill gjorda sociala värderingar. Jag säger endast »viss» hänsyn. Ty givetvis ske rättsverksamheterna med hänsyn till deras *utövares uppfattningar* om det sålunda konstaterades betydelse för människorna i samhället. Merendels äro dessa uppfattningar själva beroende på värderingar av de i samhället rådande mera omedelbara värderingarnes sociala betydelse. När så icke är fallet, utan den för rättsverksamheten bestämmande uppfattningen blott berott på konstaterande av den omedelbara värderingen i samhället, då har situationen varit den, antingen att den omedelbara värderingen varit allmänt eller i allt fall mycket utbredd eller också representerats av en eller flera makthavande grupper i samhället.[8] Det är det nu sagda, som jag i allra största korthet avser med uttrycket »tongivande sociala värderingar».

---

[8] Detta är nu icke alldeles korrekt uttryckt, ty också nu måste det ju antingen röra sig om en med den omedelbara värderingen sammanfallande värdering hos rättsverksamheternas utövare eller ock likväl om den värderingen från deras sida, att samhällets bästa fordrar, att man följer den omedelbara värderingen, trots dess stridighet mot värderingen hos rättsverksamheternas utövare.

Antingen äro redan människornas i samhället eller vissa gruppers däri omedelbara värderingar tongivande, såsom de (teoretiskt) uppfattas av rättsverksamheternas utövare, eller också föranleda nämnda värderingar dessa utövare till företagande av egna värderingar av det bästa för människorna i samhället, värderingar som de då låta sig ledas av. Ofta måste de dessutom till sin ledning företaga sociala värderingar utan att ha något egentligt stöd i omedelbara värderingar ute i landet.

Det är visserligen alls icke otänkbart, att en och annan, ja, möjligen ett betydande antal bland rättsverksamheternas utövare, skulle önska giva en god dag i alla sociala hänsyn, i samhällets framtid, för att blott drivas av sitt eget intresse, t. ex. att just genom hithörande arbete förtjäna sitt levebröd (de finna detta arbete bekvämare eller angenämare än annan sysselsättning), eller för att drivas av karriärhunger eller av ärelystnad etc. Men de kunna icke tillgodose dessa intressen, om de icke likväl faktiskt inordna sin verksamhet under de sociala värderingarnes riktlinjer. Det torde såsom en erfarenhetssats kunna uttalas, att i rättsverksamheterna sysselsatta människor, som medvetet åsidosatte hänsynen till såsom sociala betraktade värden, skulle förlora sina framtidsutsikter på den bana, de valt, eller, om de redan nått toppen och icke kunde lagligen skiljas därifrån, skulle förlora sitt sociala anseende.

Äro nu alla dessa, icke värdeomdömen, utan teoretiska omdömen riktiga, då säger det sig självt, att *rättsvetenskapen*, om den vill vara saklig, måste *utgå från såsom ett faktiskt förhållande*, att rättsverksamheterna icke kunna ha något annat icke chimäriskt syfte än »samhällsnyttan»[9] och att de för uppnående av detta syfte icke kunna låta sig

[9] Om detta begrepp »samhällsnyttan» är naturligtvis en mängd saker att säga, som här icke kunna utföras. Se emellertid Bd I s. 558–603 och Obligationsbegreppet II: 1 s. 187–273. Självfallet har jag icke ens i nu angivna framställningar medhunnit att giva en tillnärmelsevis fullödig bild av vad jag kallar samhällsnyttan såsom ledmotiv eller metod i juridiken. Jag har sökt belysa min mening så gott jag förmått med hänsyn till den tid, som stått mig till förfogande. — Här anser jag mig emellertid särskilt böra påpeka två saker angående rättskänslorna. Till samhällsnyttemetoden *kan* understundom höra ett beaktande jämväl av på rättvisekänslor vilande rättsideologiska synpunkter. Den *sociala värderingen* kan nämligen leda till, att ett sådant beaktande finnes stå i överensstämmelse med vad som värderas såsom nyttigt ur social synpunkt. Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 251 ff. Självfallet hör det vidare till samhällsnyttemetoden att beakta rättskänslornas *allmänna* betydelse i rättsmaskineriet, ja, deras nödvändighet, deras fullständiga oumbärlighet för maskineriets fungerande så, att ett civiliserat samhälle därmed må kunna uppehållas. Se Bd I s. 587–591 och jfr ib. s. 532 f. Att denna rättskänslornas omistliga betydelse för samhällsmaskineriet är rakt motsatt dess betydelse enligt rättsideologien har jag ofta påpekat. Se t. ex. Bd I s. 590. — Händelsevis har jag med några citat måst beröra »samhällsnyttan» i »Tillägg», nedan s. 554 ff.

ledas av något annat än antydda sociala värderingar. Och det är med denna utgångspunkt, som rättsvetenskapen själv har att taga motiverad ställning till frågor om lagstiftning och rättstolkning, såvitt som den nu tager sådan ställning och icke blott konstaterar rättsverksamheternas åtgöranden och dessas konsekvenser samt de värderingar, som bestämt åtgörandena ifråga. Huruvida rättsvetenskapen bör intaga nämnda socialt värderande hållning eller begränsa sig så strikt som möjligt till en faktiska sammanhang blott undersökande och konstaterande verksamhet är självt en värderingsfråga, som senare skall dryftas.

Om man icke beaktar den nu antydda, positiva sidan av min rättsliga åskådning, en sida som utgör ett nödvändigt komplement till min kritik av rättvisemetoden, så kan man icke ha någon förståelse för denna åskådning. Faktiskt har jag icke funnit mången auktor, som efter min första mera utförliga framställning av min »samhällsnyttemetod»[1] vare sig anslutit sig till eller med sakskäl gendrivit densamma[2]. Anledningen härtill torde på flera håll vara, att man finner vad jag fört fram i detta avseende vara både självklart och som följd därav även, helt oberoende av mina utredningar, allmänneligen fullt tillräckligt beaktat. Ser man saken så, torde man emellertid begå ett misstag. Jag exemplifierar detta bäst genom att nämna en så kunskapsrik och skarpsinnig auktor som Ussing. Han hör till dem inom jurisprudensen, som ganska ofta låta »Samfundet» och hänsynstagande till dettas intressen vara av betydelse för de rättsliga resonemangen. Men han har föga beaktat, att rättvisemetoden med sina avvägningar av de mot varandra stående parternas intressen råkar i rak strid med den av mig såsom den enda verklighetstrogna betraktade positiva metoden. Beaktar man vad jag sagt om samhällsnyttemetodens erfarenhetsmässigt motiverade brukbarhet — låt vara mer eller mindre starkt motverkad genom de rättsideologiska slöjorna — måste man anse det ovetenskapligt att åberopa »samhällsnyttan» eller liknande utan att ha uppfattningen om densamma såsom *exklusivt och enhetligt* bestämmande för *hela* systemet — naturligtvis under iakttagande av de sociala värderingarnas tänjbarhet på grund av deras mer eller mindre skarpt framträdande subjektiva karaktär. Men en sådan uppfattning om »samhällsnyttans» betydelse i rätten har Ussing icke givit uttryck åt, icke heller någon annan av den »nutida juridikens» män.

---

[1] I Obligationsbegreppet II: 1, s. 187–273.

[2] Se dock ovan s. 71 n. 3. Ross har visserligen skarpt kritiserat min positiva metod, men man kan nog icke påstå, att han lyckats på hållbara grunder gendriva min ståndpunkt. Se våra ömsesidiga skrifter i SvJT 1932 och 1933.

Hur pass fullständigt jag själv lyckats befria mig från rättsideologiska rester i mina tankebanor, kan jag naturligtvis icke uttala mig om. Men jag har i allt fall försökt att i de frågor, jag avsett att positivt behandla, resonera uteslutande med hjälp av den metod, jag anser vara den enda möjliga, när man strävar efter kontakt med verkligheten. Detta, att utan stöd av de gamla begreppen söka resonera sig fram i enlighet med denna metod, har så här i början visat sig vara ett mycket krävande arbete. Det kan se nog så enkelt ut, men det har varit ofantligt drygt. Jag nämner detta till ytterligare förklaring av att, såsom vi i det föregående s. 63 sett Ussing säga, innehållet i min sista bok (liksom säkerligen även i den nu under utarbetande) har blivit »ojämnt» och dess system »mycket löst». Kanske har jag också i detta avseende (på grund av min ålder eller mina anlag) arbetat mera valhänt än en annan vetenskapsman i mitt läge skulle ha gjort. Att arbetet är tidsödande får emellertid naturligtvis icke verka avskräckande, om det *är* så, som jag säger, att metoden är den enda möjliga ur vetenskaplig synpunkt. En viss särskild fördel ifråga om arbetet efter denna metod är, att man har större möjligheter än efter rättvisemetoden att uppställa *generella* regler och låta en mängd särskilda situationer så att säga »falla igenom» och uteslutas från t. ex. straff- eller skadeståndsreaktioner.[3] Detta möjliggöres genom befrielsen från allehanda rättvisekrav, vilka taga sikte också på mera utpräglade specialsituationer, på det att »rättvisa må bliva skipad» i alla möjliga vinklar och vrår av samhällslivet. Utan tvivel måste *den* sociala värderingen omfattas av dem, som utöva rättsverksamhet i ett demokratiskt land, att en rättsregel bör vara så enkel och lättfattlig som möjligt. Dit hör bl. a. att den är i görligaste mån allmänt formulerad och därigenom låter antydda specialsituationer falla utanför dess tillämpning.[4]

RÄTTSIDEOLOGISKA OCH SOCIALA VÄRDERINGAR.

På en föreläsning för ett för mina åsikter sannolikt i det hela främmande auditorium slog det mig, att man kanske icke kunde förstå, att jag å ena sidan avfärdade rättsideologien bl. a. på den grund, att den

[3] Beträffande skadeståndsrätten kan behovet av generell regel också, tvärtom, stundom leda till en sådan regel, att skadestånd i vissa situationer kommer att utdömas utan annan grund än att regeln ifråga har tillämplighet, d. v. s. fastän skadeståndets utdömande icke är motiverat ur synpunkten av sådana handlingssätt som svarandens, tagna i och för sig. Som exempel kan jag hänvisa till vad jag senare kommer att säga om en allmän regel om principalansvar vid tjänstelega.

[4] Se dock föregående not.

vilade på den falska tron på objektiva värden eller värdeomdömen, men å andra sidan icke desto mindre ville animera lagstiftare, domstolar (och andra rättstolkande myndigheter), ävensom jurisprudensen i mera egentlig mening[5], att — t. ex. ifråga om den allmänna skadeståndsregeln (= culpa-regeln i min version) och dennas tillämpning — resonera med hänsyn till handlingssättets bedömande efter *sociala värderingar*, vilka självfallet måste bestå i fällandet av *värdeomdömen*. En vacker dag dyker kanske en dylik invändning upp emot min åskådning, om jag icke söker förebygga densamma, vilket försök följaktligen nu skall ske. Därvid nödgas jag tyvärr ånyo framhäva ett par redan betonade synpunkter.

Det är obestridligen så, att även de sociala värdeomdömena, såsom i likhet med andra värdeomdömen varande uttryck för känslor, icke utsäga något direkt angående verkligheten, och följaktligen kunna vara varken sanna eller falska. Men de *sociala värderingarne själva*, detta förhållande att sociala värdeomdömen fällas, är naturligtvis ett sakförhållande, alltså *verkligt*.

Fastän dessa värdeomdömen intet utsäga direkt om verkligheten, är det likvisst just våra *föreställningar direkt om verkligheten*, som *föranleda* de känslor, för vilka dessa värdeomdömen äro uttryck. Följaktligen äro värdeomdömenas innehåll beroende på den värderandes direkta föreställningar om verkligheten, och dessa äro i sin tur beroende på såväl hans intellektuella förmåga som hans kunskaper i det eller de ämnen, som beröras av hans värdeomdömen.

Vanliga, d. v. s. icke förslöade, sinnessjuka o. s. v., människor handla, såsom ovan påpekats, i allmänhet icke på måfå, icke utan att vara bestämda av någon bevekelsegrund för, något syfte med sin verksamhet. Detta kan konstateras. Och — vad det framför allt är av vikt att konstatera — de människor, som stå bakom begreppen lagstiftning, rättskipning och rättsvetenskap äro praktiskt taget alla mer eller mindre starkt genomträngda i sina hithörande verksamheter av en mängd mål eller syften med dessa verksamheter. Dessa mål eller syften bestämmas av sociala värderingar (i enlighet med vad jag förut här antytt och i vissa avsnitt av mitt författarskap sökt närmare utveckla) — naturligtvis dock blott i den mån dessa värderingar icke i större eller mindre grad hindras av bundenhet vid de rättsideologiska idéerna.

Detta må så vara, men — säger man möjligen — *rättsideologiens* värderingar måste väl *också* vara faktiska. Även om detta medgives[6],

[5] Jag menar därmed naturligtvis rättsvetenskapen. Uttrycket är kanske dock något dubiöst. I Frankrike betyder »la jurisprudence» ungefär detsamma som judikaturen.

[6] Jag säger med avsikt »även om». Ty, såsom strax påpekas i texten, äro dessa

kommer man dock icke längre än så i analogi med de sociala värderingarne. Ty endast dessa senare, icke de förra, äro bestämda av våra föreställningar direkt om verkligheten! De rättsideologiska värderingarne äro antingen rena schabloner eller ock äro de bestämda av dogmatiska eller doktrinära föreställningar om verkligheten, bottnande dessa föreställningar i tron på rättvisa och andra rättsideologiska faktorer såsom något befintligt, objektivt givet, även om man medger, att de falla utanför erfarenhetens värld, i det att de skola tillhöra en idealvärld, »eine Geisteswelt».[7] Det är sant, att denna tro mer eller mindre utformas i anslutning till sociala värderingar. Men detta räcker icke. Skola genomgående förnuftigt motiverade rättsverksamheter och ett vetenskapligt arbete i rättsvetenskapen kunna åstadkommas, *måste* man söka ställa de *sociala realiteterna*, så långt som kunskapen om dem räcker, *direkt och öppet* framför sig och låta sig bestämmas av *de* värdeomdömen, som sådana realitetsföreställningar kunna föranleda.[8]

En sak är sålunda, att man icke kan betrakta *innehållet* i ett socialt värdeomdöme mera än i andra värdeomdömen såsom sant, såsom med verkligheten överensstämmande, och följaktligen icke kan bygga något resonemang på detta innehåll, d. v. s. icke kan taga detsamma till utgångspunkt eller premiss i ren tankeverksamhet. Men en helt *annan* sak är, att värderingarna själva, detta förhållande att värdeomdömen dagligen och stundligen avgivas av oss alla, givetvis är något faktiskt och verkligt; och vidare att sådana värderingar som de samhälleliga, till skillnad från de rättsideologiska, äro beroende av föreställningar direkt om verkligheten och följaktligen av den värderandes kunskap om samhället och där rådande sammanhang samt av hans intellektuella förmåga att använda denna sin kunskap.

De rättsideologiska värdeomdömena kunna såsom sådana icke vara till något pålitligt stöd för samhällsorganisationen och dess utveckling, redan därför att de sakna kontakt med föreställningar direkt om verkligheten. En sak för sig är, att de känslor, som ofta föranleda dem inom

---

värderingar — att något rättsligen *bör* ske, att någon har rättslig *plikt*, att någon ådragit sig *skuld*, som motiverar rättslig reaktion, att *rättvisan kräver* en viss talans bifallande eller underkännande etc. — ofta mera slentrianmässiga än adekvata uttryck för en persons känslor.

[7] Se min framställning av och kritik av Walz i Obligationsbegreppet II: 1, s. 275–292; se vidare t. ex. Bd I s. 535–545.

[8] Så enkelt som detta låter, är det naturligtvis icke. Jag får här ånyo hänvisa till mina utredningar i Obligationsbegreppet II: 1, s. 187–273, och Bd I s. 549–603. Också dessa utredningar äro naturligtvis — detta kan icke för starkt betonas — mycket ofullständiga. Jag har blott sökt giva så pass mycken ledning, som jag mäktat med vid sidan av mitt rättsvetenskapliga författarskap och annat arbete i övrigt.

ett folk, icke desto mindre torde få betraktas såsom oumbärliga för samhällsorganisationen eller rättsmaskineriet, varvid jag tänker på det s. k. allmänna rättsmedvetandets eller rättvisekänslornas ofantligt stora betydelse för rättsmaskineriets drift. Detta behöver jag dock icke nu gå närmare in på.[9] Jag endast nämner, att antydda känslor — hur irrationella de än kunna vara i sin brist på närmare kontakt med verkligheten — och dessa känslors inverkan på rättsmaskineriet, på dettas sätt att fungera, naturligtvis såsom tillhörande levande livet är föremål för kunskap och följaktligen måste göras till föremål för rättsvetenskapens forskningar. I *förevarande* sammanhang är det emellertid den observationen, att de rättsideologiska värdeomdömena, även såvitt de nu utgöra verkliga värderingar, d. v. s. äro uttryck för känslor, *icke* kunna tagas till ledning för rättsverksamheterna och alltså icke heller kunna utgöra något direkt stöd för samhällsorganisationen och dess utveckling — i förevarande sammanhang är det *denna* observation, som intresserar oss. Rättsmedvetandets och rättvisekänslornas betydelse i rätten är med andra ord — såsom jag ofta tillåtit mig påpeka — rakt motsatt den betydelse, som tillagts dem efter rättvisemetoden. Rättvisekänslorna äro icke dirigerande för rätten. Tvärtom: de dirigeras av rätten, de tagas i dennas tjänst.

Till sist må här ånyo erinras om att de människor, som utöva lagstiftning, rättskipning och lagtolkning över huvud, måste praktiskt taget i dessa sina verksamheter *med psykologisk nödvändighet* vara mer eller mindre starkt influerade av de sociala värderingar, som råda i det *samhälle, vars tjänare de äro just i sin egenskap av lagstiftare och lagtolkare.* De måste naturligtvis också, såvitt deras egna sociala värderingar påfordras, genom inhämtande av kunskaper om sociala realiteter göra sig beredda att efter »bästa förstånd och samvete» företaga dessa värderingar med sin uppfattning om samhällets välfärd för ögonen.[1] Såvitt de verkligen läte sig ledas endast av de rättsideologiska värdeomdömena skulle de motarbeta rättsorganisationen.

ÄR TALET OM SOCIALA VÄRDERINGAR I RÄTTSVETENSKAPEN MOTSÄGELSEFULLT?

Som man torde förstå av det nu sagda, var det icke så mycket av sakliga grunder som fastmer av formalistiska skäl, som jag sökte lansera

[9] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 83–91; samt Bd I s. 521 p. 4, s. 532 f. och s. 587 ff. Jfr Bd II: 1, s. 248 ff.

[1] Jfr Bd I s. 549–558.

begreppet »konstruktiv rättsvetenskap». Om jag icke hade riskerat att råka ut för invändningen, att jag förblandade värderingar med vetenskap i principiell mening, skulle jag icke ha försökt föra fram detta begrepp »konstruktiv» rättsvetenskap. Det torde nu visserligen icke medföra någon skada att använda en sådan distinktion, ty den är tror jag korrekt. Men naturligtvis skulle jag också ha kunnat uttrycka mig så, allmänt karakteriserande juridiken som rättsvetenskap, att denna *vetenskap* är *jämväl* »konstruktiv» eller, såsom Ekelöf säger, »tillämpad» vetenskap, båda uttrycken avseende att rättsvetenskapens utövare icke blott forskade för att kunna konstatera fakta och sammanhang utan jämväl med stöd av sina forskningsresultat kunde företaga vissa värderingar. Jag menar, att det berodde på formskäreri att icke *restriktionsfritt* hänföra rättsvetenskapen — såvitt den städse håller sig à jour med realiteter och icke arbetar efter rättvisemetoden — till vetenskapernas kategori. Att icke så förfara kan tänkas leda till något rent löjeväckande. Det är ju t. ex. självfallet — för att nu tillspetsa frågan — att man vid bedömande av specimina för professur inom juridisk fakultet, icke finge taga sig till att begränsa grunden för »graden av ådagalagd vetenskaplig skicklighet» (univst. § 53) till vad som stode kvar i speciminationsarbetena efter borttagande av författarens egen lagtolkning, ståndpunkttagande till rättspraxis och uttalanden *de lege ferenda*, såvitt dessa hans verksamheter berott på värderingar, vilket de förvisso i hög grad ha gjort.

Det motsvarande skulle säkerligen kunna sägas ifråga om åtskilliga vetenskaper utanför juridiken. Framför allt måste det kunna sägas om vissa vetenskapliga pioniärers forskningsarbeten. Har man läst en del skildringar av medicinska vetenskapsmäns insatser i denna deras egenskap till bekämpande av sådana sjukdomar som barnsängsfeber, tbc, sockersjuka, syfilis, perniciös anemi, malaria, lunginflammation och allehanda andra infektionssjukdomar, förstår man — hur mycket lekman man än är — åtminstone så mycket, att utan ett större eller mindre mått av värderingar skulle dessa insatser ha uteblivit. De »försök», som slutligen lett till resultat, *måste* ha förutsatt vissa värderingar. Eller, för att hålla mig till ett helt annat vetenskapsområde, som då och då väckt mitt lekmannaintresse — vad skulle väl en Schliemann ha kunnat uträtta för den klassiska arkeologien och hur skulle det väl ha gått med upptäckterna av fornfynden i Troja och kungagravarne i Mykene, om icke denne egenartade pioniär på fornvetenskapens område hade låtit sitt arbete i betydande omfattning influeras av vad vi måste kalla värderingar? I fall av nu berörda slag plägar man visserligen icke tala om

värderingar, utan man använder uttrycket »geniets slagruta» eller liknande, varmed åsyftas en blandning av kunskapsförråd, skarpsinnighet och intuition, den senare inneslutande åtminstone jämväl för vinnande av resultat lyckliga värderingar.

Emellertid säger det sig självt, att det icke blott är de vetenskapliga *pioniärernas* verksamheter, som måste kunna vara influerade av vederbörandes värderingar. Jag tror inte jag behöver särskilt påvisa, att man på nationalekonomiens område ofta uppställer den eller den teorien med hänsyn till vinnandet av det eller det syftet och att då på annat håll pläderas för att det med hänsyn till samhällsekonomien vore bättre att uppställa ett annat syftemål och att därefter anpassa sin teori. Vid utvecklingen av en viss teori torde för övrigt inom denna vetenskap stundom också företagas värderingar.[2]

Även åtskilliga delar av de medicinska vetenskaperna kunna icke undgå att influeras av resp. vetenskapsmans värderingar. Jag behöver blott nämna terapeutik, i vilken vetenskapsmannen ju först och främst ledes av vissa allmänna, på värderingar beroende syften: att rädda liv, att förebygga eller minska ohälsa och plågor, kanske också att företaga eller underlåta kirurgiska ingrepp etc. Jag tänker, väl att märka, på läkarens verksamhet såsom vetenskapsman, icke såsom praktiker. Mera angeläget är kanske att observera, att verksamheten icke blott är på detta allmänna sätt bestämd av värderingar, utan att dess utövande när som helst kan influeras av frågan: vad är med hänsyn till en antagen situation det bästa att uttala till ledning för andra, icke minst för den uppväxande, i medicinen forskande skaran, varvid valet kan komma att stå mellan flera alternativ med skäl för och emot. Vetenskapsmannen kan därvid tänkas slutligen värderingsvis stanna för ett av dem såsom det »bättre» eller det »bästa» eller ock överlåta åt andra forskare att föredraga ett eller flera alternativ framför de övriga. Jag vågar icke fördjupa mig i värderingsfrågan inom medicinen som vetenskap. Men jag är övertygad om, att det även angående diagnos och prognos i vetenskapliga skrifter och på vetenskapliga föreläsningar kan givas på värderingar grundade rekommendationer åt läsaren, resp. åt auditoriet. Fysiologien skall strax nämnas. Utan värderingar skulle vetenskapsmännen icke stå där de nu stå i t. ex. fysiologi, kemi, fysik, biologi, praktisk astronomi eller överhuvud i alla dessa vetenskaper, i vilka experimentering eller instrumentalbehandling, inkl. förbättringar eller nyuppfin-

---

[2] Jag har icke i sikte annat än faktiska värderingar; alltså icke möjlig tro på objektiva värden inom nationalekonomien. Jfr Hägerström, Moralpsykologi, s. 84 ff.

ningar av instrument, kunna spela roll för vetenskapens utövande och vidare utveckling.

Vad jag med detta närmast vill ha sagt är, att man får lov — detta tror jag vara nödvändigt av praktiska skäl, d. v. s. till undvikande av oreda för att icke säga förbistring — att skilja mellan vetenskap såsom *utövad verksamhet* och vetenskap såsom ett *teoretiskt filosofiskt* begrepp eller, om man så vill, en *kunskapskritisk* distinktion, såsom t. ex. i en utredning av vetenskapens princip (»Princip der Wissenschaft» såsom titeln lyder på ett av Hägerströms banbrytande arbeten). Men därvid bör man komma ihåg att filosofien, d. v. s. teoretisk filosofi, till skillnad från nästan alla andra vetenskaper, skall vara en exakt vetenskap, samt att varken rättsvetenskapen eller någon av de nyss berörda vetenskaperna, såvitt jag vet, resa anspråk på en *absolut* sådan karakterisering.

Det är möjligt, att man emot jämförelsen mellan rättsvetenskapen å ena sidan och de sist antydda vetenskaperna å den andra skulle kunna frestas invända, att i dessa vetenskaper värderande verksamhet intager ett mycket litet rum i jämförelse med den kunskapskritiska eller teoretiska, d. v. s. den blott undersökande och konstaterande. Emot en sådan invändning tillåter jag mig framhålla tre punkter. För det *första*: relationen mellan kvantiteterna värderande och teoretiserande verksamhet är naturligtvis inte densamma inom alla nu antydda vetenskaper. För det *andra*: värderingar torde i dem samtliga så till vida ha varit *nödvändiga*, att utan dem en mer eller mindre påtaglig stagnation i den vetenskapliga utvecklingen skulle ha inträtt. För det *tredje* märkes — och detta är vad som framför allt synes mig värt att beakta — *följande*.

Rättsvetenskapens sociala värderingar äro — liksom naturligtvis värderingarne inom nyss berörda vetenskaper — beroende av kunskaper om verkligheten, alltså vad jag kallar kunskapskritisk verksamhet, och det i en, i förhållande till värderingarne, överväldigande skala. Jag kan här naturligtvis blott giva några antydningar. Rättsvetenskapen har att söka utforska hela rättsmekanismen eller rättsmaskineriet, vartill hör bl. a. att fastställa, hur rättsinstituten vuxit fram, att taga kritisk ställning till hela rättsideologien, d. v. s. att under analys av de hithörande begreppen avlägsna de slöjor som lägrat sig över realiteterna i rättsmaskineriet, att klargöra dessa realiteter, att konstatera det språkliga och logiska innehållet i lagar och dessas förarbeten, i domar och domskäl. Rättsvetenskapen har vidare att genom studium av rättslitteratur, genom analyser av där samt i lagar och domar använda rättsbegrepp, genom jämförelser mellan lagställen och uttalanden i förarbeten till lagar

samt genom jämförelser mellan domar avseende analoga frågor — allt under beaktande av resp. sociala realiteter — söka angiva vad lagstiftare och domare verkligen kunna ha avsett att utsäga i sina lagar och domar. Rättsvetenskapen har vidare att söka klargöra vissa rådande förhållanden mellan människorna i samhället eller grupper av dem samt hur den eller den lagen såsom »gällande rätt» influerat på dessa förhållanden, det vill framför allt säga på människornas handlingssätt i de berörda hänseendena, och vilken inverkan därpå som viss eller vissa lagändringar eller nya lagar kunna förutses utöva. Härvid behöver rättsvetenskapen stöd i av forskningar — utförda inom eller utom rättsvetenskapen själv — framgående kunskaper om *dels* vissa mänskliga reaktionssätt och *dels* inflytanden av vissa hittillsvarande lagar (d. v. s. av uppehållandet av lagarna ifråga) på människornas sätt att reagera, på deras handlingssätt i positiv eller negativ riktning. Det hör vidare till rättsvetenskapen att söka utröna vad människorna i samhället eller den eller den gruppen därinom kunna ha för behov, önskningar eller intressen i sådana angelägenheter, som beröras eller kunna beröras av vissa lagar, kort sagt, hur de sociala värderingarne röra sig bland människorna eller inom särskilda grupper i olika sådana frågor, eller huruvida läget tilläventyrs är det, att tillräckligt utpräglade värderingar i en viss fråga icke framträtt. Rättsvetenskapen har slutligen att undersöka, vilka sociala värderingar lagstiftaren möjligen utgått ifrån vid en viss lag eller domaren i en viss dom. Allt vad jag nu antytt tillhör en *kunskapskritisk* verksamhet. För fullständighetens skull må tilläggas, att visst arbete inom rättssystematiken även är att hit hänföra. Det säger sig självt — och har i det föregående uttryckligen förutsatts — att rättsvetenskapen i princip icke kan belastas med utförandet av *all* den kunskapskritiska verksamhet, som nu antytts. Men den måste känna ett tryck på sig att i mån av behov utföra densamma, d. v. s. i den mån den icke är i tillfälle att begagna sig av godtagbara resultat, som andra vetenskaper givit, framför allt psykologien, rättsfilosofien, sociologien och statistiken.

Vad så de *sociala värderingarne* från *rättsvetenskapens* egen sida angår, kunna dessa, om jag så får säga, icke — åtminstone icke uteslutande — vara obligatoriska utan beroende på vilken uppgift vid ett visst forskningsarbete vederbörande rättsvetenskapsman ställer framför sig, vilket i sin tur står i visst sammanhang med vilken gren av rättsvetenskapen han sysslar med. En rättshistoriker t. ex. kan naturligtvis till fulländning driva sin vetenskap i universitetets och samhällets tjänst utan att göra några som helst egna sociala värderingar. Arbetar han

så, så bedriver han rättsvetenskap, icke konstruktiv rättsvetenskap. Emellertid kan jag här icke upptaga de olika disciplinerna utan ber att få kortfattat exemplifiera frågan med min egen rättsvetenskapliga verksamhet i Uppsala, när jag nu tar upp spörsmålet, huruvida en rättsvetenskapsman vid utövandet av sitt yrke i princip bör avstå från egna sociala värderingar, såsom fallande utanför vetenskap i filosofiskt begreppslig mening. Innan jag meddelar dessa exempel från min egen verksamhet, önskar jag dock göra några anmärkningar.

Sedan en del år tillbaka finns det här hos oss en riktning, som hävdar nyssantydda negativa inställning. Jag har hittills ansett det överflödigt att upptaga densamma till granskning. Att jag ogillar den har emellertid varit klart av mina skrifter alltifrån år 1920. Olivecrona angiver tre uppgifter för rättsvetenskapen: 1. Fastställandet och systematiserandet av de i lagen och sedvanerätten givna handlingsmönstrens innebörd. 2. Giva ledning åt domaren i vissa situationer. 3. Bana väg för lagstiftningen. Att de båda sista uppgifterna förutsätta värderingar är tydligt. I själva verket måste även systematiseringsverksamheten till någon del bero på värdeomdömen, nu visserligen, åtminstone väsentligen, av annan art än i de senare fallen. Olivecrona är på det klara med en viss tendens i nutiden att utmönstra alla värderingar ur vetenskapen, även rättsvetenskapen. Men han menar det vara oundgängligt, att värderingar i rättsvetenskapen komma med i spelet. Med fog understryker han dock vikten av att vetenskapsmannen framställer sina värderingar »såsom sådana och icke falskeligen omger dem med vetenskapens auktoritet, d. v. s. utger dem för att vara sanningar».[3]

När Olivecrona skrev ifrågavarande arbete, hade tendensen att utesluta värderande verksamhet från rättsvetenskapen icke — såvitt jag nu kan erinra mig — uttryckligen framträtt i Sverige. Det är Rodhe, som år 1944 i två skrifter gjorde sig till talesman för densamma.[4] Emot honom ha både Malmström[5] och vidare Ekelöf[6] uttryckligen tagit till orda. Ekelöf påvisar torftigheten i det juridiska författarskapet, om det städse skulle vila på denna begränsade bas. När Rodhe till stöd för sin ståndpunkt bl. a. ställer den frågan, »vem som givit rättsvetenskapen uppgiften att förse rättslivet, framför allt domstolarne, med fullständig

[3] Se Olivecrona, s. 55–61.

[4] Rodhe, Ekonomen s. 96 f.; Gränsbestämning s. 4–6. Ståndpunkten hade faktiskt kommit till uttryck redan hos Rodhe, Fastighetsindelningen.

[5] SvJT 1942 s. 527 (anm. av Rodhe, Fastighetsindelningen). Se även Malmström, Några anteckningar, s. 345, och Till frågan, s. 659 ff.

[6] Ekelöf, Teknik eller vetenskap? s. 41 ff., vartill böra jämföras åtskilliga föreg. sidor i Ekelöfs skrift.

vägledning»[7] svarar Ekelöf högst träffande med motfrågan: »Vem har givit våra professorer i medicin i uppgift att ge några rekommendationer om hur man skall bota tarmkatarr?» För att icke denna motfråga tillväventyrs skulle kunna missförstås, såsom om den vore begränsad till praktiserande läkarverksamhet, kunde man ju formulera den så: Vem har givit professorer i medicin i uppgift att i sina vetenskapliga avhandlingar och föreläsningar upptaga frågor om terapi vid tarmkatarr (eller andra kroppens eller själens sjukdomar)?

När man just i Sverige på sina håll kommit att göra så stort nummer av de sociala värderingarne inom rättsvetenskapen, att man nära nog sökt hävda deras otillåtlighet ur saklig synpunkt eller ifrågasatt att för värderingarnes skull utesluta den från vetenskapernas, det vill säga de kunskapskritiska verksamheternas, kategori, tror jag detta beror på, att man »gått vidare av bara farten» och icke förmått hejda sig, när man nått sin destinationsort. Om icke med stöd av Hägerströms rättsfilosofi kritiken av rättsideologien satt in och vunnit flera anhängare, så skulle näppeligen någon här i landet ha försökt hävda, att det låge utanför rättsvetenskapens verksamhetsområde att göra egna sociala värderingar och att utifrån dem taga ståndpunkt till lagstiftning och rättskipning.

I kritiken av rättsideologien har ju påvisats, att icke blott rättsverksamheterna utan även rättsvetenskapen har byggt på rättsideologiska värdeomdömen, såsom om dessa hade objektiv karaktär. I denna kritik har därjämte hävdats, att rättsverksamheterna i stället — med hänsyn till sitt erfarenhetsmässigt givna syftemål — hade att sätta de sociala realiteterna framför sig och låta sig ledas av med hänsyn till dessa framgående sociala värderingar. Eftersom de rättsideologiska värdeomdömena tillagts objektiv karaktär, har det naturligtvis varit angeläget påvisa falskheten i en sådan ståndpunkt. Härunder har man naturligtvis, också inom rättsvetenskapen, icke kunnat underlåta att beakta, att *alla* värderingar, även de som bestämts av föreställningar om sociala realiteter, sakna objektiv karaktär och följaktligen falla, omedelbart sett, utanför en faktiska förhållanden utforskande och konstaterande, alltså kunskapskritisk, verksamhet. Falla de rättsideologiska värderingarne utanför rättsvetenskapen, så gällde detta följaktligen även de sociala värderingarne! Det är detta felslut jag avser, när jag säger, att man fortsatt av bara farten, d. v. s. utan någon egentlig mening.

Man har nämligen här, det är min uppfattning, förbisett eller kanske riktigare skänkt för litet beaktande åt två omständigheter. Den ena är,

---

[7] Rodhe, Gränsbestämning s. 4.

att ingen kritiker av rättsideologien ifrågasatt att betrakta de sociala värdeomdömena såsom egentliga omdömen, omdömen direkt om verkligheten. Den andra omständigheten — och denna är här viktigare — är, att dessa värdeomdömen, till skillnad från de rättsideologiska, dock föranledas av föreställningar *direkt* om verkligheten.[8] Hade dessa omständigheter tillräckligt beaktats, tror jag aldrig, att man — i avseende å en juridik som förmenar sig fri från rättsideologien — skulle ha gjort denna affär av de sociala värderingarne, att man i anledning av deras förekomst inom rättsvetenskapen skulle ha velat bestrida dennas karaktär av vetenskap eller i allt fall utmönstra dem från rättsvetenskapen. Som sagt, särskilt den senare av de båda omständigheterna tror jag vara av intresse att påpeka. Hade Rodhe tillfullo beaktat den, skulle han kanske icke så emfatiskt som skett ha efterlyst meningen med »att anföra skäl för en värdering», som dock till sist, skriver han, »karakteriseras därav att den icke kan rationellt motiveras».[9] Detta är formellt sett korrekt, men icke desto mindre — trots vad Rodhe i fortsättningen säger — något vilseledande eller, kanske riktigare, till visst hinder för att se, hur det i levande livet gestaltar sig. Ty uppvisandet av att antagandet av ett visst faktiskt sammanhang varit falskt, kan här i månget fall omedelbart övertyga praktiskt taget varje förnuftig människa och följaktligen även rättsverksamheternas utövare om *olämpligheten* av den eller den sociala värderingen, alltså även av den eller den s. k. rättsregeln eller det eller det domslutet. Man synes mig m. a. o. i vissa hithörande diskussioner förbise en sak av utomordentlig vikt, nämligen att de sociala värderingarne ofta följa mer eller mindre självfallet på vunnen klarhet genom konstateranden i kunskapskritisk mening. Det förhåller sig *faktiskt* ofta så, att en argumentation för vissa sociala realiteter praktiskt taget verkar så som en argumentation för de sociala värderingar, som framkallas av föreställningen om dessa realiteter.

Detta är dock icke att fatta så, att rättsverksamheternas utövare i det hela borde vara hjälpta redan med mottagandet av upplysningar om faktiska sociala sammanhang och icke skulle behöva någon hjälp därutöver för sina sociala värderingar. Det är framför allt i negativ riktning, som en ny kunskap kan verka praktiskt taget som argument i värderingsavseende: den nya kunskapen föranleder övergivandet av en ditintills gjord värdering. Även eljest, d. v. s. positivt, *kan* den nya kunskapen visserligen stundom praktiskt taget verka så, att människorna

[8] Se ovan s. 84 f.
[9] Rodhe, Gränsbestämning s. 5.

(eller kanske riktigare den kategori, som beröres av en föreliggande fråga) samla sig om en och samma sociala värdering. Men större eller mindre värderingsdifferenser kunna självfallet ofta uppstå. Och här får det då särskild betydelse, att *rättsvetenskapen* utför sina sociala värderingar. Den, som genom andra upplyses om faktiska sammanhang, behärskar i allmänhet icke dessa intellektuellt på samma sätt som den, som utrett dem. Därför kunna rättsverksamheternas utövare ha verkligt behov av ledning från rättsvetenskapens sida också i sina sociala värderingar. Därtill kommer så, att rättsvetenskapens sociala värderingar, såsom jag på annat ställe påvisat, måste ha den största betydelse för rätts- och juristutbildningen i landet.[1]

Det är egentligen löjligt att belägga det ofta mycket intima sambandet mellan kunskaper om sociala sammanhang å ena sidan och de sociala värderingarne å andra sidan med exempel, ty dessa tränga sig på oss vart vi än vända blicken. Vår kunskap om att det eller det straffbudet verkar så och så på de allmänna handlingssätten gör, att de sociala värderingarne utan vidare gå in för det fortfarande uppehållandet av straffbudet ifråga — eller möjligen för dess komplettering, ändring eller slopande. Vår kunskap om att utan avtalens s. k. giltighet en samhällsekonomi vore omöjlig gör, att vi alla värdera en avtalsrätt såsom tillhörande de nödvändiga betingelserna för produktion och omsättning i samhället. Vad som nu om avtalsrätten sagts i största allmänhet kan ha sin motsvarighet i mera detaljerade frågor, d. v. s. angående frågor om ett visst lagbuds modifiering, ändring, komplettering eller upphävande, om nya lagbuds införande, om tolkning av lag och sedvanerätt etc. De här avgörande instanserna, d. v. s. rättsverksamheterna, grunda i allmänhet sina värderingar på sin kunskap om faktiska förhållanden, bl. a. om hur dessa influeras av skilda handlingssätt, om hur ett så eller så beskaffat lagstadgande eller annan »rättsregel» kan ha inverkat på eller förutses inverka på handlingssätten och, i fall av behov, om hur hithörande sociala värderingar inom folket eller särskilda grupper av detsamma kunna röra sig. I enlighet med vederbörandes ifrågavarande kunskaper gå också hans värderingar i hithörande lagstiftningsfrågor. Härmed har jag icke sagt, att samma kunskapsläge ifråga om sociala realiteter för skilda individer leder till samma sociala värderingar hos dem samtliga. Men det *kan* mycket väl förhålla sig så, framför allt när det rör sig om för samhällsbyggnaden och den sociala gemenskapen vitala frågor. Och om likvisst skilda sociala värderingar röra sig så att säga

[1] Allmänt om betydelsen av rättsvetenskapens värderingar se Bd I s. 553 ff. och Ekelöf, Teknik eller vetenskap? s. 41–48.

i själva folkhavet torde dock ofta kunna förutsägas, vilka de tongivande sociala värderingarne bliva utifrån en samstämmig kunskap om det sociala realitetsläget.[2] — Allt detta nu sagt med reservation i två riktningar, nämligen med hänsyn till *dels* de rättsideologiska föreställningarne såsom större eller mindre hinder för de sociala realiteternas beaktande och *dels* — vad som dock lyckligtvis i mycket ringa grad kan ha avseende å rättskipningen — partipolitiska spekulationer. Men dessa reservationer kunna naturligtvis på intet sätt tagas till intäkt för den ståndpunkt, som jag nu bemöter. För att alltjämt hålla oss till Rodhe, vill han förvisso icke ha uttalat sig vare sig som rättsideolog eller partipolitiker utan endast som vetenskapsman.

Vad jag med just dessa ord vill ha sagt är sålunda följande. Ett samband mellan å ena sidan ernådda kunskaper om vissa sociala realiteter och å andra sidan bland kunskapssubjekten praktiskt taget allmänt rådande överensstämmelse ifråga om de av kunskaperna föranledda sociala värderingarne kan mycket ofta konstateras och utgör följaktligen mycket ofta ett faktiskt förhållande, som det är osakligt att blunda för, hur ovedersägligt det än är, att sociala värdeomdömen, lika väl som andra värdeomdömen, äro känslouttryck och förty intet utsäga om verkligheten. Att man i så hög grad som skett underlåtit att skänka detta samband beaktande torde, som sagt, på något sätt hänga ihop med avståndstagandet från de rättsideologiska värderingarne, varvid man tycks ha förbisett, att dessa, därest de icke blott äro slentrianmässiga schabloner, dock icke bero på sanna föreställningar om verkligheten och följaktligen endast kunna ha mycket avlägsen kontakt med denna.

Av stor vikt finner jag det vara att till undvikande av missförstånd beröra en eventuell invändning emot min förut gjorda jämförelse mellan rättsvetenskapen och vissa andra vetenskaper i värderingsavseende. Man säger kanske följande. I fråga om de vetenskapliga pioniärernas arbeten och även i fråga om flera vetenskapliga verksamheter, som mer eller mindre bedrivas med hjälp av »försök», experiment, instrument och instrumentella förbättringar, ha värderingarne icke varit slutstadiet utan föregått en verksamhet, som till sist såsom resultat konstaterar tillvaron eller frånvaron av vissa faktiska sammanhang eller att en bestämd utsaga i frågan icke kan åstadkommas. Såvitt *rättsvetenskapen* åter framträder som en jämväl värderande verksamhet, *utmynnar* den ofta i — låt vara på kunskapskritisk inställning beroende — värdeomdömen: rättspraxis i situationer av det eller det slaget ogillas; re-

[2] Jfr Bd I s. 575 f. — Ett område där detta icke är fallet är t. ex. det, som jag behandlat i min utredning om reformering av hyresrätten (SOU 1923:76).

kommendationer givas till vägledning för praxis i fall av den eller den arten; plädering sker för upphävande eller ändring av ett lagstadgande på grund av dess sociala skadlighet eller olämplighet; införande av ett eller flera nya lagstadganden föreslås med hänsyn till deras sociala nyttighet o. s. v. — allt efter och såsom resultat av kunskapskritiska konstateranden. Denna *ordning* mellan kunskapskritisk och värderande verksamhet är rättsvetenskapen dock icke alldeles ensam om. Den förekommer åtminstone inom nationalekonomien och medicinen.

Emellertid ha vi ju under alla omständigheter klart för oss, att ingen av de vetenskapliga verksamheter, som jag utpekat, bestå enbart i utövande av vetenskap i rent principiell, d. v. s. teoretiskt-filosofisk mening. Därmed *kunna* vi i samtliga dessa vetenskapsgrenar då och då befinna oss *utom* gränserna för »vetenskap» såsom *kunskapskritisk* distinktion. Den terminologiska frågan — huruvida dessa blandat kunskapskritiska och värderande verksamheter skola i vanliga systematiseringar i sin helhet komma under *termen* vetenskap eller icke — den frågan är såsom blott terminologisk i detta sammanhang utan något intresse. Vad som *här* intresserar oss är spörsmålet, om den värderande verksamheten borde *utskiljas* från den enbart vetenskapliga och *överlämnas åt andra*. Det kan vara av vikt för svaret härpå, huruvida den värderande verksamheten har någon *positiv betydelse för den kunskapskritiska* eller huruvida den med hänsyn till denna saklöst kunde undvaras. Och här föreligger, såsom jag nyss antydde, en påtaglig åtminstone *formell* skillnad mellan rättsvetenskapen å ena sidan och vissa andra av mig nämnda vetenskaper å den andra, t. ex. fysiken och kemien. Dylika vetenskaper, vilka för sin *utveckling* förutsätta »försök», experiment och förbättring av instrument, *förutsätta* visserligen även-ledes de i sådana sammanhang nödiga värderingarne. Om dessas uteslutning kan alltså icke vara tal. *Full* motsvarighet härtill saknas, som antytts, ifråga om bl. a. rättsvetenskapen. Jag säger blott, att *full* motsvarighet saknades. Det kan nämligen sägas, att — på lång sikt — kunna även rättsvetenskapens värderingar leda till ökade kunskaper om rätts- eller samhällsmaskineriet, d. v. s. till rättsvetenskapens såsom sådan i sträng mening utveckling. Ty rättsvetenskapens värderingar kunna påverka *rättsverksamheterna*, vilka i sin tur bliva kausala till företeelser, som göras till objekt för rättsvetenskaplig forskning. Viktigare är att av rättsvetenskapen företagna värderingar dessutom kunna ha en utomordentligt stor betydelse för samhället: nämligen dels mera *direkt* för rättsverksamheternas inriktning och dels för hela rätts- och juristutbildningen i samhället, därmed också *indirekt* för rättsverksam-

heterna.[3] Då det är *samhället*, som håller sig också med den utövande *rättsvetenskapen*, måste det vara uppenbart, att det tillhör denna att företaga sociala värderingar, såvitt som dess utövare i sin egenskap av samhällets tjänare finna sig med värderingarne ifråga vara till gagn för rättsverksamheterna, därmed till gagn för samhället i övrigt, mera exakt: rätts- eller samhällsmaskineriet.

Denna synpunkt synes mig i själva verket vara *avgörande* gentemot Rodhes tanke, att sociala värderingar borde uteslutas från rättsvetenskapen. Den nu angivna grunden för sociala värderingars tillhörighet till denna kan icke rimligtvis vara mindre stark än den förut antydda grunden för vissa värderingars tillhörighet till exempelvis fysiken och kemien. Vi äro nämligen ännu icke fullt färdiga med denna jämförelse i värderingsavseende mellan rättsvetenskapen och vissa andra vetenskaper. När man är på det klara med, att de antydda värderingarne inom t. ex. fysik och kemi måste tillhöra dessa vetenskaper, enär de äro nödvändiga för vetenskapernas ifråga utveckling, får man icke glömma bort, att dessa vetenskaper själva såväl som deras utveckling *förutsätta* rättsmaskineriet, förutsätta samhället. Varje vetenskap och varje dess utveckling ha alla sina möjligheter och hela sin betydelse endast och allenast genom tillvaron av rättsmaskineriet, av samhället. Då det torde vara ofrånkomligt, att — såsom jag framhävt — rättsvetenskapens sociala värderingar måste vara både mera direkt och indirekt till gagn för samhället, då synes det mig också, när allt lägges till allt, att det verkligen föreligger fog för påståendet, att i *ingen* utövad vetenskap kunna värderingar vara bättre motiverade än de sociala värderingarne inom rättsvetenskapen. Men jag upprepar vad jag förut sagt: det är en rent terminologisk fråga, utan egentligt intresse i *detta* sammanhang, huruvida man i *vetenskapernas systematik* bör låta ordet rättsvetenskap begränsas till kunskapskritisk verksamhet och sålunda särskilt angiva, att rättsvetenskapsmannen *även* företager sociala värderingar, eller låta ordet i det vetenskapliga systemet täcka rättsvetenskapsmannens hela verksamhet. Att juridiken såsom *utövad* vetenskaplig verksamhet måste kunna omfatta jämväl utförandet av vetenskapsmannens egna sociala värderingar anser jag det för min del vara en ytterligt angelägen sak att hävda.

Emellertid har nu, såsom vi veta, varken lagstiftaren eller (kanske ännu mindre) domstolarne i sin verksamhet konsekvent satt de sociala realiteterna, däribland vissa sociala värderingar, direkt och öppet fram-

[3] Jfr Bd I s. 553–558 och Ekelöf, Teknik eller vetenskap? s. 41–48.

för sig, utan de ha till stor del omedelbart letts av det rättsideologien uppbärande kravet på rättvisa i lagar och i dömandet. Så länge rättvisemetoden ännu behärskar lagstiftaren och domstolarne eller dessa i allt fall icke äro inställda på att det för rättsverksamheterna, så vitt man hittills vet, icke *finns* något annat icke-chimäriskt att gå efter än värderingarne av vad som synes vara det bästa för samhället, så länge fullgör en mot rättsideologien kritiskt inställd rättsvetenskap en särskild funktion genom att belysa såväl lagar och judikatur som de rättsliga instituten med både konstaterade rådande värderingar och gjorda egna sådana. Men om vi tänka oss den möjligheten — och det måste ju jag ovillkorligen göra — att rättvisemetoden någon gång i framtiden helt och hållet övergives och ersättes av vad jag kallat samhällsnyttans metod, då komma rättsverksamheterna, det vill säga lagstiftningen och rättskipningen, att småningom bestämmas av — med hänsyn till mer eller mindre fullständiga kunskaper om resp. fakta och sammanhang i samhället — gjorda sociala värderingar, vare sig dessa nu endast upptagit i samhället eller stora grupper inom detsamma rådande värderingar, eller de, visserligen under beaktande av de senare, omedelbart företagits av rättsverksamheternas utövare själva. Till rättsvetenskapen hör då bl. a. att — ifall av behov — konstatera dessa värderingar. Och den torde komma att göra egna värderingar, blott när den anser sig kunna påvisa, att rättsverksamheternas värderingar mer eller mindre sannolikt bero på felaktig eller ofullständig uppfattning av vissa sociala realiteter eller innebörden i dem, eller när den uttalar sig *de lege ferenda*, även i senare fallet naturligtvis endast utgående från konstaterade sociala sammanhang. Man lägge återigen märke till att, när rättsvetenskapen sålunda för fram sina egna värderingar, det städse sker efter egen kunskapskritisk verksamhet eller under hänsynstagande till kunskaper, vunna genom andras kunskapskritiska verksamhet. Vi stå återigen inför vad som aldrig får glömmas, nämligen att de känslor, för vilka de sociala värderingarne äro uttryck, dock städse äro föranledda och beroende av den värderandes *föreställningar direkt om verkligheten*, d. v. s. hans rent kunskapskritiska inställning. Detta har jag nu visserligen många gånger upprepat, men jag tror verkligen, att det är något, värt att framhålla. Såsom jag redan nämnt i det föregående, förefaller det mig, som om man — när man med hänsyn till värderingar inom rättsvetenskapen vill antingen bestrida dennas karaktär av utövad vetenskap eller ock kräva dess avstående från alla värderingar — icke fäst något klart avseende vid denna här nu och förut betonade kardinalskillnad mellan de *rättsideologiska* värderingarne och de *sociala*, det vill säga

värderingar som föranletts av kunskapskritiskt, alltså på verkligheten, grundade föreställningar.

För fullständighetens skull vill jag nämna, att jag i det föregående låtit en möjlighet oanmärkt passera, nämligen den att en rättsvetenskapsman, frigjord från rättsideologien, toge sig för att utan vidare söka hävda olämpligheten i vissa inom rättsverksamheterna gjorda sociala värderingar och ersätta dessa med sina, enligt egen mening, lämpligare värderingar, d. v. s. *utan att* därvid grunda sin ståndpunkt på visst eller vissa faktiska sammanhang, som auktor förmenade ha blivit förbisedda eller falskt uppfattade inom lagstiftningen eller rättskipningen. Ett sådant förfaringssätt — som blott innefattade att auktors värdeomdöme vore »riktigare», »bättre» — finge naturligtvis stå där för hans räkning. Förvisso tillhörde det icke rättsvetenskapen såsom utövad verksamhet.[4] Nu torde emellertid detta sätt att utan faktisk grund söka ändra på rättsverksamheternas värderingar icke ofta förekomma. Vederbörande auktor menar sig nog ha något nytt faktum emot den kritiserade uppfattningen att stödja sig på. Men han inser kanske icke vikten, i redans intresse, av att angiva den kunskapskritiska grund, utifrån vilken han gör sin ifrågavarande värdering.

NÅGRA ANTYDNINGAR OM SOCIALA VÄRDERINGAR I MIN EGEN RÄTTSVETENSKAPLIGA VERKSAMHET.

Låt mig nu äntligen i anslutning till min egen verksamhet i största korthet med exempel få belysa *den* värderingen från min sida, att det kan vara nödvändigt att såsom rättsvetenskapsman göra vissa sociala värderingar. »Nödvändigt», säger jag, men blott därför att jag såsom samhällets tjänare i egenskap av rättsvetenskapsman känt mig ha haft vissa uppgifter och att dessa icke kunnat fullgöras på ett tillfredsställande sätt, utan att jag med stöd av mina kunskaper om samhället och rätten företoge vissa sociala värderingar.

Åren 1920 och 1921 framlade jag min kritik av straffrättens grundåskådningar. Dessa kunna kort sammanfattas sålunda: straffet vore rättvisligen förtjänt av brottslingen på grund av dennes rättstridiga handlingssätt, innefattande överträdelse av en rättsplikt, genom vilken överträdelse han ådragit sig skuld. I stället för alla sådana, jag vill icke säga

[4] Jfr Olivecrona, s. 59.

värdeomdömen, ty det äro de näppeligen, utan schabloner, måste något annat vara bestämmande för straffrätten och vetenskapen därom. Jag benämnde detta allmänt såsom straffrättens eller strafflagens — märk väl alltså icke *straffets* — sociala funktion. Denna straff*lagens* sociala funktion framgick efter undersökning och konstateranden av vissa sammanhang mellan straffbuden såsom »gällande rätt» och individernas handlingssätt. Faktiskt kunde konstateras, att det var det allmänna medvetandet om ett straffbuds, d. v. s. en strafflags (i mening av strafflagsparagraf), uppehållande — icke det enskilda straffet in concreto — som verkade hämmande på brottsligheten. Det enskilda straffets positivt sociala betydelse var i enlighet härmed ingen annan än att vara ett uttryck för straffbudet såsom i kraft uppehållen lag, ett uttryck för straffbudets fortfarande »giltighet». Vidare kunde konstateras, att den värderingen var praktiskt taget allmänt rådande i samhället, att det vore angeläget att så effektivt som möjligt motverka de i strafflagen avsedda handlingssätten.[5] Följaktligen måste det värderas såsom en social angelägenhet, att det enskilda straffet, d. v. s. straffverkställigheten, avpassades så, att strafflagen verkade så effektivt allmänprevenerande som möjligt. Jag påvisade både då och senare, att det gängse upphöjandet av individualpreventionen såsom den straffverkställigheten väsentligen bestämmande principen vore en värdering, som berodde på att man icke beaktade frågan om straff*lagens* sociala funktion.[6]

Jag gjorde åtskilliga andra värderingar på basis av min naturligtvis kunskapsteoretiska straffrättskritik. Jag arbetade under åren 1920—1922 emot projektet om införande av totalt alkoholförbud i landet. Jag påvisade, att ett sådant förbud endast kunde byggas på terror, att det alltså icke kunde rycka den allmänna moralen med sig och att det följaktligen icke kunde bliva effektivt, varför det skulle göra mera skada än gagn.[7] Jag försökte begränsa omfattningen av straffbarhet för försöksbrott. Jag hävdade, att vaneförbrytaren *dels* borde straffas enligt strafflagen för sin brottsliga handling och *dels* därefter göras till föremål för särskild åtgärd, en lagligt reglerad internering, som såvitt möjligt icke hade någon som helst karaktär av straff. Jag pläderade för upphävande i princip av straff för homosexuella handlingar, samt för foster-

[5] För enkelhetens skull bortser jag från att värderingarna i sådant avseende naturligtvis beträffande ett eller annat straffbud kunde vara delade.

[6] Se bl. a. mina skrifter Principinledning; Svar till professor Thyrén; Straffverkställighet och allmänprevention (SvJT 1946) samt mitt anförande i riksdagens A. K. d. 5 dec. 1945.

[7] Se härom mina skrifter Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt, 1920 och Varför får totalförbud icke införas?, 1922. Se även min artikel i ämnet i Tiden, 1920.

fördrivning, såvitt fråga vore om den i grossess stadda kvinnan själv. Jag uttalade vidare, att psykiatrien i rättskipningens tjänst borde anvisas en uppgift av vida mera begränsad art, än man hittills velat tillägga densamma. Ingenting har skorrat värre i mina öron än det nu mer och mer vanliga talet om gärningsmannens mottaglighet eller icke mottaglighet för straffet och hans straffri-förklaring i senare fallet; alldeles som om straffanstalterna verkligen vore några moraliska förbättringsanstalter![8] Mina nu antydda värderingar voro i allmänhet företagna utifrån vad jag sökt konstatera angående straffbudets allmänprevenerande funktion, nämligen att denna blott i mycket begränsad grad vore avskräckande eller i allt fall reflexionsmässigt avhållande och att den framför allt annat verkade vad jag — med ett uttryck, som tyvärr lätt kan missförstås — kallat moralbildande, självfallet på *miljonerna* i samhället, de relativt få brottslingarne därvid mer eller mindre inkluderade.[9]

Naturligtvis hade jag kunnat stanna vid mina kunskapskritiska konstateranden och avstått från mina nu antydda och andra värderingar i anslutning till min uppfattning om strafflagens sociala funktion. Men om man närmare reflekterar över denna sak, tror jag, att den diskussion, som uppstått efter mina skrifter och riksdagsuttalanden i hithörande frågor, utvisar, att jag illa skulle ha förvaltat mitt ämbete i samhällets tjänst, om jag stannat vid min kritik och icke både då och senare hade utfört min positiva syn på ämnet, vilken jämte konstateranden av faktiska sammanhang jämväl innefattade värderingar.

Min kritik av culpa-regeln har föranlett mig till lanserandet i mitt sista arbete ävensom i det nu föreliggande av vad jag kallar den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen. Denna regel innefattar, utom det traditionella culpa-ansvaret, jämväl visst ansvar helt oberoende av s. k. culpa, bland annat därvid också en betydande del av farlighetsansvaret. Jag har vidare i förevarande arbete pläderat för vissa linjer beträffande både antydda och en annan del av farlighetsansvaret och sökt, likaledes, som det heter, *de lege ferenda*, utveckla frågan om vad jag kallat principalansvar. Låt mig nu, blott för resonemangets skull, vara oförsynt nog att antaga, att vad jag sålunda med stöd av vissa utredningar värderingsvis framfört verkligen

[8] Ja, alldeles som om just de grövsta brotten alls icke vore några brott; alldeles som om strafflagen vore till för att *skydda* de värsta och farligaste förbrytarne, *skydda* dem *emot* samhället, emot de laglydiga medborgarna, som icke sällan få sätta till eget liv eller hälsa! Vilken *verklighetsfrämmande* humanitet har väl icke varit erforderlig för att ställa denna, en av våra främsta sociala angelägenheter, rakt på huvudet!

[9] Se bl. a. de nyss i en not nämnda skrifterna Principinledning etc., ävensom mina skrifter i förbudsfrågan.

vore av positivt intresse för den skadeståndsrättsliga diskussionen. Jag hade då faktiskt med mina värderingar, låt vara med utgångspunkt i kunskapskritiska undersökningar, bidragit till rättsutvecklingen i landet. Om jag emellertid nu icke handlat på detta sätt, så hade detta bidrag uteblivit. Det hade icke varit att förvänta från domstolarnes sida. Detta torde vara obestridligt. Ty när domstolarne icke känt sig tillfreds med den gamla culpa-regelns begränsning och önskat gå utanför denna, ha de icke slagit in på någon *principiell* utvidgning utan tillgripit culpafiktion eller möjligen — och då utan att pointera några egentligen principiella linjer, därigenom blott mera sporadiskt — utdömt farlighetsansvar. Det ligger också i sakens natur, att praxis skulle behöva en oöverskådlig tid för att sedvanerättsligt och utan stöd i rättslitteraturen kunna grunda sådana rättssatser, som jag här sökt föra fram. Icke heller lagstiftningen skulle utan rättsvetenskapens stöd ha kunnat förväntas giva dylika bidrag till rättsutvecklingen i landet. Vilka skulle då vara kallade att göra insatser i samhället av detta slag om icke rättsvetenskapsmännen?

Även torde jag lämpligen kunna hänvisa till min utredning för reformering av hyresrätten.[1] Arbetet utmynnar i väsentliga avseenden i av nya kunskapskritiska utgångspunkter föranledda värderingar. Men naturligtvis har det kunskapskritiska läget i denna materia endast mycket ofullständigt kunnat utredas. Detta förklarar, dock endast till en del, att de hithörande sociala värderingarna bryta sig mot varandra inom lagstiftningen. Här gör sig värdeomdömenas subjektivitet starkt gällande.[2]

Till sist ber jag dem som ha tillfälle och lust därtill, att taga del av min artikel »Judikatur på avväg» i Festskrift år 1949 för presidenten Karl Schlyter. I denna artikel kritiseras domstolarnes ståndpunkt i rättsfallet i NJA 1948 s. 28. Tar man del av artikeln, *måste* man, såvitt jag kan förstå, ovillkorligen begripa *å ena sidan* betydelsen av de sociala värderingarne för dömandet och *å andra sidan* att dessa i väsentlig grad måste bero på rättsvetenskapen, därför att de icke eller blott ofullständigt företagas av lagstiftaren eller domstolarne.

Vad jag nu sagt har blott utgjort särskilda illustrationer till vad jag i Bd I s. 553 ff. uttalat om betydelsen av att rättsvetenskapen icke är avskuren från att framföra egna sociala värderingar.

Härefter inskränker jag mig till att fastslå, att vetenskap i kunskapskritisk mening är *en* sak; vetenskap såsom utövad i samhället en annan

[1] SOU 1923:76.

[2] Jfr ovan s. 95 n. 2.

sak. Den förra är helt naturligt blott kunskapskritisk. Den senare behöver icke alltid vara på detta sätt begränsad. Och vad utövad rättsvetenskap angår, kan den vara jämväl värderande. Den skulle mycket ofta minska i eller förlora betydelse för rättsmaskineriet, för samhället, därest den avstode från vissa sociala värderingar. Det synes mig endast formalistiskt att hävda, att företagandet av dessa fölle utanför rättsvetenskapen såsom i samhället utövad verksamhet. Och självfallet finns ingen anledning att i anledning av nu antydda värderingar bestrida rättsvetenskapens karaktär av erfarenhetsmässig vetenskap. Naturligtvis kan man uttrycka sig så: rättsvetenskapen är en rent kunskapskritisk, empiriskt arbetande vetenskap; dess utövare företaga jämväl — därest det behandlade ämnet lämpar sig därför och vederbörande rättsvetenskapsman anser sig göra en insats därmed — utifrån sin kunskapskritiska inställning sociala värderingar. Härmed är från min sida denna fråga utagerad.

* *
*

Emellertid vill jag taga tillfället i akt och här med några ord beröra Ekelöfs intressanta skrift »Teknik eller vetenskap?». Den har redan nämnts, och jag skall endast göra ett par reflexioner i anledning av densamma. Ekelöf säger där, att rättsideologien åtminstone här i landet »utsatts för så mycken kritik, att den förefaller vara på avskrivning».[3] Uttalandet är kanske trots sin tänjbarhet något överdrivet. Vi ha dock åtskilliga tusen jurister i landet utanför vetenskapsmännens krets. Icke heller en vetenskapsman kan befria sig från rättsideologien, vari han utbildats, i en handvändning; icke blott genom att *säga* det. Detta därför att rättsideologien med sina konsekvenser griper *djupt* in i tänkandet på det rättsliga området. Jag behöver blott erinra om Jaehners arbete »Der Mythos vom Recht».[4] Förf. har med största både allvar och skarpsinnighet, säkerligen i decennier, kämpat för sin befrielse ur rättsideologiens grepp, men trots sina ansträngningar misslyckats på den kanske mest väsentliga punkten. Men jag medger gärna, att det i vårt land finns ett antal rättslärda, som mer eller mindre grundligt försökt taga avstånd från rättsideologien.[5]

Emellertid måste nu övergivandet av denna inkludera uppgivandet av

---

[3] Ekelöf s. 13.

[4] Arbetet skall beröras något närmare nedan s. 159–171.

[5] De, som kunde sägas i djupare mening ha verkligen *avskrivit* rättsideologien, torde dock blott utgöra ett fåtal.

rättvisemetoden. Med dennas uppgivande uppstår åter ovillkorligen frågan, vilken metod man då hade att gå efter. Efter vad jag sökt visa, finns här intet annat val, än vad jag kallar samhällsnyttemetoden. Självfallet kan dennas beskrivning utföras vida bättre — framför allt utförligare, både i allmänna drag och i detaljerna — än jag gjort i en del av mina skrifter. Icke desto mindre har jag måst ställa mig den frågan, varför icke sådana rättslärda, som å ena sidan anse sig ha förkastat rättsideologien och därmed också rättvisemetoden och å andra sidan gå in på metodfrågor inom juridiken, varför icke dessa rättslärda mera allmänt (undantag finnas) taga ståndpunkt åtminstone till grunddragen i min samhällsnyttemetod? Dennas användbarhet kan näppeligen anses ha blivit bestridd på hållfasta grunder. En del auktorer, som opponerat sig mot densamma, torde jag få anses ha vederlagt.[6] Man lägge även märke till, att mina opponenter, åtminstone på den tiden, voro mer eller mindre deciderade anhängare av rättsideologi i en eller annan form.

Vad nu Ekelöf själv angår, är det av stort intresse, att han så klart och kraftigt som han gjort gått in för en metod, som förutsätter värderingar jämväl från rättsvetenskapens sida.[7] Han kommer emellertid i sin lilla skrift — ifråga om metod — egentligen icke till annat resultat, än att ett lagstadgande icke vore att tolka efter sin innebörd enligt vanligt språkbruk utan enligt stadgandets *ändamål*, dess *praktiska funktion* inom rättsordningens ram. Det är icke alldeles lätt att förstå, hur Ekelöf ser på saken. Ett lagstadgande kan i ett visst fall, säger han, vara att använda, fastän rekvisitet efter detsamma icke föreligger. Såsom »den juridiska doktrinens måhända allra viktigaste uppgift» säges det vara att undersöka, å ena sidan vilka omständigheter som medföra att ett stadgandes tillämpning bidrar till förverkligandet av stadgandets ändamål, »ehuru dess rättsfaktum endast delvis föreligger», och å andra sidan, vilka omständigheter som medföra, att stadgandets tillämpning icke bidrar till dess ändamål, ehuru rekvisitet enligt stadgandet vore förhanden.[8]

---

[6] Björling (SvJT 1923) och Torp (T. f. R. 1928) kände för övrigt icke mina mera utförliga utredningar i ämnet. Angående Ross' kritik se SvJT 1932 och 1933, se även Bd I s. 570–578, bl. a. också n. 6 å s. 577 f. Angående Guldbergs kritik se Bd I s. 578 ff. — Jag har i det föregående nämnt, att Hult, Condictio s. 230 ff., icke blott i det hela gillar min kritik av rättvisemetoden utan även synes i allmänna drag godtaga vad jag kallar samhällsnyttans metod. Detsamma kan kanske sägas om Eek, Tryckfriheten, och framför allt om Malmström. Se ovan s. 71 n. 3.

[7] Ekelöf, Teknik eller vetenskap? s. 41–47.

[8] Se Ekelöf s. 23, s. 27, s. 28–30.

I själva verket synes mig härmed — därest jag nu riktigt fattat detta såsom Ekelöfs åsikt — vara sagt, att en på särskilt sätt renodlad teleologisk metod vore eftersträvansvärd.[9] Vid denna metod vore man icke bunden av lagmotiv eller lagens ordalag. Man hade — skulle det kanske kunna formuleras — att såtillvida anlita en »objektiv» ändamålsmetod (denna *contradictio in adiecto* använd blott i understrykningssyfte) att man kunde sätta sig över lagstiftarens s. k. mening, uttryckt vare sig genom lagord eller förarbeten. Ekelöf har demonstrerat sin åsikt vid tolkningen av Skjml. § 27 vid en skiljeklausul i arrendeavtal, såvitt fråga vore om begreppet hinder, i punkt 2, för erhållande av laga skiljedom. Flera stadganden måste indragas och det bleve alltför omständligt att här redogöra för det ganska invecklade resonemanget. På mig har det emellertid verkat övertygande. Lika övertygad är jag icke, när Ekelöf säger »det viktigaste momentet» i den teleologiska metoden vara »fastställandet av ändamålet (med ett stadgande). Detta spelar här samma dominerande roll som fastställandet av lagtextens betydelse enligt andra lagtolkningsmetoder» (s. 28). Med den strävan efter objektivitet, som så starkt karakteriserar Ekelöf, låter han själv vissa dubier framskymta och säger sig icke vara fullt på det klara med effekten eller användningen av metoden ifråga (s. 28 och 29).

Fastän han icke direkt säger det, har Ekelöf uppenbarligen en lags *sociala* ändamål i sikte. Men detta kan icke betyda något annat än dess tolkning till samhällets bästa, såsom detta framgår av vad jag med ett sammanfattande, men kanske icke fullt träffande, uttryck kallar tongivande sociala värderingar. Jag tror, att dessa, med hänsyn till den sociala betydelsen av allmän trygghetskänsla såsom grundförutsättning för företagsamheten, produktionen och omsättningen i samhället, kort sagt för samhällsekonomien, måste skänka större betydelse åt den *klart utredda innebörden av en lagtext* än som överensstämmer med Ekelöfs åsikt. Kanske har jag dock missförstått Ekelöf, och då är det möjligt, att hans teleologiska metod inkluderas i vad jag kallar samhällsnyttemetoden. — Att det är det sociala ändamålet med lagarne, som Ekelöf har i sikte, är så mycket mera otvivelaktigt, som han — uppenbarligen med starkt gillande — citerar den schweiziske juristen Germann, när denne säger, att frågan gäller »welchem *sozialen Zweck* die Bestimmung heute tatsächlich dient».[1] De svårigheter, som Ekelöf antyder såsom förknippade med den av honom förordade teleologiska metoden, ligga dels i sakens natur och kunna såtillvida aldrig övervinnas och skulle

[9] Jfr Ekelöf s. 21.
[1] Ekelöf s. 28 n. 1.

dels försvinna, eller åtminstone minskas, genom den syn på saken, som jag fört fram genom min samhällsnyttemetod. Jag tror i allt fall icke, att det i stort sett finns någonting annat att gå efter än de sociala värderingarne, så som jag framställt dem i vissa mina föregående skrifter. Enligt min ringa mening löper man faran att antingen hamna ute i ett gungfly eller ock råka in i ny skolastik, om man icke i det väsentliga går tillväga så, som jag i antydda utredningar föreslagit.[2]

RÄTTVISEMETOD OCH SAMHÄLLSNYTTEMETOD ABSOLUT OFÖRENLIGA MED VARANDRA.

Såsom jag nyss antydde hänvisar Ekelöf beträffande den lagtolkningsmetod, som han synes godkänna, bl. a. till ett principuttalande av schweizaren Germann, vilket uttalande han också tycks vara hågad att gilla. Emellertid har Ekelöf ingalunda uttalat eller ens givit något indirekt uttryck åt, att han i det hela gillade Germanns allmänna rättsvetenskapliga inställning. Och det kan han faktiskt icke göra, såsom vi snart skola få se. Icke desto mindre är min egentliga invändning emot Ekelöf, att han fäst så stort avseende vid Germann's åsikt. Detta förstår man, när jag nu går att taga upp Germann's ståndpunkt i metodiskt hänseende för att visa, att densamma — trots vissa skenbart verklighetstrogna formuleringar — i själva verket vilar på rättsideologien, är motsägelsefull och följaktligen helt ovetenskaplig.

Germann betonar, som redan sagts, att ett lagbud bör tolkas med hänsyn till sitt sociala ändamål (»sozialer Zweck»), uppfattat på visst sätt objektivt, d. v. s. utan bundenhet vid yttringarne av »den Willen des damaligen Gesetzgebers».[3] Germann sammanfattar detta så: »Nicht der Entstehungsgrund ist also wegleitend ... sondern der Geltungsgrund.» Detta kunde möjligen verka som en *petitio principii*: grunden för en lagbestämmelses giltighet vore avgörande för dess giltighet. Germanns resonemang är emellertid direkt ohållbart på andra sätt. Han menar, att lagarne äro uttryck för samhällets vilja och deras giltighet beroende framför allt »auf der Anerkennung der Beteiligten», som eljest

[2] Utöver sin stora betydelse att taga markerat och motiverat avstånd från vissa sterila metoder inom yngre svensk jurisprudens och kraftigt hävda betydelsen av rättsvetenskapens egna värderingar, har Ekelöfs skrift, så vitt jag förstår, sitt huvudsakliga intresse genom mycket skarpsinniga distinktioner, dock — synes det mig — stundom mera av filosofisk än direkt rättsvetenskaplig betydelse.

[3] Se citat hos Ekelöf s. 28 n. 1.

(d. v. s. i frånvaro av denna »Anerkennung») skulle upphäva eller ändra dem. Att en lagbestämmelse icke upphävts eller ändrats berodde följaktligen på att den alltjämt den dag som är tjänade »einem von ihnen (sc. den Angehörigen der Gemeinschaft) gebilligten sozialen Zwecke». Därför gällde det för domaren vid lagbestämmelsens användning och tolkning att fråga sig, »welchem *sozialen Zweck* die Bestimmung heute tatsächlich dient und daher auch ihre Geltung verdankt».[4]

Att denna — såsom den kallas — »autonome Rechtsauffassung» inte har något med saklig, kunskapskritisk uppfattning av rätten att skaffa är nu en sak för sig.[5] Vad man här skall lägga märke till är att, trots det myckna talet om »sozialer Zweck» såsom bestämmande för lagarne och deras tolkning, Germanns rättsvetenskap *fullständigt bottnar i rättvisemetoden!* Redan av nyssberörda arbete förstår man, att han godkänner en rättslära om den s. k. »freie Rechtsfindung»[6], vars kärnpunkt enligt honom synes vara, att, när lagen icke ger någon hållpunkt för tvistens avgörande

»gerade da erst wächst er (der Richter) zur vollen Grösse seines Berufs: Schiedsrichter zu sein. Aber auch hier (bei völligen Wertungslücken) wird er nicht einfach willkürlich, aus staatlicher Machtvollkommenheit entscheiden, sondern gewissermassen als der Vertrauensmann der Parteien, die von ihm ein Urteil *nach Recht und Gerechtigkeit* (kurs. av Germann) erwarten: er wird die in Betracht kommenden Interessen im Hinblick auf ihre generelle Tragweite (ohne Ansehen der Person) gegeneinander abwägen nach dem Gesichtspunkt des sozialen Ideals.»[7]

Sammanfattningsvis betonar Germann strax efteråt, ånyo, att domaren (nach autonomer Auffassung) är

»ein Schiedsrichter, der ebenso unerschrocken wie bescheiden das Ziel verfolgt, bei unüberbrückbaren Differenzen zwischen den Parteien ohne Ansehen der Person nach Recht und Billigkeit zu entscheiden».[8]

Mera behöver inte sägas för att förstå, att Germann's metod är rättvisemetoden, hur mycket han än har betonat »den sozialen Zweck». Det gäller för honom att genom avvägning mot varandra av vardera

---

[4] Germann, Imperative etc. s. 205 f. Det av Ekelöf gjorda citatet ävenledes å s. 205 f.

[5] Se här Hägerström, Vilja? och Olivecrona, Viljan bakom rätten.

[6] Germann a. st. s. 207 ff. och s. 227. Han anser en sådan rättslära tillhöra »die autonome Rechtsauffassung». Redan här är det tydligen »die Interessenjurisprudenz», som han har särskilda sympatier för. Å s. 204 betonar Germann, att domaren har andra rättskällor än lagen, vilken »a priori keine ausgezeichnete Bedeutung zukommt».

[7] Germann a. st. 208.

[8] Germann a. st. 208 f.

partens intressen (riktigare kanske: grunderna för dessa intressen) komma fram till ett avgörande enligt »rätt och rättvisa», »rätt och billighet». Men han säger ju, att intressena skola ses »im Hinblick auf ihre generelle Tragweite»? Menar han därmed något annat, än att *konsekvens* i dömandet bör ske; menar han, att intresseavvägningen skall göras så, att vad som enligt sociala värderingar uppfattas såsom samhällets intresse varder tillgodosett genom avvägningen, så föreligger endast sammanhangslöst tal. Det finns ingen logik däri.[9] Och vad »der Gesichtspunkt des sozialen Ideals» angår, så är det ju tydligt, att detta dels skall harmoniera med »Gerechtigkeit» och »Billigkeit»[1], och dels skall vara en bild, som domaren gör sig just utifrån rättsideologien och rättvisechimären, d. v. s. utan att i princip beakta uteslutande de sociala värderingar, som på ett eller annat sätt göra sig gällande. Också denna synpunkt blir med andra ord bara en tom fras.

Germann fasthåller sin åskådning i senare arbeten, även i sin monografi av år 1950.[2] Han har tydligen icke haft någon tanke på att söka befria sig från rättsideologien, trots månget förnuftigt uttalande, om man ser det isolerat från det större sammanhanget. Rättvisan sättes i spetsen. Förordet avslutas med påståendet, att rätten framträder icke blott såsom anonymt normsystem utan framför allt som en produkt av vidsynta män, som hängivet tjänade samhället, uppfyllda av rättvisans ideal. Denna åsikt har något gåtfullt över sig. Ifrågavarande »vidsynta män» kunna icke ha varit anonyma, och deras insatser måste vara något skilt från det »anonyma normsystemet». Därigenom skulle en obegriplig *dualism* föreligga i rätten. Denna vore dels ett anonymt normsystem, dels en produkt av vidsynta män, uppfyllda av rättvisans ideal. Skulle då icke rättvisans ideal karakterisera det anonyma normsystemet? Jo förvisso (varom strax). Men då vore det ju enklast att låta det »anonyma normsystemet» i sig upptaga den ifrågavarande produkten av »vidsynta män»! Emellertid säges nu rätten vara »*bestimmt der Gerechtigkeit zu dienen* und damit letzten Endes der sittlichen Idee» (s. 13). Arbetet slutar med en framställning av förhållandet mellan rätt och rättvisa, vilken förra säges vara »ein System sozialer Normen, ausgerichtet nach dem *Leitstern der Gerechtigkeit*», s. 225 ff. Germann är klar anhängare av hela den vanliga rättsideologien. Han tror på rättig-

---

[9] Se Bd I s. 126–130, ävensom nedan s. 116–119.

[1] Det kan exempelvis nämnas, att Ernst Weigelin, tydligen liksom Germann en anhängare av den s. k. »Interessenjurisprudens», i sin »Die Lücken im Recht» s. 18, sätter likhetstecken mellan »sociales Ideal» och »Idee der Gerechtigkeit».

[2] Germann, Grundlagen.

heter och därpå stödda anspråk, allt beroende »auf den objektiven Rechtsnormen». Rättigheterna skola vara dels personliga, dels absoluta men betyda i varje fall alltid »eine rechtlich gewährleistete Willensmacht», s. 96 ff. Germann tager här tydligen ståndpunkt för Windscheids åskådning emot Jherings om rättigheten såsom ett rättsligen skyddat intresse.[3] Rättigheten motsvaras städse av en rättsplikt, också den givetvis grundad på objektiv rätt.[4] Ett stadgandes ändamål skall motsvara »dem vernünftigen Sinn des Gesetzes (der ratio legis)», s. 30. Detta sista behöver man icke hänga upp sig på, ty Germann har klart för sig, att »Wert- und Zweckgesichtspunkte für den Inhalt des Rechts und seine Geltung massgebend sind», s. 55. Och att det här är fråga om sociala synpunkter framträder flerstädes, särskilt tydligt å s. 49 f.[5] Men det framställes — trots det för en gångs skull ovanligt lättlästa tyska språket — motsägelsefullt och rörigt. Vi sågo nyss, att »Wert- und Zweckgesichtspunkte» skola vara bestämmande för rättens innehåll. Men å s. 49 heter det, att »die Gesetze der Rechtsordnung (i motsats till naturlagarne) sind Normen, Beurteilungsmasstäbe». Detta kan väl inte betyda något annat, än att rätten är normerande jämväl för värderingarne. Hur kunna då dessa och därav framgående ändamål tvärtom vara bestämmande för rättens innehåll och giltighet? Denna anmärkning tillmäter jag dock ingen större betydelse.

Jag har så pass utförligt uppehållit mig vid Germanns metod för att erinra om, att densamma — liksom också *alla* andra läror, som utifrån rättsideologi och rättvisa söka angiva rättens ändamål såsom beroende på sociala värderingar — är helt och hållet ovetenskaplig. Att Germann bekänner sig till en särskilt för en schweizare (på grund av ZGB Art. 1:2) naturlig metod för s. k. »freie» eller »ergänzende Rechtsfindung» gör hans lära icke mindre ovetenskaplig. Vare sig fråga är om historiska skolan, rättspositivismen eller dessa »nyare» läror om domarens »freie Rechtsfindung» såsom den ursprungligen s. k. »Freirechtsschule» (grundad av Gény och Ehrlich)[6], »soziologische Rechtsschule» (så kallade Ehrlich senare sin lära)[7] och den s. k. Tübingerskolans »Interessenjuris-

---

[3] Se Germann, Grundlagen s. 99, och jfr Obligationsbegreppet I s. 70–72 och s. 87 ff. Nämnda motsättning mellan Windscheid och Jhering förelåg redan på 1860-talet.

[4] Germann s. 98. Sid. 15 heter det: »Er (= der Rechtssatz) begründet *Rechtspflichten*».

[5] Rättssatserna sägas också vara »Regeln (= Normen) des sozialen Verhaltens», s. 18.

[6] Se min »Die Unwissenschaftlichkeit etc.» I s. 342 n. 1. Kritik av Gény's lära ib. s. 342 ff.

[7] »Unter dem Einflusse der Gerechtigkeit vollzieht sich überall die Bildung des

prudenz» (även den en avläggare av »die Freirechtsschule»)[8], är det rättvisemetoden som råder. Då rättviseföreställningarne ha sin källa i det s. k. rättsmedvetandet[9], kan det ha sitt intresse att citera en annan mycket känd schweizare, som, under avvisande av »die Methode der Begriffs- und Systementwicklung» säger, att metoden ifråga aldrig förmår »die Angemessenheit des Ergebnisses, seinen Gerechtigkeitgehalt zu erweisen. Das juristische Denken ist ein vom *Rechtsbewusstsein beherrschtes* Denken.»[1] — Man bör lägga märke till, hurusom här rättspositivismen avvisas till förmån för den ohöljda rättvisans eller det ohöljda rättsmedvetandets primat som bärare av rätten. Att rättsmedvetandet såsom grund för rätten är en naturrättslig produkt under särskild benämning, kan ingen, som har någon kunskap om de naturrättsliga grundlinjerna genom tiderna, vilja bestrida. Från dessa grundlinjer befriade sig, självfallet, aldrig historiska skolan. Den historiska rättspositivismen åter *försökte* — ehuru förgäves — dölja sitt beroende av rättsmedvetandet och därmed sin naturrättsliga grund.[2] Det har nu, tycker jag, sitt stora intresse att se, hur den åtminstone i Tyskland, Schweiz och flerstädes i Amerika i våra dagar hävdade åsikten — stundom stödjande sig på vad som fastslagits i ZGB, Art. 1 — vare sig den kallas freie Rechtsfindung, Interessenjurisprudenz, »soziologische Rechtsschule» etc., övergivit det som kallades rättspositivismen för att åter mera öppet kasta sig i armarna på den naturrättsliga chimären. Ty *det* är vad man har gjort, när man öppet och oförblommerat hävdar rättvisan såsom grund för rätten och att »das juristische Denken ist ein vom Rechtsbewusstsein beherrschtes Denken». Det är vid *saken* man bör fästa sig, icke vid formuleringarne. Därför är det också meningslöst bestrida, att historiska skolan med sin åsikt om rättens egentliga fäste i »das gemeinsame Bewusstsein des Volkes» i det väsentliga utgjorde ren naturrätt, låt vara nyanserad så, att den enligt sitt begrepp vore utvecklingsbar.[3] I lika utpräglad grad kan detta sägas om »intressejurisprudensen», som Germann tycks sätta främst. Denna metod karakteriserar han själv såsom »eine Methode der Rechtsfindung, nach der

Rechtssatzes; auf Grund der Gerechtigkeit findet der Richter die Entscheidungsnorm»; »Der Individualismus gipfelt in dem Grundsatze, jeder Mensch sei Selbstzweck . . .»; »Der soziale Gerechtigkeitsgedanke hat daher den Gerechtigkeitsgedanken des Individualismus nicht aufgehoben». Se Ehrlich, Grundlegung s. 173; s. 189; s. 198.

[8] Mest kända namn Max Rümelin och Heck; om den senare nedan.

[9] Se härom Obligationsbegreppet II: 1 s. 82–91 och Bd I s. 587 ff.

[1] Se Egger I s. 48 f.

[2] Se min kritik av rättspositivismen, Obligationsbegreppet II: 1, bl. a. s. 33, s. 38, s. 75 f.

[3] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 18 ff.

die entgegengesetzten Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen sind».[4]

Hur mycket än Heck och hans anhängare tala om rätten såsom sociologiskt grundad, hävda de icke desto mindre, att rätten är till för att skydda de enskildas (fysiska såväl som juridiska personer) intressen liksom naturligtvis också statens.[5] I ett senare arbete angiver Heck visserligen bland »die Grundlagen unserer Methode»: »Das staatliche Recht schützt die Interessen der Gemeinschaft, die Interessen Einzelner nur deshalb, weil sie zugleich Gemeinschaftsinteressen sind.»[6] Tanklösheten i detta uttalande framgår, redan när man beaktar, att dessa enskilda intressen just äro de och inga andra än de, som taga sig uttryck i den rättsideologiska chimären.[7]

Det senast gjorda citatet från Germann utgör den mest träffande beskrivningen just på rättvisemetoden! Det finns överhuvud ingen tillhörande någon av riktningarne för domarens »frei Rechtsfindung», som icke betraktar rättsmedvetandet och den därur framsprungna eller — kanske snarare tvärtom — den där bakom liggande *rättvisan* som grundval för rätten. — Som redan påpekats är Art. 1 i Schweiz' ZGB ett uttryck för domarens »freie» eller »ergänzende Rechtsfindung». Hur domaren därvid har att gå till väga angives i Art. 4: »Er hat seine Entscheidung nach *Recht und Billigkeit* zu treffen.» (Kurs. här.) En av frirättsskolans koryféer, Ernst Fuchs, är mycket nöjd med att den schweiziska lagboken i sin första artikel har formulerat »die neue Methode», vilken han, liksom Ehrlich och andra, kallar »die soziologische Methode» eller »Rechtslehre».[8] Fuchs menar, att § 1 i varje lagbok skulle kunna så avfattas, »dass man den Kern der gesetzgeberischen Tätigkeit hineinnimmt, also etwa:

Wo das Gesetz für einen Fall keine klare Vorschrift enthält und sich noch kein Gewohnheitsrecht oder bewährter Gerichtsgebrauch gebildet hat, sind die sich einander gegenüberstehenden Interessen zu erforschen und abzuwägen, welches Interesse vom Standunkt der allgemeinen Wohlfahrt aus das vorwiegende ist».[9]

Här ha vi ett kort och klart uttryck för tron på rättvisans, såsom *bestämd av sociala värderingar*, ledande betydelse i rätten. Och detta

[4] Germann, Grundlagen s. 55. Jfr Heck, Interessenjurisprudenz s. 1 och 20 f.

[5] Se t. ex. Heck, Begriffsbildung s. 4, 36 ff., 104 ff.

[6] Rechtserneuerung s. 9.

[7] Konfronterar man uttalandet med vad jag sagt i Bd I s. 126–130, så måste inses, att detsamma blott är en fras, som man aldrig tänkt närmare igenom. Se även vad som sägs här nedan s. 117 ff.

[8] Se Fuchs, Recht und Wahrheit, s. 1 ff., och Kulturkampf s. 51–121 m. fl. sidor.

[9] Fuchs, Recht und Wahrheit s. 15.

går igen i Fuchs' senare skrifter. Visserligen avvisar han icke blott »die Begriffsjurisprudenz» utan även vad han kallar »Gefühlsjurisprudenz» eller »Kryptosoziologie», vartill man i rättspositivismen enligt Fuchs nödgades, på grund av att »positiv rätt» alls icke vore, såsom »begreppsjurisprudensen» trodde, »lückenlos».[1] I själva verket drevs »begreppsjurisprudensen», säger Fuchs, till att fylla de faktiska luckorna i rätten genom en instinkt, som kallas »Gerechtigkeitsgefühl oder Rechtsgefühl».[2] Men detta kunde naturligtvis icke hindra, att också enligt Fuchs en riktig dom måste stå i överensstämmelse med »der Gerechtigkeit und dem Verkehrsbedürfnis». Men sådana faktorer finge icke åberopas in abstracto utan domaren måste angiva, »*warum* das gefundene Ergebnis gerecht und praktisch ist».[3] Svaret på den frågan kunde icke framgå genom »unmethodische 'Freirechtlerei'» utan genom »soziologische Interessenwägung».[4]

Vad som är utslagsgivande — när man åberopar sig på »das Verkehrsbedürfnis, die Interessengrundlage, die Natur der Sache, Zweckmässigkeit, Vernunft, Treu und Glauben, Billigkeit, Gerechtigkeit usw.»

[1] Med »Begriffsjurisprudenz» avser Fuchs vad jag i allmänhet betecknat såsom den historiska rättspositivismen, varom se Obligationsbegreppet II: 1.

[2] Fuchs, Kulturkampf s. 35 ff.

[3] Uttrycken från Hedemann s. 197, som där meddelar ett citat ur en mig icke tillgänglig skrift av Fuchs.

[4] Fuchs, Kulturkampf s. 151 och s. 157 ff. — I fråga om »die Rechtsfindung» (till skillnad från »die Wahrheitsfindung») gäller det enligt Fuchs, a. a. s. 157, »vor allem die Beantwortung der Frage, welche Seite bei der zwischen den Parteien streitigen rechtlichen Kontroverse Billigkeit und Gerechtigkeit für sich habe und warum»? Meningen med det sista ordet är tydligen, att man genom rättvisans *motiverade* förhandenvaro skulle undgå vad Fuchs kallar »Gefühlsjurisprudenz» eller »Kryptosoziologie». Det heter hos Fuchs s. 120 f.: »Beim Kryptosoziologen ist die Gefahr gross, dass er die Billigkeit des Einzelfalles Ausschlag geben lässt, ohne ihn unter dem Gesichtspunkt der *generellen* Interessenwägung zu sehen, ja, dass er sogar seine subjektiven Billigkeitsgefühle und 'Sentiments' unbewusst auf die Wahrheitsfindung und die Beurteilung der Beweise abfärbt.» Att intresseavvägningen skall vara »generell» betyder ingalunda, att den icke hänför sig till det till bedömande föreliggande fallet utan är endast en konsekvens därav att man icke, såsom »die Begriffsjurisprudenz» gör, finge utgå ifrån, att »die den Streit entscheidende Rechtsnorm sei — mit Ausnahme der seltenen Fälle der sog. echten Lücken — bereits vorhanden und deduktiv aus dem grundsätzlich lückenlos vorgestellten Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht abzuleiten». Från denna »formale Logik» befriar sig »die soziologische Rechtslehre» (som väsentligen befattade sig »mit der 'Materie' des gesellschaftlichen Lebens», s. 62) genom beaktandet av att »besondere Umstände des Falles können stets besondere Gestaltung verlangen. Für diese ist eine andere Regel zu finden.» Det »generella» i intresseavvägningen ligger följaktligen blott i befrielsen från »begreppsjurisprudensens» bundenhet och i beaktandet av de »besondere Umstände» i det enskilda fallet, som livet med sina växlande möjligheter och rikedom på konstellationer erbjuder; Fuchs, Kulturkampf s. 158–160. Det är kanske icke så lätt för envar att ur all hans mångordighet utläsa, vad förf. verkligen vill säga.

— är att »das *Einzelergebnis an den allgemeinsten Unterlagen des Rechtsempfindens geprüft* worden ist», säger Jung[5] och vill kalla detta »induktive Rechtsfindung» i motsats till en dom, som grundar sig på »einzelnen positiven Gesetzesstellen» och som följaktligen framgår av deduktiv metod[6]. Förf. har förut sagt, s. 35, att vid laborerandet med sådant som »Verkehrsbedürfnis, Interessengrundlage usw.», alltid ett värdeomdöme vore nödvändigt, städse innefattande *»ein Zurückgreifen auf die allerletzten* und allgemeinsten *Grundlagen des rechtlichen Urteils*, nämlich auf die Empfindung, ob dieses Ergebnis der Gerechtigkeit entspreche oder nicht entspreche». I slutet av arbetet, s. 328, säger Jung, att i det konkreta fallet på grund av »Rechtsfindung» och »regelhaftes Recht» konstaterad »Unrecht» alltid betydde »einen Rückgriff auf die letzte Grundlage der Unterscheidung von Recht und Unrecht». Här har man hela rättsideologien så att säga i ett nötskal, och hans hänvisning till § 2 i samma arbete utvisar, att »denna yttersta grundval» utgöres av »Die Empfindung, ob das Ergebnis der Gerechtigkeit entspreche oder nicht entspreche».[7] Jung har vidare utvecklat sin åskådning i senare arbeten. Han vill förklara »die Rechtsgewinnung» såsom i sista hand beroende på »einem eingeschöpften Werturteil über das vorliegende Verhalten der Beteiligten», det vill säga, på »dem eigenen freilich zunächst persönlichen Rechtsgewissen des Aussagenden» eller, såsom han strax förut sagt, på »dem triebhaften Rechtsempfinden, der Billigkeit, dem *bon sens*».[8] Jung finner det »äusserst zutreffend», när Reichsgericht i en dom uttryckt sig sålunda: »nach den *Umständen des Falles*, d. h. *nach den Grundsätzen der Billigkeit*».[9] Reichsgericht talar relativt sällan om »Gerechtigkeit», säger Weigelin, oftare om »Rechtsempfinden» och »Rechtsgefühl».[1] Klart är emellertid, att rättvisemetoden är lika utpräglad, vare sig man faller tillbaka på rättskänslan, eller på rättvisa eller på billighet. Emellertid säger nu Weigelin — sedan han nämnt, att billighetssynpunkter väl i allmänhet icke är något annat än

[5] Problem s. 43.

[6] Jfr Problem s. 47. — Medgivas måste, att Jung, en av de mycket kända representanterna för »die freie Rechtsfindung», icke så ostentativt som andra framhäver rättens sociala underlag. Då och då kan hans insikt därom icke undgå att framträda. T. ex. i hans citat från Saleilles, som han åtminstone såtillvida tycks gilla, Problem s. 5 f.; se vidare s. 55 ff. m. fl., ävensom citatet här ovan från Jung, Problem s. 43, där »Verkehrsbedürfnis» och »Zweckmässigkeit» såsom något helt naturligt blandas ihop med de öppet rättsideologiska begreppen.

[7] Problem s. 39.

[8] Jung, Subjektives etc. s. 23.

[9] Jung, Subjektives etc. s. 34.

[1] Se Weigelin s. 18.

idéen om rättvisa — att »Billigkeit eigentlich die Gerechtigkeit des besonderen Einzelfalles im Auge hat». Jung citerar detta med gillande, dock erinrande därom, att man måste bestämma innebörden av »Gerechtigkeit des besonderen Falls», som han behandlar i ett kapitel under rubriken: *Der oberste Geltungsgrund der Rechtsordnung, das Rechtsgewissen.*[2] Jag har icke sett Jung direkt hänföras till representanterna för »die Interessenjurisprudenz». Han synes mig kunna dit hänföras, när han t. ex. karakteriserar »das Unrecht» som »friedenstörende Interessenverletzung» och icke nöjer sig med »Nichtübereinstimmung eines bestimmten Verhaltens mit gewissen Regeln».[3] Hur för Jung »das Rechtsleben» med intressen och motintressen tänkes sväva i fria rymden synes mig illustrerat av följande hans uttalande efter Jhering som förebild: »Die Reaktion des einzelnen Interessenten gegen ein Verhalten, das er als Verletzung empfindet, unterstützt von dem Empfinden der anderen Unbeteiligten und von den körperlichen Hilfe seiner Sippe und schliesslich der organisierten Gesamtheit, ist die Urerscheinung des Rechtslebens».[4] Det är icke uttalandet i och för sig, som jag fäster mig vid, ty ingen kan så noga veta vad som tilldragit sig i urtiden. Det intressanta är, hur detta uttalande sättes in för att belysa den rättsåskådning, som Jung förfäktar: på sig själva vilande, d. v. s. ursprungligen stöd i »rätten» saknande rättigheter eller intressen såsom föremål för kränkningar, varemot slutligen reageras genom en (mycket primitiv) rättsordning. I sitt senare arbete »Subjektives und objektives Recht» har Jung *med avsikt* i titeln satt »subjektives Recht» först. Detta sammanhänger med att rättigheter skola finnas till, oberoende av någon positivistisk-formalistisk rättskälla.[5] Citerande Schopenhauer säger Jung: »Der Begriff des Unrechts ist der ursprüngliche und positive, der ihm entgegengesetzte des Rechts ist der abgeleitete und negative», vilket

[2] Se Jung, Subjektives etc. s. 34, 109 ff.

[3] Jung, Problem s. 104. Jfr Weigelin s. 15. — Emellertid tänker man vid talet om intressejurisprudensen i Tyskland närmast på Tübingerskolan, ehuru, såsom jag senare, s. 167 n. 4, påpekar, man också talar om representanter för intressejurisprudensen utanför nämnda skola. Vad nu Jung angår, skulle han nog icke ha velat verka under ett fältrop, som icke var hans eget. Jag har, säger han med en viss stolthet, »mich von Beginn meiner wissenschaftlichen Tätigkeit ab mit der Rechtsquellenfrage befasst und darf sagen, dass eine Veröffentlichung von mir vom Jahre 1900 den zeitlich ersten grundsätzlichen Angriff auf die positivistisch-formalistische Rechtsquellenlehre oder die Aufstellung vom 'Richterautomaten' bezeichnet». Se »Vorwort» till Subjektives etc. Vad auktorer som Ehrlich och Gény skulle ha velat säga i anledning av detta Jungs uttalande är en sak för sig. Jfr min Die Unwissenschaftlichkeit etc. I s. 342 n. 1.

[4] Jung, Problem s. 65.

[5] Se »Vorwort» i Jungs Subjektives etc.

senare begrepp sålunda betecknade handlingar, icke innefattande »Unrecht».[6] Meningen förstås när Jung säger att kränkningen vore »die erste soziale Erscheinung».[7]

Slutligen vill jag här nämna, hurusom Kantorowicz, också en av »frirättsrörelsens» koryféer, i sin uppfattning om rättvisans grundläggande betydelse helt enkelt hävdade, att »der als Ungerecht empfundene Entscheid *de lege lata* gar nicht notwendig sei, sondern auf schlechter Auslegungsmethode beruhe».[8]

Som man förstår hade jag visst skäl taga upp just schweizaren Germann's rättsmetodiska inställning. Ekelöf förde mig på hans spår, och dessutom hör Germann till dem, som talar om »socialer Zweck» nästan lika högljutt som jag själv stundom talat om »samhällsnyttan» såsom metod i juridiken. Det var av vikt att närmare känna hans åsikt. Vi ha vidare funnit, att andra nu berörda auktorer med åsikter tillhörande eller besläktade med den s. k. fria rättsskolans också mer eller mindre starkt betonade, att sociala synpunkter hade betydelse för rätten. Jag ansåg mig därför böra angiva vissa drag också i deras läror. Härtill må nu läggas, att man överallt inom juridiken, icke minst här i norden — jag tänker särskilt på min närmaste kollega, Ussing i Danmark, visserligen icke tillhörande den s. k. Tübingerskolan eller intressejurisprudensen men likväl utpräglad representant för en metod med partsintresseavvägning — städse är synnerligen angelägen att betona »Samfundets krav» eller det praktiska livets behov såsom en regulator för rätten. Inför denna provkarta av högt ansedda rättsåskådningar — karakteriserade av dessa dubbla tongångar: dels rättvisans eller partsintresseavvägningens fullföljande, dels ock samhällsnyttans hävdande — tror jag inte, att det kan för starkt understrykas, att samtliga åskådningarne redan genom sin motsägelsefullhet sakna vetenskaplig karaktär. Jag tror, att det är av särskild *praktisk* betydelse, att man fäster sig vid detta. Ty talet om »die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse», »das Gemeinwohl», »sozialer Zweck», »samfundets krav», »social policy» etc. är ägnat förleda till och med avancerade rättslärda till tron på rea-

[6] Se Jung, Problem s. 65.

[7] Problem s. 65. Han har strax förut citerat ett uttalande ur Jehrings »Geist des römischen Rechts I, § 11: »Die ersten unausbleiblichen Regeln des verletzten Rechtsgefühls bestehen in der gewaltsamen Reaktion gegen das Zugefügte Unrecht, in Selbsthilfe und Rache.»

[8] Citatet hämtat från Germann »Grundsätze der Gesetzesauslegung», i Z. f. Schw. Recht Bd 43 s. 203, varest hänvisas till Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, s. 8; en skrift som jag icke haft tillgång till. — Hur Kantorowicz hävdar straffets rättvisa i sin Tat und Schuld s. 15 ff., har jag påvisat i Culpa-Regeln s. 55 ff.

listisk, vetenskaplig halt hos alla dessa rättsåskådningar, en tro som är högst ödesdiger, därför att åskådningarne ifråga genom sin motsägelsefullhet äro ett hinder för rättsvetenskaplig verksamhet. Låt mig än en gång i största korthet påvisa, vari falskheten ligger i dessa åskådningar, liksom för övrigt också i den av dem förkättrade rättspositivismen.

I bakgrunden ligger rättvisans idé om att envar av parterna skall komma till sin rätt. Även i nu berörda rättsåskådningar gäller *Ulpiani* ord om rättvisan såsom *voluntas ius suum cuique tribuendi*, d. v. s. kravet att envar bör komma till sin rätt. Alltjämt står rättvisans gudinna där med vågskålarne, tillseende att dessa väga *lika*, d. v. s. att »æquitas», »equity» blir rådande. I vågskålarne ligga parternas intressen med dithörande omständigheter. Det gäller som sagt att få dem att väga *jämnt, lika*, d. v. s. att skipa *rättvisa*. Låt oss taga ett fall vilket som helst av en fråga om skadestånd. Vad man nu tror ske och även böra ske är följande.

Grunderna för den skadelidande kärandens intresse att få sig visst skadestånd tilldömt vägas mot grunderna för svarandens intresse att slippa betala skadestånd, resp. få betala ett mindre skadestånd än det av käranden påyrkade. Har *svaranden* nu tillräckligt starka grunder, så tynges vågskålen till hans förmån och utjämning kan endast ske genom bifall till hans talan, d. v. s. därigenom att han slipper betala skadestånd. Har *käranden* fulla grunder, kan hans vågskål uppvägas, så att jämnhöjd råder, blott om hans talan bifalles, vilket innefattar att svarandens vågskål nedtynges med skadeståndets belopp. Hur bestämmes då grundernas vikt? Det sker och måste ju — på det att rättvisans ideal skall tillgodoses — ske genom rättvisekänslorna, d. v. s. det s. k. allmänna rättsmedvetandets värderingar, visserligen stävjade eller avslipade genom dess tuktan genom uppehållandet av lagar och sedvanerätt och genom dess därav följande respekt för s. k. gällande rätt. Nu veta vi ju — såsom jag här förut framhållit — att dessa rättsideologiska värderingar icke äro något att vetenskapligt bygga på. Men det är icke detta som nu skall betonas. Utan nu gäller det att förebygga *den* vantron — spridd över hela den civiliserade världen, Amerika icke minst däri inräknad — att man skulle kunna få till stånd en verklig rättsvetenskap genom att mitt i rättsideologien, d. v. s. rättvisechimären, inspränga detta tal om »samfundets» intressen, »die Bedürfnisse des allgemeinen Verkehrs», »sozialer Zweck» eller »social policy» såsom bestämmande för den tillämpliga rättsprincipen. Det är om denna på motsägelsefullhet vilande vantro, som jag nu ber att — för vilken gång i ordningen vet jag inte — få uttala följande.

Genom det nyss beskrivna tillvägagångssättet, genom att inskränka sin betraktelse till denna jämförelse mellan de båda parternas intressen och grunderna för dem, kort sagt till det enskilda fallet, i stället för att söka överskåda det stora sammanhang, i vilket det enskilda fallet blott är en liten obetydlig episod — genom att förfara på detta närsynta sätt avskär man hela den sociala horisonten från sin blick. Man berövar sig helt enkelt den logiska möjligheten att beakta de samhälleliga intressena, ty samhället är sannerligen något helt annat än de två parterna. Vad betyder väl *det* ur samhällets synpunkt, huruvida en skadad i ett visst fall får ersättning eller icke, vad betyder väl *detta* ur samhällets synpunkt i jämförelse med den *oräkneliga* mängd av skadegörelser, som skulle ha *kunnat* inträffa men som icke *ha* inträffat — tack vare den s. k. skuldregelns uppehållande? Vad betyder väl *det* ur samhällets synpunkt, att skadan i ett enskilt fall så att säga ekonomiskt överflyttas från den skadelidande till skadegöraren, vad betyder väl detta ur *samhällets* synpunkt i jämförelse med vikten av, att det sker i alla fall, d. v. s. att *allmänheten* kan blicka framåt och känna trygghet gentemot s. k. kulposa skadegörelser, *dels* därigenom att dessa i stället för att florera i samhället faktiskt nedbringas till, relativt sett, en sällsynthet, och *dels* därigenom att allmänheten på förhand vet, att ersättning på rättslig väg kan utkrävas, när i dessa sällsynta fall en skadegörelse har skett? *Denna* trygghet — märk det väl! — åstadkommes icke genom skadeståndstvång i det enskilda fallet; *denna* trygghet åstadkommes genom den ifrågavarande skadestånds-*rättens* (ävensom vissa straffbuds) uppehållande och det allmänna medvetandet därom. Detta, som naturligtvis måste betraktas såsom den allt annat överskuggande synpunkten, är det logiskt omöjligt att beakta, såvitt som man tillämpar rättvisemetoden. — Vi stå med andra ord inför samma ödesdigra motsägelse, som när man inom straffrätten å ena sidan anlägger sociala synpunkter och å andra sidan tror, att dessa kunde utredas genom diskussion av det enskilda straffets verkningar utan att vilja förstå, att det enskilda straffet blott är ett uttryck för att straff*budet* ifråga alltjämt »gäller», d. v. s. uppehålles, och att det framför allt annat måste röra sig om straff*budets*, straff*lagens* — icke straffets — sociala funktion samt att följaktligen det enskilda straffet därefter måste inrättas.

Det vore ju logiskt omöjligt, att en rättssats, som kunde framgå av nu skildrade intresseavvägning, kunde ha socialt ändamål. Principen är i själva verket densamma som i alla tider utmärkt rättvisemetoden, alltsedan den — såsom jag nämnde — formellt knäsattes i romerska rätten av Ulpianus: att tillse att *rättigheterna* varda realiserade, att en part

utfår, resp. får behålla vad som tillkommer honom såsom hans rättighet (»retsgode», rättsligt intresse etc.).[9] Liksom »rättvisan» tros vara grunden för hela rättsideologien och därmed också för uppkomsten av rättigheterna, så är det också rättvisan som anses ligga i bakgrunden för kravet på deras realiserande. Men detta krav avser *rättssubjektet såsom individ*, d. v. s. såsom havande ett *ändamål i sig själv*.[1] I ingen av nyssnämnda läror bestrides, att rättigheten tillkommer individen såsom sådan, d. v. s. tillkommer honom såsom självändamål och *icke såsom ett led i samhället*. Att med denna ståndpunkt förfäkta, att man med rätten fullföljde sociala ändamål, är helt enkelt obegripligt genom sin motsägelsefullhet.

Man har visserligen försökt komma ifrån denna motsägelse genom hänvisning till att rättigheterna icke, som man i äldre tider antagit, äro absoluta utan blott relativa, i det att det blott vore i sin egenskap av led eller lem i den samhälleliga organisationen — alltså icke som självändamål — som en människa vore subjekt för rättigheter. Därigenom skulle då tron på individens rättigheter icke råka i konflikt med betingelserna för samhällets bestånd och utveckling, alltså med sociala synpunkter. Emellertid är det icke blott tron på de absoluta rättigheterna utan tron på rättighetsbegreppet överhuvud, som råkar i oupplöslig motsägelse till åsikten, att det blott vore i deras egenskap av lemmar i den statliga organisationen, som individerna kunde åberopa sig på något i rättsligt avseende. Ty rättighetsbegreppet innefattar — vare sig det skall vara blott relativt eller absolut — att individen står såsom *självständigt* subjekt för rättigheten, och detta lika mycket när rättigheten antages vara riktad mot annan enskild, som när den antages kunna göras gällande mot staten. Intet av dessa antaganden är förenligt med uppfattningen, att rättigheten tillkommer individen blott i hans egenskap av led i statsorganisationen. Vare sig fråga är om s. k. relativa eller absoluta rättigheter innefattar rättighetsbegreppet, att man kan *ställa anspråk såsom rättighetssubjekt*, d. v. s. under sådana förhållanden, att det vore *orättvist mot subjektet självt* i fråga, om det hindrades från utövandet av sin rättighet. Det är m. a. o. uppenbart, att rättigheten — och lika mycket den relativa som den absoluta — skall tillkomma personen just såsom utgörande ett ändamål i sig själv, och sålunda icke *kan* tillkomma honom blott såsom ett led i samhället. Att människorna å ena sidan i rättsligt avseende icke kunna betraktas såsom isolerade

[9] D. 1. 10. pr. (Ulp.): Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

[1] Jfr Ehrlichs uttalanden här ovan s. 109 n. 7.

individer utan endast såsom lemmar i staten, och att de å andra sidan äro subjekt för rättigheter — detta är och förblir intet annat än meningslösa ord, alldenstund det ena står i ofrånkomlig motsägelse till det andra.[2] Vad som nu sagts om rättigheter gäller självfallet i samma grad om s. k. »retsgoder», »Rechtsgüter», rättsliga intressen o. d.[3]

I det föregående nämnde jag som hastigast fransmannen Gény. Jag skall ytterligare nämna honom nedan, liksom Duguit (s. 153). I Bd I har jag på skilda ställen berört Demogue och Josserand. Att ingen av dessa fransmäns åskådningar kunna anföras till jävande av den ståndpunkt, jag här varit angelägen förfäkta, tror jag att jag vågar påstå. — Jag har vid sidan om »socialer Zweck» och dylikt här förut ofta nämnt »social policy». Detta har skett med tanke på vissa engelska och framför allt amerikanska författare (d. v. s. från U. S. A.), vilka än använda detta ord, än »public policy», än »collectivist welfare» o. s. v. I Amerika står Tübingerskolans »jurisprudence of interest» i högt anseende. Men låt mig erinra om några amerikanska auktorer av högsta klass, som icke äro direkta anhängare av intressejurisprudensen men mena, att »social» eller »public policy» spelar avgörande roll i verklig rättsvetenskap. Roscoe Pound, Harvard Law School's mångårige Dean, betraktar rätten såsom »a social institution to satisfy social wants — the claims and demands involved in the existence of civilized society» etc. Icke desto mindre bygger hans skarpsinniga, i och för sig vidsynta lära på ovetenskaplig grund, just därför att han saknar kritisk inställning till själva den rättsideologiska apparaturen och icke har skaffat sig någon inblick i det verkliga rättsmaskineriets betingelser och funktionssätt (se Bd I s. 234–244). Starkt influerad av Roscoe Pound är en annan berömd amerikanare, F. V. Harper. Även dennes grundåskådning, karakteriserad av »public» eller »social policy» såsom ledande i rätten eller av »the collectivist welfare» såsom norm för regleringen av »individual conflicts of interests», har jag, efter vad jag vågar tro, kunnat visa vara ovetenskaplig (Bd I s. 223–233, s. 460 n. 8, s. 463 n. 1 och Bd II: 1, s. 219 och s. 231 n. 9). En författare, som jag då (före 1944) icke kände men numera har rätt väl reda på, är W. L. Prosser. Att döma av hans »Handbook of the law of torts» har han gått i samma eller liknande skola som Harper. Han undviker så mycket som möjligt att låta det rättsideologiska underlaget för sina satser, märkas. Dessa äro för övrigt

[2] Av det nu sagda torde också inses den redan påpekade ohållbarheten i de ord, som här ovan s. 111 citerats från Heck.

[3] I det föregående har jag stundom ordagrant återgivit mina uttalanden i Bd I s. 127 samt s. 138–140.

till stor del hämtade från det stora rättsliga uppslagsverket Restatement of the law by the American Law Institute.[3a] Prosser låter städse »policy» — varmed han uppenbarligen avser »social» eller »public policy» — framträda såsom ledande för de rättsprinciper, som han proklamerar. Men han nödgas likväl då och då falla tillbaka på rättsideologien. Redan på första sidan i sin bok säger Prosser:

»The law of torts is concerned with the compensation of losses suffered by private individuals in their legally protected interests, through conduct of others which is regarded as socially unreasonable.»

Angående den förvanskning av realiteterna, som detta uttalande innefattar och varom Prosser säkerligen är helt oanande, skulle man kunna skriva en hel bok. Att tala om ersättning enligt lag åt de enskilda för lidna förluster är att röra sig i cirkel, låt vara att denna cirkel icke behöver störa just det sammanhang, som Prosser här vill ha fram. (Se om saken Culpa-Regeln, s. 116 ff. och Bd II: 1 s. 309 ff. och jfr ovan s. 58 f. samt nedan s. 195–197.) Men det är tydligt, att Prosser icke förstått, att det är ovetenskapligt att tänka sig skadeståndsrätten i mera djupgående mening såsom varande »concerned with the compensation of losses suffered by private individuals in their legally protected interests». För övrigt vad är det: »legally protected interests»? Här får jag hänvisa till min kritik av Harper i Bd I s. 225 jämte där i not 5 gjorda hänvisningar.

Under den i och för sig utmärkta från Roscoe Pound hämtade rubri-

[3a] Restatement of law är ett verk, som sagt utgivet av American Law Institute. Det publicerades i 13 band åren 1932–1939. Fyra band innehålla uttalanden om »Law of torts». Principalansvaret (»master's liability») är emellertid behandlat i första bandet av »Restatement of the law of agency», som omfattar ytterligare ett band. De övriga 7 banden fördela sig på »Contracts», »Property», »Trusts» och »Restitution». Uttalandena i Restatement of law ha naturligtvis icke karaktär av lag men äro avsedda att tjäna som ledning i rättstillämpningen. »The vast and ever increasing volume of the decisions of the courts establishing new rules or precedents, and the numerous instances in which the decisions are irreconcilable has resulted in ever increasing uncertainty in the law. The American Law Institute was formed in the belief that in order to clarify and simplify the law and to render it more certain, the first step must be the preparation of an orderly restatement of the common law, including in that term not only the law developed solely by judicial decision but also the law which has grown from the application by the courts of generally and long adopted statutes.» (Ur »Introduction» till Restatement of the law of contracts, 1932. Det sagda upprepas mera kortfattat i »Introductions» till senare band.) Institutet består dels av från delar av hela U. S. A. valda ledamöter, dels ock av ett stort antal »official members», bland vilka märkas »the justices of the Supreme Court of the U. S., senior judges of the United States Circuit Courts of Appeals, the chief justices of the highest courts of the several States . . ., the president and members of the Executive Committee of the American Bar Association, the presidents of State Bar Associations» etc. Se Restatement of contracts, I, s. VII f. Se för övrigt Ussing, Farlig Virksomhed s. 523 f.

ken »Social engineering» säger Prosser, att skadeståndsrättens »primary purpose, of course, is to make a *fair adjustment of the conflicting claims* of the litigating parties» (kurs. här). Emellertid hade det under sista halvseklet blivit mer och mer klart och under de sista decennierna på ett dominerande sätt, att »public policy», det vill säga »the interests of society in general», måste bli inblandad i rättstvister mellan enskilda. Det heter därvid bl. a.:

»When the interest of the public is thrown into the scale and allowed to suring the balance for or against the plaintiff, the result is a form of 'social engineering' that deliberately seeks to use the law as an instrument to promote that 'greatest happiness of the greatest number', which by common consent is the object of society.» (Prosser s. 15 ff.)

Hela tankegången överensstämmer så fullständigt med Harper's, att jag till kritik av densamma endast behöver hänvisa till Bd I s. 225 ff. Och, som redan antytts, samtliga dessa tre framstående rättslärda falla givetvis också under den kritik, jag här i det föregående givit, då de saknat förståelsen för den logiska omöjligheten i att låta »social policy» eller dylikt vara bestämmande för den i rättegången tillämpliga rättsprincipen, innan man frigjort sig från rättsideologien och den därmed förbundna intresseavvägnings-, d. v. s. rättvisemetoden. Denna framträder obeslöjad hos Prosser, när han låter skadeståndsrättens främsta syfte vara att åstadkomma en rättvis uppgörelse (»fair adjustment») mellan de tvistande parterna ifråga om »the conflicting claims».

Jag har nu framför allt haft jurisprudensen utanför de nordiska länderna i sikte. Därför önskar jag blott tillägga, att man, som redan antytts, i allmänhet icke heller i Norden synes ha beaktat, att rättsideologien med sitt grundbegrepp rättvisa och sin därefter anpassade metod är absolut oförenlig med vad jag kallar samhällsnyttemetoden.

* *
*

Vad jag hittills sagt under rubriken »Min syn på juridiken som vetenskap» innehåller väl lika litet som det jag i fortsättningen kommer att säga något, som inte kunnat utläsas ur mina föregående arbeten. Men då man, såvitt jag kunnat se, i allmänhet i nu berörda avseenden endast mera flyktigt tagit intryck av dessa, har jag trott det möjligen vara av betydelse att framhäva eller formulera vissa punkter så som här skett. — Den store danske kriminalisten Carl Torp talade på sin tid säkerligen i mångas namn, när han sade, att jag fordrade, att man i stället för ditintillsvarande utformningar av rättstridighetsbegreppet skulle

»nøjes med en Frase — Henvisningen til Samfundsnyttens Krav», och han förebrådde mig, såsom jag nämnt i ett föregående sammanhang, för att — efter att hava »nedsablet» den moderna rättstridighetsläran — »forsøge at spise os af med Frasen om 'samhällsnyttans' Krav».[4] Iakttar jag den fortfarande tystnaden också här i landet om min »samhällsnyttemetod» såsom komplement till min kritik av rättvisemetoden[5] — och det efter mina försök att närmare förklara innebörden av densamma — så tror jag, att det varit motiverat att så, som jag här ovan gjort, antyda dels de sociala värderingarnes beroende av och stundom helt intima samband med vederbörandes rent kunskapskritiska inställning till faktiska sociala förhållanden, dels nödvändigheten av deras beaktande på skilda sätt i rättsverksamheterna, dels ock hurusom dessa värderingar, när de företagas från *rättsvetenskapens* egen sida, måste ha relativt ringa omfattning i jämförelse med dennas teoretiska eller kunskapskritiska verksamhet, därest och så snart den tid komme, då rättvisemetoden övergivits och helt blivit ersatt med denna metod, som jag kallat samhällsnyttemetoden.

Jag har vidare funnit det vara lämpligt — på grund av den vind i seglen, som den s. k. intressejurisprudensen och därmed jämställda inriktningar synas ha ännu den dag som är både i Europa och Amerika — att påvisa en, såvitt jag kan förstå, i allmänhet icke beaktad, men för rättsvetenskapens sunda utveckling ödesdiger *motsägelse*, som gör dylika läror extraordinärt ovetenskapliga. Denna motsägelse består däri, att man å ena sidan tror på *rättvisan*, *Gerechtigkeit* eller *justice* såsom grund för rätten och å andra sidan menar sig kunna hävda rätten såsom bestämd av sociala ändamål.[6] Ingenting har varit till större hinder för en rättsvetenskapens frigörelse från den rättsideologiska chimären, särskilt under innevarande sekel, än inplanteringen däri av sociala ändamålssynpunkter. Rättsideologiens begrepp äro hårda som sten. Man kan kasta dem eller spränga sönder dem. Men att sticka in några fruktbringande kvistar bland dem är omöjligt.

---

[4] T. f. R. 1928 s. 249–251.

[5] Undantag finnas dock. Ovan s. 71 n. 3 har jag särskilt nämnt en del svenska författare. Hade jag bättre rannsakat mitt minne, hade jag säkerligen funnit ytterligare en eller annan auktor.

[6] »Samfundets interesser», »die praktischen Bedürfnisse des Lebens», »der soziale Zweck», »das Gemeinwohl», »social» eller »public policy», »collectivist welfare» etc.

Kunna uttalanden i skriven och oskriven rätt karakteriseras som rättsregler?

ORIENTERANDE ANMÄRKNINGAR.

Jag skall nu slutligen taga upp en fråga, som jag anser ha rättsvetenskaplig, om ock icke så stor omedelbart praktisk betydelse, nämligen frågan om man annat än som en i sak intetsägande term eller etikett bör tala om *rättsregler*.[7] Jag gör det i detta sammanhang dels till komplettering av den syn på rätten, som jag i det föregående sökt giva, och dels därför att jag menar, att en del som skrivits i detta ämne skulle ha fått annat innehåll, om vederbörande brytt sig om att beakta den positiva metod, som jag kallat samhällsnyttemetoden. Jag har både här förut och i andra skrifter sagt, att man — såvitt jag förstår — erfarenhetsmässigt inte *kan* komma fram till något annat än denna metod. När man (med vissa undantag) icke desto mindre underlåtit att fästa något egentligt avseende vid densamma, tror jag, såsom jag också sagt förut, detta bero på, att man menat det hela vara sagt av en mängd författare före mig och överhuvud vara så självklart, att det icke vore värt att spilla några ord eller tankar på saken. Detta har emellertid hindrat förståelsen och därmed intresset för vad jag betraktar som det väsentliga i min syn på juridiken som vetenskap. *Om* man beaktat icke blott min kritik av rättsideologien, inkl. rättvisemetoden, utan jämväl skänkt uppmärksamhet åt den verkliga innebörden av samhällsnyttemetoden, så måste man — förefaller det mig — instämma med mig, när jag säger, att den s. k. rätten med sina företeelser *är* eller, i allt fall, icke kan bättre *förliknas* vid något annat än ett *samhällets existens och fortvaro betingande maskineri* och att det i detta *rättsmaskineri*, ett ord som jag nu i fortsättningen rätt ofta kommer att använda[8], icke finns *plats*

[7] Begreppet användes såsom omfattande såväl »lagregler» som »regler» grundade i s. k. oskriven rätt.

[8] Stundom kanske omväxlande med samhällsmaskineriet och rätts- eller samhällsmekanismen samt rätts- eller samhällsorganisationen.

för någon materiell eller objektiv rätt, eller för rättigheter, rättsplikter, rättstridighet och rättsenlighet eller skuld, nej, icke ens — och detta är nu av särskild vikt — för några rättsregler. Söker man behålla framför sin blick bilden av rätten såsom ett samhällets maskineri, tror jag det blir lättare att förstå, vad jag i det följande säger om rättsregelbegreppets ohållbarhet såsom begrepp, d. v. s. såsom något annat än blott en term, en etikett.

Vi taga det enkla fall, att en A:s sak — för enkelhetens skull lös sak, som icke är tillbehör till fast egendom — blivit skadad av C genom ett sådant handlingssätt, att C enligt den s. k. culpa-regeln i traditionell mening på A:s talan blivit dömd att betala visst skadestånd och viss processkostnad, en dom, som på grund av C:s vägran att betala beloppen föranlett tvångsexekution. Vad allt är det nu som skett? — Såsom första skeende nämnes (ehuru det naturligtvis ingalunda *är* det första för vårt fall betydelsefulla skeendet, varom i fortsättningen), att A blivit ägare till saken[9] genom köp, byte, gåva, arv, testamente eller annat vad det nu månde vara. Jag behöver naturligtvis inte ventilera realiteterna, inkluderade i vart och ett av dessa alternativ. Vi taga alltså endast detta fall, att A *köpt* saken av B. Vad innebär då det, att A genom detta köp blivit ägare? För enkelhetens skull ser jag bort från s. k. godtrosförvärv. Vi nödgas nu gå in på föregående skeenden, i sin tur förutsättande vissa fakta eller förhållanden. Köpet gör, att A har *samma* rättsligt sett riskfria möjligheter att handla med och hantera saken och för sina egna privata syften utnyttja densamma, som B hade. Liksom B kan också A stundom erhålla viss övermäktig hjälp till möjligheternas utnyttjande mot den, som ställer sig hindrande i vägen. I den mån hindret icke övervunnits, har han vissa möjligheter att tilltvinga sig en ekvivalent i penningar. Innan vi besvara frågan, varför eller hur A kommit att intaga samma ställning till saken i nämnda avseenden, som B förut intog, är det nödvändigt att förklara, vad B:s nu angivna »makt» över saken berodde på, vilket var följande.

B hade själv t. ex. köpt[1] saken av tredjeman, som var ägare till densamma. Därigenom blev nu B ägare till den. Därigenom fick B tillgång till de realiteter för en ägare — fria handlingsmöjligheter angående saken och annat beträffande densamma — som jag sammanfattat under

[9] Termen »ägare» till något finns det ingen anledning slopa, blott man har klart för sig, att begreppet »äganderätt» i rättsideologisk mening (d. v. s. i annan mening än blott en term, en etikett) är ohållbart.

[1] B kan naturligtvis också ha tillbytt sig densamma, fått den i gåva etc., men jag håller mig också här blott till köpet för att slippa gå in på övriga alternativ, vilka självfallet måste vara lika litet (eller lika mycket) mystiska som köpet.

rubriken »De tre realitetsgrupperna» i Bd I s. 520–527.[2] Han fick detta, såsom jag redan förut tillåtit mig påpeka[3], därför att människorna äro sådana de äro såsom psyko-fysiska varelser med tankeförmåga samt förmåga av känslor både fysiskt och psykiskt; vidare därför att de, sådana som de nu äro, låta utöva bl. a. lagstiftande, rättskipande och verkställande verksamheter, kort sagt hålla sig med en samhälls- eller rättsorganisation, till vilken hör bl. a. uppehållandet av vissa lagar än skrivna, än oskrivna, bland vilka *följande just här böra nämnas:* strafflagar mot stöld, rån, försnillning, olovligt förfogande, våld, utpressning, misshandel, skadegörelse etc., civilrättsliga »regler» såsom culpa-regeln, vissa regler om strikt ansvar, vindikationsregler samt diverse processuella regler om domsexekution, i form av handräckning eller utmätning, och om process- och annan kostnad, i fall av behov föremål för utmätning. Det är uppehållandet av nu antydda »rättsregler» — i sin tur förutsättande uppehållandet av en betydande del av rättsmaskineriet i övrigt, som det dock bleve alltför tungrott att här föra med i resonemanget[4] — till förmån just för B, men ingalunda detta uppehållande ensamt utan jämväl verkan av detta uppehållande på människorna sådana som de nyss allmänt karakteriserats och deras handlingssätt; det är allt detta, som leder till att *i allmänhet* alla avhöllo sig från sådana manipulationer med saken, som skulle ha hindrat B helt eller delvis i utövandet av sina antydda riskfria handlingsmöjligheter i avseende å densamma.

När jag talar om *uppehållandet* av vissa lagar eller oskrivna »rättsregler», avser jag vad man kallar deras tillämpning eller användning, därest ett fall av det eller det slaget skulle uppstå, som droges inför rätta, med andra ord detta förhållande, att »rättsreglerna» ifråga äro, såsom det på rättsideologiskt språk uttryckes, »gällande rätt». Nåväl; genom att på grund av detta uppehållande av vissa lagar och dess inverkan på människorna, alla utom B hålla sig undan, blir B ensam »herre på täppan», d. v. s. ingen gör honom makten över saken stridig, vilket då uttryckes så, att han står som dess ägare. Köpeavtalet med tredjeman har nämligen haft den betydelsen, att alla nu antydda förhållanden — angivna lagstadgandens eller rättsreglers uppehållande ävensom detta uppehållandes inflytande på människorna — verkar så, att mängden,

[2] Beakta även vad jag därefter säger om köpet såsom »laga fång», Bd I s. 527–538.

[3] Ovan s. 73.

[4] Hit hör — utom hela förvaltningen — icke minst sådant som religions-, skol- och bildningsväsendet i det hela samt annat kulturbefrämjande upplysningsväsende, vare sig direkt reglerade genom lagar och förordningar eller indirekta konsekvenser av vad som sålunda reglerats.

däri nu också innesluten säljaren-tredjeman själv, avhåller sig *till förmån för B* från störande ingrepp, under det att man förut avhållit sig från sådana ingrepp till förmån för en tredje (B:s s. k. hemulsman).

Och så säljer då B äntligen saken till A. Denne står därigenom nu i stället för B som ägare till den med de möjligheter, som detta innebär, därför att mängden *i allmänhet* avhåller sig från störningar till dessa möjligheters förhindrande. Emellertid har jag hela tiden endast sagt *i allmänhet*. I B:s fall inträffar nu detta undantag, att C genom ett vårdslöst handlingssätt gjorde saken obrukbar. Han vägrar betala skadestånd, förmenande exempelvis att B och icke A vore sakens ägare, därvid åberopande vissa grunder antingen för att intet köpeavtal förelegat eller för att ett köpeavtal dem emellan angående saken icke varit rättsligen effektivt. A instämmer honom därför inför rätta med yrkande, att han skall dömas betala detta skadestånd jämte ersättning för rättegångskostnaden. Hans yrkande bifalles av domstolen. C vägrar alltjämt betala, varför beloppet uttages genom utmätning och den utmätta egendomens försäljning. Vad är det som nu har skett?

Vid svaret på denna fråga som ju uppställes för att bringa klarhet i vad rättsregelsbegreppet kunde innebära, kunna vi för enkelhets skull bortse från allt som har med domsexekutionen att skaffa. Att möjligheten av tvångsexekution av dom är nödvändig för domens allmänna betydelse är givet och att sådan exekution ifall av behov regelmässigt sker veta vi. Om det därvid är rättsregler, som tillämpas, har föga intresse. Det är framför allt frågan, om domarens handlingssätt i rättskipningen, dömandet, kan antagas innebära *tillämpning* av *rättsregler*, som intresserar oss; vidare — i mindre grad — frågan om människors i allmänhet handlingssätt, domares däri inbegripna, skola anses *influerade* av *rättsregler*.[5]

Först vill jag nu erinra om, att jag visserligen upprepade gånger talat om lag- eller rättsregler. Dylikt är vanligt talesätt. Jag har här använt det, fastän jag redan antytt såsom min åsikt, att man överhuvud icke kan tala om några lag- eller rätts*regler* i karakteriserande mening. Domaren har naturligtvis — efter C:s bestridande — konstaterat det perfekta köpeavtalet mellan B och A. Detta är blott fastställande av faktum och innefattar självfallet icke, såsom det heter, tillämpning av någon rättsregel. Konstaterandet kan emellertid ha föregåtts av en granskning av vissa stadganden i avtalslagen och vissa lagstadganden, skrivna eller

[5] Såvitt jag nu sist har domares handlingssätt i sikte avser jag närmast strafflagbud mot ämbetsbrott och rättssatser om skadestånd på grund av sådant handlingssätt.

icke, på bevisrättens område. Att dylika stadganden icke meningsfullt kunna betraktas såsom rättsregler, torde jag med hänsyn till det följande icke behöva särskilt utreda. Emellertid har nu domaren av konstaterandet av det klara köpeavtalets förhandenvaro dragit den slutsatsen, att A och icke B vore ägare till saken. Detta kunde man kanske tycka vara tillämpning av en rättsregel, låt vara — eftersom det här rör sig om lös sak — en oskriven sådan. »Regeln» ifråga framgår dock otvivelaktigt nästan direkt av uttrycklig lag, i det att den är förutsatt i snart sagt varje lagord om köp och försäljning. Ingen har någonsin betvivlat, att vi ha denna oskrivna lag beträffande lös sak såsom analog med det uttryckliga stadgandet angående fast egendom i J. B. 1:1.[6] Jag tror emellertid det vara högst vilseledande att säga, att det är tillämpning av en rättsregel som här skett. Väl kunna vi säga, att domaren bl. a. utgått ifrån eller följt detta innehåll i stadgandet ifråga, det innehåll nämligen att köparen genom avtalet fått samma ställning ifråga om saken, som säljaren förut haft. Detta stadgande kunna vi, i likhet med andra lika säkert givna — skrivna eller oskrivna — stadganden naturligtvis, utan att riskera kritik, *kalla* eller *benämna rättssats*, detta ord då självfallet brukat blott och bart som en term. Denna term synes mig bättre att använda än (lag)stadgande just med hänsyn till förekomsten av oskrivna rättssatser, vilka det kunde vara stötande för örat att kalla stadgande. Mot den föreslagna terminologien kan näppeligen något vara att invända. Termen rättssats tages endast och allenast i mening av ett uttalande eller en formulering i skriven lag eller vad som kan betraktas som oskriven lag, mestadels kallad sedvanerätt. Rättssatsen såsom innefattande ett sådant uttalande eller formulering intresserar oss här, endast såvitt den har avseende, direkt eller indirekt, å handlingssätt, människornas i allmänhet eller domares. Blott sådana rättssatser täckas av det man avser med sitt begrepp lag- eller rättsregel. Det är följaktligen uppenbart, att termen rättssats är mycket vidsträcktare användbar än termen i av mig nu brukad mening. Man märke sålunda, att jag med »rättssats» endast har avseende å sådana formuleringar, som pläga kallas lag- eller rättsregler.

I *termen* rättssats *behöver* givetvis intet normativt inläggas. Och så som den av mig brukas är den faktiskt absolut fri från varje skymt av normativ karaktär, d. v. s. av befallnings- eller förbudskaraktär eller av den karaktären att kunna på annat sätt direkt eller indirekt skapa rättseffekt. Tilläggas må emellertid, att när domaren har, så gott han för-

[6] Man skulle därför mycket väl kunna betrakta stadgandet som skriven lag.

mått — utan att finna klart stöd vare sig i skriven lag eller i sedvanerätt — letat sig fram till en dom i målet, så är det naturligtvis fri fantasi också att säga, att han dömt i överensstämmelse med en rättssats. Jag återkommer senare (s. 145 ff.) till dylika situationer. Emellertid kommer jag i det närmast följande väsentligen att hålla mig till exempel, i vilka det meningsfullt kan sägas, att domaren har dömt i överensstämmelse med (eller i strid emot) en rättssats.

Av vad jag åtskilliga gånger i det föregående antytt inses, att jag finner det vara grundlöst att betrakta vad jag nu betecknat som en rättssats som en rättsregel. Annorlunda däremot, om man tror på och konsekvent resonerar med rättsideologien. Den rättssats, som nu sysselsätter oss, har då följande innebörd: i kraft av rättssatsen har A genom köpet efterträtt B som ägare till saken, vilket i sin tur betydde, att folk nu hade att avhålla sig från att hindra A från utövandet av serien av handlingsmöjligheter i avseende å saken. Men det nämnda sammanhanget mellan köpeavtalet och A:s ifrågavarande s. k. makt över saken finns i verkligheten icke. Se vi stadgandet ifråga befriat från allt annat än det som erfarenhetsmässigt ingår i detsamma, d. v. s. från dess förmenta karaktär av imperativ med pliktskapande eller berättigande kraft, eller från dess karaktär att såsom ett lagstiftarens viljeuttryck i och med faktums (här avtalets) inträffande förverkliga lagstadgandets innehåll; befria vi med andra ord stadgandet från all verklighetsfrämmande *normativ* eller möjligen annan metafysisk karaktär, inlägga vi alltså icke i stadgandet något sådant som: efter perfekt köpeavtal *vare* köparen ägare till det sålda och säljaren i enlighet med avtalet förpliktad! — se vi stadgandet på detta sakligt oantastliga sätt, då återstår intet annat än vissa ord, vilka, *lösryckta från sin plats i rättsmekanismen*, inte ha större betydelse än samma ord, skrivna av vilken som helst av oss på ett vanligt papper eller en griffeltavla. Att det är det *normativa* eller i allt fall det *metafysiska* orsakssammanhanget mellan faktum och rättsföljd, såsom skolande framgå av en rättssats, som givit upphov till föreställningen om rättssatsen såsom en *rättsregel*, synes mig vara klart. Det indiceras emellertid starkt av Kelsens väl skarpsinniga men dock fullkomligt fantastiska s. k. rena rättslära. Allt rättsligt hänför han på *rättsnormer*, vilka bli till *rättssatser* i *rättslagen*. Denna skall, logiskt nog, just på grund av sin *normativa* karaktär falla utanför verklighetens värld. Men på samma sätt som *naturlagen* förbinder orsak och verkan, så säges *rättslagen* förbinda rättsbetingelsen (d. v. s. rättsfaktum) med rättsföljden.[7]

[7] Kelsen, Rechtslehre s. 22.

Det existerade med andra ord ett slags rättsmetafysiskt kausalsammanhang — i kraft av rättssatsen — mellan faktum och rättsföljd (se emellertid nedan s. 181 ff.).

Om vi emellertid önska hålla oss till den verkliga världen också i rättsfrågor, måste vi söka komma till *klarhet* ifråga om *rättssatserna* efter vräkning av alla föreställningar om lagstadgandens eller oskrivna rättssatsers normativa karaktär. En rättssats har då *hela* sin betydelse och *verklighetstrogna* betydelse just och endast genom sin tillhörighet till rättsmaskineriet. Det är därför, som den beaktas av domaren, och det är därför, som uppehållandet av alla förut antydda straff-, civil- och processrättsliga stadganden verka, att mängden avhåller sig från störningar i fråga om sakens brukande, nu till förmån för A, i stället för, såsom före köpet, till förmån för B.

RÄTTSSATSERNA OM KÖPET SÅSOM LAGA FÅNG OCH DEN TRADITIONELLA CULPA-REGELN ICKE RÄTTSREGLER FÖR DOMAREN I KARAKTERISERANDE MENING.

Frågan blir närmast, vad betyder då det för domaren, att vår rättssats[8] är ett led i rättsmaskineriet? Det betyder, att domaren städse — därest han icke är sinnesförvirrad eller gör sig skyldig till ämbetsbrott — dömer i enlighet med innehållet i rättssatsen såsom han uppfattar detta innehåll, d. v. s., därest han befriats från rättsideologien, i enlighet med idéinnehållet i rättssatsen, såsom detta framgår av en tolkning, överensstämmande med syftet med hans domarverksamhet. Men betyder då icke detta, att stadgandet är en rättsregel? Domaren har ju avlagt domared att efter »bästa förstånd och samvete ... döma efter Guds och Sveriges lag och laga stadgar»! Han har alltså edligen försäkrat, att *regelmässigt* använda rättssatsen ifråga. Jag tror vi kunna i detta sammanhang bortse från denna orala prestation från domarens sida, utan att därför underskatta dess enligt min mening långt ifrån ringa betydelse för aktningen för domaryrket och rättskipningen. Kanske betyder den också *något* för regelmässigheten i dömandet, inkl. beaktandet av vår rättssats. Men det är helt andra faktorer, som *framför allt*

[8] Jag avser nu först alltjämt rättssatsen om köpet såsom laga fång.

ha betydelse för, ja, betinga denna *regelmässighet*. Domaren har satts på sin plats av representanter för *samhället* — hur rättsmaskineriet därvid fungerat är en sak för sig, som här icke skall utläggas — för att såsom en mer eller mindre viktig kugge i rättsmaskineriet tjäna detta genom att bidraga till förverkligandet av syftet med rättsverksamheterna, det vill säga med lagstiftningen och rättskipningen. Majoriteten av domare — influerade som de äro av den allmänna kulturstandarden och medvetandet om rättskipningens betydelse för denna — kunna icke heller undgå att känna sig som samhällets tjänare. De kunna icke heller undgå att begripa eller åtminstone ha på känn, att samhälls- eller rättsmaskineriet är till för *människorna* i samhället och att all både lagstiftning och rättskipning alltså sker med hänsyn till vad som uppfattas som människornas behov och intressen och till de sociala värderingar som därmed sammanhänga och på skilda sätt göra sig gällande.[1]

Följaktligen måste de också inse, att i deras verksamhet såsom samhällets tjänare intet kan vara betydelsefullare, än att vad man kallar i kraft varande lagar städse följas och icke åsidosättas, och att således deras tjänst åt samhället består i att i dömandet städse efter bästa förstånd *följa innehållet i lagarne*, d. v. s. skrivna och oskrivna rättssatser, såvitt som dessa äro dem bekanta och av dem förstådda. Det är visserligen givet, att en viss skillnad i uppfattningen om domarens verksamhet såsom samhällets tjänare måste råda, allteftersom han är bunden av rättsideologien eller befriat sig från denna. I förra fallet sätter han syftet att realisera rättvisan framför sig. Men detta syfte är orealiserbart och i verkligheten ledes domaren även som rättsideolog väsentligen av hänsynstagande till sociala realiteter och av på dem baserade värderingar. Vi kunna i allt fall tryggt påstå, att även en rättsideologisk domare i allmänhet är besjälad av *det* syftet med sin verksamhet såsom samhällets tjänare att *städse följa lagarne*, skrivna såväl som oskrivna. Detta tillhör för övrigt den vanliga uppfattningen om »rättvisans krav».

Vad jag nu erinrat om är dock icke nog för regelmässigheten i dömandet. Såsom förut antytts finns det nog sådana domare, som icke tillräckligt utpräglat känna, att de äro samhällets tjänare och därför icke såsom något självklart handla med blott sin uppfattning om samhällets (eller omedelbart sett rättvisans) intresse eller syften för ögonen. Både för dessa och kanske stundom också för någon bland den nyss berörda stora majoriteten av domare kunna andra syften än de med samhällets intressen förenliga inställa sig — t. ex. att döma i eget, i annans, i andras

[1] Se mina utredningar i Obligationsbegreppet II: 1 och Bd I.

eller viss eller vissa gruppers intresse, kanske också för att tillfredsställa känslor av hat, hämnd, förakt eller dylikt. En i sådant avseende starkt motverkande faktor är naturligtvis dock omsorgen om det egna sociala anseendet. Ingen domare vill inom sin egen kår bli utpekad såsom socialt undermålig. Men den mera avlägsna bakgrunden för den stabilitet i rättskipningen, som kommer dömandet att framstå såsom en praktiskt taget regelmässig användning av lagarne, skrivna och oskrivna, den bakgrunden utgöres naturligtvis av vissa strafflagsparagrafer, såsom i kraft varande lag, vilka hota domare liksom andra ämbetsmän med straff i olika former på grund av ämbetsbrott. Dessa strafflagsparagrafer verka säkerligen i allmänhet mindre på en domares intellektuella medvetande; de ha genom sekler bidragit till att såväl hos hela domarkåren som hos den stora allmänheten skapa ett moraliskt kraftkomplex, varifrån ständigt strömmar, om jag så får uttrycka mig, impulser till en spontan inställning att utan pardon i dömandet utgå från lagarnes och andra rättssatsers innehåll, sådana som dessa i fall av behov tolkats eller anses böra tolkas med ledning av vissa under olika tider mer eller mindre skiftande linjer, som det vore ett alltför vidlyftigt kapitel att i en framställning som denna söka närmare gå in på. För fullständighetens skull bör också nämnas, att jämväl risken för en domare att genom sättet för sin ämbetsutövning ådraga sig skadeståndstvång gentemot den part, till vars förfång han dömt, har bidragande betydelse i det nu skildrade motivläget för en domare att i sin rättskipning följa rättssatsernas innehåll. Trots allt kan det naturligtvis inte förebyggas, att domar stundom avgivas, i vilka av partiskhet, maktfullkomlighet eller vårdslöshet innehållet i den eller den rättssatsen åsidosatts. Sannolikt äro sådana domar dock sällsynta, och säkert är, att de icke oftare inträffa, än att de mycket sällan komma till offentlighetens kännedom. Den reaktion, som då stundom reser sig från allmänhetens sida, är ytterligare ett indicium på, att de höra till de utpräglade undantagen; denna reaktion är också en ytterligare garanti emot, att en domare i sin ämbetsutövning skulle underlåta att sträva efter att objektivt följa orden eller idéinnehållet i resp. rättssatser.

På samma sätt som med dömandet efter den nu berörda rättssatsen[2] förhåller det sig med dömandet efter vilken rättssats det än vara månde. Nästa rättssats domaren i vår antagna situation tillämpar är culparegeln (i traditionell mening), också den oskriven men i praktiken detsamma som ett skrivet lagstadgande: »skada som någon genom sitt

[2] Om köpet som ett laga fång.

vållande annan tillfogar skall av skadegöraren gäldas» (jfr 6: 1 S. L.). Men detta måtte väl då vara en rättsregel? Innebörden är ju, att annan kulpost tillfogad skada alltid, d. v. s. regelmässigt, är att ersätta av kulpanten! Denna innebörd har stadgandet endast genom sin tillhörighet till rättsmaskineriet. Dessförutan hade det ingen annan innebörd än ett helt godtyckligt, till intet föranledande uttalande. Låt vara, att det är ett lagstadgande — eller i allt fall därmed likvärdigt — allt s. k. normativt, d. v. s. dess karaktär av imperativ annat än i formen, vartill det naturligtvis skulle kunna omskrivas[3], och dess förpliktande och indirekt berättigande verkan, allt dylikt ligger helt utanför erfarenhetens värld. Sin betydelse erhåller rättssatsen, på samma sätt som den föregående, därigenom att den tillhör rättmaskineriet och att därför dess innehåll regelmässigt, när i detsamma avsett faktum inträffat, följes av domaren.

Emellertid är detta nu blott den ena sidan av de båda stadgandenas betydelse. Den andra sidan avser influensen på *andra* människors handlingssätt än deras som sitta i domstolarne.[4] Men låt oss nu först ytterligare något uppehålla oss vid den de ifrågavarande rättssatsernas betydelse, som jag nu berört. Ty om det är någon mening i att karakterisera dem som rättsregler, så måste detta i första hand vara för domstolarnes räkning.

Vad som särskilt har utmärkt begreppet rättsregel, skriven eller oskriven, har varit det förment rättsligen normerande i densamma. Det normativa kan ha verkan i två avseenden. Dels kan det vara fråga om normer direkt för människornas *handlingssätt*, en domares såväl som allmänhetens, så att de vore rättsligen förpliktade att handla i enlighet med dem. Dels yttrar sig det normativa också på det sätt, att i kraft av rättsregeln ett visst handlingssätt eller annat faktum omedelbart leder till uppkomsten av en rättsplikt, medelbart till uppkomsten av en rättighet. Ja, se vi t. ex. satsen om köpet såsom laga fång, har denna ansetts regelmässigt ha kraften att låta ett visst faktumkomplex direkt skapa uppkomst av en rättighet för A och rättighetsförlust för B och i samband därmed, med hjälp av ytterligare rättsregler, föranleda vissa rättsplikter för både B och andra, däribland även A.[5] I romersk rätt,

---

[3] »Gälda skadegörare!» i stället för »skall av skadegöraren gäldas».

[4] Den s. k. culpa-regeln kan dock också ha betydelse för en domares handlingssätt i nu avsedda mening, såsom antytts här ovan s. 126 n. 5 och s. 131.

[5] Såvitt som av rättssatsen framgår, att en rättighet eller en rättslig plikt eller annat av rättsideologisk karaktär har uppstått är det fråga om en »rättslig kausalitet» i särskild mening, så att det eller det faktumskomplexet *förorsakade* uppkomsten av en rättslig faktor av positiv eller negativ art. Det är detta »kausalsammanhang», som

från vars *regula iuris* rättsregels*benämningen* torde härleda sig, tog man icke fasta på *regula* såsom direkt normerande för handlingssätten. *Regula (iuris civilis)* var mera av samma typ som vår rättssats om köpet som ett laga fång, vilken blott indirekt kunde betraktas som en handlingsregel för domaren och även för enskilda (i den mån man nu överhuvud kunde anse det riktigt att betrakta vissa rättssatser som dylika handlingsregler). *Regulae iuris* avse rättseffekter och äro inga *iuris praecepta.* Av hithörande ställen tycks framgå, att en *regula iuris* endast angav betydelsen i rättsligt avseende av ett eller flera fakta, de må ha eller icke ha bestått i handlingssätt.[6]

Kanske bör jag påpeka, att vi också utanför det egentliga rättslivet ha en mängd »regler», bl. a. skilda spelregler. Dessa äro då handlingsregler i analogi med det vanliga talet om rättsregler. Men varför? Jo, därför och endast därför, att man här utan vidare fingerar eller utgår från, att de fastställda »reglerna» ha normativ karaktär. Man *får icke* i fotboll med handen röra vid bollen, vid äventyr av straffspark till förmån för motsidan. Regeln har alstrat en motsvarande plikt. Det är »förbjudet» att stå innanför baslinjen, när man servar i tennis. Som »straff» för sådan pliktöverträdelse förlorar man den bollen o. s. v.[7] Jämförliga med »rättsregler» äro också konvenansens regler, som anses *böra* följas av större eller mindre grupper. Det är alltså även här fiktionen av något normerande, som utmärker regelbegreppet.

Återgå vi nu till skrivna eller oskrivna rättssatser, medvetna om nöd-

---

satts i analogi med kausalsammanhang i naturen (jfr det ovan s. 128 f. sagda om Kelsen). Jämte naturlagar funnes det följaktligen också rättslagar i med naturlagarna på visst sätt jämförlig mening. Det är nog denna uppfattning av rättslagarne, som ligger i bakgrunden för tron på rätts- eller lagregler. Dessa ha helt enkelt i *rättens* värld ansetts vara vad naturlagarne äro i den *fysiska* världen. Den »rättsliga kausalitet», som jag nu berört är naturligtvis något helt annat än den »rättsliga kausalitet», som man talar om i sammanhang med den s. k. betingelseteorien och som jag senare (s. 311 ff.) skall beröra.

[6] Se D. 22. 6. 9. pr.; 26. 8. 1. pr.; 30. 12. 2; 34. 7. 1. pr.; 41. 2. 1. 16; samtliga ställen sedda emot bakgrunden av D. 50. 17. 1, varest Paulus definierar *regula*, skulle man kunna säga, såsom ett kortfattat angivande av ett sakläges rättsliga innebörd. I vilken mån innehållet i något eller flera av dessa ställen kan bero på interpolation är i detta sammanhang likgiltigt.

[7] Visserligen löper domaren i rättskipningen vissa risker, om han åsidosätter den eller den rättssatsen. Men detta beror icke på den åsidosatta rättssatsen i dess egenskap av »regel» utan beror på, att domaren med rättssatsens åsidosättande vanskött sitt ämbete. Vilken högre eller lägre arbetstagare som helst kan löpa motsvarande risk, om han vansköter sin tjänst, även om risken icke alltid beror på straffhot. En »domare» vid en fotbollsmatch *kan* möjligen tänkas löpa straffrisk, men han löper alltid risken att förlora sitt anseende inom idrottsvärlden med de för honom kanske nog så betydande konsekvenserna av en sådan förlust.

vändigheten att från dem utesluta allt slags normativt innehåll, kan det icke komma ifråga att *karakterisera* dem som rättsregler i någon som helst mening. Men, sägs det, de äro i alla fall regler för domarens handlingssätt. Vad skulle väl detta betyda? Tag de båda rättssatser, som här berörts. Inte innehålla väl *dessa* några regler för domarens handlingssätt! Att domaren vid dömandet i allmänhet beaktar dem och följer uttalandena i dem (ordagrant eller vad som uttolkats i dem) beror på, att han är satt som domare och därför nära nog regelmässigt känner det som sin plikt att vid visst dömande beakta dem. Denna pliktkänsla har flera grunder.[8] En mera avlägsen grund för densamma ligger, som redan sagts, däri att domaren, om han icke handlade så, skulle bli avsatt, på annat sätt straffad eller drabbad av skadeståndstvång och kanske därjämte avsatt, eller i allt fall skulle förlora sitt anseende såsom en god domare. Vill man här tala om en handlingsregel för domaren, skulle denna framgå av, att han är insatt som domare, och av vad detta innebär av den eller de ifrågavarande rättssatsernas samband med hela rättsorganisationen. Ty givetvis vore det orimligt, att med lagstadgandet eller rättssatsen ifråga blott kombinera vissa paragrafer om straff för ämbetsbrott (eller om skadestånd på grund av sådan gärning). Naturligtvis kunna icke heller dessa paragrafer tänkas isolerade från sitt sammanhang. De avse ju icke blott domare utan alla slags ämbets- och tjänstemän i mest vidsträckta mening. Dessutom förutsätta de bl. a. också åklagarmakt och exekutionsinstitutioner. Därmed äro vi inne på *hela förvaltningsorganisationen*, som naturligtvis *icke* kan utgöra *sitt eget ändamål*, utan blott kan motiveras i syftet att uppehålla rätts- eller samhällsorganisationen. Men framför allt annat ha vi att erinra oss alla de strafflagsparagrafer om stöld etc., alla de civilrättsliga och processuella rätttssatser vilkas uppehållande — efter vad jag så ofta framhållit — giver konsistens åt en persons handlingsmöjligheter i avseende å den sak, som han betraktas som ägare till, och utan vilket uppehållande allt slags tankeinnehåll i de båda rättssatser, som nu intressera oss[9], vore uteslutet. Och vi få icke glömma bort, att icke heller alla nu antydda rättssatser kunna ses isolerade utan endast i sitt sammanhang med rättsmaskineriet, rättsorganisationen i det hela.

Angående vad som här kan befinnas lämpligt ur terminologisk synpunkt yttrar jag mig icke. Man kan naturligtvis *säga*, att var och en av våra båda rättssatser är en handlingsregel för bl. a. domaren. Men detta kan blott sägas såsom en beteckning, en etikett; däremot *alldeles*

[8] Se s. 130 f.

[9] Om köpet såsom laga fång och den traditionella culpa-regeln.

icke i karakteriserande mening, ty en sådan karakterisering vore totalt vilseledande. Det är — såsom jag nyss betonade — så oerhört mycket *mera* än den ifrågavarande rättssatsen, som måste beaktas, för att talet om densamma såsom en handlingsregel skulle kunna bli logiskt begripligt. Vill man i karakteriserande mening angiva vad som leder till regelmässigheten i en domares hithörande handlingssätt, så måste en mycket utförlig beskrivning göras, *i vilken själva den ifrågavarande rättssatsen blott är ett obetydligt moment*, låt vara att den blir så att säga tungan på vågen.

Vi förstå med andra ord, att det nyss gjorda avvisandet av de båda rättssatsernas kombination med blott några få paragrafer om straff (eller skadestånd) på grund av ämbetsbrott berodde på att man med en sådan enkel kombination skulle förbise alla hithörande förutsättningar, innefattande dessa förutsättningar, att hela frågeställningen, om den skall anses saklig, måste göras utifrån det ofrånkomliga faktum, att vi leva i ett sådant samhälle, som vi göra, d. v. s. ha det utbildade rättsmaskineri, som vi ha. Med andra ord, när man talar om en rättssats såsom en rättsregel och icke använder detta ord blott som en beteckning eller etikett utan menar, att den utgör en rättslig *regel* för människors, domares eller andras, handlingssätt, tappar man så att säga bort en väsentlig del av människornas egna förutsättningar, nämligen allt det, som åstadkommit och åstadkommer, att de leva i och tillhöra ett civiliserat samhälle.

SÅ KALLADE REGLER FÖR RÄTTSKIPNINGEN FULLT ANALOGA MED REGLER FÖR VILKEN VERKSAMHET SOM HELST.

Om man ovillkorligen skall tala om *regler* just i samband med användningen av den eller den (skrivna eller oskrivna) rättssatsen, så kan man naturligtvis använda orden, som man behagar, och fördenskull tala om vissa rättssatser såsom rättsliga handlingsregler. Men detta är, som jag redan tillåtit mig säga, ett mycket vilseledande och följaktligen olämpligt talesätt. Det *finns i varje fall* för en domares handlingssätt *inga andra regler* än de, som han måste begagna för att kunna på tillfredsställande sätt sköta sitt ämbete, det vill säga regler för hur detta skall ske, på det att han må känna sig fullgöra sin plikt som medborgare i samhället och dettas tjänare eller — därest sådan pliktkänsla saknas

eller icke är tillräckligt utvecklad — på det att han icke skall bli avsatt, suspenderad, på annat sätt straffad, eller icke nödgas betala större eller mindre skadestånd till part eller dennes rättsinnehavare eller till och med blott på det att han icke skall få en fläck på eller förlora sitt anseende som domare.[1] Men därmed förstå vi också det meningslösa — *därför* att det intet *karakteriserande* utsäger utan blott är ett tomt ord — i talet om att rättssatserna vore handlingsregler för domaren.

De regler, som jag nyss antydde för domarens verksamhet, äro regler i oantastlig betydelse. I sådan betydelse kan det blott vara fråga om regler på *samma* sätt, som man kan tala om regler för *varje verksamhet*, om man med denna vill uppnå *ett visst syfte*. En ingeniör, som vill konstruera en maskin, måste skaffa sig kunskaper om medlen, det vill säga tillvägagångssättet härför. Detsamma gäller för den ingeniör eller verkmästare, som åtagit sig att handha skötseln av ett större eller mindre maskineri, eller för den, som beslutat sig för uppförandet eller reparerandet av en byggnad vilken som helst, eller, naturligtvis, för en disponent med hänsyn till ledningen av företaget. Ja, detsamma gäller snart sagt om varje slag av verksamhet, icke blott om »finsnickeri», utan även om grovarbete. Tillvägagångssättet, om man så vill »regler», är av betydelse för även sistnämnda arbetes *effektivitet*: hur skall yxan hållas och »slås in»; hur bör lämpligast spaden hanteras och grävtagen göras? etc. Huruvida kunskaperna om medlen eller sättet för verksamhetens utförande inhämtas genom bokstudier, beskrivningar, ritningar, praktiska iakttagelser o. s. v. är naturligtvis likgiltigt. Sedan vederbörande väl skaffat sig de nödiga kunskaperna om tillvägagångssättet, om medlen ifråga, använder han dessa medel. Denna användning av medlen, detta iakttagande av tillvägagångssättet kan man då kalla för *användningen eller tillämpningen av reglerna för den ifrågavarande målbestämda verksamheten*. Lika litet som det finns någon mening i att kalla dessa regler — för ingeniörens, verkmästarens, disponentens, byggmästarens, reparatörens, finsnickarens eller grovarbetarens verksamhet — för lag- eller rättsregler, lika litet mening finns det i att så benämna motsvarande regler för domarens ämbetsutövning; ty ur synpunkten av *regel* såsom sakligt uttryck äro de *fullständigt* likartade. Också en domare måste ställa något syfte framför sig, som skall vinnas genom hans dömande verksamhet. Som jag redan antytt, känner han sig van-

[1] Med denna formulering har jag velat understryka vad jag förut påpekat, nämligen att domaren i allmänhet icke under dylika reflexioner utövar sitt ämbete. Någon tanke på att handla under de angivna rättsliga riskerna dyker på förut antydda skäl vanligen alls icke upp i hans medvetande.

ligen som och vill därför också verka, som samhällets tjänare. Vare sig han nu är behärskad av rättsideologien eller frigjord från densamma, vet han, att samhället anser sig bäst betjänat med att innehållet i skrivna och oskrivna rättssatser så opartiskt och konsekvent som möjligt följas. Även om han är okänslig för sin ställning som samhällets tjänare eller om han tillfälligt skulle frestas under sin ämbetsutövning att se bort därifrån och önska tillgodose något annat intresse än samhällets, så handlar han dock, såsom redan påpekats, i allmänhet i sin ämbetsutövning, som om samhällets bästa vore syftet med denna. Och han vet, att den värderingen är allmän i ett samhälle som vårt, att lagarnes konsekventa efterlevnad tillhör samhällets välfärd. Därför ställer han i rättskipningen det omedelbara syftet framför sig att följa de linjer, som han finner framgå av innehållet i den eller de (skrivna eller oskrivna) rättssatser, som komma ifråga i saken. Domaren kan stundom, kanske ofta, vara i tvivel om vad dessa rättssatser med hänsyn till den föreliggande saken innehålla. Då sätter hans tolkningsverksamhet in. Domaren kanske också finner, att någon rättssats (skriven eller framgående av prejudikat) i frågan icke finns. Huruvida hans då lämpliga tillvägagångssätt skall hänföras under analog »tolkning» eller icke är här likgiltigt. Klart är i varje fall av vad jag nu sagt, att rättsregler i sakligt användbar mening icke existera.

Det finns inga andra regler för domaren i rättsskipningen än de nödvändiga *medlen* för ernående av syftet med denna verksamhet. Dessa medel bestå i inhämtandet av kunskaper (i den mån dylikt är erforderligt) *dels* angående den till föremål för bedömande liggande saken, *dels* angående innehållet i skrivna lagar och författningar, i prejudikat och rättslitteratur, som kunna ha någon betydelse i nämnda sak, *dels* ock angående den eller de oskrivna rättssatser, vilkas beaktande kan vara att reflektera på i den förevarande rättegången. Denna sistnämnda kunskap kan stundom vara lika enkel att införskaffa som kunskapen om uttryckliga lättfattliga lagstadganden. Kunskapen om såväl dessas användbara innehåll som om innehållet i s. k. oskrivna rättssatser måste emellertid icke sällan förutsätta djupgående komparativa studier av lagställen och deras historia samt av prejudikat och rättslitteratur, vidare undersökningar till utrönande av socialekonomiska sammanhang, vartill kunna komma mer eller mindre skarpsinniga reflexioner och omsorgsfullt ståndpunkttagande till vissa sociala värderingar samt lika omsorgsfullt gjorda egna värderingar med eller utan relation till andras förutvarande sådana.

Om man så vill, kan man naturligtvis hänföra också själva den nu

beskrivna kunskapsinhämtande verksamheten till medlen för, till tillvägagångssättet för, alltså till reglerna för domarens rättskipande verksamhet. Men man kan också — och detta är kanske i diskussionen enklast — säga, att domaren genom nämnda verksamhet skaffar sig kunskap (därest han icke dessförinnan har sådan) om *tillvägagångsättet* för, om *medlen* för ernående av syftet med sin rättskipande verksamhet.

Detta tillvägagångsätt, dessa medel utgöra då, kan man säga (om man nödvändigt vill ha ett regelbegrepp) reglerna för hans rättskipning. Och dessa regler bestå i att följa eller åtminstone beakta uttalandena eller idéinnehållet i de eller de av honom — vare sig under rättegången eller i själva domen — såsom användbara befunna rättssatserna, skrivna eller oskrivna. Domarens uppfattning av innehållet i rättssatserna kan som nyss nämndes stundom vara beroende på hans (naturligtvis på egen värdering beroende) ståndpunkttagande till vissa sociala värderingar ävensom på hans direkt gjorda sociala värderingar. Detta tillvägagångssätt eller medel för hans rättskipning står såtillvida i klass för sig, att det icke direkt utan blott indirekt framgår av hans arsenal av kunskaper. Men därigenom framstå reglerna för dömandet naturligtvis icke mera som rätts- eller lagregler, än reglerna för ingeniörens, arkitektens, byggmästarens etc. verksamheter. Också till dessa hör naturligtvis att icke blott inhämta kunskaper utan jämväl att göra värderingar.

Slutligen måste man till undvikande av missförstånd lägga särskilt märke till — vad som dock framgått av det föregående — att det är *logiskt omöjligt* att tala om själva rättssatsen, därest nu en sådan finnes, som ett medel i rättskipningen, alltså som en regel. Det är *följandet* av uttalandena eller idéinnehållet i rättssatsen, om man så vill *dennas användning*, som tillhör medlen eller reglerna för rättskipningen. Detta är, tror jag, viktigt icke att förstå — ty det kan ingen undgå att göra — men att beakta i diskussionen till förebyggande av falska resonemang. *Den regelmässighet*, som karakteriserar domarens verksamhet, *beror* m. a. o. på faktorer, *som ligga helt och hållet utanför den eller de rättssatser*, som han i rättegången, framför allt i dömandet, eventuellt kan taga i övervägande. Man kan också uttrycka det så, att domarens bidrag till vinnande av rättskipningens sociala syftemål — sett genom eller utan hinder av rättsideologiska slöjor — bl. a. just består i att taga hänsyn till, om man så vill, följa rättssatsernas innehåll. Men därmed är det rättssatsernas *beaktande*, icke rättssatserna själva, som tillhöra medlen eller reglerna för domarens verksamhet. Med andra ord såsom nyss nämndes: *regelmässigheten* i domarens verksamhet beror på något helt annat än själva den eller de rättssatser, vilkas innehåll han beaktar.

Av allt vad jag nu sagt måste inses, att reglerna för domarens verksamhet icke *kunna* ha mera rättslig eller överhuvud annan allmän karaktär än *reglerna för vilken verksamhet som helst*, med vilken ett syfte fullföljes. En sak är, att rättskipningen kan vara mycket invecklad (bl. a. enär det mera detaljerade syftet kan vara oklart) och därför kräva omfattande förberedelser, bl. a. genom djupgående juridiska (inkl. sociala) studier, liksom också god omdömesförmåga och samvetsgrannhet. Men en mängd utanför domaryrket fallande verksamheter skulle kunna nämnas, varom det motsvarande skulle kunna sägas. Den gjorda jämförelsen torde vara acceptabel, om man ser nyktert och kritiskt på saken, vare sig vi tänka på exempelvis byggandet av en atombomb, chefskapet på ett pansarfartyg eller skötseln av ett vilket som helst maskineri, mer eller mindre invecklat. Skall maskineriet bestå så länge och i så hållbart skick som möjligt, måste maskinmästaren veta vad han vill och vara kunnig om medlen för dess skötsel och med god omdömes- och värderingsförmåga använda dessa medel, om man så vill tillämpa reglerna för maskineriets skötsel. Men, när domaren på detta sätt jämföres med en maskinmästare, måste ju såtillvida alltid en justering göras, som rätts- eller samhällsmaskineriet i sin helhet är oerhört omfattande och svårbehärskat i jämförelse med vilket som helst maskineri *inom* ett samhälle. Domaren kan naturligtvis icke betraktas som dess maskinmästare, icke ens om vi begränsade oss till den del av rättsmaskineriet, som vi kalla för rättskipningen. Ty för dennas handhavande måste det finnas många domstolar eller domare, och det måste finnas flera skilda grader av dem. Att närmare ingå på denna sak torde vara överflödigt för begripligheten av dessa anmärkningar. Vi kunna här nöja oss med att säga, att varje domare i mån av sin förmåga och ställning *bidrager till* rättsmaskineriets möjligast friktionsfria drift. Kanske kunde »lagstiftaren» tillsammans med högsta domstolen (och regeringsrätten) karakteriseras som rättsmaskineriets överledning. Detta är emellertid nu fullkomligt likgiltigt för vår fråga. Det finns också innanför samhällets ram så stora och omfattande maskinerier, att det är lätt att finna ingeniörer, överingeniörer, naturvetenskapsmän eller andra, som i fråga om maskineriets drift utföra en verksamhet, som icke är maskinmästarens, maskineriets högsta ledning, utan såtillvida mera påminna om domstolarnes bidragande verksamheter för driften av rättsmaskineriet.

Alltnog, jag tror jag har sagt tillräckligt, för att man skall kunna inse riktigheten av påståendet, att en domare eller domstol icke mera än vilken som helst annan förnuftig utövare av en verksamhet tillämpar några rättsregler, om man icke fäster sig vid detta *ord blott därför*, att

verksamheten tillhör *rätts*maskineriet. Ordrytteri är dock aldrig lämpligt i saklig diskussion, allra minst här, alldenstund lag- eller rättsregel hittills nästan uteslutande tänkts i normativ mening och av dylik anledning missförstånd lätt kunna insmyga sig. Men också bortsett härifrån skulle ett sådant ord som lag- eller rättsregel lätt kunna föranleda en glidning från att betrakta rättssatsens *användning* som regeln till att så betrakta rättssatsen själv. Därmed stode vi då mitt uppe i en förvirring, som det till förståendet av den verksamhet vi kalla rättskipning just gäller att undgå. — För övrigt bör jag kanske till förtydligande av min mening än en gång uttryckligen säga, att man naturligtvis, ifråga om rättskipningsverksamheten, överhuvud alls icke behöver och kanske gör klokast i att alls icke tala om några *regler*. Man talar ju i allmänhet icke om reglerna för andra verksamheter (från industrichefens till grovarbetarens, från eskaderchefens till den enkle flottistens o. s. v.). Jag har här använt ordet blott för att visa att, *om* man sakligt vill tala om regler i rättskipningen, har detta icke större eller annan mening än att tala om regler för vilken profan verksamhet som helst, som icke utföres av en dåre utan av en person, som är bestämd av motiv.[2]

RÄTTSSATSERNA RÄTTSREGLER FÖR ALLMÄNHETEN?

Återstår att beröra frågan, om icke de båda rättssatserna, om köpet såsom »laga fång» samt den s. k. culpa-regeln, vore att betrakta som rättsliga handlingsregler för *andra* än domare, det vill säga för vilken människa som helst, som hade tillfälle att hindra eller störa A i utövandet av sina handlingsmöjligheter ifråga om den sak, som han köpt av B och som säges tillhöra honom. En var som endast tagit del av vad jag i Bd I i all korthet sagt om »de tre realitetsgrupperna», om rättssatsen angående »köpet såsom laga fång» samt om »rättskänslornas betydelse i samhällsorganisationen»[3], måste kunna förstå, hur ytligt det

[2] Jag fäster här än en gång uppmärksamheten på, att det är viktigt förstå, att *rättssatsen* aldrig kan uppfattas som en regel för domarens handlingar. Motsatsen *måste* förutsätta, att rättssatsen hade normativt innehåll. Det är *följandet av innehållet* (i fall av behov efter särskild tolkning) *i en rättssats*, om man så vill *dess användning*, som ingår *bland* medlen eller »reglerna» för uppnåendet av syftet med domarens verksamhet. *Regelmässigheten beror på något helt annat än den ifrågavarande rättssatsen.* Det är detta som jag ville ha sagt i Bd I, noten å s. 527 f. Jag återkommer senare till noten ifråga.

[3] Se Bd I s. 520–533 och s. 587–591.

måste resoneras för att man skall kunna tala om dessa rättssatser såsom utgörande överhuvud några regler i karakteriserande mening för människornas handlingssätt till avstående från A hindrande eller störande ingrepp med hänsyn till saken. Först och främst: dessa rättssatser vore ju det rena ingenting, om det icke funnes någon domarverksamhet, d. v. s. rättskipning, och de icke — tillsammans med en mängd andra rättssatser — vore införlivade med rättsmaskineriet. Om vi nu blott betänka, att de icke ens kunna utgöra några regler för domarens verksamhet, huru skulle de då kunna vara regler för människors i allmänhet handlingssätt vid det förhållande, att det utan rättskipningen — en helt utanför människors i allmänhet liggande verksamhet — vore a priori uteslutet att tala om rättssatserna ifråga såsom handlingsregler för människorna? Vi se ju också, hurusom städse alla dessa försök att bestämma begreppet »rättsregel» stranda. Icke underligt, då man konsekvent underlåter att försöka beakta *sammanhangen i deras helhet.*

I avseende å de två rättssatser, som här behandlats, rör det sig nu om den allmänna respekten för A:s »äganderätt» till saken. Denna beror i största korthet uttryckt framför allt på det allmänna rättsmedvetandets föreställningar *dels* om »äganderätten» såsom varande något, som *bör* realiseras, vilket i sin tur leder till att den också respekteras av i stort sett alla i *rättvisans* namn[4]; *dels* ock om avlåtelsers liksom

[4] Man bör lägga märke till att »rättvisan», såsom jag ofta betonat, yttrar sig däri, att den ene skall ha visst eller vissa ideella krav mot den andre. En ägares rättvisekrav, som är särskilt framträdande, är vad Ulpianus kallar en *rätt* för honom att få sig tilldelat det som är *hans (ius suum cuique tribuendi).* Och själva den objektiva rätten, som anses vila på rättvisan (justitia) säges bl. a. innehålla den föreskriften, att envar skall tilldelas vad som är hans (rättmätiga egendom): *suum cuique tribuere. Dessa rättviseföreställningar ingå i det allmänna rättsmedvetandet den dag som är.* Införda i romerska rätten, såvitt man kan förstå, genom den nämnde iurisskonsulten, tillhöra de dock icke den egentliga romarrätten utan den s. k. naturrätten, utbildad i grekiska filosofien, närmast stoicismen. Jfr Hägerström, Röm. Obligationsbegriff s. 290 f. Vad särskilt rättvisebegreppet angår torde dock Aristoteles kunna sägas vara grundare av detsamma i den mening, som det allt efter honom genom tiderna kommit att användas i den västerländska juridiken, såsom avseende tilldelning efter *förtjänst* eller utjämning mellan parter så, att *jämvikt* inträder. Se Del Vecchio, Gerechtigkeit, s. 28–44. I båda fallen är det fråga om uppnående av *aequitas.* (Ps.-Cicero, Rhet. ad Herennium, Liber III 2, 3: *Justitia est aequitas, ius unicuique rei* [en handskrift har *re*] *tribuens pro dignitate cuiusque.*) Det är detta som torde ha kommit Ulpianus att våga sig på att proklamera *justitia* såsom grundval för rätten. Han förbiså därvid, att den romerskrättsliga *aequitas* var ett praktiskt begrepp till undgående av de för samhällsekonomien skadliga konsekvenserna av den romerska civilrättens stränga bundenhet vid ord och form, under det att den stoiska filosofiens (dit visserligen icke Aristoteles kunde höra) rättvisa avsåg ett etiskt jämviktsbegrepp. Jfr Hägerström, Röm. Obligationsbegriff s. 290. Se även anmärkningarne om »vedergällande» och »fördelande» rättvisa, nedan s. 193 f., 199 f. och 262 n. 3.

andra avtals allmänna effektivitet (»rättsliga giltighet»), sålunda även om förmågan för B såsom ägare till en sak att genom perfekt köpeavtal med A göra denne till sakens ägare. Men dessa rättsmedvetandets på en förment rättvisa vilande föreställningar skulle icke kunna så konsekvent och med sådan styrka ha hållit i sig, som de gjort, om icke domstolarne i sin rättskipning praktiskt taget *städse* dels utgått från köpeavtalets nämnda betydelse, och dels, när fall av hithörande beskaffenhet kommit inför dem, följt idéinnehållet i de rättssatser inom straff-, civil- och processrätten, som jag ovan, s. 125, antytt, och om icke vidare exekutionsorganen — av skäl som det blir för tidsödande att beskriva — känt sig nödgade att praktiskt taget alltid i fall av behov verkställa domstolarnes beslut.

Man kan naturligtvis, såsom jag ständigt anmärker, använda vilka benämningar man vill och man kan följaktligen *kalla* lagparagrafer och oskrivna rättssatser för regler och, eftersom de tillhöra rättsmaskineriet, för rättsregler, naturligtvis dock blott som en i sak intet utsägande beteckning. Man träffar icke verkligheten genom att påstå, att de utgöra handlingsregler för vare sig domare eller människor i allmänhet, och man kan aldrig analysera detta begrepp »rättsregel» på annat sätt än genom att först insätta funktionen av det uttalande, man kallat för rättsregel, i sitt sammanhang i rättsmaskineriet och därefter söka företaga analysen. Att *på det sätt* man gör tala om rättsregler är lika ytligt, som om man försökte bestämma jordklotets art utan andra undersökningar än som kunde möjliggöras efter någon kilometers borrningar i jordskorpan.

Men, invändes det möjligen, låt vara att det är meningslöst att betrakta rättssatsen om köpet såsom laga fång som en rättslig handlingsregel för människor i allmänhet, förhåller det sig likväl icke annorlunda med den s. k. culpa-regeln? Den kan ju formas till ett: Du, individ i samhället, får icke så vårdslöst hantera A:s eller annans tillhörighet, att denna skadas, vid äventyr av skadeståndstvång! Men hur skola vi kunna komma ifrån, att dessa ord, abstraherade från sitt ingående i och sin funktion i rättsmaskineriet, icke vore av större betydelse än munväder från vem som helst, som kunde tala? Och huru skola vi kunna komma ifrån, att detta begrepp A:s eller annans »tillhörighet» upplöser sig i en mängd möjligheter för ägaren att handla med och hantera saken utan risk av menlig rättsreaktion på sådana handlingssätt och att dessa möjligheter vore otänkbara utan rättsmaskineriet? Vi kunna omöjligen tänka oss en »tillämpning» i rättskipningen av culpa-regeln *isolerad*, ty då skulle vi aldrig kunna fatta A som ägare till saken.

Härför är det nödvändigt, att hela komplexet av förut antydda rättssatser[5] verka på människorna genom att i fall av behov ha följts och alltjämt följas av domstolarne i deras rättskipning och genom att domstolarnes eventuella beslut i sådant avseende i fall av behov ha omhändertagits och alltjämt omhändertagas av verkställande myndigheter. Och man måste därvid taga i betraktande de särskilda förutsättningarna för denna verkan på människornas handlingar, som ligga i deras art såsom psykofysiska varelser och i rättskänslornas därmed sammanhängande sätt att röra sig och reagera. Abstrahera bort allt dylikt och försök tänka blott culpa-regeln såsom möjlig att använda ifråga om hinder eller störningar ifråga om A:s möjligheter att utnyttja sin ställning av ägare ifråga om saken! En sådan ställning funnes nu helt enkelt icke. Idén därom skulle aldrig ha kunnat uppstå. Följaktligen vore tanken på uppehållandet av en culpa-regel — alls icke någon tanke! Åter stå vi inför ytligheten i att tala om eller, kanske riktigare, söka behandla en rättssats, t. ex. nu den s. k. culpa-regeln, såsom en rättslig handlingsregel för människorna. Det hjälper naturligtvis icke, att man förutsätter attributet »tillämplighet» — vare sig man sedan i sin tur förser detta attribut med särskilt attribut, såsom mer eller mindre »sannolik», »förutsebar» eller »möjlig» — för att rättssatsen skall vara en rättsregel. Ty detta »tillämplighet» är blott ett intetsägande ord, om man avser något annat, än att rättssatsen tillhör rättsmaskineriet och i detta fullgör en viss funktion, omöjlig att förstå utan att man har en viss inblick i detta oerhört komplicerade maskineri, i vilket trådarne löpa från och till människor och myndigheter, påverkande än deras medvetande än deras känsloliv och instinkter och därmed också deras handlingssätt. Att jag vore någon expert på detta maskineri har jag aldrig påstått. Icke heller känner jag någon sådan expert. Fulländade fackmän på detta område komma vi troligen aldrig att få. Till stegen framåt i denna riktning höra bl. a. vetenskapliga undersökningar av detta hittills mestadels okända, som vi stundom kalla vårt »undermedvetna». Hur föga djupgående mina egna kunskaper om rättsmaskineriet än äro — det medger jag naturligtvis oförbehållsamt — har jag dock i mina föregående arbeten kunnat säga så pass mycket därom, att envar som tar del av vad jag sagt borde kunna inse det ytliga och ovetenskapliga i föreställningen, att en rättssats kunde karakteriseras såsom en handlingsregel för människorna.

Naturligtvis har det verkan på människornas — både domarenas och

[5] Jfr s. 125 och andra sidor här ovan.

människors i allmänhet — handlingssätt, vilket idéinnehåll som kan utläsas ur lagstadganden och oskrivna rättssatser. Men kausalkedjan är här ytterligt komplicerad. Det måste vara fråga om ofta en mängd, alltid ett större eller mindre antal skilda rättssatser, jämte medvetandet om deras tillhörighet till rättsmaskineriet, om deras uppehållande genom rättskipningen. Men detta medvetande — än fullt och klart, än svagare och mera oklart, kanske blott instinktivt — verkar ej alltid på samma sätt. Skillnad föreligger här dels alltefter rättssatsernas olika art och innehåll, dels ock alltefter olika människors psykiska läggning. Jag behöver blott erinra om, vad jag ofta betonat, uppehållen strafflags förmåga att gripa fatt i den allmänna »moralen» mot de straffbelagda handlingarne, det vill säga rycka moralinstinkterna, framför allt mot de grövre brotten, med sig.[6] I mindre grad gäller detta ifråga om strafflagar mot andra brott, ävensom om culpa-regeln. På vissa människor verkar dock uppehållandet av både strafflagar och culpa-regeln direkt avskräckande eller i allt fall medvetet avhållande från handlingarne ifråga. I många situationer och beträffande åtskilliga strafflagsstadganden, är detta rent av vanligen händelsen. Bortsett från det sagda har man överhuvud vid beaktandet av den ifrågavarande kausalkedjans komplicerade natur att taga särskild hänsyn till det allmänna rättsmedvetandets på rättviseförutsättningen vilande föreställningar, i sig själva helt irrationella och därför ställande snart sagt alla hithörande sammanhang rakt på huvudet, men indirekt påverkade av sociala värderingar och därigenom formande sig i anslutning till lagarne, såvitt dessa stå i viss överensstämmelse med vad som kan uppfattas såsom samhälleliga intressen. Kort sagt, inflytandet på människornas handlingssätt av lagars och oskrivna rättssatsers uppehållande är beroende av det mest invecklade komplex av psykiska faktorer, omväxlande påverkade av och påverkande både domares (samt andra statsorgans) och enskildas handlingssätt.

Vad kunde det väl ha för mening att ur detta invecklade rättsmaskineri taga ut den eller den rättssatsen för att bestämma denna såsom en i en viss situation tillämplig rättsregel? Så mycket måste man dock redan inse av vad som visats här faktiskt förelöpa, att det dock icke går att göra några bestämningar på rättens område, om man i varje ögonblick underlåter beakta, att vad jag kallat rättsverksamheter erfarenhetsmässigt ha ett syfte, och vad detta syfte erfarenhetsmässigt måste vara, när man väl frigjort sig ur rättsideologiens grepp; vidare

[6] Se mångenstädes i mina skrifter, senast i SvJT 1946 s. 648–652.

om man underlåter beakta, att den eller de »rättsregler», som man griper ut till undersökning, är det rena ingenting, om icke deras funktion i ett rättsmaskineri tillräckligt detaljerat antydes; med ett ord, om man vid respektive fråga underlåter beakta vad vi kunna iakttaga av det, som faktiskt sker i vad vi kalla rätten.

I det föregående har jag använt termen rättssats för det, som plägar betecknas såsom rättsregel, erinrande om att termen rättssats — täckande även sådana uttalanden eller formuleringar i skriven eller oskriven lag, som icke pläga hänföras till rättsregler — vore mycket vidsträcktare användbar än i av mig här brukad mening[7], som därför skulle kunna sägas avse rättssats i mera inskränkt betydelse. Emellertid förhåller det sig nu så, att domaren ofta icke alls har någon, i allt fall icke tillräckligt många eller utförliga rättssatser att tillgå vid dömandet. Detta måste ju utgöra ytterligare skäl för att det icke är några rättsregler, icke ens i mening av handlingsregler för domaren, som tillämpas i rättskipningen, och att det följaktligen är ovetenskapligt att karakterisera någon rättssats såsom en rättsregel.

Innan jag med hänsyn till det sist sagda ytterligare belyser rättsregelsfrågan, tror jag, att detta är den lämpliga platsen för att på följande sätt sammanfatta min syn på rättsregelsspörsmålet, såvitt som den förestående kritiken givit vid handen:

Även om man i rättsregelsbegreppet icke inlägger tanken på något normativt, d. v. s. på befallning eller förbud eller på kraftkälla för orsakssammanhang mellan faktum å ena sidan, rättsföljd i form av rättighet, rättsplikt, rättsförhållande etc. å andra sidan, synes det mig likväl vara ofrånkomligt, att *karakteriseringen* av vad jag nu kallat rättssats i inskränkt betydelse såsom en *rättsregel förutsätter abstraktion* från vad som här är hela den väsentliga *verkligheten*, nämligen *rättsmaskineriet och rättssatsens tillhörighet till och funktion i detta*, och att begreppet rättsregel därför utgör en overklig *överbyggnad* på det i funktion varande *rättsmaskineriet* samt *såtillvida* är analogt med begreppet materiell eller objektiv rätt i rättsideologisk mening.

RÄTTSREGELSFRÅGAN YTTERLIGARE BELYST.

I det föregående har det nu blott varit direkt fråga om två — i avseende å C:s skadegörelse å A:s sak — ovanligt klara och tydliga rättssatser. Låt mig nu erinra om några mer eller mindre ofta förekommande svå-

[7] Ovan s. 127.

rare rättsfrågor, såsom exempelvis dessa: skall i en viss situation principalansvar utdömas; skall i en annan situation farlighetsansvar och i en tredje t. ex. immissionsansvar utdömas? Har reklamation fullgjorts eller icke i sådana fall, då dylikt fullgörande har betydelse av rättsfaktum? Eller har frågan om fullgjord eller underlåten reklamation i det föreliggande fallet överhuvud icke någon betydelse för domen? Är det faktiskt utredda felet i köpt gods eller det lika faktiskt utredda dröjsmålet med dess avlämnande att anse såsom av ringa betydelse eller icke? Vidare: domaren känner alla till ett visst fall hörande fakta men måste fatta ståndpunkt till exempelvis följande frågor: Var antagande svar å anbud med hänsyn till omständigheterna att betrakta som accept eller som avslag i förening med nytt anbud? Har en rättshandling, som det heter, rättstridigt framtvungits? Har svaranden vid dess tillkomst *begagnat* sig av kärandens trångmål, oförstånd, lättsinne etc.? Var det stridande mot tro och heder att under de utredda förhållandena göra rättshandlingen gällande? Har en s. k. förutsättning för ett löfte brustit? Har ett sådant bristande överhuvud någon betydelse för domarens ställningstagande i det föreliggande fallet?

Efter en mer eller mindre grundlig forskningsverksamhet i alla dylika fall från domarens sida dömer han nu antingen så eller så. Om domaren anses ha tillämpat en rättsregel av det eller det innehållet, så frågas ju ovillkorligen: hur har man kunnat konstatera detta? Svar: endast genom att sluta sig därtill från domen. Men detta vore ju att vända bak och fram på saken. Ty med rättsregel menar man ju någonting, som domaren tillämpar, alltså något som tänkes givet före domen och vara bestämmande för denna.

Det vore sofistik att säga, att domaren efter det han tagit fullständig kännedom om fakta i målet, visserligen icke genast eller kort tid därefter kunde utfinna den rättsregel, som vore att tillämpa, men att han småningom och genom en grundlig forskningsverksamhet upptäckt densamma. Vi förstå ju alla, att i de fall, där sådana forskningar krävas, en *annan* domare efter i samma skala bedrivna forskningar kanske skulle ha kommit att använda en rättsregel med annat innehåll i fallet. När man har trott på begreppet rättsregel, har man ju alltid därmed föreställt sig en maxim med *giltighet* för *alla* situationer av ett visst slag. Häremot strider det, att två, ja kanske flera, till olika resultat förande rättsregler skulle kunna användas i identiskt likartade fall.

Naturligtvis kan man krysta till saken genom att säga, att blott i en av dessa olika domar den verkligen tillämpliga rättsregeln kommit till användning, eller att ingen av de lanserade rättsreglerna varit den till-

lämpliga, d. v. s. »riktiga». Man utgår då kanske från s. k. positiv rätt med kvaliteten att vara *absolut lakunfri*, alltså fullständig, vilket är en fiktion. Man kan möjligen också tro sig klara saken genom att säga, att rättsregel är en princip som blott *i allmänhet, vanligen* etc. kan förutses tillämpas (jfr Ahlander s. 77). Dylikt tal ginge dock icke ihop med föreställningen om en rättsregel. Det kunde väl icke heller vara till någon hjälp gentemot vad jag antytt om möjligheten av en eller flera skilda domslut i samma sak eller i identiskt likartade saker. Man skulle ju då kunna »förutse» två eller flera varandra motsatta »rättsregler» såsom tillämpliga i samma fråga (jfr Ahlander s. 129).

Inte heller duger det att proklamera den utvägen, att domaren »fritt finner», d. v. s. såsom en lagstiftare med hänsyn till det föreliggande målet, stiftar den rättsregel (jfr ZGB Art. 1:2), efter vilken han dömer. En sådan »rättsregel» vore ju icke att tillgå, förrän kort före domen i ett visst fall, och den spelade slutligen ut sin roll i och med denna dom. Den kunde ju omöjligen verka som handlingsregel för allmänheten; och lika litet för domaren, eftersom denne själv bestämde »rättsregeln» ifråga och den för domaren i högre instans självfallet icke kunde vara »bindande», d. v. s. utgöra en handlingsregel. Vidare, för fullständighetens skull, vore det irrationellt att antaga, det domaren stiftade en rättsregel för fallet, om han icke kände sin förmåga av sådan lagstiftare. Men hur skulle han kunna känna en sådan förmåga utanför schweizisk rätt, om han icke behärskades av »frirättsskolan» eller någon av dennas avläggare? Men även med någon av dessa förutsättningar förhanden, vad sen? Jag torde få anses ha visat, att alla dessa något skiftande läror om domarens »freie Rechtsfindung» innefatta en blandning av motsägelsefulla synpunkter, beroende på att man låter sig dirigeras av den klart ovetenskapliga föreställningen, att domarens »rättsregel» vore att grunda på *rättvisa*, vilken skulle framgå såsom resultatet av en avvägning mot varandra av de båda parternas ömsesidiga intressen (med de grunder som för dessa kunde åberopas). Fullföljdes verkligen denna rättviselinje, bleve man, nolens volens, oförmögen att få in några sociala synpunkter. Dessa kunna endast anläggas i mån av rättviselinjens uppgivande.

Alla nu berörda svårigheter med rättsregelföreställningen slipper man från genom att alls inte utgå från, att dömandet skedde i enlighet med rättsregler, utan i stället söka förstå, att domaren vanligen — i full analogi med en på vanligt sätt aktsam fartygschef, ingeniör, disponent, verkmästare, montör, grovarbetare etc. — i enlighet med förvärvade kunskaper och erfarenhet efter bästa förstånd och med största om-

sorg utövar sin verksamhet i harmoni med hela syftet med rättsverksamheterna och för att bidraga till rättsmaskineriets möjligast friktionsfria drift.

Osakligheten i talet om tillämpning av lagregler eller rättsregler kan vara mycket slående, också när domaren har uttryckliga lagparagrafer att hålla sig till. Tänk t. ex. på vissa stadganden i avtalslagen, t. ex. de nyss antydda om rättshandlingars ogiltighet eller åtskilliga stadganden i köpelagen och naturligtvis flera andra ställen. Domaren har här kanske alls ingen hjälp av blotta lagorden. Men han kan ofta icke ens komma till något brukbart resultat genom att endast utforska *lagordens faktiska innebörd*, icke ens om han därvid kan stödja sig på motiv och tillkomsthistoria i övrigt. Han nödgas dessutom bl. a. söka stöd i rättspraxis, därvid — om möjligt — systematiserande innehållet i prejudikaten, i hopp om att få detta samstämmigt. Han går kanske också till utanför fallet liggande stadganden, i vilka han kan hoppas finna hjälp genom analogisering. Denna hjälp kan dock i sin tur förutsätta, att han utforskat *dessa* stadgandens faktiska innebörd, vilket krävt mer eller mindre omfattande studier angående deras tillkomsthistoria m. m. Mycket ofta tager domaren också — vare sig han är rättsideolog eller inte — intryck av det s. k. allmänna rättsmedvetandet, vars föreställningar utgöra sociala realiteter, även om deras idéinnehåll är chimäriskt. Han kan vidare både teoretiskt och värderingsvis taga hänsyn till socialekonomiska förhållanden. En viktig synpunkt för honom, när han söker sig fram till avgörandet blir — även utöver möjlig laganalogisering — icke sällan ett beaktande av behovet av *kontinuitet* i fråga om lagars innebörd och i fråga om rättskipningen, en *kontinuitet* erforderlig icke mindre för bibehållande av vördnaden för rätten än av hänsyn till den allmänna omsättningen och dennas förutsättning, en allmän känsla av trygghet i handel och annan samfärdsel mellan människorna. Jag tycker, att man av det nu sagda borde tydligt kunna se, att det blott rör sig om tillvägagångssättet eller medlen för utförande på bästa sätt av en ändamålsbestämd verksamhet i full analogi med tillvägagångssättet för, medlen för utförandet av vilken profan mer eller mindre invecklad verksamhet som helst.

Men även om vi bortse från allt det nyss sagda och tänka oss att det utan all denna möda varit möjligt att påvisa, att ett lagstadgande hittills varit felaktigt uppfattat och att det i verkligheten hade viss annan innebörd, så vore det icke blotta fastställandet av denna nya innebörd i stadgandet, som förnuftigtvis kunde leda till något. Resultatet, uppfattningen av lagstället i den nya, riktiga tolkningen såsom vad man

kallar »gällande rätt», måste i verkligheten vara beroende på ytterligare en synpunkt, nämligen att det värderas såsom angeläget vare sig direkt eller indirekt (via rättsideologien) ur social synpunkt, *att* givna lagstadganden upprätthållas i enlighet med sin *verkliga* innebörd, såvitt som denna kan fastställas.[8] Denna sociala synpunkt kan dock tänkas överflyglas av en annan sådan. Stadgandet kan nämligen tänkas i sin hittillsvarande »falska» tolkning ha tillämpats så ofta eller så länge, att övergåendet till den nya, i och för sig »riktiga» tolkningen, skulle kunna befaras rubba trygghetskänslan och därmed skulle kunna bli skadligt för samhällsekonomien. Vilken av dessa båda sociala synpunkter som bör bli segrande är självfallet en värderingsfråga, i sista hand vilande hos högsta domsinstansen, därest icke lagstiftaren ingriper med ett förtydligande stadgande. Av det sagda torde inses, att ett lagstadgande *såsom sådant*, d. v. s. *i och för sig*, i *rättsligt* avseende *ingenting* är, om icke *den* värderingen tillkommer, att uppehållandet av lagen i denna innebörd är ett samhälleligt (eller möjligen i rättvisan grundat) intresse och därför bör äga rum. Beaktas detta, skall man finna, att skillnaden mellan ett betraktelsesätt *de lege ferenda* och *de lege lata* utjämnas och att fastställandet av en förut icke känd mening hos vad man kallar lagstiftaren just blir ett yttrande *de lege ferenda*. Så måste det förhålla sig just därför, att orden såsom sådana i en lag, även om deras innebörd är otvivelaktigt given, *ingenting* är utan den tongivande värderingen, att de böra uppehållas såsom lag, vare sig denna värdering *omedelbart* har sin grund i rättsideologiska föreställningar eller i hänsynstagande till vad som anses motiverat ur social synpunkt. Det är sant, att detta är en observation, som lätteligen kan förbigås, därför nämligen att det i allmänhet utan vidare värderas antingen såsom orättvist eller ock såsom stridande mot sociala synpunkter att negligera klara och otvetydiga rättssatser, till och med om de äro oskrivna, om de blott otvivelaktigt anses tillhöra sedvanerätten. Men om icke likvisst åtminstone den nu berörda värderingen — att klara lagord, skrivna eller oskrivna, böra uppehållas såsom lag — funnes, när lagorden ifråga icke i sig själva anses framsprungna ur rättvisa eller samhällsnytta, skulle de ofelbart ha kommit eller komma att betraktas som döda bokstäver.

Om domaren *städse endast* behövde följa till innehållet klara rättssatser, då vore det kanske svårare att övertyga sig om att det i verkligheten icke finns några rättsregler. Men när vi i situationer av den art, som jag nu antytt, aktualisera för oss, hur man ofta måste gå till

[8] En sådan värdering är dock ingalunda undantagsfri. Se t. ex. ovan angående Ekelöf s. 105 och angående Germann s. 105 f.

väga för att kunna avgiva en dom — till och med när man haft uttryckliga lagparagrafer att hålla sig till — då måste vi, tycks det mig, förstå att det är meningslöst att säga, att den eller de rättsreglerna blivit tillämpade, och inse att det i stället har rört sig om tillvägagångssättet för eller om användningen av vissa medel för utförandet i det konkreta fallet av en viss verksamhet, utgörande denna ett led i en större verksamhet till vinnande av ett visst syfte, nämligen vad som enligt på visst sätt framgående värderingar betraktas som samhällets och — eftersom vi ha tankarne på ett demokratiskt samhälle — de där levande människornas bästa. Och då måste vi också lättare kunna förstå, att det även vid de enkla, klara och otvetydiga rättssatserna har varit utan all mening att betrakta dem som rättsregler.

Jag tror, att jag sagt tillräckligt för styrkande av min tes, att det gängse talet om »rättsregler» rör sig på ett osakligt plan. Realitetsfrågan blir städse: vad är det som bestämmer domstolarnes och människors i allmänhet handlingssätt? Och då kommer man, som jag nu så ofta sagt, in på hela rättsmaskineriets invecklade komplex, varom jag försökt här giva några antydningar. I detta komplex (faktiskt dominerat av människornas intresse att få fortfara att leva i ett samhälle, ordnat så mycket som möjligt enligt deras behov och önskningar) spela naturligtvis i en dom till användning komna skrivna eller oskrivna rättssatser — därest nu dylika verkligen finnas att tillgå — större eller mindre roll. Men såsom *sådana* — utan att ses i sitt sammanhang med hela detta hart när outrannsakliga komplex av påverkande och påverkade faktorer — äro rättssatserna (de s. k. rättsreglerna) en otänkbarhet. Hur regelmässigheten uppstår har jag sökt angiva i det föregående.

Och jag vill här slutligen tillägga, att hela domarkåren har sin sociala betydelse framför allt därigenom, att kårens verksamhet utgör ett särskilt, absolut oumbärligt medel för realiserandet av vad jag kallar samhällsnyttan, d. v. s. de sociala värderingar, som med viss styrka och på visst sätt gjort och göra sig gällande. Genom denna inställning från domstolarnas sida komma deras handlingssätt att — trots fåtalet uttryckliga lagar och trots möjligheterna ur formell synpunkt till skilda tolkningar av dem — allmänt sett vara konstanta, d. v. s. en viss likformighet eller överensstämmelse att uppstå i domslutens innehåll. Det vore mycket förhastat att invända, att vårt land överflödade av lagar. Ty ännu är fältet långt ifrån fyllt. Det kommer aldrig att bli fyllt, och mångtolkningsbarheten kommer att fortfara. En sådan invändning skulle också förbise, att vi i flera hundra år haft ett lagbundet samhälle i trots av ett högst begränsat område för lagar. T. o. m. när jag tog juris-

utriusque kandidatexamen, fanns inte köpelagen och ännu mindre avtalslagen. För övrigt behöver man ju blott hänvisa till Englands både »common law» och »equity law». Emellertid; nyssnämnda likformighet eller överensstämmelse i domslutens innehåll i med varandra jämförliga rättsfrågor har naturligtvis i det långa loppet bidragit till underhållandet av den i den gängse åskådningen inneslutna tron på existensen av rättsregler, som hade fristående tillvaro och stodo *över* människorna, däribland naturligtvis även domstolarna, och som dessa hade att tillämpa. Men nämnda tro bottnar *framför allt* i det s. k. rättsmedvetandets naturliga böjelse för idén om rättsliga befallningar och förbud samt om rättssatser angående vissa faktas rättsskapande betydelse, en böjelse auktoriserad av rättsvetenskapen, som alltifrån sin västerländska begynnelse intill den dag som är influerats av naturrätten med dennas föreställning om en absolut eller objektiv rätt, visserligen grundad i människonaturen men icke desto mindre eller, kanske riktigare, just därför höjd över de olika människorna, individerna, själva.[9]

Jag började denna exposé över det s. k. rättsregelbegreppet med att karakterisera rätten som ett maskineri för samhällets bestånd och fortvaro. Domstolarne ha att giva *sitt* bidrag till skötseln av detta maskineri, *sitt* bidrag till dess friktionsfria gång. Detta är domstolarnes verksamhet, rättskipningen eller dömandet.

Låt oss nu först se bort ifrån användningen av klara och otvetydiga lagstadganden och därmed jämförliga s. k. oskrivna satser. Dömandet består nu i verksamheter för vinnande av det syftemål, domaren såsom en av rättsmaskineriets många vårdare eller skötare måste sätta framför sig, vare sig han vill eller icke.[1] Dessa verksamheter kunna bl. a. innefatta allt eller en del av det mer eller mindre mödosamma arbete, som kortfattat skildrats här ovan å s. 148. Självfallet behöva, som antyddes, icke samtliga där avsedda verksamheter ha föregått varje domslut. Men hur mycket eller hur litet av dem som än förekommit, är det likväl alltid klart, att några rättsregler här icke ha tillämpats. Om man nödvändigt vill tala om regler, så har det icke kunnat vara fråga om andra regler än dem som måste iakttagas av domaren för ernåendet av syftet med hans verksamhet *på alldeles samma* sätt, som vilken arbetare som helst, andens eller handens, måste iakttaga vissa regler, för

[9] I vad jag sagt under denna rubrik har jag icke haft anledning frångå mina uttalanden i Obligationsbegreppet II: 1, s. 91–102. Jag har på några ställen här ordagrant återgivit vad jag i nämnda arbete uttalat. Den här givna framställningen är ägnad att förtydliga en del av uttalandena i min bok. Därför har jag icke nöjt mig med hänvisningar till denna.

[1] Jfr ovan s. 81 och 130 f.

att kunna fullgöra, vad han åtagit sig gentemot annan, eller vinna det syftemål, som han själv satt för sin verksamhet.

Kanske blir nu emellertid ingen av dessa mer eller mindre betungande verksamheter från domarens sida nödvändig, därför att han genomgående kan använda klara och otvetydiga rättssatser. Men detta är då en sak för sig och strider på intet sätt emot karakteriseringen av domarens verksamhet såsom en annan arbetares. Nu hör det till hans verksamhet att begagna sig av dessa klara rättssatser. Jag menar att efter allt vad jag i det föregående sagt om saken och med den allmänna bilden av rättsmaskineriet för sin blick borde det inses, att ingenting i sak kunde vinnas genom föreställningen om rättsregler eller överhuvud om några regler i specifik mening på rättens område.

Det är vad jag här ovan tillåtit mig säga om det osakliga i talet om s. k. rättsregler — också blott i mening av rättsliga handlingsregler för domare eller människor i allmänhet — som ligger i bakgrunden för ett relativt mycket kortfattat och därför säkerligen för mången svårförståeligt uttalande, som jag gjorde för mer än tio år sedan och därefter upprepade.[2] Efter den framställning, jag nu givit synes mig emellertid uttalandet vara lättfattligt och möjligen kunna göra tjänst som ett slags total sammanfattning av vad jag här ovan sagt till kritik av vanliga föreställningar om begreppet rättsregel[3], varvid man kanske likväl bör hålla i minnet den särskilda sammanfattning av denna kritik, som jag ovan tillåtit mig göra.[4]

Till sist må sägas, att jag — trots min kritik av rättsregelsbegreppet — alltjämt finner det praktiskt att använda *termen* rättsregel, icke blott i dagligt tal utan även i rättsvetenskapliga arbeten, när det icke just hänger på en inblick i de hithörande faktiska sammanhangen. Men när denna inblick är av vikt, d. v. s. i själva den vetenskapliga diskussionen på ett område, där kunskapen om dessa realiteter måste bestämma resonemangen, där duger det icke att argumentera med hänvisningen till den eller den rättsregeln, vare sig såsom handlingsregel eller i den mening, att enligt densamma det eller det faktum skulle medföra den eller den rättsföljden. (Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 93, och se Ahlander s. 128.)

[2] I Festskrift tillägnad Thore Engströmer, 1943 s. 110 n. 2; Bd I, noten å s. 527 f.

[3] Jag har på båda ställena, efter Olivecrona, använt uttrycket »handlingsmönster» för det som man plägar kalla rättsregel. Jag är numera icke så övertygad om detta uttrycks fullständiga »oförarglighet» och har därför här i stället använt ordet rättssats, såsom innefattande blott en formulering i vad vi kalla lag, skriven eller oskriven, och därigenom utgörande en helt och hållet neutral term. Man märke blott, att fråga är om rättssats i inskränkt mening, d. v. s. blott sådana uttalanden i skriven eller oskriven rätt, som täcka dem, vilka gå under benämningen rättsregler.

[4] Ovan å s. 145.

Vikten av realiteternas så vitt möjligt fullständiga beaktande i juridiskt skriftställarskap.

Allmän anmärkning.

Många försök ha gjorts att komma till rätta med vad jag en gång genom titeln på ett av mina arbeten betecknade som »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft». Såvitt jag kommit i kontakt med dessa försök, måste jag beteckna dem som mer eller mindre misslyckade, hur lärorika särskilt en del av dem varit, därigenom att studiet av dem vidgat min egen blick. Duguit's grundlära har jag kritiserat.[5] En del andra franska auktorer har jag behandlat mer eller mindre utförligt i Bd I. Där tog jag även upp Harper's, ävensom den intressante Roscoe Pound's (båda amerikanare) synpunkter.[6] Här ovan har jag påvisat ovetenskapligheten i de läror i Tyskland, Österrike och Schweiz, som tillhöra »die Freirechtsbewegung». Förut hade jag tagit upp Gény, grundaren av motsvarande rörelse i Frankrike.[7] Alla hithörande författare framföra, i större eller mindre skala, värdefulla iakttagelser och reflexioner, men ha icke frigjort sig från, ja, icke ens försökt tillfullo frigöra sig från de rättsideologiska, de metafysiska tankebanorna.

De två nyssnämnda amerikanarne berörde jag här ovan (s. 119 ff.) i samband med en tredje författare från U. S. A. vid namn Prosser. Dennes därvid omnämnda »Handbook» har stor praktisk betydelse för kännedom om amerikansk skadeståndsrätt. Då det icke finns någon särskild anledning för mig att senare taga upp hans grundåskådning till granskning, skall jag tillåta mig här säga några ord om densamma, vilka

[5] I artikeln »Har Duguit's rättsteori något underlag i fakta?» i Festskrift tillägnad Axel Hägerström 1928 s. 84–110. Se även Die Unwissenschaftlichkeit etc. I s. 276–318.

[6] Se Bd I s. 223–244. Pound's lära synes hava varit väsentlig förebild för Harper's grundläggande åsikter.

[7] Se Die Unw. I s. 342–351. — Då (den historiska) rättspositivismen naturligtvis betraktade sig som ett vetenskapligt framsteg gentemot historiska skolan (varom se Obligationsbegreppet II: 1 s. 18 ff.), bör kanske nämnas, att jag tagit upp också rättspositivismen till granskning i Obligationsbegreppet II: 1 s. 26–183.

icke lämpligen kunde inpassas inom den ram, där jag i det föregående berörde hans ståndpunkt. Prosser strävar uppenbarligen — liksom så mången annan rättsvetenskapsman, icke minst i Amerika — efter att komma ifrån vissa ideologiska begrepp eller, om han använder rättsideologiska uttryckssätt, att precisera deras betydelse så, att denna blir förment oantastlig utifrån »modern» rättsåskådning. När sålunda »tort liability» skall vila på »fault», så skall det vara fråga om »social fault» (s. 20 f.), ett fullkomligt meningslöst begrepp, liksom t. ex. objektiveringen av culpa. Ganska förvirrad förefaller mig Prosser's behandling av begreppet »duty», som han dock icke direkt preciserar till »legal duty». Vid talan grundad på »negligence», säger han reservationsfritt, »duty is (eller »may be defined as») an obligation, recognized by the law, to conform to a particular standard of conduct toward another». Prosser beklagar, att den »duty», vars åsidosättande är förutsättning för »negligence», i anglo-amerikansk rätt till skillnad från »continental law» endast är »relative», d. v. s. att talan förutsatte »the breach of a duty owed only to» den skadelidande käranden själv och icke »to some other person». (Jfr nedan s. 367 n. 4.) Denna föreställning om »a relative duty» karakteriserar Prosser såsom artificiell. Men han tycks i själva verket inte heller gilla begreppet »duty» efter »the continental law» och säger till och med, att åsikten om en blott »relative duty» i en »negligence action» såtillvida har uppenbara förtjänster, som därigenom en begränsning av ansvaret göres. Om svarandens »wrong» består i skapandet av en risk, så borde hans ansvar »be bounded by that risk». Men, säger Prosser strax därefter, det är mycket, som talar för »the idea of an absolute wrong adopted by the dissent»[3a], vilket synes betyda, att man svarar oberoende av en »relative duty», därmed också, förefaller det, oberoende av »negligence», om skadan blott tillfogats käranden genom att svaranden »admittedly has departed from a social standard of conduct». Såsom Prosser säger, har emellertid Restatement of torts antagit uppfattningen, att det vid negligence inte finns någon »duty to the unforeseeable plaintiff», vilket väl måste betyda, att ansvaret vid »negligence» förutsatte en »relative duty», fastän man tydligen vill

[3a] »Adopted by the dissent» torde ha betydelsen, att »the idea» ifråga skulle kunna hävdas med hänsyn till den rådande meningsskiljaktigheten inom judikaturen. Prosser hänvisar nämligen, s. 184 n. 85 bl. a. till en s. k. »note» i Columbia Law Review, 1929 s. 53–61, vars förf. (sannolikt tillhörande redaktionen) redogör för en del cases (bl. a. Palsgraf v. Long Island Railroad Co.) av skiftande innebörd angående »The extent to which foreseeability as to the persons injured is required in imposing liability for negligence». En »relative duty» tycks ha den betydelsen att blott vara »a duty to the foreseeable plaintiff».

komma ifrån detta begrepp och därför t. ex. i Restatement i stället uttrycker saken så:

»If the actor's conduct creates a recognizable risk of harm only to a particular class of persons, the fact that it causes harm to a person of a different class, to whom the actor could not reasonably have anticipated injury does not render the actor liable to the persons so injured.» Restatement of Torts § 281. Beaktar vi det fall, som här särskilt anses ligga i bakgrunden (Palsgraf v. Long Island Railroad Co., omkr. 1928, varom bl. a. Prosser s. 183), så skulle vi på vårt juristspråk i detta fall säga, att svaranden friades från ansvar, redan enär skadegörelsen icke varit adekvat.

Emellertid förekommer nu i detta sammanhang i Prosser's framställning ideligen begreppet duty, till sist dock blott inom citat-tecken, utmärkande, att fråga blott vore om ett i och för sig intetsägande ord. Och redan på ett tidigt stadium har följande uttalande gjorts:

»But it should be recognized that 'duty' is not sacrosanct in itself, but only an expression of the sum total of those considerations of policy which lead the law to say that the particular plaintiff is entitled to protection.» (Se till allt det om »duty» sagda Prosser s. 178 ff. — Å s. 185 säges »duty» vara »nothing more than a word».)

Det vore mycket att säga om Prosser's framställning av »negligence-duty» i belysning av detta citat. Först bör kanske nämnas, att det *finns* en »duty» i *verklighetsmening*, nämligen pliktkänslan, som till stor del bestämmer människornas i samhället handlingssätt och utan vilken därför all »social engineering» vore otänkbar. Utan någon förståelse för förhållandet mellan bl. a. criminal law och law of torts å ena sidan och en vanligen förekommande pliktkänsla hos individerna för dessas handlingssätt å andra sidan är varje möjlighet till inblick i samhällsmaskineriets karaktär utesluten. Följaktligen är det falskt att påstå, att »duty» vore »only an expression of the sum etc.»

Men vi kunna se bort härifrån, eftersom Prosser förmodligen endast har »legal duty» i sikte. Då är det riktigt, att »duty» bara blir ett ord, en beteckning, en term, varmed någon eller flera rättspolitiska »considerations» betecknas. Men man frågar sig vad Prosser då menar med att — såsom vi nyss sett — proklamera (och det utan någon som helst reservation), att »duty» vore en »obligation, recognized by the law, to conform etc.»? Men för att nu hålla oss till det strax här ovan gjorda citatet från Prosser, så skall den »protection», varom talas och som förut sagts vara »against the defendant's conduct» (s. 180), naturligtvis enligt Prosser samtidigt vara *till skydd för* den ifrågavarande kärandens

intressen. Och nu frågas vad är detta — kärandens *rätt* till (»entitled to») nämnda »protection» — annat än ett lika tomt ord som »legal duty»? Tager man grundlig del av mina analyser av rättighetsbegreppet, förstår man, att här finns ingen hjälp därigenom, att »the law» skulle — föranledd av vissa »considerations of policy» — »säga», att käranden vore berättigad till skydd för intressena ifråga. »Legally protected interests» äro lika chimäriska som »legal rights» och som — »legal duties». Ratar man de sista, gör man klokast i att också rata de först nämnda. De moderna *haltande* rättsideologierna äro mycket virrigare än de äldre, med större konsekvens genomförda. Detta synes mig Prosser's framställning av »negligence-duty» vittna om. Han talar om »absolute wrong», »wrongful», »wrongdoing» — i direkt vilken mening säger han inte. Men klart är att han menar något annat än »rättstridighet» i vanlig mening; förmodligen åsyftar han en persons »socially unreasonable conduct», d. v. s. hans underlåtenhet att iakttaga »a social standard of conduct» (Prosser s. 1, s. 184), på liknande sätt som när han låter »fault» betyda »social fault».

Det är möjligt att allt dylikt måste betraktas som *praktiskt* nyttiga framsteg i jurisprudensen. Men så länge man icke begriper mera av »rätten», d. v. s. av rättsmaskineriet, kan det icke vara fråga om någon verklig juridisk vetenskap. Vad Prosser i kunskapskritiskt avseende synes mig sakna är framför allt två ting. Det ena är förståelsen för rättskänslornas (det s. k. allmänna rättsmedvetandets) konstruktiva betydelse för samhällsbyggnaden på det sätt — icke att de dirigera rättsmaskineriet — utan tvärtom så, att de själva dirigeras till att ingå som tjänande krafter eller faktorer i rättsmaskineriet till möjliggörande av dettas drift. Det andra, som Prosser framför allt saknar, är insikten om vad jag i detta arbete upprepade gånger både ovan och nedan erinrat om under hänvisning till utförligare uttalanden (se ovan s. 59 och s. 120 men framför allt nedan s. 195 ff.), nämligen att begreppet skada i juridiken, d. v. s. »losses suffered by private individuals in their legally protected interests» (Prosser s. 1), är en *petitio principii*, i det att idén om dylikt *förutsätter* skadeståndsrättens och en del av straffrättens, därmed naturligtvis också rättsmaskineriets, uppehållande. Prosser saknar m. a. o. insikt om, att också den modernaste skadeståndsrätten är helt renons på vetenskaplig grund, fastän den talar om »social fault» och »social standard of conduct» och betraktar »duty» såsom »nothing more than a word». — Prosser's bok är detta oaktat ett högviktigt arbete. Men naturligtvis icke på grund av sin vetenskapliga halt utan därför, att förf. med ledning av Restatement of Torts, en *mängd* annan rättslitteratur

(bortåt »2 000 articles, notes and comments in legal periodicals») och cirka 15 000 cases givit en utomordentligt betydelsefull »Handbook of the law of torts».

Härefter går jag att beröra en europeisk trio av auktorer. Två av dem har jag på annat ställe granskat, varför tonvikten här kommer att läggas på den tredje, som nog också är den, som förtjänar största intresset.

KORNFELD, HOEL OCH JAEHNER.

Kornfeld (Ignatz) väckte på sin tid uppmärksamhet genom sin »soziologische Rechtslehre», i stora partier utomordentligt saklig. Han vill intet ha att skaffa med den »s. k. sociologiska jurisprudensen». Här, säger han, är ordet »sociologisk» icke använt på ett exakt sätt, emedan det »nicht das sozial *Nützliche* oder *Wünschenswerte*, sondern das innerhalb der menschlichen Gemeinwesen *Gesetzliche* oder *Regelmässige* bedeutet».[8] Trots denna inställning och trots mängden av sakliga iakttagelser och skarpsinniga reflexioner hamnar Kornfelds lära i så grundlösa föreställningar, att man vid läsningen först tror, att man helt och hållet har missförstått honom. Kornfeld's tal om »soziale Machtverhältnisse» eller »die Rechtsverhältnisse sozialer Macht und sozialer Machtbeschränktheit» (befogenheter och förbindelser), liksom hans föreställning om den i rätten relativa (till skillnad från naturlagens absoluta) »Gleichmässigkeit von Sukzessionen und Koexistenzen», allt beror på de mest våldsamma abstraktioner från de fakta, vår erfarenhet giver vid handen.[9]

Även en norsk författare, Astrup Hoel, synes med hänsyn till vissa sina uttalanden befinna sig på radikalt sakliga linjer. Också om jag för min del inte kan instämma t. ex. i alla Hoels *kritiska* reflexioner om rätten i objektiv mening[1], har jag dock vid läsningen av dessa sidor ett intryck av att jag hade att göra med en för sakliga sammanhang utpräglat intresserad författare. Men när fråga blir om hans positiva inställning, låter han denna, bildligt talat, nära nog sväva i luften. »Det principielle utgangspunkt», säger han, »for hele vor virksomhet kan alene være at vi beslutningsmæssig har at knytte retsvirkninger till reale livsforhold.»[2] De reella levnadsförhållandena i fråga skola utgöras av »eiendoms-, bruks- og panteforhold, av leie-, kjøbs-, selskaps-, forløfte-

[8] Kornfeld s. 65.

[9] Jag har icke tillfälle att här till närmare granskning taga upp Kornfelds rättsåskådning utan får hänvisa till min framställning i Die Unw. I s. 321–341.

[1] Se Hoel Retsmetode s. 50 ff.

[2] Hoel, Retsmetode s. 65. Med »vor» och »vi» torde förf. här mena rättsvetenskapen. Å s. 62 f. heter det: »Det er nemlig efterhaanden blit indset og fremholdt

og forsikringsavtaler, av konkurs- og procesforhold, skadegjørende handlinger etc., overhodet av private og offentlige komplikationer av den forskjelligste art».[3] Dessa levnadsförhållanden kunna, säger Hoel, kallas rättsvetenskapens *första realitetskrets*. De skola tydligen utgöra *på sig själva vilande* storheter, ty det är till dem som den *andra realitetskretsen* ansluter sig i form av »love, sedvaner, tidligere retsavgjørelser m. v.»[4] Dylika utgjorde i högre eller lägre grad *stöd* för gällande rätt, som dock endast finge identifieras med de »beslutningsmæssige retsresultater», d. v. s. de rättsverkningar som »beslutningsmæssig» hade knutits till »de reale livsforhold», ty »kriterium for en regels karakter av 'gjældende ret' er netop at søke i vor egen beslutningsmæssige godkjendelse».[5] — Det torde icke vara för starkt att påstå, att trots alla goda ansatser själva huvudsaken av Hoel kommit att ställas rakt på huvudet.[6]

Som nämnts hade jag tillfälle att beakta Kornfelds och Hoels skrifter i min »Die Unwissenschaftlichkeit etc.» I, av år 1932. Ett år därefter utkom ett arbete, i resultatet åtminstone på en väsentlig punkt påminnande om Kornfelds och Hoels teorier. Förf:s namn är Jaehner. Redan titeln på hans bok, »Der Mythos vom Recht etc.» utvisar, att förf. menar sig framlägga grunderna för en rent empirisk rättsvetenskap. Jag såg, att han misslyckats, eljest skulle jag tidigare ha omnämnt Jaehners skrift. Jag hade tänkt taga upp densamma i Bd I i »Tredje avdelningen», men utrymmet räckte icke till. Första bandet av min »Die Unwissenschaftlichkeit» är det enda arbete av annan författare, som Jaehner omnämner i sin bok, visserligen blott i förordet och, som vi strax skola se, på ett ganska föraktligt sätt. Jag anser det därför riktigast, att hans arbete icke undantages från granskning i denna skriftserie och finner ingenstädes platsen därför vara lämpligare än här efter en framställning, som torde göra ett särskilt svar på hans andragande av bristerna i min »Die Unw. I» överflödigt.[7] Emellertid skriver han nu om mitt ifrågavarande arbete följande:

---

at det specifikt positivretslige ræsonnement i stor utstrækning tenderer mot et *viljeutslag* eller — som vi vil foretrække at uttrykke oss — en *beslutning*. I sin mest karakteristiske form gjør dette moment sig naturligvis gjældende i den praktiske retspleie. Men ogsaa i retsvidenskapen har det sin utvilsomme plads. Forskjellen er kun den at de retsteoretiske beslutninger ikke direkte gaar ut paa en anordning av retsvirkninger, men kun paa en *fordring* om hvorledes der i saa henseende skal forholdes.»

[3] Hoel, Retsmetode s. 72.

[4] Hoel, Retsmetode s. 72.

[5] Hoel, Retsmetode s. 72 jfd med s. 66.

[6] Jag har ägnat en något utförligare kritik åt Hoels på v. Kries grundade teorier i Die Unw. I s. 352–362. — Se även ovan s. 48 n. 9.

[7] Österrikaren Josef Schenk, som på sin tid i Zeitschrift für öffentliches Recht

»Nach Fertigstellung meiner Arbeit kommt mir das Buch von Dr. Lundstedt 'Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Berlin 1932' in die Finger. — An einigen Stellen berühren sich seine Gedanken mit den Ausgangspunkten meiner Darstellung in Kap. I und II. Es handelt sich bei Lundstedt jedoch meines Erachtens um eine ziemlich unvollständige und nur negative Annäherung an die Erkenntnis e i n e s Elementes richtiger Rechtserkenntnis. Es fehlt die Erkenntnis der Genussreihen, der Vorstellungsreflexe, der Bedeutung des typischen Handelns überhaupt und des typischen richterlichen Handelns bei Streit, die sprachpsychologische Erklärung des subjektiven Rechts als scheinbarer (aktiver) Qualifikation des durch den richterlichen Eingriff Begünstigten, der Rechtspflicht als entgegengesetzter (scheinbarer) Qualifikation des vom richterlichen Eingriff Benachteiligten, die Erklärung der Vorstellung von der juristischen Person, der Vertretung usw. Auch die Vorstellung des objektiven Rechts ermangelt bei Lundstedt der notwendigen psychologischen und empirischen Erklärung. Das Verhältnis von Gesetz zu Recht ist nicht erkannt. Es fehlt ferner vor allen Dingen die durchgehende Kritik der einzelnen überlieferten Rechtsbegriffe, wie sie in meiner Schrift gegeben ist. Darum bleibt das, was Lundstedt bringt, im wesentlichen spekulative Hypothese, nicht aber unter Tatsachenbeweis gestellte empirische Erkenntnis. Derartig allgemeine und hypothetische Gedanken zu haben, steht am Anfang einer Arbeit, wie sie mein Buch darstellt. Schon mein erwähntes Kapitel I habe ich zum Beispiel im wesentlichen vor mehr als 20 Jahren geschrieben. Die Schwierigkeit einer wissenschaftlichen Forschung besteht in dem empirischen Nachweis des intuitiv Erschauten an Hand der Einzeltatbestände. Die Veröffentlichung blosser allgemeiner Gedanken ohne diesen empirischen Einzelnachweis halte ich für verfrüht und ebenfalls für 'unwissenschaftlich'.

Das Buch von Lundstedt gibt mir keine Veranlassung, meine Ausführungen zu ergänzen oder abzuändern.»[8]

Med dessa ord avslutar Jaehner sitt förord. Därefter finnes min åskådning givetvis icke (för övrigt som sagt icke heller någon annan auktors) nämnd i Jaehners bok. Mellan de citerade raderna i hans förord kan man nog läsa en viss irritation i anledning av den mindre angenäma överraskning, som mitt arbete helt naturligt måste ha berett honom, just då hans eget verk skulle gå eller kanske redan låg i press. Att till bemötande upptaga Jaehners citerade anmärkningar emot mitt

Bd XIV givit en utförlig och högst erkännsam recension av min Die Unw. I, var mycket angelägen om att jag genast skulle bemöta Jaehner, trots det att också Schenk klart såg, att Jaehner begått det stora misstag, som jag nu nedan i texten påvisar. Men Schenk fann — och det visserligen icke utan grund — att Jaehners arbete vore »ein sehr bedeutendes Werk eines selbständigen Denkers». Jaehner — visserligen Dr. iur. men redan f. d. Kgl. Preuss. Regierungsrat, när han utgav skriften — betraktade sig sannolikt själv som en slags autodidakt, fritagen från redogörelser för inflytanden på honom från rättslitteraturen. Säkerligen har han också i sitt behov av att i decennier själv genomgrubbla problemen icke gjort klart för sig, vilken rättslitteratur som särskilt, negativt eller möjligen också positivt, påverkat honom.

[8] Jaehner s. VII f.

arbete synes mig meningslöst inför en publik, som känner något till mina skrifter och har läst förestående redogörelse för min rättsåskådning. För övrigt vågar jag uttala mitt tvivel om att Jaehner verkligen hunnit läsa igenom och begrunda den del av mitt tyska arbete, varemot han riktat sin nyss återgivna kritik.

Emellertid har nu Jaehner flera uttalanden, som förefalla högst träffande, t. ex. följande:

»So ist die Vorstellung des subjektiven Rechts (des Anspruchs) eine psychologische Folgeerscheinung eines regelmässig stattfindenden richterlichen Eingreifens. Die überkommene Rechtssprache stellt es umgekehrt dar. Ihr ist das Eingreifen des Richters eine Folge des subjektiven Rechts. Darin liegt das Hysteron-Proteron einer naiven Sprachanschauung, das *proton pseudos* der herrschenden Rechtslehre und der Ursprung der mythologischen Vorstellung vom subjektiven Rechts als einer das Verhältnis des einen Menschen zu anderen bestimmenden, mehr oder minder personifizierten, als persönlich fingierten Willensmacht des 'Berechtigten'. Die mit dieser Vorstellung gegebene Kausalerklärung ist falsch, weil das richterliche Eingreifen das primäre ist, aus dem im Wege der Reflexvorstellung die scheinbare persönliche Qualifikation des Rechtes abgeleitet ist. Es liegt eine Umkehrung des Kausalverhältnisses vor, wobei ich den Kausalbegriff einstweilen unterstelle.»[9]

För övrigt finner man liknande uttalanden på flera ställen i Jaehners bok, avseende även (rätts)plikt (t. ex. s. 8, 16, 41). Men redan vid frågan om rättsförhållande (s. 11 ff.) förlorar sig det sakliga betraktelsesättet. Emellertid finnas goda ansatser till en empirisk syn på den s. k. objektiva rätten (s. 145 ff.). Med god vilja kan jag även t. ex. å s. 194 ff. och 200 ff. utläsa tankar, som påminna om mina egna. Icke desto mindre synes mig Jaehners bok föga ägnad att »öppna ögonen» på folk för rättsideologiens ohållbarhet. Detta beror enligt min mening framför allt på en bristfällighet i hans uppfattning, som framträder redan på en del av nyss angivna sidor vid en närmare granskning. Visserligen talar han i sista citatet om ett domarens *regelmässiga* ingripande.[1] Men frågan *varför* lagar och andra »rättsregler» äro sådana som de äro och konsekvent uppehållas, och *den* betydelse, som detta uppehållande, jämte människornas beskaffenhet såsom psyko-fysiska varelser, har såsom tillhörande grundförutsättningarne för samhällets bestånd och fortvaro — åt allt detta synes Jaehner icke ha skänkt nödigt beaktande.

---

[9] Jaehner s. 2 f.

[1] Se även framför allt hans inledning till kap. om »Objektives Recht», s. 145: »Voraussetzung jedes Vorstellungsreflexes richterlichen Handelns ist, dass dieses richterliche Handeln als *grundsätzlich* eintretend angenommen wird. Grundsätzlich, d. h. unter den gleichen Voraussetzungen, typisch, wiederkehrend.»

Därför har hans rättsåskådning, trots en mängd skarpsinniga, sakligt tenderande uttalanden, såvitt jag förstår, i det hela blivit förfelad. Jaehner borde med den skarpt kritiska syn på rättsideologien, som han visat sig ha, ha kunnat komma fram till en acceptabel syn på rätten. Nu ha emellertid hans ansträngningar utmynnat i en ställvis mycket svårbegriplig framställning, i vilken de av honom kritiserade begreppen »subjektives Recht» och »Pflicht» m. m. faktiskt ersatts med konstiga uttryck kretsande kring något som kallas »Genussreihen», vilka uttryck utgöra full motsvarighet till vad som hittills kallats rättighet eller rättsligt intresse och rättsplikt. Individen skyddas såsom subjekt för dessa »Genussreihen», därigenom att domaren griper in emot störningar i hithörande »Handlungsreihen». Dessa kallas »Genussreihen», därför att de »der Befriedigung irgend welcher menschlichen Bedürfnisse dienen». Störningar i fråga, som kräva domarens ingripande, består i förhindrandet helt eller delvis av en »Genussreihe». På sådana störningar

»reagiert der Gestörte psychologisch, indem er von dem Störer die Beseitigung der Störung, das heisst die Unterlassung der Gegenhandlung fordert. Es ist das die negative Seite seines Begehrens. — Zugleich aber umfasst dieses Verlangen nach Beseitigung der Störung das verstärkte Verlangen nach Herstellung der dem Gestörten ganz oder teilweise entzogenen Genussreihe.»[2]

Denna tanke — individens »Verlangen nach einer Genussreihe oder Beseitigung der Störung» (s. 7) och *förstärkning* av hans ifrågavarande »Verlangen» genom »die richterliche Reaktion» eller »der richterliche Schutz» — är ofrånkomlig hos Jaehner, som *ständigt* i detta sammanhang återkommer till densamma eller till idén om domarens skydd för »das Verlangen» vare sig »nach einer Genussreihe» eller — såsom t. ex. vid vad man kallat fordringsrätt — »nach der Leistung des Schuldners»[3], vilken »Leistung» här skall vara »Gegenstand und der wirtschaftliche Kern der Genussreihe des Gläubigers» (s. 8)[4].

Redan av vad jag sagt måste inses, att Jaehner icke haft klart för sig betydelsen för hela sakfrågan av dessa »richterliche Reaktionen» o. dyl., varom han talar. Fastän han låtit förstå, att fråga är om ett *regelmässigt* ingripande från domstolarnes sida på en parts yrkande, har han dock aldrig tillkännagivit något i samband därmed, som skulle kunna

[2] Jaehner s. 4.

[3] Se t. ex. s. 6–13.

[4] Man lägge märke till att personen sålunda står såsom *subjekt* för eller såsom *innehavare* av »Genussreihen». Här talas om »die Genussreihe» såsom varande borgenärens. Liknande uttalanden finnas på flera ställen. För att taga några exempel: begreppet »Genussreiheninhaber» finner man bl. a. å s. 36, 38 och 65; begreppet »Genussreihensubjekt» t. ex. å s. 36.

utgöra någon grund för detta individens »Verlangen nach einer Genussreihe oder Beseitigung der Störung». Detta »Verlangen» och dessa »Genussreihen» skola ju vara något helt oberoende av domstolarnes verksamhet, eftersom »das Verlangen» genom denna senare skall *förstärkas*. Trots sin insikt om bakvändheten i föreställningen om »rättigheter» och andra rättsideologiska faktorer hamnar Jaehner själv i en exakt lika bakvänd föreställning. Ty vad han tror på och tar till utgångspunkt är i själva verket »rechtlich geschützte Genussreihen»[5], som skola tillhöra en person. Detta är icke på något sätt mera verklighetstroget än föreställningen om rättsligen skyddade intressen, varom se min framställning på andra ställen.[6] Ehuru Jaehner upprepade gånger talar om skilda slag av dessa »Genussreihen», får man ingenstädes något bättre uttryck för hans mening om dem såsom föremål för rättsskydd än genom hans förklaring av vad som utmärkte ett s. k. »Rechtsverhältnis». Detta skall vara »ein Verhältnis zwischen Personen oder von Personen zu Sachen, *verstärkt* (kurs. här) durch die sie treffende richterliche Reaktion». Också därvid[7], fortsätter han, rör det sig endast om »Grundsätze *richterlichen* Handelns gegenüber dem Typ menschlicher Genussreihen als gesellschaftlicher Erscheinungen».[8] Förutsättningarne för »diese richterlichen Eingriffe» skola vara beroende

»a) von der tatsächlichen Entwickelung dieser Genussreihen als Typen des menschlichen Gruppenlebens, b) von der Art und dem Umfang in der die richterlichen Eingriffe die Genussreihen schützen.»[9]

[5] Jaehner har t. o. m. detta uttryck s. 49. Jfr f. ö. citatet strax här nedan från Jaehner s. 15.

[6] Bl. a. Obligationsbegreppet I s. 87 ff. och s. 195–197 här nedan med där gjorda hänvisningar. Se för övrigt framställningen här nedan utvisande, att Jaehner själv, s. 159, talar om rättsligt skyddade intressen såsom föremål för intrång.

[7] Underförstått: liksom vid frågan om »subjektives Recht».

[8] Jaehner s. 13.

[9] Jaehner s. 15. Förutsättningarne ifråga hänför Jaehner under ett nyskapat begrepp: »Werbungstatbestände». Med detta begrepp, varom Jaehner har två särskilda kap. s. 23–35, avser han i det hela, torde man kunna säga, vad som hittills går under benämningen rättsfakta, såvitt dessa äro positiva, d. v. s. vad man hittills kallat »rättsskapande», se Jaehner s. 31. Ett tredje kapitel ägnas åt »Aufhebungstatbestände», med vilka »die Genussreihen aufzuhören pflegen und mit denen infolgedessen auch die Reaktion des Richters zugunsten des bisherigen Genussreihesubjekts sich abstellt», s. 36. Så enkel, som jag nu framställt saken, är den naturligtvis icke. Här saknas kanske icke en del i och för sig beaktansvärda synpunkter. De ha dock på grund av Jaehners stora misstag genom sin tro på dessa »Genussreihen» och på därmed sammanhängande »Verlangen» från subjektets för dessa »Genussreihen» sida, såsom varande till helt oberoende av uppehållandet av vad vi kalla rätten, blivit så tillkrånglade, att jag icke funnit det löna mödan att till belysning av min egen rättsåskådning söka bena upp dem. Jag påpekar blott, att detta ordaval »Werbungstatbestand», »Genussreihen», »Leistungsbezug», »Verlangen», »Begehren», »Aufhebungstat-

Se vi på Jaehners här förut meddelade förklaring till sin benämning »Genussreihe», förstå vi, att det alldeles såsom hos Jhering är fråga om rättsligen skyddsvärda intressen. »Die Genussreihen» tänkas uppenbarligen utbildade till »Typen» oberoende av rättstillämpningen. Sedan är det en särskild fråga, vilka sålunda utbildade »Genussreihen» — såsom innehavda av eller tillhöriga ett visst subjekt — som skyddas genom »richterliche Eingriffe». Emellertid höra förvisso hit »die Genussreihen», som sammanfattas i begreppet »Eigentum», som skall vara

»nichts als die einer umfassenden Sachbenutzung entsprechende, historisch gewordene Reihe menschlicher Handlungen im Reflex jener vorgestellten Reihe richterlichen Eingriffe, die bei Störungen zu deren Gunsten auftreten, also einfach eine höhere Stufe des Besitzes ('Recht' des Besitzes).»[1]

Det saknas nu i Jaehners skrift varje antydan om att denna »Eigentum» får konsistens genom uppehållandet av alla dessa rättssatser om straff och skadestånd till förmån för viss person, ägaren (varigenom denne i allmänhet blir ensam om saken och därför med vissa inskränkningar kan göra vad han vill med den och utnyttja den efter sitt förgottfinnande); det saknas vidare ett angivande av den verkliga betydelsen för »Eigentum» av uppehållandet av lagafångsreglerna och av vad jag kallat vindikationsreglerna; ytterligare saknas det i Jaehners skrift en erinran om verkan av alla dessa rättssatsers uppehållande på människornas förnufts- och känsloliv, deras s. k. rättsmedvetande; slutligen saknas där också varje påminnelse om betydelsen av allt det nu sagdas tillhörighet till och inordnande i vad jag helst kallar rättsmaskineriet. Självfallet saknas också all antydan om hur detta rättsmaskineri hålles i gång och ansas genom rättsverksamheterna, framför allt lagstiftningen och rättskipningen, inkl. domsverkställigheten. Trots Jaehners tal om domarens *regelmässiga* ingripande, har han ingenstädes i sin bok givit uttryck åt betydelsen av allt detta, ja, icke ens av något därav för uppkomsten av dessa s. k. rättsskyddade »Genussreihen», uppenbarligen detsamma som jag, beträffande »äganderätten», kallat ägarens riskfria handlingsmöjligheter ifråga om saken. Detta skulle överhuvud icke kunna ha förväntats från Jaehners sida med hans tro på dessa »Genussreihen» och »Werbungstatbestände» såsom typer i samlevnaden mellan människorna, typer utbildade oberoende av allt rättsligt, ehuru domaren på vederbörligt yrkande principiellt beaktar »die

bestand» o. s. v. tydligen tillkommit i syfte att förebygga, att hithörande förhållanden hade någon som helst *rättslig* karaktär eller förbindelse med rättsideologi. Jfr nedan s. 169 f.

[1] Jaehner s. 10.

Werbungstatbestände» för att efter dessas konstaterande giva skydd åt innehavaren av en »Genussreihe».[2] Jaehner har på flera ställen, t. ex. under rubrikerna »Zusammenhänge und Systematik» och »Personenwechsel»[3], vad jag skulle vilja kalla realitetsbetonade glimtar, men dessa förmå icke genomtränga alla de enligt min mening ytterligt dunkla punkterna. Se blott hur han krystar till vad som i BGB betecknas såsom »Übertragung des Eigentums» (§ 929). De empiriska fakta skola här vara följande, säger han:

»Übergabe der Sache und Aufgabe der — durch Werbungstatbestände der Eigentümerreihe ausgewiesenen — Eigentümergenussreihe zugunsten eines anderen mit dessen Einverständnis. — Weder das Aufgeben des Verlangens einer bestehenden Genussreihe noch das Aufgeben dieses Verlangens zugunsten eines anderen kann als Übertragung der Genussreihe angesehen werden, weil das Verlangen des Nachmannes immer bei ihm psychologisch neu entstehen muss.»[4]

Här bör man emellertid lägga märke till, att Jaehner intet har emot tanken »Übertragung einer Genussreihe» i och för sig. Det är blott tanken på en sådan »Übertragung» utan uppkomst av »das Verlangen des Nachmannes» som han opponerar emot. Här föreligger alltså fullt utbildad metafysik.

Med Jaehners tro på på sig själva vilande »Genussreihen», på dessas »Übertragung», på utbildningen av »Werbungstatbestände», som kommit att beaktas av domstolarne, sammanhänger hans tydligen alltför oklara uppfattning av s. k. objektiv rätt. Härmed menar Jaehner »die Grundsätze richterlichen (Zwangs-)Handelns». Dessa grundsatser kunna, när domaren använder dem in concreto, ge anledning till föreställningen om »rättsnormer», ett begrepp som Jaehner dock tydligen icke tror på. Han ser lagarne i form av »Gesetzesanweisungen» till domaren (eller förvaltningsmyndighet). Också om, säger han, i den nutida staten, »der Faktor Gesetzesanweisung das richterliche Handeln *vorherrschend* bestimmt», så blir det dock alltid, på grund av laganvisningarnes principiellt allmänna karaktär, vid sidan av dem rum »für die richterliche Freiheit».[5] Härmed sammanhänger uppenbarligen hans beteckning av den objektiva rätten såsom principerna för dömandet (das richterliche Handeln). Vad dessa principer närmare är för något, liksom den djupare karaktären hos »die Gesetzesanweisungen», jag menar framför allt, varför lagarne regelbundet uppehållas av domstolarne, och

[2] Jfr Jaehner t. ex. s. 61 f., jfda med s. 4 ff.
[3] Jaehner s. 61 ff. och s. 65 ff.
[4] Jaehner s. 72 och jfr s. 73.
[5] Jaehner s. 147 ff.

inflytandet av detta lagarnes uppehållande på samhällsindividernas handlingssätt — därom saknas i Jaehners bok all verklig utredning. Denna bristfällighet synes mig i sin tur sammanhänga med Jaehners tydliga underskattande av frågan om något, som man skulle kunna kalla det allmänna rättsmedvetandets (innebörd: se Bd I s. 589) inställning i rättsmaskineriet. Att Jaehner med sin åskådning icke vore i stånd till den utredning, som sålunda efterlyses, synes mig skarpt illustrerat av att han mitt i kapitlet »Objektives Recht» kan göra ett uttalande av denna art:

»Normalerweise entwickeln sich die Typen richterlichen Eingreifens auch auf dem Boden der Gesetzesanweisung im *Anschluss* an die natürlich sich entwickelnden Typen der Genussreihen.»[6]

Här ha vi åter ett uttryck för att dessa »Genussreihen», som spela en sådan roll i Jaehners skrift, inte äro något annat än oberoende av rättens uppehållande existerande, alltså på sig själva vilande, faktorer. Några sidor längre fram säger Jaehner gentemot BGB § 823, som talar om »Verletzung eines Rechts», att det i stället för detta uttryck borde heta: »Eingriffe in ein von irgendeinem sonstigen richterlichen Grundsatz geschütztes Interesse (Lebensgut)».[7] Inställningen hos Jaehner är alltså, såsom jag redan erinrat om, i själva huvudpunkten alldeles densamma som Jherings med dennes tro på skyddsvärda och därför också rättsligen skyddade intressen.[8] Hur vore det väl möjligt att med en sådan åskådning, ovillkorligen innefattande tron på objektiva värden, kunna ha en verklighetstrogen uppfattning av det som man plägar kalla objektiv rätt? Och det synes mig alldeles klart — hur tydligt det än är, att Jaehner vid sitt tal om »richterliches Eingreifen» tänker sig detta såsom ägande rum *regelmässigt* — att han i själva verket menar, att s. k. objektiv rätt har sin egentliga betydelse vid domarens »Eingriff» i det enskilda fallet för lösandet av en konflikt, d. v. s. när innehavaren av eller subjektet för en »Genussreihe» störes i sin »Genussreihe».[9] Ehuru Jaehner synes vara på det klara med att postulaten »Gerechtigkeit» och »Billigkeit» sakna objektivitet, tyder hela hans skrift på, att han icke känner någon annan metod än rättvisemetoden. Det gäller att utfinna principen för dömandet i det enskilda fallet, en princip som — därest den icke omedelbart framgår av föregående domar i jämförliga frågor — i allt fall står så mycket som möjligt i överensstämmelse med

[6] Jaehner s. 156.
[7] Jaehner s. 159.
[8] Jfr Obligationsbegreppet I s. 88 ff.
[9] Att die »Genussreihen» skola innehavas av eller tillhöra någon såsom subjekt för desamma har jag förut omnämnt såsom Jaehners mening.

de faktiskt iakttagna »allgemein anerkannten Grundzüge richterlichen Handelns».[10] Det är klart av Jaehners hela framställning, att han egentligen icke något djupare reflekterat över s. k. objektiv rätt och att han begränsat sina reflexioner över densamma till dess användning av domaren. Han torde aldrig ha tänkt sig funktionen av lagar och »oskriven rätt» vara någon annan än den, som framgår av dess användning in concreto vid s. k. rättskonflikter. Man får genomgående det intrycket, att rätten icke vore till för något annat än »die richterlichen Eingriffe»[1], låt vara att principerna för dylika ingrepp sägas böra så formuleras, »dass sie innerhalb des menschlichen Gruppenlebens *Ordnung* schaffen».[2] Detta betyder dock intet annat, än att domaren hade att handla enligt »die allgemeinen Grundsätze der menschlichen Gesellschaft, in die er den Einzelfall einreihen soll».[3] Dylika principer måste emellertid, så snart sådant är möjligt, framgå av en avvägning mot varandra av parternas motstridiga intressen och tillhöra följaktligen rättvisemetoden. Detta sägs visserligen inte av Jaehner, men icke heller något, som kunde tyda på, att detta icke vore hans mening. »Riktigheten» (citattecknen av Jaehner själv) i dömandet, i rätten, vore icke att se under exempelvis en sådan synpunkt som »dem Gesichtspunkt zweckmässiger Ordnung des menschlichen Gruppenlebens».[4] Meningen är tydligen, att

---

[10] Jaehner s. 160 f.

[1] Belysande i sådant avseende är hela kapitlet om »Objektives Recht», s. 145–184.

[2] Jaehner s. 159.

[3] Jaehner s. 158.

[4] Jaehner s. 160 f. En sådan synpunkt kan visserligen, säger förf., anläggas av en kritiker, vilken också kan anlägga andra synpunkter, bl. a. även »die Postulate der 'Billigkeit', 'Gerechtigkeit' usw.». Detta senare hindrar förvisso icke, att det dömande, Jaehner talar om, sker efter rättvisemetoden. Jaehner har icke klart för sig, att hans egentliga stora nyhet, »die Genussreihen», »das Verlangen nach Beseitigung der Störung und nach Herstellung der ... Genussreihe» skulle vara alltför öppet fantastisk, om den icke ansåges ha sitt stöd i något. Men detta kan då — eftersom den enligt Jaehner icke skall grunda sig på dömandet eller principerna för detta, s. k. objektiv rätt — icke vara något annat än den *utan rätten* verkande, alltså den *oförmedlade rättvisan*. Det är egendomligt eller kanske riktigare signifikativt, att Jaehner i sin bok blott nämner »Gerechtigkeit» i samband med det i denna not gjorda citatet. All *utredning* om rättvisans chimäriska natur saknas; högst märkvärdigt ifråga om en »rättsmyten» bekämpande författare under en tid, då väl rättvisans fältrop särskilt i den tyska jurisprudensen ljöd kraftigare eller åtminstone mera oförblommerat än förr, under rättspositivismens herravälde. Jaehners radikala rättsspekulationer torde ha börjat omkring 1910 (se citatet här ovan från hans förord). Under tiden för tillkomsten av hans bok florerade sålunda i Tyskland frirättsskolan med sina olika förgreningar, samtliga i opposition mot »begreppsjurisprudensen» och på ett intensivt sätt behärskade av rättvisan och dennas metod, låt vara inmängd med ändamålssynpunkter. Under denna tid angavs tonen i Tyskland av auktorer som Ehrlich, Kantorowicz, Stampe, Ernst Fuchs, Jung m. fl. och slutligen »die Tübingerschule der Inte-

dömandet sker med hänsyn till vad som befinnes vara »typisch, im Anschluss an typische Genussreihen»[5] och så att »die Eingliederung des konkreten Tatbestandes in den in der Gruppe festzustellenden all-

---

ressenjurisprudenz» (Max Rümelin m. fl.). För övrigt kan naturligtvis den s. k. intressejurisprudensen sägas ha företrädare utanför Tübingerskolan. En sådan är t. ex. Müller-Erzbach. (Jfr t. ex. Lehmann s. 95 f.) Hit kan man ju också egentligen räkna alla anhängare av »die freie Rechtsfindung», ja, noga taget samtliga rättsideologer, även tillhörande den s. k. begreppsjurisprudensen eller historiska rättspositivismen. Ty även här måste man faktiskt falla tillbaka på allmänna rättsmedvetandet för upptäckandet av den »lakunfria» rätten. Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 33, s. 75 f., s. 108. Vad rättsmedvetandet säger är »rättvist» och kan i fall av behov icke framgå annorlunda än genom en avvägning mot varandra av *parternas intressen* med tillhörande omständigheter in concreto. — Till fulla förståendet av att Jaehner icke kunnat ha någon djupare blick för rättvisemetodens oduglighet citerar jag här slutligen in extenso det nyss berörda uttalandet, vari Jaehner nämner rättvisans postulat: »Diese 'Richtigkeit' richterlichen Handelns (des Rechtes) bedeutet die objektive Feststellung der tatsächlich beobachteten allgemeinen Grundsätze richterlichen Handelns bei der Beurteilung eines einzelnen Richterspruches, dessen Übereinstimmung mit diesen allgemein anerkannten Grundsätzen. — Etwas anderes ist die Frage nach dem richtigen Recht unter dem Gesichtspunkt *der* Kritik, ob es irgendwelchen Anforderungen des Beurteilenden an das richterliche Handeln z. B. unter dem Gesichtspunkt zweckmässiger Ordnung des menschlichen Gruppenlebens, der Lehre irgendeines Propheten oder einer moralisierenden (moralischen) Betrachtungsweise, entspricht. Hierher gehören auch die Postulate der 'Billigkeit', 'Gerechtigkeit' usw. — Bei derartiger Beurteilung kann man von irgendeinem ethischen oder politischen Standpunkt aus zahlreiche Grundsätze des Richtens als richtig oder unrichtig bezeichnen, weil sie ihm ent- oder widersprechen und an der Stelle der tatsächlich geübten Grundsätze andere Forderungen an den Inhalt der richterlichen Tätigkeit stellen. Das ist z. B. der Standpunkt des *Naturrechtes* gewesen, der allerdings zumeist historisch bedingt war. Die nach meiner Ansicht oberste Forderung kann dabei nur sein die zweckmässige Ordnung der menschlichen Gruppe. Namentlich unter dem letzteren Gesichtspunkt, der ein Gesichtspunkt der richtigen Technik in der Ordnung des Gruppenlebens durch Zwang ist, kann man die Vorstellung von einem natürlichen, weniger historisch bedingten Naturrecht haben. Unter dem Gesichtspunkt eines so zu fordernden, richtigen Rechts, also insoweit richtiger Grundsätze richterlichen Handelns, trifft auch die römisch-rechtliche Definition des jus als der 'ars aequi et boni' des römischen Juristen Celsus L 1 pr. D de jus et jurae 1, 1 instinktiv das Richtige.» — Jag har icke funnit orden »Gerechtigkeit» och »Billigkeit» på något annat ställe i Jaehners bok. Rätten såsom en *ars aequi et boni* är för Jaehner otvivelaktigt liktydig med rättvisa och billighet i vanlig rättsideologisk mening (hur nu än *Celsus* kan ha sett på saken). Att såsom Jaehner gör kombinera en »naturlig naturrätt» och rätten såsom en *ars aequi et boni* med synpunkten »die zweckmässige Ordnung der menschlichen Gruppe» synes mig vittna om en alltför dunkel bild av den s. k. rätten, d. v. s. rättsmaskineriet. För övrigt bör man märka, att Jaehner i det långa citatet i två skilda sammanhang talar om »die zweckmässige Ordnung des menschlichen Gruppenlebens». I intetdera sammanhanget har Jaehner haft tanke på något liknande samhällsnyttemetoden i min mening. Om Jaehner haft tillgång till denna metod, skulle halvheter och godtyckliga antaganden i hans bok ha uteblivit, dunkel och oklarheter däri till stor del ha skingrats. — Till sist skall blott anmärkas att hänvisningen till Celsus måste bero på tryckfel: »de jus et jurae» i stället för »de justitia et iure».

[5] Jaehner s. 156.

gemeinen Typ der richterlichen Behandlung» åstadkommes.[6] Och klart är att något liknande min »samhällsnyttemetod» aldrig föresvävat Jaehner. Då skulle hans idé om dessa på sig själva vilande »Genussreihen» aldrig ha kunnat uppstå.[7]

Enligt min mening är Jaehners bok ett bevis på, hur orediga vid närmare granskning dessa framställningar kunna bli, som utvisa en nog så radikalt kritisk blick på en eller annan stor fråga inom juridiken[8], men där icke desto mindre en verklighetstrogen *totalbild* av rätten endast lyser med sin frånvaro. Jag tillåter mig nu ytterligare göra några påpekanden till bevis för meningslösheten eller ohållbarheten i en del av Jaehners uttalanden.

Av sidan 10 framgår såsom Jaehners mening på tal om bl. a. s. k. »Eigentum», att

»das Wesen der *Dinglichkeit* tatsächlicher Natur ist und allein im *Tatbestand* liegt, nämlich in der unmittelbaren wirtschaftlichen Beziehung des Einzelnen zu einer *Sache*, die bei Störungen durch die Reaktion des Richters *wiederhergestellt* wird».

»Tatbestand» betyder faktum. Att beskriva sagda »Beziehung» blott såsom *faktum* vid »Eigentum» eller vid vilken annan s. k. sakrätt som helst är en vilseledande abstraktion. Avsikten med Jaehners påstående måste vara att få bort allt *rättsligt* från dessa på sig själva vilande »Genussreihen», som visserligen i sin tur skola vara *föremål* för »richterlichen Schutz».

Denna min förmodan styrkes av hans längre fram gjorda avståndstagande från den förhärskande lärans »falsche Kausalerklärung, Denkfehler», när denna lära säger:

»Eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist eine solche Willenserklärung, bei der der *rechtliche* Erfolg eintritt, weil er durch die Erklärung gewollt ist.»[9]

Man lägge nu märke till, att kursiveringen av »rechtliche» gjorts av Jaehner, som korrigerar den härskande rättsläran sålunda:

»Weil in der Erklärung gewollt, tritt der tatsächliche, im Privatrecht meistens wirtschaftliche Erfolg und die Ausübung der Genussreihe ein. Wird die Erlangung der Genussreihe gestört, tritt auf Grund des Werbungstatbestandes[1] die Reaktion des Richters zugunsten der gewollten Genussreihe ein.»[2]

[6] Jaehner s. 158.

[7] Se för övrigt slutet av n. 4 strax här ovan.

[8] Såsom nu Jaehners till synes ganska klara genomskådande av omkastningen av sammanhanget i rättighetsföreställningen.

[9] Jaehner s. 32.

[1] Ang. detta ord se ovan s. 163 n. 9.

[2] Jaehner s. 32. Man bör kanske här lägga märke till — vid sidan av vad jag

Vad Jaehner här vill ha fram är tydligen detta, att »die Genussreihe» uppstår såsom en *faktisk* och icke såsom en *rättslig* effekt på grund av den i förklaringen till uttryck komna viljan. Här föreligger i själva verket en visserligen från rättsideologien skenbart frigjord, men verklighetssinnet nästan mera utmanande bild än den vanliga rättsideologiska metafysiken. Ty denna är dock åtminstone numera en överbyggnad på något som är verkligt, nämligen rättsmaskineriet och dess effekter. Det är *sammanhanget* mellan vissa realiteter som missuppfattats. Jaehners »Genussreihen» skola vara till helt utanför och oberoende av rättsmaskineriet![3] Detta är ju, om jag så får säga, ett helt och hållet oförblommerat fantasteri, i jämförelse varmed den nutida rättsideologiska metafysiken kan te sig mera blygsam. Och därför är det omöjligt att finna något framsteg, när Jaehner säger, att domaren före sitt ställningstagande har att pröva, »ob ein Werbungstatbestand das Verlangen nach einer Genussreihe begründet».[4] Den frågan är på intet sätt mera realitetsbetonad än frågan, om det finns någon grund för den i målet påstådda rättigheten. Visserligen menar Jaehner, att det icke finns några rättigheter. Men hans tro på »Verlangen nach einer Genussreihe» är som sagt minst lika verklighetsfrämmande som tron på rättigheter.

Jaehner berör också »die Genussreihe des Schadensersatzes», vilken säges vara beroende av särskilda subjektiva förutsättningar »beim Störer (Vorsatz oder Fahrlässigkeit)».[5] Det är alltså fråga om den s. k. skuldregeln. Därvid menar Jaehner, att även skulden (liksom t. ex. rättigheten) vore en »Vorstellungsreflex des richterlichen Handelns», men en »Reflex eines *ungünstigen* Erfolges, der im Recht zu dem ungünstigen richterlichen Eingriff ... führt.[6] Han förbiser därvid, att skuldföreställ-

---

påpekar i texten — att vi här ha ytterligare ett oförtydbart uttalande av Jaehner om dessa »Genussreihen» såsom existerande oberoende av det regelmässiga dömandet. Såsom grund för den faktiska effekten, innefattande »die Ausübung der Genussreihe» (t. ex. köparens brukande av det köpta) åberopas endast viljeförklaringen (i exemplet avtalet) såsom något blott och bart faktiskt. Störes köparen i sin »Genussreihe», *då* inträder domstolsreaktionen. Oberoende av dömandet och därmed av rätten skola sålunda dessa »Genussreihen» finnas till. Vad som nu emellertid utmärker Jaehners åsikt är — såsom påvisas i texten — att den omständigheten, att domarreaktionen kunnat förutses, icke spelar någon roll för »die Genussreihe» och dess »Ausübung», vilket allt sålunda skall ligga helt *utanför det rättsliga*, med hänsyn vartill också, såsom jag i en not här ovan påpekat, Jaehner anordnat hela sin egen terminologi.

[3] Detta måste ju vara innebörden i en åskådning, som å ena sidan förkastar tron på rättigheter etc. och å andra sidan räknar med dessa på sig själva vilande »Genussreihen», typutbildade i den mänskliga samlevnaden.

[4] Jaehner s. 54 f.

[5] Jaehner s. 49 f.

[6] Jaehner s. 50 f.

ningen *alltid* innebär tanken, att den skuldbelastade gjort sig *förtjänt* av en menlig reaktion, en vedergällning. Det är detta som kommit skulden såsom faktum att spela så stor roll i straffrätten och skadeståndsrätten, låt vara att man i den senare nöjt sig med en på visst sätt konstruerad skuld. Jaehners förbiseende på denna punkt torde ha bidragit till att han icke känt något behov att taga motiverad ställning till den grundläggande frågan, när det gäller ståndpunktstagande till rättsideologien, nämligen frågan om *rättvisans* betydelse för det som avses med vad man kallar objektiv rätt.

Det har kanske sitt intresse att slutligen konstatera, att alla dessa tre författare — Kornfeld, Hoel och Jaehner, samtliga strävande efter att gentemot rättsideologien så fullständigt som möjligt hävda sakliga synpunkter — hamnat i tron på dessa objektiva värden, bärande skilda namn men väl jämförliga med varandra: »soziale Machtverhältnisse», »reale livsforhold» och »Genussreihen als Typen des menschlichen Gruppenlebens». Detta synes ha skett utan något gemensamt inflytande och utan att någon av dem påverkat någon av de andra.

YTTERLIGARE OM DET OTILLRÄCKLIGA INTRESSET FÖR REELLA SAMMANHANG I MODERN JURIDIK.

Flerfaldiga gånger har jag framhållit, att man väl för enkelhetens skull kunde begagna sådana termer som rättigheter och rättsplikter m. m., men endast om sammanhanget vore sådant, att det icke just komme an på att få klarhet angående de realiteter, som ligga bakom sådana uttryckssätt och av vilka framgå, att rättigheter etc. äro rena fiktioner. Ross synes mena, att man borde behålla dylika »imaginära» storheter och i vetskap om denna deras karaktär principiellt begagna en sådan »omskrivning av rättsreglerna», att man mellan rättsfaktum och rättsföljd insköte »imaginære rettigheder».[7] Det är nu naturligtvis icke denna terminologiska fråga som intresserar mig, utan förhållandet att Ross uppenbarligen menar, att han liksom en mängd andra rättsvetenskapsmän betraktar »rättigheten»[8] blott såsom en term eller beteckning och att vad jag följaktligen kritiserat endast vore begrepp, som man icke hade någon *saklig* mening med.[9] Dock vill han medgiva, att min kritik väl hade visst fog gentemot rättsfilosofien till skillnad från rättsvetenskapen.[1] *Den* distinktion, som skall ligga bakom detta uttalande, är det nog icke lätt att upprätthålla. Jag kan icke upptaga utrymmet med en närmare argumentation utan får nöja mig med en hänvisning till min antikritik mot Hedenius.[2]

Ytterligare en sak i Ross' »diskussion» av min rättighetskritik skall

---

[7] Ross, Tû-Tû, s. 475 ff. Jfr min Obligationsbegreppet I s. 68.

[8] Han talar i de framställningar jag har i sikte egentligen blott om »rättigheten».

[9] Ross, Virkelighed s. 231.

[1] Ross, Virkelighed s. 231–234.

[2] Se min bok Misstaget. Jag tror jag vågar säga, att var och en av de sex första föreläsningarna i denna skrift och i allt fall att de alla tillsammans måste utvisa, att jämväl Ross farit vilse i sin attack emot mig. För övrigt kan såsom starkt indicium emot befogenheten i Ross' ifrågavarande angrepp emot mig (Virkelighed s. 227–243) även anföras vad jag i »Efterskrift» i nyssnämnda arbete refererat å s. 156–169. Ross alla egendomliga utfall emot mig, allt medan han underlåter att försöka se min rättsåskådning i sitt sammanhang, torde inte kunna få någon förklaring, om man icke ser dem mot den bakgrund jag antytt i Bd I s. 577 n. 6. Se också nedan s. 554 ff.

nu som hastigast beröras. Han menar, att jag vid min uppfattning av realiteterna bakom obligationsbegreppet i min iver

»at overvinde og fjerne Gyldighedsrationaliseringerne overser Betydningen av den *psykiske Realitet*, hvoraf disse udspringer. 'Retsmaskineriet' er selv betinget af retlige 'Gyldighedsforestillinger' og er ikke en sælvstændig, mekanisk Givethed, af hvilke Retsrealiteterne kan udledes etc.»[3]

Tror man sig kunna rikta en kritik av denna art mot min uppfattning av vad jag kallat rättsmaskineriet, då kan man icke ha tagit del av min åskådning i sitt sammanhang. Jag har, hur ofta vet jag icke, betonat, att rättsvetenskapen betraktar rättigheter, både fordringar och andra rättigheter, såsom i allmänhet varande korrelat till rättsplikter. Hur plikten i *realiteten* är *känslan* av att *böra* handla så eller så, hur denna pliktkänsla på straffrättens område[4] stimuleras till *spontan* inställning emot den straffbelagda handlingen, d. v. s. så att denna såsom *typ absolut* avböjes och i sin *allmänna* karaktär framstår såsom absolut otillåten, ävensom hur på detta sätt strafflagens sociala funktion kunde karakteriseras såsom på visst sätt ryckande den allmänna moralen med sig mot brotten[5] — detta har jag varit högst angelägen betona[6] och många gånger upprepa. Hur Ross kunnat undgå lägga märke till detta liksom till min framställning om »rättsmedvetandets (= rättvisekänslornas) inställning i rättsmaskineriet»[7] är obegripligt.

Överhuvud taget hänger min syn på rättighetsbegreppet enligt sakens hela natur på det intimaste samman med min syn på den s. k. materiella rätten och vad jag utvecklat om obefintligheten av »positiv rätt i jurisprudensens mening».[8] Det är sålunda ett stort område man ger sig in på, när man vill kritisera min *rättighets*åskådning. En kritiker av Ross' format borde icke kunna förbise, att jag här icke på varje sida eller i varje sammanhang kunnat nämna eller påpeka *allting*, som enligt vad jag utrett hade med det då eller då just behandlade resonemanget att skaffa. Jag vågar påstå, att redan envar som beaktat vissa ord, varmed

---

[3] Ross, Virkelighed s. 232.

[4] Varvid märkes, att ett flertal straffbuds uppehållande har avgörande betydelse för den s. k. äganderätten och även för andra s. k. rättigheter.

[5] Bl. a. de på tal om »äganderätten» särskilt betydelsefulla brotten rån, stöld, förskingring, bedrägeri, m. m.

[6] Första gången i min Principinledning 1920.

[7] Obligationsbegreppet II: 1 s. 74–91, särskilt s. 83 ff.

[8] Det senare utvecklade jag särskilt i Obligationsrätten II: 1 s. 91 ff. Det logiskt otänkbara i en »materiell rätt» vid sidan av en »formell rätt» hade jag klarlagt i Obligationsbegreppet I, i min kritik av rättighetsföreställningen och analysen av de realiteter, som kunnat föranleda denna föreställning. Jfr sistnämnda arbete bl. a. s. 66.

jag avslutat paragrafen om »Realiteterna bakom rättighetsföreställningen» i Obligationsbegreppet I, skulle ha varit ur stånd att göra en sådan invändning, som Ross, enligt det gjorda citatet, gjort emot min syn på »rättsmaskineriet». Också om jag stundom i stället talat om »rättsmekanismen», har det varit en mekanism i *högst väsentlig grad betingad av psykologiska faktorer*, både tankar i egentlig mening och, framför allt, känslor för rätt och orätt, därvid bland annat också respekten för vad som uppfattas som gällande rätt.[9]

Ross menar tydligen, att icke bara han själv utan även andra rättsvetenskapsmän — han tycks i själva verket avse den nutida rättsvetenskapen i det hela — icke använde de av mig kritiserade rättsideologiska begreppen på annat sätt, än jag själv stundom använde dem, nämligen såsom blott *termer*, *beteckningar* eller *etiketter*. Det är otvivelaktigt så (efter den kritik av rättsideologien som i Sverige gjorts på grund av Hägerströms rättsfilosofi), att man flerstädes *önskar* att på detta sätt se saken. Det påpekande, som jag nu i anledning av sådan inställning hos mången gör, har självfallet ingen personlig udd åt något håll. Det är blott en kortfattad karakterisering av min verksamhet som rättsvetenskaplig författare under de sista omkring 35 åren.

Jag har inte blott sagt, att de rättsideologiska begreppen — såsom rättstridighet, rättighet, rättsplikt, rättsregel m. m. — äro verklighetsfrämmande. Jag har gjort *ingående analyser* av dem, varvid jag kommit

---

[9] Se Obligationsbegreppet I s. 119 ff. Jag *begränsade* mig här till vissa antydningar om känslolivets betydelse för sådana situationer, som vi kalla *obligationer*. Jag spärrade därvid följande ord å s. 121: »Att människor i allmänhet låta det psykiska trycket av alla nu antydda faktorer dirigera sina handlingar på ifrågavarande område, så att kontrakt och andra utfästelser fullgöras, så att skador, som tillfogats andra, frivilligt ersättas o. s. v. — detta är den väsentliga realiteten i vad som kallas obligation.» Beaktar man vad jag sagt å dessa sidor (samt dessförinnan å s. 4–7), ävensom vissa sidor i min framställning i Obligationsbegreppet II: 1 s. 74–91, så förstår man, att Ross' tal om »Gyldighetsforestillinger» och »Gyldighedsrationaliseringer» (Ross s. 91 ff., s. 193 ff., ävensom s. 17 f.) och om allt vad därmed skall hänga samman endast är akademiskt tillkrånglade formuleringar, som han skulle ha avstått från, därest han kunnat utan inflytande av sin ursprungliga böjelse för Kelsens »rene, normlogiske Retslære» taga notis om, vad jag sökt hävda med utgångspunkt i vissa utredningar av Hägerström. — Jag har nu vis à vis Ross givetvis endast hänvisat till sådana mina skrifter, som för Ross kunde ha varit kända, när han skrev sitt ifrågavarande arbete »Virkelighed». Om senare arbeten av mig, särskilt vissa partier av Bd I, varit tillgängliga för Ross, är det kanske möjligt, att han betänkt sig något, innan han riktat denna ringaktande kritik, å s. 227–243 i sin bok, mot mitt författarskap. Jag tror inte, att den som tagit del av den summariska redogörelsen för min syn på juridiken som vetenskap, här ovan s. 68–157, skall behöva läsa mera än de första sidorna i inledningen till Ross' bok för att kunna begripa, att han inlåter sig på spekulationer, som måste befaras bli mera sterila än befruktande.

fram till och även angivit de *realiteter*, som ligga i bakgrunden för och dölja sig under de nämnda begreppen. Detta har jag stundom uttryckt så, att de hithörande realiteterna mer eller mindre djupt begravits under rättsideologiska slöjor. Jag har vidare påvisat, att i bakgrunden för hela rättsideologien ligger — *utom* de beslöjade faktiska realiteterna, förutsättande människorna såsom psykofysiska varelser — tron på *rättvisan* såsom grundval för en materiell eller objektiv rätt. Utan föreställningen om just denna grundval skulle rättsideologien icke ha fått just den utbildning eller utformning som den fått.

Är det nu icke så, att jag med å ena sidan min kritik av rättsideologien och med å andra sidan vad jag påvisat i det föregående (med där gjorda hänvisningar) angående rätten såsom ett maskineri, fått fram tillräckligt, för att man skall förstå, att det i verkligheten *i stora drag* måste förhålla sig ungefär så, som jag utfört saken? Är det icke vidare så, att de många kompletteringar — som bli erforderliga och efter sitt förverkligande skola efterföljas av nya kompletteringsbehov i ständiga serier — dock måste kunna förutsägas vara av en sådan art, att de icke kunna väsentligen ändra den allmänna bild av rättsmaskineriet eller rätten, som jag sökt skissera? Besvaras dessa frågor jakande, då kan jag icke inse, att en sådan bok som Ross' »Virkelighed» giver något egentligen positivt bidrag till förståelsen av rättsorganisationen. Det förefaller mig föga motiverat, att som Ross gör gentemot mig påminna om, att »Frigørelsen for de nedarvede Forestillinger sker kun gennem en indtrængende, fremadskridende Analyse og ikke derved, att man en Gang for alle siger sig fri for selve den implicerede Metafysik. *For den er der dog ingen af os, der umiddelbart mere tror paa.*»[1] Under de sista 35 åren har jag ägnat mig åt analyser av de rättsideologiska begreppen och åt försöket att få en verklighetsbild av rätten! Och när Ross' »Virkelighed» publicerades, hade jag gjort det åtminstone i 16 år.

Man bör emellertid giva akt på punkten i de citerade raderna, att det dock vore »ingen af os, der umiddelbart mere tror paa» metafysik. Vad de innerst inne tro på är ju likgiltigt, eftersom de i sina arbeten uttala sig så, som om de trodde på metafysik. Faktum är att alla de läror, som jag kritiserat, bygga på en blandning av imaginära och verkliga storheter. Att man efter den kritik av rättsideologien, som nu i flera decennier bedrivits i Sverige till bevis för ohållbarheten i sådana begrepp som rättigheter, rättsplikter, rättsnormer, rättstridighet etc., deklarerar, att man inser dessa begrepps ohållbarhet — detta betyder

[1] Ross Virkelighed s. 231. Kurs. gjord av mig.

i och för sig icke, att man kommit ifrån rättsmetafysiken eller överhuvud att man har en saklig, en rättsvetenskaplig inställning till frågorna. Ross kan naturligtvis icke ha avsett att begränsa sig till Nordens rättsvetenskapsmän med sitt uttalande. Detta vore meningslöst, därför att — *om* nordisk jurisprudens kunde antagas vara sakligare inställd än övrig — måste detta bero på inflytanden indirekt från Hägerström och direkt från mig och Olivecrona. Före inflytanden från oss var ju exempelvis Ross själv anhängare av Kelsen. Låt oss därför erinra oss alla dessa auktorer, vilkas läror jag antingen angivit förut i detta arbete eller berört i mina föregående skrifter! De må vara tyskar, schweizare, italienare, fransmän, engelsmän eller amerikanare: *ingen* av dem representerar en genomgående saklig, d. v. s. vetenskaplig rättsåskådning!

Också om ett antal av dem skulle tro sig ha utmönstrat rättsmetafysiken ur sin rättsvetenskap, så ha de dock i verkligheten icke varit i stånd att göra detta, så länge de icke förstått, att en sådan utmönstring för att kunna giva vetenskapligt resultat även måste omfatta *allt* i metodiskt avseende, som sammanhängt med rättsmetafysiken eller rättsideologien. Men detta kan icke betyda något annat, än att man accepterar juridiken som en empirisk vetenskap, d. v. s. inser att rätten är ett maskineri (eller hur man nu vill karakterisera den), i vilket allt bestämmes eller verkar i enlighet med naturliga orsakslagar. Allt ifrån början av min kritik av rättsideologien har jag försökt att förstå detta och göra det klart för andra. Parallellt med min kritik av rättsideologien och dess metod, rättvisemetoden, har med andra ord städse gått hävdandet av vad jag kallat samhällsnyttemetoden. Har man icke förstått detta, då har man icke heller förstått min rättsåskådning. Ingen har mera energiskt sökt göra ner min samhällsnyttemetod än Ross. Detta bör beaktas, också när man bedömer hans försök att bagatellisera min kritik av rättsideologien. För övrigt belyses arten av Ross' uttalande emot mig, att »ingen af os umiddelbart mere» trodde på rättsmetafysiken, ganska bra, synes det mig, genom en hänvisning till citatet från Jaehners bok här ovan s. 161. Kan någon undgå att inse, att Jaehner hade den ärliga uppfattningen, att rättsvetenskapen *allmänneligen* behärskades av den falska tron på bl. a. rättighetsbegreppet? Kan vidare någon, som läst Jaehners bok, undgå att inse, att Jaehner i sådant avseende visste vad han talade om? Jaehners bok utkom 1933, alltså blott ett år före Ross' ifrågavarande skrift!

Har man tagit del av min rättsåskådning, såsom jag här utvecklat den, särskilt min analys av rättsregelsbegreppet, och finner man denna åskådning i det hela riktig, då förstår man också, att det endast är ett

dåligt eller meningslöst skämt, som Ross företagit sig, när han i Festskrift för Ussing skrivit om rättighetsbegreppet såsom en »tû-tû-terminologi». Alla de »regler», som Ross a. st. s. 475 f. formulerar »uden anvendelse af begrebet ejendomsret», äro lika oförenliga med en mera djupgående kunskap om äganderättsbegreppets ohållbarhet som detta och liknande rättsideologiska begrepp själva. De formler, som angivas å a. st. s. 476 f., äro ingenting annat än *abstraktioner från de realiteter*, som borde tillhöra rättsvetenskapsmannens kunskapsområde. Sådana abstraktioner ha intet med vetenskap att skaffa.[2]

Också här i Sverige har man börjat laborera med abstrakta satser i jurisprudensen i stället för att söka få någon ordning och reda i fråga om de reella sammanhangen. För något år sedan utgav Ahlander, en ung jurist, en skrift som han kallade »Är juridiken en vetenskap?»[3] Efter vad jag i det föregående utvecklat angående frågan om begreppet rättsregel, anser jag mig böra beröra vissa Ahlanders uttalanden. Han säger, a. a. s. 123, att »en närmare analys av termen rättsregel är här påkallad». Uttalandet är mystiskt, ty någon rättsregels-analys har jag icke funnit spår av i boken. Förklaringen torde möjligen ligga i, att analysen skall avse »termen» och icke »begreppet». Emellertid erinrar nu Ahlander om »den tidigare (av honom) förfäktade principen att man inte bör lägga in *mer* i sina begrepp än som är nödvändigt med hänsyn till det sätt, varpå de begagnas i juridisk argumentation» (s. 128). I enlighet härmed säger han sig skola »definera en rättsregel såsom ett generellt påstående eller antagande om den aktuella betydelsen hos vissa i rättssatserna förekommande termer och uttryck». De nämnda »termer och uttryck» skola, såvitt jag kan förstå, avse *dels* sakförhållanden eller faktiska företeelser och *dels* rättsföljder. Och så uppställs som ett slags schema för en rättsregel följande sats: om faktum F föreligger, så skall rättsföljden RF inträda (s. 128). Det vimlar i detta sammanhang — liksom för övrigt också på andra ställen i boken — av de för mig mest konstbesynnerliga uttalanden. Jag skall giva ett par exempel:

»Rättsregler 'existerar' inte i samma mening som en domare, och inte heller 'föreligger' de i samma mening som den svenska skuldebrevslagen eller det rättsfall, som refereras i Nytt Juridiskt Arkiv 1927: 310. De kan därför inte

[2] Angående min positiva syn på rätten (min samhällsnyttemetod) utspann sig mellan Ross och mig en polemik i SvJT 1932 och 1933. Några antydningar därom i Bd I s. 570 ff. Beakta vidare ang. Ross »Tillägg» här nedan s. 554 ff.

[3] Ur annan synpunkt har denna bok varit föremål för kritik av Olivecrona, Licentiaten etc. Ahlander har senare disputerat på ett arbete, som jag här icke har någon anledning beröra. Före Ahlanders här berörda skrift hade utkommit »Rätt och moral» av Hedenius, vartill se min »Misstaget».

utgöra objekt för juridisk forskning i samma mening som en lag eller ett rättsfall» (s. 125).

Om detta uttalande är sant eller falskt synes mig vara fullständigt likgiltigt. Vad som intresserar är, hur man skall ställa sig till det resonemang eller den slutledning, som enligt Ahlander rättsregeln skall innefatta. Den frågan finns icke berörd trots Ahlanders uttalade föresats att företaga en analys av »termen rättsregel». Denna glidning förbi en sådan kardinalfråga skulle icke ha skett, om Ahlander hade beaktat, att *rättsmaskineriet* är ett dugligt objekt för forskning. Att förf. i sin bok icke tagit notis om hithörande realiteter är en sak för sig. Men har man någon inblick i dem, så inser man, att användandet av uttrycket rättsregel såsom en term för att viss rättsföljd skall inträda, om visst faktum föreligger, är en term antingen för ett *falskt* påstående eller ock för något, som varken är sant eller falskt och följaktligen icke kan ha något med positiv rättsvetenskap att skaffa. Ahlander tänker sig möjligen undgå en dylik anmärkning genom att fortsätta sålunda:

»Det är emellertid ingalunda givet att de företeelser, som betecknas av termen rättsregel, måste 'existera' eller 'föreligga' på detta sätt för att termen rättsregel skall kunna godtas som meningsfull. Einsteins relativitetsteori och Mendels ärftlighetslagar varken 'existerar' eller 'föreligger' på detta sätt. Relativitetsteorien och ärftlighetslagarna är inte heller objekt för fysikalisk eller biologisk forskning i samma mening som atomer och molekyler eller kromosomer och gener. Detta betyder dock ingalunda, att personer i allmänhet skulle vara beredda att betrakta dem som vare sig 'meningslösa' eller 'metafysiska'» (s. 125).

Vem har någonsin tänkt sig, att en rättsregel eller en naturlag existerade på samma sätt som en domare? Men man har trott, att rättsregeln liksom naturlagen hade ett tankeinnehåll: i senare fallet angåves ett kausalt sammanhang i naturen, i förra fallet ett därmed analogt sammanhang i rätten, stundom uttryckt som ett rättsligt eller normativt sammanhang. För övrigt är vad Ahlander här säger dock något ganska egenartat, sofistiskt eller hur man nu skall karakterisera denna haltande jämförelse. Det normativa i rätten är bevisligen något helt verklighetsfrämmande. Detta vet Ahlander. Men han avser förvisso icke att så betrakta innehållet i vare sig relativitetsteorien eller ärftlighetslagarna. — Emellertid skriver Ahlander vidare, s. 131:

»Den här utvecklade åsikten innebär inte något förslag att termen rättsregel skall ges en ny, hittills okänd betydelse. Det är en teori om dessa termers användning, som framträder med anspråk på att vara korrekt. Den kan godtas som sann, om rättsregler i teoretisk juridisk argumentation faktiskt används

på samma sätt som naturlagar, teorier och antaganden inom vetenskapen i allmänhet. I annat fall är den oriktig.»

Vad kan meningen vara med sådant tal? Använda rättsregler i den av Ahlander formulerade innebörden, d. v. s. uttalanden om rättsmetafysiska sammanhang, »på samma sätt som naturlagar, teorier» etc. »inom vetenskapen i allmänhet»! Uttalandet kan näppeligen ha varit genomtänkt. Det förefaller också egendomligt, att man framför »teorier» om att »teoretisk juridisk argumentation» vore på detta sätt beskaffad, utan att man klargör ohållbarheten i en sådan »teoretisk juridisk argumentation»![4] För övrigt torde det inte ens vara sant att, såsom Ahlander säger, »juridikens utövare i sin behandling av konkreta problem använda rättsregler på ett likartat sätt» (s. 131). En mängd domare under, låt oss säga, 55-årsåldern begripa säkerligen, att användningen av Ahlanders rättsregler »på ett visst sätt i teoretisk juridisk argumentation» (s. 132) är ologiskt och avstå därför därifrån. Det synes mig signifikativt, när Ahlander påstår det vara av vida större intresse att undersöka det likartade sätt, varpå »juridikens utövare i sin behandling av konkreta problem använda rättsregler än att studera de olika teorierna om betydelsen av termen rättsregel» (s. 131). Genom det senare studiet kunde man dock tänkas komma fram till en självständig och saklig åsikt om, hur det förhåller sig med det som man kallar rättsregel. Detta bör man ju helst veta, innan man slår i kring sig med termen ifråga. — Dock måste det naturligtvis vara tillåtet för en medborgare i ett fritt land att syssla med vilken knappologi som helst. Men om sådant, som denne författare här presterat, skall anses höra till rättsvetenskap, närmast rättsencyklopedi eller allmän rättslära, då befinner sig rättsvetenskapen sannerligen på dekadans. Detta är min mening. Kanske — jag säger det ingalunda ironiskt — är jag för gammalmodig

[4] Å s. 132 anger Ahlander ett särskilt stöd för att »rättsregler i teoretiskt juridisk argumentation spelar samma roll som naturlagar, teorier och antaganden», nämligen att rättsreglerna »i regel formuleras på grundval av undersökningar, i vilka de inom vetenskapen vanligen förekommande induktiva metoderna komma till användning». Detta kan icke vara acceptabelt. Antingen känner man till hithörande realiteter i rättsmaskineriet. Då formulerar man alls icke de av Ahlander proklamerade rättsreglerna. Eller också tror man på rättsideologien. Vare sig det då är fråga om rättspositivism eller senare rättsideologiska varianter ligga rättvisan och i samklang med denna stående normer i bakgrunden, bestämmande rättsreglerna, såvitt dessa icke skola utan vidare vara identiska med normerna. Talet om induktiv metod såsom karaktäristisk för rättsregler är mig obegripligt. — Ahlander anger på samma sida (s. 132) en viss skillnad, som dock blott stundom skulle föreligga mellan »naturlagar och teorier å ena sidan och rättsregler å den andra». Detta senare nu nämnt för fullständighetens skull. Saken är här utan intresse.

för att förstå det fina i den Ahlanderska kompositionen. Men på mig verka dessa egendomliga utredningar, som om förf. vore nära nog fullkomligt likgiltig för vad som är reellt i juridiken, d. v. s. för juridiken som vetenskap.

Och jag måste för min del ovillkorligen ställa mig den frågan: vilket syfte kunde väl fullföljas med dessa sterila tankeövningar? Skulle det möjligen vara att genom vissa formler kunna rädda rättsideologien åt juridiken, ehuru förf. måste vara på det klara med rättsideologiens ohållbarhet ur vetenskaplig synpunkt? Såvitt jag kan förstå har författaren med sina nu berörda uttalanden icke givit något bidrag till klarhet åt rättsvetenskapen. I hela boken har han knappast tangerat vad som faktiskt sker i vad jag kallar rättsmaskineriet. Diskussion av sådant som »rättens natur», termen rättsregel, begreppet rättighet m. m., under *abstraktion från ofrånkomliga sammanhang* i rättsmaskineriet har gjort ett mycket egendomligt intryck på mig. Men kanske skola diskussioner av detta slag tillhöra den »nya logiken»? Jag har emellertid svårt att begripa, hurusom man med enbart logik — efter vilket schema det vara månde — utan hänsynstagande till utredda realiteter skulle kunna komma till resultat inom rättsvetenskapen eller vilken annan utanför själva logiken liggande vetenskap som helst.[5]

Jag nämnde nyss — utan någon ironi — att jag kanske vore för gammalmodig för att kunna förstå meningen med ett sådant arbete som Ahlanders nu berörda. Jag önskar förklara, varför jag gjorde denna reservation. Jag vet av samtal med Ahlander, att han har ett rörligt ingenium och ett »gott huvud». Han måste känna till såväl min kritik av rättsideologien och rättvisemetoden som min positiva syn på rätten (min samhällsnyttemetod). När han detta oaktat tar upp frågan om juridiken som vetenskap utan att begagna sig av vad som enligt min mening redan måste ha framgått av min kritik och positiva åskådning i förening, så kan jag icke *rent teoretiskt* blunda för den möjligheten, att mitt arbete under dessa 35 år icke skulle ha haft någon egentlig betydelse som bidrag till förståelsen av juridiken som vetenskap. Visserligen ligger saken icke så till, att jag praktiskt taget på grund av Ahlanders bok oroar mig för en sådan för mig tragisk eventualitet. Men såsom en rent teoretisk möjlighet måste jag säga mig, att den finnes där. Och detta är anledningen till att jag icke avsett att vara ironisk, när jag reserverat mig med hänsyn till eventuell oförmåga att förstå

[5] Att jag alltjämt anser, att man kan både i tal och skrift använda *termen* rättsregel har jag förut betonat. Se ovan s. 152. Detsamma gäller naturligtvis t. ex. »rättighet» såsom blott en term. Se t. ex. Misstaget s. 29—31.

innebörden av Ahlanders ifrågavarande arbete. Den nämnda teoretiska farhågan från min sida kan emellertid så mycket mindre ha någon praktisk betydelse för mig, som jag övertygats om, att Ahlanders försök till kritik av vissa Olivecronas uttalanden saknat vederhäftighet. (Se härom Olivecrona, Licentiaten s. 11–29. Att Olivecrona och jag se väsentligen olika på rättsregelsfrågan är naturligtvis en sak för sig. Denna åsiktsskillnad antydde jag redan 1943 i Festskrift tillägnad Thore Engströmer s. 116 n. 2.)

Ahlander har såtillvida en förebild i Kelsen, att även denne sökt föra in rättsvetenskapen på helt och hållet ofruktbara linjer. Men under det Ahlander synes böra ha förstått, att juridiken *kunde* bedrivas som en helt och hållet empirisk vetenskap, alltså som en verklig rättsvetenskap, torde en sådan idé icke ha föresvävat Kelsen. Därför gällde det för Kelsen i logikens namn att söka fullkomligt befria rätten och dess metafysiska värld från sammanblandning med den naturliga världen, att utrensa alla realia från rättens värld och att följaktligen framlägga, om jag så får säga, en renodlad rättsideologi, av Kelsen själv också kallad den *rena* rättsläran.

Denna rena rättslära, säger emellertid nu Kelsen, »försöker att klart avgränsa sitt kunskapsobjekt (som skall vara 'den positiva rätten') åt båda de håll, på vilka dess självständighet hotas av den härskande metodsynkretismen». Först och främst skall rätten avgränsas mot naturen, d. v. s. verkligheten. Rätten säges vara ett samhällsfenomen, men »samhälle är ett från naturen fullständigt skilt föremål, emedan det utgör ett helt annat sammanhang mellan elementen». Om icke rätten »på det tydligaste» skiljes från naturen, menar Kelsen, så skulle »rättsvetenskapen uppgå i naturvetenskapen». Man kunde ju fråga, vilken olycka som skulle vara förbunden därmed. Min egen kritik av rättsideologien i förbindelse med min positiva teori går just ut på att visa, att rättsvetenskapen *är* en empirisk vetenskap, alltså naturvetenskap, fastän jag ej förrän i denna framställning använt detta ord.

Kelsen kan naturligtvis icke undgå att se, att, vad man kallar rättsligt skeende, såsom ett »yttre sakförhållande» är rums-tidligt bestämt, »ett stycke natur och såsom sådant bestämt av kausallagar». Såsom »element i natursystemet» är det dock icke något »rättsligt». Det skall vara den »objektiva mening som är förbunden» med skeendet, det yttre sakförhållandet, som gör detta till en »rätts- (eller orätts-) akt». Detta sakförhållande får »den specifikt juridiska meningen, sin säregna rättsliga betydelse genom en norm, som till sitt innehåll hänsyftar på detta sakförhållande». Dessa normer bilda rätten och är följaktligen

rättskunskapens enda föremål.[6] Därmed äro vi inne på dessa normer eller »böra»-omdömen, som för sin giltighet kräva andra normer, vilka i sin tur förutsätta ytterligare normer, varefter Kelsen slutligen nödgas falla tillbaka på en grundnorm såsom »hypotetisk grund» för det hela.[7] Detta med grundnormens »hypotetiska» grund kan man bortse ifrån. Ty den »rena rättsläran» *förutsätter* helt enkelt grundnormens giltighet.[8]

Det andra hållet, varemot »den rena rättsläran» sökte avgränsa sitt »kunskapsobjekt», är »andra andliga fenomen» (sc. än rätten), men särskilt »normer av annat slag». Det gällde därvid framför allt »att lösa rätten ur den förbindelse, i vilken den sedan gammalt har förts tillsammans med moralen».[9] Följden blir att »böra-omdömet» i Kelsens rättsnormer icke såsom moralnormer ha giltighet på grund av sitt (moraliska) innehåll.[1] Det gäller tvärtom i den »rena rättsläran» att befria rätten från »börat» såsom transcendental kategori, d. v. s. den till rättssats blivna rättsnormen gäller såsom ett »böra» helt oberoende av varje värdering. »Börat» hos Kelsen betyder blott, såvitt jag förstår, att rättssatsen hade ovillkorlig giltighet. Varför? kunde man fråga. Härpå har Kelsen icke givit något hållbart svar. Rättssatsen *är* giltig, därför att den *är* giltig. Något försök till verklig argumentering har han icke givit. Han säger:

»Liksom naturlagen förbinder ett bestämt sakförhållande som orsak med ett annat som verkan, så förbinder rättssatsen rättsbetingelsen med rätts- resp. orättsföljden. Är sättet för förbindelserna mellan sakförhållandena i det ena fallet kausaliteten, så är det i det andra tillräkningen, som av den rena rättsläran

---

[6] Se till det föregående Kelsen, 1933, s. 193–196. Detsamma i utvidgad form, Kelsen 1934, s. 1 ff. Skillnaden mellan »subjektiver und objektiver Sinn» (exemplifierad med Köpenick-kaptenen) ib. s. 3 f.

[7] Kelsen 1933 s. 219 ff.; Kelsen 1934, kap. V: Die Rechtsordnung und ihr Stufenbau. Se även Obligationsbegreppet II: 1 s. 58 ff., och där gjorda hänvisningar, särskilt noten å s. 61.

[8] Se bl. a. Kelsen 1933 s. 221, och 1934 s. 66. *Efter* »grundnormen» (såsom förutsatt bas för det hela) graderar sig enligt Kelsen »normerna» på följande sätt (»rättsordningens 'Stufenbau'»): normerna i grundlagen; generella normer, d. v. s. vad som framgår av den allmänna lagstiftningen; och individuella normer, t. ex. domstolarnes avgöranden. Se Kelsen 1933, s. 223 f.; 1934, s. 43 ff., och Kelsen, General theory, s. 37 f.

[9] Kelsen 1933 s. 198 ff. och Kelsen 1934 s. 12 ff. Här säger han, att rätten som norm är en andlig realitet. Rätten såsom andlig realitet eller andligt fenomen beror självfallet därpå, att den skall vara avskild från naturen. Kelsen hade förut betonat, att rättsvetenskap vore »ande-, inte naturvetenskap». Ande-vetenskap är översättning från det tyska »Geisteswissenschaft». — Att juridiken vore Geistes-, icke Naturwissenschaft är ju och måste ju vara den vanliga rättsvetenskapens mening. Kelsen torde dock vara den förste, som sökt *så radikalt* realisera denna mening.

[1] Kelsen 1933 s. 202 f., och 1934 s. 62 f.

erkännes som rättens speciella laglighet. Dess uttryck — och intet annat — är det 'böra' ('Sollen'), i vilket den rena rättsläran framställer den positiva rätten, liksom uttrycket för kausalsammanhanget är ett 'måste' ('Müssen'). Säger naturlagen: Om A är, så måste B vara, så säger rättslagen: Om A är, så bör (soll) B vara, utan att därmed är utsagt något om värdet, d. v. s. om detta sammanhangs moraliska eller politiska värde. — Ehuru sammanhanget vore fullständigt skilt från kausalitet, vore det dock lika orubbligt som denna.»[2]

Härtill skall nu omedelbart endast läggas, att även om intet annat kunde sägas om den »rena rättsläran», så måste den falla sönder redan genom införandet av detta »böra», som ju intet annat är än den rent godtyckliga konstruktionen utan varje annat stöd än dess nödvändighet, för att den »rena rättsläran» skulle kunna på något sätt gå ihop på papperet.

Ett ganska slående uttryck för det orimliga i denna »rena rättslära» synes mig vara dess — låt vara helt följdriktiga — inställning till (rätts)sociologien. Rättsnormskunskap såsom identisk med rättsvetenskap avgränsar sig

»mot alla andra vetenskaper, som åsyfta den kausala förklaringen av naturliga förlopp. Särskilt också mot en vetenskap, som sätter såsom sin uppgift att utforska dessa naturliga skeendens orsaker och verkningar, som tolkade utifrån rättsnormer, framträda såsom rättsakter. Vill man beteckna sådan forskning som sociologi och speciellt soom rättssociologi, finns intet att anmärka däremot».[3]

Nu är saken den, att (rätts)sociologien, helt oberoende av Kelsen, tycks ha saknat full förståelse för nödvändigheten att skärskåda de samhälleliga företeelserna och problemen *i medvetandet om* — därest jag så får säga — *sina egna förutsättningar*, nämligen att vi leva i ett samhälle och att detta samhälles grund och beskaffenhet tarva sin möj-

---

[2] Kelsen 1933 s. 202 f. och, utförligare, 1934 s. 22 f. Se även hans General theory s. 45 f. Där heter det bl. a.: »The principles according to which natural science describes its object is causality; the principle according to which the science of law describes its object is normativity.» Ordet »laglighet» i citatet i texten, synes mig missvisande. Kelsen menar »lagbundenhet». Man torde nämligen böra beakta, att denna »Zurechnung, die von der Reinen Rechtslehre als die besondere Gesetzlichkeit des Rechtes erkannt wird», verkligen skall vara på rättens område något, som är analogt med kausalsammanhang i verklighetens värld. »Die besondere Gesetzlichkeit des Rechts» (Kelsen 1934 s. 22) skall vara motsvarighet till verklighetens naturlag eller, kanske bättre, naturens lagbundenhet. Se också Kelsen, Allgemeine Staatslehre, s. 49 f. Här betonas, att »Zurechnung» absolut icke finge identifieras med »dem *rechtspolitischen*, speziell auf das *Strafrecht* abgestellten Zurechnungsprinzip». »Zurechnung» innefattar intet annat, än att visst faktum, t. ex. brott, är betingelse för viss rättsföljd, t ex. en viss tvångsakt.

[3] Kelsen 1933 s. 197; Kelsen 1934 s. 9 f.

ligast ingående förklaring. En förklaring, som jag sökt giva, är kort och gott allt vad jag här förut antytt och hänvisat till angående vad jag kallar rättsmaskineriet. Om man icke har nödiga kunskaper om dettas byggnad och funktion — hur skall man då annat än som dilettant kunna giva sig på några mera djupgående sociala eller sociologiska frågor? Kelsen och hans anhängare eller efterföljare av skilda schatteringar lägga här hyende under lasten. Visserligen skall rättssociologien få utforska de naturliga skeendenas i samhällena orsaker och verkningar. Men den får sysselsätta sig med dessa skeenden endast »utan hänsyn till deras relation till några normer, fattade eller förutsatta såsom giltiga»[4], d. v. s. utan hänsyn till vad Kelsen avser med rätten. Då sociologien icke kan antagas genomskåda arten av den »rena rättsläran», utan fattar denna såsom rättsvetenskap, så kan följden bli, såvitt Kelsen tillmätes auktoritet, att rättssociologien ställer sig främmande också för en verklig rättsvetenskaps frågeställningar, hur betydelsefulla dessa än måste vara just för en rättssociologisk vetenskap.

Detta senare nu sagt mera parentetiskt. Jag har så pass ingående refererat Kelsenlärans (och därmed den s. k. Wienerskolans) allmänna drag för att ställa följande fråga: Vore det väl möjligt för en människa med blott vanlig intelligens att — under beaktande av vad jag framfört angående rättsverksamheterna såsom påtagliga fakta och dessas likaledes faktiska, låt vara indirekta, verkan på människornas medvetande, känsloliv och handlingssätt — betrakta rätten och rättsvetenskapen på detta *abstrakta, fullkomligt verklighetsfrämmande sätt*? Om man känner till blott så pass mycket av rättsmaskineriet, som jag utvecklat här ovan och i mina föregående skrifter — vore det då möjligt att hitta på sådana här, med hänsyn till rådande faktiska förhållanden, fullkomligt absurda linjer, som kännetecknа den s. k. rena rättsläran? Kelsen har aldrig gjort den inträngande kritik av rättsideologien, att realiteterna i rättsmaskineriet ha framträtt för honom. Tvärtom har han förblivit i tron, att rättsideologien med sin metafysiska värld — sin »geistige Welt» — såtillvida vore ofrånkomlig för *rätten*, som man dessförutan icke kunde få någon bukt med. Men han har plågats av virrvarret i den vanliga rättsideologien. Jurisprudensen har, säger Kelsen, »fullständigt okritiskt blandat sig med psykologi och biologi med etik och teologi».[5] Han kunde ha tillagt, att den också beblandat sin rättsideologi med sociala ändamålssynpunkter (»sozialer Zweck», »Gemeinwohl», »social policy» etc.). Med sin bristande förståelse för realiteterna i rät-

[4] Kelsen 1933 s. 197; Kelsen 1934 s. 10.
[5] Kelsen 1933 s. 193. Liknande Kelsen 1934 s. 1 f.

ten, d. v. s. för rättsmaskineriet, har därför intet annat återstått för honom än att genom »utrensningar» skapa fram den »rena rättsläran».

Utan tvivel är Kelsen i besittning av en betydande skarpsinnighet och vetenskaplig sanningskärlek. Han skulle icke eljest med sin egendomliga lära ha åtnjutit det stora anseende som vetenskapsman, som han förskaffat sig. Men han har — detta är min mening — icke förmått frigöra sig från föreställningen om det »specifikt rättsliga» såsom något från naturen skilt, alltså såsom tillhörande en annan värld. Med denna föreställning ha hans skarpsinnighet och sanningskärlek — just på grund av den förras höggradighet och den senares intensitet — måst driva honom *in absurdum*, till denna otroligt verklighetsfrämmande lära.[6]

Som sagt faller Kelsens hela lära till marken blott genom en hänvisning till erfarenhetsmässigt givna sammanhang. Detta borde, tycker man, vara observerat av dem, som i Sverige syssla med rättsvetenskapliga frågor. Emellertid synes detta icke vara fallet, ty man attackerar honom på ett högst småskuret sätt, alldeles icke i det väsentliga. Så säger t. ex. den nyss nämnde Ahlander, att Kelsens lära vilar på ett logiskt missförstånd, som Ahlander dock icke preciserar mera, än som framgår av följande. Kelsen menar, säger han, att om rätten definieras såsom regler, utfärdade av behöriga myndigheter eller tillämpade av domstolar, så kan man inte definiera begreppen behörig myndighet eller domstol utan att falla tillbaka på begreppet rättsregel.[7] Detta åter innebure enligt Kelsen en logisk cirkel. Efter detta referat säger Ahlander: »Det innebär ingalunda någon logisk cirkel att definiera en rättsregel såsom en regel, vilken tillämpas av domstolarne i ett samhälle.»[8] Tyvärr gör förf. ingen hänvisning till det eller de ställen hos Kelsen, varest de av honom åsyftade uttalandena äro hämtade. Emellertid har han sannolikt byggt på Wedbergs kritik av samma art.[9] Wedberg har emellertid icke heller hänvisat till de av honom åsyftade uttalandena av

[6] Jag menar, att det är en viss läggning hos Kelsen för skarpsinnig logik, som kommit honom att överväldigas av behovet av *reda* i rättens enligt hans mening ofrånkomligt metafysiska värld. De *realiteter*, som framträtt under hans granskning av den vanliga rättsideologien, har han så *utmönstrat* från rätten i stället för att komma på idén, att de visade, att talet om rätten såsom metafysiskt grundad blott berott på uråldrigt vanetänkande. Ungefärligen så *tror* jag, att saken ligger till i Kelsens situation. Angående de psykologiska drivfjädrarne kan man dock aldrig ha någon förvissning i ett sådant fall, som kan vara ännu mera komplicerat, än det yttre behövde giva vid handen.

[7] Så *kan* Kelsen icke ha uttalat sig. Han är alltför logisk för att kunna draga den slutsatsen av en så ofullständig premiss. Underförstått måste vara, att domstolar och myndigheter grunda sin behörighet på rätten.

[8] Ahlander s. 53–55.

[9] Wedberg s. 11 f.

Kelsen.[1] Vilka dessa äro, har jag icke blivit fullt övertygad om. Uppenbarligen återgiva varken Ahlanders eller Wedbergs uttalanden ordagrant vad Kelsen har sagt. Wedberg säger uttryckligen, att han endast »fritt» återgiver Kelsens tankegång ifråga. Wedberg har från tyskan översatt till engelska ett Kelsens manuskript, publicerat 1945 under titeln »General Theory of Law and State». Därför kan det möjligen förmodas, att Wedberg åsyftar uttalanden i denna, exempelvis s. 182 och 183, b och c. Kelsen påvisar här, att man begår en logisk cirkel, när man låter staten vara en »sociological entity, ... independently of its legal order», ehuru han dock icke använder ordet cirkel eller logisk cirkel. Detta ord har jag sett honom uttryckligen använda i ett annat arbete i liknande sammanhang. Han skriver där:

»Von dem eben entwickelten Standpunkt der traditionellen Theorie aus ist es der Staat, der die Rechtsordnung aufstellt, ist es dem Staate wesentlich, eine Rechtsordnung aufzustellen, eine Rechtsordnung — als 'seine' Rechtsordnung — zu 'haben', das Recht zu setzen. Der logische Zirkel, der darin gelegen ist, liegt auf der Hand» (vilket så närmare utvecklas).[2]

Här skulle — mena kanske nu Ahlander och Wedberg — också ligga innesluten tanken, att man rörde sig i cirkel, när man gåve »rättsregel» attributet att tillämpas av domstolar (eller andra statsmyndigheter), eftersom dessa själva för sin existens förutsatte tillämpning av rättsregler. Det vore emellertid enligt Ahlander ingalunda någon cirkel att definiera en rättsregel såsom en regel, vilken tillämpades av domstolarne. Det finns för mig, som bestrider varje meningsfull användning av begreppet rättsregel[3], ingen anledning att taga upp denna polemik annorlunda än så, att jag påpekar komiken i att på detta sätt komma »den rena rättsläran» till livs. Kritiken mot Kelsen ligger i att han tror, att man kan bedöma rätten och rättsliga begrepp utan att taga någon mera djupgående hänsyn till allt detta faktiska, som jag kallar rättsmaskineriet. Kritiken av den »rena rättsläran» ligger däri, att *hela utgångspunkten* för densamma — att vad man kallar positiv eller gällande rätt vore att utskilja från naturen, d. v. s. verklighetens värld — är rena fantasien. Detta har kort och ovedersägligt visats av Hägerström.[4] Själv har jag icke ansett mig behöva mera grundligt fördjupa

[1] Mera förklarligt av framställningens art, syfte och ringa format.
[2] Kelsen, Allgemeine Staatslehre s. 73 f.
[3] Ett bestridande som jag första gången motiverade redan 1930 i Obligationsbegreppet II: 1 s. 91–102.
[4] Se Litteris 1928 s. 20–40 och s. 81–99. Se även Obligationsbegreppet II: 1 s 61 n. 1.

mig i Kelsens läror. Men jag tror jag har rätt säga, att hela den s. k. rena rättslärans förnuftslöshet framgår av min kritik av begreppen rättstridighet, rättighet, rättsplikt, rättsregel m. m., av mina försök att i samband med denna kritik klargöra vissa realiteter under de rättsideologiska slöjorna samt av mina utredningar om rättsmaskineriet, hur ofullständiga dessa senare utredningar än äro. I jämförelse med det fantasifulla i hela det Kelsenska utgångsläget betydde sannerligen det »logiska missförstånd», som Ahlander ordar om, det samma som ingenting. För övrigt: *med* den Kelsenska premissen, att enligt gängse läror statsorganens behörighet själv vilade på rätten, föreligger alls intet logiskt missförstånd. Om domstolarne hade sin auktoritativa ställning i kraft av rättsreglerna, så är det ju konsekvent att hävda, att rättsreglerna inte kunna betingas därav, att de tillämpades av domstolarne.[5]

Emellertid har nu Wedberg före Ahlander bestritt riktigheten i Kelsens ifrågavarande tal om logisk cirkel. Då Ahlander stött sig på Wedberg, finner jag det lämpligt att återgiva den senares ifrågavarande kritik av Kelsen. De begrepp det här rör sig om, säger han, äro sådana

»som användes för att beskriva ett samhälles struktur, alltså sociologiska. Men hur skall man då rädda sig ur den cirkel, som Kelsen anser ofrånkomlig på det sociologiska planet? Relationslogiken är vår räddning. En cirkel fullt analog med den Kelsenska uppstår, om vi först definierar en äkta man som en man som har en hustru och sedan definierar en hustru som en kvinna som har en äkta man. I detta fall är det uppenbart hur man skall undvika cirkeln. Det grundläggande begreppet är giftermålsrelationen: en man som tillhör relationens domän, kallar vi en äkta man; en kvinna, som tillhör dess konversa domän, kallar vi en hustru. Kelsens cirkel kan lösas på exakt samma sätt. Det finns en viss sociologisk relation — för vilken vardagsspråket saknar någon direkt beteckning — och vad, som tillhör en av dess domäner kallas för »gällande rättsregler», vad som tillhör en annan av dess domäner kallas »myndigheter».[6]

Emot detta uttalande förefalla mig två anmärkningar befogade. Först vad jag redan antytt. Det är *logiken* i Kelsens resonemang, som Wedberg kritiserar; det är den förres påstående, att man rörde sig i cirkel, som han attackerar. Då får man naturligtvis söka fasthålla vid Kelsens

[5] Kelsen synes icke gärna för egen räkning använda begreppet »rättsregel». I sin »Reine Rechtslehre», 1934, talar han väl om »Rechtssatz» (»die Grundform des Gesetzes») och om Rechtsgesetz i motsättning till Naturgesetz». Men jag har icke funnit honom i detta arbete tala om »Rechtsregeln». I sin »General theory of law and state» använder han visserligen termen »rule», men icke ofta och han finner termen missvisande, när det gäller rättens natur. Då vill han ha »norm». Se bl. a. General theory s. 37 f. (Emellertid förekommer naturligtvis ordet »Regel» i hans tyska arbeten; se t. ex. fortsättningen på citatet här ovan å s. 186.)

[6] Wedberg s. 11 f.

premiss, hans utgångspunkt. Denna är ju, enligt Wedberg själv, att domaren grundar sin ställning på »gällande rätt». Med denna utgångspunkt rör man sig, såsom Kelsen enligt Wedberg säger, i cirkel, om man bestämmer »gällande rätt» såsom den av domstolarne tillämpade rätten. Vore detta icke ett cirkelresonemang, skulle en del av domarekåren ha usurperat sin ställning och återstoden ha tillsatts först av usurpatorerna och sedermera av de utan usurpation tillsatta domarne. Vi veta, att det icke förhåller sig så och att Kelsen icke menar något dylikt. Och ser man på Kelsens tes i dess allmänna formulering, är den uppenbarligen ofrånkomlig och måste ha allmängiltighet. Det *är* en logisk cirkel att låta staten utgöra källa för rätten, samtidigt som man hävdar, att rätten utgör förutsättning för staten.

Om den andra anmärkningen må följande sägas. Den där »giftermålsrelationen» flyter nu visserligen såtillvida så att säga upp på ytan i samhällshavet, att man kan begagna sig av »relationslogiken» — ehuru man förvisso på vanligt enkelt sätt skulle kunna uttrycka sig här utan att råka i cirkel — därför att *varje människa* i förevarande avseende *vet* tillräckligt om vad ett giftermål är. Men *den* sociologiska relation, som skall användas för att genom »relationslogik» lösa den av Kelsen påstådda logiska cirkeln vid bestämmandet av begreppet rättsregel — *den* flyter sannerligen icke upp och isolerar sig på ytan. Vad är den egentligen för något? Det hela blir ju för läsaren intet annat än hieroglyfer, om icke tillräckligt av sociala fakta och sammanhang klargöres, på det att man skall kunna se den ifrågavarande »sociologiska relationens domäner» skilda från varandra. Men detta kan aldrig klargöras, utan att rättsverksamheternas, alltså även rättskipningens, beskaffenhet och funktioner i erforderlig mån utredas, det vill säga utan att man erhåller viss kunskap om hela rättsmaskineriet, inklusive alltså rättsverksamheternas direkta eller indirekta verkan på människorna, även domarne, och dessas handlingssätt. Man må om man vill *tala* om »gällande rättsregler»[7], men man bör då söka klargöra vad man talar om. Det gör icke Wedberg. Såsom han använder, vad han kallar »relationslogik», blir denna sannerligen icke till någon »räddning»; den blir löst prat och intet annat. Den »nya logiken» kan förvisso icke *framtrolla* några resultat. Lika litet som med den gamla vanliga logiken torde man kunna komma någon vart med den »nya logiken», om man *underlåter att skaffa sig kunskaper angående de realiteter*, som man har för avsikt att diskutera. Kelsens lära kan kastas över bord med hjälp

[7] Att man, såvitt jag förstår, missuppfattat begreppet, sökte jag som sagt visa upp redan i Obligationsbegreppet II: 1 s. 91—102.

av kunskaper om de sociala sammanhang, som jag kallat rättsmaskineriet. Med blott s. k. relationslogik kan man intet göra åt den. Har man de nödiga kunskaperna, hjälper man sig, åtminstone här, med vanlig logik och saknar varje behov av s. k. relationslogik.

Som jag nämnde i »Förord» upprepar Karlgren från SvJT 1938 i sin sista bok den förebråelsen mot mig, att jag »framhärdar i att vilja tro», att den härskande åsikten betraktar skadeståndstvånget enligt culpa-regeln såsom en på grund av svarandens skuld rättvisligen förtjänt reaktion.[8] Jag påstår alltjämt, att detta är den allmänna åsikten bland dem, som icke tagit intryck av min kritik av åsikten ifråga. Karlgren hänvisar till stöd för att »i varje fall de flesta nutida jurister icke ha denna utgångspunkt» till Ussings Erstatningsret s. 82, varest Ussing i sin tur hänvisar till s. 15 ff. i samma arbete. Karlgren måste ha förbisett, att jag i Bd I under rubriken »Ussings anmärkningar»[9] visat bl. a., att Ussings med Karlgrens överensstämmande anmärkning mot mig varit helt och hållet ogrundad. Därvid påvisade jag, att de av Ussing nämnda »nutida jurister» icke kunde tagas till intäkt för anmärkningens befogenhet. Karlgrens inställning till denna fråga är av samma art, som när man tror sig ha klarat av kritiken av rättsideologien i övrigt genom att blott deklarera, att man icke använde »rättigheter», »rättsplikter», »rättstridighet», »rättsregler» etc. annat än som termer eller beteckningar för vissa förhållanden, som det vore alltför omständligt att närmare beskriva. En sådan inställning är mycket tålamodsprövande. Men framför allt är den mycket hindersam för spridningen av en riktig uppfattning av vad jag vill föra fram. Jag skall emellertid försöka på ett kortfattat sätt påvisa vad Karlgren enligt min mening här förbiser.

Karlgren synes själv medgiva, att culpa-regeln enligt sitt *innehåll* utgår från att under regeln fallande handlingar vore oförenliga med den »moral eller sed som de facto vid varje särskild tidpunkt råder i samhället».[1] Utgångspunkten är sålunda, att det handlingssätt, som faller under culpa-regeln, är i etisk mening ogillat av samhället. Hur skulle man då kunna komma ifrån, att skadeståndet efter culpa-regeln vore en rättvisligen förtjänt reaktion — därest man icke anslutit sig till min kritik av rättvisemetoden och min positiva syn på rättsorganisationen

[8] Karlgren s. 75 n. 26.

[9] Bd I s. 7–29.

[1] I SvJT 1938 s. 362 f., kan Karlgren sägas ha gjort en viss modifikation härutinnan, som innefattade frågan, om icke »begreppet culpa — så misstänkt *allmänt* som det är — i själva verket *delvis saknar självständigt innehåll*». Denna fråga har Karlgren i sin Skadeståndsrätt tagit upp i texten (s. 71 ff.) före noten. För vad som nu följer finns det dock ingen anledning att ingå i diskussion med Karlgren om denna fråga.

(eller möjligen på annat sätt tillkännagivit att man icke godkände rättvisesynpunkten ifråga)? Man *har* icke kommit ifrån nämnda uppfattning av culpa-ansvaret, såsom framgår av följande punkter.

1. Skuld har sedan sekler tillbaka ansetts utgöra rättvis grund icke blott för straffet utan även för skadeståndsreaktionen. Så kom Jhering 1867 med sin världsberömda »Schuldmoment», vari proklamerades »der ewig wahre Satz: kein Uebel ohne Schuld», och den främsta uppgiften för »die Gerechtigkeit» sades vara att återställa jämvikten mellan »dem Mass des Uebels und der Schuld».[2] Med »Uebel» avsågs alltså »subjektives Unrecht», straffrättslig eller civilrättslig. Och vid den civilrättsliga orätten eller rättskränkningen hävdade Jhering så följdriktigt: »ohne Schuld kein Schadensersatz». Betydelsen av Jherings skrift var sålunda i detta sammanhang, att den förkunnade skuldens betydelse såsom *i princip enda* rättvisegrunden *även till* det civilrättsliga ansvaret. — Under decenniernas lopp ha ofta invändningar mot Jherings hithörande tankar framställts men *merendels* icke så — vare sig i början eller senare — att *den* tanken vore att avvisa, att svarandens skuld vore en faktor som i rättvisans namn talade till kärandens förmån. Invändningarne ha kretsat kring sådana föreställningar, som att skulden kunde vara för obetydlig för att kunna rättfärdiga *fullt* skadestånd eller för att — med hänsyn till särskilda omständigheter i fallet — överhuvud kunna rättfärdiga något skadestånd eller slutligen kring föreställningen, att skadestånd stundom *också* kunde vara motiverat i rättvisans namn, utan att alls någon skuld kunde läggas svaranden till last. Självfallet kunde dylika invändningar icke strida mot uppfattningen om skuld såsom en rättvis grund för skadestånd.[3]

2. Ända in i våra dagar skilja *härskande* åsikter i ämnet mellan skuldansvar (Verschuldenshaftung, fault-liability, la responsabilité délictuelle) å ena sidan, »Haftung ohne Verschulden», »strict liability», »la responsabilité du fait d'autrui, du fait des choses inanimées, du fait des animaux, du fait des bâtiments» eller enligt »la théorie du risque créé» å andra sidan. Intet utvisar annat, än att därvid skuld-ansvaret betraktas såsom ett ansvar, som svaranden rättvisligen gjort sig förtjänt av genom sin skuld. Detta kan förefalla egendomligt vid det förhållande, att man objektiverar skulden och låter den taga sig uttryck i en *culpa levis in abstracto* (d. v. s. i bristande åt s. k. »normal aktsamhet»).[4] Men i själva verket *är* detta icke så egendomligt. Ty att även denna abstrakta

[2] Se ovan s. 75.
[3] Jfr s. 75 n. 10 ang. Loening, Pfaff och Mataja.
[4] Jfr Bd II: 1 s. 24 ff.

culpa mot allt sunt förnutf betraktas såsom skuld visar oss endast, hur angelägen man är att identifiera ansvar för *culpa in abstracto* med skuldansvar. Och varför så angelägen? För att — trots skuldens »objektivering» — genom *skuld*klassificeringen ha skadeståndstvånget motiverat såsom en rättvisligen förtjänt reaktion på skadegörelsen. Och för övrigt: man kan väl icke komma ifrån, att härskande åskådningar städse poängtera ansvar *utan skuld* såsom motsättning till *skuld*ansvar, och detta utan varje tillkännagivande om att man icke hade någon mening därmed eller att skulden här, till skillnad från den kriminella skulden, icke hade betydelsen att rättfärdiga rättsreaktionen. Man får väl utgå ifrån, att rättsvetenskapen menar vad den säger. Och den säger, d. v. s. härskande åsikt, att *skuld* i *rättvisans* namn *i princip* gör svaranden förtjänt av ansvar, under det att skadegörelse *utan* skuld blott i *särskilda* fall (låt vara stadda i tilltagande) *rättvisligen* motiverar ansvar.

3. Ännu år 1939, alltså *efter* det att Karlgren i SvJT 1938 gjort sitt ifrågavarande uttalande om mitt »framhärdande i att vilja tro etc.», sades det i Björlings lärobok, att skadan *tillräknas* den, som varit vållande därtill, och man utgår såsom något *självfallet* därifrån, att skadevållaren på grund av sin culpa vore *»värd* att åläggas ersättningsskyldighet» (kurs. här).[5] Åtminstone intill år 1945 har denna åsikt utlärts åt de juris studerande vid samtliga juridiska fakulteter, i den mån icke ledaren av hithörande kurser under direkt eller indirekt inflytande av min kritik tillsett, att en korrigering ägt rum.

4. Vi behöva emellertid blott hålla oss till ett enda sakförhållande, för att man skall förstå, att Karlgrens förebråelse mot mig är ogrundad. Redan 1923, kanske ännu tidigare, påvisade jag, att man vid culparegelns, liksom vid skadeståndsrättens i allmänhet, bedömande blott

[5] Björling 8. uppl. s. 183 f. När det i Björlings nämnda arbete (ombesörjt efter hans död av Ragnar Bergendal och Johan Björling) sägs, att blott vådahandling icke medför ersättningsanspråk mot den skadegörande, kommenteras förhållandet sålunda: »Denne har *ju* ej gjort sig skyldig till *klandervärt* förfarande. Han har ej begått någon oförsiktighet, ej överskridit de vanliga gränserna för en ordentlig mans handlingsfrihet och *bör därför billigtvis slippa att lida förlust*. Skadan som timat får stanna på den person, den träffat.» (Kurs. här; se a. a. s. 183). De här och i texten citerade orden återgivas också i 9. uppl. utgiven, men icke bearbetad, av Malmström år 1943. Att Malmström i denna upplaga kunnat låta Björlings ifrågavarande uttalanden kvarstå beror naturligtvis på, att de voro uttryck för den allmänna rättsåskådningen. I SvJT 1924 s. 244 polemiserade jag mot Björlings ifrågavarande uppfattning. Likväl kvarstod den i fyra efterföljande upplagor (t. o. m. 1943). Detta borde dock ha haft något att säga Karlgren. — Malmström har i sina *bearbetningar* av läroboken icke behållit Björlings nämnda inställning. Också på detta område torde han ha påverkats bl. a. av mina föreläsningar och tryckta arbeten. Se t. ex. Björling—Malmström s. 221 och jfr ovan s. 71 n. 3.

hade det enskilda fallet i sikte, där skadegörelse skett, men »glömde bort den oändligt stora mängden av situationer, där skadegörelse kunnat ske men icke skett av den anledning, att en samhällsordning, inkl. skadeståndsrätten, finnes till, d. v. s. upprätthålles».[6] Det av mig kritiserade betraktelsesättet *tillhörde och tillhör alltjämt* den *härskande* jurisprudensen i *alla* länder, vilkas rättsåskådning i detta sammanhang kan intressera oss. Det tillhör överhuvud rättvisemetoden; och vem kan väl giva sig till att — efter allt vad jag i sådant avseende erinrat om[7] — bestrida, att sagda metod är den inom jurisprudensen förhärskande?[8]

---

[6] Se Kritik s. 84 f. Detta har sedermera ofta i växlande ordalag upprepats av mig.

[7] Se här ovan bl. a. s. 106 ff., ävensom Bd I s. 113 f., s. 115 ff. och s. 534–548; f. ö. nästan alla mina rättsvetenskapliga skrifter från och med 1920.

[8] Att den är det utanför Norden är uppenbart. Vi behöva blott tänka på den schweiziska civillagbokens stora anseende, på frirätts-rörelsens, särskilt den s. k. intressejurisprudensens, stora betydelse inte bara på Europeiska kontinenten utan även i Amerika. Vad Norden angår, se nu ett sådant grundläggande arbete som Björlings nyss berörda eller Ussings Skyld og Skade. Tag citatet å s. 22 hos Ussing: »Retsordenen staar her ovenfor to Parter, og det gælder om at veje og udligne deres Interesser paa den retfærdigste Maade. Det kan derfor ikke a priori erklæres for uretfærdigt at paalægge Erstatningspligt uden Skyld.» Här ligger ju såsom något självfallet, att, om intressegranskningen ledde till konstaterande av »Skyld» å svarandens sida, då vore därmed hans ansvar rättvisligen motiverat. Ussing står visserligen numera icke för denna ståndpunkt, men detta beror på det intryck, han enligt egen utsago tagit av »Lundstedts kraftige Advarsler imod fortrinsvis at fæste Blikket paa de enkelte Konfliktstilfælde», Erstatningsret, s. 16. Ussing tillägger, såvida jag förstår ganska meningslöst, att tanken dock icke principiellt vore ny. Ussings uttalande föranleder Karlgren att säga, att tanken vore gammal, men dess betydelse stor, SvJT 1938 s. 354. Det enda som här har intresse är, huruvida denna min av Ussing och Karlgren gillade tanke omfattas av skadeståndsjurisprudensen eller icke. Och den frågan är att besvara med ett bestämt nej!, om jag bortser från auktorer, som låtit sig influeras av min syn på saken. Se ang. Stang bl. a. min Kritik s. 102–106. Att för honom svarandens skuld rättfärdigade rättsreaktionen mot denne är tydligt och motsäges icke av hans idé, att i skadeståndsrätten skuldkravet möjligen skulle kunna elimineras. Se min Culpa-Regeln s. 191 ff. Självfallet har icke Øvergaard i sin »Erstatningsret» tagit avstånd från den vanliga skadeståndsjurisprudensens metod att begränsa bedömandet till en intresseavvägning *in concreto*. Ang. finländaren Ek, se nedan s. 264 ff.; se även Ek, Bidrag, s. 179 ff. — På det att man äntligen må förstå, hur osakliga anmärkningar av den art äro, som Karlgren, låt vara i största älskvärdhet, riktat mot mig, må ytterligare några erinringar tilläggas. Jag gör detta, därför att jag menar, att det är av stor betydelse för utbildningen av en rättsvetenskap, att man begriper, hur djupt förankrad i rättsideologien också den s. k. nutida juridiken ligger. Hav godheten taga del av min redogörelse här nedan för norsk och dansk rättspraxis (nedan s. 218–253)! Är det icke uppenbart, att man — när skuld kan konstateras, alltså »uagtsomhet kan bebrejdes» (formuleringen efter Rt. 1939 s. 766, nedan s. 224) — finner ansvaret givet, för att när skuld icke kan konstateras, låta intresseavvägningen leda fram till svaret på frågan, vilken part, som vore »nærmere» att stå faran, d. v. s. å vilken part ansvaret rättvisligen borde läggas? Att en *skuld*belastad svarande är »närmare» att få bära skadan än den »klanderfrie» käranden och att ansvaret sålunda här är rättvist, sägs visserligen icke, men endast och allenast

Därmed är det *uteslutet*, att en skadegörelses karaktär av att vara *skuld*-ådragande, kulpos, vårdslös, eller hur man må uttrycka det, icke, enligt härskande åskådning, skulle tagas i betraktande vid avvägningen mot varandra av partsintressena och (i frånvaro av *compensatio culpae*) leda till att svaranden rättvisligen gjort sig förtjänt av att tvingas betala skadestånd. Såtillvida går skuld-grunden längre än andra rättvisegrunder till skadeståndstvånget. Dessa leda visserligen alltid till, att ansvaret är »rättfärdigat» genom vad som förelupit, men icke till att svaranden *gjort sig rättvisligen förtjänt av ansvaret*. Detta ligger däremot i *skuld*-grunden såsom rättvisegrund. Skuldföreställningen innefattar, såsom jag förut gentemot Jaehner påpekat, alltid, att subjektet genom skulden gjort sig förtjänt av vedergällning. Att detta icke är en antikverad ståndpunkt förstår man av en så sentida författares uttalanden som Essers. Den deliktiska skadeståndsrätten (naturligtvis framför allt skuldansvaret) bygger, säger han, på »die vergeltende Gerechtigkeit», under det att det vid skadeståndsrätten i övrigt vore fråga om »die distributive (verteilende) Gerechtigkeit». (Jfr nedan s. 262 n. 3. Esser synes emellertid vara av den meningen, att »die vergeltende Gerechtigkeit» *borde* helt

---

därför, att detta anses självklart för varje jurist och varje domare. När skuld finnes å svarandesidan, då märks inte intresseavvägningen, såvida icke *compensatio culpae* kommer ifråga, ty »skuld» anses i princip icke kunna uppvägas av någon »skuldfri» omständighet. Detta — att skulden är en *rättvis* grund för ansvar och att i övrigt intresseavvägningen måste vara avgörande för ett *rättvist* bedömande av ansvarsfrågan — genomlyser hela den hithörande judikaturen i både Norge och Danmark (liksom naturligtvis också i Sverige). Jag nöjer mig emellertid med ett par påpekanden angående den norska. Man behöver egentligen, vad denna angår, blott beakta vad jag nyss hänvisade till (Rt. 1939 s. 766) och domaren Bades uttalande i fallet i Rt. 1933 s. 817 (nedan s. 227). Se även nedan s. 228 f. — När domaren Harbek ifrågasätter culpa-regelns axiomatiska betydelse (nedan s. 256), så sker detta, märk väl, på det att »vi må prøve om culparegeln i virkeligheten fører til retferdige resultater». Detta är ju blott ett uttryck för, att man hittills ansett culpa-regeln i princip grundad på rättvisa. Skulden är dock icke *alltid* rättvis grund för ansvaret, menar han; och det gällde att utdöma ansvar, endast om det kunde anses vara rättfärdigt! Märk Andersens instämmande ib.! — För övrigt ber jag att få hänvisa till en stor del av vad jag nedan anför om rättslitteraturens inställning till farlighetsansvarets motivering, särskilt om den tyska litteraturen och det tyska reformarbetet. Det är »die Gerechtigkeit», som är den genomgående ledstjärnan. Och man kan omöjligen undgå att se, att »das Verschuldensprinzip» står i särklass såsom sedan gammalt *självfallet* grundad på rättvisa (Wahl i Grundfragen s. 17 ff.), varvid naturligtvis skuldens bestämmande »nach objektiven Masstäben» erbjuder vissa svårigheter, vilka man dock på bästa sätt söker bortförklara (Grundfragen s. 22–26). Det nya läget, sedan åtskilliga årtionden tillbaka, är endast att *även* ansvar *utan* skuld i månget slags situationer anses vara motiverat i rättvisans namn. Skuldansvaret och annan »deliktische Haftung» (d. v. s. annat ansvar för »unerlaubte Handlung») betraktas faktiskt såsom utgörande »vergeltende Gerechtigkeit», under det att »der ausserdeliktische Schadensersatz» behärskades av »der distributive (verteilende) Gerechtigkeitszweck» (se nedan i texten).

undanträngas av den »fördelande rättvisan», varom se Esser, Grundfragen s. 141. Se även nedan, s. 199 f., Coing om *iustitia commutativa* och *iustitia distributiva*.)

5. Till sist får jag hänvisa till mitt påpekande i observandum a. strax här nedan om begreppet skada såsom en petitio principii i förhållande till skadeståndsrätten. Jag tror icke att detta är beaktat av Karlgren på ett sådant sätt, att han tagit hänsyn därtill i sina resonemang. Men har en sådan sak förbisetts, då kan man inte tala om culpa-ansvar annorlunda än såsom motiverat i rättsideologisk mening. Det vore ologiskt eller — kanske mera expressivt — sammanhangslöst att söka grunda ansvaret med sociala värderingar.

Av dessa erinringar måste kunna inses, att den traditionella culpa-regeln allt in i våra dagar innefattar, att skadeståndstvånget vore en på grund av svarandens skuld rättvisligen förtjänt reaktion emot honom till den förfördelade kärandens förmån. Detta har naturligtvis varit till hinder för en förståelse av culpa-regelns socialekonomiska betydelse. Kunskap i båda dessa avseenden är av betydelse för en rationell utveckling av skadeståndsrätten.[9] Därför har det synts mig angeläget att icke gå förbi Karlgrens anmärkning, när den nu upprepats i hans sista bok, som på grund av sina många och stora förtjänster säkerligen kan beräknas få stor spridning bland för skadeståndsrätten intresserade jurister.

* *
*

Det är ofta högviktiga förhållanden, som man i den moderna eller »nutida» juridiken förbiser, även när man menar, att man icke tror på rättigheter och rättsplikter (annorlunda än möjligen såsom »funktionsbegrepp») eller på rättvisa såsom bestämmande grunderna eller principerna för rättskipningen. Man förbiser, att den metod för dömande, som denna nutida juridik dock går in för, nämligen att taga ledning av vad resultatet av en jämförande vägning mot varandra av partsintressena i det föreliggande fallet kunde giva vid handen, är helt och hållet ovetenskaplig och att denna ovetenskaplighet är en *följd av att man icke förstått*, hur djupt kritiken av rättsideologien skär in i jurisprudensens föreställningsvärld. Bestridandet av tro på rättigheter och rättsplikter, på rättvisans principiella betydelse o. s. v. är icke värt någonting i vetenskapligt avseende utan är endast anledning till förvirring och förbistring, så länge man alltjämt går på denna »avvägning» mot var-

[9] Jfr Bd I s. 113 f.

andra av parternas intressen, den enes att utfå skadestånd, den andres att slippa från rättsligt skadeståndstvång. Denna intresseavvägning förutsätter icke mindre än rättighets- och rättspliktsföreställningarna den *ovetenskapliga tron på objektiva värden*. Det segrande intresset betraktas självfallet såsom ett *rättsligt* sådant, och vad som i dömandet anses ha skett — såvitt man överhuvud har haft något intresse och kompetens att reflektera däröver — är just realiserandet av rättvisan i Ulpiani mening: *voluntas ius suum cuique tribuendi*. Den nutida juridiken förbiser också, att det ur vetenskaplig synpunkt är en klar motsägelse att kombinera denna intresseavvägnings- eller rättvisemetod med sociala synpunkter, låt vara att sådant misch-masch — varvid ju, såsom vi sett, rättvisemetoden faktiskt i betydande grad modifieras eller sättes ur funktion[10] — kan leda till praktiskt brukbara resultat. Den moderna eller nutida juridiken förbiser, att rättvisemetoden måste helt och medvetet *förkastas*, att den *måste* ersättas samt att den icke såvitt visats *kan* ersättas med något annat än vad jag kallat *samhällsnyttemetoden*. Det är detta, som man framför allt icke har förstått, detta att kritiken av rättsideologien och analysen av de hithörande företeelserna ofelbart leder till den insikt, som låter nämnda metod framstå som självfallen och naturlig, ja, som den enda möjliga. Utbildningen av metoden ifråga — som jag efter min ringa förmåga sökt bidraga till under och vid sidan av min kritik, ett bidrag som jag så här i portföret tillåtit mig beteckna som ett mycket krävande arbete — menar jag vara den *framtida rättsvetenskapens huvuduppgift*.

Ock nu torde man kunna förstå, att jag icke kan känna mig sakligt berörd, när vissa opponenter kasta emot mig invändningen, att de lika litet som jag trodde på några rättigheter, rättsplikter etc. därför att de använde sådana ord. De använde dem nämligen liksom jag själv stundom gjorde, blott som termer. Dessa mina opponenter ha i själva verket föga aning om vad det i mitt arbete har rört sig om. Och det är särskilt med tanke på dem, som jag nu utskriver följande

Observanda.

a. Antag att någon skadeståndsrätt icke funnes och icke heller de straffbud, som jag i det föregående ofta antytt (t. ex. å s. 125), då skulle man icke kunna påstå, att person drabbats av skada eller förlust. Ty detta förutsätter, att personen stått i det förhållande till sak eller person, som man *falskeligen* kallar rättighet av något slag, eller rätts-

[10] Se ovan s. 115 ff. samt Bd I s. 123–133, s. 138 ff.

ligen skyddat intresse, »legally protected interest», »retsgode» eller »Rechtsgut» etc. Men denna förutsättning skulle brista, *om* skadeståndsrätten och nämnda straffbud saknades såsom i kraft varande lag eller rätt. Av formuleringen (»falskeligen kallar») förstår man, att jag nu icke har i sikte obefintligheten i verklighetens värld av alla slags objektiva värden eller metafysiska »faktorer», utan att jag uteslutande avser *realiteterna*, som föranlett tron på dessa objektiva värden, nämligen ägarens riskfria handlingsmöjligheter i avseende å tinget, borgenärens möjlighet att med exekutionshot influera på gäldenärens prestationsvillighet, betalningstvånget till förmån för borgenären m. m. Det är samtliga dessa *realiteter* till en persons förmån, som *betingas* av uppehållandet av skadeståndsrätten och en del av straffrätten. *Om* dessa realiteter saknades — hur skulle man då kunna tänka sig, att person drabbades av någon skada, och till på köpet skada som skulle kunna diskuteras göras till föremål för skadestånd? Om tinget icke vore, såsom man säger, någons tillhörighet, hur skulle då någon kunna lida skada genom tingets förstörelse eller skadegörelse å detsamma? Om ett avtal inte hade rättslig betydelse — som det i allmänhet icke skulle ha utan skadeståndsrätten (se § 2 i Obligationsbegreppet I) — hur skulle det då kunna vara någon mening i att påstå »borgenären» bliva skadad, lida förlust genom att avtalet icke fullgjordes? Av vad jag sagt inses, att det måste vara en *petitio principii* att i förhållande till den nu berörda delen av rätten tala om den skada eller förlust, som en person lidit. Ty denna skada *betingas* ju av att denna del av rätten verkligen är, som det heter, i kraft. Tänka vi emellertid på sådana situationer, då egendom förloras genom expropriation, då är det tydligt, att begreppet skada eller förlust är en *petitio principii* redan blott med hänsyn till *skadeståndsrätten*. Ty om vi tänka bort denna och icke besväras av metafysiska rättsföreställningar, då är ju läget detta, att ägarens riskfria möjligheter att utnyttja saken enligt lagen utan vidare automatiskt upphöra. Någon förlust i rättslig mening för honom kunde man blott tänka sig, om han vid handlingsmöjligheternas upphörande kunde åberopa sig på lagen för att erhålla ersättning (jfr Obligationsbegreppet I s. 109 f.) I själva verket förhåller det sig på analogt sätt vid skada genom nödhandling eller immissioner, ja, i själva verket vid all skada, som icke vore kriminellt förorsakad. Utan skadeståndsrätten vore det en *petitio principii* i alla dessa situationer att tala om skada eller förlust i rättslig mening. Och skada i annan mening kunde icke intressera rättsvetenskapsmannen (f. ö. blott ett talesätt, ty utan skadeståndsrätten skulle det väl icke finnas ett samhälle, vari utövades rättsvetenskap) mera än skadegörelsen å ett sten-

block i öknen eller å en obebodd ö, d. v. s. ett ting, som icke hade någon ägare. De straffrättsbud, som kunde behöva elimineras för att spränga ett begrepp skada i rättslig mening, vore följaktligen blott de, som stadgade *straff* för skadegörelse. Emellertid är det nog icke uteslutet, att skade- eller förlustbegreppet uttömmande kan sägas vara en *petitio principii* redan blott i förhållande till skadeståndsrätten. Ty tänka vi bort denna, blir det kanske nödvändigt att även tänka bort strafflagen (jfr Culpa-Regeln s. 105 f.). Men vi behöva ju här alls icke gå in på några diskriminationer. Vi kunna ju nöja oss med att kort och gott endast konstatera, att utan skadeståndsrätten och en del av straffrätten vore alla realiteter bakom föreställningar om rättigheter, rättsplikter, rättsligen skyddade intressen etc. och därmed också det begrepp skada eller förmögenhetsförlust, varmed man rör sig i juridiken, något otänkbart. (Se till det sagda bl. a. Culpa-Regeln s. 116–119, Bd II: 1 s. 309 ff. samt de många ställen, där jag sökt utveckla de realiteter, som beslöjats av rättsideologien, bl. kortfattat i Bd I s. 518 ff. Saken har i förbigående berörts på andra ställen i detta arbete t. ex. s. 58 f.)

b. Ett annat observandum är det s. k. allmänna rättsmedvetandets eller rättvisekänslornas å ena sidan nödvändighet för rättsmaskineriets drift, å andra sidan sätt att verka; så nämligen att de icke i princip bestämma lagarnas innehåll utan tvärtom dirigeras av lagarne och tagas i dessas tjänst, utan vilken lagarne ofta icke skulle kunna fullgöra sin funktion till samhällets gagn. Till undvikande av ordrytteri må dock särskilt påpekas, att en viss växelverkan äger rum mellan det s. k. allmänna rättsmedvetandet och lagarnas innehåll. (Se om allt Obligationsbegreppet II: 1, s. 74 ff., Bd I s. 587 ff., s. 521, p. 4, och s. 532 f.)

c. Inga rättssatser kunna vara rättsregler, icke ens i mening av handlingsregler för vare sig domaren eller andra. Motsatt uppfattning förutsätter *abstraktion* från vad som här är den *väsentliga* realiteten, nämligen rättsmaskineriet och rättssatsens tillhörighet till och funktion i detta. (Se härom min utredning ovan s. 123–152.)

d. Härefter tillåter jag mig påpeka vad jag i det föregående utfört, delvis under hänvisning till utredningar i andra mina skrifter, om samhällsnyttemetodens naturlighet och även nödvändighet; detta sista med hänsyn till brist på befintligheten av varje argument för någon annan metod, vars ovetenskaplighet icke är utredd.

e. Slutligen märkes, att det, när föregående observanda beaktas — framför allt det under a. — måste te sig fullkomligt omotiverat att på något sätt utnyttja rättvisebegreppet i rättsvetenskapen, hur man än sökte vrida och vända på detsamma.

Jag berörde i Bd I s. 536, 538, 543 f. uttalanden av en så pass sentida rättsfilosof som del Vecchio. Låt mig nu för fullständighetens skull och medan vi ha observandum a. här ovan i minnet beröra den siste jag känner på området, tysken Coing. Denne förf. är visserligen på det klara med att »das Recht eine Schöpfung der Menschen ist». Men han tror, att vissa »Gesetzlichkeiten wären dem Recht vorgegeben». Härmed åsyftas »die Rechtsidee», som skall vara

»die Summe der sittlichen Gehalte (Werte), die wesensgemäss mit der Ausbildung des Rechtes verbunden sind. Im Mittelpunkt stehen Gerechtigkeit und Personwürde des Menschen. Die Gerechtigkeit verweist uns auf die Natur der Sache. Dadurch geht die Seinsordnung, soweit sie dem Menschen erkennbar ist, in gewissem Sinn in die Rechtsidee ein. Die Natur der Sache wird zur Norm» (s. 90 och s. 147).

Coing söker visa, att de etiska värdena, såsom de äro oss givna i det sedliga medvetandet »mit einem gewissen Grad von objektiver Richtigkeit umschreibbar sind» (s. 106 ff.). Och faktiskt behandlar han den »im Mittelpunkt der sittlichen Werte im Rechte» stående rättvisan som ett objektivt värde. Denna rättvisa fordrade »Gleichheit», varav härleddes rättvisans Ulpianska krav: *suum cuique tribuere*. Emellertid, säger Coing, måste »die Gerechtigkeit des Rechts» skiljas från den personliga, individuella rättvisan. Den förra, av abstrakt art, anknyter blott till »einzelne Taten und Handlungen» och, alldenstund rätten vore en »Ordnung der Gruppe» med makthavare och underordnade, så »tritt hier weniger der Gegenseitigkeitscharakter der Gerechtigkeit hervor als die Forderung nach gleicher Behandlung. Die Formel der juristischen Gerechtigkeit lautet deshalb: gleiche Fälle gleich behandeln.» Rättvisan i rätten, i månget hänseende problematisk, vore därför fragmentarisk; själva rättsidén ger emellertid anvisning på en andra »Ansatzpunkt für die Suche nach dem Urbilde des Rechtes: die Natur der Sache» (s. 111–118). Detta begrepp göres därefter till föremål för en vidlyftig utredning, vari till sist sägs att »sakens natur» leder tillbaka till »eine *sittliche* Rangordnung», varest rättvisan har att finna sina »Masstäbe». Och det blir tydligt, att rättsidén »ihrem Gehalt nach» går utöver rättvisans enkla krav.

Rättsidén, heter det

»fordert die *Versittlichung des Rechtes* überhaupt. Der Gedanke der Rechtsidee begreift nicht nur die Gerechtigkeit in sich sondern alle sittlichen Forderungen, deren Verwirklichung im Rechte möglich ist» (s. 130 f.).

Härefter gives en framställning av »die weiteren sittlichen Inhalte der Rechtsidee» (s. 131–147), varefter en sammanfattning av »das Wesen

der Rechtsidee» inledes med de här i början efter Coing citerade orden. Coing vill också visa naturrättens möjlighet och väsen. Naturrätten skall, jämte etiken, bilda ett självständigt, egenartat område av det ideala varat, ett område, som — bildligt talat — skall ligga mellan de etiska innehållen i rättsidén och »den Gesetzlichkeiten des sozialen Lebens» (s. 165). Kärnpunkten i den »moderna naturrättsläran» skall vara »die Menschenrechte», som grunda sig på »die sittliche Forderung, die Würde des Menschen als sittlicher Person zu achten, welche in der Rechtsidee enthalten ist». Den allmänna personlighetsrätten utgör grunden för en rad allmänna rättsliga »Fähigkeiten», bl. a. rätts- och handlingskapacitet, innefattande rättskapaciteten, att »die Rechtsordnung verleiht (en person) das Recht, überhaupt subjektive Rechte zu haben». Den allmänna personlighetsrätten begränsar vidare ansvaret för en persons handlingssätt till vad man kan förebrå honom, d. v. s. till vad han »schuldhaft» förorsakat. Slutligen utgör denna personlighetsrätt underlaget för en rad grundrättigheter, framgående av människans natur och föremål för skydd. I detta avseende nämnas och diskuteras bl. a. skyddet för människans »Leib, Leben und Gesundheit», »das Recht auf Eigentum», den personliga friheten samt förenings- och församlingsfriheten (s. 170 ff.).

Om min här i det föregående utvecklade syn på rätten såsom, bildligt talat, ett maskineri är i huvudsak riktig, så kan ju allt av hithörande art, som Coing på hundratals sidor för fram, inte betraktas som annat än »empty talk». Jag behöver knappt säga, att, under samma förutsättning, detsamma i det hela måste sägas om vad Coing utvecklar å s. 226 ff. och å s. 260 ff. om positiv rätt och dess giltighet, resp. om rättsvetenskapens uppgift och metod. Positiv rätt är den sociala ordning, som gäller »in einer konkreten sozialen Gruppe». Detta behöver man naturligtvis icke anmärka på. Den skall emellertid gälla »als Willenssatzung». Visserligen skall den utgöra »ideales Sein». Likväl gäller den icke såsom »ein ethisches Gebot oder Urteil auf Grund des Daseins ethischer Werte», utan den gäller »kraft des überlegenen Willens der Gruppe, deren Satzung es (das pos. Recht) ist» (s. 226 f.). Ologiskheten i sådana tankar påvisade ju Hägerström för 40 år sedan.

Nämnas bör också, att Coing i en särskild avdelning under rubriken »Die Grundsätze der Gerechtigkeit» efter Aristoteles skiljer mellan *iustitia commutativa* och *iustitia distributiva*, vartill så kommer, vad Coing vill kalla *iustitia protectiva*, enligt vilken rättens makt över människorna i samhället (the Rule of Law) måste begränsas (s. 179 ff.).

Till sist vill jag blott nämna (i anledning av vad jag i det föregående sagt), att det är blott *skuld*-ansvaret, som enligt Coing grundar sig på

den utjämnande rättvisan, *iustitia commutativa*, innefattande respekten för andras rättigheter. Vid skadegörelse *utan skuld* gäller den gamla satsen: *casum sentit dominus*. Men det *strikta* ansvaret då, t. ex. farlighetsansvaret? Det kan ju, såsom det i allmänhet uppfattas, icke bero på bristande respekt för andras rättigheter. Också säger Coing, att detta ansvar beror på en helt annan synpunkt, nämligen synpunkten av »einer Schadensgemeinschaft, in der einzelne bestimmte Schäden vorzugsweise zu tragen haben». I själva verket blir man icke riktigt klok på, om detta ansvar överhuvud skall bero på någon rättvisa och icke blott på »die Natur der Sache». Kanske är meningen, att det är »sakens natur», som här skall leda till ansvar enligt »die Masstäbe der distributiven Gerechtigkeit» (s. 181, s. 187–191; märk n. 4 å s. 188).

Coings lära om rättvisan och dennas samband med allt annat på området för »das ideale Sein» — »die Rechtsidee» och dennas »weitere sittliche Inhalte», »die Natur der Sache» och naturrätten — är den utförligaste jag känner från senare tid. Därför ansåg jag mig böra antyda densamma, d. v. s. åtminstone så mycket därav, att man måste förstå, att det hos Coing blott är fråga om påståenden utan allt empiriskt underlag. Detta försöker han ju inte heller på något sätt dölja. Han tager helt öppet sin tillflykt till en annan värld än den naturliga, till metafysiken, till »das ideale Sein». Att man med anlitandet av sådana vägar bedrar sig måste framgå av vad jag i det föregående utvecklat och hänvisat till. Ja, man måste förstå detta redan genom vad jag sagt i observanda a. och b. här ovan.

De mera kortfattade rättvisesatser, som möta oss i den rent rättsvetenskapliga (såsom skild från den rättsfilosofiska) litteraturen, äro naturligtvis lika ogrundade påståenden, även om man talar om »social justice» och låter ansvar för skada bero på »social fault», d. v. s. på »departing from a social standard of conduct» i stället för på bristande åt »normal aktsamhet». Alla sådana formuleringar se nog så bra ut men sakna allt vetenskapligt värde, därför att de kastas in i ett massiv av metafysik, som utbildats under tusentals år.

ANSVAR FÖR SKADA GENOM FARLIG HANDLING.

CULPA-ANSVAR OCH FARLIGHETS-ANSVAR. NÅGRA ANMÄRKNINGAR TILL SKADESTÅNDSRÄTTENS SYSTEMATISERING.

För att nu återgå till min s. k. culpa-regel, d. v. s. den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen[1], har Ussing egendomligt nog i sin recension av Bd II: 1 gjort ett par ganska obegripliga missförstånd. Åtminstone trodde jag, att jag konsekvent och i allt fall tillräckligt klart angivit vad jag avsåg med densamma, vilket är följande: *dels* den gamla culpa-regelns område, alltså omfattande handlingssätt, som bero på bristande åt »sædvanlig agtpaagivenhed» eller med andra ord ligga *under*, d. v. s. *lägre* än, den vanliga handlingsstandardens nivå, *dels* ock sådana handlingssätt vid vilka svaranden väl tillfullo iakttagit den vanliga aktsamhetsgraden men likväl icke nått upp till *den* aktsamhetsgrad, som det i fall av förevarande art vore — på grund av de denna art särskilt karakteriserande förhållandena (en viss större eller mindre farlighet) — enligt tongivande sociala värderingar önskligt, att man iakttoge.[2]

I själva verket förhåller det sig så, att culpa-regeln, sakligt grundad — d. v. s. rent socialt motiverad, med fullständig frigjordhet från »culpa» såsom skuld, d. v. s. från idén att svaranden rättvisligen vore förtjänt av skadeståndstvånget — logiskt måste leda, kanske ganska långt, utanför sitt traditionella område. Med min uppfattning — i flerfaldiga skrifter uttryckligt hävdad — att den gamla culpa-regeln utövade en prevenerande social funktion, måste självfallet det prevenerande elementet

[1] Längre fram i det följande kommer jag att beteckna denna regel såsom den allmänna ansvarsregeln eller den allmänna skadeståndsregeln, stundom förkortat till: den allmänna regeln.

[2] Redan i Culpa-Regeln, s. 190, hade jag antytt denna utvidgning såsom en konsekvens av frigörelsen från rättvisechimären. Se citatet ovan s. 44 f.

ingå jämväl i *hela* culpa-regeln i min version och det sålunda vara givet, att enligt min mening varje handling, som drabbades av culpa-regeln också i dess utvidgade gestalt, måste vara en handling, värderad såsom *socialt icke önskvärd*. Detta har jag nu gjort fullt klart i Bd II: 1. Därför står man förvånad vid Ussings anmärkning, recensionen s. 236 — efter ett citat från Bd II: 1 s. 16 — att min culpa-regel enligt nämnda citat synes »dække også et farlighedsansvar, der overhovedet ikke er betinget af, at den enkelte, skadevoldende handling, bedømt i handlingsøjeblikket, var socialt uønskværdig». Nu vill Ussing alldeles icke göra något nummer av saken utan antager, att den av honom förmenta motsägelsen mellan mitt uttalande å s. 16 och vad jag säger å s. 41 och 425 beror på »en øjeblikkelig udglidning». Men det finns i förevarande avseende ingen som helst motsägelse mellan å ena sidan s. 16 och å andra sidan s. 41 och 425 i min bok. Jag har i denna lika litet å s. 16 som annorstädes givit den allra ringaste anledning till annat, än att culpa-regeln även utöver sitt traditionella område hade prevenerande funktion och följaktligen icke kunde avse annat än »socialt uønskværdige» handlingar. Denna Ussings anmärkning funnes det ju i och för sig, i all synnerhet i beaktande av formen för densamma, ingen anledning att uppehålla sig vid. Jag har likväl gjort det, därför att hans misstag näppeligen kan ha berott på felläsning och alltså torde ha sin grund i att han icke förstått mina resonemang i deras sammanhang. Vad jag å s. 16 säger är i största korthet, att en handlings icke-önskvärdhet ur social synpunkt kan vara sådan, att man — d. v. s. en klok »lagstiftare» (alltså social maskinmästare) — icke nöjer sig med den vanligen iakttagna försiktigheten och omsorgen (s. k. normal aktsamhet) utan, i framför allt prevenerande syfte, låter ansvar drabba också dem, som iakttagit denna aktsamhet, om de likväl icke handlat *så* aktsamt, att de nått upp till den standard, som vore att karakterisera såsom ur social synpunkt önskvärd. Jag kan icke finna någon annan förklaring till ifrågavarande anmärkning av Ussing, än att han, trots allt, icke förstått, att utvidgningen av ansvaret på, om jag så får säga, culpa-regelns förlängda basis just innefattar, att det ansvarsbelagda handlingssättet, ehuru *absolut fritt från »culpa»*, likväl anses socialt icke-önskvärt. Har Ussing icke uppfattat detta, då förstår jag lättare hans tal om att min »culpa»-regel ligger »ret nær op ad dansk lære» och hans egen. Hade Ussing blott beaktat vad jag i min bok upprepade gånger betonade om *två skilda linjer för farlighetsansvaret*, av vilka den *ena* (men icke den andra) uppginge i regeln om det allmänna ansvaret, enär handlingssättet, trots »culpa»-fritt, d. v. s. iakttagande av vanlig akt-

samhet, likväl *icke nått upp* till den ur *social* synpunkt *önskvärda* standarden — hade Ussing beaktat detta, hade icke en så genomgripande missuppfattning av »culpa-regeln i min version», som jag nu förmodat ligga bakom anmärkningen ifråga, kunnat uppstå. Och dock har jag kanske själv i någon mån bidragit till en viss svårighet att förstå min inställning till farlighetsansvaret genom mina tyvärr något oklara uttryckssätt i Bd II: 1 s. 449 (varom se ovan s. 26 n. 1 och nedan s. 296 n. 4).

Å s. 236 i Ussings recension framträder emellertid ett nytt missförstånd av min tankegång. Detta missförstånd synes det dock vara mycket lätt att komma till rätta med. Ussing säger nämligen där följande:

»S. 36 f. siger Lundstedt, at det må afgøres ud fra den almindelige omsætnings synspunkt, hvilken betydning man skal tillægge 'svarandens yrke — — —, hans eventuella särskilda syfte med handlingen, hans subjektiva inställning till denna i övrigt, hans fysiska styrka eller hälsa, hans andliga kapacitet, hans tillfälliga sinnesförfattning m. m.' Dette står i en vis modsætning til udtalelsen s. 24: at det afgørende spørgsmål, om handlingen var ønskværdig, aldrig 'avser den sociala betydelsen i positiv eller negativ riktning av just *denna svarandes* handling utan av *människornas*, som befinna sig i samma slags situation och omständigheter'.»

De båda uttalandena harmoniera fullkomligt med varandra. Man lägge märke till, att det *senare* av dessa citat från min bok i denna står *före* det förra citatet. Jag kan naturligtvis icke på varje rad upprepa en av huvudteserna i mitt skriftställarskap, nämligen att det gäller att icke stirra sig blind på »konflikten» i det enskilda fallet utan söka förstå, att dettas avgörande måste bero på tillämpning av en rättsprincip som gäller *alla dylika fall*. En erinran härom ligger i citatet från s. 24. Då och då gör jag sådana erinringar om innebörden av min metod. Min erinran å s. 24 har naturligtvis motsvarande betydelse ifråga om citatet å s. 36 f. Emellertid: *jag har gjort samma erinran å s. 37!* Jag säger nämligen där, att sådana frågor som de i Ussings citat från s. 36 f. i min bok berörda hittills ha

»*principiellt* beaktats ur synpunkten av det rättvisa i skadeståndsreaktionen och följaktligen under hänsynstagande blott till det konkreta fallet och vissa därmed förknippade omständigheter. I tillämpningen av min »culpa»-regel har man att ställa sist berörda frågor så: vad betyder det ur *den allmänna omsättningens* synpunkt, huruvida yrkesmän sådana som svaranden eller personer eljest i svarandens situation vid handlingstillfället genom ansvar motverkas eller icke motverkas i handlingar av förevarande slag på grund av den skaderisk de innebära, huruvida syften av förevarande art på detta sätt motverkas eller icke, eller huruvida ansvarighet inträder eller faller bort på den grund att en actor har svarandens låga intelligensnivå eller vid tillfället befinner sig t. ex. i samma uppskrämda sinnestillstånd som svarandens o. s. v.».

Jag har uppehållit mig vid denna, f. ö. liksom den föregående, mycket älskvärt framförda anmärkning av Ussing, enär den så tydligt visar, att han faktiskt icke helt satt sig in i mina teorier. Jag måste ha tillåtelse att konstatera detta. Det är icke anspråksfullt från min sida, ty jag har alls icke räknat med, att vare sig Ussing eller annan skulle söka helt sätta sig in i dem. När jag, efter att i 15 år ha uppfostrats i och själv gjort vad jag kunnat för min utbildning i rättsskolastiken, sökte bryta mig ut ur denna, måste jag ägna *en lång rad av år till att så att säga leva mig in i* den fullkomligt nya grundåskådning, som jag höll på att förvärva mig genom studiet av Hägerströms rättsfilosofi.[3] Även om jag bemödat mig efter bästa förmåga att klart framlägga min nya åskådning, så inser jag — kanske bättre nu än tidigare — att det likväl måste vara alltför tidsödande för en person, utbildad i den vanliga eller den moderna jurisprudensens läror, att *verkligen*, d. v. s. annorlunda än mer eller mindre ytligt, sätta sig in i min grundsyn på juridiken. Å andra sidan har jag ju därvid intet annat att göra än att påpeka missförstånden, såvitt jag anser detta löna mödan, d. v. s. kunna bidraga till bättre kunskap om det jag önskar föra fram.

I omedelbar anslutning till det senast avtryckta citatet från Ussings recension skriver denne:

»Hvilke resultater der kan udledes af Lundstedts synspunkt, får vi desværre ikke at vide. Det ville have interesseret mig levende at erfare det. Problemet rejste jeg jo allerede i Skyld og Skade § 5, men jeg er endnu ikke nået til et helt fast ståndpunkt i Erstatningsret § 11.»

Denna anmärkning har jag stark förståelse för, och jag begagnar tillfället att förklara, varför jag icke sökt närmare än jag gjort angiva den praktiska innebörden av min syn på den gamla culpa-regeln. Publiceringen av min bok »Culpa-Regeln» (1935) skedde, som jag omtalade i förordet, av ett slags nödtvång, innan ämnet var behandlat enligt ursprunglig plan. Där skulle ju eljest den av Ussing saknade utredningen ha utförts. Under 30-talet var min arbetsbörda mycket stor. Jag kunde dessutom icke tänka mig en publicering in abstracto av mina »resultater». Dessas framläggande förutsatte enligt min dåvarande mening en konfrontation med de resultat, som framgingo av vår rättspraxis efter ett grundligt studium av denna på detta område, ett sannerligen mycket vidlyftigt arbete. Denna framtidsbild var så pass avskräckande, att jag började längta bort från »culpa»-regeln till det strikta ansvaret, som jag började föreläsa över snart nog efter publiceringen av »Culpa-

[3] Se några antydningar om saken i »Efterskrift» i min bok »Misstaget», s. 182–187.

Regeln». Emellertid var det, vid utarbetandet av Bd II: 1, nödvändigt att närmare utföra mina antydningar i »Culpa-Regeln» om att culpa-regelns sakliga motivering ledde utöver det traditionella området mer eller mindre långt in på det s. k. strikta ansvarets. Framför allt påvisade jag, att en del av farlighetsansvaret fölle inom culpa-regeln i min version. Jag framförde samtidigt vissa allmänna principer, utvisande, hur man enligt min mening hade att resonera med hänsyn till förutsättningarne för tillämpningen av culpa-regeln i min version (Bd II: 1, s. 23–46). När jag författade denna framställning blev jag mer och mer övertygad om att det icke funnes någon särskild anledning för mig att till granskning upptaga vår rättspraxis på det traditionella culpa-ansvarets område. Jag ansåg mig ha uttryckt mig tillräckligt tydligt för att domstolarne, om de överhuvud hade något positivt intresse för mina allmänna linjer på området, skulle kunna helt eller delvis acceptera dem och i enlighet därmed påbörja utbildandet av en praxis, till vilken man tillsvidare lämpligen ställde sig avvaktande. Enligt min mening måste redan de av mig framlagda synpunkterna, enligt vilka man frigöres från allehanda rättfärdighetssynpunkter och får resonera *uteslutande med hänsyn till ett så eller så beskaffat handlingssätts bedömande efter sociala värderingar*, vara mera givande än sådan efter rättvisemetoden utförd framställning, som finns att läsa hos Ussing, Skyld og Skade, § 5. Och ehuru jag fann vad han säger i sin Erstatningsret § 11, s. 74 ff., både sakligt och intressant, ansåg jag likväl en utredning efter mina linjer av nyss angivna skäl kunna tillsvidare uppskjutas, så mycket hellre som den — för att få något värde — krävde mycken tid. Jag menar icke, att mitt förfaringssätt har varit det bästa. Jag menar endast, att jag funnit situationen sådan, att jag — utan ett närmare ingående på de av Ussing antydda frågorna — ansett det vetenskapligt försvarligt av mig att, åtminstone tillsvidare, lämna »culpa»-regeln åt sidan med de dock rätt utförliga antydningar jag givit.

Jag påpekade i början under förevarande rubrik, att culpa-regeln i min version jämväl omfattade handlingar, som nått fullt upp till den vanliga handlingsstandardens nivå, nämligen om dessa handlingar på grund av särskilda förhållanden, karakteristiska för handlingssituationer av förevarande art, enligt vissa värderingar uppfattades såsom socialt icke-önskvärda. Culpa-regeln fullgjorde, så utvidgad, egentl. samma slags sociala funktion som regeln i sin gamla traditionella begränsning. De särskilda förhållanden, som här avses, äro sådana, att de föranleda den sociala värderingen — vare sig nu för denna värdering en utredning

varit erforderlig eller icke — att skadegörelser alltför ofta kunna inträffa, oaktat vanlig omsorg och noggrannhet iakttagas vid handlingssätten. Även om dessa icke alltid lämpligen rubriceras såsom »farliga» är det likväl den ifrågavarande handlingsartens åtminstone tendens åt farlighet, som föranleder den sociala värderingen, att den *rådande* handlingsstandarden bör *höjas* och följaktligen ansvar utdömas, *fastän* handlingssättet legat på nämnda standards nivå. På detta sätt kommer jämväl en del av farlighetsansvaret att ligga på, om jag så får säga, samma bas som den traditionella culpa-regeln. Jämte farlighetsansvar i mera egentlig språklig mening, kommer naturligtvis då också sådant »culpa»-fritt ansvar att vila på denna bas, som föranletts av handlingssätt, icke blott skilda från dem, som pläga komma under kategorien »särskilt farliga», utan även skilda från dem, som man överhuvud plägar uttryckligen karakterisera såsom farliga.

Den nyss gjorda anmärkningen, att man kan önska höja handlingsstandarden, utan att det till bedömande föreliggande handlingssättet överhuvud rubriceras såsom farligt, har blott gjorts till undanrödjande av missförstånd. Åtminstone kan ingen bestämd gränslinje uppdragas mellan sådana handlingssätt och dem som man tveklöst hänför till en farlighetskategori.[4] Och det har heller icke för behandlingen av vårt

---

[4] Det blir alltför omständligt att med exempel belysa saken. Låt oss emellertid se på ett sådant fall som bevittning av gäldenärens namn å en revers i ett fall sådant som i NJA 1939 s. 360. Nog föllo väl vittnenas handlingssätt där inom ett — under de angivna omständigheterna — vanligt förfaringssätt. Hovrätten och N. Rev. gingo också på linjen ansvarsfrihet. Svarandenas handlingssätt sades icke innefatta till ersättningsskyldighet ledande vårdslöshet. H. D. fastställde däremot R. R:ns dom på skadeståndstvång. Sannolikt vill denna dom motivera ansvaret med culpa. Men detta utsäges icke klart och direkt. Därigenom skulle domen kunna ifrågasättas utgöra ett stöd för culpa-regeln i min version. Men skadebringande handlingar av denna art pläga icke hänföras till farliga. Se ytterligare om detta fall nedan s. 210 n. 2. Icke heller sådant handlingssätt, för vilket läkare dömdes ansvarig i alla instanser i NJA 1935 s. 549 (s. a. s. en fortsättning på fallet i NJA 1932 s. 373 — se Bd II: 1 — där skadeståndstalan riktats mot landstinget såsom utövare av verksamheten vid det ifrågavarande lasarettet), plägar komma under rubriken farlig verksamhet, tydligen därför, att icke farlighetsansvar utan culpa-ansvar i sådana fall utdömes. I detta fall synes det dock ganska tvivelaktigt, huruvida läkaren handlat med mindre aktsamhet än den med hänsyn till hans erfarenhet och situationen i övrigt vanliga. Det torde icke vara uteslutet, att H. D. i detta fall, trots utdömandet av culpa-ansvar, låtit sig ledas av det sociala intresset, att den vanliga handlingsstandarden i dylika fall höjdes. Liknande torde kunna sägas om NJA 1933 s. 187 (se Bd II: 1 s. 10 ff.), kanske också 1931 s. 7; vidare 1932 s. 493 (underinstansernas domar; se Bd II: 1 s. 382), 1936 s. 287, 1940 s. 166, 1940 s. 318 (Hov R:ns dom), 1947 s. 126 m. fl. Hade man i ett sådant fall som det i NJA 1946 s. 407 utdömt ansvar, så kunde detta »culpa»-ansvar ha uppfattats såsom ett ansvar på culpa-regelns förlängda ansvarslinje: väghållaren hade icke handlat under den vanligen iakttagna handlingsstandardens nivå, men hade

ämne någon betydelse. Därför skulle man kanske också för enkelhetens skull kunna använda termen farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen (eget farlighetsansvar) för *allt* det ansvar på den förlängda culpa-regelns linje, som faller utanför culpa-regelns traditionella område. Dock är jag tveksam angående lämpligheten av en så omfattande »farlighets»-terminologi. Ty man måste ihågkomma, att vi också ha ett annat farlighetsansvar dels (åtminstone möjligen) för den egna handlingen och dels i viss mening utan avseende å den egna handlingen.[5] I båda dessa arter av fall måste det vara fråga om en mera utpräglad, en »särskild» farlighet. Vid en stor del av ansvaret enligt den utvidgade culpa-regeln kunna handlingarne säkerligen vara lika utpräglat farliga som vid dessa båda arter av farlighetsansvar. För redans skull kan det då ha en viss betydelse, att detta framgår av systemet. Och därför tror jag det vara klokt att låta den utvidgade culpa-regeln omfatta dessa *tre* områden: det gamla culpa-ansvaret, ansvar för skada genom handlingar med en viss farlighetstendens — vare sig de språkligt pläga rubriceras såsom farliga eller icke — samt farlighetsansvar, d. v. s. ansvar för skada genom farliga eller »särskilt» farliga handlingar. Naturligtvis är det här icke fråga om några *praktiskt klara* gränser.[5a] Men en gränsreglering har gjorts, som torde underlätta diskussionen, i det man stundom kanske slipper ifrån vissa parenteser i framställningen av sin mening.

Men är icke också allt ansvar efter culpa-regeln i *traditionell* begränsning ett farlighetsansvar? I bokstavlig mening naturligtvis »ja». Att handlingar, vilka karakteriseras som oaktsamma, d. v. s. slarviga, försumliga, oförsiktiga etc., ha inneburit fara för den skada, som faktiskt inträffat, är tydligt nog. Men användning av »farlighetsansvar» här strider emot hävdvunnen terminologi. Det skulle verka onödigt förbistrande att här tala om farlighetsansvar. Ty på grund av den gamla culpa-regelns traditionella sätt att motivera ansvaret såsom en i rätt-

---

icke desto mindre handlat under den nivå, vars iakttagande i dylika situationer hade varit socialt önskvärt. Se härom nedan s. 277 f.

[5] Se härom nedan s. 210 ff.

[5a] Amerikanaren Prosser skriver, s. 447, på tal om den vanliga termen »dangerous things» (ofta »chattels»), att »dangerous» är ett uttryck, som har oändligt många meningar. »Most things are sources of danger if they are used negligently, including a stick thrown in the direction of a man, and an unlighted heap of stones on the highway. Motor vehicles kill thousands of people every year, and yet if they are operated carefully, they are comparatively safe. It is the way such things are used which gives rise to the danger, rather than the things themselves.» Detta hindrade emellertid icke, att det funnes både ting och handlingar, som trots iakttagande av all försiktighet innebure risk för skada. — Se även Bd I s. 166–172.

visans namn förtjänt reaktion på rättstridig handling, varigenom svaranden ådragit sig *skuld*, har detta culpa-ansvar kommit i motsatsställning till allt s. k. strikt ansvar, också det som rubricerats som farlighetsansvar. Detta senare har varit reserverat för skada genom vissa (ofta »särskilt farliga») handlingar, vilka icke ansetts — såvitt utredningen visade — ha ådragit svaranden någon »skuld», ja, visserligen icke ens ur hans synpunkt ha varit »rättstridiga».

Vad nu beträffar ansvaret efter denna utvidgade »culpa»-regel, såvitt handlingen faller utanför det traditionella culpa-området, utmärka sig hithörande handlingar som sagt genom en viss större eller mindre farlighet eller, möjligen bättre harmonierande med det nyss sagda, en större eller mindre tendens till farlighet. Det är nu uppenbarligen denna farlighetstendens hos handlingssätten, som föranleder den sociala värderingen, att den *rådande* handlingsstandarden *bör höjas* och följaktligen ansvar utdömas, fastän handlingssätten fallit inom nämnda standard. Naturligtvis gör jag icke gällande, att man hos oss utdömer ansvar i enlighet med det nu sagda. Men å andra sidan torde kunna sägas, att vår praxis i sak, kanske riktigare i resultat, ger mig vissa indirekta stöd för, att jag med försöket att lansera detta ansvar på den gamla culparegelns förlängda linje slagit in på en väg, som judikaturen småningom skall finna acceptabel och som den skall vara hågad genom sina domspremisser utforma till en användbar allmän ansvarsregel. Jag skall senare beröra denna vår praxis.[6]

I Bd II: 1 liksom här i det föregående har jag stundom talat om culparegeln i min version, den utvidgade culpa-regeln och dylikt. I fortsättningen skall jag upphöra med denna terminologi. Man måste stötas av prefixet »culpa» på grund av att det leder tankarne till det traditionella, vetenskapligt ohållbara culpa-begreppet. Jag tror, att man — såsom jag också föreslog i Bd II: 1 — ganska betecknande kunde tala om den »allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen».[7] I dagligt tal kan detta förkortas till den »allmänna» eller den »vanliga ansvarsregeln» eller den »allmänna» eller »vanliga skadeståndsregeln», och ansvaret betecknas som det »allmänna» eller »vanliga» ansvaret. Och eftersom det i denna framställning icke är fråga om annat än regler

[6] Se nedan s. 277 ff.

[7] Attributet »allmänna» avser att utesluta ansvar för skada genom nödhandling, immissioner m. m. ävensom visst i lag uttryckligen reglerat ansvar, vartill kommer visst *farlighets*ansvar för skada genom den egna handlingen, varom strax.

om ansvar (skadestånd) är det tillräckligt att blott skriva: den *allmänna regeln*. Detta eller allmänna ansvarsregeln eller allmänna skadeståndsregeln är den terminologi, som jag i det följande kommer att använda.[8] Och den innebär, att jag under nämnda regel inför *dels* området för den gamla traditionella culpa-regeln och *dels* annat ansvar (bl. a. utpräglat farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen), nämligen såvitt som ansvaret faktiskt har samma motivering som i verklighetstrogen mening kunnat åberopas för det traditionella culpa-ansvaret. Den motivering, som täcker hela detta ansvarsområde, ligger, såsom framgår av det föregående, i det allmänna intresset att låta regelmässigt skadeståndstvång följa som reaktion på skadegörelse genom socialt icke-önskvärd[9] handling. En på detta sätt motiverad regel utövar självfallet icke blott *ersättande* eller *reparerande* utan jämväl, och framför allt, *prevenerande* funktion i samhället. Vad som, när handlingen faller *utanför* den gamla culpa-regelns område och sålunda *inom* den vanliga, den »normala» aktsamheten eller handlingsstandarden, karakteriserar situationen och motiverar ansvar, är icke något annat, än att handlingen — ehuru utförd med iakttagande av s. k. normal aktsamhet — enligt den avgörande sociala värderingen *likväl* anses innefatta *större* farlighet för skada å annan än handlingar *i allmänhet*, som falla inom den vanliga handlingsstandarden. Fastän svaranden icke brustit åt s. k. normal aktsamhet, befinnes det likväl angeläget, ur synpunkten av den allmänna omsättningen och dennas förutsättning, den allmänna trygghetskänslan, att med skadeståndstvång reagera på och alltså även prevenera mot handlingssätt av hithörande art på grund av deras större eller mindre skadefarlighet. Som ovan nämnts upprepade gånger men till undvikande av missförstånd kanske bör sägas än en gång, kan ifrågavarande handlingssätt icke ens behöva vara i språklig mening farligt, långt mindre då »särskilt farligt» eller överhuvud farligt i den restriktiva mening, som framträder, när våra domstolar uttryckligen låta handlingssättets farlighet ingå såsom ett domskäl för ansvarsdomen.[1]

Det rör sig alltså i den av mig nu föreslagna »allmänna regeln» — utom om det traditionella culpa-ansvaret — om handlingar, vilka enligt nutida praxis kanske alls icke medföra ansvar eller ock föranleda ansvar på grund av domskäl, som antingen innefatta culpa-fiktion eller ock angiva handlingssättets farlighet eller ock slutligen icke angiva vare sig culpa eller farlighet såsom grund för ansvaret. Emellertid måste jag

[8] Jfr ovan s. 201 n. 1.
[9] Jfr Bd II: 1 s. 23 n. 4.
[1] Jfr ovan s. 206 f.

säga, att jag i vår judikatur aldrig påträffat några klara hithörande fall utan culpa-motivering. NJA 1934 s. 227 kunde väl ifrågasättas höra hit. Där nämnes dock faran på ett sådant sätt, att fråga synes vara om farlighetsansvar såsom företagare varom strax. Man kan också tänka på justitierådet Alexandersons votum i NJA 1936 s. 38, jft med andan i vissa andra hans uttalanden. Se om båda fallen Bd II: 1, s. 17–23.[2] Se emellertid om praxis närmare nedan s. 277 ff.

Må vi nu erinra oss, att den ifrågavarande ansvarsregeln — som efter hela linjen har avseende å såsom socialt icke-önskvärda[3] betraktade handlingar — *genomgående* måste fullgöra icke blott ersättande utan, och framför allt, även prevenerande funktion. Detta föranleder oss att beakta, att vissa *mera utpräglat farliga handlingar* — begångna av svaranden själv — som visserligen varit skadebringade men likväl anses tillhöra kategorien socialt *önskvärd*, i allt fall *icke* socialt o-önskvärd, torde kunna medföra ansvar. Klart är att ett dylikt farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen icke kunde ha prevenerande funktion och följaktligen fölle helt utanför den allmänna regelns område.

Inom detta *utanför* den allmänna regeln liggande ansvar faller exempelvis skada genom nödhandling och immissioner, låt vara att ansvaret här på goda grunder icke systematiseras som farlighetsansvar. Lämpligheten att överhuvud här använda termen farlighetsansvar är också ur språklig synpunkt dubiöst. Man inlägger ju i begreppet farlighet ett ovisshetsmoment (som här ofta är mycket litet, kanske icke alls framträdande): det kan icke med full säkerhet förutsägas, att handlingen medför skada för annan. — Viktigare är här i allt fall, att vi ha att såsom möjlig beakta en särskild figur: »eget farlighetsansvar» *utanför* den allmänna regeln. Skadegörelse å annans person eller egendom har skett genom handlingar av exempelvis följande slag: svaranden, som

[2] Jag önskar här också blott nämna ett sådant fall som det redan ovan s. 206 n. 4 som hastigast berörda i NJA 1939 s. 360. Med hänsyn till omständigheterna i detta fall — de båda svarandenas samtidiga bevittnande av namnteckning å skuldebrev, åtminstone skenbarligen utförd av ena *vittnets syster*, på begäran av *dennas make*; Hov R:ns såväl som N. Rev:s uppfattning, att culpa-ansvar icke kunde utdömas; samt H. D:s underlåtenhet att uttryckligen, i allt fall tillräckligt klart, med culpa motivera vittnenas ansvarighet för skada, som tillfogats annan genom nämnda systers edfästa bestridande av sin namnteckning å skuldebrevet — synes det icke alldeles uteslutet, att H. D:s ansvarsdom (fastställande av R. R:ns dom) icke grundats å svarandenas culpa. Förhåller det sig verkligen så, då kan detta fall inpassas under den allmänna skadeståndsregeln utanför det gamla culpa-området. Troligt är väl dock, att passusen i domen om svarandenas vittnesteckning »utan att hava förvissat sig om att handlingen av henne (systern till ett av vittnena) underskrivits» skall vara ett uttryck för att det var culpa-ansvar, som utdömdes. Nödvändigt är det icke att så fatta saken.

[3] Jfr Bd II: 1 s. 23 n. 4.

kanske är fackman, har själv utfört nödiga sprängningsarbeten å sin fastighet, verkställt arbete med motor eller annan maskin, företagit svedjande eller annat arbete med hjälp av eld, gjort utexperimenteringar för vinnande av patent, för intensifiering av motor- eller annan maskindrift i sitt eller annans företag o. s. v. Vi tänka oss i dessa fall, att skadegörelsen skett genom svarandens eller (vid juridisk person som svarande) hans organs *eget* handlingssätt och att detta varken varit kulpost i traditionell mening eller ens legat *under* nivån för den socialt önskvärda handlingsstandarden.

Om och i vilken utsträckning våra domstolar i dylika fall verkligen skulle döma svaranden ansvarig, därom vågar jag icke uttala mig. Något belägg i praxis för sådant ansvar har jag icke funnit. Något hinder för svenska domstolar att här vid mera utpräglad farlighet döma till ansvar utan culpa-fiktion torde dock säkerligen icke finnas. Om och när sådana ansvarsdomar skulle förekomma, falla de naturligtvis utanför tillämpningen av den allmänna ansvarsregeln. Vi ha ju antagit, att handlingssätt av nu berörda art *icke* betraktas såsom socialt icke-önskvärda. Följaktligen saknas anledning att prevenera mot dem, låt vara att även den ansvarsregel, som nu tillämpades, faktiskt ofta komme att ha en viss prevenerande betydelse, i det att medvetandet om ansvarsrisken, åtminstone stundom, i lägre eller högre grad bidrager till att egga människorna till försiktighet i sina handlingar. Detta är då helt enkelt en psykologisk nödvändighet.[4]

Utanför den allmänna skadeståndsregelns område faller emellertid också det farlighetsansvar, som utdömes, utan att *svaranden själv* har företagit den mera omedelbart skadebringande handlingen. Även nu måste svaranden dock ha haft någon slags förbindelse med den verksamhet, i vilken skadegörelsen har inträffat. Han betraktas vanligen såsom utövare av densamma, såsom *företagare*.[5]

---

[4] Man kunde utöver nu antydda kategorier möjligen också tänka på skilda slags handlingar från det allmännas sida, förutsatt att de konstruerades såsom *utförda av staten själv* genom något dess organ. Men det förefaller av vår praxis att döma, såsom om man icke funne det nödigt anlita en sådan konstruktion. Jfr nästa not. — Om det mindre distinkta i talet om ansvar för den *egna* handlingen eller *eget*-ansvar (till skillnad från ansvar i egenskap av företagare, som svarar för skada uppkommen under driften, omedelbart antingen genom *andras* handlingar eller ock genom annan händelse, dock icke svarandens egen handling) se strax nedan i texten.

[5] Exempelvis kommer här ifråga kronans ansvar för skada å enskild genom militärövningar såsom i NJA 1928 s. 316; 1937 s. 196; 1946 s. 734, s. 736, s. 758 och s. 763. Det torde icke i något av dessa fall finnas anledning antaga, att H. D. betraktat »kronan» såsom (i egenskap av juridisk person) genom sin *egen*, d. v. s. sitt organs, handling orsak till skadegörelsen. Kronan har snarare dömts ansvarig såsom »företagare», för skada genom *andras* handlingar. (Jfr Bd II: 1 s. 59. — I anledning

Det kan måhända vara vilseledande att utan vidare säga, att skadegörelsen här icke orsakats av svarandens egen handling. Med hänsyn till det nummer man i juridiken stundom försökt göra av kausalitetsbegreppet skulle det *prima facie* kunna förefalla, som om man nödgades frångå det vanliga kausalitetsbegreppet för att kunna skilja mellan farlighetsansvar för den egna handlingen[6] och, såsom företagare, för annans handling (eller annan händelse). Också i senare fallet måste ju svaranden merendels anses ha satt en nödvändig betingelse för skadegörelsen, nämligen genom sin företagarverksamhet, och sålunda givit en — låt vara mera avlägset liggande — orsak i vanlig mening till skadan.[7]

---

av vad jag där uttalat, bör här nämnas, att *kronan* i NJA 1949 s. 357 dömdes ansvarig, i egenskap visserligen av väghållare, *såsom vållande*, samt att i NJA 1949 s. 732 bl. a. en kompanichefs handlingssätt betraktades såsom ett »vållande som kan tillräknas kronan» och följaktligen föranleda kronans ansvarighet.) — Vidare kunna såsom exempel på nu åsyftade situationer nämnas fallen i NJA 1909 s. 476; 1929 s. 428; 1929 s. 520; 1936 s. 141 (möjligen); 1943 s. 177. (I fallen 1929 var det kronan, resp. telegrafstyrelsen och i 1936 års fall kronan, som dömdes ansvarig. Se nedan s. 279 n. 1.) Om kronan hade dömts ansvarig i fallet i NJA 1945 s. 231 för skada genom där berörd avspärrningsåtgärd, torde också detta fall ha kunnat tjäna som exempel. — Överhuvud är det fråga om situationer, i vilka skada tillfogats annan genom händelse, som inträffat i den verksamhet, som svaranden (fysisk eller s. k. juridisk person) bedrivit såsom företagare; dock med det tillägg, dels att den mera omedelbart skadebringande handlingen icke utförts av svaranden (eller dess organ) själv, och dels att ansvaret icke motiverats med att skadan berott på kulpos handling av anställd person i dennes tjänst. I senare fallet stode vi ju antingen inför vad jag plägar kalla principalansvaret (vis à vis tredje man) eller — vad som är därifrån att skilja — arbetsgivares ansvar för skada å hans anställda under arbetet. — I detta arbete dryftas icke *lagställen* angående utomkontraktlig skadeståndsrätt. Dessa kunna komplicera frågan om företagaransvar. En ägare är t. ex. stundom ansvarig, samtidigt som brukaren. Stundom svarar ägaren strikt och brukaren blott efter den traditionella culparegeln. Se bl. a. 1886, 1916 och 1922 års hithörande lagar. — En *casus sui generis* får man kanske anse föreligga i fallet i NJA 1934 s. 227. Här utdömdes (sannolikt) farlighetsansvar för såväl ägaren som brukaren av en fastighet. Nu ligger det här visserligen nära till hands att säga, att den ifrågavarande faran kunde ha förebyggts både av ägaren och av brukaren och att — om man reflekterade över den allmänna ansvarsregelns tillämplighet — situationen förefaller kunna ha varit den, att vardera bolaget bort dömas ansvarigt efter denna regel. Emellertid voro de båda dömda — aktiebolaget C. H. Billbergs fastigheter och C. H. Billbergs pianofabriksaktiebolag — förmodligen, om jag så får säga, både privatpersonligt och företagsekonomiskt så närbesläktade med varandra, att detta förhållande kan ha bidragit till det gemensamma ansvaret. Förvisso kan man icke av denna dom våga draga exempelvis den slutsatsen, att, om A upplåter blott en del av en sin fastighet till verkstadslokal åt B, ett företagaransvar (på grund av farlighet), som drabbade B, även måste drabba A; icke ens om farligheten sammanhängde med det skick, vari verkstadslokalerna befunnit sig.

[6] Jag har därvid nu blott ansvar efter allmänna regeln i sikte.

[7] En handling är orsak i vanlig mening till en skadegörelse, om denna icke inträffat, därest handlingen uteblivit. Denna definition plägar hänföras till den s. k. betingelseteorien, som då, åtminstone i norsk jurisprudens, anses ha sin grund i J. St. Mill's

Följaktligen synes det, som om även en företagares ifrågavarande ansvar vore ett farlighetsansvar för skada genom den egna handlingen. Ja, det icke blott synes så utan *är* så, åtminstone i allmänhet.[8] Vad som emellertid ur en synpunkt, som intresserar juridiken, skiljer denna situation av ansvar från farlighetsansvar efter allmänna regeln, det är, att svarandens verksamhet i nu berörda fall är av den art, att den *icke* betraktas *såsom socialt icke-önskvärd* (utan snarare tvärtom). Den tillämpliga ansvarsregeln kan följaktligen såtillvida icke ha någon prevenerande funktion. *Däri ligger den distinktion,* som rättssystematiskt har betydelse för oss. Uttrycket »farlighetsansvar för den egna handlingen», såsom jag använder detta uttryck (eller det kortare: »eget farlighetsansvar»), är därför ofullständigt. Det saknar en viss nödig restriktion: ty vad som avses är ett ansvar för skada genom den egna handlingen *av sådan art,* att ansvarsregeln har sin *raison d'être* bl. a. i att utöva *prevenerande* funktion just mot *dylika* handlingar. En regel om farlighetsansvar utanför den egna handlingen i nu antydd mening kan väl ha prevenerande betydelse[9], men icke mot just den verksamhet från svarandens egen sida, som enligt regeln ifråga utgör en förutsättning för hans ansvarighet.[1]

Beträffande farlighetsansvar som företagare kan man visserligen tala, såsom jag också har gjort, om svarandens *verksamhet.* Men jag finner det, när man betonar ansvaret, bättre att säga ansvar för farlig *hand-*

---

orsakslära. Själv tvivlar jag på lämpligheten att för denna generella orsaksdefinition åberopa Mill's lära, om vilket nedan s. 314 ff.

[8] Restriktionen »i allmänhet» gjord med tanke på evempelvis ett sådant fall som ansvar för skada genom snöras från hustak. Här behövde den ansvarige (t. ex. husägaren) icke ha gjort någonting, som kunde betraktas som betingelse för den inträffade skadan. Ansvar skulle dock säkerligen här icke utdömas såsom farlighetsansvar för företagare. Vår praxis skulle nog endast utdöma culpa-ansvar, möjligen efter culpa-fiktion. Dylika fall äro enligt min mening typiska för en diskussion 1:o om tillämpning av vad jag kallar den allmänna ansvarsregeln, och 2:o huruvida icke farlighetsansvar som företagare borde ifrågakomma. Jfr nedan s. 285 f. om fallen i NJA 1949 s. 704 och 1951 s. 63. Se för övrigt även NJA 1942 s. 545.

[9] Se Bd II: 1 s. 452 f.

[1] Avgränsningen av detta en företagares ansvar mot förut å s. 210 f. nämnda farlighetsansvar för egen handling, som fallit *inom* nivån för den *socialt önskvärda* handlingsstandarden, kan däremot naturligtvis icke göras annorlunda än så, att svarandens handlingssätt i senare kategorien varit *mera omedelbart,* i förra blott *mera medelbart* skadebringande. Denna flytande gräns torde dock mera vara av blott teoretisk natur. Praktiskt taget torde man åtminstone nästan alltid kunna avgöra, huruvida svaranden själv genom egen handling eller blott mera medelbart, såsom företagare, orsakat olyckan. Märkas bör emellertid, att vår praxis sannolikt icke godtager berörda farlighetsansvar för skador genom den »egna» handlingen, d. v. s. genom annan handling än företagarverksamhet såsom mera medelbar orsak till skador.

ling (därav också huvudrubrikens formulering) än ansvar för farlig verksamhet. Ty verksamheten är ju här aldrig betraktad som socialt icke önskvärd. Och det är skadegörelsen såsom förbunden med verksamheten, som föranleder företagarens ansvarighet. Om icke skadegörelsen varit nödvändigt förbunden med verksamheten, måste den naturligtvis anses socialt icke önskvärd, ehuru svarandens verksamhet, som ju är en betingelse för hans ansvarighet, betraktas såsom socialt önskvärd. Även om, såsom jag påvisat gentemot Stang, det särskilt för rättsideologien, med dess distinktion mellan rättstridighet och rättsenlighet, borde ha varit angeläget att ur komplexet »farlig bedrift» söka utskilja det eller de skadebringande fakta (se ovan s. 50 ff.), så säger det sig självt, att den vetenskapliga redan kräver, att man överhuvud vid farlighetsansvar såsom företagare gör så mycket som möjligt klart för sig, vad det är som skett inom driften och förorsakat skadan. En sådan analys kommer att klargöra, att månget fall, där man diskuterade företagaransvarets användbarhet, i stället lämpligen vore att hänföra under allmänna ansvarsregeln (jfr vad som sägs å skilda ställen nedan s. 269—296 om norsk, dansk och svensk judikatur angående farlighetsansvar).

Emellertid ha nu sålunda, enligt mitt sätt att se, tre olika kategorier av farlighetsansvar framträtt. 1:o. Vi ha det *allmänna* ansvaret eller den *allmänna* skadeståndsregeln, omfattande *dels* det traditionella culpaansvaret, *dels* ock allt annat ansvar, där den tillämpade regeln — som över hela linjen även kan kallas den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen — har klart prevenerande *social funktion*. Till det senare området hör ansvar för *alla* grader av farlighet, om blott handlingssättet icke nått upp till den socialt acceptabla aktsamhetsgraden. 2:o. Vi ha vidare funnit *farlighetsansvar* för den *egna* handlingen *utanför* det allmänna ansvaret. 3:o. Slutligen ha vi också sett ett *farlighetsansvar* såsom *företagare*, d. v. s. för skada som mera omedelbart berott antingen på andras handlingar än svarandens eller ock på andra händelser under verksamheten.[2]

[2] Här vill jag parentetiskt inskjuta, att ansvaret för skada genom »grävning i tomtgräns» — vare sig efter principen i t. ex. NJA 1945 s. 666 eller i t. ex. NJA 1942 s. 473, 1943 s. 343 — kanske för enkelhetens skull bör behållas som en särskild grupp i systemet. Sådant ansvar torde eljest kunna hänföras än under den allmänna skadeståndsregeln, än under farlighetsansvar därutanför för den egna handlingen, än under företagaransvar. (Såvitt man nu betraktar ansvaret icke blott i de båda sist nämnda fallen utan även i 1945 års fall såsom ett farlighetsansvar. Detta gör jag under nästa rubrik, när jag påvisar, hurusom samma rättvisesynpunkt tydligen anlägges på ansvaret i detta senare fall som vid det klart utpräglade farlighetsansvaret.) Även vid de båda senare alternativen kan ansvarsregeln ha mer eller mindre starkt prevenerande

Till nämnda tre ansvarskategorier kunna så läggas *arbetsgivares ansvar* för på visst sätt orsakad skada å hos honom anställda personer samt vad jag plägar kalla *principalansvaret* (till förmån för tredje man). Beaktas så ytterligare ansvar för skada genom *immissioner*, *nödhandling* (och jämväl *specificatio* i god tro), hade vi framför oss hela det *oskrivna* civila, utomkontraktliga ansvarssystemet, såsom detta vore tänkbart i Sverige. Detta system måste så i sin tur kompletteras med åtskilliga än lagar, än enskilda lagställen angående civilt ansvar. (Härvid tänker jag då också på expropriations- och därmed jämförlig lagstiftning.)

Det är kanske angeläget att just här påpeka — vad min föregående framställning dock givit vid handen — att de tre här först nämnda kategorierna, såsom de av mig framställts, icke ha något stöd i praxis. De ha systematiskt icke någon annan grund, än den som framgår av dels min kritik av och dels min positiva syn på den traditionella culparegeln. Därifrån ledes man till den allmänna ansvarsregeln med dess sociala funktion att prevenera mot socialt icke-önskvärda handlingar. — Kanske bör jag här erinra om, för säkerhets skull, att det för tillämpning av den allmänna regeln naturligtvis inte är tillräckligt, att domstolen värderar handlingen såsom sådan, d. v. s. isolerad, såsom socialt icke önskvärd. Den har ju varit skadebringande och skada kan ju i och för sig aldrig betraktas såsom något socialt önskvärt eller acceptabelt.[3] Förutsättningarna för allmänna ansvarsregelns användning behöver jag nu inte gå in på utan får hänvisa till Bd II: 1 s. 36–43. Här sammanfattar jag frågeställningen sålunda: kan det betraktas såsom socialt önskvärt, att personer i situationer av sådan art som den föreliggande nedlägga den omsorg och prövning som vore erforderlig för upptäckande och uppskattning av eventuell skaderisk samt inrättade sitt handlingssätt därefter, så att det avveke från det i fallet iakttagna? Och svaret på den frågan måste i sin tur bedömas med hänsyn till ett annat spörsmål: skulle dylika, från det i fallet iakttagna avvikande handlingssätt, föregångna av antydda omsorg och prövning, utgöra eller icke

betydelse, detta även mot själva grävningsverksamheten i sin allmänhet, som dock icke kan värderas såsom något ur social synpunkt mindre önskvärt. — Stundom kan ansvaret här sammanfalla med ett principalansvar dels i överensstämmelse med vår praxis (för högre anställds culpa) dels i mera vidsträckt mening. — Emellertid kommer jag för fullständighetens skull att beröra ansvar för grävning i tomtgräns med hänsyn till den vanliga åskådningen angående farlighetsansvarets motivering (nedan s. 217 f.).

[3] Att begreppet skada egentligen är en *petitio principii*, i det att det förutsätter skadeståndsrättens (och en del av straffrättens) uppehållande har jag påpekat i Culpa-Regeln s. 116 ff. och Bd II: 1 s. 309 ff. Se även här ovan s. 59, vid citatet mot Harpers ståndpunkt, samt s. 195–197.

utgöra ur social synpunkt icke önskvärda hinder för hithörande verksamheter, d. v. s. hinder, allmänt sett, ur produktions-, omsättnings- och företagsamhetssynpunkt? De, såsom jag kallar dem, tongivande sociala värderingar, som sålunda måste förutsättas för ansvarsfrågans bedömande, bero naturligtvis *omedelbart* på domaren. Hur han därvid går till väga, ävensom vad som ligger i bakgrunden för hans värderingar är ett annat kapitel, för vidlyftigt för att här kunna upptagas.

Såvitt ansvaret faller utanför den allmänna regeln, kommer nog alltid en viss oklarhet att vidlåda termen farlighetsansvar för den *egna* handlingen, därför att gränsen mellan ett handlingssätt såsom »mera direkt» kausalt till skadan (den egna handlingen) och ett annat handlingssätt såsom »mera avlägset» kausalt till densamma (vid företagaransvar) icke är tillräckligt distinkt.[4] Man kan här dock icke få någon hjälp genom studium av »kausaliteten ur rättslig synpunkt» (varom senare). Kanske vore det lämpligare, att man vid farlighetsansvar utanför den allmänna regeln icke systematiskt skilde mellan »företagareansvar» och »ansvar för den egna handlingen». Å andra sidan synes den förmodan icke vara ogrundad, att man genom en systematisering, vari distinktionen iakttages för farlighetsansvar utanför den allmänna ansvarsregeln, i praxis skulle få en klarare blick för utvecklingsmöjligheterna. — Emellertid kommer jag i fortsättningen för enkelhetens skull att vid farlighetsansvar utanför den allmänna regeln icke — utom vid frågan om farlighetsansvarets motivering, nedan s. 301 och s. 305 ff. — göra någon skillnad mellan ansvar för den egna handlingen och företagaransvar.

Här skall slutligen starkt understrykas, att gränsen mellan farlighetsansvar enligt allmänna ansvarsregeln och sådant ansvar utanför denna regel ju framför allt måste bero på den *värderingen*, om svarandens handlingssätt varit eller icke varit socialt icke-önskvärt. Denna värdering åter beror på tillgänglig utredning om vad som skett och om situationens karaktär, ävensom på den eller de värderandes omdömesgillhet. Det säger sig därför självt, att den ifrågavarande gränsen icke är exakt. Detta måste tillmätas viss betydelse för motiveringen av farlighetsansvaret utanför den allmänna ansvarsregeln (varom jfr nedan s. 303).

[4] Se ovan s. 213 n. 1.

Grunderna för farlighetsansvar, sedda i belysning av åsikterna inom judikatur och jurisprudens.

Ett påpekande angående svensk rättspraxis.

I Bd II: 1, s. 412 ff. har jag trott mig kunna påvisa, att vår praxis motiverar farlighetsansvaret (såsom strikt ansvar, d. v. s. utan »skuld») — såvitt sådant ansvar överhuvud utdömes — med rättvisesynpunkter, hur uppenbart det än är, att man i verkligheten varit influerad av socialekonomiska synpunkter. Om man till farlighetsansvaret hänför allt ansvar (bortsett från fall av svarandens egen culpa) för skada genom s. k. grävning i tomtgräns, bör för fullständighetens skull och eftersom det förefaller vara ganska instruktivt, här framhållas, att vi ha två olika ansvarsregler, allteftersom verksamhetens farlighet betraktas såsom mer eller mindre utpräglad. I senare fallet, då ansvaret icke anses kunna bygga blott på handlingens farlighet, kan jag hänvisa till H. D:s dom i NJA 1945 s. 666: skaderisken för grannen vid ifrågavarande grävningsarbeten befanns icke tillräckligt stor för att ensam motivera byggherrens ansvar, men denna risk *tillsammans* med vållande (icke från svarandens utan från *någons* sida) vid arbetenas utförande motiverade ansvaret. Detta torde vara domsmotiveringens innebörd. Tanken är nämligen säkerligen denna: även om byggherren-svaranden icke själv varit vållande till skadan, så har dock skadebringande vållande förekommit vid arbeten, som svaranden uteslutande i sitt eget intresse har föranstaltat om; därför är det — med hänsyn tagen jämväl till skaderisken vid dessa arbeten — rättvist, att han får betala skadestånd. Motsatsen skulle innebära, att dessa riskfulla och kulposa arbeten skulle få ske på bekostnad av annan, som icke haft något intresse av dem. Det torde sålunda vara fråga om viss tillämpning av rättvisesatsen: *ubi emolumentum ibi onus*. Men detta kunde ju sägas även om skadan inträffat utan *någons* vållande! Visserligen; men domstolens ståndpunkt är just att, eftersom faran i fall av *denna* art icke var maximalt kvalificerad, så vore rättvisan i skadeståndet förhanden, blott om denna något *ringare*

fara kombinerats med *vållande* vid arbetenas utförande. — Vad som här inklätts i rättvisans mantel är tydligen det samhälleliga intresset vid dessa handlingssätt *dels* att särskild försiktighet iakttages, på det att icke värden onödigtvis spolieras, *dels* ock att allmän trygghetskänsla för grannar jämväl därigenom alstras, att de kunna kräva skadestånd av byggherren utöver culpa-regeln, nämligen så snart *någon* i arbetena deltagande handlat kulpost.

Har faran för skada å granne varit *så stor* vid grävningar av liknande art, som t. ex. framgår av N. Rev:s av H. D. gillade betänkande i NJA 1942 s. 473, anses ansvaret uppenbarligen vara rättvisligen motiverat, oberoende av om vållande vid arbetenas utförande förekommit eller icke.[5]

NORSK RÄTTSPRAXIS.

Det måste ha intresse för oss att kasta en blick på norsk rättspraxis — ansedd som den mest avancerade i Norden beträffande farlighetsansvaret[6] — bl. a. för att utfinna, huruvida denna praxis på förevarande område lyckats frigöra sig ur rättvisemetodens grepp. Man anser sig i Norge ha en, åtminstone nära nog, genomförd allmän regel om ansvar för »farlig bedrift», innefattande att person svarar oberoende av skuld för skada genom verksamhet, som utgör viss fara för skadegörelse å tredjeman. Hur denna fara är att närmare karakterisera kan näppeligen sägas fullt klart framgå av rättspraxis. Ifrågavarande »sedvanerettsregel» anses grundad på rättspraxis under detta århundrade, och den första dom som plägar i sammanhanget anföras är H. R:s (Høiesterets) i Rt. 1905 s. 715. När Øvergaard formulerar saken så, att praxis under 1900-talet fastslagit »et generelt prinsipp om ansvar for bedrift som medfører 'en særlig og nærliggende fare for at skade derved vil påføres andre'», så synes mig detta något vilseledande, eftersom den första dom han här åberopar sig på (den nämnda i Rt. 1905 s. 715) torde ha tagit avstånd från en så snävt begränsad grund för ansvaret. I denna dom dömdes kommunen ansvarig för skada, som drabbat enskild genom brott på ett

[5] En annan sådan dom ha vi i fallet i NJA 1943 s. 343. Emellertid tillämpas alldeles samma ansvarsprincip, med samma motiveringsformulering, även när det är fråga om sprängningsarbeten, farliga för skada å »näraliggande» byggnader. Se NJA 1936 s. 557 och 1947 s. 385. Se Bd II: 1, s. 327 och 404.

[6] Se exempelvis Kristen Andersen, Lidt om risiko etc., s. 233 och Bølger s. 103, och jfr Øvergaard s. 133.

huvudledningsrör från kommunens vattenverk. Röret var nedlagt, heter det i H. R:s dom, för 25 à 30 år sedan och där citeras, tydligen med gillande och till stöd för att någon oaktsamhet icke förelupit, ett sakkunnigutlåtande, vari det bl. a. heter »at et Jernrør kan ligge i en Menneskealder eller to uden at vise Feil for saa en Dag pludselig at springe, uden at det er muligt at paavise nogen bestemt Aarsag dertil». Lägg så härtill, att de två skiljaktiga ledamöterna, som sålunda ogillade ansvarstalan, motiverade detta bl. a. därmed, att H. R. *tidigare* utdömt ansvar för »retmæssige Handlinger», blott när skadan uppstått »ved Bedrifter, som efter sin Natur medfører en særlig og nærliggende Fare for, at Skade derved vil paaføres Andre» (alltså Øvergaards karakteriserande ord). Som exempel på dylika »Bedrifter» anfördes fabrikation av nitroglycerin (explosionsfara) och järnvägsdrift (fara för eldsvåda i hus eller skog genom eld från lokomotiv).

Det är emellertid nu ganska tydligt, att 1900-talets utbildning av farlighetsansvaret *faktiskt* försiggått under trycket av samhälleliga hänsyn. Icke desto mindre mena jämväl de norska domstolarne uppenbarligen, att deras domar ha sin grund i *rättvisans* krav och synpunkter. En bakomliggande tanke är otvivelaktigt — låt vara att den blott indirekt och endast mer eller mindre tydligt kommit till uttryck i domsmotiveringar — att det vore orättvist, om någon skulle få i sitt eget intresse utöva en för andra »uforholdsmæssig» farlig verksamhet på dessa andras bekostnad.

I fallet i Rt. 1905 s. 715 uttryckes motiveringen för svarandens (kommunens) ansvarighet i följande tankegång. Visserligen föreligger icke oaktsamhet, men anbringandet av vattenledningen »medfører en stadig Resiko for Omgivelserne. For denne Resiko antages Bedriftsindehaveren (d. v. s. kommunen) at maatte bære Ansvaret ligeoverfor Trediemand.» På grund av reglements-bestämmelser och »Regulativer» kunde det diskuteras, huruvida icke den skadelidande *tacite* kontraktsenligt åtagit sig att själv stå risk för »hændelig Skade», som träffat honom genom brott på rörledningen. Frågan måste emellertid här nekande besvaras, i det att det i fallet vore vattenverkets huvudledning, icke den från huvudledningen till den enskildes egendom förande biledningen, som sprungit läck och förorsakat skadan. Och för att den skadelidande skulle kunna antagas »at have fraskrevet sig Rettigheder, der intet Udspring har i Kontraktsforholdet» måste något annat och mera till än »den stiltiende Vedtagelse af et Kontraktsforhold, der ligger i Anmeldelsen» till stadsingeniörskontoret om att vattenledning önskades införd på egendomen. »At den Private», slutar motiveringen,

»maa finde sig i at overtage den Ulempe og den Resiko, det for hans Eiendom eller Bedrift medfører, at der *efter hans Begjæring* indlægges Vandledning paa hans Eiendom eller i hans Lokale, er *rimeligt nok*. Men forat det skulde antages, at han har overtaget ogsaa den Resiko, hans Eiendom eller Lokale er udsat for *uafhængig* af den Foranstaltning, der er gjort i *hans specielle Interesse*, maatte det utvetydig fremgaa af hans Optræden, at dette virkelig har været Meningen. Men i nærværende Sag kan dette ikke siges at være Tilfældet». (Kurs. här.)

Det kan icke råda något tvivel om, att ansvaret här grundats på ett resonemang, som kort kan uttryckas på följande sätt. Svarandens handlingssätt, som icke företagits i kärandens speciella intresse, har inneburit risk för skada å dennes egendom, alltså risk för intrång på dennes rättsområde. Då grund saknas för att käranden kontraktsmässigt åtagit sig att själv bära denna risk, är det endast rättvist, att den får bäras av svaranden. Att låta käranden själv bära den vore icke »rimeligt nok», d. v. s. det vore orättvist.

I denna dom förekommer visserligen icke termen ansvar för »farlig bedrift» eller »farlig virksomhet». Men H. R. har själv indirekt så karakteriserat ansvaret i nu berörda fall (ytterligare omnämnt nedan å s. 238 och 239) genom sin dom i Rt. 1948 s. 719, kanske också i andra domar.

I det i Rt. 1909 s. 851 refererade fallet talas det om

»den i senere tid i forskjellige retninger anerkjendte retssætning, at hvor en i og for sig tilladt virksomhed medfører en uforholdsmæssig risiko før omgivelserne, pligter udøveren af virksomheden at erstatte det tab, som virksomheden paa grund af denne sin natur maatte medføre for dem».

Domen i detta fall är själv en tillämpning av denna »retssætning». Det rörde sig om följande olyckshändelse. En åttaårig pojke fann på en förutvarande arbetsplats, belägen vid en järnväg och tillhörande denna, en dynamitpatron, som efter att ha passerat genom ett par andra pojkars händer slutligen hamnade hos en 11 års pojke. Denne stod och petade på den, tills den exploderade med påföljd att han skadades. Järnvägen dömdes ansvarig. I själva verket ligger det faktiskt en rättvise-motivering i konstaterandet, att svarandens egen verksamhet medfört »en uforholdsmæssig risiko» för tredjeman, låt vara att av motiveringen samtidigt kunde slutas, att ansvarsregeln måste ha betydelse med hänsyn till den allmänna trygghetskänslan. Rättvisesynpunkten understrykes dock genom poängterandet i domen *icke mindre än tre gånger*, att omständigheterna vid den ifrågavarande verksamheten — dennas mycket stora omfattning, »hvor der i meget stor udstrækning anvendes dynamit af en mængde mennesker — kommo det att ligga i

sakens natur, »at man maatte være forberedt paa, at mere eller mindre af sprængstoffet uden foreliggende uagtsomhed fra nogen side kom paa afveie og altsaa udsatte omgivelserne for ulykker af saa alvorlig beskaffenhed som den i nærværende sag omhandlede». Betydelsen av att svaranden sålunda måste vara förberedd på möjligheten av skada å tredjeman betonas helt skild från frågan om förhandenvaro av »et retslig adækvat kausalforhold». Tanken är säkerligen, att även om den subjektiva situationen för svaranden icke kan karakteriseras såsom »uagtsomhed», så finns det dock en viss därmed något besläktad subjektiv situation för honom med hänsyn till olyckshändelsen, i det att man »maatte være forberedt paa», att den kunde inträffa. Utan denna subjektiva inställning vore det — så synes domstolen resonera — icke rättvist att låta honom betala skadestånd.[7]

Men nu uppstår en fråga: varför friades då svaranden i fallet i Rt. 1917 s. 202? Detta fall förefaller analogt: en skillnad är emellertid, att dynamiten här kommit på avvägar därigenom, att den först tagits, d. v. s. snattats, av ett par 11-års pojkar ur en bleckask, förvarad på en holme i Nidelven i en låda, tillhörande en flottningsförening, som anskaffat dynamiten för sprängningsarbeten i älven. En av pojkarne förlorade sina »knaldperler», som därefter råkade i händerna på två 8-åringar, vilka blevo svårt skadade, när de läto en »perle» explodera. H. R. kom till samma (friande) resultat som »de foregaaende retter» och biträdde i det väsentliga »disse retters domspremisser», som äro mycket utförliga. Byretten, vars motivering har största intresset, företog jämförelse med situationen i 1909 års dom om ansvar för »farlig bedrift»:

»Fløtningen kunde hverken efter bedriftens art eller de midler den benytter sig av for at faa sit øiemed realisert, betragtes som en saadan bedrift; der er en overmaade stor forskjel paa den fare, som et jernbane- eller veianlæg medfører for sine omgivelser, og den, en fløtning medfører. Hertil kommer det meget vesentlige moment, at mens de første slags anlæg i en kortere tid paa et begrenset omraade driver en intens drift, er fløtningen, saaledes som det er oplyst at den foregaar her i Nidelven, en bedrift der kun leilighetsvis, nu og da og i et hoist begrænset omfang benytter sprengstof for at lette tømmerets fremdrift.»

Domstolen tillade emellertid, att även om flottningen vore att betrakta som »farlig bedrift» vore det föga tvivelaktigt, att ansvar vore uteslutet i ett fall som det föreliggande, där skadan föranletts av »uvedkommende personers retsstridige indgrep i bedriften og bemæktigelse av de til bedriften indkjøpte materialier». Motsvarighet härtill fanns

[7] Jfr en passus i motiveringen till ansvarsfriande dom i Rt. 1933 s. 475 (nedan s. 229). Ang. skilln. mellan förutsebarhet vid farlighets- och skuldansvar se Müller-Erzbach I s. 371 f.

uppenbarligen icke i 1909 års fall. Detta betonades i flottningsfallet i H. R. uttryckligen av justitiarius Thinn såsom en väsentlig skillnad mellan fallen. Det kan icke, sade han,

»anses som mere paaregnelig for en saadan bedrift (flottningsverksamhet), at uvedkommende skal indlate sig paa at bortta sprængstof fra dens opbevaringssted for saadant, end det er paaregnelig, at det samme kan ske med hensyn til saadan gjenstand, som en hvilkensomhelst person eller bedrift har til opbevaring». Thinn utvecklade därefter att det förhölle sig på helt annat sätt i 1909 års fall. Och han slutade med att det i 1917 års fall icke kunde »siges at foreligge nogen ulykke, som med rimelighet skulde kunne betegnes som foraarsaket ved nogen del av den paagjældende virksomhet, som indebærer fare for utenforstaaende tredjemand».

Genom att H. R:s övriga ledamöter i allt fall åberopat sig på Byrettens domspremisser måste det antagas, att de skänkt beaktande åt samma synpunkter som justitiarius Thinn, ehuru de icke givit särskilt uttryck åt dem. — Vare sig nu H. R. funnit, att svaranden icke idkade någon farlig bedrift i 1917 års fall eller att han i allt fall icke varit kausal i rättslig mening till skadan, är det tydligt, att domstolen just utifrån »rättvisans» synpunkt kan ha haft anledning skilja på de båda fallen beträffande frågan: ansvar eller ansvarsfrihet. Därför att det i 1909 års fall låge i sakens natur, att man måste vara förberedd på att dynamiten skulle komma på avvägar och föranleda olyckor, behövde detta alls icke ligga i sakens natur i 1917 års fall.

I ett senare fall, Rt. 1936 s. 298, dömde H. R. Norges Statsbaner att betala skadestånd till person, som överkördes av ett tåg på Sarpsborgs station, när personen begagnade »planovergangen» från en plattform till en annan. Någon egentlig motsvarighet till 1886 års lag i Sverige om ansvar för skada genom järnvägsdrift finns icke i Norge. Men sista stadgandet, § 15, i Lov den 7 sept. 1854 med »Bestemmelser angaaende Jernveie til almindelig Afbenyttelse» *förutsätter* järnvägens ansvarighet av en art, liknande ansvarigheten enligt § 2 i vår lag av 1886. Man anser nämligen, att det i § 15 nämnda ansvaret för järnvägen grundar sig på N. L. 3–21–2.[8] Denna artikel har följande lydelse:

»End giver husbond sin tjener eller anden fuldmagt paa sine vegne at forrette noget, da bør husbonden selv at svare til, hvad derudi forseis av de, som hand fuldmagt givet haver, og av hannem igjen søge opretning.»

Detta stadgande har i praxis utvidgats till att omfatta ett allmänt principalansvar för anställds culpa. — Det nu berörda fallet ligger utan-

[8] Se Øvergaard s. 182.

för 3–21–2 (= D. L. 3–19–2) och därmed också utanför 15 § i jernbaneloven, ty i detta fall har intet kulpost handlingssätt utretts såsom orsak till skadegörelsen. I detta fall voro emellertid alla i H. R. ense med den först voterande domaren, som bl. a. uttalade:

»Jeg er efter det jeg her har nævnt av den opfatning at vilkaarene for erstatning for Statsbanene er til stede i det foreliggende tilfelle. Jeg mener nemlig at det faremoment som ordningen ved Sarpsborg stasjon innebærer er saavidt fremtredende at jernbanen her er nærmest til at bære risikoen, om det i et enkelt tilfelle skulde vise sig at de sikkerhedsforanstaltninger som det har vært vanlig at treffe ikke har vært tilstrækkelig effektive.»

Här förutsättes tydligen att ingenstädes culpa har begåtts. — Genom att »faremomentet» i anordningarne vid stationen var »saavidt fremtredende», som det var, befanns emellertid svaranden »nærmest til at bære risikoen».[9] Detta kan icke betyda något annat, än att den särskilda farligheten gjorde det rättvist, att svaranden, som utövade den »farliga» verksamheten, dömdes till skadestånd.

Detta sätt att motivera ansvaret är icke någon isolerad företeelse. Samma år återfinnes formuleringen i ett annat fall, se Rt. 1936 s. 345. Under bunkring medelst en elektrisk lyftkran hade ett kolstycke fallit ut ur »grabben» och träffat en besättningsman, som därigenom dödades. Bunkringstationens drift befanns medföra så stor risk för skada å tredjeman, att anläggningens ägare borde vara ansvarig »efter de regler som gjelder for ansvar for skadegjørende bedrift». Visserligen kunde krananläggningen icke i sig själv anses för »farlig bedrift», men det ansvarsbetingande förhållandet låge däri, att »driften medfører et faremoment og at *eieren* er *nærmest* til at bære ansvaret for den skade driften volder»[1] (kurs. här).

I en dom av 1938 (Rt. 1938 s. 664) ogillades en skadeståndstalan av en viss Grinde mot en flottningsförening. Grinde var ägare av ett elektricitetsverk »med damm i en elvesving». Föreningen hade anbragt en »tømmerrenne», som icke tycks ha hållits i gott stånd. Under en »storflom» bröt sig floden ny väg genom timmerrännan, varigenom elektricitetsverket förlorade för sin drift nödigt vatten. I motiveringen för ogillandet av Grindes talan förklarade man sig (i H. R.) utgå ifrån »at hvis katastrofen hadde kunnet avverges ved de foranstaltninger som Grinde mener vilde ha været tilstrækkelige til dette øiemed, så *hadde han selv vært den nærmeste* til å foreta dem» (kurs. här). Efter an-

[9] Jfr H. D:s motivering i fallet i NJA 1943 s. 177 och därtill Bd II: 1 s. 417 f.
[1] Se nästföregående not. Fallet i Rt. 1936 s. 345 är ytterligare omnämnt nedan bl. a. å s. 234–237 samt s. 239.

förande av vissa omständigheter heter det vidare, att föreningen icke kunde »ha nogen opfordring til å foreta noget med tømmerrennen eller forbyggningen ved inntaket (av timmerrännan), mens Grinde hadde all interesse av å holde forbyggningen ved like». Slutsatsen av detta kan icke vara annan, än att Grinde nu också vore »nærmest» att själv stå risken för den inträffade skadan och att det följaktligen icke vore rättvist att göra föreningen ansvarig för densamma. — Jag vill också här anföra lagmansrettens uttalande i fallet i Rt. 1948 s. 1044, att skadan icke kunde »betraktes som typisk for skip, og som rederen bør være den nærmeste til at bære». Se för övrigt nedan s. 230.

I sitt votum i Rt. 1944 s. 353 motiverade lagdomaren ansvar för Norges Statsbaner i första hand därmed, att »Jernbanen, som her hadde grepet inn i en festnet tillstand, hvorunder veiovergangen var fullt brukbar også for en slik bil (lastbil) *må være nærmest til å bære risikoen* for ulykker som skyldes veiens nye tilstand» (kurs här).

Slutligen nämner jag i detta sammanhang ytterligare två domar av H. R., i Rt. 1939 s. 766 och 1948 s. 1111. I det förra fallet hade från gatufasaden av ett hotell i Drammen ett stort stycke gesims fallit ned på en man, som stod på trottoaren, och skadat honom till döds. Byretten dömde hotellets ägarinna ansvarig på grund av en motivering, som — även om den möjligen icke innefattar en tillämpning av culparegeln — likväl låter fallet komma under vad jag kallar den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln. Jämväl H. R. dömde till ansvar men enhälligt med följande motivering, uttalad av den först voterande ledamoten:

»Efter min opfatning er erstatningsplikten i et forhold som det foreliggende ikke avhengig av hvorvidt eieren kan bebreides uaktsomhet med hensyn til tilsyn og kontroll av eiendommen. Selv med det beste tilsyn og den største påpasselighet fra en eiers side må det regnes med den mulighet at deler av en gesims av konstruksjon og materialer som den omhandlede kan falle ned, og hvor eiendommen som her ligger till almindelig beferdet sted, må eieren videre regne med at en sådan nedstyrting lett kan medføre ulykke. En gesims som den foreliggende representerer et særpreget og ekstraordinært faremoment ved bygningen. Enten nedstyrtingen da skyldes mangelfull opførelse eller som her ordinær forringelse i tidens løp, *tilsier en rimelig avvejing av alle interesser* efter min opfatning *at bygningens eier må ansees nærmere til å stå risikoen, altså bære den skade nedstyrtingen forårsaker, enn den tilfeldig forulykkede utenforstående tredjemann.*» (Kurs. här.)[2]

[2] Fallet ytterligare omnämnt nedan å s. 235. — I ett åtskilliga år senare fall (Rt. 1947 s. 101) hade en hyresgäst vid användningen av sin balkong störtat ned på gården och skadats. Balkongräcket hade befunnit sig i så dåligt tillstånd, att det givit efter. Husägarens ansvar motiverades här klart och tydligt med hans kulposa

I det senare av de båda fallen (Rt. 1948 s. 1111) var situationen den, att en spårvagn — för att undgå kollision med en lastbil — hade nödgats helt plötsligt bromsa upp med påföljd att en fru på bakre plattformen föll ut genom den öppna dörren och skadades. Frun förde skadeståndstalan mot Oslo Sporveier. Denna talan bifölls av pluraliteten i H. R., där den först voterande ledamoten uttalade, »at det i utviklingens medfør er blitt en teknisk ufullkommenhet ved Sporveienes vogner (deras öppna dörrar utan »særlige sikkerhetsforanstaltninger» för passagerare mot faran att slungas ut), og at det er Sporveiene som er *nærmest til å bære risikoen* (kurs. här) for den økonomiske skade som måtte bli følgen av denne». Han menade att svarandens ansvarighet vore överensstämmande med »de regler for objektivt ansvar som er utviklet i rettspraxis» och hänvisade till bl. a. här förut berörda dom i Rt. 1936 s. 298 (olyckan å Sarpsborgs station). Fallet i Rt. 1948 s. 1111 skall ytterligare beröras nedan, s. 236, 237, 240, 242.

Att den slutliga frågeställningen genomgående vid det »objektiva» ansvaret anses vara denna »vem är då närmast att bära risken», d. v. s. »är det rättvist eller icke att utdöma ansvar», indiceras synes det mig genom ett uttalande av »formannen» i byrettens i Bergen dom i ett fall, som senare, s. 233—236, 238, 243, skall ytterligare beröras (Rt. 1948 s. 719). Med hänsyn till vagheten i begreppet »farlig bedrift» säger han, att, om kravet på styrkan av »faremomentet» ställes tillräckligt lågt, måste avgörandet tendera mot en »blott och bar avveiing av hvem der i det konkrete tilfelle er 'nærmest å bære ansvaret'». Meningen torde vara, att, om »faremomentet» är av en viss utpräglad grad, då har man däri klart stöd för att svaranden är närmast att bära skaderisken, d. v. s. för att det är rättvist att döma honom ansvarig. Är »faremomentet» icke så utpräglat, då är det svårare att utpeka den »närmaste» att bära risken, d. v. s. den som rättvisligen hade att slutligen bära den ekonomiska förlusten.

Rättvisesynpunkten lyser igenom också i andra formuleringar. I det bekanta, omfattande fallet om ansvar för Holmenkolbanen på grund av skada genom en tunnelanläggning under »bebygget strøk» i Oslo

---

underlåtelse att hålla balkongen i dugligt skick. Emot denna ansvarsdom torde dock den invändningen möjligen vara motiverad, att hyresgästen, som bott i våningen åtskilliga år och dagligen använt balkongen, kanske starkt brustit åt aktsamhet genom att icke underrätta husägaren om balkongens bristfälliga tillstånd. Jfr Harbeck s. 19. Emellertid hade byretten i denna sak, i överensstämmelse med H. R:s dom i gesimsfallet, dömt husägaren ansvarig såsom »nærmere til å bære risikoen for den skade nedstyrtingen av balkongen voldte, enn leiehaveren på hvis forhold der absolutt intet er å utsette».

heter det vid behandlingen av »den retslige side av ansvarsspørsmaalet», att

»en rimelig avveien av alle interesser tilsier, at erstatningsplikten ikke skal være avhengig av om banen kan overføres uaktsomhet. Det gjelder her forhold hvor banen paa forhaand maatte eller burde ha vært klar over at fremmed ejendom utsattes for fare». (Se Rt. 1931 s. 513.)

Detta kan omskrivas sålunda: rättvisans princip — *ius suum cuique* — leder till järnvägens ansvarighet. Finns något i vårt fall, som föranleder undantag från principen? Nej! ty »en rimelig avveien av alle interesser» gör att culpa här icke kan få utgöra förutsättning för ansvaret och uppenbarligen har man icke heller kunnat finna någon omständighet, som minskade styrkan i rättvisekravet på järnvägens ansvarighet.[3]

I ett annat fall (Rt. 1937 s. 741) hade en eldare, som skötte om centraleldningen i en persons vid namn Kroepelien fastighet, under arbetet ådragit sig sjukdom genom koloxidförgiftning. Kroepelien dömdes att betala skadestånd. Sedan orsakssammanhanget mellan de bristfälliga ventilerings- och dragförhållandena å ena sidan och eldarens sjukdom å den andra fastställts av den »førstvoterende» (med vilken övriga ledamöter av H. R. i det väsentliga instämde), fortsatte denne sålunda:

»Jeg finner ikke grunn til å uttale mig om det spørsmål som er reist i Høiesterett om en gårdeier i almindelighet er objektivt ansvarlig for centralvarmeanlegg. Heller ikke behøver jeg å ta op spørsmålet om det er noe å bebreide Kroepelien eller hans folk eller hans tekniske konsulenter som kan lede til erstatningsansvar. — Jeg mener nemlig at gårdens eier når det gjelder et centralvarmeanlegg hvor fyrrummet anlegges under jorden i 2nen og 3dje kjelleretasje uten direkte adgang til luft, må være *ubetinget forpliktet* til å sørge for fullt tilstrekkelig tilgang på frisk luft, således at de som arbeider i fyrrummet ikke utsetter sin helbred for fare. Hvis dette ikke lykkes fordi det tekniske apparat ikke strekker til, således at den mann som er satt til arbeide i fyrrummet av den grunn blir syk av kulloxydforgiftning, bør gårdens eier bære det dermed forbundne økonomiske tap. Forsåvidt må han i ethvert fall være objektivt ansvarlig. — At bygningsmyndighetene har godkjent anlegget og gitt ferdighetsattest og at Kroepeliens tekniske konsulenter først høsten 1932 fant frem til den riktige løsning av problemene, fritar ham ikke for dette ansvar» (kurs. här).

Uttalandet att Kroepelien »ma være ubetinget forpliktet til å sørge for ... fare», jft med innehållet i slutet av citatet, visar, att Kroepeliens handlingssätt under alla omständigheter betraktats såsom åtminstone

[3] Att detta fall kanske kunde bedömas ur immissionssynpunkt, i allt fall såsom grannelagsrättsligt, förringar icke intresset i detta sammanhang för domstolens synpunkter.

objektivt pliktvidrigt, följaktligen också objektivt rättstridigt. Dylik sakligt sett rent meningslös synpunkt skulle icke kunna anläggas, om det icke varit angeläget för domaren att få fram, att detta »objektiva ansvar» icke stode i strid med vad den s. k. rättvisans krav gåve vid handen. Svaranden hade dock genom »faktisk» pliktstridighet framkallat risk för andras hälsa!

Här skall också beröras ett domsuttalande från fallet i Rt. 1933 s. 817. I detta hade en liten barnunge under lek på gatan plötsligt sprungit i vägen för spårvagnen och därigenom skadats. I detta fall fann Høiesteretts majoritet visserligen icke regeln om ansvar för »farlig bedrift» tillämplig (tydligen med hänsyn till »barnets eget forhold»). Men en av domstolens ledamöter, domaren Bade, gav i allt fall följande uttryck åt sin syn på nämnda regel såsom grundad i rättvisans krav:

»Jeg er enig med førstvoterende. Regelen om ansvar for farlig bedrift uansett skyld er bygget på det *rettferdighetsprinsipp*, at den bedrift som ved sin virksomhet utsetter andre for mer enn sedvanlig risiko, bør erstatte de ekonomiske følger av den skade som den har forvoldt. I denne regel gjøres dog begrensning spesielt under hensyn til den skadelidtes eget forhold ved paagjeldende leilighed. Det synes mig *lite rimelig og rettferdig* at en sporvei i et tilfelle som nærværende skulde idømmes noget ansvar for den ulykke som har funnet sted som følge av barnets egen handlemaate, idet barnet under sin lek paa offentlig gate plutselig sprang frem like foran sporvognen saa det ikke blev anledning for sporvagnsføreren til att stoppe den i tide og derved undgaa overkjørsel. At barnet efter sin udvikling ikke selv har haft forstaaelsen av sin uforsigtige adferd bør efter min mening *ikke her gaa ut over sporveien*, som *intet* har vært at legge *til last* og kjørte sin vanlige rute» (kurs. här).

När denne domare uttalar, att farlighetsansvaret, i det att det förutsätter, att man genom sin verksamhet utsatt annan för *mera än sedvanlig risk*, är byggt på rättfärdighet, så uttalar han otvivelaktigt blott något, som är allmänt antaget inom den norska rättskipningen. Tanken är tydligen denna: fanns det ingen utpräglad farlighet i handlingssättet, *då* måste ansvaret förutsätta *skuld* för att kunna betraktas såsom rättvist. Men om handlingen varit farlig i *osedvanlig* grad, då gäller rättvisemaximen: *ubi emolumentum ibi onus*. Att det är fråga om rättvisesynpunkter bakom ifrågavarande ansvarsregel är så mycket tydligare av detta domsvotum, som dess användning i fallet till yttermera visso avvisats därmed, att sådan användning just i detta fall vore föga »rimelig og rettfærdig» och att barnets oförstånd icke borde få »gaa ut over sporveien», som intet vore »at lægge til last». Fallet beröres ytterligare nedan, s. 238 och s. 240 f.

I en plenardom ett antal år senare (Rt. 1940 s. 16) gjorde likaledes

en ledamot av H. R. ett allmänt principuttalande, vari rättvisemetoden framlyser. »Det hensyn», sade han,

»som har ledet rettspraksis og teori til å oppstille et særskilt begrep 'ansvar for farlig bedrift', har så vidt skjønnes sitt utgangspunkt i at den sterke industrielle og økonomiske utvikling har skapt en rekke faremomenter for utenforstående tredjemenn, som disse tredjemenn står mer eller mindre *vergeløse* overfor. Det er så vidt jeg skjønner disse nye faremomenter som ligger til grunn for den rettsoppfatning at den økonomiske risiko for dem *naturlig bør* bæres av skadevolderen, uten hensyn til hans subjektive skyld. — Men nettopp det motiv som har ledet til dette ansvar, gir efter min oppfatning også den naturlige begrensning av ansvaret. Uten særlig hjemmel kan en ikke fravike de alminnelige erstatningsregler hvor det gjelder betydningen av skadelidendes eget forhold til ulykkens forvoldelse. Så vidt jeg vet har en i rettspraksis heller ikke vært i tvil herom». (Kurs. här.)

Uppenbarligen är tanken i dessa ord, att det icke kunde vara *rättvist*, att man finge genom sin egen i eget intresse företagna verksamhet utsätta tredjemans rättsliga intressen för dessa faror utan att ansvara för inträffad skada — såvida icke faran utlöst sig i skadegörelse på grund av tredjemans »eget forhold». Den ifrågavarande domaren fann emellertid, följd av sju andra ledamöter, att sådant »forhold» förelåg, varför svaranden friades från ansvar. Majoriteten (9 ledamöter) dömde dock svaranden, ett elektricitetsverk, ansvarigt. Till »ansvarsspørsmålets prinsipielle side» hörde därvid, att »*en naturlig og rimelig avveining av intressene*» (kurs. här) gåve detta resultat. Det vill med andra ord säga, att majoriteten ävenledes anlitade rättvisemetoden men med ett resultat, motsatt det vartill minoriteten kommit. Vid den intresseavvägning, som tyngde vågskålen till den skadelidandes favör, nämndes särskilt hänsynen till »den adgang et elektrisitetsverk har til å tegne ansvarsforsikring således at den ekonomiske side for verket følgelig ikke behøver å bety annet enn en årlig risikopremie på verkets driftsbudsjett».

Olyckshändelsen i detta fall hade uppstått så, att en 8-års pojke hade klättrat upp i en »mast», som bar en elektrisk starkströmsledning, och skadats genom kontakten med strömledningen. Också vid frågan om jämkning i eller befrielse från skadeståndet på grund av pojkens medverkan till skadan genom att klättra upp i masten ha resonemangen tydligtvis gått i rättsideologiska banor. En av ledamöterna uttalade i detta avseende (Rt. 1940 s. 20):

»At guttens opptreden under klatringen har vært uaktsom er ikke bestridt i saken, og at en må bedømme en gutts uaktsomhet når han er i 8—9 års alderen og *forstår det gale i sin opptreden som rettslig relevant* må jeg anse for å være i overensstemmelse med Høyesteretts tidligere avgjørelser i lignende tilfelle.» (Kurs. här.) Jfr ett liknande uttalande i Lagmansrettens dom i Rt. 1941 s. 693.

Detta är ett uttryck, analogt med skuld-regelns idé om att svaranden i rättvisans namn på grund av sitt klandervärda beteende gjort sig förtjänt av rättstvånget att betala skadestånd. Det utgör också ett ytterligare stöd för att domstolsledamöterna, när de diskuterat frågan om elektricitetsverkets s. k. objektiva ansvarighet överhuvud, utgått ifrån att *rättvisan* vore bestämmande för deras ståndpunktstagande. Ty sådan förvirring vore ju näppeligen möjlig, att man läte denna fråga bestämmas *utan* hänsynstagande till »rättvisans krav» för att, sedan den frågan jakande besvarats, låta frågan om skadeståndets jämkning, eventuellt dess reducering till intet, bero på ett utslag av rättvisesynpunkter. Fallet beröres ytterligare nedan s. 231, 236 och 239 f.

Att ansvar här icke skulle ha utdömts, om man icke känt sig därmed ha »rättvisan» på sin sida bestyrkes indirekt av en föregående dom (Rt. 1933 s. 475), där talan mot ett elektricitetsverk om skadestånd ogillats. En lantbrukare och hans son sträckte en »hesjetraad» på en åker eller äng, över vilken kommunen hade dragit en högspänningsledning. Tråden gick av, och änden av den del därav, som sonen höll, flög upp och kontaktade ledningen, varvid sonen fick strömmen genom kroppen och skadades. H. R. fann väl, att skadan skett genom sådan »farlig bedrift», som kunde föranleda ansvar »uten hensyn till subjektiv skyld». Sådant ansvar kunde dock icke sträcka sig utöver vad som efter en »objektiv vurdering kan karakteriseres som en forutseelig mulighet». Till och med efter en mycket sträng måttstock måste, sade samtliga ledamöterna, »uheldet ansees for at være av saavidt enestaaende og uforutseelig art, att det finnes at ligge utenfor rimelighetens grenser at paalegge bedriften ansvar for den derved forvoldte ulykke». Utanför »rimligheten» det är detsamma som utanför »billigheten», utanför »equity and justice».

Till sist skola ytterligare ett par domar påpekas till stöd för mitt påstående om rättvisemetodens användning ifråga om utdömande av »objektivt» ansvar.

I fallet angående ett filmbolags ansvar för skada å en av dess skådespelare under filmupptagningen (Rt. 1941 s. 784), sade Lagmansretten (såsom slutlig instans), dels att bolaget icke helt fullgjort sin »plikt å treffe alle de forføyninger som det var mulig for å avverge at det hendte noen ulykke»[4], dels ock att — eftersom det var nödvändigt i bolagets intresse och var till bolagets fördel, att skådespelaren vid tillfället själv

[4] Detta betydde ingalunda, att bolaget ådragit sig ansvarsbetingande skuld till olyckshändelsen.

ådagalade mindre försiktighet med hänsyn till den föreliggande faran (genom vilken oförsiktighet sannolikt hans missöde inträffade) — det »finnes rimelig (d. v. s. rättvist) at sælskapet bærer risikoen».

I fallet i Rt. 1948 s. 1044 rörde sig frågan om ansvar för rederiet för ett fartyg, som var förtöjt vid en kaj. För att undvika skada såväl å fartyget som å kajen hade besättningen under den ständigt ökande vinden gjort fruktlösa försök att komma ifrån kajen, vilken följaktligen, liksom fartyget, blev skadad. Kajägaren (såväl som »leieren av kaien») krävde rederiet på skadestånd. Herredsretten och Lagmansretten hade ogillat denna talan. H. R. hade samma ståndpunkt. Här uttalade den först voterande domaren, med vilken övriga ledamöter förenade sig, bl. a. följande:

»I sin begrunnelse for at det i dette tilfelle heller ikke for øvrig er grunnlag for objektivt erstatningsansvar, anfører lagmannsrettens flertall blant annet at skipenes kaianløp vesentlig antas å tjene *ladningsmottagernes interesser, og at det da synes lite rimelig* å pålegge skipene objektivt ansvar for skader som voldes på kaier under slike forhold, hvor strøm- og værforhold gjør skipene mindre manøvreringsdyktige i trange farvann. Jeg finner ikke å kunne slutte meg til denne betraktning. Etter min mening må det sies at anløpene er *både i skipenes, ladningsmottagernes og kaieiernes interesse.* At objektivt ansvar her ikke foreligger, er jeg imidlertid som nevnt enig i etc.» (kurs. här).

Lagmansretten gav med det från denna domstol i H. R. citerade otvivelaktigt uttryck för tanken, att antagandet av rederiets ansvar här icke kunde anses rättvist. När H. R. visserligen tog avstånd från *denna* rättvisesynpunkt men detta oaktat påpekade, att det dock ingalunda blott vore i »skipenes» interesse, som »kaianløp» skedde, så var tanken därvid förvisso ingalunda, att domstolen ville taga något avstånd från uppfattningen, att intresseavvägningen här i billighetens namn utgjorde stöd för rederiets befrielse från ansvar. Men H. R. åberopade sig i sådant avseende mera direkt på »vad lagmannsrettens flertall ellers har anført». Och detta var — utom att ansvaret icke kunde motiveras med oaktsamhet från skeppets sida — att skadegörelsen hade sin grund, icke i »driften av skipet» utan i »sterke naturkrafters plutselige inngripen». Följaktligen kunde skadan — såsom redan ovan s. 224 citerats — »ikke betraktes som typisk for skip, og som rederen bør være den *nærmeste* til å bære» (kurs. här). Detta kan omskrivas så: rederiets ansvarighet i detta fall (vis major) kunde icke vara ansvar för »farlig bedrift» och följaktligen icke vara motiverat genom rättvisesynpunkter. Ty när ansvar för »farlig bedrift» utdömes, anses situationen städse vara sådan, att efter beaktandet av de skilda intresselägena svaranden

befinnes »närmast» att bära skadan och hans ansvarighet följaktligen vara motiverad av rättvisesynpunkter.

Slutligen måste i detta sammanhang sägas, att den i rättspraxis stundom framträdande tendensen (nedan berörd och enligt min mening av Øvergaard förstorad) att begränsa ansvaret för »farlig bedrift» till skada genom »egentelig bedriftsulykke, som skyldes feil eller mangler ved anlægget som sådant» (formuleringen efter förstvoterande i Rt. 1940 s. 16) endast bekräftar styrkan i rättvisemetodens grepp. Tankegången är så tydligt som helst denna: å svarandens sida föreligger visserligen icke någon »uaktsomhet», men det har dock förelegat »et eller annet uhell eller noget unormalt ved selve driften av den farlige virksomhet», alltså å svarandens sida, vilket låter honom närmast stå risken och följaktligen gör det rättvist att döma honom ansvarig. (Sista citatet från Øvergaard s. 145.) Att man vid ansvarets bedömande borde beakta »feil eller mangler ved anlægget» har jag redan år 1923 pläderat för.[5] Men syftet har därvid varit något helt skiljt från tendensen i norsk rättspraxis, som jag strax skall ånyo något beröra.

Dessförinnan må mera för fullständighetens skull erinras om H. R:s dom i Rt. 1949 s. 688. Icke mindre än nio sjuksköterskor och annan betjäning på ett kirurgiskt sjukhus hade smittats med tuberkulos av en patient, som före upptäckten av den tuberkulösa sjukdomen inlagts på sjukhuset och opererats för kräfta. Sex av de smittade förde skadeståndstalan mot sjukhuset. Denna talan hade ogillats av herredsretten, vars dom stadfästes av pluraliteten i H. R., dels enär oaktsamhet från sjukhusets sida icke kunde anses föreligga, och dels enär de smittade genom patientens intagning på sjukhuset eller genom den kontakt med honom, som deras arbete i större eller mindre grad medförde, icke »ble utsatt for en risiko som gikk ut over hva sykepleiersker eller annen betjening ved et sykehus av foreliggende art ... måtte regne med». Denna ståndpunkt intogs av 3 ledamöter. De 2 övriga utdömde »objektivt» ansvar på grund av den risk de skadelidande löpt: »Den fare som i det føreliggende tilfelle har utløst så store skader for de ankende parter, 5 sykepleiersker og en rengjøringshjelp, består i den specielle risiko som nær sagt uungåelig vil være knyttet til, at pasienter etter å være blitt inlagt på et kirurgisk sykehus viser seg å lide også av en alvorlig smittsom sykdom.» Låt vara, hette det vidare, att dylika för sent klarlagda situationer mycket sällan förekommo, vore risken för den dagliga personalen på sjukhuset »såvidt påtagelig av omfang», att den

[5] Se numera Bd II: 1, s. 421 ff. och ovan s. 48 ff.

måste tilläggas ansvarsbetingande betydelse. — Pluralitetens nyss citerade motivering för sin ståndpunkt bottnar säkerligen i rättsideologisk konstruktion: käranden har med sin anställning »impliedly» iklätt sig den risk, som är »naturally incident to the employment undertaken by him».[6] Då kan ju inte rättvisan utan vidare leda till något skadeståndskrav. Dylikt krävde, såsom det också antyddes i domen, uttrycklig lagbestämmelse därom.

Vad jag med ovanstående exemplifiering från norsk praxis på farlighetsansvarets område — en praxis naturligtvis vida rikligare än exemplifieringen givit vid handen — framför allt vill ha sagt är sålunda, att man gått utöver culpa-regeln i sådana fall, där ett vidsträcktare ansvar väl kan ifrågasättas vara motiverat av *samhällsekonomiska* synpunkter eller, vilket är detsamma, genom värderingar av det praktiska livets behov. Själva *domsluten*, såvitt som de gått ut på ansvar, ha m. a. o. i allmänhet varit sådana, att de mycket väl skulle kunna ha framgått genom anlitande av en på sociala värderingar grundad metod. Jag har vidare velat påpeka, att detta oaktat en dylik metods användning blott indirekt kan spåras i domsmotiveringarne och att dessa utvisa, att man vid det utvidgade ansvaret *trott sig* alltjämt tillämpa *rättvisesynpunkter*, låt vara utvecklade och anpassade efter en nyare tids förhållanden, vilka förändrat rättslivets behov och de krav som därför *rättvisan* kunde ställa på rätten.[7]

---

[6] Se Bd I s. 506 f. — Att detta fall icke avser skada å tredjeman utan å anställd är det naturligtvis, som gör, att pluraliteten i H. R. kunnat anlägga den nu berörda synpunkten.

[7] Ansvar för skada genom halkning synes lika litet i norsk som dansk praxis vara ett farlighetsansvar, se nedan s. 247 n. 6.

SAKLIGA LINJER FRAMTRÄDA UTAN EGENTLIG SKÄRPA I HITHÖRANDE NORSK JUDIKATUR.

Emellertid ha de nu gjorda referaten av motiveringarne till dessa norska domar just tagit sikte på den falska, den rättsideologiska metoden, rättvisemetoden. Vid sidan av rättvisesynpunkterna, alltid chimäriska, måste man — kan det förmodas — kunna utleta någon saklig linje eller sakliga linjer, som domstolarna oaktat rättvisemetodens användning låtit sig mer eller mindre medvetet leda sig av vid sitt ställningstagande till ansvarsfrågan i de hithörande fallen. Man hävdar ju verkligen, att norsk rättspraxis utbildat en princip för farlighetsansvaret, en princip som då skall intaga en särställning i Norden. Därmed föreligger viss anledning räkna med att — trots allt — en *förnuftig förklaring* till farlighetsansvarets utdömande i norsk praxis skulle kunna utläsas ur motiveringarne, därest tillräcklig möda på saken nedlägges. Men man blir i det hela besviken. Domstolarne *ha* icke förstått att motivera farlighetsansvaret på ett sådant sätt, att sakliga synpunkter framträda med någon skärpa. Och anledningen därtill är naturligtvis, att man genom rättvisemetoden hindrats att direkt och tydligt sätta framför sig och låta sig ledas av vad som med hänsyn till rådande sociala värderingar måste betraktas såsom den socialekonomiskt bästa lösningen av ansvarsfrågan i situationer av sådant slag som den till bedömande föreliggande.

I allmänhet synes det för domstolarne vara fråga om »objektivt» ansvar för »farlig bedrift» eller, vad som är detsamma, »farlig virksomhet». Men stundom tyckes detta icke passa, ehuru det tydligen skall röra sig om samma slags farlighetsansvar, och det talas då exempelvis om ansvar för »den skade driften volder», »ansvar for skadegjørende bedrift». Det sagda vill jag belysa med utgångspunkt i fallet i Rt. 1948 s. 719 (berört ovan s. 225 med hänsyn till ett uttalande av byrettsformannen). Här ogillades ansvarstalan av H. R., enär ingenstädes »uaktsomhet» varit förhanden och icke heller »objektivt» ansvar på grund av den skadebringande verksamhetens riskfullhet vore motiverat. Sådant ansvar hade dock utdömts av byretten, vars dom stadfästs av lag-

mansretten. Situationen var följande. Efter anvisning av hamnlotsen i Bergen ankrade och akterförtöjdes ett motorskepp vid två förtöjningsbojar tillhörande hamnen. Under stark kuling brast stagbulten (vars material var behäftat med dolt fel) i den ena bojen, och skeppet drev ned på två sjöbodar och anställde skada på dessa och en där förvarad bil. Skadeståndstalan fördes mot Bergens Havnevesen. Som redan nämnts ogillades denna talan av H. R. Grunderna voro följande:

Hamnstyrelsen drev icke någon »farlig virksomhet» genom att i hamnen lägga ut och till sjötrafikanters disposition ställa fartygsbojar. Icke heller företedde verksamheten »noe slikt særlig risikomoment at ansvar kan bygges herpå» (jfr uttalandet strax här nedan från Rt. 1936 s. 345). Materialfelet hos stagbulten var icke något utmärkande för »havnevesendets bedrift». Motsvarande missöde (uhell) kunde tänkas snart sagt vid alla de »innretninger eller redskaper som nyttes i en eller annen virksomhet». Situationen vore såtillvida icke jämförlig med exempelvis fall av ansvar för skada genom brott på vattenledning (Rt. 1905 s. 715) eller för olyckor genom beröring med elektriska högspänningsledningar (Rt. 1940 s. 16). I föreliggande fall står man inför ett »ganske enkeltstående uhell» med dess särskilda orsakssammanhang med det dolda materialfelet i stagbulten. »Bristningen av bolten var ikke noe som en i tidens medfør erfaringsmessig måtte regne med. For så vidt betegner tilfellet en distinkt forskjell fra gesimsdommen fra Drammen i Rt. 1939 s. 766.»

Denna motivering är intressant ur skilda synpunkter. Först och främst tyder den på vad jag redan i T. f. R. 1923 fäste uppmärksamheten på, nämligen att »farlig verksamhet» eller »farlig bedrift» äro olämpliga grundbegrepp vid behandlingen av farlighetsansvaret.[8] I ovan berörda dom i Rt. 1936 s. 345, avseende olyckan genom den elektriska kranen vid bunkringen hette det:

»Krananlegget kan visstnok ikke i sig selv anses for farlig bedrift, men det ansvarsbetingende forhold ligger deri at driften medfører et faremoment og at eieren er nærmest til att bære ansvaret for den skade driften volder.»[9] Det sades

[8] Se numera Bd II: 1 s. 421–425 och ovan s. 48 ff.

[9] Året förut hade en skadeståndstalan ogillats bl. a. på den grund att »lastbroer», förda av en elektrisk kran vid malmkajen i Kirkenes, icke vore att »sidestille med en farlig bedrift» (herredsrettens av H. R. godkända dom i Rt. 1935 s. 951). Inkapslingen av drivverket hade skadats och käranden fått sina fingrar krossade i drivverket. Han ansågs emellertid ha visat grov oaktsamhet. Ansvar för skada genom »farlig bedrift» skulle likväl ha kunnat komma ifråga, *om* driften betraktats som farlig. Men, sade domstolen, »kranbroenes bevegelse er langsom og bevegeligheden starkt begrenset og bundet til et paa forhaand bestemt og privat omraade. Der er intet i deres anvendelse som innebærer et faremoment for omgivelsene eller allmenheten i likhet med en sprengstoff-fabrikk, en jernbane, en sporvei eller en høispendt ledning. De enkelte drivverk i kranfoten er maskiner av altfor ubetydelig omfang til at sidestilles med en farlig bedrift». Skadan å skyddet mot drivverket synes dock följdriktigt ha bort leda till ansvar »for egentelig bedriftsulykke». En punkt i H. R:s dom avser kanske att parera

också, att den inträffade olyckan måste anses som en »for driften typisk skadeforvoldelse».

Varken i 1936 års eller i förevarande fall (Rt. 1948 s. 719) förelåge sålunda någon »farlig bedrift». Skillnaden bestode däri, att skadegörelsen i det förra fallet, men icke i det senare, dock varit typisk för driften. Men hur skulle väl i »gesimsfallet» av 1939 skadegörelsen kunna betraktas såsom mera typisk för den driften, hotellrörelsen, än olyckan i 1948 års fall för »havnevesendets bedrift»? Om förtöjningen brister, råkar fartyget *helt naturligt* i drift, innebärande farlighet för skada å vad det vara månde, som fartyget stöter samman med. Därför torde man icke heller kunna tala om bristande adekvans (vilket H. R. icke heller gjort) av den anledning, att bl. a. en i sjöbod förvarad bil skadades. Men framför allt synes det mig godtyckligt att just här avvisa begreppet »farlig bedrift» eller ett »faremoment i driften». Det kan ju förnuftigtvis icke vara fråga om *hela* »havnevesendets» verksamhet, utan blott denna gren därav, som bestod i att lägga ut och anvisa bojar till disposition för sjötrafiken. Så länge det icke genom fackmannamässig undersökning är höjt över varje tvivel, att angöringsmaterialet på en boj (t. ex. en stagbult) är tillräckligt starkt och felfritt, föreligger den faran, att skada inträffar genom att det angjorda fartyget råkar i drift.

Emellertid skall nu som sagt varken »krananlægget» i sig självt eller »havnevesendets bedrift» vara att hänföra till »farlig bedrift». Nämn då *någon* s. k. tillåten »bedrift» — utom vissa extrema verksamheter, såsom tillverkning, lagring eller transport av explosiva varor, arrangemang med motortävlingar å banor, omgivna av täta åskådarmassor, utan effektivt stängsel till skydd för åskådarne, och andra därmed på något sätt jämförliga verksamheter — vilken otvivelaktigt kunde betecknas såsom en *i sig själv* för tredjeman »farlig bedrift»! Varken spårvägsdrift eller järnvägsdrift eller ens ett elektricitetsverk för högspänningsledningar, allt i och för sig, torde lämpligen böra betecknas såsom innefattande fara för en tredjeman, som icke direkt »kastar sig i faran» eller i allt fall vållar denna genom sin underlåtenhet att iakttaga nödig

---

en sådan invändning, men detta bleve det alltför omständligt att här redogöra för. — I fallet i Rt. 1949 s. 56 friades redaren av lagmansretten, enär varken redaren eller hans folk brustit åt aktsamhet. Frågan om farlighetsansvar dryftades icke. Vid kolbunkring med hjälp av fartygets egen vinsch hade lastarbetare dödats på grund av att vinschratten hade »bikket opp fra spindelen», så att vinschföraren stod med den lös i luften. Den avlidnes arvingar synas icke ha gjort gällande något farlighetsansvar.

aktsamhet — såvida icke något misstag eller någon bristfällighet å driftens sida förelupit. Men naturligtvis måste det medgivas, att också ett litet misstag eller ett ringa fel kan bliva ödesdigert för tredjeman. Hade emellertid pojken icke klättrat upp i »masten», som bar starkströmsledningen (Rt. 1940 s. 16), hade han icke blivit skadad. Hade icke spårvagnen kört med öppna dörrar (Rt. 1948 s. 1111), skulle icke passageraren ha kastats ut i gatan vid den plötsliga inbromsningen. Hade icke »Jernbanen grepet inn i en festnet tilstand», så att det låg löst grus på ömse sidor om järnvägen (Rt. 1944 s. 353), hade bilen i god tid hunnit taga sig fram över skenorna[1] etc.

I själva verket finner man, att norsk rättspraxis i ansvarsavseende skiljer mellan tre kategorier »bedrift»: i sig själv »farlig bedrift», som medför ansvar (härpå finnas flera exempel), »bedrift», som icke är farlig i sig själv men innesluter ett faromoment av viss styrka och därför medför ansvar (Rt. 1936 s. 345) samt »bedrift», som icke är farlig men väl innesluter ett faromoment, dock icke »noe slikt særlig risikomoment at ansvar kan bygges herpå» (Rt. 1948 s. 719). Med sådana distinktioner, tror jag icke, att man kommer till någon klarhet. Att — *om* nu ett begrepp som »farlig bedrift» skall användas i diskussionen — låta detsamma omfatta en mängd olika verksamheter men icke t. ex. en krananläggning för bunkring, vars innehavare likväl drabbas av objektivt ansvar, torde få betraktas som alltför subtilt, för att icke säga rent osakligt vis à vis hithörande ansvarsfråga. Kunskapen om norsk rättspraxis på detta område styrker mig i uppfattningen om vikten av att visserligen hävda ansvar med hänsyn till farlighet men att icke grunda ansvaret på »farlig bedrift» eller något därmed jämförligt såsom »skadegjørende bedrift» (Rt. 1936 s. 345), utan blott tala om farlighetsansvar och systematisera detta på sätt jag gjort, framför allt så, att man skiljer mellan farlighetsansvar inom och utanför den allmänna skadeståndsregeln. »Farlig bedrift», liksom också de skilda därmed jämförliga kategorierna, äro samlingsbegrepp, odugliga att lägga till grund för ansvarsfrågans bedömande, såvida det härför är av vikt att ha största möjliga kunskap om hur skadan uppkommit. Det kan vara fullständigt vilseledande att påstå, att skadan uppkommit genom den »farlige bedrift»

---

[1] Till undvikande av missförstånd må beträffande detta sistnämnda fall nämnas, att det blott var ordföranden i lagmansretten som fann objektivt ansvar motiverat (jämte ansvar på grund av »lokomotivpersonalets forhold».) Av de övriga två ledamöterna av lagmansretten dömde den ene ut ansvar på grund av järnvägens försumlighet vid »udbedringen av planovergangen», under det att den andre — liksom herredsretten — friade från ansvar.

ifråga. Tag t. ex. fallet i Rt. 1948 s. 1111. Det var icke i detta fall »faran» av spårvägsdrift som sådan, som aktualiserades, utan faran av att köra utan stängda dörrar eller andra motsvarande säkerhetsinrättningar. Stundom kan den fara, varom fråga är — för att nu alltjämt hålla oss till spårvägsdrift — mera omedelbart härröra från andra defekter, vidlådande vare sig vagnen, skenorna eller det elektriska systemet. *Just i det fall*, där man förklarat sig icke bygga det »objektiva» ansvaret direkt på »farlig bedrift», enär krananläggningen icke i sig själv kunde så betraktas (Rt. 1936 s. 345), synes mig situationen möjligen vara sådan, att man med *större* fog än eljest kunde tala om »farlig bedrift» såsom orsak till skadegörelsen. Det kunde nämligen just i ett sådant fall tänkas vara svårt att finna på någon annan orsak till skadan, än att under bunkring med kranen »grabben» ofta (enligt utredningen i byretten) tappade kolstycken, som tornat upp sig över kanten av »grabben», som var »inrettet uten toppstycke» (byrettens dom). Huruvida det varit ur social värderingssynpunkt önskligt, att »toppstycke» funnits, framgår icke av referatet av vare sig byrettens eller H. R:s dom. Besvaras den frågan med nej, ligger det nära till hands att, såsom byretten gjorde, anse krananläggningen (d. v. s. i verksamhet) som en »farlig bedrift». Besvaras den åter jakande, då kan sägas att kranverksamheten i sig själv icke varit farlig och att faran berott därpå, att man använt »grabb» utan »toppstycke». Med andra ord: ansvar för skada genom »farlig bedrift» måste enligt min mening vara begränsat till de situationer av farlighetsansvar, i vilka någon annan orsak till skadans inträffande icke kunnat utletas än detta generella, den »farlige bedrift». Man har icke kunnat komma längre i förklaring av orsaken till skadan, än att den »farlige bedrift» *såsom sådan* då och då faktiskt, såvitt man kunnat finna, alltså med nödvändighet, medför olyckshändelser.

Bortsett från otydligheten i nu berörda distinktioner kvarstår svårigheten att fastställa innebörden av någon verklig princip för farlighetsansvaret enligt norsk rättspraxis. Det finns all anledning, att beträffande detta s. k. objektiva ansvar »for farlig bedrift» instämma med Øvergaard, när han säger, att Norges rättspraxis företer »adskillig uklarhet med hensyn til de bærende prinsipper på dette område».[2] Emellertid menar nu Øvergaard (såsom vi sett ovan s. 231), att rättspraxis dock giver vid handen, att »ansvar efter regelen om farlig bedrift» förutsätter »et eller annet uhell eller noget unormalt ved selve driften av den farlige virksomhet». Han finner stöd härför i praxis alltifrån 1904 (Rt.

[2] Øvergaard s. 148.

1905 s. 715) till och med domen i Rt. 1940 s. 16.[3] Såsom särskilda grunder för denna sin mening utpekar han *dels* ett domaruttalande i Rt. 1931 s. 97 och *dels* den tidigare berörda domen i Rt. 1933 s. 817.[4] Vad det förra (i Rt. 1931 s. 97) angår hade förstvoterande domaren i H. R. avvisat »farlig bedrift» såsom grund i detta fall för ansvar. En bil, som av icke fullt klargjord anledning stod på en »planovergang» med (sannolikt) avstannad motor, blev påkörd av tåget. Bilägaren-föraren avled av sina skador. Först voterande domaren (Næss) menade, att »reglene om farlige bedrifter» icke i detta fall kunde leda till järnvägens ansvar, och fortsatte i följande ordalag:

»Ulykken kan ikke ansees som *bedriftsulykke* i *den* forstand at jernbanens drift har vært utsatt for noget uhell. Og det kan ikke ansees som en ubetinget gældende regel i vaar rett at jernbanen skal svare for enhver ulykke som intreffer under banens *ordinære* drift, uten at noget usedvanlig er støtt til, alene med den selvfølgelige begrensning at ikke skaden er at tilregne skadelidte selv. Forsaavidt dette er ment att være hevdet i teorien med hensyn til overkjørsel av mennesker (det är Stang s. 274 som åsyftas) kan jeg saaledes ikke være enig heri og mener at rettsbruken ikke stadfæster denne teori» (kurs. här).

Det synes mig ligga en ganska oklar idé i detta att å ena sidan hävda »farlig bedrift» som ansvarsgrund, och å andra sidan säga, att ansvar för »farlig bedrift» förutsätter i det särskilda fallet, att driften varit utsatt »for noget uhell». (Detta uttryckes i Norge vanligen så, att ansvar förutsätter, att det förelegat en »virkelig bedriftsulykke», en »driftsulykke i snevrere» eller »egentelig forstand».) Vilken »bedrift» som helst, snart sagt, kan ju tänkas utsatt för »noget uhell». Detta sades ju också direkt i H. R. i fallet i Rt. 1948 s. 719 (se ovan s. 234). Vad som i ett sådant fall som det förevarande — när den skadelidande icke anses ha brustit åt aktsamhet — låter »farligheten» framträda vid minsta misstag eller felaktighet å driftens sida, det är bl. a. tågets snabba fart, omöjligheten att köra åt sidan och omöjligheten eller svårigheten att hinna bromsa in i tid före olyckan. Jämför härmed det fall, att en bil eller hästskjuts måst stanna vid en smal korsväg, på vilken en hästskjuts nalkades. Denna hade då stannat eller, om så varit möjligt, kört runt omkring det andra åkdonet. Men även här kunde »driften» ha utsatts för ett »uhell». Hästarne kunde t. ex. ha skyggat eller lagt i sken mot det stillastående fordonet, som kanske av någon anledning skrämt dem. Laborerar man med fara, uppkommen genom att driften utsättes för »uhell» — *varför*

[3] Øvergaards arbete utkom nämligen 1942. Något prejudikat av särskilt intresse i detta ämne gavs dessförinnan icke efter 1940.

[4] Øvergaard s. 143–148.

skall man då göra sig sådan möda med att begränsa ansvaret till »farlig bedrift» eller i allt fall till »bedrift», som innefattar ett särskilt riskmoment (bunkringsfallet)? »Uhell» kan som sagt vilken »bedrift» som helst utsättas för. Därför synes det — om »uhell» skall vara en betingelse för ansvaret — stundom mera motiverat att låta s. k. objektivt ansvar inträda, när »bedriften» *icke* varit farlig. Ty vid »farlig bedrift» måste ju *tredjeman* i allmänhet vara mera beredd att undvika faran genom ytterlig försiktighet än vid icke-farlig »bedrift».

Jag kan icke finna, att domare Næss' nyss citerade ståndpunkt (i Rt. 1931 s. 97) — som icke kom till direkt uttryck hos någon annan ledamot i domstolen — har något klart stöd i senare praxis och knappast heller i den föregående. Vad denna angår synes det mig uteslutet att för Næss' ståndpunkt kunna åberopa t. ex. domen i Rt. 1905 s. 715. Att ett vattenledningsrör brister efter en mansålder torde icke kunna betecknas såsom en »bedriftsulykke i snevrere forstand». Icke heller synes det vara någon anledning att så karakterisera situationen i fallet i Rt. 1909 s. 851. Att å andra sidan i vissa här ovan icke berörda fall en »virkelig bedriftsulykke» (byrettens uttryck i en av H. R. fastställd dom i Rt. 1921 s. 519) förelegat och motiverat ansvaret bestrides naturligtvis icke därmed; se t. ex. Rt. 1921 s. 519, 1926 s. 899 och 1927 s. 651. Vad angår praxis efter domare Næss' uttalande, skulle för hans ståndpunkt kunna nämnas, dock med viss tvekan, domen i fallet på järnvägsstationen i Sarpsborg (Rt. 1936 s. 298). Domen i Rt. 1933 s. 817 skall senare beröras. Gå vi till bunkringsfallet (Rt. 1936 s. 345), så antydes icke i domen av H. R., att »grabben» bort ha »topstykke». Och det sägs, att man måste räkna med, att kolstycken trots ådagalagd försiktighet falla ut av »grabben» och kunna anställa skada. Det synes mig uteslutet att i denna dom finna ansvaret beroende på att driften varit »utsatt for noget uhell». Dylika ord äro självfallet här utan all mening, om de skola vara tillämpliga, så snart som och av den anledning att driften medfört en skada å tredjeman.

I plenardomen i Rt. 1940 s. 16 (skadan å pojken i elektricitetsmasten) synes domaren Næss själv ha modifierat sin ståndpunkt. Han tillhörde den ansvarsdömande majoriteten och uttalade, liksom för att förebygga missförstånd, bl. a.:

»Jeg vil, skjønt jeg *ikke legger avgjørende vekt på det*, dog ikke tilbakeholde den bemerkning at jeg for min del antar at elektricitetsverket med ganske enkle midler vil kunne forhindre enhver berøring av ledningen av klatrende barn» (kurs. här). Hans mening tycks mig vara, att möjligheten för pojken att klättra upp i masten var ett »uhell» med driften, vilket han dock icke, trots uttalandet

i 1931 års fall, ville åberopa som grund för elektricitetsverkets ansvar. Han vore tvärtom i likhet med förstvoterande domaren beredd att döma till ansvar för skada genom elektricitetsverkets »ordinære drift».

Förstvoterande domaren hade nämligen här, utan någon gensaga från majoriteten i övrigt, uttalat, att saken rörde »ganske visst *ikke noen egentelig bedriftsulykke*, som skyldes feil eller mangler med anlægget som sådant» (kurs. här; jfr citatet efter domaren Næss, ovan från Rt. 1931 s. 97). En ledamot, tillhörande minoriteten, förklarade sig »enig med førstvoterende i at elektricitetsverkets objektive ansvar også omfatter skade av den her omhandlede art som voldes ved verkets *ordinære* drift» (kurs. här).

Domen i Rt. 1948 s. 1111 (berörd ovan s. 225 och 236 f.) ger formellt sett belägg för Øvergaards ifrågavarande syn på rättspraxis' ståndpunkt, men näppeligen i sak. Att motivera ansvaret med att »det i udviklingens medfør er blitt en teknisk ufulkommenhed ved Sporveiens vogner» (de öppna dörrarna utan anstalter emot faran för passagerare att slungas ut) synes mig snarast vara en påklistrad etikett. Fallet inträffade i februari 1942; sedan 1940 var Norge ockuperat av tyskarne. Vid den tiden kördes åtminstone i Sverige i stor utsträckning med öppna dörrar. Man har tydligen ansett, att ansvar borde utdömas. Det är lättare att hävda, att svaranden vore »nærmest til å bære risikoen» och ansvarsdomen sålunda motiverad i rättvisans namn, om olyckan vore en »egentelig bedriftsulykke, som skyldes feil eller mangler ved anlægget som sådant» (jfr citatet ovan s. 231 från den förstvoterandes votum i Rt. 1940 s. 16).

Vad slutligen angår den av Øvergaard särskilt åberopade domen (i Rt. 1933 s. 817, berörd ovan s. 227), bör först citeras byrettens motivering *på denna punkt* för friandet av spårvägsbolaget från ansvar för »farlig bedrift»:

»Ulykken er i nærværende tilfelle ikke intruffen som følge av nogen uregelmessighet ved selve sporveiens drift. Sporvognen gikk sin ordinære rute med vanlig eller moderat fart og maskineriet (namlig bremseinretningen) har — saavidt vites — virket tilfredsstillende. Den farlige situasjon inntraadte — efter vad man maa anta — paa grunn av barnets eget forhold, idet hun plutselig og uventet løp ut i gaten, frem foran sporvognen og i saa kort avstånd fra denne, at overkjørsel blev uundgaaelig. Det kan formentlig ikke med hjemmel i vor rettspraxis statueres ansvar for sporveien i et tilfelle som det her omhandlede.»

Dessförinnan hade byretten en mycket utförlig motivering för att man icke kunde »legge nogen skyld enten paa sporveiens administrasjon eller dens betjening». I H. R. sade den förstvoterande endast, att han

kom till samma resultat som byretten och att han *väsentligen* biträdde dennas motivering. Denna var mycket utförlig. Därför är det icke alldeles givet, att han för egen del verkligen lade särskild vikt vid punkten om frånvaro av oregelmässighet i driften såsom moment i motiveringen. Fyra andra domare sade blott att de vore eniga med den förstvoterande. En av dessa fyra domare har jag citerat in extenso ovan s. 227. Denne domares enighet med »førstvoterende», såvitt motiveringen angår, behöver, synes det mig, icke betyda mera, än att han godkände byrettens inställning till »skuld»-frågan, ävensom dess betonande av »barnets eget forhold» såsom friande spårvägen från »ansvar for farlig bedrift». Om detta är riktigt — skulle icke då detsamma kunna sägas angående de tre återståendes enighet med den förstvoterande domaren? Ytterligare två domare deltogo i sessionen. Också en av dessa, domare Larssen, friade spårvägen från ansvar, men han uttalade bl. a., att enligt hans mening

»dette ansvar ikke er begrenset til skade som følge av at det under driften inntreffer uregelmessigheder, beskadigelser av materiellet eller andre forstyrrelser hvorved skade blir paaført, men at sporveien ogsaa under sine normale driftshandlinger maa ha ansvar uten hensyn til skyld saafremt derved personer under sin almindelige trafikering av gaten blir overkjørt».

Domare Larssen friade emellertid från ansvar på grund av den efterlåtenhet, som i fallet visats »fra barnets foresatte». Den andre av de båda återstående domarena utdömde ansvar. Han uttalade sin anslutning i det väsentliga till domare Larssens här citerade ord.

På grund av vad jag nu anfört angående 1933 års dom, kan jag icke instämma med Øvergaard, när han säger, att denna dom »er et klart prejudikat for at sporveien ikke har ansvar efter reglene om farlig bedrift, når der ikke foreligger et sådant uhell (bedriftsuhell i snevrere forstand) eller en uregelmessighet ved selve driften».[5] Vidare menar jag, att den omständigheten, att ansvarets utdömande då och då motiveras med någon teknisk bristfällighet i driften icke utsäger så mycket, eftersom det förhåller sig så, att ansvar har utdömts i andra fall av »farlig bedrift», trots det att något »uhell i snevrere forstand» saknats. Utslagsgivande dom i förevarande avseende måste kanske likväl vara att söka bland ansvarsfriande domar. Jag har dock icke påträffat någon sådan dom, som vore ägnad att giva klarhet.

Om jag skulle söka karakterisera hållningen i norsk rättspraxis på farlighetsansvarets område skulle jag tro, att följande mycket allmänna drag kunde angivas. I bakgrunden ligger den allmänna men i varje kon-

[5] Øvergaard s. 145 f.

kret fall på ett eller annat sätt framträdande tanken, att den av parterna hade att slutligen ekonomiskt bära förlusten, som vore därtill *närmast*, en fråga att avgöra genom en *rimlig, d. v. s. rättvis avvägning av de mot varandra stående partsintressena.* (Se Rt. 1931 s. 513; 1936 s. 298; 1936 s. 345; 1938 s. 664; 1939 s. 766; 1940 s. 16; 1944 s. 353; 1948 s. 1111.) Därvid framgår tydligt (alldeles som i franska riskteorien) satsen *ubi emolumentum ibi onus* såsom ledande, även om detta icke direkt uttalas. Satsen saknar dock tillämpning om skadan berott på den skadelidandes eget »forhold» av viss beskaffenhet.[6] Att denna inskränkning i ansvaret betraktas som ett rättvisans krav är uppenbart (se t. ex. domare Bades uttalande här ovan s. 227 och citatet ovan s. 228 från ett domaruttalande i Rt. 1940 s. 20). Dessutom synes en särskild, alternativ förutsättning — indicerande så att säga tillämpligheten av nyss sagda allmänna tanke — vara nödvändig: *antingen* att skadan uppstått genom i och för sig farlig bedrift (resp. bedrift som innesluter ett särskilt faromoment) *eller* ock att skadan berott på »bedriftsulykke i snevrere forstand», d. v. s. att driften varit »utsatt for noget uhell». I förra alternativet anses svaranden (till skillnad naturligtvis från den skadelidande) ha varit förberedd på, att en olycka kunde drabba tredjeman genom driften, och följaktligen »närmast» att stå risken för den genom hans egen verksamhet förorsakade skadan å tredjeman. I senare alternativet spelar den omständigheten, att skadan berott på bristfällighet i svarandens »bedrift» samma roll, nämligen att göra svaranden »närmare» än den skadelidande att bära skadan. Detta att svaranden är »närmast» eller »närmare» att bära förlusten är blott en omskrivning för att detta är rättvist. Över rättvisemetoden synes följaktligen norsk rättspraxis på området icke ha höjt sig. — Då och då betonas, att ansvaret förutsatte en »uforholdsmæssig risiko», ett »særpreget og extraordinært faremoment» eller liknande. (Se t. ex. Rt. 1909 s. 851; Rt. 1939 s. 766; domaren Bade i Rt. 1933 s. 817. Jfr även Rt. 1917 s. 202; 1936 s. 298.) Denna kvalificering av faran torde vara att se ur allmänhetens synpunkt. Ty ur svarandens synpunkt måste den tydl. ha varit mer eller mindre förutsebar, för att ansvar skall utdömas. Vi sågo ju, hurusom svaranden i fallet i Rt. 1933 s. 475 gick fri från ansvar, eftersom »uheldet» till och med efter en mycket sträng måttstock måste »anses for at være av saavidt enestaaende og uforutseelig art, att det finnes at ligge utenfor rimelighetens grenser at paalægge bedriften an-

[6] Detta fordrar sitt särskilda kapitel att utreda, särskilt med hänsyn till skadelidande barns »egen handlemaate» såsom bidragande till den inträffade olyckan. Se de skilda vota i Rt. 1933 s. 817 och 1940 s. 16 samt Larssens votum, föreg. sida.

svar for den derved forvoldte ulykke». I ett här förut icke berört fall, Rt. 1929 s. 737, *avvisade* H. R. farlighetsansvaret, enär svaranden icke »paa grunn av bedriftens farlighet har maattet være forberedt paa at skade kunde forvoldes» utan culpa. Den bristande förståelsen för den ifrågavarande faran kunde icke ens »bebreides» en fackman, så mycket mindre då svaranden, som icke var fackman. (Se för övrigt Rt. t. ex. 1909 s. 851; 1931 s. 513; 1939 s. 766; 1948 s. 719.) Denna passus vid det »objektiva» ansvaret om riskens förutsebarhet är uppenbarligen i den norska judikaturens ögon en rättvisegrund för ansvar, en rättvisegrund, som man säkerligen finner *besläktad* med skuld. Detta rätt vanliga framhävande av förutsebarheten vid »objektivt» ansvar torde kanske kunna betraktas som en indirekt påminnelse om det naturliga i att utvidga culpa-regeln till den allmänna ansvarsregeln i min mening. (Jfr nedan s. 269 ff.) Denna släktskap mellan ifrågavarande förutsebarhet och skuld måste dock naturligtvis vara mycket förtunnad. Båda äro visserligen rättvisegrunder för ansvaret. I förra fallet dock endast i förening med riskens »uforholdsmæssige» art. I senare fallet behövs ingen komplettering, och skulden utgör, till skillnad från den ifrågavarande förutsebarheten, grund för *vedergällningens* rättvisa. Denna skillnad kan utläsas ur domsuttalandena, att svaranden icke kunnat »*bebreides* nogen uaktsomhet» eller »nogen skyld». I förra fallet tänker man sannolikt på *iustitia distributiva* (se ovan s. 193 och s. 199 f.).

Till sist vill jag endast påpeka, hurusom man särskilt i fallet i Rt. 1938 s. 664 (fallet Grinde) snuddat vid en synpunkt, som här ofta måste kunna ha stor praktisk betydelse: domen rättar sig efter den lämpligaste handlingsfördelningen mellan parterna. Grindes talan ogillades, enär han själv till skillnad från svaranden hade »all interesse» i att vidtaga de åtgärder, som skulle ha förebyggt skadan. Denna eller liknande synpunkt borde, tycks det, göra sig mer eller mindre utpräglat gällande i flera av de berörda fallen. Inte bör rätten vara så anordnad, att *allmänheten* till sitt fredande animeras att göra undersökningar med hänsyn till gesimsers hållfasthet, skyddsanordningar på järnvägsstationer, konstruktionen av spårvagnar, hållfasthet i stagbultar å förtöjningsbojar, som hamnstyrelsen i en stad låtit lägga ut, o. s. v. Betydelsen av denna synpunkt torde framgå flerstädes i det följande (t. ex. s. 250, 269 ff., 303 f.). — Slutligen skall endast påpekas, att tanken i norsk praxis förvisso är den, att skada på grund av fara, som det varit alldeles omöjligt att bemästra (vis major), icke föranleder ansvar, därest den icke framkallats genom svarandens eller hans folks culpa. Detta är ju mest förenligt med den för ansvaret ofta framträdande förutsättningen: »egentelig bedriftsulykke»; eller ett »uheld» av icke alltför »enestaaende og uforutseelig art». Och det motsäges naturligtvis icke av ansvarsmöjlighet vid skada genom ett företags »ordinære drift». Åtminstone ett av de norska fallen tycks dessutom vara ett mera direkt uttryck för ansvarsfrihet vid vis major. Se ovan s. 230 in f.; jfr även nedan s. 252.

NÅGRA ORD OM DANSK JUDIKATUR PÅ OMRÅDET.

Det s. k. objektiva ansvaret i norsk rättspraxis på grund av »farlig bedrift» och liknande kan inte sägas ha motsvarighet i Danmark. Några särskilda efterforskningar i U. f. R. intill tiden för Ussings Erstatningsret (1937) har jag icke gjort utan nöjt mig med en granskning av de fall till vilka Ussing hänvisat. Därefter har jag haft nytta av Ussings framställning »Erstatningsansvar uden skyld»[7], som jag dock tyvärr glömt bort, till dess jag återfann den kort efter utkastet till mina anmärkningar om dansk rättspraxis på detta område.

I fallet i U. f. R. 1921 s. 383 hade en person skadats vid användandet av en bro, som man emellertid just då hade »hævet 1 m. for en Vandbaad». Avspärrningen av bron för trafikanter vid tillfället hade av tillstötande omständighet blivit ineffektiv. Østre Landsret (alltså icke H. R.) uttalade, att det »ligger nærmest at Havnevæsnet bærer Risikoen for Følgerne af, at Broklappen i et Tilfælde som nærværende er hævet, uden at Afsperringen har været i Orden». Därför dömdes Havnevæsnet ansvarigt. Detta är detsamma som att säga, att — även om culpa icke förelåge — vore det mest rättvist, att svaranden dömdes ansvarig.

I fallet i U. f. R. 1923 s. 531 hade nedläggandet av en kloakledning förorsakat sättning av två hus och sprickor i deras fasader. Østre Landsret fann entreprenören ansvarig, grundande detta på »almindelige Retsgrundsætninger», som ledde till detta resultat, vare sig »det kan paavises at være udvist Forsømmelighed ved Arbejdets Udførelse eller ikke». Denna ståndpunkt synes så mycket mera uttrycksfull, som entreprenören i avtalet (med Sogneraadet) åtagit sig »det fulde Ansvar for Forulempelsen af Ejendomme, Veje o. s. v. som berøres af Anlægget», men likväl i domen sades härigenom icke hava påtagit sig något ansvar, som icke påvilade honom »ifølge Lovgivningen». Detta oaktat godtog H. R. — som väl fastställde domslutet[8] — icke motiveringen.

[7] U. f. R. 1947 B. s. 290 ff.

[8] Detta avsåg icke rättegång mellan husägarne och entreprenören utan mellan denne och »Arbejdsgivernes Ulykkesforsikring». Det närmare härom är onödigt att referera. — Vad Landsrettens dom angår, leder den tanken på våra rättsfall om ansvar för

Ansvaret grundades därpå, att »Skaden skyldes Mangel paa behørig Forsigtighed ved Arbejdets Udførelse». Denna formulering behöver naturligtvis icke innefatta, att ansvaret grundats på entreprenörens egen culpa.

I fallet i U. f. R. 1924 s. 576 hade en lyftkran för lossning av kol från ett fartyg på grund av häftig vindstöt — trots vissa förtöjningsanordningar — råkat i drift på sina skenor och kommit att skada fartyget. Kranägaren dömdes ansvarig, enär å ena sidan vindstyrkan icke var extraordinär, och å andra sidan »de Saksøgtes Representant ... har maattet kunne forudse, at Stormen kunde sætte Kranen i Gang». (Denna dom gavs av Østre Landsret såsom sista instans.) Härtill må nu läggas, att domstolen förklarade, att »Avgørelsen af de forhandenværende Fortøjningsmidlers Tilstrækkelighed eller Utilstrækkelighed under den foreliggende Situation og af Spørgsmaalet om Forsvarligheden af Arbeidets Fortsættelse under Hensyn hertil maa anses sket af Kranføreren paa de Sagsøktes Risiko». Naturligtvis ligger bakom alla dessa uttalanden, att olyckan berott på svaranden, som haft i sin makt att handla annorlunda. Och såtillvida kommer preventionssynpunkten och överhuvud reella synpunkter fram. Men de ha inklätts i rättviseföreställningar, som äro de omedelbart framträdande.[9]

Även i fallet i U. f. R. 1927 s. 812 dömdes svaranden (De danske Statsbaner) oberoende av culpa ansvarig av Østre Landsret. En häst hade fastnat mellan olämpligt lagda skenor och därför måst nedslaktas. Domstolen yttrade: »Den benyttede Sporanordning findes at indeholde en saadan Risiko for de vejfarende, at Statsbanerne maa bære Ansvaret for indtraadte Ulykkestilfælde.» Den omedelbara tanken bakom detta är förvisso, att svaranden vore »närmast» att bära förlusten. Ussing skriver: »Her er det vel temmelig klart, at der forelå culpa.»[1] Jag har dock av redogörelsen för fallet och motiveringen fått intrycket, att domstolen utdömt farlighetsansvar oberoende av culpa.

I fallet i U. f. R. 1930 s. 615 sade Østre Landsret, att svaranden »maa

---

skada genom grävning i tomtgräns. Närmast erinrar den väl om NJA 1943 s. 343. Men där var det ju fråga om staden—kommunens (= byggherrens) ansvarighet; i det danska fallet om entreprenörens regressansvarighet gent emot kommunen, vilken tydligen såsom »byggherre» betalt ersättning åt husägarne. Angående frågan i vår praxis om entreprenörs ansvarighet i likhet med byggherren för skada genom den »farliga verksamhet», som rubriceras som »grävning i tomtgräns», se Bd II: 1 s. 332 n. 1 in f., s. 335 n. 5 in f. och s. 339 n. 5. — Angående ytterligare ett fall i dansk praxis om ansvar för skada genom »grävning i tomtgräns» se nedan s. 247 f.

[9] Kontraktsförhållandet mellan kranägaren och fartygsägaren har tydligen icke spelat någon roll för den förres ansvarighet. Jfr Ussing, Rec. s. 240 f.

[1] Erstatningsansvar uden skyld, s. 300.

bære Risikoen for Følgerne av» ett »under Udøvelsen af hans Næringsdrift intraadt 'Udmattelsebrud' (på bulten som höll upp stången på den av hästar dragna vagnen), uanset at der efter det oplyste ikke kan bebreides ham eller hans Folk nogen Forsømmelse». Tanken bakom en dylik motivering måste väl ovillkorligen innesluta en sådan rättvisesynpunkt som den i satsen: *ubi emolumentum ibi onus*. Højesteret motiverade emellertid ansvaret med culpa. I *detta* fall synes dock H. R:s inställning icke kunna bero på avoghet mot »objektivt» riskansvar, ty det ligger mycket nära till hands, av referatet att döma[2], att anse att bristande åt s. k. normal aktsamhet förelupit å svarandesidan.

I ett fall i U. f. R. 1928 s. 1014 var det fråga om ansvar för skada å en byggnad genom utförandet av en kajanläggning av kommunen. Byggnaden låg i närheten av hamnen (i Sønderborg) och hade skadats genom sättningar och sprickor. Talan ogillades av Søndre Landsret, vars dom fastställdes av H. R. I motiveringen ingår bl. a. följande rättvisesynpunkt, nämligen att

»det maatte have paahvilet Sagsøgeren — der var nærmest til at vide Besked med Bygningens Tilstand, og som i betimelig Tid forud var bekendt med det forestaaende Arbejde — selv at træffe de Foranstaltninger, som paa Grund af Bygningens ringere Modstandsevne ansaas nødvendige til dens Betryggelse».

Ehuru det icke kan råda något tvivel om, att domstolarne här velat framhäva rättvisan såsom motiverande domslutet, är det å andra sidan lika klart, att den angivna rättvisesynpunkten framdrivits av — socialekonomiska hänsyn.[3]

Då jag icke haft tid att systematiskt genomgå alla senare årgångar av U. f. R., har jag godtyckligt valt ut dess rättsfallssamlingar för åren 1938–1941 samt 1947–1949.[4] Årgången för 1938 intresserar oss, bl. a. därför att vi där (s. 453) ha ett »gesimsfall», i vilket Østre Landsret

---

[2] Ett referat av fallet finns också i T. f. R. 1931 s. 440.

[3] I ett referat av fallet i T. f. R. 1929 s. 504 sägs om domen, att av densamma icke kan »udledes noget om, hvorvidt Praxis anerkender en Regel om 'den overvejende Interesses Erstatningspligt' (Rudolf Merkel's av Müller-Erzbach, därefter av Ussing i Skyld og Skade [och därifrån av Jul. Lassen] upptagna synpunkt), et Spørgsmaal der formentlig endnu er uafgjort». Detta genuint rättsskolastiska eller — vilket är detsamma — rättsideologiska »spörsmål» skjuter man fram i stället för att söka finna en förnuftig synpunkt på rättsfallets bedömande. (Jfr vad som sagts ovan s. 243 i anl. av det norska fallet Grinde.) Angående ohållbarheten i »der Gesichtspunkt des überwiegenden Interesses» kan jag hänvisa till min kritik in toto av »Ussings nödhandlingslära» i Bd II: 1 s. 223 ff. — Angående Ussings bekantskap med synpunkten se nedan s. 263 n. 6.

[4] Några fall under de mellanliggande åren har jag gjorts uppmärksam på genom Ussings artikel »Erstatningsansvar uden Skyld».

ogillade ansvarstalan mot ägaren av en byggnad i Randers, enär annat icke utretts än att »Ulykkestilfældet maa betragtes som hændeligt». H. R. åter utdömde här ansvar (säkerligen betraktat såsom culpa-ansvar), enär upplysningarne givit vid handen, att gesimsen »tydelig 'bulede ud over Gaden' samt Tagrenden over den 'var meget sløj', hvorved Fugtighed sivede ned i Muren». Gesimsens bristfälliga tillstånd kunde och borde hava konstaterats genom 'et Eftersyn', som dock uteblivit.[5] — På liknande sätt torde det förhålla sig med fallet i U. f. R. 1938 s. 287, ett halkningsfall på trottoar i Fredriksberg. Landsrätten ogillade talan av brist på »Skyld» hos husägaren. Men H. R. fann, att fastighetsägaren hade varit »pligtig at sørge for Fortovets Bestrøing» och följaktligen var ansvarig för skadan.[6]

I årgångarne för 1939 och 1940 av U. f. R. har jag icke funnit något fall av särskilt intresse i just det sammanhang, som nu sysselsätter oss. Från årgången 1941 kan jag dock nämna två domar av Østre Landsret. Den ena, s. 204, avsåg skada å ett hus genom sättning, orsakad genom uppgrävning av trottoaren för nedläggning av gas- och vattenledningar. Från den av kommunen anlitade entreprenörens sida hade begåtts ett fel, som motiverade entreprenörens ansvarighet mot husägarinnan. Men även *kommunen* dömdes gentemot henne ansvarig, ock med full regress-

[5] Jfr härmed det norska fallet i Rt. 1939 s. 766. H. R. utdömde här icke culpa-ansvar utan »objektivt» farlighetsansvar, se ovan s. 224.

[6] Detta fall har jag berört, egentligen blott för att här göra några påpekanden. Ansvar för skada genom halkning förutsätter alltså liksom hos oss fastighetsägarens culpa i vanlig mening (vartill dock — i olikhet med svensk rätt — här måste komma något ganska väsentligt, nämligen fastighetsägarens principalansvar i enlighet med tolkningen av D. L. 19-3-2; citerat ovan s. 222 f.). — Icke heller i norsk judikatur bedömes en sådan skada ur synpunkten av ansvar för »farlig bedrift» eller något därmed jämförligt. Se t. ex. Rt. 1941 s. 324. Kommunen hade här övertagit fastighetsägarens »plikt til strøing» på olycksplatsen. Såväl byretten i Trondheim som lagmansretten dömde kommunen ansvarig på grund av »erstatningspliktende forsømmelighet med hensyn til strøing». H. R. friade kommunen enhälligt från ansvar, enär det icke utretts, »at kommunen har utvist noen ansvarsbetingende uaktsomhet». Ingen domare ifrågasatte s. k. objektivt ansvar. Den norska judikaturen överflödar icke av halkningsfall. I Rt. 1921–1949 har jag ytterligare blott funnit två fall, 1944 s. 475 och 1949 s. 615; blott det förra avdömt av H. R. Här dömdes Skiens kommun, som var »grunneier», ansvarig, enär det utretts, »at det fra kommunens eller dens tjenestemenns side er vist forsømmelighet med hensyn til sandstrøing». I fallet i Rt. 1949 s. 615 fann Lagmansretten, att »§ 25 pkt. 3 i politivedtektene for Trondheim» (ang. husägares sandningsplikt) vil være avgjørende, når det spørres om rettstridigheten». Ansvaret berodde dock på om underlåten »strøing» kunde läggas husägaren till »last», vilket i sin tur berodde på om han gjort »hva der med rimelighet må kreves av ham». I 1941 års fall (också från Trondheim) hade Lagmansretten ett intressant uttalande om att överträdelse av § 25 p. 3 i nämnda polisförordning icke i och för sig »er nok til å begrunne sivilrettslig ansvar».

rätt mot entreprenören. Motiveringen för kommunens ansvarighet lyder sålunda:

»Selv om det sagsøkte Firma nu overfor Kommunen selvstændigt har paataget sig Udførelsen af det paagældende Arbejde, findes Kommunen ved Udførelsen af et i dens Interesse foretaget Arbejde af særlig farlig Karakter som det i Sagen omhandlede at maatte være ansvarlig overfor Sagsøgerinden for de af Firmaet begaaede Fejl, hvorfor begge de Sagsøgte findes solidarisk ansvarlige overfor Sagsøgerinden.»

Här ha vi då åter ett utslag av rättvisemaximen *ubi emolumentum ibi onus*. I detta fall har satsens tillämpning motiverats med handlingssättets »särskilt farliga» karaktär.[7]

Den andra domen (U. f. R. 1941 s. 1151) avser det fall, att en kund i en slakteriaffär blev skadad med en kniv, som en anställd — stående bakom en kalvkropp och därför ur stånd att se den förbipasserande kunden — körde genom kalvkroppen för att stycka denna. Svarandenaffärsinnehavaren dömdes ansvarig, dock icke på grund av anställds, och icke heller, synes det, på grund av egen culpa, utan enär han måste

»bære Ansvaret for, at Arbejdet i Forretningen foregaar paa en saaden Maade, at Kunder kan blive beskadiget som sket, naar de uden at vise Uforsigtighed færdes paa et Sted, hvor det er sædvanligt, at Kunder færdes».

Det förefaller som om det här vore fråga om riskansvar (farlighetsansvar); eljest skulle väl »Forretnings-Maaden» ha betecknats som »uforsvarlig» eller »uagtsom» eller dyl.[8] Att tanken är den, att affärsinnehavaren vore »närmare» än kunden att ekonomiskt bära skadan och att den förres ansvar följaktligen vore rättvist, synes mig vara ganska påtagligt.

I ett fall från U. f. R. 1944 s. 850 hade en menig soldat, cyklande till sitt »Kvarter» efter en militärövning, med geväret på ryggen i behörig ordning, kommit att med gevärspipan ramma en mötande cyklist i ansiktet. Det rör sig om ansvar för Krigsministeriet, som jämte cyklisten

[7] I ett fall sådant som detta hade kommunens ansvar säkerligen icke med stöd av D. L. 19-3-2 kunnat grundas på den engagerade entreprenörens culpa. Se stadgandets lydelse (ovan s. 222) och märk domsformuleringen om entreprenörens självständighet gentemot kommunen samt jfr Ussing, Erstatningsret s. 95 f.

[8] Det heter i referatet sålunda: »Medens det ikke ved det oplyste findes godtgjort, at der er udvist nogen Uagtsomhed hverken fra Slagtermester Johansens (den anställde som förde kniven) eller Sagsøgerens Side, maa Sagsøgte dog bære Ansvaret etc.» Är icke månne »Sagsøgerens» tryckfel för »Sagsøgtes»?: Erinringen om »Sagsøgerens» culpa-frihet synes mig illa passa i den gjorda formuleringen. Ordet »dog» synes särskilt malplacerat. Ussing nämner dock intet om möjligheten av ett tryckfel här. Se U. f. R. 1947 B s. 302 f. Ussing menar, att man kunde väl här »nok have fastslået uagtsomhed». Men att man likväl icke gjort det, synes mig tyda på att man varit angelägen få fram ett ansvar »utan culpa» vid skador i situationer av denna art.

Andersen (vilken i straffsak dömts för överträdelse av vissa §§ i Færdselsloven) utgjorde »de Sagsøgte». Vestre Landsret dömde ministeriet solidariskt ansvarigt tillsammans med A. på följande högst intressanta motivering. D. L. 3–19–2 kunde visserligen, såsom endast avseende privaträttsliga förhållanden, icke åberopas. Men staten kunde likväl göras ansvarig för skada genom sina tjänstemän eller därmed likställda, när särskilda hänsyn av »præventiv eller oprettende Art med tilstrækkelig Styrke taler derfor». Olyckan hade väsentligen förorsakats av att Andersen bar geväret på »forskriftsmessig Maade, der medførte en udover det sædvanlige gaaende Fare for modgaaende Færdsel». Till undvikande av detta slags olyckor måste det »anses fornødent, at der af de militære Myndigheder gives omhyggelig Instruktion om, at Overholdelse af Færdselsreglerne ved Cykelkørsel under Forhold som de foreliggende er af særlig Betydning». I H. R. friades emellertid Krigsministeriet från ansvar: Andersen stod vid olyckstillfället icke under militärt kommando. Och genom det sätt han bar geväret medförde hans cykelkörning icke »større Fare for Færdslen, end det kan være Tilfældet med privates Cykelkørsel, der sker under Overholdelse af Færdselslovens § 24 Nr. 4».

I den sista punkten låter H. R. sannolikt den tanken komma till uttryck, att en verksamhet *kan* vara så farlig, att den föranleder ansvar »uden skyld». Detta gör otvivelaktigt Østre Landsret som sista instans i ett annat fall av denna årgång, 1944 s. 937. En tvättinrättning (aktiebolag) hade på sin gård ställt en balja med klar och färglös natronlut. När en hästskjuts kört in på gården, drack hästen av luten med påföljd att han dog. Tvättinrättningen friades från ansvar. Varken svaranden eller dess folk hade handlat kulpost, följaktligen var varken »den almindelige Erstatningsregel» (= culpa-regeln) eller D. L. 3–19–2 tillämplig. Härtill fogades, att svarandebolagets »Virksomhed ej heller kan anses for at være en *saaledes* (kurs. här) farlig Bedrift, at der kan paalægges det Ansvar for hændelig Skade opstaaet i Forbindelse med Virksomheden».

I ett fall från U. f. R. 1946 s. 267 framträder samma attityd i Østre Landsretts dom på svarandens friande från ansvar. Culpa-regeln befanns icke tillämplig och »noget videregaaende Ansvar» var icke av de föreliggande omständigheterna motiverat, varvid, heter det, »bemærkes, at den paagældende Virksomhed[9] icke findes at kunne betegnes som

[9] Svaranden ägde en karusell. Käranden åkte i en vagn å karusellen. En axel bröts och vagnen föll ned, varvid käranden ådrog sig svåra skador. Axelbrottet berodde på »den skarpe Neddrejning» som måste betraktas som grovt konstruktionsfel.

særlig farlig (kurs. här), og at det iøvrigt ikke drejer sig om Skade tilføjet en udenforstaaende Person». H. R. utdömde dock ansvar, tydligen efter culpa-regeln: genom »Eftersyn» skulle konstruktionsfelet i karusellen ha upptäckts.[1] Intressantare är emellertid den ståndpunkt, som intogs av en skiljaktig ledamot av Landsretten. Han utdömde culpaansvar, men han tillfogade dessa ord:

»Jeg vilde iøvrigt ikke nære Betænkelighed ved at statuere som almindelig Regel, at den, der i Erhvervs øjemed driver en Karrusel, maa indestaa det Publicum, han henvender sig til, for Materiellets Holdbarhed og rigtige Konstruktion, selv om han ikke personlig har kunnet bedømme disse Punkter.»[2]

Den enligt min mening mycket förnuftiga tanken i dessa ord skulle också kunna kortfattat uttryckas så, att det är praktiskt lämpligare, att karusellägaren undersöker karusellens mekanism, än att hans kunder göra detta. En motsatt arbetsfördelning vore ur socialekonomisk synpunkt abderitisk.

Besläktad med den nyss citerade domarens uttalande är samma Landsrets dom, vari ett sjukhus gjordes ansvarigt för skada å en sjuksköterskeelev, som skadades genom att hon föll ned i hisstrumman; se U. f. R. 1945 s. 143. Hissdörren hade i strid med bestämmelserna kunnat öppnas, fastän hisskorgen befann sig ett par meter ovanför. Ansvaret motiverades med att »Laasemekanismen har været behæftet med en Fejl hidrørende fra enten uhensigtsmæssig Konstruktion (Anbringelse) eller Slid som Følge af Brug». Den acceptabla idén bakom en sådan ansvarsdom är naturligtvis, att arbetsfördelningen på sjukhuset icke lämpligen finge vara sådan, att sjuksköterskor och elever hade att sakkunnigt kontrollera den ifrågavarande mekanismen eller ombesörja, att sådan kontrollering ägde rum. Sådan verksamhet måste vara en sjukhusförvaltningens angelägenhet. — Denna dom, ävensom uttalandet nyss av den skiljaktige ledamoten av Landsretten, må beaktas i samband med det ovan s. 243 sagda om arbetsfördelningens synpunkt såsom möjligen vägledande för frågan: ansvar eller icke?

I ett fall av samma årgång (1945 s. 547) friade Vestre Landsret en fabriksägare från ansvar med en motivering, som utvisade att, *om* »særlig Fare» hade förelegat, ansvar kunde ha utdömts. Under en stark storm hade taket på fabriken blåst ned och skadat ett hus i grannskapet. Raden av skäl för den ansvarsfriande domen inleddes med att fabrikens

[1] Jfr Ussing Erstatningsansvar uden Skyld, s. 291.

[2] Dessa ord sätta, synes det mig, landsrettens påpekande, att den skadade icke varit »en udenforstaaende person», såsom ytterligare stöd för ansvarsfriande dom, i en egendomlig belysning.

takkonstruktion icke varit »af en saadan Art, at den maatte antages at frembyde særlig Fare for en Skade som den indtrufne».[3]

Vad så slutligen beträffar fallen i U. f. R. 1947–1949, har jag inte funnit något, vari H. R. har utdömt farlighetsansvar utanför den vanliga culpa-regeln. I ett fall, 1947 s. 471, hade en montör, som skulle uppsätta en »Vinduesaabner» i pannrummet till en byggnad, som höll på att upprättas, fallit ned i en för anbringandet av en rökkanal inrättad grop i golvet och skadats. Gropen var icke avspärrad och hade tydligen en med hänsyn till montörens arbete för denne mycket farlig belägenhet. Montören förde talan dels mot Buch, som var »tilsynsførende Arkitekt, Konduktor, ved Opførelsen» av byggnaden, och dels mot byggherren. Buch, som var avlönad månadsvis, kunde icke göras ansvarig »i Henseende til den manglende Afsperring, imod hvilket Forhold de danske Bygningsmyndigheder ikke har nedlagt nogen Indsigelse» (Landsrettens av H. R. fastställda dom). Beträffande byggherrens ansvarighet heter det i domen:

angående »Forsvarligheden af Færdselsforholdene i Bygningen inden dennes Avlevering til Bygherren kunde der muligen institueres et Ansvar for de selvstændige Entreprenører. (Någon entreprenör var dock icke instämd.) Derimod finder Retten ikke at kunne anse en Bygherre som ansvarlig for Færdselsforholdene, forinden Bygningen er afleveret til samme.»

I denna dom med negativ utgång framskymtar väl ett byggherrens ansvar för skada å tredje man på grund av »uforsvarlige Færdselsforhold». Ett sådant ansvar synes dock, åtminstone praktiskt taget, täckas av culpa-regeln och D. L. 3–19–2 (principalansvaret). Om förhållandena äro i »oförsvarligt» skick, så måste detta ju nästan alltid bero på, att antingen byggherren själv eller något hans organ eller person, av honom engagerad att utöva tillsyn, har handlat »oförsvarligt». I allt fall saknas anledning förmoda, att byggherrens i domen tänkta ansvarighet sträcker sig längre. Man märke det försiktiga »muligen» beträffande entreprenörs ansvar. Meningen är säkerligen icke att byggherrens ansvar efter byggnadens avlämnande skall vara mera omfattande än en entreprenörs under dess uppförande.

I 1948 års årgång har jag icke funnit något fall, som jag har särskild anledning här uppehålla mig vid. I fallet i U. f. R. 1949 s. 969 föreligger en positiv dom av Østre Landsret, i vilken dom den nyss från 1947 s. 471 skildrade ansvarstanken (för Færdselsforholdene) möjligen har fått tillämpning. En person föll i mörkret, när han efter ett besök

[3] Angående den danska judikaturen, utöver det sagda, under dessa sist berörda år får jag hänvisa till Ussing, Erstatningsansvar uden Skyld.

lämnade ett lanthus, ner från plattformen till en 4-stegs baktrappa och skadades. Plattformen befanns »uforsvarlig, fordi den ikke er forsynet med gelænder». Svaranden dömdes ansvarig för skadan »som ejer af ejendomen». Domstolen var dock så försiktig, att den icke grundade ansvaret blott på att plattformen var »uforsvarlig». Den anmärkte särskilt, »*at* køkkentrappen er den almindelige adgangsvej til huset, *at* platformen maa antages tidligere at have været forsynet med gelænder, og *at* den omstændighed, at der er nødvendigt at skifte retning, når man skal fra bryggerset ned ad trappen, må skønnes at forøge risikoen for nedstyrtning fra denne». Det är väl knappast troligt, att man här avsett att tillämpa något annat än »den almindelige Erstatningsregel», d. v. s. den vanliga culpa-regeln: en ägare, som under antydda omständigheter icke förebyggde faran genom att uppsätta »gelænder», har brustit åt »almindelig aktpågivenhed».

I sin Erstatningsret av 1937, s. 133, uttalar Ussing, med stöd av dittillsvarande judikatur, att rättspraxis i Danmark »endnu ikke anerkendt, at der kan paalægges Erstatning uden Culpa ved farlig Bedrift eller ved extraordinære farlige Handlinger, men har heller ikke taget afgørende Stilling imod et saadant ansvar». Det förefaller, som om detta uttalande alltjämt i dag vore motiverat, åtminstone om man lägger tonvikten på den attityd, som H. R. har intagit. Ty Landsretterna synas i förevarande avseende vara mera avancerade i riktning åt farlighetsansvar än H. R. I fallet i U. f. R. 1944 s. 850 (berört här ovan s. 248 f.) låter dock även H. R. antagligen förstå, att farlighetsansvar »uden Skyld» kan utdömas. Vad åter Ø. och V. Landsret angår, tycks man där utgå från principen, att en verksamhet, som nått en viss grad av farlighet (»saadan Risiko», U. f. R. 1927 s. 812; »særlig farlig» ib. 1941 s. 204 och 1946 s. 267; »saaledes farlig», ib. 1944 s. 937; særlig Fare, ib. 1945 s. 547) föranleder ansvar oberoende av culpa. (Samtliga fallen nyss här ovan berörda.) Men klart är, att man i dansk praxis lika litet som i norsk i princip anses svara för s. k. vis major. Se t. ex. U. f. R. 1924 s. 576: vindstyrkan var icke extraordinär (ovan s. 245). För övrigt är nog uppfattningen i allmänhet i de olika ländernas *judikatur*, att farlighetsansvar icke inträder i fall av vad som betraktas som vis major.[3a] — Ussing gör,

[3a] Se ang. Frankrike Bd I s. 101 ff. (ävensom 201 ff. ib.) och ang. England (Ryland v. Fletcher) Bd I s. 350, 354 och s. 365 ff. I U. S. A., där ansvarsprincipen i Ryland's case på sina håll mött motstånd (se Bd I s. 378 ff.) men numera tycks vara godtagen i ledande juristkretsar (se nedan s. 257 n. 2), bör enligt Restatement of torts § 522 hithörande ansvar inträda även om skadan förorsakats av »the unexpectable ... conduct of a third person, action of an animal or operation of a force of nature», varom se Ussing Farlig virksomhed s. 527 f. I Tyskland är begreppet vis major (»höhere

Erstatningsansvar uden Skyld s. 306, den iakttagelsen, att det spåras en viss tendens »til at pålægge ansvar for materiel-fejl og andre mangler ved den skadevoldende indretning». Han erinrar därvid bl. a. om fallen här ovan i U. f. R. 1921 s. 383, 1927 s. 812 och 1945 s. 143. Han har emellertid i detta avseende anfört åtskilliga andra fall (bl. a. av skador genom spårvagn, som jag helt gått förbi). Emellertid påpekar Ussing — under hänvisningar till rättsfall — att dansk praxis icke godkänner någon allmän regel »om ansvar for mangelfulde indretninger, materielfejl eller lign.».

* * *

Mitt syfte med dessa tyvärr ofullständiga redogörelser för norsk och dansk rättspraxis har ursprungligen och egentligen varit att påvisa rättvisemetodens inflytande på domstolarne ifråga om vad jag kallar farlighetsansvar, ett inflytande som vad särskilt dansk rätt angår ofta yttrar sig däri, att man icke velat gå utöver en tillämpning av den allmänna »Erstatningsregeln», d. v. s. den vanliga culpa-regeln, eller D. L. 3–19–2. Men samtidigt har jag trott det vara lämpligt att låta mina läsare få någon inblick i, hur pass långt domstolarne i dessa våra grannländer gå ifråga om farlighetsansvar »utan skuld». Den norska judikaturen på området kommer jag att ytterligare något beröra; ehuru i mindre grad jämväl den danska.

Gewalt») »ungemein bestritten» (Oertmann § 701, 5 c). Se emellertid Esser, Lehrbuch s. 85 f. Müller-Erzbach I, s. 373, säger, med åtföljande motivering: »Es ist eine Konsequenz des Gefährdungsprinzips, dass die Haftung selbst im Falle der höheren Gewalt nicht aussetzt.» — Ussing ser, de lege ferenda, så på farlighetsansvaret, att det bör inträda, »selv om Skaden hidføres ved vis major», Erstatningsret s. 130. Svaranden bör dock av särskilda skäl kunna gå fri från ansvar för vis major. Även Øvergaard menar, s. 142, att farlighetsansvar bör omfatta skada genom vis major. Jag har icke hunnit göra klart för mig, i vilken mån på detta område ett begrepp »vis major» bör urskiljas, och följaktligen icke heller, i vilken mån farlighetsansvaret borde omfatta genom »vis major» uppkommen skada.

RÄTTSLITTERATURENS INSTÄLLNING TILL FARLIGHETSANSVARETS MOTIVERING.

Den oklarhet, som väl måste anses kringsväva hållningen hos norsk rättspraxis på detta område, har Kristen Andersen sökt skingra i sin redan berörda, hurtfriska artikel Bølger i T. f. R. 1948, s. 103 ff.[4] Denne auktor framlägger dock icke någon egen förklaring av farlighetsansvaret och dess grund. Han vill endast genom granskning av en del domar »i noen grad söke å bestimme rättspraksis' holdning».[5] Hans tes i sådant avseende är egentligen blott detta ganska triviala, att praxis bygger på en mera utpräglad »risikosynspunkt». Också om denna i någon mån vore »skjønnspreget», hade den dock sin förankring i »en statistisk bestemt påregnelighetsbetraktning». Detta senare uttalas såsom den ledande maximen för domstolarne dels i nämnda formulering, dels i andra vändningar på flera ställen i den korta artikeln. En viktig grund för auktor vid uttalanden av denna art ligger i en jämförelse mellan ansvarsdomen i Rt. 1909 s. 851 och den ansvarsfriande domen i Rt. 1917 s. 202.[6] Men alla hithörande av honom anförda ansvarsdomar skola vara att se under denna synpunkt, sålunda även domarne i Rt. 1905 s. 715 (brottet på huvudledningen från vattenverket) och Rt. 1939 s. 766 (gesimsfallet). Har det då någon mening, eller är det icke blott en fras, att i dessa båda senare fall tala om skadan såsom en »statistisk bestemt paaregnelig» händelse? I 1905 års fall synes den ifrågavarande olyckan ha varit den första, sedan rörledningen för bortåt 30 år tillbaka nedlades i jorden. H. R. anförde, såsom vi redan sett (tydligen

[4] Artikeln återger ett föredrag i Oslo och sammanfaller delvis med Kr. A:s artikel Lidt om risiko etc. i U. f. R. 1945, vilken artikel likaledes återgav ett föredrag (i Köpenhamn).

[5] Det torde dock råda föga tvivel därom, att hans egen ståndpunkt i ämnet i det hela sammanfaller med hans utläggning av innebörden i de domar, som han granskar.

[6] Båda berörda ovan s. 220 ff. I sitt referat av den senare har dock Kristen Andersen, Bølger s. 107 f., förbisett något ganska väsentligt, som saknade motsvarighet i 1909 års fall, nämligen att dynamiten i 1917 års fall kommit på avvägar genom vad byretten kallat »retsbrud» (snatteri av 11-åringar, av vilka den ene efteråt tappat de »knaldperler», som sedan exploderade och skadade de två 8-åringarna). Se ovan s. 221.

med gillande) en expert, som uttalat att »et Jernrør kan ligge i en Menneskealder eller to uden at vise Feil for saa en Dag pludselig at springe». I gesimsfallet utvisar referatet intet annat, än att gesimsen suttit på sin plats, tills den lossnade och föll ned, under 60 års tid. Har det någon mening i att i sådana fall säga, att domstolarne bygga ansvaret på »et risikosynspunkt, forankret i en statistisk bestemt paaregnelighetsbetraktning»? Jag kan icke finna, att Kristen Andersens tolkning av domsprincipen hade annan innebörd än uttalanden sådana som »intet håller hur länge som helst» eller »förr eller senare kan det ske en olycka». En något mera utvecklad tankegång får väl anses ligga bakom ståndpunkttagandet före en dom. Farligheten berodde naturligtvis i 1939 års fall på att hållbarheten i fästet för gesimsen icke då och då undersöktes av fackman. Jfr motsvarande danska dom, ovan s. 246 f. Farligheten hade sålunda sin grund i denna stadigvarande underlåtenhet. Liknande torde vara att säga ifråga jämväl om 1905 års fall.

Tag nu för övrigt det ovan berörda fallet i Rt. 1933 s. 475 (alltså icke 817). Att metalltrådar, brukade på landet, som skett, kunna vara defekta och vid sträckning gå i tu och då fjädra sig upp i höjden är intet oförutsebart; icke heller att de därvid kunna få kontakt med en elektrisk ledning, om den sig uppfjädrande tråden är i handen på person som vid tillfället befinner sig i grannskapet av en sådan. Det synes mig verkligen vara svårt att finna faromomentet mindre utpräglat här än i 1905 och 1939 års fall. Men situationerna skilja sig väsentligen åt på ett annat sätt: i 1905 och 1939 års fall, men icke i 1933 års fall, hade olyckan genom väl motiverade handlingssätt från *svarandenas* sida, nämligen systematiskt företagna undersökningar, kunnat förebyggas. Underlåtenheten att så förfara synes mig viktigare att beakta än den tomma frasen om risksynpunkten såsom »forankret i en statistisk bestemt påregnelighetsbetraktning».[7] (Jfr ovan s. 243 och s. 250.)

Att denna risksynpunkt i *rättvisans* namn utgjorde grund för ansvaret säger Kristen Andersen icke direkt i sin artikel, men det synes dock

[7] Härmed är självfallet inte sagt, att icke verkligen utförda statistiska undersökningar angående olyckors frekvens inom skilda verksamhetsgrenar kunna vara av stor betydelse både för eventuell lagstiftning angående farlighetsansvaret och för domstolarne till ledning för utformningen av praxis på detta ansvarsområde. — Såvitt jag i skrivande stund kan erinra mig, åberopade sig H. R. — bland de av Kr. Andersen berörda fallen — på statistik blott i ett av dem, nämligen det i Rt. 1940 s. 16. Under åren 1920–1938 hade högspänningsledningar åstadkommit 54 olyckor genom »uvedkommende personers (mest barns) klatring i kraftledningsmaster». (Samtliga olyckor genom elektrisk starkström hade under den tiden varit 410.) Förmodligen har denna statistik här bidragit till att man utdömt »objektivt» ansvar, fastän olyckan icke vållats genom »noen egentelig bedriftsulykke» utan under »ordinær drift».

indirekt framgå som hans mening. Han har i artikeln en liten diskussion med sorenskriver Harbeck. Denne är en stor dyrkare av rättfärdigheten som ledstjärna för lagstiftare och domare. Harbeck anser, att man bör överlämna åt domstolarne att med nämnda ledstjärna för ögonen avgöra, »hvorvidt og i hvilken utstrekning erstatning skal svares». Han säger, att det är svårt att finna någon annan *allmän* regel än culpa-regeln. Dennas allmängiltighet skall framgå av rättfärdighetsgrunder. Men culpa-regeln måste med hänsyn till sådana grunder justeras, bl. a. genom hänsynstagande till »skyldgraden». Harbeck skriver, s. 26:

»Når det altså er rettferdighetssynpunktet vi legger til grunn, bør vi også holde oss det for øye. Vi må frigjøre oss for å betrakte culparegeln som et aksiom, som en slags metafysisk regel. Og vi må prøve om culparegeln i virkeligheten fører til rettferdige resultater.»

Med sista punkten avser Harbeck säkerligen framför allt, att skadegöraren icke alltid bör ersätta hela skadan utan ett efter omständigheterna, bl. a. »skyldgraden», reducerat belopp. Mellersta punkten har förmodligen avseende såväl härå som att ansvar i rättfärdighetens namn stundom måste kunna vara motiverat, också helt oberoende av culpa. Vad metafysik är har Harbeck tydligen sin egen mening om. Jag androg emellertid de citerade orden därför, att detta gjorts också av Kristen Andersen i slutet av hans nyss berörda artikel, varvid Andersen till Harbecks ord entusiastiskt utbrister: »Den tanken er jeg 100 % enig i, og jeg tror vi gjør klokt i aldri å slippe den.»[8] Av detta Andersens uttalande måste man draga den slutsatsen, att han utgår ifrån såsom något självfallet, att domstolarnes av honom gillade sätt att bygga ansvaret på »risikosynspunkt» vore bestämt av hänsynstagande till rättvisans krav.

Harbeck inser emellertid, att den frågan väl kommer att ställas: »Hva er rettferdighet?» Och han medgiver öppet, att han inte har annat svar, »enn at jeg tror det mest rettferdige er det resultat som dommeren finner rimelig».[9] Denna troskyldighet förutsätter naturligtvis idén, att domaren själv i det hela behärskar rättfärdighetssynpunkterna och städse låter sig ledas av dem.

Även i doktrinen i allmänhet motiveras naturligtvis farlighetsansvaret utifrån den vanliga rättsideologien, alltså med användning av rättvisemetoden, d. v. s. en blandning av sociala synpunkter och rättvisesynpunkter. Det torde vara tillräckligt i sådant avseende att beträffande

[8] Bølger s. 117.
[9] Harbeck s. 24 ff.

fransk rätt hänvisa till mina utredningar om »la responsabilité du fait des choses» och »la théorie du risque créé».[1] I engelsk rätt är det nog litet vilseledande att tala om »farlighetsansvar». Men i den mån fråga är om »strict liability» på grund av farlighet, råder intet tvivel därom, att resonemangen — uttryckligen eller icke — syfta till att få fram en »rättvis» grund för ansvaret. Särskilt påfallande är i sådant avseende domen i Rylands v. Fletcher.[2] Men alltid[3] är det så, därest ansvaret

[1] Bd I s. 80 f., s. 105 f. och min kritik av Demogue, ib. s. 134 ff., och av Josserand, ib. s. 149 ff.; vidare ib. 163 ff. och ytterligare ett flertal sidor.

[2] Se min redogörelse härför i Bd I s. 348–378. — Ehuru det icke är min avsikt att annat än en passant beröra amerikansk rätt vill jag här i anledning av mina anmärkningar om Rylands' case i Amerika (Bd I s. 378 ff.) göra en komplettering. Enligt Prosser, vars arbete jag icke då hade tillgängligt, hade just de domare i U. S. A., som togo avstånd från principen i Rylands v. Fletcher, likväl ofta utdömt strikt ansvar på grund av »nuisances». Under denna förklädnad hade, säger Prosser, principen i Rylands' case »in fact received far more general recognition than has been admitted or realized by the courts themselves», s. 451 f. Jfr uttalandet från Marshall v. Wellwood (1876) cit. i Bd I s. 382. — I Restatement of torts § 519 har den strikta ansvarsprincipen i Rylands' case formulerats sålunda: »One who carries on an ultrahazardous activity is liable to another whose person, land or chattels the actor should recognize as likely to be harmed by the unpreventable miscarriage of the activity for harm resulting thereto from that which makes the activity ultrahazardeous, although the utmost care is exercised to prevent the harm.» I § 520 följer denna definition: »An activity is ultrahazardous if it (a) necessarily involves a risk of serious harm to the person, land or chattels of others which cannot be eliminated by the exercise of the utmost care, and (b) is not a matter of common usage.» — Emellertid säger Prosser, att principen ifråga, på grund av dess maskering med reglerna för »nuisances», alltjämt (1941) vore »rejected by name in the majority of the American jurisdictions». Det synes emellertid, säger han, oundvikligt, att nästa halvsekel kommer att finna principen i fallet Rylands v. Fletcher »firmly established in nearly all of our courts». — Märkas bör att det ingalunda blott är i Amerika utan även i England som Rylands' princip förväxlats med eller, kanske riktigare, hänförts under ansvar för »nuisances». Så t. ex. uttalade sig Sahmond alldeles så, som om principen vore att hänföra under nuisances, låt vara att han behandlade Rylands' fall under särskild rubrik; se Bd I s. 332, s. 359 ff., särskilt noten å s. 361. I England utesluter skadans beroende på *vis major* ansvar enligt principen i Rylands v. Fletcher, se Bd I s. 350 (uttalandet i domen), s. 354 och s. 365–368. Så icke enligt den amerikanska uppfattningen, såsom den framträder i »Restatement». Se citatet från § 522 ovan i noten å s. 252. — Den farliga verksamheten leder, enligt Restatement, såsom vi sett, inte till ansvar, om den är »a matter of common usage». Denna inskränkning i ansvaret härrör sig tydligen från lordkanslerens i Rylands v. Fletcher uttalande om undantag från ansvar för varje »natural user» av fastigheten, d. v. s. dess användning »for any purpose for which it might in the ordinary course of the enjoyment of land be used». Angående tvetydigheten i en sådan ståndpunkt se Bd I s. 371 ff. och Prosser, s. 455. Begreppet »common usage» i Restatement § 520 är givetvis bestämdare men likväl mycket obestämt. Se angående detsamma Prosser, s. 447 f., s. 452–456 och Ussing, Farlig Virksomhed, s. 527. Med hänsyn till Restatement of torts och annan amerikansk litteratur har Ussing kortfattat och träffande berört det strikta ansvaret i Amerika för skada genom »ultrahazardous activity», se Farlig Virksomhed s. 522–531.

[3] Reservation torde dock böra göras med hänsyn till »the historical curiosities of

här icke grundas på »negligence» — som naturligtvis betraktas såsom en rättvis grund för ansvaret — att man låter det framgå såsom resultat av en avvägning mot varandra av partsintressena och därtill hörande omständigheter. Se t. ex. Indermaur v. Dames (Bd I s. 276 ff.). När Pollock ser en god del av hithörande ansvar ur synpunkten, att lagen på en person i svarandens situation lagt en »duty of insuring safety»[4], så är detta ett uttryck för att ansvaret står i överensstämmelse med »natural justice», i sin tur uppenbarad genom nyss antydda intresseavvägning. (Se för övrigt också Bd I s. 360–364.)

I fråga om tysk rätt skulle jag kunna nöja mig med att hänvisa till den diskussion om »Veranlassungsprinzip», d. v. s. »Kausalitätshaftung», som jag på annat ställe refererat.[5] Där har jag av särskilt skäl visserligen blott andragit litteraturen vid sekelskiftet. Men om jag tillägger Müller-Erzbachs stora avhandling, »Gefährdungshaftung» I och II, tror jag, att den tyska doktrinen är tämligen väl representerad. I litteraturen t. o. m. omkring 1940 har jag icke funnit anvisning på någon senare behandling av ämnet av intresse. Vad angår Müller-Erzbach — som uppställt kategorierna »einseitige Gefährdung» å ena sidan, »Interessenexponierung» å den andra, och i enlighet därmed utreder dels »Gefährdungshaftung» och dels »Gefahrtragung» — är han liksom många andra nästan omedveten om sin rättvisemotivering för farlighetsansvaret på grund av dennas skenbara självfallenhet enligt sakens natur.[6]

I sin behandling av »Die Gefährdungshaftung» hänvisar Heck, Grundriss § 151, i principiellt avseende icke till någon senare än Max Rümelin och Müller-Erzbach. — Baur går i sin avhandling av 1935 visserligen icke särskilt in på »die Gefährdungshaftung», men han uppställer följande allmänna definition på begreppet skadestånd, s. 11: »ein möglichst gerechter *Ausgleich* zweier sich widerstreitender Interessen, des Interesses des Gläubigers an einem vollen Ersatz der ihm erwachsenen Nachteile und des Interesses des Schuldners, jede ungerechtfertigte Übervorteilung von sich abzuwenden». Ytterligare kan tilläggas att

---

English law» ifråga om persons ansvar på grund av »his interference with another's right of property». Jfr Pollock—Landon s. 9.

[4] Pollock—Landon, s. 386 ff. — I jämförelse med den »duty of insurance», som enligt Pollock ligger på svaranden i ett sådant fall som Rylands v. Fletcher, vore det i Indermaur v. Dames blott fråga om »a *limited* duty», dock tillräcklig för att i ett sådant fall leda till strikt ansvar. Se för övrigt Bd I noten å s. 275 ff. och kanske också en del av framställningen om »res ipsa-doktrinen», ib. s. 267 ff.

[5] Bd II: 1, noten å s. 412–417.

[6] Se t. ex. Müller—Erzbach, Gefährdungshaftung I, s. 363–367.

Baur bekänner sig »zur Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz», d. v. s. en mycket extrem rättvisemetod.

Förmodligen var förf. också politiskt påverkad. Han säger uttryckligen, att en skrift av Lange övat starkt inflytande på honom. Denna skrift är fylld av tirader om skuldrättens förnyande på nationalsocialistisk grund gentemot liberalistisk åskådning. När Baur talar om »der Neuaufbau» också av tyska civilrätten, menar han säkerligen liksom Lange en återuppbyggnad i nationalsocialistisk anda.

Emellertid har naturligtvis själva idén om »rättvisans» grundläggande betydelse för rättssatserna icke nationalsocialistiskt ursprung. Snarare kunde man föreställa sig, att den i »das volksgenössiche Recht» (civilrätten) finge vika för vissa s. k. nationalsocialistiska maximer. Alltnog, det har ett visst intresse att beakta de »Grundfragen» till reformering av skadeståndsrätten, som framlades av »Die Akademie für Deutsches Recht», 1940. Dessa »Grundfragen» utarbetades av ett särskilt utskott med den kände J. W. Hedemann som ordförande. Tyvärr hade man i denna första skrift icke hunnit framlägga »die Gefährdungshaftung», varåt en kommande skrift skulle ägnas. Den föreliggande »Arbeitsbericht» innehåller »Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht», innefattande »den Stoffkreis der §§ 823–832, 839–841» (BGB) och utmynnande i ett lagförslag. Emellertid utbyttes i detta förslag det rådande systemet med »Einzeltatbestände» mot en »Generalklausel» om ansvar för »die vorsätzliche oder fahrlässige rechtswidrige Schädigung eines anderen» (§ 1. »Grundregel», uppenbarligen identisk med vad vi kalla skuld- eller culpa-regel). Lagen skulle så enligt förslaget närmare beskriva begreppen »rechtswidrig» och »fahrlässig». Denna anordning förutsatte dock bibehållandet av en motsvarighet till BGB § 831 (»§ 6. Haftung für Gehilfen»), liksom naturligtvis maximer om »Ausschluss der Rechtswidrigkeit» (§ 3), som dock icke utformades i §-en (se emellertid Grundfragen, s. 13).

Av särskilt intresse för oss är, att trots brist på skuld kunde, om handlingen var rättstridig, en »Haftung aus Billigkeit» inträda, »wenn nach den Umständen des Falles eine Ablehnung jeglicher Haftung gröblich gegen das gesunde Volksempfinden verstiesse» (§ 7). I motiven till detta stadgande heter det bl. a.: »Soll eine Regelung *gerecht* sein, dann wird sie den Forderungen der *Billigkeit* soweit wie möglich entsprechen müssen.» Skadeståndsrätten, heter det vidare, »stellt im Grunde nichts anderes dar als den Versuch einer umfassenden *Konkretisierung des billigen Schadensausgleichs*»[7]. Detta uttalande gäller

[7] Grundfragen s. 64. Kapitlet om »Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadener-

tydligen också »die Gefährdungshaftung». Men »Haftung aus Billigkeit» enligt § 7 i förslaget har intet med »Gefährdungshaftung» att skaffa. Billigheten kan emellertid också leda till *modifiering* av ansvaret enligt »das Verschuldensprinzip», nämligen om med hänsyn till den låga skuldgraden och vissa andra omständigheter »die Belastung mit dem vollen Ersatz dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspräche» (§ 8).

I dessa reformtankar sväljer man hela den gamla rättsideologien med hull och hår. Jag behöver i sådant avseende utöver det sagda egentligen blott hänvisa till den i anledning av § 826 BGB gjorda jämförelsen mellan »Rechtswidrigkeit» och »Sittenwidrigkeit».[8] Slutligen önskar jag endast citera vad som uttryckligen betraktats såsom den *kanske avgörande* invändningen emot behållandet av »das System der Einzeltatbestände» (och som stöd för införandet av en »Generalklausel»). Det är, sägs det,

»nach unserer heutigen Auffassung unerträglich, eine *Lücke* zu lassen, wenn die *Gerechtigkeit*, das richtige *Rechtsgefühl der Volksgemeinschaft* eine *Ersatzpflicht* des Täters fordert. Daher muss an die Stelle der enumerativen Methode eine verständige *Generalklausel* treten, nach der der *rechtswidrige schuldhafte Eingriff* zum Ersatz verpflichtet».[9] (Alla kursiveringar i originaltexten.)

Med en sådan inställning vore det icke tänkbart, att rättvisemetoden skulle kunna uppgivas ifråga om »die Gefährdungshaftung». Hur denna i en senare del skulle komma att utformas har man emellertid i allmännaste drag antytt i den nu föreliggande skriften. Först skulle regler uppställas angående »Eisenbahnhaftung, Automobilhaftung, Luftfahrzeughaftung, Haftung der Gas- und Elektrizitätswerke, Sprengstoffhaftung, Haftung bei Bauwerken, Tierhalterhaftung». Till dessa sju »Einzeltatbeständen» skulle så fogas en »*Generalklausel* für besonders gefährliche Betriebe und Anlagen».[1]

Året efter publiceringen av detta betänkande av tyska rättsakademien utgavs en skrift om skadeståndsrätten av Wilburg. Denne behandlar i

---

satzrecht» är utarbetat av prof. Rudolf Reinhardt. Betänkandet är utgivet av prof. H. C. Nipperdey, som också meddelat ett antal »Leitsätze» i början samt kapitlet om »Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen». Kapitlet om »Das Verschuldensprinzip» är författat av professor E. Wahl och kapitlet om »Die Haftung für Verrichtungsgehilfen» av professor G. A. Löning.

[8] Grundfragen s. 42.

[9] Grundfragen s. 42.

[1] Grundfragen s. 11 f. Här har helt naturligt någon motivering icke utvecklats. Att »die Gerechtigkeit» ligger i bakgrunden är dock icke tvivelaktigt, visserligen icke »die vergeltende» utan »die verteilende Gerechtigkeit». Jfr uttalanden av Esser ovan s. 193 f. och nedan s. 262 n. 3 samt av Coing ovan s. 199 f.

första hälften av sitt arbete det utomkontraktliga ansvaret[2], såväl »skuld»- och annat »orätts»-ansvar som övrigt ansvar, bl. a. »Gefährdungshaftung». Hans redogörelse för diverse teorier utgör ett gott belägg för mitt påstående, att det är rättvisemetoden, som dirigerar hithörande auktorer.[3] Wilburg ansluter sig emellertid icke helt till någon föregående åskådning. Ur alla de framställda lärorna, säger han »leuchtet ein Stück Wahrheit hervor und doch ist es allen nicht gelungen, das Schadenrecht ganz und zugleich in richtigen Grenzen zu erfassen».[4] Tydligt låter även Wilburg förstå, att nationalsocialismen måste föra till en förnuftig nygestaltning även av skadeståndsrätten. Den nationalsocialistiska staten skall erbjuda möjligheten att befria skadeståndsrätten från gammal »Starrheit und Verworrenheit». Kanske kommer Wilburg verkligen med något, frestas man tro, när han säger, att ansvarsfrågan »nicht vom Standpunkt einzelner Personen, sondern in erster Linie aus dem Interesse der Gesamtheit zu lösen ist». Men man har dock redan varnats av hans tal om »Grundsätze über den Schutz gegen Unrecht» och om »die Idee der Gemeinschaft im Sinne des nationalsozialistischen Pflichtgedankens».[5]

Wilburg söker bygga upp den utomkontraktliga skadeståndsrätten på ett »samspel av skilda element». Mellan strävandena att bygga ansvaret på en enda princip och resignationen under en oordnad mängd av ansvarsgrunder vill Wilburg finna en medelväg, som »ein organisches Zusammanwirken der Gedanken zu gemeinsamer Gestaltung führt».[6] Vid utförandet av den uppgift, han sålunda ställt framför sig, har det aldrig varit fråga om någon kritik av grundläggande rättsideologiska synpunkter. När Wilburg t. ex. ogillar, att ansvaret byggdes på orättstanken såsom enhetlig grund[7], ogillar han därför icke »den Gedanken des Unrechts»[8]. Orätten eller rättstridigheten utgör tvärtom ett av de

[2] »Die Grundlage der Schadensersatzpflicht wegen Verletzung fremden Gutes».

[3] Det heter redan i början om »Haftung ohne Verschulden»: »Die schuldlose Verursachungshaftung wird vor allem aus dem Rechtsgefühl begründet. Sie sei das einfache Prinzip der Gerechtigkeit ... Die Gegner behaupten aber, dass das Verursachungsprinzip dem Rechtsgefühl gerade widerspreche» (och kunna därför icke godtaga denna princip). Detta uttalande är alls icke ironiskt menat. Förf. syns icke ens märka ihåligheten i dessa rättvisefraser utan slår ikring sig med dem för egen räkning så som alla andra göra.

[4] Wilburg s. 25.

[5] Se Wilburgs »Einleitung».

[6] Wilburg s. 28.

[7] D. v. s. att ansvar skulle inträda oberoende av skuld på grund av handlingens karaktär av »Verletzung eines fremden Rechts», d. v. s. av »rechtswidrige Schädigung fremden Gutes».

[8] Wilburg s. 9 f. och flera andra sidor.

till gestaltning av ansvarsgrunden samspelande elementen.[9] Något som i Wilburgs bok kan anses ha värde såsom rent vetenskapligt grundat har jag icke funnit. Därmed är dock icke sagt, att boken icke kunde ha nytta genom åtskilliga däri meddelade synpunkter. Men dessa kunna icke intressera oss i förevarande sammanhang, där det rör sig om en förnuftig motivering för farlighetsansvaret. Dylik står icke att finna hos en författare, som talar om skydd för »Rechtsgüter gegen Eingriff», ett skydd som dock måste förutsätta »eine Verletzung», en fråga som besvaras i »das ungeschriebene Recht», närmare bestämt i »die unzähligen Normen des materiellen Rechts», vilka tydligen skola angiva innehållet i skyddet för »die Rechtsgüter».[1]

Efter krigets slut har Esser behandlat »die Gefährdungshaftung» i sin »Lehrbuch». Att rättvisan vore grund för farlighetsansvaret betraktar Esser tydligen såsom något självfallet, i det att skadan här fördelas efter principen, »dass derjenige, in dessen Interesse ein gefahrdrohender Betrieb gestattet wird, und der die Gefahrenquelle beherrscht, auch die Wagnisse dieses Betriebes auf sich nehmen muss: *Einstehen für die selbstgesetzte Gefahr*».[2] Detta är naturligtvis ett uttryck för samma rättviseidé, som framträder i satsen *ubi emolumentum ibi onus*[3], ehuru det måste medgivas, att det ligger en viktig synpunkt i betonandet av att svaranden behärskar »die Gefahrenquelle», jfr nedan s. 303 f. Men

---

[9] Wilburg s. 26, s. 43 ff. Såsom lämpligt citat anför jag från s. 46: »Unrecht oder Rechtswidrigkeit ist in diesem Sinne jede dem Träger eines Lebenskreises zugerechnete übermässige Gefahr einer Verletzung, die nicht durch einen ungleich höherem Zweck ihrer Rechtfertigung erfährt.» — Stundom kan en plötslig farlighet uppstå, »in der Sphäre der Haftenden» på grund av yttre händelser. Också om denna farlighet synes rättstridig, så blir den dock ett särskilt svagt element i ansvarsgrunden. Trots sin höga grad kan farligheten stundom, t. ex. vid en storm (en tegelpanna blåser ned), knappast betraktas såsom »ein Unrecht», s. 48.

[1] Wilburg s. 46 f.

[2] Esser, Lehrbuch s. 495 f.

[3] Esser publicerade 1941 ett arbete om »Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung». Detta har jag icke sett. I en annan avhandling, »Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts», har han diskuterat det ovan berörda betänkandet från tyska rättsakademien. I denna avhandling indrager Esser även »Gefährdungshaftung», som uppenbarligen, enligt förf., har rättvisan till grundval lika väl som skuldansvaret. Hans uttalanden (på ett ganska invecklat språk) ha bl. a. följande innehåll: I fråga om den deliktiska skadeståndsrätten (skuldansvaret och annat ansvar för rättstridig handling) innefattar billighetskravet »die vergeltende Gerechtigkeit», under det att billigheten i avseende å skadeståndsrätten i övrigt icke är något annat än »der distributive (d. v. s. »verteilende») Gerechtigkeitszweck, der das ausserdeliktische Schadensrecht beherrscht», Grundfragen, s. 141 ff. Esser delvis polemiserar mot, delvis instämmer med prof. Reinhardt i dennes utveckling av de två billighets-klausulerna i tyska rättsakademiens här ovan berörda »Grundfragen» (d. v. s. dess »Arbeitsbericht Nr 14»).

om dess sakliga betydelse icke utvecklas och den följaktligen icke kommer till användning, så att rättfärdighetssynpunkten undanträngs, blir den vetenskapligt sett värdelös.[4]

Vad så angår dansk doktrin är det av vikt att beakta, att Ussing i sin *Erstatningsret* framfört en rad sakliga och beaktansvärda synpunkter, som taga avstånd från den grundåskådning i ämnet, han förut givit uttryck åt i sin *Skyld og Skade*, byggande detta sist nämnda arbete genomgående och alltså även här på rättvisemetoden. I detta äldre arbete resonerade Ussing på ett sätt analogt med det, som jag kritiserat ifråga om hans syn på frågan om ansvar för skada genom nödhandling[5], varvid Ussing utgått från handlingens övervägande intresse såsom görande den samtidigt rättsenlig och ansvarsbringande[6]. Vid ansvar för farliga handlingar utbytes intresset i företagandet av den skadebringande handlingen mot det samlade intresset i företagandet av såväl denna handling som alla andra »de farlige Handlinger af en vis Art».[7] Som sagt strävar Ussing emellertid i sitt senare arbete efter att komma hit-

[4] Och såsom Esser ser på ämnet, kan det näppeligen vara möjligt för honom att utveckla den sakliga betydelsen av synpunkten. Han låter »die *Unfall*schäden» regleras *dels* (till en mindre del) »mit dem Ausgleich von *Unrechts*schäden im Sinne der Verschuldenshaftung», och *dels* såsom *Haftpflichtschäden* utan »Verschulden», vilka skador väsentligen berott på »die unvermeidliche Betriebsgefahr eines zugelassenen Betriebsmittels» (s. 495). En sådan systematisering *måste* ju förutsätta rättsideologiska utgångspunkter, följaktligen jämväl rättvisemetodens användning. Esser betraktar det också såsom något självfallet liggande i sakens natur och därför på intet sätt angeläget att särskilt framhäva, att farlighetsansvaret är bestämt av rättvisan. Efter några historiska synpunkter på detta ansvar framhåller Esser (s. 496), att företagaren (der Betriebsverantwortliche), icke tredjeman, skall bära »die typischen Wagnisse eines Betriebes». Företagaren tvingar farorna på »dem Verkehr, d. h. der Umwelt», som står maktlös gentemot dem. Ty lagstiftaren »hat sie in Erwägung ihrer sozialen Vorteile in Kauf genommen», när han tillät innehavet (das Halten) av djur, motorvagnar, luftfartyg o. s. v. I omedelbar anslutning härtill heter det: »die *Gerechtigkeit* (kurs. här) verlangt dabei nur, dass er (Gesetzgeber) dem derart zur Schaffung von Schadensquellen Privilegierten auch deren volles Risiko auferlegt». Bakom detta uttalande ligger såsom något självfallet, att det är »die Gerechtigkeit», som bör bestämma ansvarsregeln. Emellertid håller lagstiftaren, säger Esser, icke takten med nämnda rättvisans krav, som därför rättspraxis »in steigendem Masse» bemödar sig att tillgodose. Det finns i Essers framställning intet, som föranleder till annat, än att han blott påpekat företagarens behärskande av »die Gefahrenquelle» såsom ingående i rättvisegrunden för hans ansvarighet. — Essers ifrågavarande Lehrbuch är av 1949.

[5] Bd II: 1 s. 223 ff.

[6] Modellen är här tydligen Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen etc. 1895, vars tanke om »das überwiegende Interesse» spelat så stor roll i behandlingen av »Haftung ohne Verschulden». Termen upptogs av bl. a. Müller—Erzbach (Gefährdungshaftung I s. 323 f., s. 365 f., s. 383 ff.), vilken dock därvid icke refererar till Merkel. Både Merkels och Müller—Erzbachs skrifter voro Ussing väl bekanta; se Skyld og Skade s. 252 ff. (särskilt s. 258) och s. 266 ff.

[7] Ussing, Skyld og Skade § 12. Se också följande §§.

hörande ansvarsfrågor sakligt in på livet. Jag skall senare något beröra hans synpunkter.

Fastän Ussing uttryckligen tagit avstånd från sin äldre grundåskådning[8], tager finländaren Ek denna som stöd för sitt sätt att bedöma farlighetsansvaret; detta i trots av att han jämväl i sammanhanget citerar Ussings senare arbete och därför svårligen kan ha undgått att lägga märke till Ussings reservation gentemot sin tidigare framställning. Ek har visserligen icke mycket sinne för konsekvens i sin framställning. Men med hans tro på rättsligt skyddade intressen vore det ju egendomligt, om han icke helt behärskades av rättvisemetoden ifråga om ansvaret över hela linjen och sålunda också ifråga om farlighetsansvaret. Han låter oss icke heller sväva i något tvivelsmål. Han uttalar sin övertygelse, att en intresseavvägning måste tillämpas vid frågan om ansvar för farlig verksamhet. Han andrager därvid först domarregeln: »den skall hava båtnaden, som faran står, den skall ock stå faran som båtnaden och profiten haver». Han menar, att detta är uttryck av »naturlig och okonstlad rättskänsla», vilken också skall ligga till grund för Adolf Merkels uttalande, att »jeder die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen tragen soll».[9] Under rubriken »Farlig verksamhet» återkommer Ek sedermera till nämnda domarregel och uttalar:

»Billigt är ju, att den, i vars intresse en farlig verksamhet bedrives och som närmast därav skördar vinst, också skall svara för med företaget förknippade typiska faror. Grundsatsen äger således tillämpning vid farlig verksamhet i allmänhet och oberoende av om i det enskilda fallet någon vårdslöshet kan läggas ledningen till last eller ej. Normen är i våra dagar helt enkelt oumbärlig, och däri ligger också dess berättigande.»[1]

Man märke här ett för Ek karakteristiskt sätt att resonera. »Normen» ifråga skall vara »berättigad» genom sin *oumbärlighet*, sedan förf. dels förut i sammanhanget och dels dessförinnan har låtit förstå, att den hade sin grund i *billigheten* eller i en »naturlig och okonstlad *rättskänsla*». Och kort efter det nu citerade uttalandet påstås, att den nämnda domarregeln »utgör ett grunddrag i själva rättens fundament». Om vi nu beakta, att domarregeln ifråga på *ansvarsrättens* område icke kan innefatta något annat än den här ofta anförda rättvisemaximen *ubi emolumentum ibi onus*, förstår man också, att det endast och allenast

[8] Se hans Erstatningsret s. 122 och, dessförinnan, hans uttalanden i NJMF 1935 s. 206.

[9] Ek, Bidrag s. 179 f. Angående citatet från Adolf (icke Rudolf) Merkel se dennes Jur. Enz. 1913, s. 311, och jfr Bd II: 1 s. 221.

[1] Ek, Bidrag s. 244 f.

än ett ordsvall, när Ek — efter sin förmodan, att regeln ifråga på Olai Petri tid ännu icke torde ha hunnit genomsyra den allmänna opinionen utan till stor del endast ha utgjort ett etiskt ideal — fortsätter sålunda:

»I vår tid däremot, när sociala, altruistiska betraktelsesätt vunnit och alltfort vinna mer gehör, och rätten också till väsentlig del, om så befinnes lämpligt, beaktar det allmännas intresse på det enskildas bekostnad, bör man i ökad utsträckning söka praktiskt förverkliga den höga grundsatsen.»[2]

Att Ek här indragit »det allmänna intresset» torde bero på ett av honom senare gjort citat från Ussing, som denne säkerligen icke längre vill stå för i den mening Ek använt detsamma.[3] Det kan vara ett allmänt intresse, att den eller den verksamheten eller företaget får drivas, fastän skador å tredjeman kunna befaras uppstå under driften. Därom utsäger domarregeln emellertid intet. Den bygger på en avvägning av de motstående enskilda parternas intressen, och dess tillämpning här skulle innefatta, att kärandens intresse att få skadan ersatt bör segra över svarandens intresse att få slippa betala skadestånd. Och denna seger skulle då grundas därpå, att skadan uppstått genom verksamhet till svarandens favör eller vinning, alltså i dennes — men icke i kärandens — intresse. Det hjälper icke, att man i ordsvallet drager in »det allmännas intresse», ty i själva verket är det logiskt uteslutet för Ek och andra rättsideologer att verkligen låta det allmänna intresset vara bestämmande för ansvarsfrågan. Framför allt ligger det ingen realiserbar tanke i att »rätten» skulle »beakta det allmänna interesset på det enskildas bekostnad». Det »allmänna», d. v. s. samhället, kan icke ställas i motsats till individerna, av vilka det består.[4] Det är såsom medlemmar i samhället människorna ha de intressen, varom Ek talar. Kan det då ligga någon mening i talet om att rätten »beaktar det allmännas intresse på det enskildas bekostnad». I själva verket har Ek och hans förebilder, så långt de förmå, utnyttjat det allmänna intresset, när de kommit till resultatet, att en viss verksamhet trots sin farlighet varit icke »rättstridig» utan »lovlig», »rättsenlig». Därefter blir frågan för Ek och andra rättsideologer: ansvar eller icke för skada genom rättsenlig verksamhet?[5] Och den besvaras här jakande, därför att skadan skett genom verksamhet i svarandens (men icke i kärandens) intresse

[2] Ek, Bidrag s. 245.
[3] Se Ek s. 254.
[4] Se t. ex. Obligationsbegreppet II: 1, s. 195 f.
[5] Hur i deras resonemang »det allmänna» här helt enkelt står i stället för »lagstiftaren», »rätten» eller dylikt och därigenom åt rättvisemetoden gives fritt spelrum, skall strax påvisas.

av profit eller annan fördel: *ubi emolumentum, ibi onus*. Om något skall kunna utläsas i ämnet ur Eks mångordiga framställning, så är det detta. Han synes här helt och nästan ordagrant — låt vara med omsägningar i egna ord — följa Ussings resonemang i Skyld og Skade. Då verksamhetens totala nytta är större än dess totala skadlighet, föreligger dess »lovlighet ur social synpunkt», dess »rättsenlighet». »Då nyttan kan täcka förlusten», heter det vidare, »bör den givetvis också närmast användas för detta ändamål. ... Ingen orsak föreligger för det allmänna att helt och hållet uppoffra av skadan tillfälligtvis drabbade personers intressen» (Ek, Bidrag s. 252; jfr Ussing, Skyld og Skade s. 115 f.). Företagaren torde i allmänhet kunna klara sig genom att erlägga en viss försäkringspremie, betraktad såsom en del av hans driftsomkostnader. Genom att erlägga skadestånd eller premie lämnar den, i vars uteslutande intresse den farliga verksamheten bedrives, vederbörlig tribut åt den i detta avseende utomstående passiva parten. Prestationen uppväger skadan och återställer därigenom den rubbade jämvikten mellan två konträra, rättsenliga intressesfärer. Allt detta och mer till efter förebild av Ussing, som Ek slutligen direkt citerar.[6] Han påpekar därefter, återigen efter Ussing, att ansvar för skada genom farlig verksamhet vilar på samma materiella grundtanke som ansvar för annat ingrepp i främmande rättssfär (t. ex. expropriationen).[7] Av vad jag nu sagt är det tydligt, att Eks ståndpunkt *mutatis mutandis* faller under min kritik av »Ussings nödhandlingslära» i Bd II: 1 s. 223 ff. Det återstår mig härefter intet annat än att lämna Eks uttalanden åt deras värde. Jag vill endast tillägga — beträffande hans ord efter Ussing, att det allmänna saknar intresse att helt uppoffra den skadelidandes intressen — att *detta* tal om det *allmännas* intresse självfallet icke betyder något uppgivande av rättvisemetoden. »Det allmänna» har i verkligheten ingen självständig betydelse i resonemangen. Dess betydelse är blott skenbar. Det står här faktiskt blott i stället för lagstiftaren, rätten, eller liknande. Och innebörden är i själva verket, att det för »det allmänna intresset», för »rättsreglerna» i ämnet avgörande blir just denna avvägning mellan *parts*intressena, den ena partens intresse att varda fri från ansvar, den andra partens intresse att få sig skadestånd tilldömt. Bestämmande för resultatet av denna intresseavvägning anses så just vara rättvisemaximen *ubi emolumentum ibi onus*.

---

[6] Ek, Bidrag s. 248–254.

[7] Ussing låter förstå detta vid flera tillfällen i Skyld og Skade. S. 118 säger han, att utifrån en genomsnittlig betraktelse »er de farlige Handlinger ganske at sidestille med de sikre Indgreb» (d. v. s. expropriation och nödhandling).

När denna latinska — man kan icke säga romerska — sentens först använts i samband med frågor om farlighetsansvar eller annat strikt ansvar kan jag icke säga. Visserligen stamma *orden* från justinianska lagboken. Det heter i I.1.17 i slutet av punkt 2: *quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.* Detta har egentligen alls icke med vårt ämne att skaffa. Orden utgöra motivering för den *tolkning* av 12 tavlornas lag, att, fastän det icke uttryckligen där sägs, *patronus* (och dennes *liberi*) har förmynderskap för den frigivne. Ty av lagen framgår, att *patronus* ärver den frigivnes kvarlåtenskap, om denne icke har testamenterat bort densamma. Tolkningsmotiveringen innefattar sålunda, att eftersom *patronus* (eller hans rättsinnehavare) har *successionis emolumentum*, så måste lagens mening vara, att han också har *tutelae onus*. Hur nu sentensen *ubi emolumentum, ibi onus* först kommit att användas till stöd för visst strikt ansvar, vet jag icke, men skulle förmoda, att det skett i fransk litteratur till utveckling av riskteorien såsom uppbärande såväl principalansvaret som »la responsabilité du fait des choses». Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 729, refererar riskteorien, som dock icke gillas av förf. och angiver därvid grunden för densamma såsom »conformément à la règle *Ubi emolumentum ibi onus*». — Emellertid finns det nu åtskilliga andra ställen i den romerska lagboken, som det kan ha ett visst intresse — även med hänsyn till vår nyss berörda domarregel av Olaus Petri — att beröra. Först ha vi några ställen angående objektet för köp, lån eller bådadera. I.3.23.3 avser köp: *nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.* — D.50.17.10 avser åtminstone jämväl både köp och lån. Paulus säger här: *secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.* — Slutligen heter det i C.6.2.22.3: *ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur.* Här har uttalandet avseende å en låntagare, från vilken det lånta stulits. *Condictio furtiva* sker nu visserligen blott till ägarens favör. Men *actio furti* mot tjuven är låntagarens ensak, d. v. s. vad han får in på denna förblir hans vinst. Och det sägs uttryckligen, att detta sker, på det att han icke må utsättas endast för den skada, som kunde drabba saken, utan även må kunna hoppas på vinst (d. v. s. få en vinst i fall av den eventualiteten, att en vinst förknippades med lånet). Man lägge emellertid märke till, att samtliga dessa tre formuleringar låta nackdelen draga fördelen med sig och icke, såsom vår sentens, *ubi emolumentum, ibi onus*, tvärtom låta fördelen medföra nackdelen. Följaktligen ha de också sin motsvarighet i förra och icke i senare delen av den ifrågavarande domarregeln. Men den omkastade tankegången ha vi, utom i det här först berörda stället I.1.17, även i ett uttalande av Ulpianus i D.50.17.149: *Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet.* Vad som närmare här åsyftas är icke lätt att säga. Men helt allmänt måste ju meningen vara, att den, som i en viss situation har vunnit något på en annans bekostnad, har av denna anledning att bära en viss börda. Müller-Erzbach, II s. 25, anför också stället såsom ett av de spridda uttalandena om sammanhang mellan *commodum* och *periculum*. För övrigt hänvisar han till Lenel, Palingenesia iuris civilis II, Ulpianus 1469. Lenel sätter här med ett frågetecken stället i förbindelse med D.43.3.1.13. Det vill säga, att D.50.17.149 skulle möjligen syfta på vad en *bonorum possessor* kunde (utöver vinnandet av besittningen till legatet) genom *interdictum quod legatorum* förmå en legatar att prestera, som icke i laga ordning utan egenmäktigt åtkommit egendomen ifråga. — Ett i formen synnerligen generellt uttalande ser man stundom andraget i diskussionen

om romarrättens inställning till frågan om farlighetsansvar. Det är ett uttalande av Pomponius i D.12.6.14: *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* Vid första påseendet synas dessa ord kunna täcka allt farlighetsansvar och naturligtvis då i sig innesluta maximen *ubi emolumentum, ibi onus.* Ordagrant betyda orden, att det ligger i billighetens natur, att ingen får bli rikare genom annans skada. Skulle emellertid denna sats gälla som allmän rättsregel, skulle faktiskt all företagsamhet och all omsättning bli lamslagen. Jfr Müller-Erzbach I s. 310. Vid det citerade stället av Pomponius är nu först att märka, att det placerats under titeln *de condictione indebiti. Condictio indebiti* har ingenting att göra med en *actio* på något sätt jämförlig med vad vi föreställa oss med en talan för att göra gällande farlighetsansvar. Anlades vid detta berikningssynpunkt, bleve det ju fråga om ett riktande på annans bekostnad, varvid dock själva berikningen har skett *iusta causa.* Men vid *condictio indebiti* har den prestation, varigenom man blivit *locupletior,* saknat *iusta causa.* Jfr Brinz, Pandekten II s. 505. Härtill kommer nu något av största intresse. Samme Pomponius uttalar nämligen på ett annat ställe, D.50.17.206, nästan ordagrant samma ord, dock med inskjutande av det högst betydelsefulla *et iniuria* efter *detrimento.* D.50.17.206 lyder: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.* Om vi låta *iniuria* stå för *non iure* och alltså för *sine iusta causa,* då skulle de båda ställena, betraktade såsom rättssatser i Justinianska lagboken sakligt täcka varandra. Och detta synes stå i viss överensstämmelse med Brinz' ståndpunkt, Pandekten II s. 505 n. 11. Han räknar dock även med möjligheten att den från D.50.17.206 avvikande formuleringen i D.12.6.14 helt enkelt beror på en »Auslassung» i detta senare ställe. Någon antydan därom finns emellertid icke i Lenels Palingenesia (se a. st. Pomponius 684 och 829). Efter det sagda torde tillämpningsområdet för D.12.6.14 vara utan intresse i detta sammanhang. Satsen »niemand darf sich mit dem Schaden eines anderen bereichern» uppställdes emellertid såsom en naturrättslig princip på 1700-talet (se Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung I, s. 309 f.). — *Specialställen* i romarrätten, vilka kunde vara att nämna i samband med frågan om farlighetsansvar, kunna inte ha något intresse för belysningen av vår sats *ubi emolumentum ibi onus.* (Det rör sig här mestadels om skador i trafiken och om skador genom djur. I flera av dessa ställen förekomma uttryck för fruktan och fara. För egen del vågar jag icke uttala någon mening om deras innebörd i förhållande till de tankar, som ligga i bakgrunden för teorierna, alltifrån en senare del av 1800-talet, om den småningom s. k. »Gefährdungshaftung», eller om det franska riskansvaret med »la responsabilité du fait des choses» i centrum. Angående de ifrågavarande ställena se emellertid Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung II, s. 19 ff.) Ehuru vi sett, att ordalagen i satsen äro hämtade från I.1.17, kan dock detta ställe ensamt icke ha inspirerat till satsens uppställande. Troligen ha ställena på kontrakträttens område om sambandet mellan periculum (incommodum) och commodum (lucrum) haft betydelse. C.6.2.22.3 har därvid också — utom I.1.17 — givit stöd för själva satsbyggnaden *ubi-ibi.* D.50.17.149 torde även böra nämnas. Men framför allt kunna så alla dessa ställen ha setts mot bakgrunden av den generella formuleringen i D.12.6.14. Den för omsättningen farliga konsekvensen av en så allmänt hållen formulering har avvärjts genom att svarandens *emolumentum* uppställts såsom förutsättning för hans ansvar (*onus*).

Min egen syn på grunden för farlighetsansvar.

När jag nu äntligen går in på min egen syn på »ratio legis (ferendae)» för farlighetsansvaret, så är det icke min mening att utbreda mig häröver, ty det skulle icke löna mödan. Ett närmare ordande på *detta* område, utöver angivande av vissa allmänna riktlinjer, låter jag falla utanför min uppgift. Det skulle nämligen kräva en oproportionerligt lång tid. Man måste ha tillgång till det praktiska livets erfarenheter, som det — i allt fall för en person i mitt läge — vore alltför omständligt att anskaffa. Ett sätt hade varit att för ändamålet genomgå de stora ländernas rättsfallssamlingar. Upplysningar kunde kanske också ha vunnits genom en närmare kontakt med erfarenheterna hos ett lämpligt försäkringsbolag. Men båda utvägarna ha synts mig, för mina förhållanden, alltför tidsödande.

Vad nu de allmänna riktlinjerna angår, ha de i själva verket i viss mån redan angivits i Bd II: 1 och i det föregående. Här vill jag nu först ansluta till en del av de norska (och danska) rättsfall, jag berört, vilka i det hela synas mig mera givande än den svenska judikaturen (den positiva såväl som den negativa) på området.

FARLIGHETSANSVAR ENLIGT DEN ALLMÄNNA ANSVARS- ELLER SKADESTÅNDSREGELN.

(I belysning av rättspraxis.)

Jag har i det föregående (s. 243 och s. 250) vid behandling av norsk och dansk praxis erinrat om lämpligheten att i situationer av visst slag låta ansvarsfrågan besvaras med hänsyn till ansvarets eventuella betydelse såsom bidragande till en klok anordning av utövandet i sådana situationer av vaksamheten ifråga om farans förebyggande. Befinnes vid övervägandet härav vaksamheten lämpligen vara en svarandens angelägenhet, då betyder detta i själva verket, att ansvaret är motiverat en-

ligt en av mina huvudsynpunkter på farlighetsansvaret, nämligen beträffande en del av detta såsom hänförligt under vad jag kallat den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln — innefattande jämväl den gamla culpa-regeln och byggd på dess förlängda bas.[8] Såsom jag ser på farlighetsansvaret, skulle i själva verket större eller mindre anledning kunna tänkas ha funnits att diskutera detta ansvar såsom fallande under nämnda regel i bl. a. följande av de berörda norska rättsfallen:

Rt. 1905 s. 715 (socialt önskvärt, att svaranden-kommunen genom styrelsen för vattenverket låtit föranstalta om vissa periodiskt återkommande undersökningar av tillståndet hos vattenverkets huvudledningar?); Rt. 1909 s. 851 (socialt önskvärt att svarandens organ hade givit instruktioner eller anställt kontroll angående tillvaratagande av sprängstoff på arbetsplatserna?); Rt. 1935 s. 951 (socialt önskvärt att kranens drivverk varit inkapslat till skydd mot fara för annan?); Rt. 1936 s. 298 (socialt önskvärt att en sådan ordning som rådde på Sarpsborgs station hade gjorts mindre farlig för trafikanter?); Rt. 1936 s. 345 (socialt önskvärt att »toppstycke» funnits å »grabben»?); Rt. 1937 s. 741 (socialt önskvärt att Kroepelien icke anställt eldare utan effektiv varning för faran?); Rt. 1939 s. 766 (socialt önskvärt att hotellvärdinnan låtit då och då företaga undersökning just av fästet för den gamla gesimsen?); Rt. 1940 s. 16 (socialt önskvärt att elektricitetsverket hade anbringat starkt varnande plakat på ledningsstolparne mot klättring å dessa?); Rt. 1941 s. 784 (socialt önskvärt, att filmbolaget vidtagit vissa åtgärder till förebyggande av olyckshändelser av inträffat slag?); Rt. 1944 s. 353 (socialt önskvärt att järnvägen hade varnat för eller vidtagit någon åtgärd emot faran av den lösa grusbetäckningen å ömse sidor om järnbanan?); Rt. 1948 s. 719 (socialt önskvärt att stagbultarne före användningen underkastats hållfasthetsprov?); Rt. 1948 s. 1111 (socialt önskvärt att spårvagnarne, åtminstone på vissa linjer, försetts med stängda dörrar eller säkerhetskedjor?).

De handlingssätt, som i parenteserna ifrågasatts såsom socialt önskvärda, ha uttryckts i starkt förkortad form. Frågan rör sig därom, huruvida det kan betraktas såsom socialt önskvärt eller icke, att personer i situationer av med den i varje föreliggande fall jämförliga arten nedlägga den omsorg och prövning, som vore nödvändig för upptäckande och uppskattning av eventuell skaderisk, och inrätta sitt handlande efter det resultat, vartill de kommit. Och svaret på den frågan måste bedömas med hänsyn till ett annat spörsmål: skulle dylika handlingssätt, föregångna av antydda omsorg och prövning, utgöra eller icke utgöra ur social synpunkt icke önskvärda hinder för hithörande verk-

[8] En erinran är här kanske ånyo på sin plats, att jag i Bd II: 1 och i början av förevarande arbete har kallat ansvarsregeln ifråga »culpa-regeln i min version» eller »den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen». Här upprepas också att min allmänna (ansvars)regel eller allmänna (skadestånds)regel icke får förväxlas med »den almindelige erstatningsregel» i Danmark (och Norge), vilken i allmänhet synes vara liktydig med den vanliga culpa-regeln.

samheter, d. v. s. hinder ur produktions- och omsättningssynpunkt?[9] De sociala värderingar, som sålunda måste förutsättas för ansvarsfrågans bedömande, måste omedelbart sett överlåtas åt domaren. Någon annan väg finnes inte. Men domaren har naturligtvis att i sin tur låta sig ledas av i samhället — vars tjänare han är — eller i där (på det eller det området, av det eller det skälet) tongivande kretsar rådande värderingar. Självfallet kan han också, därest till hans ledning erforderliga värderingar saknas, vara nödsakad anlita expertis av ett eller annat slag.

Det finns i den norska judikaturen — liksom för övrigt även i den svenska och danska — fall, som jag icke haft särskild anledning beröra i min redogörelse för domar angående farlighetsansvaret, men som likväl äro särdeles belysande för min tanke, att en god del av detta ansvar lämpligen föres under allmänna ansvarsregeln. Jag tänker på ett sådant fall som det i Rt. 1941 s. 496. En fastighetsägare lät »innebygge og omdanne gårdsrommet» till kontors- och affärslokaler i två våningar. Rummen i övre våningen belades, för erhållande av dagsljus, med ett glastak. En kontorist, som arbetade där, fick en dag en tegelpanna i huvudet. Den hade från hustaket fallit ned på »trådglasstaket», som därvid gått sönder och släppt igenom densamma. Byretten ogillade den mot gårdsägaren förda skadeståndstalan. »Kroeplin-dommen» (ovan s. 226 f.), som åberopats av den skadelidande, sades icke vara analog. Byretten hänvisade däremot till ett antal domar av H. R. till stöd för sin uppfattning att »objektivt ansvar» i ett fall som det föreliggande — »uten hensyn til om det kan overføres ham noen skyld» — icke vore grundat i norsk rätt. Icke heller kunde svaranden »bebrejdes noen uaktsomhet» vare sig i förbindelse med de ifrågavarande lokalernas uppförande eller eljest. Skadan betraktades som »et hendelig uhell», som icke kunde föranleda ansvar. — Lagmannsretten (sista instans i målet) fann det emellertid

»innlysende at det måtte forutses og regnes med at det overlystak som ble anbragt over disse nye lokaler ville bli utsatt for å bli rammet spesielt av sne og is som falt ned fra tegelstentaket på den gamle bygning inn mot gårdsplassen hvor det helte skråtak ned på 3 kanter, og at dette ville være forbundet med en viss fare og risiko for dem som opholdt seg inne i lokalene under glasstaket. Dette må enligt lagmannsrettens mening føre med seg at man maa stille særdeles strenge krav til gårdeieren med hensyn til hans plikt til å forebygge og utelukke enhver påregnelig fare som kunne true de personer som var henvist til å oppholde seg i de nyinredede lokaler. Selv den minste uaktsomhet som gårdeieren kan overføres i så måte ved mangelfullt eftersyn eller vedlikehold

[9] Se Bd II: 1, s. 39 f. och ovan s. 215 f.

av taket eller ved utilstrekkelige sikkerhetsforanstaltninger må lede til økonomisk ansvar for ham, såframt det inntreffer en adekvat ulykke som ville ha vært unngått hvis gårdeieren hade oppfylt sin strenge aktsomhetsplikt.»

När ett »så strengt aktsomhedskrav» ställdes, måste svaranden bli ansvarig, sade lagmannsretten. Saken hade dock »gitt anledning til så stor tvil at sakomkostninger ikke vil bli tilkjent, hverken for byretten eller for lagmannsretten».

Naturligtvis skulle s. k. objektivt ansvar ha kunnat utdömas likaväl här som i gesimsfallet i Drammen. Och utan att närmare kommentera ansvarsfrågan i ett sådant fall som det förevarande synes det mig tydligt, att någon lämpligare frågeställning icke kunde ske än den, som förutsättes vid användandet av allmänna ansvarsregeln. Man ser i ett fall som detta, hur fiktivt eller kanske snarare godtyckligt det är att gå på frågan »uaktsomhet» eller icke. Byretten fann det icke »rimelig å bebrejde saksøkte uaktsomhet, fordi han på egen hånd (d. v. s. utöver vad 'bygningskonsulenten' och 'bygningskontrollen' utfunnit) ikke fant på ytterligere sikringsforanstaltninger mot den mulighed, at en taksten kunne falle ned å gå tvers gjennom trådglasstaket». Och några andra grunder för antagandet av »uaktsomhet på en eller annen måte hos saksøkte» hade icke visats. De två i lagmannsretten »tilkalte domsmenn» (en bleckslagaremästare och en murarmästare) funno icke, att man kunde »bebrejde» svaranden någon »uaktsomhet med hensyn til vedlikehold og eftersyn av bygningens tak» och icke heller ifråga om uppförandet av »disse lokaler, som er utført på alminnelig og helt anerkjent måte». Den av lagmannsretten åberopade culpa förefaller därför vara en fiktion, som formellt döljes genom proklamerandet av ett extraordinärt strängt krav på aktsamhet, uppenbarligen överstigande den i dylika situationer vanliga aktsamhetsgraden. En diskussion om svarandens ansvarighet eller icke i enlighet med den av mig föreslagna allmänna ansvarsregeln skulle ha lett fram till en mera saklig fråga, nämligen denna: hade svaranden handlat eller icke handlat på ett i dylika situationer socialt önskvärt sätt? Naturligtvis är lagmannsrettens dom ägnad att bidraga till den vanliga aktsamhetsgradens höjande. Men domen synes vila på en falsk förutsättning, nämligen att denna aktsamhetsgrad redan vore höjd, m. a. o. på en culpa-fiktion.

Ehuru hela den allmänna regeln bygger på handlingens större eller mindre riskfullhet, vill jag här ånyo betona, att den del av regeln, som går utanför den gamla culpa-regeln, innefattar ansvar icke blott för skada, som berott på eller i allt fall skett under vad som enligt den vanliga rättsvetenskapliga terminologien hänföres till (särskilt) farlig

verksamhet, utan också för annan skada, nämligen för vad som helst som enligt det ovan sagda med hänsyn till *skaderisk* motiverar ansvar. Låt oss säga, att en kund halkar på ett golv i en butik eller restaurang eller att han där får fingrarne i kläm genom en dörr eller annat, som var i olag, en fotgängare halkar på trottoar utanför ett hus, en person stångas av en tillfälligt ilsken bagge eller ko, en trafikant får en snöklump, ett gesimsstycke, en blomkruka, en tegelpanna etc. nedfallande på sitt huvud, sin rygg eller sina lemmar. I intet av dessa fall, antaga vi, har svaranden åsidosatt vanligen iakttagen aktsamhet. Utan culpafiktion är det sålunda uteslutet att utdöma ansvar efter den traditionella culpa-regeln. Men i dylika fall lika väl som vid fall, vilka bruka hänföras under farlig verksamhet, finner domaren kanske vid närmare eftertanke, att iakttagande av den vanliga aktsamheten egentligen icke är tillräckligt. Det är visserligen sant, säger han — för att (utökande exemplen) giva en belysning av min syn på det utanför det gamla culpaansvaret möjligen fallande området för allmänna skadeståndsregeln — att man vid användning av de eller de maskinerna icke *plägar* vidtaga andra skyddsåtgärder än de i fallet brukade, att man icke *plägar* utfärda mera ingående instruktioner åt sina arbetare vid hantering, förvaring och bortskaffande av sprängämnen, än som skett i fallet, att elektricitetsverken icke *pläga* utföra andra avspärrningar eller kraftigare varningar mot faran än i det föreliggande fallet, att man vid filminspelningar med hästskjutsar icke *plägar* iakttaga större försiktighet än som ägt rum i fallet, att bönderna icke *pläga* hålla bättre reda på baggar eller kor än som skett i fallet, att innehavare av butiker och restauranger av ifrågavarande art icke *pläga* noggrannare än som skett i fallet kontrollera golv, dörrar och annat, som kan tänkas medföra vissa risker för kunder, att man i sådana delar av staden eller annat samhälle, vari halkningsolyckan inträffade, icke *plägar* sanda oftare, än den ifrågavarande husägaren gjorde eller lät göra, eller att man icke oftare eller mera ingående än i resp. föreliggande fall *plägar* undersöka fästena för gesimser eller tegelpannor. Men, säger sig domaren också, det gäller här dock människors i samhället välfärd, och därför kan det tänkas vara angeläget ur social synpunkt, att vederbörande i resp. avseende nedlägga något *större* omsorg, än de hitintills *brukat* göra. Huruvida iakttagandet av denna ökade omsorg verkligen vore en social angelägenhet eller icke måste, som jag nu så ofta påpekat, bero på följande två frågor: Vilken grad av omsorg hade måst iakttagas till det sannolika förebyggandet av olyckan? Skulle en på detta sätt ökad omsorg anses ur social synpunkt alltför mycket hämmande i verksamheter av sådan art, under

vilken olyckan inträffat? Besvaras den senare frågan nekande, vore förutsättningarne förhanden för tillämpningen av den allmänna skadeståndsregeln, sådan som jag tänker mig denna och dess motivering.[1]

Att särskilt i de på slutet uppradade fallen tala om ansvar för skada genom eller i samband med »farlig verksamhet» torde endast göra ett löjligt intryck. Detta är för mig ett extra skäl[2] till att i stället för ansvar för »farlig verksamhet» tala om farlighetsansvar. I en del av exemplen från norsk praxis kan man naturligtvis säga, att det förelegat »farlig bedrift». Men i vilket fall — utom möjligen bunkringsfallet i Rt. 1936 s. 345, såvitt det icke måste betraktas såsom en särskild bristfällighet, att »toppstycke» icke fanns å »grabben»[3] — kunde man väl säga, att det var själva »bedriften» och icke därjämte viss eller vissa för »bedriften» icke nödvändiga omständigheter, som betingade olyckan? Men det är ju tydligt, att graden av den fara eller risk, som i alla dessa fall av den allmänna skadeståndsregelns tillämpning ingår som ett moment i motiveringen för ansvaret, kan vara högst växlande och att självfallet den högre riskgraden i och för sig spelar större roll för ansvaret än den lägre. Men å andra sidan måste ihågkommas, att riskgraden i handlingssättet ju ensam här icke är avgörande, utan att hänsyn måste tagas till den hämningsverkan med hänsyn till produktionen och omsättningen i samhället, som kunde bliva följden av att dylika handlingssätt inhiberades eller som i allt fall riskens avlägsnande eller reducering kunde medföra genom ansträngningar i detta avseende från vederbörandes sida i dylika situationer. Därför kan det hända, att en lägre skaderisk i vissa situationer bör föranleda ansvar efter den all-

[1] För den händelse jag icke gjort det i annat sammanhang, passar jag på att här anmärka följande. Det finns naturligtvis handlingssituationer, som äro så pass unika, att man kanske icke kan säga, hur folk i dem *pläga* handla. Men i allmänhet skall domaren då likväl ha möjlighet genom anlitande av mer eller mindre avlägset jämförelsematerial att avgöra, huruvida svaranden iakttagit vanlig aktsamhet (»sædvanlig aktpaagivenhed»). Naturligtvis skall han då och då råka ut för tvivel eller misstag, dock i mindre skala ju skarpare hans psykologiska blick är. Men vad han — med den allmänna regeln i stället för den traditionella culpa-regeln — till sist har att bestämma sig för (ja, till och med med förbigående av frågan: vanlig aktsamhet iakttagen eller icke?) är, huruvida det ur den allmänna trygghetens, produktionens och omsättningens synpunkt är eller icke är av vikt att motverka handlingssätt av sådan art som det, vilket föreligger till bedömande. Detta måste icke sällan vara lättare för en domare att — eventuellt med hjälp av expertis — avgöra, än huruvida handlingen nått upp till s. k. normal aktsamhet, d. v. s. vanligen iakttagen aktsamhet.

[2] Jag menar bortsett från vad jag alltid hävdat om det ovetenskapliga i att underlåta analys och tala om ansvaret såsom principiellt grundande sig på »farlig verksamhet» och liknande.

[3] Möjligen också fallet i Rt. 1931 s. 97, om man ser på detsamma så, som domare Næss (och väl även pluraliteten i övrigt) gjorde.

männa skadeståndsregeln, under det att en större risk i vissa andra situationer icke borde föranleda sådant ansvar.

I samtliga fall, som komma under den allmänna regeln — vare sig ansvaret faller inom den traditionella culpa-regeln eller det är fråga om ett ansvar därutanför på grund av den allmänna handlingsstandardens alltför låga nivå med hänsyn till omständigheterna — har ansvarsregeln ju icke blott ersättande eller reparerande utan jämväl *prevenerande social funktion*. Såvitt farlighetsansvar förekommer, utanför den allmänna skadeståndsregeln, har det visserligen ofta, såsom många gånger påpekats, också en viss prevenerande betydelse. Men man kan då näppeligen säga, att preventionen tillhör regelns *sociala funktion*, därför nämligen att enligt den sociala värderingen svarandens handlingssätt, såvitt detsamma utretts, icke varit mindre önskvärt ur social synpunkt. Preventionseffekten är då, såsom jag förut uttryckt det, en psykologisk nödvändighet, eller tillkommer så att säga »på köpet», varmed jag vill ha sagt, att ansvarsregeln ifråga vore motiverad, utan att därvid preventionseffekten spelade någon egentlig roll. Detta hindrar emellertid naturligtvis icke, att preventionen ifråga beaktas i diskussionen av detta utanför den allmänna skadeståndsregeln fallande farlighetsansvar.

Den frågan ligger kanske nära, om jag icke för ett alltför subtilt resonemang, när jag på detta sätt skiljer mellan två huvudkategorier av farlighetsansvar, förmenande att preventionen egentligen blott i ena men icke i andra kategorien fölle inom skadeståndsregelns sociala funktion. Jag tror icke det. Vad jag vill säga i avseende å senare kategoriens fall är ju endast något, som synes ofrånkomligt, nämligen, att man här av nyss nämnt skäl icke kan motivera skadeståndsregeln med hänsyn till prevenerande social funktion. Därför blir det *en sak för sig*, att uppehållandet av ansvarsregeln även här faktiskt mer eller mindre starkt kan influera på svarandens och jämväl på hos honom anställdas handlingssätt till iakttagande av försiktighet.[4] Och detta förhållande kan naturligtvis icke åberopas såsom invändning mot att — på de grunder som här och i Bd II: 1 utförts — särskilt för sig uppställa en kategori farlighetsansvar, som är hänförligt under den allmänna skadeståndsregeln, d. v. s. vad jag ursprungligen karakteriserat såsom den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen.

Man torde tvärtom nödgas inse, att det är av stor vikt för skadeståndsrättens förstående att beakta, hurusom en kategori av farlighets-

---

[4] Se Bd II: 1, s. 452 f.

ansvaret helt naturligt växer fram på culpa-regelns så att säga förlängda bas, så snart man blivit på det klara med den vetenskapligt ohållbara innebörden i det traditionella culpa-begreppet och med vad som i realiteten kunde anföras till motivering av den gamla culpa-regeln. (Jfr ovan s. 194.) En sådan insikt måste också spela roll för farlighetsansvarets utveckling. Farlighetsansvaret inom den allmänna skadeståndsregeln, d. v. s. på culpa-ansvarets naturligt förlängda bas, måste — om uppmärksamheten av domstolarne inriktas därpå — kunna utvecklas efter en betydande principiell linje. Detta synes mig indiceras av de exempel, som jag nyss sammanfattningsvis radade upp från norsk rättspraxis, ävensom av åtskilliga fall inom vår egen praxis, bl. a. dem, där culpa-regeln antingen använts efter culpa-fiktion eller diskuterats användbar med hänsyn till handlingssättets farlighet.

För övrigt äro också de flesta fallen från den ovan berörda *danska* judikaturen här ganska talande. Jag kan i sådant avseende nämna landsrets-domar i följande (bland här ovan s. 244 ff. berörda) fall i U. f. R.: 1921 s. 383; 1923 s. 531; 1924 s. 576; 1927 s. 812; 1930 s. 615; 1938 s. 453; 1941 s. 1151; 1944 s. 850; 1944 s. 937 (möjligen); 1946 s. 267; 1945 s. 143. Särdeles belysande förefaller mig fallet i 1938 s. 453. Landsretten friade här (gesimsfallet i Randers) svaranden från ansvar, enär den betraktade olyckan som »hændelig», under det att H. R. utdömde culpa-ansvar. Jag menar nu, att, även om olyckan i överensstämmelse med den vanliga culpa-föreställningen måst bedömas som »hændelig», borde fallet ha kommit under vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln. Hur den gamla culpa-regeln på detta sätt naturligen utvidgas, synes mig just i detta fall illustrerat av att H. R. med största sannolikhet betraktade såsom kulpost vad Landsretten fann blott ha varit »hændeligt».

Här kan det därför vara angeläget att erinra om Ussings påpekande, att en anledning till att utdöma »ansvar uden skyld» kunde föreligga, när domstolarne sakna den nödiga sakkunskapen för att avgöra, huruvida svaranden handlat »forsvarligt» eller icke.[5] Senare säger han:

»I slige tilfælde (han har bl. a. erinrat om två norska domar i Rt. 1935 s. 218, ang. ansvar för kloaköversvämning, och 1936 s. 298, den senare berörd ovan s. 222 f. och avseende olyckan på Sarpsborgs station) er det ikke let for domstolene at afgøre, om ordningen i sig selv var uforsvarlig. Hvornår kommer den dag, da kloakerne bør udvides eller stationen ombygges? Ikke mindst overfor offentlige virksomheder er det meget gavneligt i den nævnte retning at have en regel om ansvar uden skyld men også overfor private kan det samme gælde.»[6]

[5] Erstatningsret s. 119 .

[6] Ussing, Erstatningsansvar uden skyld, s. 305.

Det är tydligt, att i alla sådana fall måste ett »ansvar uden skyld» falla inom vad jag kallar den allmänna (skadeståndsregeln. Men under denna komma naturligtvis också enligt min mening — såsom framgår av vad jag i det föregående och i Bd II: 1 utrett — en mängd fall, vid vilka traditionellt culpa-ansvar ligger helt och hållet utom en saklig diskussion, enär det är uppenbart, att svaranden icke underlåtit iakttaga vanlig aktsamhet. De flesta nyss nämnda danska fallen ligga kanske så till, att det vore tillräckligt med den efter Ussing anförda synpunkten. Men visst icke alla. Att diskutera traditionell culpa från Krigsministeriets sida i fallet i U. f. R. 1944 s. 850 synes mig uteslutet. Likaså i det i U. f. R. 1944 s. 937, som visserligen icke föranledde dom på ansvar men enligt min mening mycket väl skulle ha kunnat diskuteras medföra ansvar efter allmänna skadeståndsregeln. I detta sammanhang bör även fallet i U. f. R. 1945 s. 143 nämnas. I fallet av 1947 s. 471 var entreprenören icke instämd. Vare sig någon culpa kunde anses begången eller icke[7], skulle fallet ha kommit under den allmänna skadeståndsregeln, därest entreprenören instämts. Frågan om Buch's — arkitekten och konduktorn — ansvarighet här »uden skyld» vågar jag icke bedöma.

Jag skall nu med en del exempel från vår egen praxis ytterligare åskådliggöra, hur jag menar, att den allmänna regeln kan komma till tillämpning, utanför det gamla culpa-ansvaret, på mer eller mindre såsom farliga ansedda handlingar. Något fall i vår praxis, där farlighetsansvar utdömts såsom tillämpning av den allmänna ansvarsregeln, finns naturligtvis icke, eftersom man icke räknar med en sådan regel i vår skadeståndspraxis. Men domar, som visserligen icke med hänsyn till motiveringen men på sitt sätt i sak kunde anses ha utgjort en tillämpning av regeln ifråga, finnas väl hos oss, liksom vi sett i dansk praxis och framför allt i norsk.

Jag skall nu först beröra ett fall bland många, som visar, hur nära det ligger till, att från det traditionella culpa-ansvaret komma över till prevenerande farlighetsansvar, d. v. s. till ansvar efter vad jag kallar den allmänna regeln. Jag tänker på ett sådant fall som i NJA 1946 s. 407.[8] Genom körslor med gödsel till och från angränsande åker hade å allmän väg uppstått en hal beläggning, varå en bil råkade i slirning, rusade

---

[7] Detta senare kunde anses möjligt bl. a. därigenom, att byggnadsmyndigheten icke hade »nedlagt nogen Indsigelse imod den manglende Afspærring».

[8] Fallet har i min framställning en betydelse, liknande t. ex. fallet i Rt. 1941 s. 496, berört här ovan s. 271 f., på sitt sätt också fallet i U. f. R. 1938 s. 453, berört ovan s. 246 f. och s. 276.

mot ett träd och skadades. Enligt H. R:ns utslag hade beläggningen förblivit liggande å vägbanan sedan minst en vecka före olyckshändelsen. Talan fördes mot väghållaren, som av H. R:n dömdes såsom vållande till skadan, därigenom att han icke undanskaffat lerbeläggningen. H. D. sade emellertid, att beläggningen icke inneburit sådan fara för trafiken, att väghållaren bort utan dröjsmål taga bort den. Väghållaren hade följaktligen icke brustit i någon sin skyldighet, varför han friades från ansvar. *Om* H. D. hade utdömt ansvar skulle detta sålunda ha varit traditionellt culpa-ansvar, icke farlighetsansvar.

H. D. skulle emellertid kunna tänkas i stället ha resonerat på följande sätt. Visserligen har väghållaren icke brustit åt den aktsamhet, som *plägar* iakttagas i slika ting och följaktligen icke heller varit vållande (ådragit sig skuld). Men med hänsyn till faran, på grund av den stora biltrafiken, av sådana hala beläggningar å allmän väg och den därav följande vikten av att dylika beläggningar snarast bortskaffas, dömes väghållaren att betala skadestånd åt bilägaren. Ansvarsdomen hade då icke utgjort tillämpning av den traditionella culpa-regeln, d. v. s. av en regel till prevenerande *blott* emot handlingar, som ligga *under* (= lägre än) den sedvanliga aktsamhetens nivå utan jämväl mot handlingar, som nått upp till denna nivå, därest de dock icke nått upp till den socialt önskvärda graden av aktsamhet. Den regel, som i enlighet härmed tillämpats, hade följaktligen haft den sociala funktionen att prevenera mot handlingssätt av den art, som skett, och att dymedelst bidraga till *höjandet* av den sedvanliga aktsamhetsgraden. Den traditionella culpa-regeln åter kan i sådant avseende icke ha någon annan effekt än att bidraga till *underhållandet* av den vanliga aktsamhetsgraden.

Ett fall som det nu berörda synes mig för övrigt även i annat avseende belysa behovet av en sådan ansvarsregel, som den jag söker föra fram. Är det icke rentav möjligt, att dom på ansvar här uteblivit, just därför att man förmenat, att den måst motiveras med culpa? Hade man ansett sig ha haft vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln att tillgå, är det kanske icke uteslutet, att man utdömt ansvar.[9] — Emellertid är det lätt att finna fall, i vilka domstolarne med hänsyn till situationens farlighet utdömt ansvar på grund av, efter vad det synes, handlingssättets kulposa karaktär. Bland senare sådana fall kunna nämnas

[9] Jfr Kristen Andersens reflexioner om att det icke får betraktas som likgiltigt ur en svarandes synpunkt, huruvida han blir »ilagt objektivt ansvar eller uaktsomhetsansvar», Bølger, s. 112. Förhåller det sig så, kan det naturligtvis redan av detta skäl icke heller vara likgiltigt ur domstolens synpunkt.

NJA 1949 s. 245; 1949 s. 357; 1949 s. 620; 1949 s. 704; 1949 s. 732 och 1950 s. 188.

Samtliga dessa fall skulle med största sannolikhet ha fallit under vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln.[1] Men vad som har särskilt intresse är, att denna skulle ha kommit till användning, även om handlingssättet icke av domstolarne hade kunnat sakligt rubriceras såsom culpa i traditionell mening. Ty det är uppenbart, att situationerna i samtliga fallen med hänsyn till skadefarlighet varit sådana, att handlingssätt av den art, som praktiserats, måste värderas såsom socialt icke-önskvärda. För övrigt är det i en del av fallen mer eller mindre tvivelaktigt, huruvida ansvaret grundats på culpa. Den gamla culpa-regeln måste väl sägas ha tillämpats i fallen i NJA 1949 s. 245 och 732.[2] I fallet i NJA 1949 s. 357 säger H. D., att *vållande får anses* ligga kronan till last, och i HovR:n friade en ledamot från ansvar, enär någon försummelse enligt hans mening icke förelegat. Det är därför kanske icke uteslutet, att man gått på culpa-ansvar såsom enda möjliga vägen för en ansvarsdom. Helt oberoende av huruvida vägförvaltningens ifrågavarande handlingssätt kunde anses innefatta åsidosättande av s. k. normal aktsamhet eller icke, skulle det falla under den allmänna skadeståndsregeln. Vad fallet i NJA 1949 s. 620 angår, uttalar icke H. D., och näppeligen heller HovR:n, *uttryckligen*, att ansvarsdomen hade sin grund i svarandens vållande. Och H. R:n samt två justitieråd fritogo svaranden från ansvar av brist på vållande. När H. D. grundar ansvaret

[1] Att det i fallen i NJA 1949 s. 357 och s. 732 var kronan, som dömdes ansvarig, kunna vi här se bort ifrån. I förra fallet dömdes »kronan såsom väghållare» ansvarig, d. v. s. såsom vilken annan juridisk person som helst. I senare fallet var det åtminstone bl. a. kompanichefens vållande, som »tillräknades kronan» och föranledde kronans ansvar. Vad angår det förra av dessa båda fall, sade H. D., att »enär kronan sålunda eftersatt sin skyldighet att vidtaga erforderliga åtgärder till skydd för trafiken på vägen, får *vållande* med avseende å olyckan anses *ligga kronan till last*». Att kronan sålunda icke dömts ansvarig här på grund av annans vållande — vilket är det vanliga (varom se Bd II: 1, s. 58–61 och jfr noterna 4 och 5 här ovan å s. 211 f.) — torde möjligen sammanhänga just med att kronan i detta fall svarade såsom väghållare. Förr hade ansvar vid trafikolyckor ådömts vägstyrelse eller vägdistrikt såsom vållande. När så kronan själv blev väghållare, har man kanske alltjämt formellt behållit idén, att ansvaret berodde på väghållarens eget och icke hans anställdas vållande. Uttrycket, att vållande ligger kronan till last, kan dock möjligen vara tvetydigt och innefatta, att vållande hos person, anställd inom resp. vägförvaltning, »ligger kronan till last». Se emellertid häremot Bd II: 1, s. 78 f. — Man lägge emellertid märke till, att H. R:n dömt kronan ansvarig på grund av att (icke kronan utan) *vägförvaltningen* handlat på ett sådant sätt, att kronan såsom väghållare icke kunde undgå ansvarighet. Detta torde även ha varit Hov R:ns tanke.

[2] Beträffande det senare se dock föregående not. Metoden tycks ju i allmänhet vara, att kronan icke dömes ansvarig på grund av eget (d. v. s. organs) vållande utan på grund av annans, såsom anställd i kronans tjänst, vållande, varom föregående not.

på att svaranden underlåtit vissa åtgärder, som *ålegat* honom (såsom följd av ett kontraktsförhållande), så *kan* H. D. ha räknat med möjligheten av att detta handlingssätt blott objektivt varit rättsstridigt och att sålunda svaranden icke ådragit sig skuld. När nu icke desto mindre ansvar utdömts, kan denna dom därför ifrågasättas utgöra ett visst stöd för en sådan regel som den av mig föreslagna.[3]

I fallet i NJA 1934 s. 227 har H. D. utdömt ansvar. Motiveringen tyder på företagaransvar. En brandmästare Dahlkvist hade under eldsläckningsarbete störtat ned genom trumman till en varuhiss i en fastighet, ägd av AB Billbergs fastigheter och brukad av AB Billbergs pianofabrik. Dahlkvist skadades. Hans yrkande om skadestånd ogillades i R. R:n och HovR:n (på grund av svarandenas culpafrihet) men bifölls av H. D. med denna motivering: »Ansvar för att faran för dylikt olycksfall icke var förebyggd, i den mån förhållandena påkallat, ligger å bolagen i deras egenskap av ägare och brukare av fastigheten.» Beaktar man underrätternas ogillande av talan och H. D:s formulering av ansvarsmotiveringen, är det tydligt, att H. D. icke gått på culparegeln. Det tycks vara fråga om företagaransvar på grund av farlighet. Olyckan berodde på att, såsom H. D. sade, hissinrättningen var så konstruerad, att vänstra dörrarna till hisschaktet i fjärde våningen kunde hållas öppna, medan hissen befann sig annorstädes än i plan med våningen. Enligt min mening skulle den utvidgade culpa-regeln, d. v. s. den allmänna ansvarsregeln här ha kunnat användas: visserligen har icke utretts, att svarandebolagens organ brustit åt s. k. normal aktsamhet, men det är likväl av vikt, att man beträffande sådana inrättningar som hissar iakttager så stor aktsamhet, att en fara av förevarande art icke kunde uppstå, och därför utdömes ansvar. Därmed skulle den prevenerande funktionen av den tillämpade ansvarsregeln tydligt ha framträtt. Nu kan man ju säga, att även en sådan formulering som H. D:s icke kan dölja den prevenerande effekten av vad som tillämpats. Men det är tydligt, att H. D. icke låtit det intima sambandet med det traditionella culpa-ansvaret komma till uttryck. Icke desto mindre torde man kunna betrakta en sådan dom som den föreliggande såsom stöd

[3] Likväl måste ju alltid observeras, att ett kontraktsförhållande förelåg mellan svaranden och — dock väl att märka — blott en av de två skadelidande personerna. Båda överlåto sina skadeståndsanspråk till länets brandstodsbolag, som förde talan och därvid tillerkändes ersättning för vad som utlagts i försäkringsbelopp till var och en av de skadelidande. Domen måste därför såtillvida betraktas såsom uttryck för utomkontraktligt ansvar. Kvar står dock, att H. D. med hänsyn till ansvaret gentemot *båda* de skadelidande åberopat *åliggande* å svaranden, »som åtagit sig takbeläggningen» (det arbete varvid elden uppstod och skadorna förorsakades).

för, att det sakliga s. a. s. faktiskt tar ut sin rätt och småningom leder in domstolarne i riktning mot culpa-regelns utvidgning till den allmänna ansvarsregeln.[4]

En mängd andra fall i vår praxis skulle kunna ha diskuterats komma under den allmänna ansvarsregeln, därest denna godtagits såsom giltig rättsprincip. Jag nämner därvid först sådana fall, i vilka man kunde ifrågasätta, att domstolarne utdömt ansvar på grund av vad jag kallat en varnande culpa-fiktion. I Bd II: 1 har jag å s. 45 nämnt ett 10-tal ansvarsdomar, möjligen grundade på culpa-fiktion, ansvarsdomar, som sedan på skilda ställen i boken närmare berörts. Och jag menar, att man vid ansvarets motivering i alla dessa fall skulle kunna ha resonerat ungefär på följande sätt.

Med hänsyn till rådande handlingsstandard i situationer av sådant slag som den i resp. fall föreliggande kan väl icke sägas, att det utretts, att svaranden åsidosatt s. k. normal aktsamhet och följaktligen vållat skadan. Men denna rådande handlingsstandard tillgodoser icke det krav, som det med hänsyn till skaderisken ur den allmänna omsättningens synpunkt är angeläget att ställa. Det är därför önskvärt, att rådande handlingsstandard höjes. Judikaturen giver sitt bidrag till detta önskemåls realiserande genom dom på svarandens ansvarighet. Genom att domen därvid framträder såsom en tillämpning av »culpa»-regeln vinnas två fördelar. Dels behöver domstolen icke hesitera för en ansvarsdom så, som den måste göra, därest den i ett sådant fall gåve sig ut på det strikta ansvarets ur konsekvenssynpunkt alltjämt osäkra mark. Dels skulle motiveringen ifråga för ansvaret poängtera, att ett sådant handlingssätt som svarandens dock icke är tillfredsställande, i det att det ligger på en lägre nivå än den numera erforderliga standarden. Kunskapen om att dylika handlingssätt medförde ansvar skulle leda till, att de, även om de icke ännu så betraktades, småningom skulle komma att karakteriseras såsom bristande åt »normal» aktsamhet, det vill säga att icke nå upp till den aktsamhetsgrad, som människor i allmänhet i situationer av förevarande art vanligen iakttaga. Detta vore blott ett annat sätt att uttrycka, att den allmänna handlingsstandarden på området höjts. Nu sist anlagda synpunkt är det, som motiverar, att jag då och då talat om en varnande culpa-fiktion.[5]

Om min förmodan är riktig, att ansvarsdomarne i nu antydda fall eller några av dem verkligen grundat sig på culpa-fiktion, då ha dom-

[4] Fallet har berörts på flera ställen i Bd II: 1. Angående ansvaret här för både ägaren och brukaren se ovan s. 211 n. 5 in f.

[5] Uttalandet nästan ordagrant hämtat från Bd II: 1, s. 45 f.

stolarne, menar jag, ofrivilligt eller icke, låtit komma till uttryck ett behov av den gamla culpa-regelns utvidgning till en ansvarsregel av den art, som jag kallar den allmänna ansvarsregeln, medförande ansvar — oberoende av iakttagande av sedvanlig aktsamhet — för socialt icke önskvärda handlingar, som innebära skilda grader av skadefarlighet.

Jag har redan påvisat vid fallet i NJA 1934 s. 227, att farlighetsansvar, som utdömts för företagare, skulle kunna vara mera sakligt motiverat såsom ansvar efter den allmänna ansvarsregeln, *om* denna hade godtagits hos oss. Detsamma kan emellertid *diskuteras* vara händelsen i alla fall av farlighetsansvar såsom företagare, när det omedelbart skadebringande handlingssättet visats icke ha varit nödvändigt förbundet med det socialt önskvärda, i allt fall icke icke-önskvärda, företagets drift utan kunnat undvikas, utan att fördenskull någon socialt beaktansvärd hämning i driften behövde ske. I dylik händelse kan ju lätt den frågan inställa sig: var det socialt önskvärt, att svarandenföretagaren till förebyggande av risken för den inträffade skadegörelsen hade vidtagit, resp. underlåtit vidtaga, en så eller så beskaffad åtgärd? Besvaras den frågan jakande, vore den allmänna ansvarsregeln användbar, vare sig svaranden (företagaren eller företagsledningen) brustit åt sedvanlig aktsamhet eller icke.[6]

Bland de i Bd II: 1 s. 404 upptagna fallen av farlighetsansvar torde — utöver det nyss berörda i NJA 1934 s. 227 — följande kunna ha *diskuterats* falla under den allmänna regeln, därest denna hade godtagits såsom användbar rättsprincip: NJA 1929 s. 520; 1937 s. 196 och 1943 s. 177.[7] Hur vår praxis i dylika fall verkligen motiverar an-

[6] Med »företagsledningen» har jag i sikte dels svarandens organ (vid juridisk person) dels ock viss eljest i hans tjänst anställd person. I senare fallet bleve svaranden ansvarig för skada genom farlig handling via principalansvaret. Såsom jag redan anmärkt i Bd II:1 s. 41 n. 5 och i enlighet med vad jag senare här nedan tror mig böra hävda, är det mest konsekvent att vid principalansvaret låta anställds »culpa» täcka icke blott det traditionella culpa-området utan hela området för den allmänna ansvarsregeln och sålunda innefatta, att den anställdes handlingssätt varit socialt icke önskvärt, helt oavsett om det nått upp till den vanliga aktsamhetsgraden eller icke. Svarandens principalansvar förutsätter jag nu anses vara förhanden *utan* betingelsen i vår nuvarande praxis: obligationsförhållande mellan svaranden och den skadelidande. Se härom längre fram i arbetet.

[7] Se ang. samtliga fallen rättsfallsförteckningen i Bd II: 1. Fallet i NJA 1937 s. 196 är visserligen såtillvida olämpligt att andraga, som ju »kronan» *vanligen* icke plägar dömas ansvarig för eget handlingssätt utan för annans. Vad jag med exemplet avser är att »annans» handlingssätt kunde ha diskuterats falla under den allmänna regeln och att »kronan» följaktligen skulle kunna ha dömts ansvarig antingen via principalansvaret (jfr nästföreg. not) eller ock därför att »annan» *möjligen* betraktats såsom kronans organ. — Beträffande fallet i NJA 1943 s. 177 synes det mig uppenbart, att arbetsförmannens (= verkmästarens?) handlingssätt skulle ha fallit under tillämpning

svaret framgår icke direkt av domarne. Ty blott detta, att handlingssättet varit farligt[8], är uppenbarligen för domstolarne intet tillräckligt skäl för ansvarsdom[9], så mycket mindre, som man icke anser sig ha tillgång till en i överensstämmelse därmed stående rättsregel. Tanken är uppenbarligen, att handlingssättet inneburit risk för skada och att därför — jämlikt regeln *ubi emolumentum ibi onus* — svaranden varit »närmare» än käranden till att bära skadan, d. v. s. den förlust som skadegörelsen medfört för käranden. Detta senare uttalas direkt i fallet i NJA 1943 s. 177 och betyder intet annat, än att en avvägning mot varandra av partsintressena ägt rum för att få fram ett resultat i överensstämmelse med rättvisa (eller billighet).

Enligt min mening tillhörde det en saklig metod att i dessa fall först undersöka, om det icke varit socialt önskvärt, att (i 1929 års fall) telegrafstyrelsen genom någon sin representant hade uttryckligen varnat sina linjearbetare eller dessas förman till utövande av största aktsamhet med hänsyn till den stora trafiken på Uppsala—Flottsundsvägen, att (i 1937 års fall) någon överordnad givit för ändamålet lämpliga, d. v. s. effektiva, instruktioner, huru man hade att förfara vid vårdnaden av oroliga hästar vid ett sådant tillfälle, att (i 1943 års fall) något bolagets organ eller annan representant direkt eller indirekt hade uppmanat arbetsförmannen att iakttaga särskild försiktighet vid facklornas användning för upptinandet av slangarna. Först om dylika undersökningar icke givit något resultat och den allmänna regeln sålunda icke varit användbar, hade man måst gå till frågan om farlighetsansvar såsom företagare, varvid möjligen sådana synpunkter, som här nedan anläggas på denna ansvarsfråga, hade kunnat beaktas.

När man resonerar om ett sådant fall som det i NJA 1929 s. 520, där telegrafstyrelsen dömdes ansvarig, frestas man till jämförelse med fallet i NJA 1948 s. 419, där intet ansvar utdömdes, ehuru situationerna i grova drag förete vissa likheter. I 1929 års fall hade telefonarbetare kvarglömt en telefontrådsrulle »helt eller delvis inne å vägbanan» Uppsala—Flottsund, vilket ledde till att vänstra framhjulet å en bil insnärjdes i tråden och bilen skadades. I 1948 års fall hade fölet till ett sto, tjudrat å oinhägnad mark nära allmän väg, sprungit upp på denna. En

---

av allmänna regeln; likaså entreprenörbolagets, därest den förres handlingssätt varit förutsebart för bolagets organ, som likväl icke förhindrat detsamma. Men i varje fall skulle bolaget — så som jag ser på saken (jfr föreg. not) — ha dömts ansvarigt såsom principal.

[8] I NJA 1929 s. 520 nämnes icke uttryckligen, att skadan förorsakats genom farlig handling. Härom nedan.

[9] Jfr Bd II: 1 s. 414–417.

bil körde i mörkret på fölet och skadades därvid. Samtliga instanser ogillade enhälligt bilägarens skadeståndstalan, »enär vållande till olycksfallet icke kunde anses ligga» fölets ägare (dödsboet efter en lantbrukare) till last. Nu är det visserligen antagligt, att i 1929 års fall telefonarbetarne handlat kulpost i vanlig mening. Men ansvarsdomen är icke byggd därpå. Principalansvar i ett sådant fall skulle vara oförenligt med rådande praxis. Stockholms R. R. (telegrafstyrelsen svarande) utdömde visserligen sådant ansvar, men domen ändrades av HovR:n, som friade svaranden. H. D:s ansvarsdom är, ehuru något om »fara» där icke uttryckligen säges, likväl säkerligen grundad däråa.[1] I 1929 års dom sägs visserligen, att telegrafverket utmed vägen låtit bedriva »arbete för ett för vägtrafiken främmande ändamål». Men bestämdes icke också stoets tjudrande så, att fölet lätteligen kunde springa upp på vägen, just *såvitt* som detta var en möjlighet för fölet, av för vägtrafiken främmande ändamål? Jag tror, att man måste besvara den frågan jakande. Och likväl synas de olika domsluten icke skära sig med varandra. Ett föl uppe å vägen har icke samma så att säga förrädiskt farliga betydelse för biltrafiken som en telefontrådsrulle, som sträcker sig ut från dikeskanten in på vägbanan. Därmed uppstår också frågan, om det kan vara socialt sett lämpligt att lägga bördan av inhägnad, till skydd för vägtrafiken, å en lantbrukare, på det att denne utan ansvarsrisk må kunna använda sina i närheten av allmän väg belägna klövervallar eller ängar för bl. a. tjudrade ston med föl. Ett jakande svar synes mig ingalunda givet, snarare tvärtom. Därmed synes också (farlighets-)ansvar efter allmänna regeln böra bestridas. Ett farlighetsansvar såsom företagare (eller i allt fall utanför den allmänna regeln) torde redan på grund av den föga utpräglade farligheten[2] (genom ett litet föl på vägen) för trafiken få betraktas såsom uteslutet.

1948 års fall kunde kanske föranleda en jämförelse också med kofallet i NJA 1915 s. 90, varom i Bd II: 1, s. 106 ff. *Om* H. D:s ansvarsdom i detta fall skulle kunna antagas ha berott på en culpa-fiktion (naturligtvis en varnande sådan[3]), så skulle ansvarsfriheten i 1948 års fall ingalunda skära sig härmed. Ty det ovan sagda giver ju vid handen, att ansvarsdom i 1948 års fall icke skulle vara motiverad och följaktligen att icke heller culpa-fiktion skulle kunna ha varit på något sätt motiverad.

Härefter berör jag ett annat fall, där frågan om farlighetsansvar icke

[1] Jfr Bd II: 1 s. 12 n. 8; s. 405, s. 407 n. 1; s. 430 och s. 452.
[2] Varom nedan.
[3] Bd II: 1 s. 12.

direkt framträder, men som likväl synes mig lämpligt till belysande av den allmänna ansvarsregeln. Det rör sig om fallet i NJA 1949 s. 704. Detta angick skada genom snöras från hustak. Husägarens (en bostadsförening) ansvarsbringande handlingssätt bestod i underlåtenhet att i tid låta utföra snöskottning eller annan skadeförebyggande åtgärd. Den skadelidandes talan hade ogillats av R. R:n och HovR:n av den anledning, att det icke styrkts, att svaranden »gjort sig skyldig till försummelse». H. D. (dock blott tre mot två) motiverade ansvaret bl. a. därmed, att intet i målet givit

»vid handen, att mot snöskottningens utförande mött hinder av sådan betydenhet och allmängiltighet att föreningen — som ej heller vidtagit annan åtgärd till förebyggande av skada genom snöras — kan undgå att svara för att dess förpliktelse i förevarande hänseende icke blivit före olyckan fullgjord». (En plåtslagerifirma hade i tid ombetts verkställa snöskottning men ansett behovet därav ha varit mera överhängande för andra fastigheter. Alla liknande firmor voro vid tillfället starkt engagerade.) Dessförinnan hade H. D. poängterat, att den ifrågavarande å fastighetsägaren vilande snöskottningsplikten »till sin natur är sådan att dess effektiva upprätthållande å vederbörande fastighetsägares sida är av synnerlig vikt med hänsyn till gatutrafikens säkerhet».

Om H. D. vill ha sagt, att den vanliga culpa-regeln tillämpats eller icke kan vara tvivelaktigt. Tydligt synes mig dock vara, att det icke utretts, att svaranden handlat mindre aktsamt än andra husägare i trakten, fastän olyckan just vid hans fastighet höll sig framme. Med hänsyn till H. D:s motivering kunde fallet kanske diskuteras vara ett typiskt sådant, som vore att hänföra under den allmänna skadeståndsregeln, därför nämligen att — vare sig svarandens handlingssätt vore att betrakta såsom bristande åt s. k. normal aktsamhet eller icke — det med hänsyn till dylika situationers farlighet kunde anses önskvärt ur social synpunkt, att snöskottning å taken eller annan skadeförebyggande åtgärd i tid vidtoges. Mest sannolikt förefaller det mig, att H. D. här, anseende farlighetsansvar för ägare (företagare) icke kunna komma ifråga, dömt på grund av en *varnande* culpa-fiktion. H. D:s inställning synes mig jämförlig med den i NJA 1946 s. 407, ehuru här faran icke befanns så stor, att culpa-ansvar kunde utdömas. Jag menar, att även i nu förevarande fall ett domsresonemang, analogt med det som jag fört här ovan å s. 278, skulle ha varit träffande, låt vara att H. D. i 1949 års fall i verkligheten kanske indirekt givit uttryck åt en strängare ansvarsprincip på grund av farlighet. Snöskottningspliktens höga gradering är blott, synes det mig, ett annat uttryck för att faran för trafikanter ansetts så stor, att det vore socialt önskvärt, att husägare i dylika situationer låta i görligaste mån undanrödja faran vid äventyr av ansvar.

Skulle snöskottningen ha ansetts icke *kunna* utföras, bleve — så har H. D. *möjligen*, dock föga sannolikt, menat — svaranden likväl ansvarig. Med mitt sätt att se innebure detta, så långt förra alternativet sträckte sig, ansvar efter allmänna regeln; såvitt senare alternativet komme ifråga, farlighetsansvar för ägare (företagare).

Emellertid är det nog icke motiverat att låta ansvarsdomen i 1949 års fall bilda grund för uppfattningen, att H. D. gjort annat än en *varnande* culpa-fiktion. Andra domar angående liknande olycksfall tyda därpå. Jag nämner först fallet i NJA 1942 s. 545 (varom se rättsfallsförteckningen i Bd II: 1). Mera beaktansvärd är kanske H. D:s dom blott 14 månader efter 1949 års dom, nämligen domen i NJA 1951 s. 63. Här friade H. D:s pluralitet från ansvar (tydligen på grund av svarandens culpa-frihet), under det att R. R:n och HovR:n utdömde culpa-ansvar, liksom även minoriteten i H. D. (I HovR:n stodo dock rösterna två mot två.) Nu var emellertid situationen den, att snöraset inträffat så kort tid före olyckshändelsen, att det (enligt H. D.)

»icke kan läggas Ander (svaranden) till last att snön ej undanskaffats dessförinnan; ej heller kan risken för snöras ... anses hava varit så betydande, att det ålegat Ander, att, i avvaktan på att snöskottning kunde ske, vidtaga en för trafiken så hindersam åtgärd som att avspärra gångbanan».

Ser man denna dom utifrån min uppfattning om skillnad mellan farlighetsansvar inom och utanför den allmänna ansvarsregeln, så skulle den åtminstone säga så mycket, som att farlighetsansvar utanför nämnda regel, det skulle här betyda vad jag kallat företagaransvar, icke utdömes i fall av denna art. Och — ehuru domsmotiveringen antyder, att det för ansvaret avgörande vore frågan om svarandens culpa eller icke culpa — så måste väl domen i allt fall, eftersom culpa-fiktion icke anlitats, tyda på, att man icke funnit svaranden hava underlåtit att handla på ett socialt önskvärt sätt genom att icke före olyckshändelsen ha vidtagit åtgärd till en dyliks förebyggande.

I betraktande av dessa tre fall (NJA 1942 s. 545; 1949 s. 704 och 1951 s. 63) synes utvecklingslinjen för vår praxis i fråga om farlighetsansvar i hithörande situationer närmast vara tillämpning av något i stil med vad jag kallar den allmänna ansvarsregeln, under det att farlighetsansvar såsom företagare icke kommer ifråga. Måhända skulle en sådan inställning då stå i samband med vad jag antytt här ovan s. 213 n. 8 (om att egentlig kausalitet mellan »företagarverksamheten» och olyckshändelsen saknades).

Efter omnämnandet av fallen i NJA 1949 s. 704 och 1951 s. 63 torde

det ha visst intresse att taga upp fallet i NJA 1950 s. 188. Solna stad hade sandningsplikt inom sitt område men icke ansett sig i stånd att tillfredsställande fullgöra den på grund av kommunalarbetarstrejk. En man kom varsamt cyklande på den mycket hala körbanan, varvid båda hjulen slirade och han föll och skadade sig. Talan mot staden om ansvar ogillades av H. R:n, men bifölls av HovR:n och H. D. HovR:n sade, att »det ålegat staden» — oaktat kommunalarbetarstrejken och oaktat staden låtit på godtagbart sätt genom särskilda varningstavlor samt annonsering i press och radio varna vägförande för halka — att »sörja för att körbanan var möjlig att använda utan fara för en trafikant som färdades med av omständigheterna betingad särskild försiktighet». Emellertid hade »vägbanan varit i sådant skick, att trafiken därå medfört fara, även om sådan försiktighet iakttagits». H. D. motiverade ansvaret sålunda:

»Den ifrågavarande kommunalarbetarstrejken utgör icke ett hinder av sådan beskaffenhet att staden äger åberopa det till befrielse från ansvarighet för att den av hänsyn till gatutrafikens säkerhet betingade sandningsskyldigheten icke fullgjorts.»

Denna formulering synes mig vara sådan, att det snarare vore fråga om strikt ansvar än det vanliga culpa-ansvaret. Ja, man skulle möjligen kunna fatta den så, att H. D. lämnat frågan om önskvärdheten av ett annat handlingssätt helt åt sidan och utdömt ett farlighetsansvar, tillhörande kategori utanför vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln. En sådan tolkning finner jag kunna ifrågasättas, därför att H. R:ns dom ger uttryck åt, att staden faktiskt *saknade möjlighet* att under strejken ombesörja sandning i erforderlig utsträckning, och H. D. icke antyder någon möjlighet för staden att genom sandning ha kunnat förebygga olyckan. Å andra sidan tyder dock slutorden i citatet efter H. D. närmast på att domstolen betraktat »sandningsskyldighetens» fullgörande såsom en möjlighet för staden. Fanns denna möjlighet för staden eller annat sätt att förebygga dylika olyckor, skulle detta fall enligt mitt sätt att se saken ha kommit under den allmänna skadeståndsregeln, därest man funnit det, trots svårigheterna genom kommunalarbetarstrejken, ha varit ur social synpunkt önskvärt, att staden gjort de ansträngningar, som varit nödvändiga för åstadkommande av sandning till undanrödjande av halkningsfara för trafikanter eller, kanske, för åstadkommande av annan åtgärd till förebyggande av olyckor av förevarande art. Och självfallet skulle då ansvar ha utdömts helt utan hänsyn till om olyckan ansetts ha berott på s. k. kulpost handlingssätt eller icke.

Om det är så, att H. D. här utdömt ansvar, utan att detta vore moti-

verat med stadens »culpa», så skulle denna dom kanske representera en ny linje i vår praxis. Ty denna synes ju eljest konsekvent — åtminstone till några år in på 40-talet — ha förutsatt svarandens »culpa» för hans ansvarighet för skada genom halkningsolyckor.[4]

För fullständighetens skull vill jag anmärka — i anledning av vad jag nyss, hänvisande till s. 213 n. 8 här ovan, uttalade om att företagaransvar i vår praxis möjligen skulle förutsätta verklig kausalitet (låt vara stundom mycket avlägsen sådan) mellan »företaget» och olyckshändelsen — att en fastighetsägares situation angående rengöring på hustaket förvisso icke är helt analog med en kommuns i fråga om rengöring av körbana å gata, och att följaktligen möjligheten av företagarens (kommun) ansvar i ett sådant fall som det i NJA 1950 s. 188 väl kunde rimma sig med dylikt ansvars bestridande i ett fall av samma typ som det i NJA 1949 s. 704. I båda fallen ligger saken visserligen allmänt (d. v. s. med bortseende från det positiva handlingssättets eventuella omöjlighet in casu) så till, att svaranden genom ett visst handlingssätt skulle ha kunnat förebygga olyckan. Men detta handlingssätt kan bedömas såsom ur social synpunkt mera önskvärt i ena än i andra fallet. Och det är förvisso denna synpunkt, som bör anläggas, och icke den osmidiga, huruvida verklig kausalitet (enligt betingelseteorien, varom senare) förelegat mellan »företaget» och olyckshändelsen.

När man granskar det nyss gjorda citatet från H. D:s dom i målet, så får man emellertid — må detta slutligen få tilläggas — också tänka sig möjligheten av det resonemanget hos H. D., att stad i fall av förevarande art helt enkelt svarade för skada å annan, som berodde på »den ifrågavarande kommunalarbetarstrejken». Denna finge ju icke åberopas såsom ansvarsbefriande hinder för fullgörande av sandningsskyldigheten. Jag har aldrig riktigt förstått just denna formulering av ett H. D:s domskäl. Om en kommun bleve ansvarig för skada, som berodde på, att den såsom organisation inte kunde fullfölja sina funktioner, skulle alltför vittgående rättsliga konsekvenser kunna inställa sig, synes det mig.

Kanske kan härefter fallet i NJA 1949 s. 72 vara värt att nämnas.

[4] Se Bd II: 1 s. 503 ff. — Att i fallet i NJA 1948 s. 96 svaranden friades från ansvar av brist på culpa säger dock kanske inte så mycket, eftersom halkningsolyckan icke inträffade å trottoar, körbana eller annan för allmänheten avsedd väg, utan på svarandens gård. Man kunde tänka sig, att »culpa» såsom förutsättning för ansvar i ett sådant fall icke strede emot antagandet av strikt ansvar för halkningsolycka ute å gata. — I mitt uttalande i texten utgår jag från, att skillnad i rättsligt bedömande icke föranledes i och för sig därav, om fotgängare halkar å trottoar eller cyklist å körbana. Att vanligen fastighetsägaren i förra fallet, kommunen i det senare, är renhållare, borde, synes det, icke kunna ha någon betydelse i princip för ansvarsfrågans bedömande.

Vattenfallsstyrelsen (instämd såsom kronan) hade över Smalsundet mellan Stora och Lilla Kornö (strax norr om Lysekil) spänt en kraftledning på 7 m:s höjd över vattnet. Under siktförhållanden, då kraftledningen blott med svårighet kunde skönjas, seglade en båt i sundet med en mast på omkring 11 m, som stötte samman med ledningen, varvid masten bröts, träffade seglaren i huvudet och skadade honom. Efter stämning dömdes kronan i samtliga instanser ansvarig. H. D. sade, att »uppsättandet av ledningen på sätt som skett inneburit fara för fartyg, för vilka sundet i och för sig (med hänsyn till dettas djup av blott 2 m) var framkomligt». Det »måste anses ha ålegat vattenfallsstyrelsen» att »på platsen låta anbringa varningsmärken till skydd för trafiken, och detta så mycket hellre som erforderliga uppgifter om ledningen ostridigt icke anmärkts på sjökort eller intagits i 'Svensk lots' eller någon annan för sjöfarande tillgänglig allmän publikation». Då nämnda förpliktelse eftersatts, dömdes kronan ansvarig. Låt oss för enkelhetens skull se domen så, som om vattenfallsstyrelsen (ett statligt verk) formellt direkt dömts ansvarig. Det är icke alldeles givet, att H. D. funnit styrelsen ha handlat kulpost. I domen nämnes, att den uteblivna skyddsåtgärden visserligen »icke stadgats i samband med beviljande av tillstånd till kraftledningens framdragande eller eljest i någon i förevarande hänseende tillämplig författning». Vidare framhålles, att »styrelsen överhuvud vid ledningens tillkomst och utförande förfarit i enlighet med gällande föreskrifter, av ortsbefolkningen uttalade önskemål och yttranden av vederbörande sjöfartsmyndigheter». Men allt detta, heter det i domen, »har icke varit av beskaffenhet att fritaga styrelsen från förpliktelsen att ombesörja skyddsåtgärden». Lägger man nu härtill, att intet direkt nämnes om »vållande» till olyckan, då kan det, tycks det mig, kanske ifrågasättas, att det icke varit fråga om utdömande av culpa-ansvar i traditionell mening, utan att man konstruerat saken så, att en rättsplikt endast rent objektivt sett åsidosatts, och att det sålunda från H. D:s sida varit fråga om strikt ansvar. Och tydligt är att saken med mitt sätt att se skulle komma under den allmänna skadeståndsregeln, vare sig vederbörandes handlingssätt ansetts vara i nivå med vad som betraktats som vanlig handlingsstandard eller icke. Domen synes mig därför vara ett visst praktiskt stöd för lämpligheten av att hävda denna ansvarsregel. Man bör lägga märke till, att domen ifråga har en helt annan motivering för ansvaret än H. D:s dom i fallet i NJA 1936 s. 141.[5]

[5] Angående H. D:s dom i sist nämnda fall se hänvisningarna i Rättsfallsförteckning i Bd II: 1 och dessutom s. 396 ib. Beaktas må särskilt s. 406 ib.

Ett halkningsfall föreligger i NJA 1950 s. 468. Då prövningstillstånd vägrades, blev HovR:n sista instans. Det rör sig om halkningsolycka å en liten trappa, som ledde ned från en butik. Ansvarstalan fördes av den skadelidande Karin Svensson såväl emot fastighetsägaren, ett bolag, som emot butiksinnehavaren vid namn Ståludd. Båda dömdes solidariskt ansvariga. HovR:n hade före domen hållit syn på stället.

Det framgår av domen, att trappstegen voro »i mitten blankslitna samt på grund av nötning något urholkade och svagt sluttande nedåt». Detta sades dock icke i och för sig böra föranleda ansvar för någon av svarandena. Enligt domen hade före olycksfallet pågått lätt snöfall och snön på gatan utanför butiken hade yrt omkring på grund av blåsten. Vid olyckstillfället hade trappstegen delvis varit belagda med is eller tilltrampad snö, en beläggning som »måste hava inneburit avsevärd risk för halka i trappan». Det hette vidare i domen: »I fråga om renhållningen av trappan, som begagnades av butikens stora kundkrets, måste på grund av trappans förenämnda beskaffenhet uppställas ganska stränga krav under sådana väderleksförhållanden då is- eller snöbildning å trappstegen kunde befaras.» Det framgick vidare av domen, att en städerska ävensom butiksföreståndarinnan gjort vissa bemödanden att rengöra trappan från lös och hårdare snö. Men »sandning av trappan har ifrågavarande dag ostridigt icke ägt rum». Fyra polismän hade inför HovR:n uttalat, att »sand å trappan icke hade varit utan betydelse till förhindrande av halkning», i anslutning vartill HovR:n sade: »Det lätta snöfallet samt yrsnön från gatan kan icke anses hava utgjort tillräcklig anledning för den som svarar för trappans renhållning att underlåta tillse, att sand funnits å trappan. Denna underlåtenhet måste betraktas såsom ett eftersättande av vad som skäligen kunnat fordras för att trappan skulle komma i tillfredsställande skick.» Renhållningen av trappan sades åvila fastighetsägaren, varför bolaget vore ansvarigt för skadan såsom »följd av försummad renhållning av trappan». Härtill fogades så ytterligare: »Då bolaget åsidosatt sin renhållningsskyldighet, måste Ståludd gentemot Karin Svensson, som för att göra uppköp i butiken använde trappan, lika med bolaget svara för den skada som åsamkats henne.» — Göteborgs R. R. hade ogillat talan, då det ej styrkts, att olyckan berott på culpa från någondera av svarandenas sida, och det snarare framginge att Karin Svensson själv genom egen oförsiktighet vållat sin skada.

Det är väl mest antagligt, att bolaget dömts ansvarigt på grund av culpa. Talet om »försummad renhållning» och åsidosättande av renhållningsskyldighet tyder härpå. Men det förefaller omöjligt antaga, att domen beträffande Ståludd avser culpa-ansvar. Hans ansvar motiveras ju icke med att *han* »åsidosatt sin renhållningsskyldighet». Detta sägs blott om bolaget. Tanken synes vara, att trappstegen genom bolagets uraktlåtenhet att sanda dem ha blivit särskilt farliga bl. a. för Ståludds kunder. Gentemot dessa vilade därför farlighetsansvar å honom. Då det är tydligt, att Ståludd skulle ha undgått ett sådant ansvar genom att antingen förmå fastighetsägaren att i mån av behov låta sanda trapp-

stegen eller ock själv låta vidtaga sådan åtgärd, kommer detta farlighetsansvar, icke mindre än bolagets culpa-ansvar, att omfattas av vad jag kallar den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln. Är domen såvitt den avser ansvar för Ståludd av mig här riktigt tolkad, då torde vi här ha framför oss något nytt i vår judikatur: farlighetsansvar för halkningsolycka, vilande å person, som genom sin ekonomiska verksamhet föranledde större trafik å det farliga stället. Detta synes mig i och för sig vara av intresse. Men att jag här medtagit fallet beror därpå, att Ståludds farlighetsansvar skulle ha varit grundat å allmänna regeln, därest denna hade godtagits i vår praxis.

Jag skall nu ytterligare beröra två positiva rättsfall i detta sammanhang. I det ena (NJA 1948 s. 173) skadades Emil (en arbetare och son till arbetsgivaren) år 1943 vid matning av halm i en hackelsemaskin. Vissa fel i tillverkningen av maskinen befunnos ha bidragit till olyckan. Svaranden (en mekanisk verkstad) ansågs »såsom tillverkare av maskinen» ansvarig för »den skada som till följd av de anmärkta felen hos densamma orsakats Emil» (HovR:n och H. D.). Domstolarne ha säkerligen icke grundat ansvaret på tillverkarens bristande åt s. k. normal aktsamhet. Bakom den citerade motiveringen ligger sannolikt samma tanke som i uttalandet i 6 a § arbetarskyddslagen, att tillverkare av maskiner eller redskap skola tillse, att dessa äro försedda med nödiga skyddsanordningar och även i övrigt erbjuda betryggande säkerhet mot olycksfall.[6] Detta torde då ha uppfattats såsom en »absolute duty»[7], vilket skulle betyda, att tillverkarens ansvar utdömdes oberoende av hans skuld. Domstolarnes rättsliga resonemang synes verkligen vara detta, att en särskild fara för dem, som arbetade med maskinen, uppstått genom att tillverkaren rent objektivt sett, d. v. s. oberoende av skuld, åsidosatt en viss tillsyningsplikt. Det tycks sålunda kunna innefatta *strikt* ansvar — utvisande domsskälen i det hela ett farlighetsansvar — för skada (icke genom rättsenlig utan) genom »objektivt rättsstridig» handling.

Själva den ordagranna »motiveringen» för tillverkarens ansvarighet är emellertid, såsom vi sett här ovan, så knapp som möjligt. Den är alltför allmänt hållen för att verkligen kunna gälla som motivering. Tag t. ex. situationen i det norska fallet i Rt. 1948 s. 719 (ovan s. 233 ff.). Inte vore det väl HovR:ns eller H. D:s mening, att i ett dylikt fall till-

[6] Se rubriken över referatet av fallet i NJA. Antydda formulering hade 6 a § i 1912 års lag genom lag 1938. Stadgandets fullständigande 1944 är utan intresse för vårt fall. 1912 års lag ersattes med ny lag 1949.

[7] Jfr t. ex. Rylands v. Fletcher, Bd I s. 348 ff.

verkaren eller leverantören av den bristfälliga stagbulten skulle kunna göras ansvariga för skadan i ett sådant fall. I domen i NJA 1948 s. 173 begränsades nu visserligen motiveringen till att avse skada å den vid den bristfälliga maskinen arbetande personen. Men att en tillverkare icke skulle svara för skada jämväl å annan tredjeman genom fel i maskiner o. d. kan näppeligen anses utsagt genom motiveringen. Man märke att arbetarskyddslagen icke varit direkt tillämplig[8] och faktiskt icke heller åberopats med hänsyn till sin *ratio legis*.[9]

Anläggas mina synpunkter på detta fall, synes det böra komma under den allmänna skadeståndsregeln. Denna måste leda till en tillverkares ansvar i *alla* fall, då skada uppstått genom maskiner, redskap och dylikt, när skadan berott på att redskapet etc. blivit farligt på grund av tillverkningsfel, *och* situationen är den, att det måste anses socialt önskvärt att förmå dylika tillverkare att iakttaga större aktsamhet än den utvisade eller att influera på sina anställda därtill, allt till förhindrande av att på ifrågavarande sätt bristfälliga redskap utsläppas i marknaden. Ett kriterium, som härvid ofta kan vara av betydelse för ansvarsfrågans besvarande, är det som jag här ovan några gånger berört (s. 243, 250, 269 ff.), nämligen hur arbetsfördelningen här lämpligen bör anordnas. Bör undersökningen av produktens (maskinens, redskapets, stagbultens) duglighet och ofarlighet för sitt ändamål vara tillverkarens sak eller (möjligen) säljarens eller (möjligen) brukarens? Den frågan kan icke entydigt besvaras för alla produkter. I fråga om den norska stagbulten menar jag med »brukaren» naturligtvis hamnstyrelsen och icke de olika skepparne.

Beträffande fallet i NJA 1949 s. 460 kan samma resonemang föras. Scenarbetare skadades vid filminspelning genom explosion vid hanteringen av en »fyrverkeripjäs», som var levererad som s. k. rökutvecklare. Tillverkaren-leverantören dömdes av H. D. ansvarig, enär »explosionen orsakats av att fel förelupit vid tillverkningen av pjäsen eller vid dess förseende med etikett».[1] Detta fall av ansvar borde kunna utgöra exempel på tillämpning av den allmänna skadeståndsregeln på alldeles samma sätt som ansvaret i det strax förut berörda fallet. I båda fallen har i och för sig den frågan ingen betydelse för ansvaret efter denna

[8] Från lagens tillämpning undantages i 1 § bl. a. »arbete, som utföres av medlem av arbetsgivarens familj».

[9] Undantagsföreskriften, angiven i nästföregående not, torde för övrigt icke kunna hindra, att den i 6 a § uttalade »rättsplikten» för tillverkare gällde även gentemot »medlem av arbetsgivarens familj».

[1] Ungefär samma motivering i N. Rev:ns betänkande, ävensom i H. R:ns utslag. HovR:n friade från ansvar på grund av bristfällig bevisning.

regel, om tillverkarens handlingssätt nått upp till den vanliga handlingsstandarden (s. k. normal aktsamhet) eller icke.

Slutligen vill jag — alltjämt till belysning av hur jag anser farlighetsansvar böra utdömas enligt allmänna skadeståndsregeln — nämna några nyligen avdömda fall med negativ utgång. Ett av dem är refererat i NJA 1950 s. 177. Under arbete i nattskift å fabrik, ägd av ett aktiebolag, begav sig en arbetare ut på fabriksområdet för att besöka en toalett. I mörkret såg han inte en fördjupning av ungefär en kubikmeters storlek utan föll ned i den och skadades. Fördjupningen brukade vara täckt av en plåt, som dock nu av visst skäl var borttagen. Några lämmar hade lagts eller ställts till avspärrning av den farliga platsen och alltså till förhindrande av olycksfall. Emellertid synas dessa (när och av vem ej klarlagt) ha rubbats ur sitt läge, varigenom olyckshändelsen möjliggjordes. Samtliga instanser ogillade den skadelidandes ansvarstalan på grund av bristande »culpa» hos den »för skyddsanordningarna på olycksplatsen ansvarige inom bolaget» (vilket bolag var svaranden). Talan bifölls dock av en rådman och ett justitieråd, vilka båda funno, att *bolaget* varit vållande till olyckan. Enligt min mening ligger saken efter studium av referatet — vilkets innehåll här blott kunnat otillräckligt angivas — så till, att den sociala värderingen förefaller given, att det vore angeläget, att fabriksägare och andra i dylika situationer gjorde de ökade ansträngningar i skyddsavseende, som vore ägnade att förebygga olyckor av förevarande art. Av denna anledning skulle den allmänna (skadestånds)regeln ha kommit till användning, och det utan att man på något sätt hade behövt besvära sig med olösliga frågor, huruvida vållande, bristande åt s. k. normal aktsamhet eller dylikt hade förelupit å svarandens sida. Väl hade man — med hänsyn till den vägledning, som det är angeläget, att rättspraxis giver för framtiden — först bort söka klargöra, huruvida svaranden-bolagets handlingssätt nått upp till den *vanliga* standarden hos fabriker i sådana avseenden som det förevarande. Detta försök skulle då ha resulterat i något av följande alternativ: 1. handlingssättet ligger under denna standard; 2. handlingssättet faller inom denna; 3. frågan låter sig icke besvaras.[2] I samtliga alternativen skulle — utifrån den nyss antagna sociala värderingen — ansvar ha utdömts.[3] Men det hade varit av en viss vikt, att det i domskälen angivits, vilket alternativ man utgått ifrån.

[2] Vid detta tredje alternativ hade domaren att — under hänsynstagande till fakta och omständigheter som han, kanske med hjälp av expertis, utfunnit — direkt bedöma frågan, om handlingssättet nått eller icke nått upp till den standard, som kunde anses *socialt önskvärd*. Jfr Bd II: 1 s. 23 n. 4 och s. 39 ff.

[3] Jfr uttalandena från Ussing ovan s. 276 f. — Visserligen rör fallet i NJA 1950

I ett annat fall, NJA 1950 s. 351, hade vägförvaltningen i Stockholms län förordnat civilingeniör Kjessler — verkställande direktör i ett aktiebolag, som utförde ingeniörsarbeten — att upprätta arbetsplan för utbyggnad av en viss del av Uppsalavägen från Stockholm. Vid i samband med detta arbete verkställd stakning av vägen nedslogs i kanten (på åkersidan) av ett dike omkr. 0,5 m utanför den besådda delen av marken, ett järnrör, vars översta del stack upp 2 dm över marknivån. Vid skördearbete å åkern stötte en till en traktor kopplad självbindare mot järnröret och skadades. Av referatet synas framgå vissa omständigheter, som ledde till att rörets placering innefattade vad som skulle kunna kallas en dold fara för skada å vissa vid jordens brukande använda redskap. H. R:n dömde Kjessler och bolaget ansvariga, sannolikt enligt vanliga culpa-regeln. HovR:n och H. D. friade från ansvar. Den senare uttalade därvid i motiveringen bl. a. följande:

»I målet kan icke anses ådagalagt, att ifrågavarande rör ... inneburit fara för skada vid jordens vederbörliga brukande av *den betydenhet* att det ålegat Kjessler eller bolaget, oaktat frånvaron av författningsbestämmelser därutinnan, att särskilt varsko markägaren om belägenheten av röret. Kjessler och bolaget hava således icke gjort sig skyldiga till försummelse av beskaffenhet att ådraga dem skadeståndsskyldighet.»

Enligt min mening har detta icke varit den bästa frågeställningen. Utan man borde ha ställt frågan så: hade det ur socialekonomisk synpunkt varit lämpligt eller icke att belasta en verksamhet av sådan art, som det Kjesslerska företaget utövade, med underrättelser till markägarne eller med andra åtgärder till skydd mot dolda faror av denna art? I jakande fall hade ansvar bort utdömas. Det är visst icke givet, att nämnda värderingsfråga skulle ha kommit att besvaras jakande. Referatet i NJA har här blott kunnat svagt antydas. För ett definitivt ställningstagande till sagda värderingsfråga är emellertid kanske icke ens referatet i NJA fullt tillräckligt. — Även i fallet i NJA 1950 s. 550 tror jag, att frågeställningen efter allmänna ansvarsregeln skulle ha varit till nytta. Vid en motorcykeluppvisning, anordnad av en idrottsförening, blev en s. k. kurv-vakt skadad. Talan mot föreningen ogillades i samt-

---

s. 177 arbetsgivares ansvar för olycksfall i arbete (som faller utom min undersökning); men då det är fråga om arbetsgivares direkta ansvar (icke principalansvar), anser jag resonemanget belysande för den allmänna ansvarsregelns innebörd. Det kunde ju f. ö. ha tänkts, att en på platsen boende icke-anställd fallit i gropen. Men jag menar, att allmänna regeln borde få hävdas till komplettering av olycksfallsansvar.

liga instanser. H. D. har tydligen menat, att föreningens ansvar skulle ha förutsatt dess vållande såsom anordnare av uppvisningen. Det förefaller icke uteslutet, att utgången möjligen hade blivit en annan, om man — i stället för att hålla sig till den traditionella culpa-regeln — haft den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln att tillgå. Det skulle emellertid bli alltför omständligt att redogöra för fallet. Tydligt är emellertid att ett dylikt fall skulle vara att bedöma enligt den allmänna regeln. — Vad som framgår av NJA 1951 s. 55 och NJA 1951 s. 79 i skadeståndsrättsavseende synes mig vara utan intresse i detta sammanhang.

Vad jag menar med den allmänna skadeståndsregeln och dess omfattning torde jag nu med alla dessa fall från norsk, dansk och svensk praxis och mina randanmärkningar till dem ha tillräckligt belyst. Som jag förut framhållit, är det min uppfattning, att, om man väl en gång inriktat sig på att diskutera farlighetsansvaret såsom beroende på en möjlig tillämpning av den allmänna regeln, då torde *den* kategorien av farlighetsansvar komma att utfylla huvuddelen av farlighetsansvarets område. Ty mycket ofta beror skadan på en »egentelig bedriftsulykke», d. v. s. någon bristfällighet har omedelbart föranlett densamma, och det ligger då icke sällan så till, att företagaren-svaranden genom ett socialt önskvärt handlingssätt skulle ha kunnat förebygga bristfälligheten och därmed olyckan. Därmed skulle då hans ansvarighet efter allmänna skadeståndsregeln vara motiverad. Stundom ligger saken så till, att det väl icke föreligger någon »egentelig bedriftsulykke», men att svaranden skulle kunna ha förebyggt olyckan genom en viss positiv handling (företagande av någon direkt skyddsåtgärd, uppsättande av varningsskyltar, avspärrning eller underrättelse till den, vars liv eller egendom kunde tänkas råka i fara). Den sociala önskvärdheten av att svaranden skulle ha företagit dylik handling, som han underlåtit, för honom då in som ansvarig efter den allmänna (skadestånds)regeln.

Emellertid bör jag kanske till förebyggande av missförstånd ånyo upprepa, att det nu berörda farlighetsansvaret blott är så att säga en *fortsättning* på *fortsättningen* av det traditionella culpa-ansvaret. Mellan detta och vad vi *pläga kalla* farlighetsansvar ligger ett ansvarsområde, på vilket svaranden visserligen icke kan i gängse mening anses ha handlat kulpost men icke heller handlat så, att man med hittillsvarande rättsspråk torde vilja bygga ansvaret på handlingssättets (särskilda) farlighet för annan. Det nyss berörda fallet från NJA 1950 s. 351 synes mig — därest man nu komme till resultatet, att ansvar bort utdömas — vara hänförligt till detta *mellan* det gamla culpa-ansvaret och farlighetsansvaret liggande

område av den allmänna skadeståndsregeln. Se också ett sådant fall som det i NJA 1939 s. 360, berört här ovan s. 206 n. 4 och 210 n. 2.[3a]

När jag skrev Bd II: 1 hade jag, varom jag redan erinrat och vissa formuleringar där vittna, icke helt klart för mig, att farlighetsansvaret i *så* stor utsträckning, som det nyss sagda giver vid handen, borde komma in under den allmänna (skadeståndsregeln (»culpa-regeln i min version» = »den allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen»). Min blick för detta förhållande klarnade, när jag lät de norska rättsfallen passera revy. Men att en betydande del av strikt farlighetsansvar skulle utfylla regeln var jag vid flera tillfällen angelägen framhäva.[4]

[3a] Kanske vore det mera konsekvent att placera farlighetsansvaret ifråga såsom omedelbar fortsättning på det traditionella culpa-ansvaret och låta denna fortsättning i sin tur följas av det segment, inom vilket handlingen icke är farlig i rättsspråkets kvalificerade mening.

[4] Se Bd II: 1 bl. a. s. 15 f., s. 38, s. 41–44, s. 111, s. 448 ff. På s. 449 har jag tyvärr förbisett ett rätt besvärande skrivfel. Å rad 15 å s. 449 står »Detta farlighetsansvar», men det borde stå »En del av detta farlighetsansvar». Förhållandet framgår dock dels av not 9 å samma sida (där jag påpekar, att »culpa-ansvar i min version ... täcker en del av farlighetsansvaret, varom strax här nedan») och dels av raderna 20 ff. i texten å s. 449. Se f. ö. också s. 450. — Å s. 441 f. har jag blott farlighetsansvar utanför den allmänna skadeståndsregeln i sikte. Men jag har kanske förstorat betydelsen av denna ansvarskategori, just därför att jag icke aktualiserade för mig, hur omfattande farlighetsansvaret enligt allmänna skadeståndsregeln kunde bliva. — I Bd II: 1 hade jag tagit upp farlighetsansvaret i strid mot den ursprungliga planen för arbetet. Se »Förord» ib. s. VI och s. VII.

FARLIGHETSANSVARET UTANFÖR DEN ALLMÄNNA ANSVARS- ELLER SKADESTÅNDSREGELN.

Härefter skall jag så kort som möjligt söka angiva de synpunkter, som enligt min mening ha särskild betydelse i en diskussion om farlighetsansvaret utanför den allmänna skadeståndsregeln. Utgångspunkten är här, icke blott att svaranden, *så vitt utredningen visar*, icke handlat kulpost, d. v. s. icke brustit åt vanligen i dylika situationer iakttagen aktsamhet, utan även att han handlat med sådan omsorg och försiktighet, att han icke på något sätt brustit ens åt den aktsamhet, vars iakttagande ur social värderingssynpunkt måste betraktas som önskvärd. Då det därför förefaller, som om en skadeståndsregel här alls icke hade prevenerande utan blott ersättande funktion, kan skadeståndet (d. v. s. regeln därom) vid första påseendet verka meningslöst, ja socialekonomiskt förkastligt, i det att arbete och kostnader nedlades för detta skenbart meningslösa överflyttande av förlust från den skadelidande sidan till svaranden.[5] Man dock liksom känner på sig, att en sådan syn på saken måste vara på något sätt bristfällig. Om en familjeförsörjare (icke anställd hos svaranden) blir invalid genom olyckshändelse, som inträffat under en i affärssyfte utvecklad s. k. farlig verksamhet, så är, om jag så får säga, den naturliga impulsen hos de flesta säkerligen, att företagaren måste vara »rättvisligen skyldig» att i viss mån hålla honom och familjen skadeslös. Dylika rättvisekänslor äro, såsom jag så ofta påpekat, i allmänhet — vanligen mera hemligt än öppet — dirigerade av såsom samhällsnyttiga värderade synpunkter.[6]

Helt naturligt är jag ganska osäker i frågan, hur detta farlighetsansvar på bästa sätt bör motiveras och, följaktligen, hur gränserna för detsamma böra utstakas eller åtminstone antydas. Att vår praxis för ansvar förutsätter, att situationen präglats av en viss högre grad av farlighet, just av — såsom det ofta uttryckes i litteraturen — en *särskild*

[5] Jfr citatet från Mr Justice Holmes i Bd I s. 223.
[6] Jfr nedan s. 302 ff., särskilt s. 305 n. 6.

fara, är otvivelaktigt.[7] Detta synes den ju stundom göra, också när traditionellt culpa-ansvar skall motiveras.[8] Redan i sin »Skyld og Skade» ville Ussing begränsa farlighetsansvaret till skada genom handlingar, som dels frambringa *osedvanlig fara* och dels kunde karakteriseras som *extraordinära*.[9] Efter förnyat studium av frågan vidhåller Ussing, att farlighetsansvaret *i princip* (kurs. här) endast bör inträda *ved extraordinære Handlinger, der medfører en særegen Fare*.[1] Jag kan icke utan vidare ansluta mig till denna Ussings ståndpunkt. Detta följer redan därav, att jag vill föra in vad som synes mig utgöra det väsentliga av farlighetsansvaret under den allmänna skadeståndsregeln, som ju kan drabba handlingar av *alla* farlighetsgrader, till och med sådana där man kanske icke ens tänker på handlingssättet såsom farligt.

Emellertid är jag fullt på det klara med, att det är lämpligt att giva farlighetsansvaret *utanför* den allmänna skadeståndsregeln en stark begränsning. Kanske kan därvid ingen bättre formulering givas än den nyss anförda efter Ussing. Visserligen angiver denna intet *visst* och *påtagligt*, som vore acceptabelt. Dess styrka synes mig ligga däri, att den å ena sidan starkt varnar mot att giva ansvarsregeln en alltför vidsträckt omfattning och å andra sidan låter utstakningen av gränserna för regelns omfattning uppdragas åt domstolarne genom att här lämna mycket stort utrymme åt deras s. k. diskretionära prövning av ansvarsfrågan. Detta senare blir ju en nödvändig följd av vagheten i sådana begrepp som »extraordinär handling»[2] och »säregen fara». Visserligen är jag eljest

[7] Så tror jag faran kan betecknas i alla följande fall av farlighetsansvar: NJA 1909 s. 476; 1928 s. 316; 1929 s. 520; 1934 s. 227; 1936 s. 557; 1937 s. 196; 1942 s. 473; 1943 s. 177; 1943 s. 343; 1946 s. 734 och 736; 1946 s. 758 och 763; 1947 s. 385; 1948 s. 173; 1949 s. 460. I flera av dessa fall nämnes visserligen icke ordet fara, men situationens farlighet är likväl tydlig. Att åtskilliga av dessa fall vore hänförliga under den av mig lanserade allmänna skadeståndsregeln betyder här intet, eftersom det näppeligen finns anledning antaga, att domstolarne utanför culpa-regeln klart och öppet räkna med något annat farlighetsansvar än det vi just nu diskutera. Jfr Bd II: 1 s. 10–23. — Till undvikande av missförstånd må nämnas, att domstolarne icke tala om »särskild fara» utan blott om en »sådan» (eller liknande), att ansvaret är motiverat. När skadeståndstalan ogillas, kan det heta, att faran icke varit av *den betydenhet*, att annat handlingssätt och därmed (culpa-) ansvar varit motiverat. Se t. ex. NJA 1950 s. 351. — Ang. NJA 1929 s. 520 se särskilt Alexanderson II, s. 109 f.

[8] Se NJA t. ex. 1946 s. 407; 1949 s. 704 (om nu H. D. här utdömt culpa-ansvar); 1950 s. 351 (och jfr ovan s. 278 f.). Detta är dock här utan intresse, varom se nästkommande n. 5.

[9] Ussing, Skyld og Skade, § 14.

[1] Ussing, Erstatningsret s. 125; de senare orden kursiverade av Ussing själv. Ståndpunkten vidhålles (såsom *allmän*, d. v. s. principiell regel) i U. f. R. 1947 B s. 286.

[2] Ussing bestämmer visserligen denna närmare så: »det maa dreje sig om en Virksomhed, der kun udøves af forholdsvis faa Medlemmer af Samfundet. Det maa være noget, der hæver sig klart op over det almindelige Niveau, saaledes at Ansvaret

av den meningen, att man åt sådan domstolarnes diskretionära prövning bör överlämna så litet som möjligt, d. v. s. blott vad som är nödvändigt. Men beträffande denna del av farlighetsansvaret *blir* det tillsvidare, i brist på vunnen erfarenhet, nödvändigt att lämna mycket stort utrymme (och, såvitt jag kan se, vida större än vid den allmänna regeln) åt domstolarnes ifrågavarande fria prövningsbefogenhet.[3]

Detta oaktat känner jag mig dock ganska tveksam ifråga om lämpligheten att låta det nu på tal varande farlighetsansvaret begränsas till »extraordinära» handlingar, därför nämligen att farligheten *kan* tänkas vara t. o. m. mycket stor och utpräglad, utan att man kan vilja vara benägen att karakterisera svarandens handlingssätt såsom »extraordinärt».[4] Detta attribut kan, menar jag, befaras verka en alltför stark begränsning av detta farlighetsansvar. Därför tror jag det vara bäst att beträffande detsamma icke uppställa någon annan betingelse än den vanligen formulerade, nämligen att handlingssättet (i sig självt eller med hänsyn till omständigheterna i situationen) inneburit en *särskild fara* för den inträffade skadan.[5] Men — vad jag ofta sagt och finner an-

---

bliver en Undtagelse», Erstatningsret s. 127. Skulle domstolarne komma att godkänna just denna beskrivning på »extraordinär» handling? Lämnar icke också denna beskrivning lika stort utrymme åt subjektivt ställningstagande? Vad betyder »forholdsvis faa»? Vilka verksamheter eller handlingar »hæver sig klart op over det almindelige Niveau»? Dessa frågor innebära ingen kritik. Jag har blott önskat påvisa, att tanken »extraordinär handling» alltid måste vara mer eller mindre starkt subjektivt färgad.

[3] Jag har här för korthetens skull använt ordet »diskretionär» eller »fri» prövning. Det är förvisso intet exakt begrepp; tvärtom tänjbart och därigenom suddigt. Rent logiskt torde snart sagt *all* prövning inom (straff- och) skadeståndsrätten kunna betecknas såsom från domstolarnes sida mer eller mindre diskretionär. Jag har icke tid att söka fördjupa mig i denna fråga. Vad jag i texten menar med begreppet är, att fältet för domarens egna värderingar — direkt stödda eller icke på andras — vid avgörandet blir *särskilt* rymligt på grund av avfattningen av den rättsprincip, som avses att komma till användning.

[4] Här bör ånyo erinras om att Ussing uppställde sin restriktiva ansvarsmaxim, såsom jag nämnde, blott i princip, d. v. s. blott såsom en *allmän* regel om farlighetsansvar. Han medger, att ansvar av »særlige Grunde» kan ifrågakomma också »ved sædvanlige Handlinger». Sådana grunder föreligga »formentlig i vidt Omfang med Hensyn til Skade, der voldes af Husdyr og af Maskiner, selv om de ikke hører til en extraordinær Virksomhed». Se hans Erstatningsret s. 125 och jfr hans uttalanden i U. f. R. 1947 B s. 286. — Beakta även Ussings här ovan å s. 276 f. refererade uttalanden.

[5] Tillämpligheten av begreppet »särskild fara» och dyl. är naturligtvis alldeles så som av begreppet »extraordinär handling» beroende på domarens s. k. diskretionära prövning, varom nyss i en not. — Faran må enligt min mening vara »särskild» framför allt genom sin höggradighet med hänsyn till den inträffade skadan. Jfr Bd II: 1 s. 409 ff., s. 450 ff. I detta sammanhang torde H. D:s motivering i t. ex. NJA 1950 s. 351, citerad ovan s. 294, icke böra nämnas. *Där* frågas efter graden av fara för besvarande av spörsmålet: skuld eller icke? *Här* är det fråga om graden av farlig-

ledning än en gång understryka — det överensstämmer naturligtvis icke med min åskådning att uppställa denna ansvarsbegränsande betingelse för annat farlighetsansvar, än det som faller utanför den allmänna skadeståndsregeln och följaktligen är hänförligt under en ansvarsregel, som icke uppställts med hänsyn till prevenerande social funktion.

Kristen Andersen vänder sig mot Øvergaard, därför att denne uttalat, att meningen i vissa norska domar (Rt. 1909 s. 851 och 1917 s. 202; se här ovan s. 220 ff.) icke synes vara den »at bedriftens størrelse i sig selv skulde ha nogen selvstændig betydning; det er bare fordi størrelsen medfører en konsentrasjon eller akkumulasjon av fare at detta moment tillægges vekt».[6] Kr. Andersen menar, att Øvergaards uttalande sammanhänger med dennes uppfattning, att det »objektive ansvar» i Norge vore begränsat till de enligt sin natur »påtagelig farlige bedrifter». En dylik uppfattning motsades dock enligt den förre av senare årens praxis, varvid han börjar med bunkringsfallet i Rt. 1936 s. 345 (berört här ovan s. 223, s. 234—237 samt s. 239). Med hänsyn härtill kunde Øvergaards uppfattning, att »en bedrifts størrelse i seg selv» icke skulle ha självständig betydelse såsom förutsättning för s. k. objektivt ansvar, icke vara riktig. Domarne i de båda först nämnda fallen vore oförklarliga, »medmindre bedriftens størrelse eller virksomhetens omfang, og det risikosynspunkt som knyttes till dette moment, tillegges selvstendig, utslagsgivende betydning».[7]

Själva denna diskussion har kanske mindre intresse för oss. Men vilken innebörd de båda domarne än vid sin tillkomst möjligen kunna anses ha haft i förevarande avseende — en fråga nog så svår att besvara — synes det dock vara klokast att fatta dem så, att de icke kunna

---

het såsom grund för tillämpning av en icke prevenerande ansvarsregel. — I sin Erstatningsansvar uden Skyld använder Ussing uttrycket »særlige farer». Men i sina egentliga principuttalanden (Erstatningsret s. 125 och 127) talar han om »*særegen* Fare» och säger, att det inte fordras någon »særlig høj Grad af Fare, men der maa være noget særegent ved Faren». — Till komplettering av vad i föregående not sagts om Ussings medgivande att kunna frångå kravet på *extraordinär* handling bör nämnas, att han låter »extraordinær» och »særegen» bestämmas genom »en samlet Afvejelse. Jo mere extraordinær Virksomheden er, des ringere Krav behøver man at stille med Hensyn til Faren. Omvendt vil en særlig høj Grad af Fare kunne begrunde, at man medtager Virksomheder, der ikke er klart extraordinære»; Erstatningsret s. 127. Parentetiskt må påpekas, att Ussing i *detta* uttalande låtit »særegen» fara ha betydelse av särskilt höggradig fara. — Øvergaard finner, s. 138 f., att det överensstämmer med norsk praxis att taga »særlig fare» såsom betingelse för ansvar för farlig »bedrift» i betydelsen av »særlig stor fare».

[6] Øvergaard s. 133.

[7] Bølger s. 108 ff. Förut har Kr. Andersen gjort nästan ordagrant samma uttalanden i sin »Lidt om risiko etc.», s. 237 ff.

vara till hinder för dömande i överensstämmelse med den i det från Øvergaard citerade uttalandet liggande tanken. En sak för sig är, att denna möjligen kan behöva något närmare utformas. Vad min egen ståndpunkt beträffar, så är det givet, att farlighetsansvaret under den allmänna skadeståndsregeln icke kunde vara betingat av en viss storlek i eller omfattning av verksamheten. Och vad farlighetsansvaret därutanför angår, tror jag den bästa principen vara att låta ansvar inträda, om blott verksamheten varit behäftad med en särskild (åtminstone i allmänhet = en särskilt stor) farlighet. Jag har i det föregående utgått från möjligheten, att detta farlighetsansvar skulle kunna ifrågakomma också för skada genom svarandens *egen* handling, alltså icke blott såsom företagareansvar i egentlig mening (ovan s. 210 ff.). Denna min utgångspunkt innefattar självfallet, att den »särskilt farliga» verksamheten icke behöver ha någon viss »størrelse» eller omfattning. Väl torde det vara så, att farlighetsansvaret för den egna handlingen i allmänhet faller under den allmänna skadeståndsregeln, enär handlingen betraktas såsom socialt icke önskvärd. Men nödvändigt är detta ingalunda. (Jfr t. ex. ett sådant fall som det i NJA 1951 s. 55 refererade, ehuru ansvar där icke utdömdes; enligt min mening med allt fog.) Och om då farligheten i handlingen varit särskilt stor, varför skulle icke ansvarsregel vara tillämplig lika väl som vid företagaransvar utanför den allmänna skadeståndsregeln?[8] Det finns dock, som vi senare skola se, en skillnad, som skulle kunna tänkas leda till plädering för ansvar blott vid vad jag kallar företagaransvar. Saken skall strax (s. 305 ff.) något beröras. *Tillsvidare har jag blott »företagaransvar» i sikte.*

När jag för min del anser, att det nu berörda farlighetsansvaret bör ha ett så pass snävt område, som följer av betingelsen »särskild fara», beror detta på flera omständigheter: 1. Hänsyn till trygghet å företagarsidan. 2. Det ofta sagda, att farlighetsansvar i rikt mått är tillgodosett genom den allmänna skadeståndsregeln. 3. Principalansvaret synes mig här böra kunna spela en stor roll. Så snart skadegörelsen kan sägas ha berott på visst handlingssätt[9] av hos svaranden anställd per-

[8] Att ansvar icke utdömdes i fallet i NJA 1951 s. 55 torde kort kunna förklaras därmed, att käranden utsatt sig för faran genom att förlägga sin rävfarm i närheten av en gård, till vars rationella brukande hörde, att bortsprängning av sten (med skadlig ljudverkan för rävhonorna) ägde rum. H. D:s pluralitet har uppenbarligen menat, att ansvar för skada genom »immissioner» icke kunde komma ifråga i ett sådant fall.

[9] Med uttrycket »berott på» menar jag, antingen att handlingssättet varit positivt och i vanlig mening (alltså enligt den s. k. betingelseteorien) kausalt till skadan, eller ock att denna skulle ha uteblivit, därest personen ingripit med visst positivt handlingssätt, som han emellertid i fallet underlåtit att företaga.

son i tjänsten, uppstår redan av denna grund fråga om hans ansvarighet. Saken ligger följaktligen icke sällan så till, att principalansvar inträder, om farlighetsansvar mankerar.[1] — Här får naturligtvis icke heller förglömmas den supplerande betydelsen av den uttryckligen lagfästa farlighetsansvarigheten, omfattande ganska vidsträckta områden av ansvarighet ifråga om skada genom än kommunikationsverksamhet, än elektriska ledningar, än vissa djur o. s. v. Även om vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln skulle vinna erkännande i den av mig tänkta omfattningen, torde alltid ett för särskilda fall »legaliserat» farlighetsansvar vara av behovet påkallat (jfr ovan s. 260, tyska reformarb.).

Må vi nu ytterligare komma ihåg vad som i det föregående vid förevarande kategori av farlighetsansvar har sagts om ansvarsregelns prevenerande betydelse. Utgångspunkten är ju att ifråga om *svarandens* handlingssätt intet framkommit, som föranleder någon anmärkning mot detsamma ur social värderingssynpunkt. Detta är anledningen till att fallet icke kan hänföras till det under den allmänna skadeståndsregeln fallande farlighetsansvaret. Å andra sidan har jag också erinrat om, att en preventionsverkan vid denna kategori av farlighetsansvar icke desto mindre kan i högre eller lägre grad framstå som en psykologisk nödvändighet: företagaren — och för övrigt även hos honom anställda[2] — eggas eller föranledas till särskild försiktighet. Det synes ligga i sakens natur, att denna preventionsverkan snarare kan förväntas vid handlingar av *särskild* farlighet än vid andra »farliga» handlingar, som falla utanför den allmänna skadeståndsregeln. Detta är då kanske ett ytterligare skäl för den gjorda begränsningen av området för detta farlighetsansvar.

Frågar man efter motiveringen till nu berörda farlighetsansvar, måste man — i enlighet med vad jag ovan s. 297 antydde — nog säga, att vad som omedelbart ligger i bakgrunden såsom drivfjäder på den hithörande *doktrinen* är rättvisekänslan (d. v. s. det allmänna rättsmedvetandet), såsom denna bl. a. uttryckes i sentensen *ubi emolumentum ibi onus*. Denna rättvisekänsla lever faktiskt så stark hos människorna i fråga om de mera utpräglade situationer, varom det nu rör sig, att den kan tänkas i sig själv vara en social angelägenhet, som i rätten icke

[1] Att nu vår svenska rättspraxis intagit en väl alltför restriktiv hållning till principalansvaret (varom nedan) — i jämförelse med rätt eller rättspraxis i exempelvis våra västra grannländer, i Frankrike och England — är en sak för sig. Principalansvarets eventuella otillräcklighet torde böra leda till ändring på *detta* område och icke få influera på utformningen av farlighetsansvaret utanför den allmänna skadeståndsregeln. — Se dock emot dylikt åskådningssätt Alexanderson I s. 42.

[2] Jfr Bd II: 1 s. 452 f.

bör lämnas obeaktad. Om vi nu emellertid gå att undersöka, huruvida det, bortsett härifrån, döljer sig några sociala realiteter bakom denna rättvisekänsla, torde följande kunna sägas.

Första frågan är då självfallet, huruvida en ansvarsregel — frånsett möjligheten av det nyss sagda om hänsynstagandet till nämnda rättvisekänsla såsom en social angelägenhet — här hade att fylla någon social funktion därutinnan, att den ledde till (anspråk på) skadans ersättande eller reparerande. Denna fråga föranleder närmast följande spörsmål: bidrager uppehållandet av regeln genom dennas ersättande funktion — ty utgångspunkten är ju att regeln egentligen icke kan ha någon prevenerande social funktion — till trygghetskänslan och därmed till produktion och omsättning i samhället? Det jakande svaret på denna fråga förutsätter naturligtvis, att det för denna trygghetskänsla vore mera angeläget, att de genom »särskilt farliga» handlingar *skadelidande* (eller deras rättsinnehavare) *få ersättning*, än att de ifrågavarande handlingarne (som ju trots sin farlighet icke anses socialt oönskvärda) skola få utövas *utan att medföra skadeståndstvång för företagaren*. Beträffande den ifrågavarande sociala värderingen skulle jag vilja framföra följande synpunkter.

1. Företagarne måste vid dessa särskilt farliga verksamheter eller handlingar *i allmänhet* på ett helt annat sätt än den hotade tredjeman vara insatta, i vilken eller vilka olyckor som genom verksamheten kunna inträffa. Den allmänna trygghetskänslan synes tillgodoses mera genom att den oförberedde skadelidande tredjeman får skadestånd än genom att de förberedda företagarne äro befriade från skadeståndstvång.[3] Ty oaktat utgångspunkten här är, att företagarne handlat inom den socialt önskvärda (i allt fall icke oönskvärda) handlingsstandarden, är det blott de, icke allmänheten-tredjeman, som ha i sin hand att vidtaga anordningar till allmänhetens varnande och olyckors förebyggande. Att tillmäta detta betydelse står icke i strid med utgångspunkten. Ty dels är det möjligt, att uppskattningen av handlingssättet såsom fallande inom socialt önskvärd handlingsstandard har berott på bristfällig utredning eller omdömeslöshet eller bådadera (jfr ovan s. 216), dels kommer (detta oavsett) hotet om det strikta ansvaret trots allt ofta att influera på företagarnes handlingssätt till iakttagande av största försiktighet. Med hänsyn särskilt till det förra måste sålunda vad jag ovan å s. 243 och 250 antytt om synpunkten av en lämplig arbetsfördelning till farans

[3] Detta är lika litet någon rättvisesynpunkt, som framhävandet av en skadeståndsregels ersättande (reparerande) sociala funktion vid sidan av dess prevenerande är att så betrakta. Jfr bl. a. Culpa-Regeln s. 109 f.

förebyggande erhålla viss betydelse även för frågan om farlighetsansvar utanför den allmänna ansvarsregeln.

2. Betydelsen av den allmänna trygghetssynpunkten, såsom talande till förmån för företagarnes belastande med skadeståndstvång, understrykes när man beaktar, att förlusternas övervältande på företagarne i det hela ter sig som en enligt socialekonomiska överväganden säkerligen väl motiverad åtgärd. Ur sådana synpunkter kan det nämligen ofta icke finnas lämpligt, att de skadelidande eller deras familjer belastas med mer eller mindre tyngande ekonomiska bördor, allt under det att svarandenas övertagande av dessa bördor kanske icke behövde vara kännbart för dem. De kunna möjligen fördela dem på den konsumerande allmänheten, i det att de låta dem ingå i driftsomkostnaderna, eller låta dem stanna hos försäkringsgivarne, hos vilka de tagit ansvarighetsförsäkring.[4]

För redans skull bör kanske påpekas, att ansvarighetsförsäkring icke kan principiellt karakteriseras såsom en särskild form för att ekonomiskt belasta driftsomkostnadskontot med bördan av *detta* ansvar och ännu mindre såsom en fördelning av bördan på den konsumerande allmänheten. För *blott* det nu berörda farlighetsansvaret torde icke finnas några särskilda tariffer, som beaktas vid försäkringsavtalen, utan dessa ha i allmänhet avseende å all ansvarighet, alltså icke blott det föreliggande farlighetsansvaret utan jämväl både vanligt culpa-ansvar och det som eventuellt faller under allmänna skadeståndsregeln i övrigt (vare sig detta lämpligen kommer under termen farlighetsansvar eller icke) samt principalansvaret. Vidare är premien eller premierna naturligtvis avpassade med hänsyn till riskerna för olyckor hos en mängd skilda företag, under det att olyckorna kunna fördela sig mycket ojämnt på de skilda företagen.

3. A propos ansvarighetsförsäkring bör sägas, att där ansvarighetsförsäkring är en naturlig åtgärd från en hithörande företagares sida, måste detta farlighetsansvar vara en särskild påminnelse för honom om möjligheten att gardera sig genom sådan försäkring. Viktigare är dock

---

[4] Jfr Ussing, Erstatningsret s. 120 f. Vad ansvarighetsförsäkringen angår, fäster jag uppmärksamheten på att sådana dubier angående densammas reservationsfria lämplighet icke kan göras här som ifråga om den gamla culpa-regeln (och naturligtvis också ifråga om vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln, för övrigt även ifråga om principalansvaret). Då utgångspunkten vid nu behandlade kategori av farlighetsansvar är, att ansvarsregeln icke har prevenerande funktion, blir möjligheten att använda institutet ansvarighetsförsäkring tvärtom naturligt bidragande till den ifrågavarande ansvarsregelns tillämplighet. Jfr Obligationsbegreppet II: 1 s. 227; Culpa-Regeln s. 125 ff. och Bd I s. 147 ff. Se även, angående principalansvaret, nedan s. 355 ff.

i detta sammanhang att nämna, att just möjligheten för företagarne att taga ansvarighetsförsäkring utgör ett bidragande moment i motiveringen för en regel om deras ansvarighet.[5] Det torde säga sig självt, att det beträffande hithörande olyckor är, ur både socialekonomisk och praktisk synpunkt i övrigt, lämpligare, att företagarne gardera sig medelst ansvarighetsförsäkring, än att i stället allmänheten garderade sig medelst olycksfallsförsäkring.[6]

Vid vad jag nu skrivit har jag endast haft vad jag kallar företagaransvar i sikte, alltså icke farlighetsansvar för den *egna* handlingen (*utanför* allmänna regeln). Mellan dessa kategorier föreligger, såsom jag förut å s. 301 i diskussionen angående »bedriftens størrelse» nämnde, i stort sett en viss skillnad. Och denna skillnad består däri, att det *mera allmänt* kan sägas beträffande företagaransvar än beträffande detta »egetansvar», att svaranden kan låta vad han utbetalar i skadestånd ingå i omkostnaderna för företaget på ett sådant sätt, att nämnda utbetalningar komma att stanna å den konsumerande allmänheten. Detta betyder, att vad som sagts under 2. har mera omfattande giltighet beträffande företagaransvar än beträffande ifrågavarande ansvar. Jag är dock icke övertygad om, att man av denna anledning borde begränsa ansvaret blott till företagaransvar. Man kan kanske se saken på följande sätt, varvid jag först håller mig till *företagaransvaret*.

Det kan tänkas, att marknaden är sådan, att priserna icke kunna sättas högre, än att företagaren själv får bära förlusten, genom skadeståndsbetalningarne, helt eller delvis. Detta torde nu — såvitt fråga är om ett ekonomiskt företag — höra till sällsyntheterna och därför icke motivera avsteg från ansvarsregeln. Denna uppställes med hänsyn till *mängden* av situationer. Och låt vara att domarens diskretionära prövning med hänsyn till icke blott tillämpligheten av »särskild fara» utan naturligtvis också till svarandens handlingssätt såsom socialt icke oönskvärt blir nödvändig, vore det dock, synes det mig, olämpligt att låta ansvarsregelns användning vara beroende också på domarens prövning av nämnda ekonomiska fråga. Kanske kunde även resoneras på den

---

[5] Se ovan Høiesterets dom i fallet i Rt. 1940 s. 16. Jag har visserligen (ovan s. 270) i ett sådant fall räknat med möjligheten av ansvarets prevenerande betydelse. Men detta har icke Høiesteret gjort.

[6] Såsom rubrik över samtliga dessa tre synpunkter skulle kunna sättas satsen: *ubi emolumentum ibi onus*. Det ligger, såsom man därav förstår, en saklig tanke bakom satsen, såsom dennas grund. Men såsom den använts i doktrinen, har den sakliga bakgrunden icke kommit till heders, utan satsen har varit och förblivit uttryck för rättvisemetoden. Satsens sakliga grund omfattar jämväl vad som sägs nedan å s. 307 om den *sociala* betydelsen av att andras »rättigheter» icke utan vidare offras eller spolieras.

linjen, att företag, som icke förmå bära den ekonomiska belastning, som ansvaret ifråga innebär, d. v. s. icke förmå ersätta de skador, som dess verksamhet förorsakar allmänheten, icke kunna betraktas annorlunda än såsom socialt icke önskvärda.[7]

Detta sista skulle dock återigen endast kunna sägas i sin *allmänhet*. Det finns onekligen verksamheter å ena sidan med svag ekonomisk bärkraft, å andra sidan uppskattade såsom *socialt särskilt nyttiga*, ehuru »särskilt farliga» handlingar kunna förekomma. Som exempel kunna vi tänka oss ett mindre företag för vetenskapligt experimentell verksamhet. Jag tror emellertid, att icke ens ett dylikt företag bör undkomma ansvarsregeln och att den lämpliga vägen här är, att dylika företag få statsunderstöd till sina driftskostnader, däri då inbegripna skulderna på grund av ansvar för skador genom särskilt farliga handlingar.[8]

Härefter kan jag beträffande farlighetsansvar (utanför allmänna regeln) för den *egna* handlingen fatta mig kort. Det är sant, att actor här vida oftare än en företagare saknar möjlighet att på andra fördela kostnaderna, ävensom att lämpligheten för honom att i hithörande fall ha garderat sig med ansvarighetsförsäkring icke kan ha förefunnits i lika hög grad som för en svarande vid företagaransvar. Jag medgiver därför, att det väl kunde ifrågasättas att undantaga skada genom den egna handlingen från detta farlighetsansvar. När jag likväl i avbidan på andras motargument pläderar även för det egna farlighetsansvaret (utanför den allmänna regeln) är mina skäl följande.

Vad jag sagt ovan i punkt 1 kvarstår även till stöd för detta ansvar. Även vid denna kategori torde vidare punkt 2 ha någon betydelse: svaranden synes i månget fall kunna slå ut skadeståndsbeloppen på konsumenter eller gardera sig genom ansvarighetsförsäkring. Kan detta å ena sidan sägas, synes det å andra sidan — jämväl med hänsyn tagen till punkt 1, till vad som nyss sagts angående »socialt särskilt nyttiga» företag samt till vad som strax skall påpekas — icke motiverat att dela upp hithörande »särskilt farliga» egna handlingar i två grupper, den ena med, den andra utan detta farlighetsansvar. Vad jag vill påpeka är egentligen en upprepning av vad som tidigare sagts, nämligen följande.

Rättvisekänslan av typen *ubi emolumentum ibi onus* gör sig säkerligen gällande till stöd för även denna del av farlighetsansvar utanför den allmänna skadeståndsregeln. Den har också en viss reell bakgrund dels i vad som sagts i punkt 1, dels ock i den svaranden jämväl här ofta

[7] Jfr bl. a. Ussing, Erstatningsret s. 120 och s. 121.
[8] Jfr Ussing, Erstatningsret s. 121.

till buds stående möjligheten att taga ansvarighetsförsäkring, dels slutligen och kanske framför allt däri, att det också för en humanitärt inställd *social* åskådning framstår såsom något mindre gott och följaktligen värt att motarbeta, att vad som uppfattas såsom en människas »rättigheter» skulle få offras eller spolieras genom andras på eget initiativ, om ock till främjande av omsättningsnyttiga syftemål, bedrivna verksamheter utan att från dessas sida ekvivalenter presterades i görligaste mån.[9] Det synes mig, att vad jag utvecklat angående rättvisekänslans beaktande vid uppställande av regeln om ansvar för skada genom nödhandling[1] borde ha viss analog tillämpning även här. Det är dock fråga om skada genom för tredjeman *särskilt farlig* handling. Därigenom närmar sig handlingen något det »direkta» intrånget på annans »rätt». Och å andra sidan är ju *bevekelsegrunden* för actors *handling* här icke i princip så stark som motivet *nöd*, vilket motiv i t. ex. engelsk rätt rent av leder till frihet från ansvar. Lägger man allt till allt, tror jag därför, att det egna farlighetsansvaret (utanför den allmänna regeln), med hänsyn till handlingens attribut såsom »särskilt farlig», näppeligen kan anses mindre väl motiverat ur social synpunkt än ansvaret för skada genom nödhandling. Självfallet har det nu sagda angående jämförligheten med ansvar för skada genom nödhandling viss tillämplighet också i fråga om företagaransvaret. Anmärkas må slutligen — en anmärkning som gäller hela det nu ifrågavarande, d. v. s. utanför allmänna regeln fallande farlighetsansvaret, företagaransvar såväl som »egetansvar» — att domaren här måste ha ett ganska stort svängrum att röra sig i. Finner han det *in concreto* tvivelaktigt, om ansvarsdom vore lämplig, torde han nog i allmänhet ha möjlighet att också finna det tvivelaktigt, huruvida det skadebringande handlingssättet varit »särskilt farligt». Genom den »diskretionära» prövningsmöjlighet, som detta attribut giver åt domaren, erhåller denna ansvarsregel över hela linjen en viss elasticitet, som kanske ytterligare får åberopas som stöd för dess uppställande i så pass vidsträckt omfattning, som här skett.

* *
*

På tal om farlighetsansvaret enligt den allmänna regeln berörde jag icke möjligheten av ansvarighetsförsäkring, såsom en bidragande grund i motiveringen för detta ansvar. Detta berodde därpå, att jag anser ansvaret ifråga vara till fullo motiverat med de grunder jag vid dess be-

[9] Jfr Bd II: 1 s. 248 f.
[1] Se Bd II: 1 s. 247–251.

handling anfört, oavsett den nuvarande existensen av institutet ansvarighetsförsäkring. Visserligen torde det finnas situationer, i vilka farlighetsansvar efter den allmänna regeln skulle kunna motiveras jämväl med lämpligheten av att en företagare får bära detta ansvar såsom driftsomkostnad eller med att han har möjlighet gardera sig med ansvarighetsförsäkring. Men ansvarsregeln behöver — efter allt vad jag utvecklat om densamma härovan och i Bd II: 1 (om allmänna regeln om ansvar för skada genom den egna handlingen) — icke någon ytterligare motivering. Därför har jag funnit det olämpligt medtaga ett argument, som är så långt ifrån att ha någon generell bärkraft som denna försäkringsmöjlighet. Jag har nu nämnt ansvarighetsförsäkringen också vid farlighetsansvaret efter allmänna regeln för att samtidigt påpeka, att det enligt min mening är av vikt — för vidmakthållande i någon mån av ansvarsregelns *prevenerande* betydelse — att försäkringstagaren enligt *uttrycklig lag* i varje försäkringsfall blir nödsakad bära viss självrisk.[2] Detta gäller, självfallet för övrigt, icke blott vid farlighetsansvar efter den allmänna regeln utan allt ansvar efter denna regel. — Sedan blir det en särskild fråga, om det icke redan av praktiska skäl[3] blir nödvändigt att låta försäkringstagaren även vid farlighetsansvar utanför den allmänna regeln trots ansvarighetsförsäkring bära viss självrisk.

Slutanmärkning till de andragna synpunkterna på farlighetsansvaret.

Jag är icke övertygad om att tiden är mogen för ett allmänt lagstiftningsarbete på den utomkontraktliga skadeståndsrättens område. För ett sådant arbete måste man först ha eller skaffa sig en överblick över, hur man tänker sig det utomkontraktliga skadeståndsrättssystemet. För ställningstagande i detta avseende anser jag för min ringa del, att det kan vara av en viss vikt, att man överväger de synpunkter, som jag nu och i Bd II: 1 andragit angående culpa-regelns utvidgning till den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln, omfattande *jämväl* ansvar för vissa »farliga» handlingar, ävensom vad jag här ovan sagt angående det utanför nämnda regel fallande farlighetsansvaret. Om man i det hela gillar min ifrågavarande åskådning, skulle man kanske redan nu kunna

---

[2] Jfr nedan vid principalansvaret s. 355–358.

[3] Jag tänker särskilt på vikten av att icke omfattningen av en försäkringsgivares ansvarighet skall kunna göras till föremål för särskilda tolkningssvårigheter: vilket slag av farlighetsansvar hade utdömts; hade allmänna regeln tillämpats eller icke?

gå in för att i lagparagrafer formulera innehållet i den allmänna skadeståndsregeln. Av sådana stadganden borde då framgå, att icke blott »oaktsamma», »oförsiktiga» eller »försumliga» handlingssätt medförde ansvar utan jämväl att vilka handlingar som helst, som under hänsynstagande till såväl subjektivt som objektivt rekvisit vore socialt icke önskvärda och fördenskull vore att motverka medelst ansvar, droge dylikt med sig. Det synes kanske också böra framgå av hithörande lagformuleringar, att till dessa senare handlingssätt vore att hänföra icke blott »särskilt farliga» handlingar utan sådana av vilken farlighetsgrad som helst, förutsatt att det vore ur social synpunkt angeläget att prevenera emot dem. Om man är övertygad om, att själva skadeståndet bör kunna begränsas — utöver vad som plägar anses följa av *den* förutsättningen för ansvaret, att den uppståndna skadan har varit en »adekvat» följd av eller i allt fall stått i »adekvat» förhållande till handlingssättet — så torde först nämnda lagparagrafer, synes det mig, icke böra utfärdas, förrän man är på det klara med principerna för nyssnämnda skadeståndsbegränsning och följaktligen beredd att låta paragraferna ifråga följas av lagrum angående sagda begränsning.

Ifråga om farlighetsansvar utanför den allmänna regeln tycks mig allt tyda på det mindre lämpliga i att binda domstolarne annorlunda än med ett allmänt hållet stadgande, blott uttryckande att det även utanför den allmänna regeln finns ett visst farlighetsansvar (utom det för särskilda fall, såsom redan nu, legaliserade farlighetsansvaret; jfr ovan s. 302). Området för detta måste — det är min tro — utbildas genom domstolspraxis, varvid det naturligtvis är angeläget, att grundlinjerna för praxis' inställning till denna ansvarsfråga framträda så tydligt som möjligt, utan att därigenom någon spärr lägges för en sund vidare utveckling.

I det föregående har jag i en del punkter berört eller hänvisat till Ussings Erstatningsret. Mitt syfte med hela framställningen har varit att angiva vissa allmänna linjer för farlighetsansvaret och att därvid markera vissa avvikelser från det gamla systemet. Ussing har angående farlighetsansvaret en i flera avseenden betydelsefull framställning i sin Erstatningsret.[4] Såsom jag behandlat detta ämne i det föregående, har det dock icke funnits någon anledning för mig att i vidsträcktare mån än som skett taga någon befattning med Ussings framställning. Vi se väsentligen olika på denna sak. Jag låter ju, till skillnad från Ussing, ett stort område av farlighetsansvaret bero på tillämpning av vad jag

[4] S. 118–130.

kallar den allmänna skadeståndsregeln. Å området därutanför för farlighetsansvaret menar jag ju, att uppehållandet av regeln därom egentligen icke har någon prevenerande *social* funktion. Ussing begränsar i princip farlighetsansvaret till extraordinära verksamheter eller handlingar. Blott dessa har han i sikte, när han säger att farlighetsansvaret (»uden Culpa») har en »vigtig præventiv Funktion» (s. 119). Dessa »extraordinära handlingar» måste enligt min åskådning vara att hänföra än under allmänna regeln, än under farlighetsansvaret därutanför. Följaktligen mena vi väsentligen olika ting, när vi tala om preventionsverkan av (uppehållandet av regler om) farlighetsansvar.

Ytterligare ett påpekande måste i detta sammanhang göras. Jag har icke tagit ställning till den av Ussing, Erstatningsret s. 127 f., berörda frågan, om — såsom Ussing menar — faran måste ha varit »kendelig i Handlingssituationen», för att farlighetsansvar skulle kunna utdömas. Denna i överensstämmelse med norsk praxis (se ovan s. 242 f.) stående åsikt hävdas dock av Ussing ingalunda, såsom i nämnda praxis, på grund av rättvisesynpunkter. För mig har frågan naturligtvis betydelse endast *utanför* farlighetsansvaret enligt allmänna regeln. Och med det krav på hög farlighetsgrad, som här uppställes, anser jag det dubiöst, huruvida en hithörande ansvarsregel lämpligen bör kunna utsättas för invändning av nu nämnd art. Vore det icke också ur *den* synpunkten bäst att här hävda en ansvarsregel, som icke tillät dylik invändning, att regeln därigenom bleve mindre komplicerad? I varje fall synes det mig för ståndpunkttagande erforderligt att ha en något så när klar uppfattning om s. k. vis major och huruvida skada därigenom förorsakad borde omfattas av förevarande farlighetsansvar. Tyvärr har jag icke hunnit försöka reda ut hithörande spörsmål.

Om s. k. juridisk kausalitet.

Allmän anmärkning.

Vad jag i det föregående, s. 210 ff., framhållit om distinktionen i rättssystematiskt hänseende mellan farlighetsansvar för den egna handlingen och farlighetsansvar såsom företagare torde i viss mån utgöra en illustration till vad jag många gånger påpekat, nämligen att någon fördjupning eller, i allt fall, särskild behandling av begreppet kausalitet för juridikens räkning är helt och hållet meningslös. Att varje händelse, alltså också t. ex. en brottslig effekt eller en skada har en rad betingelser vet varje jurist, liksom också att den ena betingelsen varken är mer eller mindre nödvändig än den andra. Han vet också, att det i juridiken väsentligen rör sig om betingelser i form av mänskliga handlingssätt. Naturligtvis *kan* situationen vara sådan, att det är svårt, kanske omöjligt, för domaren, åklagaren eller advokaten att uppdaga, huruvida händelsen skulle ha uteblivit eller icke, därest det till bedömande föreliggande handlingssättet hade uteblivit. Men här hjälpa då förvisso inga kausalitetsteorier. Utan vad man här möjligen kan behöva är att, med hjälp av särskilda fackkunskaper, få sitt vetande vidgat angående följderna av ett visst handlingssätt eller angående vissa betingelser för en till bedömande föreliggande skadegörelse. Dessa fackkunskaper ligga dock helt utanför filosofien. Men till denna höra teorierna om kausalitetsbegreppet.

Jag har ofta försökt att föreställa mig en situation, i fråga om vilken jag såsom rättsvetenskapsman skulle kunna ha någon användning för särskilda insikter angående eller för en särskild uppfattning av kausalitetsbegreppet. Men försöken ha alltid misslyckats. Man tycks emellertid tro, att det funnes ett *rättsvetenskapligt* behov av att taga ställning till olika kausalitetsläror. Det står fast eller borde åtminstone stå fast, säger Thyrén — i inledningen till det i och för sig ytterligt skarpsinniga arbete, som framför andra hans verk gjorde honom internationellt känd som rättsvetenskapsman — att det juridiska kausalitetsbegreppet (eller,

riktigare, den juridiska eller överhuvud praktiska användningen av detta begrepp) icke »schlechthin» sammanfölle med det filosofiska. Och han finner en utredning av kausalitetsbegreppet vara av synnerligen stor, ja, fundamental betydelse för den allmänna straffrätten.[6] J. St. Mill's kausallära är inte berörd i Thyréns bok, som mest sysselsätter sig med tyskspråkig litteratur, bortsett från v. Kries, av rättsvetenskaplig art. Mill's namn är icke ens nämnt i arbetet.[7] Getz' arbete »Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser» spelar viss roll i Thyréns verk, särskilt vid behandlingen av v. Bar's kausallära.[8] Getz' skrift har emellertid icke föranlett Thyrén att taga ställning just till Mill's kausalitetsbegrepp, som dock — såvitt jag vet — antyddes första gången i nordisk jurisprudens genom Getz' ifrågavarande skrift.[9] Vad som där sägs under hänvisning till Mill är dock intet annat än det för reflekterande människor ganska självklara förhållandet, att varje händelse har en *rad* av nödvändiga betingelser. Stang definierar emellertid orsaken sålunda: »Aarsak til en begivenhed er en kjendsgjerning, hvis begivenheden ikke var indtraadt, om kjendsgjerningen hadde været borte.»[1] Detta kan man med skäl kalla den vanliga, för att icke säga naturliga formuleringen av orsaksbegreppet. Formuleringen torde vara den, som man har bästa *praktiska* användning för, och vara oantastlig, låt vara att naturligtvis ansvar kan föreligga utan att nämnda orsaksformulering är tillämplig.[2] Den innehåller allt vad man om orsaksbegreppet behöver veta i juridiken. Formuleringen är förträfflig också därigenom, att den utesluter idén, att s. k. negativ handling, d. v. s. underlåtenhet att handla, kunde vara kausal till en följd eller effekt.[3] Hos Mill finns icke denna enkla formulering, och hans uttalanden lämna rum för tvivelsmål i både ett

[6] Thyrén, Kausalitätstheorien, s. 1. Han inleder detta arbete i följande ordalag: »Je tiefer man in die Untersuchungen der allgemeinen strafrechtlichen Fragen eingedrungen ist, desto nötiger hat es sich gezeigt, den Kausalitätsbegriff in den Bereich der Untersuchung hineinzuziehen, um eine feste Basis zu gewinnen. Dessen Bestimmung ist somit, wenn nicht das centrale, so doch gewissermassen das fundamentale Problem des Strafrechts geworden. Gleich viel, ob es sich um die Erörterung der Handlung, der Zurechnung, des Versuches, der Teilnahme handelt: man wird jedenfalls dazu gedrängt, einen bestimmten Standpunkt zur Kausalitätsfrage einzunehmen, um nicht in der Luft schweben zu bleiben.»

[7] Förvisso fanns icke heller någon anledning därtill. Det är framför allt kriminalisterna v. Buris, Bindings och Birkmeyers kausalitetsteorier, som av Thyrén behandlas. Till sist tagas även upp lärorna av kriminalisten v. Bar och filosofen v. Kries.

[8] Thyrén a. a. s. 123 ff.; se även s. 74 n. 2.

[9] Getz s. 32 f.

[1] Stang s. 66. Jfr ovan s. 212 n. 7.

[2] T. ex. vid s. k. negativ handling och s. k. »selvstendig virkende aarsaker».

[3] Såtillvida synes nu definitionen visserligen icke uttrycka Stangs egen mening; se Stang s. 67 n. 5.

och annat avseende.[4] Man tycks emellertid taga för givet, att Mill ansåg den rena underlåtelsen kunna vara en orsak i nu formulerade mening.[5] Såvitt jag förstår saknar detta stöd i Mill's egna uttalanden.[6]

[4] Jfr Niels Bang s. 51 f.

[5] Se Niels Bang s. 55 f.; Hagerup Bull, Årsakslæren I s. 33–39.

[6] Mill plägar efter mitt sätt att se inte citeras tillräckligt utförligt, varigenom hans betydelse i detta sammanhang lätt kan missförstås. Icke därför att det har något större intresse för denna framställning, utan därför att Mill's lära om kausaliteten så ofta här i Norden åberopats, utan att man egentligen får veta vad han sagt, skall jag göra ett, såsom jag tror, tillräckligt belysande transumt ur hans här enligt min mening viktigaste uttalanden: »Thus we see that each and every condition of the phenomenon may be taken in its turn, and, with equal propriety in common parlance, but with equal impropriety in scientific discourse, may be spoken of as if it were the entire cause. And in practice, that particular condition is usually styled the cause, whose share in the matter is superficially the most conspicuous, or whose requisiteness to the production of the effect we happen to be insisting on at the moment. So great is the force of this last consideration, that it sometimes induces us to give the name of cause even to one of the negative conditions. We say, for example, The army was surprised because the sentinel was off his post. But since the sentinel's absence was not what created the enemy, or put the soldiers asleep, how dit it cause them to be surprised? All that is really meant is, that the event would not have happened if he had been at his duty. His being off his post was no producing cause, but the mere absence of a preventing cause: it was simply equivalent to his non-existence. From nothing, from a mere negation, no consequences can proceed. All effects are connected, by the law of causation, with some set of *positive* conditions; negative ones, it is true, being almost always required in addition. In other words, every fact or phenomenon which has a beginning, invariably arises when some certain combination of positive facts exists, provided certain other positive facts do not exist. ... The cause, then, philosophically speaking, is the sum total of the conditions, positive and negative taken together; the whole of the contingencies of every description, which being realized, the consequent invariably follows. The negative conditions, however, of any phenomenon, a special enumeration of which would generally be very prolix, may be all summed up under one head, namely, the absence of preventing or counteracting causes.» Se John Stuart Mill s. 381–384. Man bör lägga märke till det sista uttryckssättet innefattande, att »negative conditions» kunde rubriceras såsom »the absence of preventing ... causes», samt att det just är detta uttryck som användes beträffande skyltvaktens »being off his post», vilket karakteriseras som »the mere absence of a preventing cause» och alltså vore »no producing cause» utan helt enkelt detsamma som skyltvaktens »non-existence», i samband varmed så kommer det självklara: »From nothing, from a mere negation, no consequences can proceed.» Med hänsyn till dessa Mill's egna uttalanden har jag svårt att föreställa mig, att en åsikt hos Mill, att det funnes »negative årsaker», skulle kunna »stå i nøie samklang navnlig med hans oprindelige opfatning av årsaksforholdet som et blott og bart sukcessjonsforhold» (Hagerup Bull, Årsakslæren I s. 35). Hur skulle väl för en skarpsinnig tänkare som Mill det rena *ingenting* kunna utgöra *något*, nämligen moment eller led i ett successionsförhållande? Hur skulle det rena ingenting kunna vara »antecedent» till »a consequent»? Mill talar ju både om »consequences» och »effects». Och det synes mig tydligt, att för honom varje »cause» är »producing», varför termen »producing cause» blott behöver användas i motsatsförhållande till »preventing cause», vilken senare uppenbarligen är tänkt såsom »producing», men till en annan effekt. Mill har på s. 382 f. en not, vari han bl. a. bemöter en invändning, i vilken opponenten argu-

En sådan definition av »orsak», som vi sett Stang formulera, plägar hänföras under betingelseteorien, som då ofta anses ha sin historiska grund i Mill's undersökningar.[7] Detta är en sak, som jag aldrig har förstått. Skall man överhuvud tala om en betingelseteori, så synes mig dennas egentliga hemland vara tysk rättsdoktrin och tysk rättspraxis, ehuru dess innebörd såsom enligt sakens natur ganska given måste ha *praktiserats* vid bedömande av handlingssätt nära nog hur långt till-

---

menterat i anslutning till exemplet med skyltvakten. Man kan här få intrycket, att Mill betraktade skyltvaktens blotta »absence» som orsak till fiendens överrumpling. Men detta står ju i direkt strid mot hans uttalanden i texten. Och man får icke förbise, att Mill inleder sitt svar på invändningen sålunda: »The assertion, that any and every one of the conditions of a phenomenon may be and is, on *some occasions* and for *some purposes, spoken of* as the cause, has been disputed by an intelligent reviewer of this work...» (kurs. här). Detta torde böra ses mot bakgrunden av den skillnad han gjort (i början av det långa citatet) mellan vad som kunde lämpa sig å ena sidan »in common parlance», å andra sidan »in scientific discourse». — Hagerup Bull, Årsakslæren I s. 34, tycks förbise, att Mill ingalunda identifierar »cause» och »condition». En »cause» (i mening av orsak = betingelse) är väl alltid en »condition», men varje »condition» är icke en »cause»; en »negative condition» kan enligt Mill *aldrig* verkligen vara en »cause». Så tror jag man har att fatta Mill. I sin exemplifiering synes Hagerup Bull förbise, att t. ex. »redningsdåden» uppenbarligen enligt Mill är en »preventiv cause». — Jag vill alls icke giva mig sken av att ha försökt djupare inträngа i Mill's hithörande åskådning. Såsom stöd för att enligt honom den rena underlåtenheten kunde vara kausal tänker man säkerligen på de tre punkterna i det långa citatet här ovan »All effects are connected ... positive and negative taken together». Men Mill måste här ha uttryckt sig på ett vilseledande sätt och det angående en sak, som omöjligen kan ha något som helst intresse för oss jurister, nämligen angående »the entire cause», »the sum total of the conditions, positive and negative taken together». Mill har aldrig *betecknat* »a negative condition» såsom en orsak. Vad han säger i den nyss berörda noten i denna fråga tycks som sagt blott avse vad man kan tillåta sig utanför den strängt vetenskapliga diskussionen. I texten säger ju Mill, att ett ytligt betraktelsesätt stundom har sådan styrka, att det »induces us to give the name of cause even to one of the negative conditions». Underlåtenheten som sådan kan enligt Mill aldrig vara någon »producing cause» utan endast »the *mere absence* of a preventing cause», alltså det rena ingenting: »the non-existence» av något, vartill Mill så lägger det avgörande: »From nothing, from a mere negation, no consequence can proceed.» Lägg så härtill den sista punkten i det långa citatet, fogad till beskrivningen på »the cause, philosophically speaking»: »The negative conditions of any phenomenon ... may be all summed up under one head, namely, the absence of preventing or counteracting causes.» — Se i övrigt angående Mill's orsakslära Niels Bang s. 10 f., 43 f., 46 f., 51 ff., och Hagerup Bull, Årsakslæren I s. 4 ff.

[7] Se t. ex. Stang s. 67; Øvergaard s. 22 f.; Ek, Bidrag s. 200 vid n. 3. Jfr Hoel, Retsmetode s. 163 vid n. 3, och Kristen Andersen, Angrep etc. s. 300, ävensom Bølger s. 102. — Andenæs, Skadeårsaker s. 243, inser tydligen det problematiska i att »betingelseslæren ... blir knyttet til Stuart Mill's navn». Hult synes emellertid t. o. m. identifiera betingelseteorien med Mill's kausalitetslära. Se Hult, Till frågan s. 65.

baka i tiden som helst. Mill's uttalanden äro, såsom vi redan sett exempel på, icke så klara, men därom bör man dock icke kunna hysa något tvivelsmål, att han betraktade orsaken i filosofisk och alltså vetenskaplig mening såsom »the sum total of the conditions». Det är blott »in common parlance», som en enskild betingelse kunde talas om »as if it were the entire cause». Och han har några sidor dessförinnan (s. 378 f.) sagt: »The real cause is the whole of these antecedents; and we have, philosophically speaking, no right to give the name of cause to one of them, exclusively of the others ... The statement of the cause is incomplete, unless in some shape we introduce them all», d. v. s. »all the conditions», lika oumbärliga för »the production of the consequent». Naturligtvis har denna allmänna tanke oberoende av Mill framträtt hos andra, de må ha varit filosofer eller icke.[8] Emellertid är det nu icke detta, som ligger i betingelseteorien, utan denna innefattar just, att en, vilken som helst, av de för »the production of the consequent» oumbärliga betingelserna kunde betraktas såsom en orsak. Detta ligger ju nu visserligen inneslutet i varje betingelses betydelse att vara *oumbärlig* för den ifrågavarande följdhändelsen. Men något egentligt nummer

[8] Ludwig Knapp, s. 24, uttalar, att »die zureichende erkannte Ursache einer Erscheinung in der vollen wirklichen Gesamtheit der als unabtrennbar erkannten vorhergehenden Erscheinungen besteht». Visserligen hade Mill dessförinnan redan gjort sina uttalanden. Likväl är det tydligt, att Knapp, som var en självständig tänkare, här icke influerats av Mill's kausalåskådning. Detta framgår tydligt av hans sätt att avvisa »die religiösen und speculativen Systeme». Sedan han uppehållit sig vid »die praktische, weitverbreitste und eingewurzelste Misskennung des Causalbegriffs», avger han följande deklaration, s. 75 f.: »Die geschilderte Wegläugnung der Ursache — also einer auch den unerklärten Phänomen bedingend vorhergehenden Erscheinungsreihe — durch die sich wörtlich widersprechende und, weil phantastisch zureichend, forschungshemmende Annahme einer Selbstverursachung, ist es demnach was das Wesen der Willkür ausmacht, die früher in der mythischen Zeit gleichmässig unbefangen alle Welterscheinungen erklärte, jetzt der Erkenntnissgrossheit des unbewussten Naturprocesses nur noch mit der Gottesvorstellung zu nahen wagt, aber den bewussten Naturprocess, den seine gesteigerte Verwickelung für weithinaus dem gelehrten, Ixion-geblendete Erzeugungstriebe zur Beute lässt, nun so innig und schwärmerisch umarmt, als wenn er von jeher ihre erste und einzige Liebe wäre.» Jag tror icke det finns någon som helst anledning att sätta denna Knapps tanke — om en rad »Erscheinungen» såsom föregående betingelser för en verkan, för en annan »Erscheinung» — i beroende av Mill. — Sigwart II, § 73 nr 18, säger att för begreppet orsak såsom grund till ett visst skeende är »einen Inbegriff von Bedingungen zu substituieren, von denen ein Erfolg abhänge». Orsaken betecknades därefter av Sigwart såsom »der Inbegriff der Bedingungen». Givetvis kände Sigwart — och det framgår av hans anm. till § 73 — Mill's kausallära. Men det framgår lika klart av hans framställning, att hans nämnda syn på orsaksbegreppet vilar på en av Mill's arbete helt oberoende tankegång. De nyss citerade orden återfinnas redan i första upplagan, 1878. Den angående Sigwarts orsaksbegrepp vanliga formuleringen »die Gesamtheit der Bedingungen» synes emellertid ha inflytit först i 2 uppl. 1893 (§ 73, 2 b).

härav synes ha gjorts först i rättsvetenskapen och då i den tyska. Mill's teorier torde härvid icke ha spelat någon särskild roll.[9]

---

[9] Att, såsom Øvergaard, s. 24 n. 7, påpekar, betingelseteorien låg till grund för orsaksuppfattningen redan hos Ørsted V s 11 f., alltså innan Mill publicerat sina undersökningar, kan möjligen sägas. Ørsted säger dock icke direkt och har heller ingen anledning att direkt säga, att en händelse (en skadegörelse) har flera betingelser. Icke heller ger han uttryck åt någon s. k. betingelseteori. Vad han i sammanhanget vill uttala är på mera modernt språk, att man efter culpa-regeln endast svarar för adekvat skada. Något så självklart, som att en händelse har en serie orsaker, eller, om man så vill, att orsaken till en händelse består av en serie nödvändiga betingelser hade Ørsted ingen anledning uppehålla sig vid. — I tysk litteratur brukar för den s. k. betingelseteorien framför allt åberopas v. Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung 1873. v. Buri har varken i detta arbete eller i sina föregående skrifter, såvitt dessa rört kausaliteten, låtit förstå, att han influerats av J. St. Mill, vars namn, såvitt jag kunnat finna, icke ens finns nämnt i dem. Här ifrågakomma bl. a. hans artiklar »Zur Lehre von der Tödtung» samt hans av Geyer's kritik föranledda svar under rubriken »Ueber Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung». Här medger v. Buri, att han ifråga om straffansvaret gått för långt, i det att han icke skilt mellan »objektiver ... und subjektiver Haftbarkeit» (s. 612). I sitt förstnämnda arbete (1873) skiljer han också skarpt mellan »Causalität» och »Verantwortlichkeit für die Causalität». Det heter i senare avseendet bl.a.: »Es muss also, wenn der Erfolg zur Schuld soll zugerechnet werden können, nicht allein ein Causalzusammenhang sondern auch ein Willenzusammenhang zwischen der eigenen Handlung und dem eingetretenen Erfolge bestehen.» (S. 15.) Under rubriken »Causalität» inleder v. Buri sin nämnda monografi sålunda: »Unter Causalzusammenhang wird man wohl den Process der Entstehung einer Erscheinung begreifen dürfen. Will man den Causalzusammenhang einer concreten Erscheinung ermitteln, so muss man in geordneter Reihenfolge sämmtliche Kräfte feststellen, welche für die Entstehung der Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäussert haben. Die ganze Summe dieser Kräfte ist dann als die Ursache der Erscheinung anzusehen. Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als die Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelnkraft ab, dass, wenn man aus dem Causalzusammenhang auch nur eine einzige Einzelnkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenfällt. Es verleiht daher jede Einzelnkraft der, wenn man von ihr absieht, todten Masse aller übrigen Einzelnkräfte erst die Lebenskraft, es macht jede Einzelnkraft alle übrigen causal.» — I »Abhandlungen etc.» s. 116 säger v. Buri, att *envar vet* (kurs. här) »dass seine Thätigkeit, wenn sie wirklich eine Wirksamkeit für den Erfolg geäussert, als eine *nothwendige Ursache* desselben den *ganzen* Erfolg herbeigeführt hat, würde sich derselbe auch ohne den Hinzutritt fremder Kräfte aus ihr allein nicht ergeben haben». Och i första artikeln »Zur Lehre von der Tödtung» sammanfattar han sålunda: »bei einem aus verschiedenen Kräften entstandenen Erfolg ist *jede einzelne Kraft* die *conditio sine qua non* für den Eintritt des Erfolges...». (Goltdammers Archiv Bd 11 s. 758.) Förvisso överensstämma dessa allmänna uttalanden (innefattande den s. k. betingelseteorien) med vad som kan slutas ifrån den allmänna filosofiska bestämningen av »causes» hos Mill (ehuru denne dock icke talade om »krafter»). Men behöver därför v. Buri vara influerad av Mill? Han skulle väl då någon gång ha låtit detta framskymta. Men han gör tvärtom. I det nyss gjorda citatet från »Abhandlungen aus dem Strafrecht» säger han, att »jeder weiss» det sammanhang, som han där formulerar och som sedermera kommit att kallas betingelseteorien. Menade han sig ha fått tanken från Mill, skulle han näppeligen ha kunnat uttrycka sig så. — Redan i sin »Teilnahme» skulle v. Buri kunna ha haft anledning

Tron på behovet av särskilt orsaksbegrepp i juridiken icke antikverad.

Den uppfattning, vi hos Thyrén funnit, om betydelsen av att draga in kausalitetsbegreppet i rättsvetenskapliga undersökningar kan alltjämt idag knappast sägas vara antikverad. Dock förefaller det, som om ström-

---

nämna Mill's kausallära — *om* han själv menat, att denna direkt eller indirekt haft någon betydelse för hans utredningar. För fullständighetens skull må nämnas, att v. Buri efter uttalandet i monografien om kausalsammanhanget hänvisat till sin avhandling »Ueber Theilnahme etc.», 1870. Icke heller denna avhandling tyder på något sammanhang mellan Mill's lära och v. Buri's utredningar. — v. Bar (som i sitt ovan berörda arbete om »Causalzusammenhang» i noten å s. 5 säger, att v. Buri i sina nyssnämnda artiklar i Goltdammers Archiv på grund av »Begriffsverwechslung» dragit en rad underliga, mot den naturliga rättskänslan stridande resultat) gör, s. 6 f., ett långt citat från Mill. Men intet tyder på att han uppfattat den av honom ogillade, sedermera s. k. betingelseteorien såsom havande sitt ursprung i Mill's lära. — Sant är att Birkmeyer i sin bekanta Rectoratsrede (1885) i anm. 24 säger, att man »vergl. insbesondere» J. St. Mill för den av Birkmeyer i texten uttalade uppfattningen, att vi kunna såsom orsak till en viss följd »einzig und allein die Gesammtheit aller Antecedentien oder Bedingungen desselben bezeichnen». Han säger också att de flesta nyare straffrättsliga undersökningar taga hänsyn till Mill's kausallära. Men Birkmeyer har icke nämnt Mill i texten. Det har icke heller Binding gjort, när han i sina Normen I, 1 uppl., berör läran om orsakssammanhanget. Han säger blott i en not å s. 39 f., att man får »sehr wertvolle Ausbeute» av Mill's Logik. I andra upplagan, s. 111–114, har Binding omarbetat noten i fråga och Mill nämnes icke. Icke heller har jag sett någon annan tysk auktor hävda, att »betingelseteorien» grundades på Mill's orsakslära, vilket ju egentligen skulle förutsätta, att man påvisade, att v. Buri icke skulle kunna ha framfört sin åsikt om kausalsammanhang utan att direkt eller indirekt vara influerad av Mill. — Jag skall nämna ytterligare ett par rättsvetenskapliga auktorers uttalanden om Mill. Max Rümelin vänder sig mot ensidigheten (framför allt i äldre litteratur) i att på det juridiska kausalitetsproblemets område utgå »von den Äusserungen eines bestimmten philosophischen Schriftstellers, den man sich gerade ausgesucht hatte, meistens Schopenhauers oder J. St. Mills» för att sedan söka utnyttja »den so gewonnenen 'philosophischen Ursachenbegriff'» eller lägga begreppet åt sidan såsom odugligt för rättsvetenskapen. I den senare åtminstone kriminalistiska litteraturen strävade man efter »einer umfassenden philosophischen Orientierung». Se M. Rümelin, Causalbegriffe s. 171. I detta uttalande ligger naturligtvis intet om att Mill vore upphovsman till den tyska betingelseteorien. Detta kan icke ens anses påstått av Oertmann, som (Vorb. 4 b till § 249) dock säger, att betingelseteorien blir av både anhängare och motståndare »vielfach als die 'philosophische' bezeichnet ... und besonders auf J. St. Mill zurückgeführt». Icke heller detta uttalande torde kunna jäva min åsikt, att den s. k. betingelseteorien i Tyskland skulle ha hävdats, även om man icke känt Mill's kausallära. Det säger dock åtskilligt, *att* filosofen Knapp 1857 gjort sina uttalanden om orsaken till en händelse såsom en kedja av föregående händelser utan att antyda något beroende av Mill [vars lära redan då var översatt till tyska], *att* kriminalisten v. Buri redan på 1860-talet men framför allt genom sin monografi 1873 — av allt att döma helt oberörd av Mill's lära — anses ha grundat »betingelseteorien» samt *att* Thyrén, som ingående sysslat med de tyska kausalitetslärorna under 70- och 80-talet, icke därav föranletts att taga ståndpunkt till, åberopa eller åtminstone nämna J. St. Mill såsom kausalitetsteoretiker. Man torde vidare böra lägga märke

men av rättsvetenskaplig kausalitetslitteratur, som flöt fram under åtskilliga decennier före första världskriget, därefter väsentligen avtagit.

---

till, att Demogue skriver, IV, n. 372: »La théorie de la jurisprudence française se rapproche beaucoup de celles souvent admise à l'étranger et connue sous le nom de théorie de l'équivalence des conditions. Celle-ci a été présentée d'abord par von Buri sous cette forme: chaque coactivité cause toute la conséquence.» Därefter nämner Demogue, hur von Liszt har givit en »forme un peu différente» och går därefter något in på Thyréns nyss berörda arbete. Därefter citerar Demogue Mill's uttalande, att orsak i filosofisk mening är den totala summan av positiva och negativa »conditions taken together». Såvitt jag funnit, hänvisar Demogue blott i detta sammanhang till Mill, vilket allt betyder, att han icke för »betingelseteorien» tillbaka på Mill, utan finner denna teori grundad på von Buris skrifter. — v. Wattenwyl, en schweizisk jurist (berörd nedan i annat sammanhang), säger (s. 37 n. 6): »Die Gleichwertigkeit (sc. aller Bedingungen von denen eine Tatsache abhängt) wurde von Stuart Mill verkündigt und von Buri in die Rechtswissenschaft übertragen.» Betingelseteorien inom rättsvetenskapen är det som intresserar oss. Att nämna Mill som upphovsman till densamma är grundlöst, vilket som sagt indiceras av bl. a. tystnaden om honom i Thyréns avhandling, som trots sin svårbegriplighet utmynnar i en från v. Buris och den vanliga visserligen i formen men näppeligen i praktiken avvikande betingelseteori (se Thyrén, Bemerkungen s. 141–148). När Thyrén talar om kausaliteten ur juridisk synpunkt, så är idén där bakom naturligtvis densamma, som ligger i titeln på v. Buris huvudarbete på området: Ueber Causalität und *deren Verantwortung*. Det gäller att få fram ett kausalitetsbegrepp, vilket är dugligt som grund för ansvar (med tanken närmast på kriminellt ansvar). En sak, menar nu Thyrén, är hela kausalsammanhanget med »die Notwendigkeit der Succession»: »es gibt schlechterdings nichts, was nicht von allem Vorgehenden *beeinflusst* wäre». Detta vore emellertid praktiskt utan betydelse. Den riktiga frågan vore: *i vilken grad består sammanhanget?* Med denna fråga hade man »die Seite des Ursachenbegriffes, die *allein das Recht interessiert*, endgültig isoliert», s. 13 (sista kursiveringen här). Rättsfilosofien (till skillnad från den egentliga filosofien) måste utsöndra de moment, som den intresserade sig för vid de olika frågorna. Sådana moment vore här dessa båda: »*Vielheit* (der Realitäten) und *ungleiche Durchdringung* der Vielen. Wenn diesen Forderungen (på utsöndring av de intresserande momenten) nicht entsprochen werden könnte, so wäre Alles Ursache von Allem, und zwar gleich viel, d. h. es wäre praktisch mit dem Ursachenbegriff absolut nichts anzufangen», s. 13 f. Thyrén förbiser härvid, att detta icke innefattade någon som helst kalamitet för juridiken, såsom torde framgå av min nedanstående framställning i texten. Han säger visserligen senare, att i varje fall, när kausalitetsbegreppet kommer till praktisk användning, rörde det sig om någon särskilt abstrakt kvalitet hos den konkreta företeelsen, så t. ex. »wenn die Anwendung eine kriminalistische ist, die Eigenschaft der konkreten Erscheinung den Tatbestand eines gewissen Verbrechens ... darzustellen». Inom medicinen etc. är det fråga om andra kvaliteter hos resp. »Erscheinung» (s. 141 f.). Han erinrar därefter om att de relevanta betingelserna för den abstrakta kvaliteten hos en »Erscheinung» skilja sig åt i tre grupper: »befördernde, abhaltende und indifferente». När det rör sig om ansvar (i straffrätten) är blott den första gruppen relevant: »auf abhaltende und indifferente Kausalität kann keine Verantwortlichkeit gegründet werden» (s. 143 f.). Möjligt är att detta referat av Thyréns åskådning är för kortfattat för att kunna förstås. Hans detaljerade åskådning är emellertid icke lätt att förstå ens genom studiet av själva skriften. Jag har blott velat antyda, hur här byggts upp ett hinder för insikten i vad det enligt min mening i realiteten måste röra sig om, när man undersöker juridiska ansvarighetsfrågor.

Men detta innebär inte, att man inser meningslösheten i att rättsvetenskapen — d. v. s. straffrätten och skadeståndsrätten — har sitt särskilda kausalitetsbegrepp eller i allt fall sin särskilda attityd till filosofiens kausalitetsläror. Tvärtom.[1] I fransk och engelsk rättslitteratur har jag dock icke, åtminstone icke på skadeståndsrättens område, spårat något försök att fördjupa sig i särskilda kausalitetsspekulationer.[2] Annorlunda förhåller det sig i Norden, kanske genom Stang särskilt i Norge. Man synes här i allmänhet icke förstå, att kausalitetsläror icke ha med rättsvetenskapen att skaffa[3], i allt fall icke mera, snarare mindre än en

---

[1] Så sent som i 9 uppl. av Staudingers Kommentar heter det (till § 249), att det är en »*Rechtsfrage*, wann ein Kausalzusammenhang *im Rechtssinne* vorliegt, d. h. wann das Recht einen ursächlichen Zusammenhang auf seinem Gebiet als gegeben anerkennt». Orsaksbegreppet vore visserligen »zunächst philosophischer Natur... Der philosophische Begriff der Ursache ist für das Recht aber durchaus unbrauchbar... Die Frage, welche der zur Ursache im philosophischen Sinne gehörenden Bedingungen eines Erfolgs seine Ursache im Rechtssinne ausmachen, ist das juristische Problem des Kausalzusammenhangs.» A. st. s. 122–124. — Går man exempelvis till kommentaren till BGB § 249 av Soergel (7 uppl. 1939), så göras visserligen icke dylika uttalanden, men man utgår tydligen från dem såsom självfallna rättsvetenskapliga satser. Ansvar och orsak förväxlas, vilket just beror på, att man förutsätter ett särskilt juridiskt orsaksbegrepp. Se hela framställningen under rubriken »Ursächlicher Zusammenhang». Jag behöver blott citera följande: »Auch *Unterlassungen* können ursächlich für einen Schaden sein, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand.» Kausalsammanhanget skall dock saknas, om »der Verletzte die Gefahr (des Betretens einer nicht beleuchtenden Treppe) voraussah oder voraussehen musste». (A. st. s. 440.) Förvirringen synes här alltför påtaglig för att behöva närmare påvisas.

[2] Också säger Stang s. 68 n. 3: »I fransk og engelsk litteratur arbeider man som regel med et helt ureflektert aarsaksbegrep.» Se emellertid Bd I s. 201 ff. Se även Demogue IV, där han har ett särskilt kapitel, n. 365–382 om »la relation de cause à effet». Likaså Mazeaud II n. 1417 ff. och 1429 ff. I engelsk litteratur om skadestånd har jag blott funnit mycket enkla anmärkningar angående kausalitet såsom förutsättning för ansvaret. Efter Bacon's Maxims of the Law, Reg. 1, sägs stundom att »liability» måste vara grundad på en handling, som är »the 'immediate' or 'direct' cause of harm or of injury to a right». Man är naturligtvis på det klara med, att detta är mycket svävande, och man undersöker frågan, när den skadliga effekten är eller icke är »held too remote» för att leda till actors ansvarighet. Se om denna sak t. ex. Pollock–Landon s. 23–25, s. 32 f. och s. 264 f. Se även Salmond–Stallybrass, s. 133 ff.

[3] Se utom Stang s. 64 ff. och 338 ff., exempelvis Hoel, Retsmetode s. 162 ff.; Hoel, Risiko s. 84 ff. och 94 ff.; Hagerup Bull, Årsakslæren I s. 1 ff. (märk noten å s. 3), och Årsakslæren II s. 332 ff.; Øvergaard s. 22 ff. och 325 ff.; Andenæs, Skadeårsaker s. 241 ff., och Unnlatelse s. 132 ff.; Skeie I s. 127 ff.; Hult, Till frågan etc. s. 65 ff.; Ek, Bidrag s. 199 ff. — Andenæs uttalar dock, Skadeårsaker s. 242, att man »iallfall fra et praktisk standpunkt» gjort »en kolossal overvurdering av problemets betydning». Detta hindrar icke, att han finner min inställning till frågan »åpenbart uriktig», och talar om mina »voldsomme uttalelser», s. 242, 248. Såsom torde framgå av vad här nedan sägs, har jag ingen anledning att ens modifiera den ståndpunkt, jag för många år sedan (1923 och 1935) helt kort angivit. — Kristen

framställning om t. ex. anatomi, kirurgi, medicin, kemi, maskinlära, agrikultur etc.[4] Denna inställning beror visserligen på rättsideologien men torde ingalunda ens ur dennas synvinkel vara nödvändig. Det är ju framför allt inom straffrätten och därnäst inom den av den traditionella culpa-regeln dominerade skadeståndsrätten, som man i rättsvetenskapen ägnat sitt intresse åt kausalitetsfrågor. I bakgrunden för detta egendomliga intresse synes först och främst ligga tron på *skuld* såsom förutsättning för straff eller skadeståndstvång. Saknas skuld kan ju handlingen mycket väl ha varit orsak i gängse mening till en skadlig effekt, utan att någon rättsreaktion mot actor kommer ifråga. Men vare sig den omedelbara handlingen varit medveten eller berott på bristande åt »normal aktsamhet» eller varit helt »skuldfri», så inträder ju rättsreaktion endast med hänsyn till sådan skadeeffekt, som varit i viss mening förutsebar, d. v. s. adekvat. Och skadan kan till och med ha varit direkt medvetet förorsakad, utan att handlingen behöver rättsligen kunna påtalas, nämligen om handlingen fallit inom vad som efter v. Bar kallas »livets regel». I alla dylika fall, då kausalitet till skadeeffekt förefunnits men actor likväl icke kunnat utsättas för rättslig reaktion, har man sagt, att kausaliteten saknat »rättslig relevans». Och ännu större förvirring har kausalitetsfrågan föranlett i rättsvetenskapen, när svaranden måst dömas ansvarig, fastän kausalitetssammanhang i antagen mening mellan svarandens handling och skadeeffekten icke funnits, d. v. s. någon hans handling icke har utgjort betingelse för skadan. Man tänke exempelvis, att svaranden ådragit sig »skuld» genom »negativ handling», vid vilken axiomet *ex nihilo nihil* måste lägga hinder i vägen för tillämpning av vilket möjligt kausalitetsbegrepp som helst, därest detta icke formulerats enligt idén *lucus a non lucendo*.[5] Ansvar måste för övrigt

---

Andersen har emellertid rentav uttryckligen anslutit sig till min åsikt, Unnlatelse etc. s. 315 f. Men i sin behandling av ämnet i Angrep etc. s. 299 ff. har han icke ens nämnt min åskådning, vilket tyder på att han den förutan intagit kritisk ställning till den i hans land eljest vanliga attityden i ämnet. I Bølger s. 102 säger Kristen Andersen till prisande av en norsk domare, att denne »hade øyensynlig, i motsetning til Getz og enkelte andre teoretikere, ikke fått Stuart Mill i vrangstrupen... Han sparte seg selv og oss andre for den ørkesløse årsaksfilosoferingen, som teorien har vært så lidenskapelig optatt av.» — Ussing säger, Erstatningsret s. 143: »Det har formentlig ingen praktisk Betydning at tage Stilling til *den filosofiske Aarsagslære*» (kurs. av Ussing själv). Detta kan, såsom Ussings egen fortsatta framställning giver vid handen, icke betyda, att han godtagit min ståndpunkt i ämnet. Jag är rädd, att Kristen Andersen (Angrep etc. s. 300) överskattat betydelsen för sin ståndpunkt av Ussings ifrågavarande uttalande. Se nedan i texten s. 331.

[4] Jfr Culpa-Regeln s. 204.

[5] Se Principinledning s. 41–44 och s. 46–48 samt Svar till professor Thyrén s. 59–66. — Kristen Andersen synes i sin Unnlatelse etc., s. 316 n. 1, vara ganska indig-

kunna diskuteras vid vissa situationer, där svaranden dels icke varit kausal till skadan och dels icke heller genom underlåtenhet att förebygga den ådragit sig »skuld». Vi kunna tänka på den allmänna ansvarsregeln, såvitt den går utöver det traditionella culpa-ansvaret, ävensom på företagaransvaret under särskilda omständigheter. Men för att återgå till fall av »skuld» kunna vissa fall av ansvar komma i fråga, trots det att svarandens handlingssätt icke var en nödvändig betingelse för skadan. Vi kunna bl. a. tänka på vad Stang kallar »selvstændig virkende aarsaker» (varom nedan); eller på vad Andenæs kallar »overtallige samvirkende årsaker» (Skadeårsaker s. 265 ff.): ingens av fleras handlingar ensam är vare sig tillräcklig eller nödvändig för skadeeffekten, som emellertid förutsätter åtskilligas handlingar, men icke allas. Vi kunna också tänka på följande fall: två personer avskjuta (i uppsåt att döda), oberoende av varandra men *ungefär* samtidigt, var sitt skott mot en tredje; vardera skottet träffar och skulle ensamt ha varit dödande, men man kan icke avgöra vilkens skott som först träffade, och följaktligen icke heller vilken av gärningsmännen som endast beskjutit ett lik (exemplet alltså icke överensstämmande med det hos Skeie I s. 128, vilket faller under »selvstændig virkende aarsaker»).

Egentligen behövde, som sagt, rättsideologien av dessa anledningar ingalunda tala om någon särskild juridisk kausalitet eller juridisk användning av kausalitetsbegreppet. Men den gjorde det och gör det likväl. Man kunde ju eljest blott ha sagt, att ansvaret i allmänhet förutsätter, *dels* att handlingen förorsakat (alltså utgjort en nödvändig betingelse för) effekten, och *dels* att handlingen ådragit actor skuld (med allt vad som hörde till denna föreställning). Man kunde så ha tillagt, att »skuld» kunde tänkas föreligga och föranleda ansvar, fastän svarandens handling icke utretts ha varit kausal till effekten, ja, möjligen

---

nerad över min »eiendommelig inkonsekvente, dramatisk hoverende forsikring om at 'den rena underlåtenheten bevisligen icke *kan* vara kausal till någon skada'». Han tycks inte ha lagt märke till, att jag till stöd för mitt påstående hänvisar till min argumentation på flera sidor i annat arbete. Jag tror icke, att den argumentationen kan vederläggas. I allt fall har hittills så icke skett. Anledningen till att jag i sammanhanget underströk orimligheten i talet om underlåtenhetens kausala betydelse var, att ett sådant understrykande tycktes mig ägnat på ett särskilt sätt klargöra, att kausalitet och rättsligt ansvar vore helt skilda frågor, låt vara att ansvarigheten kanske oftast förutsatte, att svarandens handlingssätt utgjort en betingelse för den effekt, varom det i processen rörde sig. Utredningen av denna förutsättnings förhandenvaro fölle dock, som jag så ofta erinrat om, helt utanför juridiken som vetenskap, vare sig nu situationen vore sådan, att frågans avgörande krävde vetenskaplig expertis, eller icke. Detta är emellertid något helt annat än påståendet att »aarsakssammenhæng er i og for sig intet *juridisk* argument» (Hoel, Retsmetode s. 168). Se nedan s. 327 n. 8.

också att ansvar (inom skadeståndsrätten) kunde tänkas ifrågakomma utan vare sig skuld eller kausalitet samt närmare utvecklat detta.

Att man icke så förfarit utan trott sig böra se *kausaliteten* ur *juridisk* synpunkt torde, som redan antytts, ha berott på skuldföreställningen, vars betydelse här i sin tur synes ha sammanhängt med en kvarleva från gamla idéer om att själva orsakandet som sådant av en brottslig effekt eller skada hade rättslig kvalitet, vilka idéer dock småningom under tidens lopp kommo att modifieras och kompletteras genom skuldföreställningen. Man blandade ihop orsak och »skuld». Den rättsliga kvaliteten kom att bestå i *skuld-orsak* ett begrepp framför allt utgallrande bland de orsakande faktorerna, men i någon mån även utvidgande det vanliga orsaksbegreppet.[6]

Frågan om ansvar icke att förblanda med frågan om orsaksförhållande.

Såsom jag ser på rättsvetenskapen, blir frågeställningen, angående straffansvar och det allmänna civila ansvaret, närmast denna: är det enligt rådande sociala värderingar angeläget eller icke att låta handlingssätt av — med hänsyn till icke mindre det subjektiva än det objektiva rekvisitet — föreliggande art motverkas genom tillämpning av ett visst straffbud, resp. genom utdömande av skadestånd? Låt oss därvid utgå från att det subjektiva rekvisitet till fullo täcker det objektiva. Har nu handlingen varit en nödvändig betingelse för brottseffekten eller annan skadeeffekt, så att denna med handlingens uteblivande själv skulle ha uteblivit, så är det jakande svaret givet, hur man än utformar kausalitetsteorierna. Men även om »handlingssättet» bestått i den rena underlåtelsen eller det eljest icke kan utredas, att det utgjort en nyss nämnd betingelse för effekten, kunna omständigheterna vara sådana, att det värderas såsom socialt önskvärt att genom straff, resp. skadestånd, motverka handlingssätt av förevarande art. Vid fall av underlåtelse betyder detta, att det framstår såsom en social angelägenhet, att personer i dy-

---

[6] Kristen Andersen synes icke godkänna dylika reflexioner; se hans Unnlatelse etc. s. 316 n. 1. Vad han där vill säga har jag dock aldrig riktigt förstått. Han tycks mena, att »den envise dyrkelse av Stuart Mills årsakslære» föranlett norsk rättsvetenskap att taga ställning till »årsaksproblemet». Jag förmenar, att, även om Mill aldrig sysslat med detta problem, skulle det ha kommit att spela samma stora roll inom rättsvetenskapen. Att varje skadegörelse eller brott hade en mängd orsaker i gängse mening av nödvändig betingelse för effekten, det visste man ju i alla fall. Därmed fanns då samma anledning att forska efter den »juridiskt relevanta» orsaken.

lika situationer influeras till att icke förhålla sig passiva utan gripa in med handling till den skadliga effektens förebyggande. Varje ordande om eller analys av kausalitetsbegreppet är naturligtvis även här alldeles meningslöst. Och det samma måste sägas, jämväl när eljest ansvar visar sig vara ur social synpunkt motiverat, utan att svarandens handlingssätt kunnat utredas ha varit orsak i vanlig mening till skadeeffekten, d. v. s. en betingelse för denna, så att med handlingssättets uteblivande även effekten skulle ha uteblivit. Tag exempelvis det fall, att två personer oberoende av varandra samtidigt utfört var sin handling och att båda handlingarna utgjort »selvstændig virkende aarsaker» (varom strax) till en och samma brottsliga effekt.[7] Det är nu uppenbart, å ena sidan att straffbudets tillämpning å var och en av dessa handlingar innefattar ett ohämmat fullgörande av dess sociala funktion, däri framför allt inneslutet vad jag kallat dess moralbildande funktion, och å andra sidan att svarandenas straffrihet (eller behandling som försöksförbrytare) i en sådan situation skulle ingiva allmänheten en uppfattning om ren stupiditet i straffrätten och utmana dess rättskänsla samt följaktligen ha en socialt skadlig betydelse. Envar av de två handlingarna, sedd för sig ensam, var ju orsak i vanlig mening till brottet; hur skulle då svarandena kunna undgå att båda anses straffbara för detsamma! Hos Planck II: 1, § 249 (4 c), beröres ett fall av hithörande art på det civilrättsliga området. A och B, var och en för sig leverantör till en före-

---

[7] Hult menar visserligen, att det icke är fråga om en och samma effekt utan om två skilda effekter (dock så »nära överensstämmande», att de kunna anses »praktiskt taget» identiska). Därigenom skulle det vanliga (»traditionella») orsaksbegreppet här bli användbart; se Hult, Till frågan s. 74 ff., s. 91. Om A och B avlossa var sitt dödande, samtidigt träffande skott mot X, så är effekten, att *X berövats livet.* Hade enderas revolver klickat, skulle icke desto mindre denna brottseffekt ha inträtt. Det är *denna* brottseffekt, som strafflagen intresserar sig för. Den är alltså *en och densamma* efter A:s handling *ensam* och efter B:s handling *ensam.* Naturligtvis har Hult rätt däri, att *faktiskt* två något varierande effekter föreligga. Men *lagen* (S. L. 14: 1) anger brottsrekvisitet så generellt, att det i *lagens* ögon är fråga om *full* identitet mellan dem. Den »kausalitetsprövning», som Hult anvisar för vardera skadeorsaken, är följaktligen för lagtolkningen överflödig. Men vidare; denna kausalitetsprövning, som leder till skilda effekter, skall ha till syfte att möjliggöra, att var och en av flera »samverkande orsaker» till en skadegörelse faller under det vanliga orsaksbegreppet. Men då det med hänsyn till ansvaret rör sig om en och samma effekt, göres den reservationen, att »en mer eller mindre approximativ uppskattning» måste ske av vad som förelupit, a. st. s. 91, så att de skilda effekterna kunna behandlas såsom (praktiskt taget) identiska, a. st. s. 75. Hult säger också direkt, att vid vad som kan vara »enligt ett juridiskt betraktelsesätt samma effekt» man »faktiskt regelmässigt har att göra med skilda effekter» (a. st. s. 91). Därmed har i själva verket »det traditionella kausalitetsbegreppet» övergivits vid ansvarsfrågan, fastän det för Hult syntes angeläget att kunna bruka det även här.

tagare, äro såsom moranter, var och en för sig ensam, orsak till att företagaren icke kan igångsätta företaget och följaktligen till därigenom uppkommen skada för honom. Det heter nu högst träffande: »Dann wird niemand den Mut der Überzeugung haben, sowohl die Klage gegen A wie die gegen B abzuweisen, weil weder für den Verzug des A noch für den des B die Ursächlichkeit bewiesen sei. Offenbar müssen beide ersatzpflichtig gemacht werden können.» Saken är ju emellertid, att den enkla vanliga orsaksdefinitionen (efter den s. k. betingelseteorien), som vi sett Stang uttrycka så kort och behändigt, just genom sin behändighet blivit formellt något otillräcklig för bedömande av ansvarsfrågor. Egentligen tarvades rent formellt denna komplettering: självfallet försvinner icke ansvaret för var och en av flera samverkande, därför att hans handling *ensam* för sig skulle ha varit tillräcklig för brotts- eller skadeeffekten, det vill säga ensam för sig skulle ha varit orsak till denna effekt. Men en sådan komplettering synes med fullt fog helt överflödig: en föreställning, att ansvaret skulle *förringas därigenom*, att vars och ens handling varit »selvstændig virkende aarsak» (alltså *ensam* skulle ha förorsakat hela brotts- eller skadeeffekten) — en dylik föreställning vore ju alldeles utan spår av förnuft och kan därför icke ha behövt uttryckligen avvisas.[8] Vad beträffar fallet med de två, vart och ett för sig dödande skotten, som träffade en tredje »ungefär (d. v. s. nästan) samtidigt», utan att det kunde utredas, vilketdera som träffade först, kan möjligen ett resonemang även här tänkas till stöd för envars ansvarighet för mord (eller dråp). Men såvitt båda skyttarne kunna straffas för försök till mord, måste ett starkt tvivel kunna göra sig gällande med hänsyn till vikten av att satsen »nulla poena sine lege» varder upprätthållen. Det supponerade fallet med »ungefär samtidighet» kan naturligtvis stundom innebära ett faktiskt läge, i vilket domaren anser sig kunna utgå från att offret levde, när senare skottet lossades, även om döden redan inträtt, när skottet träffade. Men det förefaller mig, som om här en mindre lakun i lagen förelåge. Om den i så fall bör utfyllas eller icke synes — med hänsyn till sällsyntheten av situationer av hithörande slag — vara en öppen fråga. Man tycks i ett fall som detta på skadeståndsrättens område tala om »alternativ kausalitet». Har jag fattat auktorerna rätt, så menar Oertmann, att intet ansvar kunde ifrågakomma, under det att Planck's Kommentar (d. v. s. Siber) har annan mening, motiverad »unter dem Gesichtspunkt der *vermuteten konkurrierenden Kausalität*».[9] Emot civil-

[8] Se om saken vidare nedan s. 328 f.

[9] Jfr Oertmann, Vorb. 4 c (till § 249) s. 35 och Planck II: 1, nyss anf. st.

rättsligt ansvar för såväl den ene som den andre »alternative» skadegöraren talar naturligtvis inte tanken »nulla poena etc.». Men ansvarsfrågan må röra vare sig straff eller skadestånd — det torde under alla omständigheter inses, att man vid diskussion av densamma icke kan erhålla någon som helst hjälp genom ventilering av »kausaliteten ur juridisk synpunkt» eller dylikt.[1]

Sökandet efter orsaksfrågans rättsligt relevanta moment överflödigt.

Men nu finns det ju, invändes det kanske, just här i Norden, vid sidan av »betingelseteorien», en s. k. »medvirkningsteori»[2], avseende »medverkande» orsaker, och vi ha redan sett figurerna »självständigt verkande» orsaker[3] och »overtallige samvirkende årsaker». Alla tre kate-

[1] Kanske kan följande anmärkning här vara lämplig. I de hithörande exemplen har jag utgått ifrån att vad som skett *tillfullo* täckts av svarandens subjektiva inställning, vare sig denna nu varit uppsåtlig eller blott s. k. kulpos. I fråga om skadeeffekt genom ett handlingssätt, som varit varken dolöst eller kulpost, kan ju också ansvar (civilrättsligt) ifrågakomma. Men alltid uppställes såsom förutsättning för det civilrättsliga ansvaret, vad som ofta kallas adekvat kausalitet, vilket betyder, att ansvaret begränsas till s. k. adekvata skadeverkningar av handlingen, ett begrepp som här icke skall närmare beröras. Även om man nu måste säga, att ansvar är att begränsa till adekvata skadeverkningar, så betyder detta självfallet icke, att här vore fråga om en särskild juridisk kausalitet, utan endast att ansvaret — såvitt det förutsatte att svaranden genom sin handling varit orsak till skadan — jämväl förutsatte att skadan varit en adekvat följd av denna handling. Denna synpunkt av adekvat kausalitet får ju för övrigt betydelse även vid frågan om ansvar för negativ »handling», som *aldrig* kan vara en *orsak*. Frågan »adekvat kausalitet eller icke?» har då avseende därå, huruvida skadans förebyggande skulle ha stått i adekvat förhållande till den positiva handling, som underlåtits, d. v. s. huruvida man vid »en efterföljande prognos» skulle finna, att svaranden — därest han handlat i stället för att förhålla sig passiv — med en viss grad av sannolikhet skulle hava förebyggt skadan. Detta visar ju till yttermera visso, att den s. k. adekvansen icke kan föranleda något tal om behovet av en särskild juridisk kausalitet.

[2] Ett belysande exempel hos Hoel, Risiko og Ansvar s. 96 f., och efter honom hos Ussing, Erstatningsret s. 144, och Øvergaard s. 23. Se även Andenæs, Skadeårsaker s. 245 f. och s. 268; Hult, Till frågan s. 77 f. Utan att, synes det, vara influerad av Hoel hävdar också Hagerup Bull teorien att »alle medvirkende faktorer, betingende eller icke betingende, bør medregnes som aarsaker». (Årsakslæren I s. 44; se även Årsakslæren II s. 347.) Om Ussing, Erstatningsret s. 144 f., godtager Hoels medvirkningsteori kan vara tvivelaktigt med hänsyn till hans uttalande s. 143, att »det har formentlig ingen praktisk betydning at tage Stilling til *den filosofiske Aarsagslære*». Det sannolika torde dock vara, att han här gillar Hoel. Se Øvergaard, s. 23 n. 5, och jfr slutet av en not här ovan å s. 319 f. samt texten å s. 331.

[3] Stang, s. 352 f., synes ha formulerat termen, under vilken måste komma ett sådant fall, som att A och B samtidigt avlossa dödande skott mot X. Varderas skott

gorierna kallas stundom »konkurrerande orsaker»[4]. Naturligtvis inser jag, att under dessa och andra liknande rubriker kunna dryftas rättsliga ansvarsfrågor av större eller mindre betydelse. Och jag har, självfallet för övrigt, aldrig bestritt förnuftigheten i en sådan fråga, som om vanligt »årsakssammenhang» alltid vore nödvändigt för ansvar eller om icke kravet härpå blott vore en »altovervejende hovedregel».[5] Men hur skulle väl ett vetenskapligt diskuterande av dylika frågor kunna bero på ställningstagande till några kausalitetsläror eller överhuvud till begreppet orsak? — på annat sätt, än att man naturligtvis får särskilt bestämma sig för vad man menar med »orsak», därest man nu skulle rata den vanliga bestämningen av detta begrepp. En sådan avvikande bestämning göres då *endast och allenast*, på det att man må göra sig förstådd, så att man kommer i kontakt med den man diskuterar med. Den göres *icke därför*, att man genom inläggande av en ny eller särskild betydelse i orsaksbegreppet skulle kunna komma *ett enda steg* närmre lösningen av det problem, som *skall* lösas, nämligen ansvarsproblemet!

Jag menar med andra ord, att man förfar rent ut sagt komiskt, när man i diskussionen om ansvar dryftar orsaksfrågan för att utfinna dennas »retslig relevante momenter» (Stang s. 70). Hur orsaksbegreppet än formuleras, måste det ju under alla omständigheter vara en fråga helt och hållet för sig — d. v. s. en fråga fullständigt oberoende av varje ställningstagande till *detta begrepp* — vilka s. k. rättsregler som lämpligen hävdas på straff- och skadeståndsrättens område. Förnuftigtvis kan detta aldrig vara något annat än en social värderingsfråga[6], och icke, såsom man tycks tro, beroende av, hur »aarsakssammenhang» bestämmes i *juridiken*, om efter t. ex. »betingelse»-teorien eller »medvirknings»-teorien[7] (eller slutligen någon annan teori).

Låt oss för övrigt taga det av Hoel lanserade exemplet på den senare teorien. Av ett visst gift är 5 g dödsbringande. A har nu (fall nr 1) givit X 3 g därav, B har också (i ovetskap om A:s handling) givit honom

---

kan tänkas bort, men X dör likväl. *Både* A:s *och* B:s skott kunna då naturligtvis icke tänkas bort, utan att brottseffekten uteblir. Stang anför själv ett exempel angående skadestånd på grund av kontraktsbrott (exemplet möjligen inspirerat av Siber i Planck's Kommentar, 4 uppl. II: 1 s. 78) och säger bl. a.: »at aarsakerne fordobles, er ikke det samme som, at de ophæves».

[4] Andenæs, Skadeårsaker s. 245 f. — Stang, s. 338 ff., och Øvergaard, s. 325 f., inlägga från Andenæs' något avvikande meningar i »konkurrerande orsaker».

[5] Jfr Andenæs, Skadeårsaker s. 248.

[6] Varvid självfallet handlingssättets betydelse för skadeeffektens inträffande bildar en utgångspunkt.

[7] Se exempelvis Øvergaard s. 22 f. och Hult, som i sin avhandling »Till frågan» företagit ett »juridiskt bedömande av kausalsammanhang». — Om Hoel nedan i texten.

3 g. X dör, och B:s handling var liksom A:s en nödvändig betingelse för dödsfallet, alltså orsak i vanlig mening. Antag åter (fall nr 2), att A har givit X en dos på 6 g och B har givit honom 3 g. Om detta fall skriver Hoel:

»*Bygger man paa den hævdvundne aarsaksformulering,* maa man imidlertid si at vistnok kan A.s handling ikke tænkes borte uten at resultatet var blit et andet. A er med andre ord aarsak till X.s død. Men B.s handling kan godt tænkes borte uten at nogen ændring försaavidt var indtruffet. Ti X vilde allikevel været død alene av den dosis A har git ham. B har altsaa ikke foraarsaget X.s død — og skulde følgelig gaa fri overalt hvor der til aarsaksforholdet knyttes praktiske, f. eks. juridiske konsekvenser. — Der reiser sig aabenbart her straks spørsmaal om hvorvidt det er naturlig og rimelig at gjennemføre et saadant synspunkt. Naar B.s fuldstændig ensartede handling under de umiddelbart forutgaaende omstændigheter gjorde ham til 'aarsak', med alle derav følgende praktiske konsekvenser, hvorfor skal man da behandle ham paa en helt anden maate her? Og svaret kan kun bli at nogen saadan reel grund overhodet ikke foreligger, men at der ene og alene er fremkommet et *skjævt synspunkt som følge av en ufuldkommen aarsaksbetragtning.* Hvis man i det sidste tilfælde, istedenfor avrundet at tale om 'X.s død', determinerer begivenheten i hele dens faktisk foreliggende konkrete bestemthet, blir ogsaa her B.s handling et fuldkomment nødvendig led i den lovmæssige begivenhetsgang og kan — om det saa ønskes — følgelig meget vel kaldes 'aarsak'. Derved blir B ogsaa her 'medvirkende', og ingen skranke for den praktiske gjennemførelse av konsekvenserne findes.» (Båda kurs. här.)

Detta synes mig inte ha något med rättsvetenskap att skaffa. En motiverad antydan ligger visserligen i orden mellan tankestreck »om det saa ønskes». Därmed sägs ju indirekt, att det icke kan hänga på ett visst *orsaks*-begrepp. Men av detta har Hoel faktiskt icke gjort något bruk. Det står tvärtom i bjärt strid däremot att låta spörsmålet, om B även i fallet nr 2 bör komma under strafflagen för mord (för »drab» enligt norsk lag), beröras av frågan, om hans handling kunde rubriceras under ett från det vanliga skilt *orsaks-begrepp* eller icke. B:s handling är och förblir oberoende därav identiskt densamma och måste följaktligen också oberoende därav rättsligen bedömas på ett och samma sätt — nämligen om man kan frigöra sig från rättsideologien, som här genom föreställningen om det skuld-belastande orsaksförhållandet är ägnad att beslöja realiteterna. Det säger sig ju eljest självt, att den sociala värderingen av B:s handling ur straffrättslig, liksom också ur skadeståndsrättslig, synpunkt måste utfalla på ett och samma sätt, vare sig *begreppet* orsak vidgas ut över det vanliga och följaktligen anses omfatta handlingen eller icke.[8]

[8] Hoel har tagit upp »aarsaksbegrepet» redan i sin »Retsmetode» s. 162 ff. Framställningen synes mig även där vara oklar. Bl. a. har han det egendomliga uttalandet,

Emellertid heter det nu i svenska strafflagen (14: 1), att någon »berövar någon livet», och i den norska (§ 233), att någon »forvolder en annens død»[9], samt i Danmarks strafflag (§ 237), att någon »dræber en anden». Den frågan kan naturligtvis ställas, hur man har att tolka dessa lagord. Men man kan därvid icke erhålla någon som helst hjälp genom att studera kausalitetsläror och taga ställning till dessa »ur rättens synpunkt». Vad lagarne — som i sina formuleringar tydligt blott förutsätta *en* gärningsman — här ha givit uttryck åt är otvivelaktigt[1] den meningen, att handlingssättet måste ha i vanlig mening förorsakat dödsfallet[2]. Två eller flera var för sig handlande gärningsmän komma givetvis alla under straffbudet, om vars och ens handling varit orsak i vanlig mening till, alltså en nödvändig betingelse för, offrets död. Men därmed måste det ju vara otvivelaktigt — utan att man behöver anlita något »juridiskt bedömande av kausalsammanhang» — att de också alla komma under straffbudet, om vars och ens handling varit sådan, att den *ensam* skulle ha utgjort orsak i vanlig mening till dödseffekten.

Denna deras ansvarighet kan självfallet icke hindras därav, att den vanliga formuleringen av orsaksbegreppet nu icke kunde finna någon direkt användning. Denna formulering är visserligen rent logiskt fullständig och anmärkningsfri vis à vis frågan om ansvar för fleras handlingar såsom utgörande »selvstændig virkende årsaker». Ty, såsom Hult säger (ovan s. 323 n. 7), är det här i verkligheten fråga om skilda effekter av vars och ens handlingar, låt vara att effekterna äro så nära över-

---

att »'aarsagssammanhæng' er i og for sig intet *juridisk* argument» (s. 168). I en mängd fall, inom straffrätten avgjort de flesta, är det just orsakssammanhanget (uppfattat enligt betingelseteorien) som det hänger på. Om en person instämmes såsom gärningsman med visst yrkande på grund av annan tillfogad misshandel, ärekränkning, skadegörelse etc., har det då icke i allmänhet avgörande betydelse för ansvaret, om han genom sin handling varit orsak till effekten ifråga eller icke? En helt annan sak är, att situationen stundom *kan* vara sådan, att också kriminellt ansvar utdömes, även om orsaksförhållande icke föreligger. I de citerade orden avser Hoel möjligen att betona »i og for sig», fastän han i så fall gjort en olämplig kursivering. En dylik betoning synes mig dock intetsägande; ty nämn *något* faktiskt förhållande, som »i og for sig» (i mening av isolerat förhållande) utgör juridiskt argument för kriminellt eller civilt ansvar! *Alltid* måste den »juridiska argumenteringen» innefatta *flera* omständigheter.

[9] Eller »medvirker dertil». Jag tager icke upp detta senare uttryck, då det sammanhänger med delaktighetslärans systematiska behandling i norska strafflagen.

[1] Åtminstone om vi bortse från negativ »handling», d. v. s. underlåtenheten att (söka) förebygga dödsfallet.

[2] Hagströmer, Svensk straffrätt s. 221 f., ställer frågan, när en handling kan betecknas »såsom orsak till en rättstridig effekt, som följt därå». Bland de tre momenten, varmed svaret på frågan gives, ingår såsom det första, »att handlingen *medverkat* till effekten, varit en av de faktorer ur vilkas samverkan effekten framgått».

ensstämmande, att de kunna anses praktiskt taget identiska. Nu kan emellertid, såsom jag förut påpekat, denna differens aldrig ha någon betydelse ifråga om brottsrekvisit (och icke heller ifråga om rekvisitet vid en skadegörelse). Detta betyder emellertid ingalunda, att rätten *här* hade sitt särskilda orsaksbegrepp avvikande från det vanliga, det enligt den s. k. betingelseteorien uppställda. Det är överhuvud (vid »selvstændig virkende årsaker») icke därför, att envars handling betraktas såsom *orsak* till den samlade effekten, som envar blir ansvarig för denna. Envar blir ansvarig för denna, därför att hans handling stått i det förhållande till denna effekt, som den faktiskt stått. Det är därvid fullkomligt likgiltigt, hur begreppet orsak formuleras, d. v. s. om det formuleras så, att formuleringen täcker förhållandet ifråga eller icke. Man skulle vid »selvstændig virkende årsaker», med utgångspunkt i ansvar för vanligt orsakande enligt betingelseteorien, helt kort kunna säga: *maius includit minus*, d. v. s. att ansvarigheten följer i själva verket som en naturlig slutledning *e fortiori*.

Nu berörda *orsaks*frågor kunna naturligtvis stundom besvaras först efter inhämtande av medicinsk sakkunskap. *Men filosofisk liksom också juridisk sakkunskap är för deras besvarande städse fullkomligt värdelös.*

B:s handling i Hoels exempel nr 2 faller, synes det, under de ifrågavarande lagorden, därest det visas, att handlingen märkbart påskyndat X:s död. Var detta icke händelsen, faller B:s handling utanför det ifrågavarande brottsrekvisitet. Därmed uppstår för dansk rätt frågan, om icke B:s handling likväl faller under straffbudet via § 1 i Borgerlig Straffelov om handling, »som ganske maa ligestilles med» uttryckligen straffbelagd handling, och, beträffande svensk och norsk rätt, om icke B:s handling, trots avsaknad av motsvarighet till sistnämnda stadgande, likväl på analogiens väg borde falla under resp. straffbud. Dessa frågors besvarande önskar jag icke inlåta mig på, då det faller utanför min kompetens. Men jag kan säga, att man vinner *intet* för deras besvarande genom någon analys av orsaksbegreppet, och att man går helt och hållet *meningslösa omvägar*, därest man försöker »trække frem de retslig relevante momenter» i »aarsaksspørsmaalet» (jfr Stang s. 70). Allt annat resonemang är här sakligt verkningslöst, än det som bygger på största möjliga allsidiga insikt om ett straffbuds sociala funktion, naturligtvis inkluderande beaktandet av grunden för maximen »nullum crimen» eller »nulla poena sine lege». Till ett sådant resonemang hör givetvis också, att man undersöker, om icke handlingen kan inpassas under direkt och otvivelaktigt tillämpligt straffbud (här straff för försök) och om icke, i jakande fall, dettas användning skulle kunna befinnas tillfyllestgörande

med hänsyn till den sociala värderingsinställningen till handlingssätt av förevarande art. Och jag kan parentetiskt tillägga, att § 1 i danska strafflagen enligt min ringa mening är ett ganska olämpligt stadgande. I bakgrunden för detsamma ligger den av mig kritiserade metod, som jag kallar rättvisemetoden. Det är även denna metod, som föranleder Hoel att plädera för B:s straffbarhet för »drab» i fallet nr 2 under åberopande av att hans handling var »fuldstændig ensarted» med den, som i fallet nr 1 skulle ha gjort honom till gärningsman. Med dylikt sätt att argumentera skulle B kunna dömas för mord, när A givit en dos på 6 g och B själv blott bidragit med ½ g, ja, med några cg. Ty även ett sådant B:s handlingssätt kan tänkas ha varit alldeles detsamma, som enligt lagorden skulle göra honom till gärningsman: A har givit en dos på 4 ½ g eller därutöver, dock icke fullt 5 g, och B har givit vad som därefter behövdes för att fylla dödsdosen på 5 g.

Jag kan sammanfatta min syn på »kausalitet» i juridiken sålunda. För ansvarighet (kriminell eller civil) förutsättes ett visst förhållande mellan svarandens handlingssätt och en skadegörelse. Detta förhållande består nästan alltid *antingen* däri, att handlingssättet utgjort orsak i vanlig mening, d. v. s. enligt betingelseteorien, till skadegörelsen, *eller ock* däri, att handlingssättet innefattat underlåtelse att i nämnd mening orsaka, resp. söka medverka till skadegörelsens förebyggande. Ansvar inträder *städse*[3], när svarandenas handlingar utgjort orsaker i vanlig mening till skadegörelsen. Därifrån *måste* den slutsatsen dragas, och det *e fortiori*, att ansvarighet vid fleras handlingar inträder för var och en, därest vars och ens handling *ensam* skulle ha i nämnd mening varit orsak till skadegörelsen. Ansvarighet på grund av nu angivna sammanhang eller förhållanden mellan handlingssätt och skadegörelser är motiverad i enlighet med tongivande sociala värderingar.[4] Huruvida dylika kunna motivera ansvarighet, även om något av nu angivna förhållanden icke föreligger mellan en svarandes handlingssätt och en viss skadegörelse är en särskild fråga. Jag bestrider, att man kan få någon som helst hjälp för dess besvarande genom att anlita ett särskilt orsaksbegrepp. Rättsvetenskapsmannen må i denna sin egenskap intaga vilken ställning han vill till diverse kausalitetsfrågor, och han må göra vilka avvikelser som helst

[3] En utgångspunkt är ju, att det objektiva rekvisitet till fullo täckts av det subjektiva; se ovan s. 322.

[4] Att situationen vid underlåtelse behöver sin särskilda kommentar är en sak för sig. Denna kommentar har dock intet med undersökningar av kausalitetsbegreppet »i juridiken» att skaffa. Den har avseende å den förutsättning för (särskilt kriminellt) ansvar, som rättsideologiskt uttryckes så, att svaranden skall ha haft rättslig plikt att företaga den underlåtna positiva handlingen.

från det vanliga orsaksbegreppet — han kan *därmed* aldrig giva ens det allra minsta bidrag till utredningen av rättsliga ansvarsfrågor. Idéen om en specifik »juridisk kausalitet» är ett högst onyttigt påfund.[5]

Av vad jag nu sagt synes det mig också, som om Ussings ett par gånger här förut citerade ord — om den bristande praktiska betydelsen av att taga ställning till *»den filosofiske Aarsagslære»* (kurs. av Ussing) — vore mindre träffande. Han finner orsaksbegreppet efter betingelseteorien alltför snävt, anser därför att det i vissa fall måste »fraviges» och erinrar om den »Sætning» till bestämmande av orsaksbegreppet, som han själv tidigare »opstillede».[6] Detta måste väl betraktas som ett *ställningstagande till filosofiska orsaksläror*[7] *för rättsvetenskapens räkning*. Motsatsen skulle ju förutsätta, att man i juridiken kunde *utgå ifrån* ett orsaksbegrepp, såsom om det hade sin grund i rätten och därifrån hämtade sina bestämningar. Man torde icke behöva uppehålla sig vid en sådan tanke, som synes bottna i förväxlingen av två frågor: kausalsammanhang och rättsligt ansvar. I sin framställning nämner Ussing uttrycket »aarsag» många gånger. En var kan övertyga sig om, att det icke någon gång kan vara fråga om annat än ett begrepp, lika mycket utanför rätten som vilket profant begrepp som helst (maskiner, annan materiel, varor etc.), som på grund av t. ex. ett kontrakt kan bli föremål för rättsligt bedömande.

Redan om man läst första sidan i Thyréns avhandling om kausalitetsteorierna, skulle man möjligen kunna få det intrycket, att jag i det föregående undvikit att beröra vissa rättsområden, där rättsvetenskapsmannen, d. v. s. kriminalisten, hade att i denna sin egenskap taga ställning till kausalitetsbegreppet i filosofisk mening. Thyrén nämner ju (se ovan s. 312 n. 6) för straffrättens del dryftandet av — utom handlingen — tillräkneligheten, försöket och delaktigheten. Men om man å ena sidan håller fast vid, att kriminalistens slutliga eller huvudsakliga spörsmål alltid måste avse *ansvars*-frågan (och icke orsaksfrågan), och å andra sidan tar hänsyn till vad jag sökt utveckla om strafflagens (och även skadeståndsrättens) sociala funktion, då torde man nödgas inse, att varje

---

[5] Det är av det sagda tydligt, att jag alltjämt står för de korta anmärkningar, jag framfört mot Stangs allmänna uttalanden i ämnet i min »Kritik» s. 150 ff., samt i min »Culpa-Regeln» s. 199 ff. Där skrev jag bl. a., att juristen för bedömande av ansvarsfrågor sannerligen icke behövde andra kunskaper angående *orsaks-begreppet*, än vilken förnuftig bonddräng som helst vore i besittning av. För detta uttalande, som chockerat mina rättslärda kolleger i Norge, står jag naturligtvis alltjämt.

[6] Ussing, Erstatningsret s. 144 f.

[7] Sådana som J. St. Mill's, Knapp's och Sigwart's innefattande att hela orsaken till något vore samtliga betingelserna för detta något.

ställningstagande till kausalitetsläror för dryftandet av de av Thyrén nämnda rättsfrågorna (eller vad det vara månde inom vare sig straff- eller skadeståndsrätten) är den rena meningslösheten. Må den som känner sig därtill hågad söka visa, att detta påstående vore ogrundat. Själv har jag icke tid att ytterligare uppehålla mig vid ämnet.

* *
*

Härefter skall slutligen den frågan beröras, *varför* ansvaret såsom den allt övervägande huvudregeln förutsätter orsakssammanhang i gängse mening mellan handlingen och den inträffade skadegörelsen, vare sig denna nu utgjort brottseffekt eller icke. Såväl Ussing som Andenæs uttalar här intressanta synpunkter, delvis kompletterande varandra.[8] Båda erinra — Ussing blott i indirekta ordalag — om vedergällningsidén. Och Andenæs låter förstå, att sammanställningen orsak och ansvar ter sig naturlig icke blott för den primitiva människan utan även för nutidsmänniskan. Det förhåller sig även helt säkert så, och, torde man få tillägga, denna nutidsmänniskans inställning är högst *realistisk*. Detta ligger kanske mera öppet i dagen ifråga om det *civila* ansvaret, skadeståndstvånget. Här måste ju rent logiskt alltid föreligga en viss skadeeffekt, och skadeståndet skall i princip täcka denna, i allt fall icke gå därutöver. Om man nu beaktar, att skadeståndsrätten måste uppfattas än såsom oumbärlig för, än såsom i allt fall stärkande den allmänna trygghetskänslan — i sin tur en betingelse för produktion, företagsamhet och omsättning i samhället — inses att dess sociala funktion naturligtvis står i samband härmed. Ifråga om den hittills dominerande skadeståndsrätten, den traditionella culpa-regeln, framträder emellertid starkt den *prevenerande* funktionen. Denna *förutsätter* helt enkelt, att ansvaret vilar å den, som framkallat skadan. Den prevenerande funktionen framträder lika starkt vid övrigt ansvar enligt vad jag kallar den allmänna skadeståndsregeln.

Se vi så på skadeståndsrätten i övrigt, där vi då kunna åtminstone till en början bortse från prevenerande funktion, så kan ju skadeståndstalan självfallet icke rikta sig mot »folk i allmänhet» eller mot »vem som helst i högen». I detta sammanhang — vid besvarandet av frågan: varför har orsakssammanhang i princip varit förutsättning för ansvar? — vore det vidare meningslöst att i diskussionen draga in vare sig tanken på skadans ersättande på grund av viss allmän obligatorisk för-

[8] Ussing, Erstatningsret s. 143; Andenæs, Skadeårsaker s. 249 ff.

säkring (ty det är ju ett faktum att sådan icke finns) eller idén, att samhället, d. v. s. statsverket, hade att utbetala skadeståndsbeloppen (även en sådan idé vore ju åtminstone för närvarande helt opraktisk). Men därmed finns ju ingen annan att välja på såsom ansvarig än just skadegöraren själv, d. v. s. den som genom sin handling har i vanlig mening varit orsak till skadan. Och att denne då blir ansvarig beror omedelbart därpå, att hans handlingssätt faller under en ansvarsregel. Och denna i sin tur — därest den är rationellt motiverad[9] — framgår därav, att det enligt avgörande sociala värderingar befinnes vara bättre för trygghetskänslan i samhället, att den inträffade skadan får ekonomiskt bäras av skadegöraren, än att den får stanna å den skadelidande såsom dennes ekonomiska förlust. Oaktat vi nu ha i sikte den del av skadeståndsrätten, som icke kan vara motiverad med hänsyn till *prevenerande* social funktion, förhåller det sig likväl *faktiskt* mestadels så, att också denna del av skadeståndsrätten medför en viss större eller mindre social nytta på grund av prevenerande verkan. Detta är självfallet något att jämte det sagda beakta vid nyss antydda sociala värdering, efter vilken avgöres, huruvida, utanför den allmänna skadeståndsregeln, en skadegörelse under de och de omständigheterna bör föranleda ansvar.

Om skadegörelsen exempelvis bestått i nödhandling i tredjemans intresse (och till dennes favör), kunde det kanske stundom diskuteras, om tredjeman genom sitt handlingssätt skulle kunna betraktas såsom orsak i vanlig mening till den genom nödhandlingen inträffade skadan. Resultatet av en sådan diskussion vore emellertid likgiltigt för denna framställning på annat sätt, än att, om frågan — såsom sannolikt skedde — nekande besvarades, situationen borde påpekas såsom utgörande ett av undantagen från den vanliga principen, att ansvar förutsätter, att svaranden i vanlig mening förorsakat skadan. Ty för »nutidsmänniskan» torde det få anses helt naturligt, att en sådan tredjeman kunde bli ansvarig, vare sig tillsammans med actor eller ensam.[1]

Ansvar för s. k. negativ handling, underlåtelse, finns det ingen anledning att särskilt uppehålla sig vid i förbindelse med frågan om anledningen till att det är »orsakaren», som enligt den allt övervägande huvudregeln blir ansvarig. Ty sådant ansvar är ju — när det förekommer — motiverat av att den »negativa handlingen» innefattat *under-*

---

[9] Vilket ju visserligen ofta icke är fallet, beroende på den större eller mindre betydelse, som man tillagt den s. k. rättvisans krav. Men även detta »krav» plägar utformas så, att den, som genom sitt handlingssätt på ett eller annat sätt betingat skadan, blir ansvarig.

[1] Se Bd II: 1 s. 251 ff.

låtelsen att *förebygga* eller *motverka* en *orsak* i vanlig mening till skadan[2], vilken därför också inträffat. Sammanställningen mellan sådan underlåtelse och ansvar måste understundom kunna anses som lika naturlig som sammanställningen mellan orsak och ansvar.[3]

För Ussing och Andenæs ter sig sannolikt nu förda resonemang såsom gående vid sidan om den enligt deras mening egentligen hithörande frågan. Denna synes ställd på sin spets genom följande av Ussing formulerade spörsmål: »Men hvis man konstaterer, at en Person ved Culpa har fremkaldt paaregnelig Fare, jfr ndfr. IV, for den Skade, der senere intraadte som Følge af andre Aarsager, som greb ind og hidførte Skaden, hvorfor skal han saa gaa fri for Ansvar?»[4] Svaret är, såvitt jag förstår, att en ansvarsregel här skulle sakna social funktion. Såsom prevenerande vore den ur lätt begriplig psykologisk synpunkt en nullitet: folk räkna icke med att faror, som framkallats, skola upphöra genom att befarade skador inträffa på grund av *främmande* orsaker. Därmed skulle regeln också sakna social ersättande eller reparerande funktion. Personen har ju inte orsakat skadan, varför skadeståndstvånget skulle framstå som ett godtyckligt slag »i högen» (jfr ovan s. 332) och därmed som ett socialt ont (jfr citatet från Mr Justice Holmes i Bd I s. 223). Ansvarsfrihet synes dock här icke av alla tagas för given: svaranden har dock handlat kulpost! Det synes mig uteslutet annat, än att vi här ha framför oss visserligen icke den primitiva vedergällningsidén utan en mera förfinad sådan, enligt vilken det dock på allvar reflekteras över att låta en person på grund av en »rättstridig» och »kulpos» handling betala ersättning såsom en rättslig reaktion på den blotta subjektiva inställningen på grund av dennas klandervärdhet.

Gå vi därefter till det kriminella ansvaret, är det högst motiverat att på denna punkt erinra om mera *primitiv* vedergällningsidé. Denna har nämligen såtillvida en förnuftig innebörd, som enligt densamma den brottsliga *effekten* erhåller betydelse för frågan om straffansvar och för straffmätningen. Denna sak kan näppeligen riktigt förstås, om man icke har klart för sig, att strafflagens sociala funktion väsentligen består i att uppamma och underhålla spontana känslor, moralinstinkter, emot de straffbelagda handlingarne, d. v. s. brotten, eller så att säga rycka den

[2] Jfr sista punkten i citatet efter J. St. Mill här ovan i noten å s. 313.

[3] Vad principalansvaret angår så dels anses ju detta icke utesluta actors ansvar, och dels står principalen ofta i ett sådant förhållande till skadan, att regeln om hans ansvarighet har viss prevenerande verkan. Det torde numera anses vara icke minst detta, som ligger i bakgrunden för principalansvaret. Se Bd I så 464 ff., ävensom senare i detta arbete.

[4] Erstatningsret s. 143. Jfr Andenæs, Skadeårsaker s. 251 f.

allmänna, spontana moralen med sig mot dessa.[5] Vedergällningsidéen har nu visserligen, liksom allt annat känslotänkande, alltid varit i och för sig oförnuftig, och den har i mycket varit skadlig för rättsvetenskapen. Men den har icke desto mindre medfört betydande social nytta, därigenom att den förutsatt, att handlingen medfört brottslig *effekt* för att kunna föranleda straffansvar, och satt straffmätningen i relation till denna effekt. Att man låtit effekten spela denna roll har helt enkelt utgjort en förutsättning för strafflagens »moralbildande» funktion i samhället. Denna är beroende på det i kraft varande straffbudets förmåga att hos allmänheten inprägla den straffbelagda handlingens *absoluta* otillåtlighet. Såsom människorna psykologiskt äro beskaffade, kan emellertid denna inprägling ej åstadkommas, utan att det står klart för dem, att handlingen är aggressiv gentemot ett eller flera sociala värden. Det är vissa sociala värdens okränkbarhet, som inpräglas genom strafflagens uppehållande. Med hänsyn härtill är det som straffet måste vara beroende av effekten, d. v. s. av ett socialt värdes *faktiska kränkning*, på det att strafflagen må kunna fullgöra sin sociala funktion.[6] Den *blotta* avsikten att företaga en sådan kränkning — utan att avsikten tagit sig visst uttryck i yttervärlden — bör ej kunna föranleda straff enligt en förnuftig straffrätt. Det är som sagt blott genom tillmätande av betydelse åt effekten, som vägen blir framkomlig för väckandet hos människorna i gemen av dessa spontana känslor mot brotten såsom absolut otillåtliga, d. v. s. framkomlig för strafflagen till fullgörande av dess i viss mening moralbildande funktion.[7]

Är det sålunda klart, att straffansvar bör förutsätta brottslig effekt, så är det också givet, att ansvaret måste vila å den, som genom sin handling förorsakat, resp. underlåtit att (söka) förebygga, sådan effekt. Detta följer logiskt av den utgångspunkt, som jag under hänvisning till mina utredningar tagit, nämligen att strafflagen har den sociala funktionen att prevenera mot brott genom vad jag — med ett kanske mindre lämpligt ord — kallat moralbildning.[8] Nöjde man sig med att betrakta

[5] Se härom min »Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar» s. 21–39; och min »Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén» s. 105–135. Att Thyréns angrepp mot mig icke innefattade någon vederläggning torde numera vara *tacite*, men allmänt, erkänt.

[6] Uttrycket »faktisk kränkning» avser icke att utesluta *hotandet* av ett socialt värde under särskilda omständigheter, t. ex. genom ett på visst sätt avancerat försök till brott. Se min Principinledning s. 37.

[7] Se härtill min Principinledning bl. a. s. 24, 31 och 34–37. Angående »moralbildande» är det här naturligtvis icke fråga om moral i djupare etisk mening. Jfr mitt Svar till professor Thyrén s. 111 f.

[8] Se nästföregående not.

straffet ur individual-preventiv synpunkt eller strafflagen såsom allmänprevenerande blott genom avskräckning, skulle man icke ledas fram till inträffad brottslig effekt såsom förutsättning för svarandens straffbarhet — annat än ur en oförnuftig synpunkt, nämligen genom vedergällningsidén.

Att diskussionen i denna fråga på straffrättens område alltjämt bottnar i förfinade vedergällningsföreställningar är uppenbart. Här framträder svarandens sinnelag — vanligen inkluderat i antagandet av hans skuld men även särskilt karakteriserat såsom hans antisocialitet, samhällsfarliga viljebeskaffenhet eller dylikt — såsom görande honom i rättvisans namn förtjänt av straffet alltjämt i skarpaste relief, och man frågar i enlighet härmed icke efter *strafflagens* utan efter *straffets* betydelse. Självfallet kan sinnelaget taga sig uttryck i brottsliga handlingar. Drager man emellertid verkligen ut konsekvenserna av sin idé om sinnelagets betydelse i straffrätten, så måste man komma till det resultat, att straffbarhet måste föreligga, så snart persons »antisociala» eller »samhällsfarliga viljebeskaffenhet» på något sätt utåt kommit till klart uttryck. Detta tror man nog också vara det »egentligen» mest rationella. Men samtidigt menar man, att idén icke är genomförbar på grund av människans psykologiska natur. Denna föranleder såsom en praktisk nödvändighet, att man släpar med en i och för sig oförnuftig vedergällningsidé, som i sin tur krävde en »forholdsmessighed mellom ansvar og skadefølge».[9] Men man anför jämväl det skälet, att »den mislykkede handling gir ikke, gjennomsnittlig sett, den samme garanti for farlighet hos gjerningsmannen som den som faktisk har ført til det skadelige resultat».[1] Men den förment rationella inställningen — att redan den ådagalagda antisociala blotta viljebeskaffenheten *egentligen* motiverade persons straffbarhet — har likväl gjort och gör mycket ont för samhället, genom att den bidragit till att lagstiftningen i praktiken utgår icke från straff*budet* utan från *straffet* och från därmed sammanhängande individualprevenerande idéer.[2]

Hade man kunnat lösgöra sig ur rättvisemetodens grepp och förstått, att det icke finns någon annan ledning, som är rationell och icke chimärisk, för rättsvetenskapen, än den som följer av på visst sätt framträdande värderingar av vad som kunde vara det bästa för samhället, då skulle man ha förstått, att det sociala intresset i första hand rör sig om uppehållen *strafflags* betydelse, i enlighet varmed *straffet* måste vara ut-

[9] Jfr Andenæs, Skadeårsaker s. 252.

[1] Andenæs, Skadeårsaker s. 251 (efter Ussing, Erstatningsret s. 143).

[2] Jfr bl. a. min artikel Straffverkställighet och allmänprevention i SvJT 1946 s. 641 ff.

format. Och man skulle ha kommit till insikt om en sådan social funktion hos strafflagen, att det bleve fullkomligt irrationellt att låta straffet följa och bestämmas oberoende av brottslig effekt.

Så ha vi då även vid den diskussion, som jag nu berört och tagit ställning till, sett hurusom rättsvetenskapens resonemang bottna i den olyckliga tron på rättvisan såsom ledmotiv i juridiken. Skulle verkligen den s. k. rättvisan få fria tyglar i rätten, då skulle — som jag så ofta framhävt — samhället sprängas sönder och människorna småningom hamna i en tillvaro av anarki och förvildning.

PRINCIPALANSVARET.

ALLMÄNNA ANMÄRKNINGAR OM NYARE JUDIKATUR M. M.

När jag nu återgår till principalansvaret som jag utförligt, ehuru dock ofullständigt, behandlade i Bd II: 1[3], må först erinras om, att jag tager institutet i samma begränsning, som jag förut gjort: persons ansvar för skada å annan, icke i svarandens tjänst stående, person genom handling av i svarandens tjänst varande eller eljest av denne anlitad person. Jag tager sålunda här icke upp arbetsgivares ansvar för skada å hos honom anställd person genom handling av annan hos honom anställd.[4]

För fullständighetens skull torde nu först en blick böra kastas på vår judikatur, tillkommen efter den i Bd II: 1 berörda.

NJA 1948 s. 262: Spårvagnsföraren Persson stod i sin uniform på motorvagnens främre plattform, visserligen för ögonblicket icke i tjänst men i avsikt att efter några hållplatser övertaga spårvagnståget efter den tillsvidare tjänstgörande föraren Billberg. Persson hindrade en onykter person Jansson att bestiga plattformen. Jansson var emellertid envis, höll med högra handen fast i handtaget, när vagnen sattes i gång, släpades med ett stycke och fick, sedan han fallit, ena foten under främre hjulet på första släpvagnen. Jansson förde skadeståndstalan mot spårvägsbolaget, åberopande att såväl Persson som Billberg handlat kulpost. Samtliga instanser utdömde skadestånd, jämkat i anledning av Janssons egen culpa. R. R:n åberopade för sitt bifall till talan vållande av »hos bolaget anställd personal». — Hov R:n anförde som grund blott vållande hos Persson, bestående i att denne underlåtit tillsäga Billberg att icke sätta i gång vagnen, så länge avsevärd fara fanns för skada å Jansson genom dennes närhet intill motorvagnen och hans onyktra tillstånd. Persson hade »oaktat han vid tillfället icke haft att fullgöra tjänst å spårvägståget» tagit befattning med Janssons avvisande och haft sin uppmärksamhet riktad på Jansson. Därför hade nämnda tillsägelseplikt ålegat Persson »i dennes egenskap av spårvägstjänsteman». —

[3] Bd II: 1 s. 351–565. Här berörde jag dock jämväl en del andra mer eller mindre närbesläktade frågor.

[4] En passant har detta ansvar berörts på skilda ställen i Bd II: 1, s. 430 ff. samt noten å s. 393 ff. och å s. 523 f. m. fl. st.

N. Rev. sade att Billberg (tydligen ensam) vållat olyckan och att bolaget hade »skyldighet att gottgöra Jansson den skada Billberg vållat». — H. D. fann, »att såväl Persson som Billberg ådragit bolaget skadeståndsskyldighet genom underlåtenhet att tillse, att tåget icke igångsattes, så länge det kunde medföra fara för Jansson».

Om vi bortse från N. Rev:s ståndpunkt, torde *samtliga* instanserna ha funnit Perssons handlingssätt, med hänsyn till frågan om bolagets ansvar, likställt med handling i tjänsten. Egentligen är det blott i R. R:ns och HovR:ns domar, som det klart framgår, att bolagets ansvar förmedlats genom anställds culpa. Domstolarnes mening är antagligen, att ansvaret grundar sig på 2 § i 1886 års lag angående ansvar för skada i följd av järnvägs drift, jfd med lag 17.6.1916.[5] Ty vår judikatur förutsätter ju i allmänhet obligations- eller kontraktsförhållande för att skada genom enkel anställds culpa skall kunna leda till principalens ansvar.[6] Och bolaget stod så mycket mindre i sådant förhållande till Jansson, som denne förvägrades att »sluta kontrakt» med bolaget. Att situationen skulle av de ifrågavarande instanserna ha betraktats analog med den i NJA 1945 s. 438 angivna — principalansvaret grundade sig å anställds culpa i förening med situationens farlighet — kan knappast antagas med hänsyn till domsformuleringarne. Ehuru H. D:s formulering icke med logisk nödvändighet innefattar bolagets ansvar för anställds culpa, måste ju likväl innebörden vara den, om det är § 2 i 1886 års lag, som ligger i bakgrunden. Och, såsom jag redan nämnt, kan svårligen något annat antagas. Intresset i detta fall för vårt ämne, principalansvaret, synes mig därför egentligen blott ligga däri, att skadan genom Perssons handlingssätt medförde ansvar för bolaget, fastän Persson, ehuru i bolagets tjänst, *just vid tillfället icke var i tjänstgöring.*

NJA 1948 s. 303: Grundläggare Larsson fick poliskammarens i Stockholm resolution om tillstånd att med biträde av bergsprängaren Andersson verkställa bergsprängning för beredande av plats för grunder till nybyggnader och för rörgravar å visst område. I resolutionen föreskrevos åtskilliga säkerhetsåtgärder till skydd mot skada å annan. Vid sprängningsarbete av A. i L:s frånvaro blev E., som icke stod i L:s tjänst, skadad. A., som icke iakttagit nämnda föreskrifter, dömdes ansvarig, såväl kriminellt som civilt, det senare naturligtvis efter culparegeln. Därefter instämdes L. av E. med yrkande om skadestånd. Denna talan ogillades av Hov R:n, enär resolutionen vore att tolka så, »att tillstånd däri lämnats Larsson att låta Andersson för Larssons räkning utföra sprängningar utan att dessa stode under ledning och omedelbar tillsyn av Larsson». Övriga instanser funno L. ansvarig. — R. R:n angav därvid som grund A:s culpa *samt*

[5] Jfr Bd II: 1, noten å s. 89 f.
[6] Bd II: 1 s. 510 och s. 527.

»resolutionens innehåll och den med arbeten av ifrågakomna slag förbundna faran för skada å person i närheten av arbetsplatsen», vilket allt gjorde, att »Larsson måste anses ansvarig för att de för arbetena gällande föreskrifterna följdes». — I N. Rev. gavs en annan och distinktare motivering. L. dömdes ansvarig »i sin egenskap av Anderssons arbetsgivare» på grund av *dels* A:s culpa och *dels* »den fara för skada å person i närheten av arbetsplatsen, som sprängningsarbetena inneburo». Här åberopas sålunda för principalens ansvar den anställdes culpa i förbindelse med viss verksamhetens farlighet. Vi ha följaktligen, såvitt jag förstår, en parallell till domen i NJA 1945 s. 438. — H. D. återgick emellertid till en mera begränsande motivering för ansvaret. I dess enhälliga dom åberopades, såsom grund för L:s ansvar, A:s culpa i förening med »den ställning Anderson intog till Larsson såsom arbetsgivare och innehavare av tillståndet att verkställa sprängningsarbetena». Detta behöver naturligtvis icke betyda ett avståndstagande från den i NJA 1945 s. 438 till uttryck komna principen, utan blott att just i detta fall H. D. kunde motivera ansvaret på ett mera begränsat sätt. H. D. har möjligen funnit, att L:s uttagande av den föreliggande resolutionen betydde, att han auktoriserade A. att utföra arbetena för hans räkning och att därmed A:s culpa verkade ansvar för L., såsom om denne själv varit vållande till skadan. Det kan också tänkas, att L. genom hela förfaringssättet betraktats såsom *garant* för A:s aktsamma utförande av arbetena. Detta senare kan också tänkas ligga inneslutet i R. R:ns dom. — Vad Hov R:ns dom i detta fall angår, synes det möjligt, att tanken varit densamma som bakom de ansvarsfriande domarna i NJA 1930 s. 225 och 1947 s. 23 samt Hov R:ns dom i NJA 1943 s. 356 (jfr Bd II: 1 s. 473 f.; den sista domen gick uppenbarligen överraskande långt i negativ riktning. Se ytterligare Bd II: 1 s. 460 ff. och s. 471).

NJA 1948 s. 481: person gående i Stockholm å trottoar skadades genom en sten, som slungades in från körbanan genom s. k. bilskott. Han instämde elektricitetsverket, förmenande att stenen kommit ut i körbanan på grund av vissa schaktningsarbeten, som elektricitetsverket lät verkställa på platsen för upptagande av en ledningsgrav, och att stenens härrörande från schaktmassan berott på arbetsledningens försummelse att förebygga, att stenar vid dessa arbeten komme ut i körbanan. Talan ogillades av R. R:n och ett justitieråd på grund av bristande utredning om att stenen härrörde från schaktmassan. De två vota som bildade H. D:s ansvarsfriande dom motiverade denna därmed, att varken arbetsledningen eller elektricitetsverket handlat kulpost. De två återstående justitieråden gillade N. Rev:s betänkande, vari hemställdes om fastställande av Hov R:ns dom. I denna utdömdes enhälligt ansvar på grund av arbetsledningens kulposa underlåtenhet att med väggar och plank låta »kringgärda de upplagda fyllnadshögarna». Denna arbetsledningens culpa får kanske betraktas som fiktiv. Fiktionen hade icke behövts utifrån antagandet av giltigheten av den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln. — Något egentligt intresse för frågan om principalansvaret har icke detta rättsfall. Det endast bekräftar, att principalen svarar för skada å tredjeman genom högre anställds culpa (jfr Bd II: 1 s. 391 ff.).

Fallet i *NJA 1948 s. 701* stannade i Hov R:n, enär prövningstillstånd vägrades. Att ett speditionsaktiebolag här fick svara för skada å anställd persons bohag genom anställd chaufförs culpa faller emellertid utanför vårt ämne, redan enär skadan innefattade kontraktsbrott. Fråga var alltså i själva verket om kontrakts-

gäldenärs ansvar för »Erfüllungsgehilfe», ett begrepp som åtminstone täcker hos gäldenären *anställda* personer i alla grader. Jfr f. ö. Bd II: 1 s. 460 ff. och 464 ff.

NJA 1949 s. 46. Då prövningstillstånd ej meddelades, avdömdes även denna sak av Hov R:n som sista instans. En handelsresande Larsson som tog in på ett hotel i Luleå fick intet garage för sin bil. Då det var mycket kallt, åtog sig hotellets nattvaktmästare Markusson att med jämna mellanrum gå ut och starta bilmotorn. Vid åtagets fullgörande rusade M. motorn så att den förstördes. M. anses därvid säkerligen ha handlat kulpost. L. stämde hotellbolaget med yrkande om skadestånd. Hotellbolaget gjorde visst medgivande, med hänsyn vartill R. R:n lämnade utan avseende »bolagets invändning att Markussons åtagande fallit utom dennes behörighet att handla å bolagets vägnar». Och då skadan uppkommit genom M:s culpa dömdes bolaget ansvarigt. — Hotellbolaget frikändes emellertid av Hov R:n efter en omfattande hotell-expertis av innebörd, att M:s åtagande angående startning av bilmotorn fölle utom ett hotellföretags normala kundbetjäning. På grund härav och »med hänsyn till beskaffenheten av uppdraget kan», sade Hov R:n, »Markusson vid utförandet av detsamma icke anses ha handlat å hotellföretagets vägnar». Följaktligen fann Hov R:n »bolaget icke ha varit ansvarigt för att det Markusson anförtrodda uppdraget bleve behörigen utfört».

Något nytt bidrag från vår judikatur, som förändrar den bild, som i Bd II: 1 givits av vår rättspraxis på detta område, har sålunda icke kunnat givas. Vad som i dylikt avseende framgått (av diskussionerna av vår praxis) i Bd II: 1 s. 479—527 torde alltjämt kunna hävdas såsom varande vår praxis' ståndpunkt.

Den av svaranden-principalen anlitade person, genom vars handlingssätt skadan tillfogats tredjeman, skulle kunna betecknas som mellanman eller mellanhand. I praxis ligger saken *i allmänhet* så till, att mellanmannens handling måste ha varit kulpos i mening av bristande åt s. k. normal aktsamhet. Vidare kan sägas, att förhållandet mellan honom och principalen *vanligen* framgår därav, att dem emellan slutits en tjänstelega. Kursiveringarne ha gjorts för att utmärka, att i båda de nämnda avseendena modifikationer måste göras eller åtminstone kunna ifrågasättas. Detta kan dock icke behöva hindra mig från att i allmänhet tala om »anställd» person i stället för mellan-man eller mellanhand och om hans »culpa» (i traditionell mening), även om också hans icke-kulposa handlingssätt stundom kunde leda till principalens ansvar för dess skadebringande verkan för tredjeman. Mycket ofta kallar jag denne mellanman för actor.

Utöver nu antydda begränsningar gör vår praxis ytterligare en inskränkning i principalansvaret, nämligen såvitt actor innehade vad jag kallat *enkel* tjänsteställning.[7] Ansvaret synes nämligen då enligt praxis

[7] Bd II: 1 s. 391 n. 1.

förutsätta — åtminstone därest icke situationen utmärkes av en viss farlighet — att skadegörelsen kan antagas innefatta principalens bristande åt en å honom vilande obligation eller förpliktelse mot den skadelidande tredjeman. Det ligger i sakens natur, att det här skall vara fråga om en *bi*-förpliktelse. Ty om det vore fråga om själva den egentliga förpliktelsen, då komme vi in under en helt annan rättsfigur så att säga, och det vore omöjligt att uppehålla något sken av att det rörde sig om utomkontraktligt ansvar. Vi komme in under frågan om ansvar för medhjälpare vid fullgörande av (vanligen kontrakts-) obligationer, d. v. s. under en motsvarighet till den tyska rättsfrågan om ansvar för »Erfüllungsgehilfe» enligt BGB § 278.[8]

Även denna bi-förpliktelse mot den skadelidande, vars åsidosättande synes skola vara en förutsättning för principalansvaret, är naturligtvis en konstruktion, liksom begreppet obligation eller förpliktelse alltid måste bero på rättsideologisk konstruktion. Emellertid tror jag mig ha utrett, att det inte ens finns *någon* saklig kärna bakom denna uppkonstruerade förklaring till och begränsning av principalansvaret.[9] Säkerligen ha domstolarne i allmänhet själva insett, att ståndpunkten vetenskapligt sett varit ohållbar. Men den har kanske för dem visat sig nyttig, vilket då förklarar, att de sökt hålla fast vid densamma. Jag tror man får se saken så, att domstolarne känt ett praktiskt behov att *begränsa*

---

[8] Se Bd II: 1 s. 464 ff. samt noten ib. å s. 513 ff. Jfr, angående OR art. 101, noten å s. 353 ib. — Ussing, Recension s. 241, anmärker i anledning av min framställning, att jag underlåtit nämna hans behandling av frågan i Dansk Obligationsret, Alm. Del, 3 uppl., s. 133 ff. Nu är det så, att frågan om ansvar för medhjälpare i kontraktsförhållanden föll utom ramen för mitt arbete. Jag gick in på detsamma i anledning av ett svenskt rättsfall, vari domstolarne hade olika meningar, som — ehuru det rörde ett kontraktsfall — kunde ha ett visst intresse även för bedömande av ansvarsfrågan i utomkontraktliga förhållanden. Rättsfallet föranledde mig att beröra vissa uttalanden av mina landsmän Almén och Björling, vilkas ifrågavarande åsikter säkerligen alltjämt kunna förmodas bli beaktade och övervägda i vår rättspraxis. Björlings ståndpunkt föreföll mig emellertid på en viss punkt otydlig. »Nu kan detta», skrev jag, »bero därpå, att frågan synes vara ganska oklar också i det utländska rättssystem, som har det tydligaste och i formen längst gående stadgandet, nämligen det tyska. Jag tillåter mig därför här att göra en utvikning från det egentliga ämnet in på detta område» (Bd II: 1 s. 463). Därefter följa så ett antal sidor under rubriken »Gäldenärs ansvar för 'Erfüllungsgehilfe' enligt BGB». I en not hade jag motiverat min åsikt, att Björling influerats av tyskrättslig åskådning. Att jag i sammanhanget icke berörde Ussings uttalanden föreföll mig helt naturligt. Det berodde förvisso icke på någon bristande respekt för denne betydande auktors mening. — Ussing säger emellertid också, Recension s. 241, att jag kunde fått en klarare bild av den tyska rätten i denna punkt, om jag studerat Lehmanns framställning i Enneccerus' Lehrbuch. Tyvärr hade jag icke tillgång till någon senare upplaga av Enneccerus' Lehrbuch I: 2 än 1912. Och här fann jag intet av värde för min behandling av ämnet.

[9] Se Bd II: 1 s. 528–565.

ansvaret för skada genom enkel anställds culpa.[1] Den nämnda konstruktionen om kränkning av en (bi-)förpliktelse såsom förutsättning för ansvaret har haft en sådan elasticitet, att den visat sig vara en god begränsningsmöjlighet, i det att den i betydande grad verkat så, som om ansvarsfrågan finge avgöras efter domstolens diskretionära prövning.

Denna ståndpunkt, att väl må principalansvar tillstädjas men endast med vissa restriktioner, synes mig mycket förklarlig. Hur påtagligt det än är, att en regel om principalens ansvar jämväl för enkel anställds culpa kan vara motiverad ur den allmänna omsättningens synpunkt, så synes mig dock viss tvekan kunna råda därom, huruvida en *allmän* sådan regel bör hävdas. Skulle icke en sådan regel i sin tur kunna motverka trygghetskänslan och därmed omsättningen i samhället? Jag tänker på det strikta ansvarets merendels i högre eller lägre grad — såsom jag förr någon gång uttryckt det — *dubbelsidiga* natur. Dess ena sida är nyttig, dess andra sida är onyttig ur det allmännas synpunkt. Samtidigt som det — om vi nu hålla oss till principalansvar och farlighetsansvar utanför den allmänna ansvarsregeln — är ägnat att *stärka* den *vanliga* allmänhetens känsla av trygghet gentemot skaderisker, kan det också vara ägnat att *försvaga* den, om jag så får säga, *företagande* allmänhetens trygghetskänsla genom att skapa vissa risker för denna allmänhet att få betala andras skador, uppkomna — såvitt man vet — utan, såsom det heter, den ansvariges förskyllan, d. v. s. trots det att denne iakttagit vanlig, ja, t. o. m. socialt önskvärd aktsamhet och försiktighet.

Vad nu principalansvaret angår, så ligger ju en viss begränsning däri, att det skall vara fråga om en handling fallande *inom tjänsten* (eller liknande), hur nu detta sedan är att närmare tolka, och vidare också däri, att man vanligen förutsätter, att mellanhandens handling varit *kulpos*. Men är denna begränsning tillfyllest? Vår doktrin och vår praxis nöjer sig ju som vi sett inte med densamma. Den fordrar i själva verket: *antingen* viss ledande ställning hos actor *eller ock* möjligheten att konstruera skadegörelsen som en obligations- eller pliktkränkning mot den skadelidande. Härtill kommer så, synes det enligt ansvarsdomen i NJA 1945 s. 438, en tredje möjlighet av principalansvar för skada genom actor i enkel ställning: dennes culpa i förening med viss farlighet i situationen. Detta tredje alternativ absorberas icke av farlighetsansvaret. Ty blott sådana situationer avses, i vilka situationens farlighet ensam icke skulle leda till svarandens ansvar. Detta förutsätter ytterligare, just att skadan betingats av actors kulposa handlingssätt.

[1] Jfr t. ex. Alexanderson I s. 41.

Kasta vi emellertid en snabb blick på de utländska rättssystem, som kanske ha det största intresset för oss, så synes principalansvaret icke förutsätta något annat, än att skadan berott på actors kulposa handlingssätt i tjänsten. En allmän regel om principalens ansvar på denna grund synes faktiskt uppehållen i Danmark och Norge (rättstillämpningen på basis av D. L. 3–19–2 och N. L. 3–21–2)[2] i Frankrike (C. civ. art. 1384, första stycket, kombinerat med stycket om ansvarighet för »maîtres» och »commettants»)[3] och i England (enligt »common law»). Såsom *in-dubio*-regel häftar principalen allmänt också enligt tysk (BGB 831) och schweizisk (OR 55) rätt för skada genom anställds »rättstridiga» handling i tjänsten.

Att man i England går ganska långt ifråga om principalansvaret framgår av vad jag utvecklat i Bd I (se bl. a. s. 450–456 och s. 472–503). Då England alltid varit ett eminent business-land, synes dess hållning få betraktas såsom ett visst indicium på att en allmän regel om principalens ansvar för anställds culpa icke kunde leda till någon otrygghet ur socialekonomisk synpunkt och följaktligen icke heller vore hämmande för den allmänna omsättningen. Också den franska judikaturen synes här tala samma språk. Jag kommer senare att ytterligare, mer eller mindre ingående, beröra principalansvaret i vissa främmande länder (varom se nedan dels s. 359–453, dels ock senare å skilda ställen vid behandlingen av principalansvaret hos oss de lege ferenda).

I själva verket är ju också U. S. A. (här kallat Amerika) ett eminent business-land. Såsom torde framgå redan av Bd I s. 505 n. 1 gäller master's liability i Amerika i fullt samma utsträckning som i England. Då jag i det följande blott mera sporadiskt kommer att beröra amerikansk doktrin i ämnet, vill jag begagna tillfället att här göra några kompletterande anmärkningar. Först och främst är det mig angeläget att understryka, hur man i Amerika uppenbarligen i decennier i både domar och rättslitteratur, såsom något anmärkningsvärt betraktat detta förhållande, att »master's liability for the tortious acts of his servant» motiverades icke såsom vore den en »logical necessity» (uppenbarligen = »legal necessity») utan som om den vore grundad på »developing considerations of practical expediency» eller »public policy». Detta, liksom också hur det hunnit öva inflytande på engelsk rättslitteratur, hade jag redan påpekat i Bd I s. 458–460 med n. 8 samt s. 463 n. 1. Det var bl. a. ett domsuttalande av chief justice Shaw i Massachusett och auktorerna

[2] Se Ussing, Erstatningsret s. 90 ff., Øvergaard s. 182 ff. Stadgandet har citerats ovan s. 222.

[3] Se Bd I s. 66–79.

Holdsworth, Harper och Burdick, de båda sista amerikanare, som jag nämnde. Prosser säger i sin mig då icke tillgängliga »Handbook», s. 472, att det numera är »quite generally recognized that the true basis of such vicarious liability is one of policy». Han hänvisar därvid först till Seavey, »Speculations as to 'Respondeat Superior'» (Harv. Legal Essays, 1934) s. 433. Tyvärr har jag icke haft tillgång till detta arbete. Men jag förutsätter, att det är så, att denne författare menar, att det blott är rättspolitiska (d. v. s. med hänsyn till »public policy» givna) och icke rättsideologiska synpunkter, som ligga i bakgrunden för »master's liability». Men uppenbarligen menar han ingalunda, att rättspolitiska synpunkter städse vore eller borde vara bestämmande för rättsföreteelserna och för »the law». Jag har nämligen läst ett senare arbete av Seavey, kallat »Principles of Torts», av 1943. Jag har i det föregående, s. 33 n. 1, citerat detta arbete. Redan därav framgår, att förf. på intet sätt frigjort sig från rättsideologien. Han säger där vidare, att

»a person has a duty not to permit his activities (or things of which he is possessed, or things or persons over whom he has assumed control) to create an undue risk of harm to any protected interest of another... The conduct which creates an undue risk of harm is treated as blameworthy in different degrees, which are indicated by the term negligence, gross negligence, and recklessness, these words describing in ascending scale the seriousness of the departure from the normal standard of conduct.» (Seavey s. 87.)

Med en sådan syn på skadeståndsrätten tyder det inte på någon särskilt vetenskaplig inställning att låta »master's liability» framgå av rättspolitiska synpunkter till skillnad från rättsideologiska. »Public» eller »social policy» såsom grund för ett rättsinstitut har ingen vetenskaplig betydelse, såvida man inte förstår, att *allt* annat än sådan »policy» såsom ledmotiv i rätten — såvitt erfarenheten hittills givit vid handen — måste bero på att man givit efter för chimäriska synpunkter.

Det är egendomligt, hur litet man förstår av detta. Hos Cooley-Haggard III, § 391, heter det:

»The maxim applied here (vid »master's liability») is the familiar one: *Qui facit per alium facit per se.* That which the superior has put the inferior in motion to do, must be regarded as done by the superior himself, and his responsibility is the same as if he had done it in person».

Nu är förf. fullt på det klara med, att »master's liability» inträder oberoende av om »servant's» handlingar blivit »directed» eller »advised» av den förre.[3a] Följaktligen är förklaringen till ansvaret genom den där

[3a] Det är i Amerika »firmly established», att »a master may be liable for his servant's intentional torts. But it is usually essential that the servant's conduct have

maximen en ren konstruktion och *kan* icke tjäna till något annat än att få ansvaret att framstå såsom rättvisligen motiverat. Icke desto mindre hänvisar Cooley-Haggard vid sitt nyss gjorda uttalande *omedelbart* till en amerikansk dom (Hearns v. Waterbury Hospital), varav han först citerar dessa ord:

»The law which makes one responsible for an act not his own, because the actual wrongdoer is his servant, is based on a rule of public policy.»

Förklaringen av »master's liability» med hjälp av maximen »qui facit per alium» etc. är dock raka motsatsen till att bygga detta ansvar på »a rule of public policy»! Emellertid fortsätter Cooley-Haggard — påpekande, att »this rule of public policy is the rule of *respondeat superior*» — citatet av domen:

»On the whole, substantial justice is best served by making a master responsible for the injuries caused by his servant acting in his service, when set to work by him to prosecute his private ends, with the expectation of deriving from that work private benefit.»

Detta, säger Cooley-Haggard, vore den praktiska grunden för »the rule of *respondeat superior*». Men då är ju denna byggd på »substantial justice» och icke på »public policy». Cooley-Haggard har icke lagt märke till, att »justice» är logiskt oförenligt med »public policy», åtminstone om det senare skall vara liktydigt med »social policy».

Vad Prosser angår, den auktor som jag här i början nämnde, har jag redan förut, s. 119 ff. antytt, att hans rättsideologiska underlag blott sparsamt framträder i hans »Handbook» om skadeståndsrätten. På förevarande område (»vicarious liability») framlägger Prosser egentligen endast med hjälp av prejudikat och litteratur (varibland Restatement of agency) vad som faktiskt anses vara »gällande rätt» i ämnet i Amerika. »Vicarious liability» omfattar icke blott »master's liability» i egentlig mening utan även t. ex. persons ansvar under *särskilda* förhållanden för skada å käranden genom en »independent contractor», eller den i »a joint enterprise» engagerades ansvar för skada, som genom »kompanjonens» handlingssätt tillfogats käranden, eller slutligen exempelvis den bilägares ansvar, som överlåtit ratten till en medpassagerare, för skada

---

some connection with his employment; it is a commonplace that one who acts entirely for his own benefit is outside the scope of his employment. Yet, not infrequently the master is held liable though his servant's motive was purely personal.» Ur Note, H.L.R. 45, s. 342 f. Förf. visar därefter med vissa exempel, att »master» till och med kunde bli ansvarig för »his servant's wilful torts *beyond* the scope of the employment».

å tredjeman under medpassagerarens körning av bilen.[3b] Prosser ger i alla dessa stycken en klar framställning å s. 471–504. Beträffande »master's liability» säger Prosser, s. 473, att »the tendency is clearly to justify it on such (= vissa rättspolitiska) grounds[3c], and gradually to extend it». Ansvaret förutsätter emellertid förhållandet »master and servant». Angående detta inskränker jag mig till att citera Restatement of agency. Det heter där i § 2:

»(1) A master is a principal who employs another to perform service in his affairs and who controls or has the right to control the physical conduct of the other in the performance of the service. — (2) A servant is a person employed by a master to perform service in his affairs whose physical conduct in the performance of the service is controlled or is subject to the right to control by the master. — (3) An independent contractor is a person who contracts with another to do something for him but who is not controlled by the other nor subject to the other's right to control with respect to his physical conduct in the performance of the undertaking.»

Principen är naturligtvis i Amerika såväl som i England och annorstädes, att man blott svarar för »servant's» handlingssätt men icke för dylika av en »independent contractor». Därför bör citerade § 2 i Restatement etc. kompletteras med senare stycket av § 220 ib., där det heter:

»In determining whether one acting for another is a servant or an independent contractor, the following matters of fact, among others, are considered: (a) the extent of control which, by the agreement, the master may exercise over the details of the work; (b) whether or not the one employed is engaged in a distinct occupation or business; (c) the kind of occupation, with reference to whether, in the locality, the work is usually done under the direction of the employer or by a specialist without supervision; (d) the skill required in the particular occupation; (e) whether the employer or the workman supplies the instrumentalities, tools, and the place of work for the person doing the work; (f) the length of time for which the person is employed; (g) the method of payment, whether by the time or by the job; (h) whether or not the work is a part of the regular business of the employer; and (i) whether or not the parties believe they are creating the relationship of master and servant.»

Båda §-erna äro försedda med kommentarer, den senare också med exempel. Att närmare gå in på saken får jag här avstå ifrån och tillägger blott, att man i Amerika liksom överallt annorstädes har att brottas med

---

[3b] Den sista frågan behandlas åtminstone i England ofta under »master's liability», som ju dock även där kommer under huvudrubriken »vicarious liability» (se t. ex. Winfield, Text-Book, s. 128 ff.; Salmond-Stallybrass, s. 88 ff.; Blackburn-George, s. 254 ff.).

[3c] Dessa grunder skola nedan i annat sammanhang angivas. — Prosser har redan berörts här ovan s. 119 ff. och 153 ff.

förutsättningen för »master's liability», att käranden har lidit skada genom en »servant's tortious acts», som utförts »in the course of his employment» eller — såsom det uttryckes i Restatement of agency — »within the scope of his employment». Det är §§ 228–237 i Restatement of agency, som här hava särskild betydelse för förståelsen av uttrycket »within the scope of employment». Dessa §-er äro försedda med ganska ingående kommentarer och exempel. Utrymmet medger icke en närmare redogörelse för vare sig §-erna eller vad som till deras förklaring utvecklats.

ALLMÄNT OM ALTERNATIV I VÅR RÄTT DE LEGE FERENDA.

Vad nu den blivande svenska rättsutvecklingen (d. v. s. rätten, såsom man plägar säga, *de lege ferenda*) i ämnet angår, förutsätter jag, under denna rubrik, att mellanhanden grundar sitt förhållande till principalen på vad vi kalla *tjänstelega*, ehuru vi veta, att principalansvar mycket väl kan förekomma, även om förhållandet dem emellan har annan grund. Det synes mig nu, att vi måste välja endera av dessa linjer: antingen *kombinationen* mellanhands culpa *och* viss grad av situationens farlighet såsom grund för ansvaret, eller ock en *allmän regel* om ansvar för mellanhands culpa. Det *förra* alternativet — varvid det som antytts naturligtvis alldeles icke vore fråga om någon utpräglad eller, såsom man säger, särskild farlighet — måste dock kompletteras med en regel om principalens ansvar för anställds i *överordnad* ställning culpa, alltså utan kombination med situationens farlighet. Ty denna regel har praxis redan utbildat. Och onekligen finnas sakliga skäl för att, beträffande principalansvaret i så att säga *första* hand låta principalen svara för *högre anställds* culpa. Denna vår praxis inställning är möjligen förklarad av samma inställning, som man i England haft till grunden för principalansvaret över huvud, nämligen att detta berodde på »servant's authority», stundom blott »implied authority». Motiveringen i ett par fall tyder på detta. Hotellvärdens ansvar gentemot en gäst för skada genom portiern motiveras i ett fall med att portiern handlat »i sin tjänst och sålunda *å hotellvärdens vägnar*» (NJA 1918 s. 604).[4] I ett annat fall — NJA 1949 s. 46 (se ovan s. 341) — avvisades hotellföretagets ansvar

[4] I referatet av fallet i Bd II: 1 s. 358 f., ha dessa ord tyvärr icke direkt citerats.

mot en gäst för skada genom portiern därmed, att portiern icke kunde »anses ha handlat *å hotellföretagets vägnar*». Huruvida portiern i dessa fall varit att betrakta såsom »högre» eller blott »enkel» anställd spelar väl ingen större roll, eftersom praxis i dylika fall — där obligationsförhållande tydligen funnits vara förhanden — låter principalen svara jämväl för »enkel» anställds culpa. Men det synes mig, att »authority»-grunden måste tala starkare för ansvar, om mellanhanden varit i överordnad än i underordnad ställning och starkare ju högre ställning han innehaft.[4a] Även vid det här ovan berörda fallet i NJA 1948 s. 303 ligger det antagandet nära, att principalansvaret grundats på auktorisering av actors handlingssätt. — Och om, såsom jag menar, den mest bärande synpunkten för principalansvaret är, att å ena sidan principalen i allmänhet genom ett annat, ett visst socialt önskvärt handlingssätt — mer eller mindre långt tillbaka i tiden — skulle ha kunnat förebygga skadegörelsen från actors sida, men att å andra sidan mycket ofta svårigheterna att utreda detta förhållande äro oöverkomliga eller i allt fall alltför besvärliga för att kunna få belasta processen, då måste nog i princip sägas, att denna presumtion för principalens *culpa in eligendo* etc. måste vara starkare, när actor varit i viss ledande ställning, än när han blott varit enkel arbetare eller tjänare. Det är i allt fall tydligt, att den terräng, som vunnits — efter vad det synes sedan ganska länge (se Bd II: 1, s. 391 f.) — beträffande principalens ansvar för skada genom högre anställd person, icke kan uppgivas.

Den alternativa ansvarsregel varom nu är fråga, grundad på kombinationen anställds culpa *och* situationens farlighet, synes ha tillämpats i fallet i NJA 1945 s. 438. Något annat, tillnärmelsevis lika klart fall känner jag icke. Se i sådant avseende Bd II: 1, noten å s. 409. Senare ha vi fallet i NJA 1948 s. 303, där N. Rev. tycks ha anlagt samma synpunkter som domstolarna i 1945 års fall (se ovan s. 339 f.). — *Om* man hos oss alltjämt anser en viss begränsning av området för principalansvaret vara önskvärd, så förefaller den nu nämnda vara ganska naturlig. Det är ju icke fråga om farlighetsansvar, i det att utan actors culpa principalens ansvar icke skulle kunna här utdömas, vare sig nu farlighetsgraden anses för låg eller judikaturen i allt fall icke är beredd utdöma farlighetsansvar. Man bör lägga märke till att detta farlighetskriterium — som det visserligen kan bliva en svår sak för domstolarne att söka utmejsla — dock icke, såsom den gamla här hitintills använda

[4a] I NJA 1881 s. 211 motiverades ansvaret med actors culpa inom »hans verksamhet såsom föreståndare (= auktoriserad) för bolagets fabrik».

obligationskonstruktionen, är något fiktivt. Det är beroende på värderingar och dessa värderingar få naturligtvis taga sikte på syftet med farlighetskravet: att *jämte* den anställdes culpa utgöra grund för principalens ansvar. Dessa värderingar äro nog i princip icke svårare att komma till rätta med än de värderingar och andra synpunkter, som faktiskt måste vara bestämmande för frågan culpa eller icke hos den anställde. Och saken torde böra ses så, att bland andra indicier på farligheten även sådant kan beaktas som den anställdes egen *särskilda* slarvighet, fumlighet eller oskicklighet i övrigt. Detta betyder, att farligheten understundom måste kunna framgå av den grad, vartill bristen i den anställdes aktsamhet, alltså hans culpa, värderats. Dylikt synes mig endast ligga i linje med en saklig grund för detta ansvar: den anställdes culpa tyder på sådan hos principalen själv. — Man bör lägga märke till att detta farlighetskrav måste ha viss möjlighet att utvecklas till en ganska smidig regulator av principalansvaret. På samma sätt som därigenom graden av actors s. k. culpa kunde leda till principalansvar, synes även blott den höga graden av rörlighet eller livlighet i ett företag kunna leda till, att farlighet såsom med-förutsättning för ansvaret ansåges vara förhanden.

Vare sig nu berörda alternativ väljes eller icke, bör naturligtvis den i vår praxis anlitade maximen om principalens ansvar på grund av skadegörelsen såsom kränkning av en uppkonstruerad bi-obligation uppgivas. Ett med denna konstruktion grundat ansvar har icke, såsom ansvar för mellanhands i högre ställning culpa, vunnit terräng i vår judikatur på grunder, som ha *sakligt* värde. Därför finns det icke någon anledning att konservera detsamma. Emellertid måste till undvikande av missförstånd betonas, att härmed intet är sagt om principals ansvar för skada genom medhjälpares culpa vid fullgörande av s. k. obligation, verkligen grundad på något, vanligen ett kontrakt mellan principalen och tredjeman. Detta ansvar — som ju icke är ett utomkontraktligt ansvar — sammanhänger med en särskild utvecklingslinje i viss likhet med den historiska bakgrunden för BGB § 278 (gäldenärs ansvar för »Erfüllungsgehilfe»). Se om denna bakgrund Bd II: 1, noten å s. 513—516.

Jag finner det långt ifrån lätt att för min egen ringa del bestämma mig för vilket alternativ, som vore det bästa för oss, det nu berörda eller en *allmän* regel om principalens ansvar för skada genom anställds culpa. Man kan kanske säga, att det förra — förutsättande actors culpa kombinerad med viss situationens farlighet — utgjorde en behövlig komplettering till judikaturens farlighetsansvar, samtidigt som det *begränsade* området för principalansvaret på ett sådant sätt, att någon

annan, bättre motiverad gränslinje kanske icke kunde utletas. Möjligen skulle en sådan begränsning verkligen ha en viss nytta till minskning i den otrygghet på principalsidan, som kunde befaras uppstå, därest en *allmän* regel om principalansvar antoges. Denna otrygghet skulle ju, såsom jag nu ofta påpekat, kunna tänkas verka hämmande på företagarverksamhet, i det att man bleve mera återhållsam ifråga om anlitandet av andra till utförande av prestationer av den eller den arten.

Denna sida av en allmän regel om principalansvaret synes mig föga beaktad i Frankrike och England.[5] Att den däremot icke förbisetts i Tyskland och Schweiz indiceras redan av innehållet i BGB § 831 och i OR art. 55, enligt vilka stadganden principalen kan ha vissa möjligheter att fria sig från ansvar genom exkulpering (i Schweiz riktigare »Exzeptionsbeweis» än »Exkulpationsbeweis»[6]). Det tyska stadgandet är för övrigt så formulerat, att exkulperingen stundom måste kunna inskränkas till blotta påståendet om actors lämplighet. Man var i tyska lagstiftningsarbetet så långt från att vilja införa en allmän regel om principalansvar, att Entwurf I förblev vid den gemeinrättsliga ståndpunkten, att principalens ansvar måste förutsätta utredning om dennes egen culpa (in eligendo vel inspiciendo).[7] — I österrikiska civilrätten saknas, så vitt jag vet, en egentlig grundsats om principalansvar. Däremot har 1916 genom § 1313 a i ABGB en motsvarighet till BGB § 278 införts. Den hade i praxis, ganska naturligt (jfr Bd II: 1, noten å s. 513 ff.), föregåtts av *entreprenörens* ansvar för sina anställdas culpa. (Jfr Klang 4, s. 85 n. 1.)

I både Danmark och Norge har man dryftat den, om jag så får säga, svagare sidan hos en allmän regel om principalansvaret. Den ventileras exempelvis av Ussing i Danmark och betonas i Norge av bl. a. Stang och Øvergaard. Ussing slutar dock med att det är »formentlig selv i dagligdags Forhold i Almenhedens Interesse, at Regelen gennemføres,

---

[5] Icke heller i Amerika, såsom framgår av framställningen här ovan jämte hänvisningar. Beträffande Frankrike se Bd I s. 66–79. Vad England angår torde saken i det hela kunna formuleras så, att det än av det skälet, än av ett annat alltid befinnes vara rättvist, att den genom actors handlingssätt uppståndna skadan slutligen drabbar principalen och icke tredjeman. Se Bd I s. 448–462.

[6] Se t. ex. Oser s. 394 f. och senare här nedan.

[7] Se Entwurf eines BGB, 1888, §§ 711 och 712, samt Motive II s. 736 f., ävensom Bd II: 1, slutet av noten å s. 513–516. Man tycks alltjämt se § 831 BGB så, att den gemeinrättsliga principen uppehållits, *blott* (!) med den modifikationen att en omkastning av bevisbördan ägt rum. Se t. ex. Staudingers Kommentar nr 1 till § 831. Så ser man numera icke på OR art. 55. Principalens ansvar betraktas här icke såsom »Verschuldenshaftung» utan »Kausalhaftung». Se Oftinger II s. 474–477. Se vidare nedan (s. 409 ff., s. 423 ff.) anmärkningarna avseende tysk och schweizisk rätt.

fordi den tjener til at formindske Skadehyppigheden». Dock medgiver Ussing, att regeln inte är lika starkt motiverad i samtliga fall. Men, säger han, skall den göra nytta, så måste den vara så omfattande som D. L. 3–19–2. Effektiviteten skulle eljest försvagas genom vanskligheterna ifråga om dess avgränsning.[8] Till undvikande av missförstånd måste uppmärksamheten fästas därpå, att ordet *allmän* regel skulle kunna tagas i två betydelser: *Dels* göres ingen skillnad mellan actor i över- eller helt underordnad ställning, *dels* göres ingen skillnad mellan de enklaste civila förhållanden å ena sidan och å andra sidan större sådana förhållanden och affärsföretag av alla storleksgrader.

Jag har redan i annat sammanhang (ovan s. 50) citerat ett uttalande av Stang, som visar, att han icke godkänner en allmän regel om principalansvaret. N.L. 3–21–2 finner han lägga ett »mere utstrakt ansvar paa husbonden end rimelig er» och utvecklar närmare denna sin ståndpunkt.[9] Øvergaard säger efter några ord om grunden för och innebörden i N.L. 3–21–2, att det »imidlertid» är ett spörsmål, huruvida ett sådant principalansvar är »påkrævet eller ønskelig undtagen i større virksomheder». Man får dock icke veta mera om hans uppfattning i ämnet, än att »i almindelige tyendeforhold synes ansvaret å føre for vidt».[1]

Det är naturligtvis mycket svårt för att icke säga omöjligt att på tillförlitligt sätt mot varandra väga fördel och nackdel ur den allmänna trygghetens och omsättningens synpunkt av en *allmän* regel om principalansvar. Ursprungligen har jag nog vid principalansvaret lutat något åt Øvergaards uppfattning, att visserligen ingen skillnad borde göras med hänsyn till actors högre eller lägre ställning, men att ansvaret ifråga icke borde omfatta »almindelige tyendeforhold», d. v. s. förhållanden utanför affärslivet i vidsträckt mening. När jag i mina föreläsningar har sökt åskådliggöra grunden för detta ansvar, har jag plägat exemplifiera med de stora företagen, och det är i varje fall framför allt affärsvärlden, som jag haft i sikte.[2] Men *kanske* är farhågan för överskott av social nackdel genom en allmän regel om principalansvar något överdriven. Det förefaller nästan så, när vi erinra oss situationerna i dessa oss i kulturellt avseende närstående länder: Danmark, Norge, England,

---

[8] Ussing, Erstatningsret s. 91 f.

[9] Stang s. 199 ff.

[1] Øvergaard s. 179 f.

[2] Se min Kritik s. 87 ff., och mitt föredrag »Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten» i Nordiska Juriststämman 1926 s. 217 ff. Å dessa ställen angivna synpunkter har jag givit en utvidgad framställning av i Bd I s. 464 ff. Se också nedan s. 353 f. och 461 ff.

U. S. A.[3] och Frankrike. Egentligen kunna ju även Tyskland liksom Schweiz medtagas, ty den möjlighet, som i dessa länder finnes — i Tyskland större än i Schweiz — att komma ifrån principalansvaret, hindrar ingalunda, att detta kan drabba lika väl de små förhållandena, som de större företagen. Ytterligare bör här beaktas följande. Ett principalansvar också för skada genom actors i enkel (icke blott i överordnad) ställning culpa är, åtminstone i viss omfattning, faktiskt ansett som oeftergivligt. Man torde vidare — om man anser den begränsning av detta principalansvar, som jag ifrågasatt genom farlighetsförutsättningen, olämplig — svårligen kunna finna något kriterium för kringskärning av detta ansvarsområde, som vore sakligt tillfredsställande just såsom begränsande kriterium.[4] Påpekas bör också det sociala intresset av att rättsreglerna äro så enkla, tydliga och lättfattliga som möjligt. Hävdandet av en allmän regel om principalens ansvar kan näppeligen råka i konflikt med någon av de två huvudsynpunkter, som jag anfört ifråga om grunden till principalansvaret.[5] Den *ena* av dessa synpunkter kan kort uttryckas så: å ena sidan kan den anställdes skadegörelse tyda på principalens *culpa in eligendo* etc., å andra sidan måste märkas icke mindre den så att säga principiella svårigheten att kunna utreda denna culpa än även den processuella olämpligheten att tillåta införandet av ett sådant stridsämne i rättegången. Härtill kommer, att under alla omständigheter principalens ansvarighet oberoende av egen culpa är ägnad att sporra honom till den yttersta aktsamhet i allt, som har med ledningen av företaget att skaffa och ligger inom hans omdömeskapacitet. Detta har självfallet den största socialekonomiska betydelse ifråga om driften av både små och stora företag, naturligtvis framför allt de senare. Nu berörda huvudsynpunkt tager sålunda sikte på prevenerande funktion hos regeln om principalens ansvar. Den *andra* huvudsynpunkten, som beaktar den ersättande eller reparerande funktionen hos ansvarsregeln ifråga, gör sig i själva verket principiellt starkare gällande i fall av actors enklare och följaktligen ekonomiskt svagare situation. Inte heller upphör synpunkten att ha betydelse i mindre förhållanden, t. ex. mellan husbonde och tjänare i ursprunglig mening.[6]

[3] I U. S. A. synes »master's liability» förekomma i samma omfattning som i England; se Bd I, noten å s. 505 f. och ovan s. 344 ff.

[4] Jfr Ussings uttalande, nämnt nyss här ovan.

[5] Se Bd I s. 464 ff. och beakta även nästa sida samt nedan s. 461 ff.

[6] Pollock & Maitland II s. 253, uttala, att underordnades ekonomiska oförmåga att betala anstiftade skador hade »first and last been one of the main causes» till principalansvaret. Se Bd I s. 443. — Bland andra grunder beaktar Lassen, § 35: I, även denna, kombinerad med billighetssynpunkten, att man icke själv finge undandraga sig »Førivrelsens og Uagtsomhedens Risiko» genom att handla med hjälp av andra.

Om nu allt detta talar för hävdandet av en *allmän* regel om principalansvar, så kan denna ståndpunkt icke försvagas därmed, att det — säkerligen med fog — kan sägas, att principalansvaret hade sin *största* sociala betydelse »ved extraordinære, farlige Bedrifter og ved Erhvervsvirksomheder, der kan karakteriseres som Stordrift».[7] Ett sådant påstående — som för övrigt skulle kunna fällas även om t. ex. det vanliga culpa-ansvaret, utan att man därför ifrågasatt att på något liknande sätt begränsa detta — utesluter ju icke, att ansvaret ifråga likväl i princip har viss, låt vara större eller mindre, betydelse över *hela* linjen. Vad nu angår de särskilt utpekade verksamheterna — extraordinära farliga och stordrifter — böra vi naturligtvis erinra oss, att här tillkomma *särskilda* grunder för principalansvaret, som icke kunna åberopas till stöd för detta såsom en genomgående allmän regel. Vid »extraordinære farlige Bedrifter» är ju ansvaret, såsom vi sett i det föregående, motiverat redan såsom farlighetsansvar (företagaransvar). Att skadan i dylika fall kan utredas ha berott på anställds culpa gör uppenbarligen ansvaret icke mindre motiverat. Vad åter stordriften angår så ökas ju alltid den större eller mindre risk för skada, som ligger i en verksamhet, genom utökningen av verksamhetens omfång, även om ej sådan farlighet uppstår, som kan föranleda företagaransvar. Ty det är ju under alla omständigheter tydligt, att den risk för skada genom anställds culpa, som kan finnas inom en verksamhet, blir större i den mån verksamheten utvidgas och därigenom också antalet anställda blir större. Men här tillkommer ytterligare en ur legislativ synpunkt sannolikt viktig omständighet. Det måste ju här vara fråga om affärsverksamhet. Företagaren-principalen har möjlighet att fördela kostnaderna för ansvaret på sin kundkrets, som — om den icke själv består av sista hands-konsumenter — i sin tur fördelar kostnaderna ifråga på dessa. Utan att vara kompetent att riktigt bedöma en sådan administrativ betydelse av principalansvaret på detta område, känner jag mig dock ganska övertygad om, att synpunkten ifråga innefattar en värdering, som står i harmoni med en nationalekonomiskt grundad uppfattning i ämnet. Nu berörda synpunkt kan icke vara begränsad endast till stordrift. Den synes principiellt böra tillmätas betydelse, så snart fråga överhuvud är om en affärsrörelse, den må vara driven i större eller mindre skala.[7a] Därutanför torde den näppeligen kunna göra sig gällande.

---

[7] Ussing, Erstatningsret s. 91 f. Som vi förut sett låter icke heller Ussing påståendet gälla såsom invändning emot en allmän regel om principalansvaret.

[7a] Prosser som tager avstånd från alla mer eller mindre fiktiva förklaringar till »master's liability» skriver i sin Handbook, s. 472 f. följande: »It is now quite generally

Men, som sagt, det förhållandet, att principalansvaret är starkare motiverat på vissa områden än på andra behöver ju icke innefatta, att det icke likväl kan vara motiverat såsom en *allmän* regel, omfattande jämväl de situationer, som varken äro på något sätt extraordinära eller tillhöra affärsvärlden. Ussing meddelar en ganska originell synpunkt till förklaring av att ansvarets hävdande också i småförhållanden icke innefattade något, som hithörande principaler i allmänhet kunde vara missnöjda med:

»Set fra de mange smaa Arbejdsgiveres Synspunkt turde det ogsaa *gennemsnitlig* være at foretrække, at Regelen gælder. Husbonden kan nemlig bedre bedømme og formindske den Risiko, som 3-19-2 paafører ham, end den Risiko, der vilde følge af, at andres Tjenere voldte ham Skade, uden at deres Husbond var ansvarlig derfor.»[8]

Kanske är denna värdering helt eller åtminstone delvis träffande. Jag föreställer mig emellertid, att den oansenlige arbetsgivarens ansvar för actors culpa icke mera högprocentigt komme just andra lika oansenliga arbetsgivare till godo utan i stället de mest olikartade element bland allmänheten.

Trots alla dessa skäl för införande av en *allmän* regel om principalansvaret kunde jag för egen del — såsom nu ofta antytts — icke helt och fullt känna mig övertygad om att man i vår rätt verkligen borde gå på denna linje, därest den icke ytterligare kunde stödjas av ett — i viss mening ovidkommande — skäl, som jag strax skall beröra. Det förefaller mig nämligen, som om det andra alternativet — med kombinationen actors culpa *och* viss situationens farlighet såsom grund för principalansvaret — hade en betydande smidighet och utvecklingsbarhet samt att det i judikaturens hand skulle kunna tänkas bli ett rättsinstitut, i vilket de socialekonomiska synpunkterna på bästa sätt tillgodosåges.

Men, som jag nyss antydde, det är nu en *särskild* sak, som gör, att argumentationen för införandet av en allmän regel om principalansvaret

---

recognized that the true basis of such vicarious liability is one of policy. As in other cases of strict liability, there is a deliberate allocation of a risk. The losses caused by torts of the servant which are more or less certain to occur in the conduct of the master's enterprise, and are closely connected with it, are placed upon the employer because he is better able to bear them, and to distribute them, through prices, rates or liability insurance, to the public. Added to this is the argument that an employer who is held strictly liable is under the greatest incentive to be careful in the selection, instruction and supervision of his servants, and to see that the enterprise is conducted safely.» — Angående »liability insurance» se strax här nedan i texten.

[8] Ussing, Erstatningsret s. 91.

synes ytterligare vinna i styrka. Jag tänker på institutet *ansvarighetsförsäkring* och den utbredning detta institut fått. En sak för sig är, att institutet ifråga har trängt sig fram och legaliserats utan hänsyn till någon ingående analys av ansvarighetens (d. v. s. skadeståndsrättens) sociala funktion. Detta är nu något ganska egendomligt. *Om* en god del av ansvars-rätten (däri bl. a. principalansvaret) verkligen också har en skadeprevenerande funktion att fylla i samhället, så måste man vara förvånad över, att denna relativt nya form av försäkring, ansvarighetsförsäkringen, fått vinna insteg med sådan rättslig verkan som skett, d. v. s. *utan* något egentligt aktgivande på, hurusom den synes *direkt kollidera med* ansvarsrättens *prevenerande* funktion i samhället. Att denna ansvarsrättens funktion ur social synpunkt på stora områden måste vara mera betydande än dess ersättande funktion synes mig ligga i öppen dag. Att det vanliga culpa-ansvaret — därest icke *särskilda* prevenerande faktorer tillstöta, såsom omsorgen om och ängslan för eget och andras liv och lem eller fruktan för straff och möjligen andra faktorer — har en starkt framträdande prevenerande funktion är uppenbart. Men liknande måste sägas även om principalansvaret. Se härom Bd I s. 466–469. Detta torde icke vara några överdrivna synpunkter. Vid tillkomsten av den på förevarande område klaraste lagbestämmelsen, § 2 (och § 6) i 1886 års lag om ansvar för skada genom järnvägsdrift, uttalades bl. a. följande i betänkandet:

»Med hänsyn särskilt till järnvägsdriftens farlighet icke allenast för dem, som därmed taga befattning, utan även för allmänheten, är det uppenbarligen av synnerlig vikt, att endast sådana personer, som besitta nödig skicklighet och erfarenhet i järnvägsdriften och tillika gjort sig kända för plikttrohet och nit, varda däri använde. Härav följer, att det måste anses såsom en *oeftergivlig plikt* för järnvägs innehavare att *noga se sig före vid valet av dem*, åt vilka besörjandet av järnvägens drift anförtros, och då det *enda lämpliga och fullt verksamma medel* att förmå järnvägs innehavare att fullgöra denna sin plikt torde bestå däri, att han i så måtto varder *ansvarig för järnvägspersonals fel och försummelser i tjänsten*, att honom åligger att upprätta all därigenom uppkommen skada *lika som om han själv vållat* densamma, har en sådan järnvägs innehavare åliggande ansvarighet utgjort den ledande grundsatsen vid upprättandet av förevarande lagförslag.[9] (Kurs. här.)

Här talas nu visserligen blott om ansvarets prevenerande verkan mot *culpa in eligendo*, men uppenbart är att det måste vara ägnat att motverka jämväl *culpa in instruendo* och *inspiciendo*. Vad den tidens lagstiftare skulle ha sagt om möjligheten för en principal att genom för-

[9] Bet. 1885 s. 10. — Nämnas bör väl uttryckligen, att vår lag, till skillnad från dansk och norsk, saknar allmänt stadgande om principalansvar. Jfr Winroth s. 195.

säkring komma ifrån ett, enligt lagstiftarens mening, i och för sig välgrundat principalansvar — det torde man ganska lätt kunna föreställa sig. För övrigt tror jag icke, att det kan skada att här erinra om, att en av Frankrikes största rättsvetenskapsmän för omkring 200 år sedan uttalade sig på liknande sätt angående principalens ansvar för »les torts», begångna av hans »serviteurs ou ouvriers». Det var Pothier, som om detta ansvar uttalade, att det etablerades »pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques» (se Bd I s. 37 ff.).

När man beaktar vad jag nu framhävt, kan man icke komma ifrån det betänkliga i ansvarighetsförsäkringens *restriktionsfria* användning. Och detta gäller naturligtvis även, därest vi blott ha en regel, som — t. ex. genom visst farlighetskrav — begränsar området för principalens ansvarighet. För övrigt måste betänkligheten emot den legala anordningen av institutet ansvarighetsförsäkring framför allt framträda vis à vis *culpa-ansvaret* och överhuvud vad jag kallar den allmänna ansvarsregeln.

Allt detta är emellertid nu *en sak för sig*. Institutet ansvarighetsförsäkring finns att tillgå. Fråga kan nu icke vara om att upphäva detsamma; blott måhända att modifiera det. Genom möjligheten att taga sådan försäkring minskas avsevärt den otrygghet på principalsidan, som kunde uppkomma genom en allmän regel om principalens ansvar för anställds culpa. Men då vi nu resonera, såsom det heter, *de lege ferenda* måste vi å andra sidan beakta det nyss sagda, att principalansvaret — genom möjligheten för principalen att skaffa ansvarighetsförsäkring — förlorar åtskilligt av sin sociala funktion, nämligen den prevenerande. För att råda åtminstone *någon* bot mot detta synes ansvarighetsförsäkringen böra vara så anordnad, att *lagligen* städse en *viss självrisk* vilade å försäkringshavaren. Att denna självrisk beträffande olika (företagar)-verksamheter lagligen fastställdes till olika procentsatser av skadornas storlek — detta torde stöta på oövervinneliga praktiska svårigheter. Det synes mig värt att taga i övervägande att här lämna visst rum åt domstolarnes diskretionära prövning. Men maximum och minimum för denna självrisk — exempelvis högst 25 %, lägst 10 % — synes det mig likväl möjligt att fastställa i lagen utan att man därigenom löpte någon risk för »bakslag». Kanske vore det till och med, när allt lägges till allt, lämpligast att i lagen fastställa självrisken till en bestämd procentsats (10, 12 eller 15 etc.).

Såvitt jag för närvarande kan finna, torde med ledning av dessa synpunkter följande *de-lege-ferenda*-aspekt på principalansvaret kunna vara värd att diskutera. Valet står mellan å ena sidan en *allmän* regel om

principalansvar och å andra sidan dess *begränsning* genom visst farlighetskrav, dock med övervikt för förra alternativet. Väljes senare alternativet tillkommer så rättsfiguren: *allmän* regel om ansvar för actors i *högre* ställning culpa.[1] Principalen kan i båda alternativen försäkra sig mot ansvaret, men försäkringen får icke skydda honom fullständigt. Det är angeläget, att han lagligen är nödgad bära en viss självrisk. Då emellertid *försäkringsgivaren* principiellt har att svara för fulla beloppet, såvitt den *skadelidande* är i fråga, måste självrisken understundom tänkas effektuerad genom försäkringsgivarens regressanspråk mot principalen-försäkringshavaren. Motsvarande gäller naturligtvis därest *försäkringshavaren-svaranden* betalt ut skadestånd till den skadelidande: han har nu icke anspråk på hela beloppet mot försäkringsgivaren.

Till undvikande av missförstånd angående min inställning till ansvarighetsförsäkringen måste jag här nämna, att det »de lege ferenda» måste hävdas, att en viss självrisk även måste vila å sådan ansvarighetsförsäkrad person, som är ansvarig efter »culpa»-regeln, icke blott i dennas rättsideologiska begränsning utan även i den av mig tänkta utvidgningen till »den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln». Detta följer av det förut sagda, rent av *e fortiori*. — Slutligen tillåter jag mig än en gång för läsaren understryka vad jag nämnde i början under denna rubrik, nämligen att pläderandet för en eventuell *allmän* regel om principalansvar skett utifrån *förutsättningen, att förhållandet mellan principal och actor kommit till stånd genom det avtal, som vi kalla tjänstelega*. — Nämnda förhållande och hithörande synpunkter komma att ytterligare dryftas nedan s. 454 ff.

[1] Jfr ovan s. 348.

Förhållandet mellan principal och mellanman (actor).

EN BLICK PÅ FRÅGAN I VISSA UTLÄNDSKA RÄTTSSYSTEM.

Bortsett från vissa antydningar, har jag här i det föregående utgått ifrån att *tjänstelegoförhållande* varit rådande mellan principal och actor. Så är också händelsen i det stora flertalet hithörande fall av ansvar. I svensk praxis har jag icke sett något fall av detta ansvar, där icke antingen detta förhållande eller militärt tjänsteförhållande varit rådande. Detta senare kan visserligen icke rubriceras som tjänstelega, ty det domineras av särskilda regler. Men i förevarande avseende är det att likställa med tjänstelega.[2] Vi kunna emellertid i våra allmänna resonemang för enkelhetens skull i det följande bortse från militära fall. Otvivelaktigt måste nu ratio legis för principalansvaret omfatta också situationer utanför tjänstelegan. Det torde här vara lämpligt att först kasta en blick på läget i vissa utländska rättssystem. Då jag i Bd I rätt mycket uppehållit mig vid principalansvaret i Frankrike och England (s. 36–79, s. 437–464 och s. 472–517) men icke där upptagit tysk och schweizisk rätt ifråga om detta ansvar samt i Bd II: 1 blott mera flyktigt berört ansvaret ifråga i Tyskland och Schweiz, kommer jag i det följande, beträffande sistnämnda två länder, att jämväl tangera ett par andra frågor än förhållandet mellan principal och actor.

Fransk rätt.

I bakgrunden för principalansvaret ligger nog numera i alla nu avsedda rättssystem åtminstone bl. a. den tanken, att skadegörelsen genom actor med större eller mindre sannolikhet berott på principalens *culpa in eligendo vel instruendo vel inspiciendo*. Särskilt i engelsk juridik kombineras detta med auktoriseringstanken, vilken senare dock nog är den,

[2] Jfr t. ex. NJA 1944 s. 301 och 1945 s. 445 och Bd II: 1, s. 394 f. (texten).

som i engelsk rätt ligger djupast och den som tydligast framträder i hithörande rättsfall. Också om vid det franskrättsliga stadgandets (C. civ. art. 1384) tillkomst egentligen blott synpunkten av principalens »mauvais choix» betonades såsom grund för ansvaret[3], synes dock tonvikten numera läggas på »le défaut de surveillance», vilket förutsätter ett visst subordinationsförhållande mellan principalen och actor, så att den förre hade »le droit» att giva den senare befallningar eller instruktioner angående sättet för fullgörandet av sina åligganden eller åtaganden[4]. Saken har uttryckts så, att judikaturen utan att undertrycka betingelsen »un mauvais choix» absorberade densamma i »la condition de subordination».[5] Det franska stadgandet begränsar ansvaret till förhållandet mellan en »commettant» och en »préposé» (inkluderande relationen mellan »maître» och »domestique»). Detta förhållande föreligger i princip vid »le louage de services» (»contrat de travail»). Men »préposé»-begreppet går längre än »locateur de services». Icke endast så, att en »préposé» icke behöver ha rätt till vederlag. En mandatar *kan* vara »préposé», vare sig han åtnjuter vederlag eller icke. Men han är det blott i den mån betingelsen »subordination» är för handen.[6] Vi behöva icke här fördjupa oss ifråga om »préposé»-begreppets användbarhet. De olika auktorernas tolkningar av vad här en »subordination», d. v. s. en »préposition», innefattar äro emellertid ingalunda sammanfallande med varandra. Åtminstone enligt sådana formuleringar som Mazeaud's måste sägas, att även om »préposé»-begreppet kan vara tillämpligt på annan än en »locateur de services», så är det ingalunda alltid så, att denne senare är att betrakta som »préposé». Men det synes vara tydligt, att arbetstagaren i ett arbetsbeting, även om vissa inskränkningar skett i hans självständighet vid fullgörandet av avtalet, icke därigenom kommer att betraktas som »préposé» enligt art. 1384. Mazeaud säger, att det visserligen finns en mängd personer, över vilka man utövar auktoritet, men att denna då kan vara en mycket begränsad sådan. Den princip, som här måste anläggas, är emellertid, säger han, följande:

»pour être commettant, il faut avoir le droit de diriger entièrement le préposé dans l'exécution du travail dont on l'a chargé; il faut que ce dernier ne jouisse d'aucune indépendance dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées».[7]

[3] Se Bd I s. 34 ff.
[4] Bd I s. 66–69.
[5] Bd I s. 70.
[6] Se Mazeaud I n. 941 ff. och Bd I s. 67.
[7] Mazeaud I n. 892. Man lägge märke till, att detta uttalande måste utesluta från principalansvarets område också många fall av vad vi kalla tjänstelega. En så tillspetsad formulering har jag icke funnit hos någon annan författare. Subordinations-

Det är ju också ganska tydligt, att formuleringen i C. civ. art. 1384 angående »commettant»-ansvaret icke innesluter arbetsbetinget.[8] — Som komplettering till det sagda finner jag det lämpligt citera följande uttrycksfulla uttalande av Mazeaud angående beställarens i ett arbetsbeting frihet från principalansvar:

»Le préposé ne devant jouir d'aucune indépendance dans l'exercice de ses fonctions, il en résulte que celui qui a passé un contrat d'entreprise n'est pas un préposé. Le contrat d'entreprise, ou louage d'industrie (båda innefatta »louage d'ouvrage», d. v. s. arbetsbeting), a, en effet, pour essence de laisser subsister l'indépendence de celui qui s'engage à effectuer un travail déterminé dans l'exécution de ce travail. Certes, ici, il y a bien une surveillance générale à exercer pour celui qui a commandé le travail: il peut et doit 'veiller à ce que l'ouvrage soit exécuté conformément aux conventions intervenues', mais 'il n'a pas la mission de donner des ordres à l'entrepreneur sur le mode d'exécution des travaux' (citaten synas stamma från en mer än hundra år gammal dom av la Cour de Cassation). L'entrepreneur n'est donc pas son simple 'prolongement'.[9] Il a une indépendence qui en fait une personne distincte de celui pour le compte de qui il travaille.» (Följaktligen kunde principalansvar här icke komma ifråga.)[1]

För våra syften torde det härefter vara tillräckligt att konstatera, att det ansvaret grundande förhållandet mellan principal och actor enligt fransk rätt föreligger vid tjänstelegor, vilka icke förete några särskilda självständighetsmoment å arbetssidan, såsom t. ex. sjukhusdirektionens engagerande av läkare, vilken icke anses i sin yrkesmässiga verksamhet vara sjukhusdirektionens préposé[2], ävensom vid vilket avtal eller i vil-

---

kriteriet måste få en mycket godtycklig användning, såsom senare skall understrykas också ifråga om principalansvaret utanför fransk rätt.

[8] Se dock Bd I s. 68 n. 4. — Art. 1384 C. civ. är återgiven i Bd I s. 32 f.

[9] Jfr citatet från Mazeaud i Bd I s. 55.

[1] Mazeaud I n. 896. Det finns säkerligen ingen fransk auktor, som skulle vilja hävda principalansvar för beställaren i ett verkligt arbetsbeting. Att sådant ansvar här måste vara uteslutet måste ju följa av att (såsom Josserand säger) la Cour de cassation till principalansvarets rättfärdigande ständigt framhåller »les idées de surveillance, de direction, de maîtrise, d'autorité, de subordination»; se Bd I s. 46. Möjligheten av principalansvar vid arbetsbetinget beröres icke direkt av Josserand. Hans negativa inställning därtill måste i allt fall vara given. Emot sådant ansvar ha naturligtvis en mängd författare utom Mazeaud uttalat sig. Så t. ex. Baudry-Lacantinerie et Barde IV n. 2913; Baudry-Lacantinerie, Précis II n. 720; Demogue V n. 896 och Planiol et Ripert, VI s. 874. Mazeaud hänvisar dessutom till några andra författare.

[2] Se t. ex. Mazeaud I n. 894; Baudry-Lacantinerie, Precis II n. 720; Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 465; Demogue V n. 903. Enligt de båda senare — säkerligen också enligt de förstnämndas mening — är den anställde läkaren ifråga om sitt åtagande att inställa sig på vederbörlig plats för prestationens eller prestationernas fullgörande en »préposé». Jfr Bd I s. 69. — Då jag i det följande mera ingående berör frågan i andra länder om sjukhusförvaltnings ansvar för skada å patient genom läkares eller sjuksköterskas handlingssätt, kan det vara lämpligt att citera det sista

ken situation som helst där actor stått på samma sätt som vid vanlig tjänstelega under svarandens »pouvoir de contrôle et de direction»[3].

---

uttalande jag känner om denna fråga i fransk rätt. Mazeaud säger, n. 894 (i uppl. av 1948) härom följande. På grund av brist på erforderligt subordinationsförhållande måste man bestämma sig för »que la commission administrative d'un hospice n'est pas le commettant des médecins de cet hospice et que le propriétaire d'une clinique ou d'une entreprise quelconque n'est pas le commettant des médecins attachés a son établissement. L'Assistance publique n'est pas non plus le commettant des 'médecins des hôpitaux'; le Conseil d'Etat admet cependant qu'elle répond des fautes lourdes de ces médecins». Det vore visst, fortsätter förf., »que l'Assistance publique a sous ses ordres les infirmiers. Ceux-ci sont donc les préposés de l'Assistance publique et non, en principe, les préposés des 'médecins des hôpitaux'. Il en est de même des infirmiers d'une clinique qui sont les préposés de la clinique, et non en principe, ceux des médecins attachés à l'établissement.»

[3] I övrigt får det beträffande det franska principalansvaret här vara tillräckligt med en hänvisning till Bd I s. 66 ff. och s. 34–56. Se dock några uttalanden angående fransk rätt under rubriken »Mellanmannens (actors) handlingssätt» nedan å s. 498.

Engelsk rätt.

I England förutsätter principalansvar i allmänhet, att förhållandet mellan principalen och actor kommer under rubriken »master and servant». Det är med andra ord fråga om »master's liability for the acts of his servant» (i det följande förkortat till »master's liability»), också om just denna fras noga taget icke alltid vore användbar, enär något »contract of service» i egentlig mening (motsvarande vår »tjänstelega») icke föreligger.[4] Man kunde tycka, att jag här icke skulle behöva närmare gå in på denna sak.[5] Dock har jag menat det vara särdeles lämpligt med hänsyn till synpunkter »de lege ferenda» i svensk rätt att komplettera min behandling av förhållandet mellan »master and servant» såsom förutsättning för »master's liability» och att därvid bl. a. ånyo — med hjälp av ytterligare några »cases» — belysa frågan om sjukhusmyndighets ansvar för skada å patient genom läkares eller sjuksköterskors »negligence». Grundlösheten i vissa paroller angående förhållandet »master and servant» är något, som man bör ha klart för sig, innan man tager upp en diskussion om motsvarande förhållande såsom förutsättning för principalansvaret i Sverige. Parentetiskt vill jag, till undvikande av missförstånd, säga, att jämväl kriterier på detta förhållande, som uppställas i fransk och schweizisk rätt (innefattade i begreppet »subordination») äro ohållbara. Men hela saken belyses för vår del bäst, synes det mig, genom de engelska domsuttalandena och den engelska rättslitteraturens formuleringar.

Emellertid skall jag nu först beröra vissa uttalanden angående den allmänna legislativa grunden för »master's liability», givna av den siste auktorn, som jag sett på området, nämligen Batt. I en not säger denne helt kort, att domarne i slutet av 1600-talet av Chief Justice Holt synas ha lagt »the foundations of the modern law», men tillägger att »judicial

[4] När jag talar om »principalens» ansvar har jag sålunda ingalunda i sikte förhållandet mellan »principal and agent», det s. k. »agency», varom några ord senare.

[5] Jag har ju försökt, låt vara kortfattat, behandla hela ämnet i Bd I s. 437–517 och den föreliggande frågan särskilt ib. s. 456–464 och 472–485.

opinion has varied as to the basis and reason of the rule».[6] I själva verket utgjordes denna grund av auktoriseringstanken[7], vilken alltjämt ständigt framträder i judikaturen[8]. Härav gör dock Batt i texten icke den affär, som synes motiverad, utan går till en möjligen något missvisande framställning av Blackstone[9], bl. a. såsom om icke Blackstone själv här hävdat maximen, *qui facit per alium facit per se*. Därefter säger Batt, att »others have suggested a more plausible reason in that master is liable because of his initial negligence in chosing a careless, dishonest, or otherwise unfit servant». Han berör därefter bl. a. en dom av den amerikanske domaren Shaw.[1] Slutligen säger Batt:

»Whatever its origin or its early statement, the rule is obviously recognized as sound to-day on the common-sense principle that a master ought not to escape liability for activities or for the natural results of acts undertaken for his benefit by his servant. Since he obtains the benefit of his servant's services, he should also undertake the responsibility of any detriment to others caused by such employment. Just as a man cannot share profits without being responsible for losses in a business venture or have a leonine partnership, so a master must accept the responsibilities as well as the advantages of delegated work. This it would seem is the fundamental reason 'that the wrong done by the servant is looked upon in law as the wrong of the master himself'.»[2]

Detta kan tydligen förkortas till maximen: *ubi emolumentum ibi onus*. Låt vara att, såsom jag förut påpekat, denna sats stundom skulle kunna användas som ett kortfattat uttryck för vissa socialekonomiska synpunkter såsom grund för persons ansvar, så är det dock tydligt, att Batt här avsett att giva ett uttryck för »the common sense of justice». Tanken är otvivelaktigt, att det vore orättvist, om principalen väl kunde få skörda den nytta, som hans servant's handlingar inbragte honom, men skulle »escape liability» för den skada som dylika handlingar till äventyrs

[6] Batt-Vaines s. 252 n. 3.

[7] Se Bd I s. 396 f. och s. 448 f. (å senare sid. fallen Boson v. Sandford, 1691, och Middleton v. Fowler, 1699, alltså icke Wayland's och Hern's cases. Se om dem Bd I s. 449–452 samt här nedan s. 543–546 och 548 f.).

[8] Se t. ex. Poland v. John Parr & Sons, 1927, Bd I s. 491 n. 5. Kan för ögonblicket icke finna något senare fall men kan hänvisa till Dowd v. W. H. Boase & Co. samt McFarlane v. Coggins & Griffiths (berörda här nedan) ref. i L.R. 1945 K.B. 301. Där motiverades master's liability visserligen icke med ordet »authority» men med fullt ekvivalent omskrivning: actor hade, in the doing of the negligent act», utövat »his own discretion», som hade »been vested in him by his ... employers». Man torde därför alltjämt kunna säga att ansvarsförutsättningen »in the course (eller »within the scope») of his employment» fattas såsom likvärdig med »within the scope of his authority»; jfr Bd I s. 503 f.

[9] Se Batt-Vaines s. 251 f. och jfr Bd I s. 451 f.

[1] Se Bd I s. 458 f. och s. 508 n. 9.

[2] Batt-Vaines s. 252. Orden mellan apostroferna äro Blackstone's.

kunde tillskynda tredjeman, och att han därför »ought not to do it». Eftersom han vinner fördelen av tjänsterna, så borde han också (he should) få bära ansvaret för de skadliga följderna av dem. Utan rättvisetanken i bakgrunden vore det för övrigt näppeligen möjligt att citera Blackstone's uttalande, att actors »wrong» i lagens ögon bleve principalens egen »wrong».

Härefter skall jag tillåta mig följande anmärkningar. I allmänhet är det fråga om vad vi kalla tjänstelega.[3] Och i »common law», d. v. s. judikaturen, är tanken, att »servant» *auktoriserats* till handlingen, den egentligen antagna grunden för ansvaret. Man kan alltjämt säga, att ansvarsförutsättningen, att handlingen skett »in the course (eller within the scope) of his employment» fattas såsom likvärdig med »within the scope of his authority».[4] — Vad nu angår »servant», kan denne vara principalens kusk, hans hembiträde, hans s. k. dräng och en kroppsarbetare i vanlig mening, men han torde också, åtminstone i princip, kunna vara hur kvalificerad som helst, t. ex. disponent för ett stort företag, överingeniör i ett dylikt o. s. v. Emellertid få vi alltid tänka oss den möjligheten, att actors skicklighet och kapacitet är sådan, att han praktiskt taget icke *kan* stå under principalens »orders», d. v. s. att denne icke *kan* utöva någon kontroll över hans arbete, ofta uttryckt så, att »master» hade rätt bestämma icke blott *vad* »servant» har att göra utan jämväl, »*how* it is to be done». Detta skall dock, såsom vi här nedan skola finna, vara en förutsättning för tillämpning av begreppet »servant» till skillnad från »agent» i mera egentlig mening. Såsom mycket obestämd term kan dock »agent» brukas jämväl om en »servant». Det är i nyss nämnda underordnade egenskap, som »servant» anses kunna föranleda principalens ansvar i dennes egenskap av »master». Dock kan alldeles icke sägas, att någon klarhet här råder. Bland det som här intill början av 1940-talet tycks ha varit helt otvivelaktigt är, att en sjukhusläkare *vid skötseln av patienterna* å sjukhuset icke vore att betrakta såsom sjukhusmyndighetens »servant», ty han själv, icke nämnda myndighet, bestämde suveränt ifråga om undersökning av och ordination för patienterna, ävensom tillvägagångssätt för operationer och andra åtgärder i avseende å dem.[5] Bortsett från skadegörelser genom handlingssätt av nu

[3] »The scope of the servant's employment will, for the most part, depend on the contract of service . . .», Blackburn and George s. 258.

[4] Se ovan s. 364 n. 8 och Bd I s. 503–505.

[5] Fallen äro här Evans v. Liverpool Corporation (1906) och Hillyer v. Governors of St. Bartholomew's Hospital (1909). Se Bd I s. 476–479. Saken framgår e fortiori av tre andra fall nämligen James v. Probyn (1935), Strangways-Lesmere v. Clayton (1936) och Dryden v. Surrey County Council (1936).

nämnda art — alltså när skadan uppkommit genom läkares bristande åt icke en »professional» utan en »administrative duty» — torde å sjukhusförvaltningen vila »master's liability».[6]

Sjukhusens ansvar för skada å patient genom läkares eller sjuksköterskas »negligence».

Innan jag försöker mig på den svåra uppgiften att giva en tillförlitlig bild av »common law» i fråga om ett sjukhus[7] ansvar gentemot patient för skada genom läkares eller sjuksköterskas handlingssätt vill jag erinra om följande. Ser man på läran i allmänhet om »master's liability for the acts of his servant», så måste sägas — ehuru det icke har stor praktisk betydelse — att »master's liability» *kan* inträda på grund av en »tort» (en viss »rättstridig» handling), även om »servant» icke handlat i »negligence».[8] Ty det finns en del »torts», som icke behöva vara »subjektivt rättstridiga», d. v. s. varken »wilful» eller »negligent», och likväl medföra ansvar. Emellertid har nu denna möjlighet av »master's liability» *utan* »negligence» från »servant's» sida här intet intresse för oss. Åtminstone har jag aldrig funnit ett rättsfall eller en framställning av hithörande doktrin, vari sjukhusförvaltnings ifrågavarande ansvar diskuterats, utan att man kunnat utgå från actors »negligence». Det är här praktiskt taget fråga om sjukhusens ansvar för läkares eller sjuksköterskas »negligence» i mening av vårt begrepp »culpa».[9] — Jag sade »prak-

---

[6] Se Lindsey County Council v. Mary Marshall, L.R. 1937 App. Cas. 97. Se särskilt s. 108 f., 114, 124 f. Lord Wright uttalade i detta mål, att det vore överflödigt tillägga »that in all these matters not only the matron and nurses but the medical officers were in my opinion the servants of the appellants (= sjukhusförvaltningen)».

[7] »Sjukhus» använder jag i detta sammanhang i stället för sjukhusförvaltning, varmed åter jag menar den som »driver» sjukhuset och, för att tala med vår judikatur, sjukhusets innehavare (Hov R:ns dom i NJA 1925 s. 103 och 1932 s. 373) eller »utövaren av verksamheten å sjukhus» (H. D. ib. och i andra fall. Hov R:n har efter 1932 följt H. D:s formuleringssätt.) Sjukhusförvaltningen i de fall, jag påträffat i den engelska judikaturen, har städse — med undantag möjligen för ett eller två fall — varit av kommunal art: en »municipal corporation» (t. ex. Liverpool) eller (vilket måste vara analogt) en »county council» här eller där. I det väl mest omdebatterade fallet, Hillyer's case, var svaranden »The Governors of St. Bartholomew's Hospital», närmare bestämt: »The Mayor, Commonalty, and Citizens of the City of London (Governors of the House of the Poor commonly called St. Bartholomew's Hospital near West Smithfield of the Foundation of King Henry the Eighth).» Detta sjukhus anor gå emellertid mycket längre än till Henrik VIII.

[8] Se härom Bd I s. 490 ff. Ang. relationen mellan »torts» och »wrongs» se s. 297 ib.

[9] I fallet Gold v. Essex County Council (ang. »master's liability» å sjukhusförvaltning) karakteriserade MacKinnon L. J. de i fallet tillämpliga rättsprinciperna i 4

tiskt taget», ty »negligence» är, såsom jag i annat sammanhang visat[1], ett svårfattligt begrepp. Här förhåller det sig dock säkerligen så, att sjuksköterskorna, likaväl som läkarne, gentemot sina patienter stå »under a duty (imposed by common law) to exercise due care and the professional skill of a reasonably competent» person.[2] Det måste därför här vara fråga om »negligence» såsom »a specific tort in itself».[3] Nu *kan* visserligen understundom »negligence» såsom en »tort» innefatta blott vad vi kalla objektiv rättstridighet.[4] Men i förevarande fall kan »servant» icke ha gjort sig »guilty of negligence» utan att ha underlåtit att »exercise due care» gentemot den skadelidande, d. v. s. ha brustit åt en s. k. rättslig plikt mot denne att »be *careful*», alltså (åtminstone praktiskt taget) utan att ha handlat så, som vi kalla kulpost.

När i vår praxis principalansvaret icke kan motiveras med actors ledande ställning, förutsätter detta ansvar, såsom vi veta[5], att genom actors handlingssätt en principalens obligation gentemot den skadelidande blivit åsidosatt. I sådana situationer som de förevarande synes rent av en *huvud*-obligation och icke endast en *bi*-obligation (vars åsidosättande eljest enligt vår praxis skall vara tillräckligt för principalansvaret) ha förelegat. Det skulle därför ur vår praxis synpunkt kunna

---

punkter, den första så lydande: »One who employs a servant is liable to another person if the servant does an act within the scope of his employment so negligently as to injure that other. This is the rule of respondeat superior.» L.R. 1942, 2 K.B. s. 304 f.)

[1] Bd I s. 246 ff.

[2] Jfr Charlesworth s. 402 och s. 406.

[3] Denna förutsätter »a legal duty to take care» samt, synes det, att handlingen icke sammanfaller med en annan »tort» än »negligence», se Bd I s. 247–253 m. fl. sidor, särskilt s. 259 f. — Se även Charlesworth s. 7 f.

[4] Detta är något annat än det nyss påpekade, att »master's liability» kunde tänkas föreligga vid en blott s. k. objektivt rättstridig »tort». Se om saken lorderna Wright's och Atkin's uttalanden Bd I s. 250 n. 4, s. 253 n. 3, s. 255–258; se också s. 259 f. ib. Kompletterande vad jag säger å s. 259 om »negligence» såsom »a state of mind», vill jag hänvisa till mitt referat av Jenks, Digest I, i slutet av noten å s. 248 f., varav framgår att »negligence» såsom en »mental condition» står i motsats till »intention». — I själva verket tycks man numera skilja mellan negligence i tre betydelser. En av dessa avser »a state of mind in which it is opposed to intention». De två andra äro, den ena liktydig med »careless conduct», d. v. s. vad som, i kontinental mening, kallas bristande åt normal aktsamhet; den andra »negligence» såsom »a specific tort in itself», involverande »the breach of a duty to take care imposed by common or statute law». Se Charlesworth s. 1, 2 och 7 f. Sistnämnda »duty», som brutits, måste vara riktad mot den person, som lidit skadan, för att denne skall kunna åberopa »negligence» som grund för ansvar; se Bd I s. 255 ff. (Lord Atkin's uttalanden i Donoghue's case), s. 259 n. 4 och s. 370 n. 7, sista stycket. Jfr även t. ex. Prosser, s. 178 ff. De två sista distinktionerna synas mig bero på subtila rättsideologiska resonemang.

[5] Se bl. a. Bd II: 1, s. 510 f. och s. 527.

diskuteras, huruvida icke actor här (läkare eller sjuksköterska) hade ställningen av sjukhusets »Erfüllungsgehilfe», d. v. s. en person som i gäldenären-principalens ställe fullgjorde dennes förpliktelse.[6] Faktum är, att tysk praxis här låter sjukhuset i egenskap av patientens gäldenär svara för läkares och andras, tillhörande sjukhuspersonalen, culpa. Man betraktar helt enkelt läkare, sköterskor och andra, som anställts i sjukhusets tjänst i och för själva sjukvården, såsom »Erfüllungsgehilfen» åt sjukhuset i dettas fullgörande av sina förpliktelser mot patienterna.[7] Otvivelaktigt har rättsuppfattningen hos oss, liksom i Tyskland (för övrigt även exempelvis i Schweiz för att nu icke tala om Österrike), varit den, att ansvaret är starkare motiverat, när actors handlingssätt medfört, att principalen anses ha brustit i fullgörandet av förpliktelse mot den skadelidande, än när detta icke anses ha varit händelsen.[8]

Emellertid måste det bero på bristfällig analys, när man — såsom i Tyskland (men icke i Schweiz oaktat motsvarighet till BGB 278 i OR 101) — kommit till detta resultat, att läkare och sköterskor i sjukhusförvaltningens ställe fullgöra *dennas* »förpliktelser» t. ex. genom operationer, undersökningar av hjärta, lungor etc., ordinationer, allehanda injektioner, provtagningar, medicingivning m. m. Sjukhusförvaltningen har aldrig ens »tacite» åtagit sig några operationer etc. Vad sjukhuset i hithörande avseenden åtagit sig är uppenbarligen endast att hålla sjukhuset med kompetenta läkare och sköterskor, vilka i sin tur vis à vis sin arbetsgivare åtagit sig antydda prestationer åt patienterna. Därför att patient skadats genom läkares eller sjuksköterskas kulposa handlingssätt behöver följaktligen sjukhusförvaltningen ingalunda nödvändigt ha brustit åt fullgörandet av vad den »avtalsmässigt» har åtagit sig. Detta är nu också klart och tydligt den i »common law» intagna ståndpunkten i ämnet. Enligt »common law» betraktas varken läkare eller sjuksköterskor som »Erfüllungsgehilfen».[9] Det är redan därför klart, att

---

[6] Jfr BGB § 278 (OR 101 och ABGB 1313 a) och se Bd II: 1 s. 464 ff.

[7] Se nedan s. 414 ff.

[8] Se Bd II: 1, noten å s. 513 ff. och jfr ovan s. 350.

[9] I saken Hillyer v. The Governors of St. Bartholomew's Hospital uttalade Farwell L. J. i Court of Appeal, att sjukhusförvaltningen i avseende å läkares verksamhet endast hade åtagit sig plikten »to use due care and skill in selecting their medical staff». Beträffande sjuksköterskors och vissa andras biträde vid en operation sade han: »The contract of the hospital is not to nurse during the operation, but to supply nurses and others, in whose selection they have taken due care.» Se L.R. 1909, 2 K.B. s. 826. Se även uttalandet i samma sak av Kennedy L. J., cit. i Bd I s. 478. Beakta även uttalandet, strax här nedan i texten, av domaren Walton i Evans v. Liverpool Corporation. — Många år senare (i Strangways-Lesmere v. Clayton) uttalade domaren Horridge i King's Bench Div.: »I do not think the hospital authorities undertook

sjukhusets ansvar för deras handlingar icke kan grunda sig å sådan princip, som kommit till uttryck i BGB § 278.

Emellertid är det nu ingen lätt sak att angiva den närmare innebörden i »master's liability» på detta område. Icke endast detta, att utredningen måste bliva ganska omständlig; det är icke ens givet, att man med än så stor omsorgsfullhet kan nå fram till full klarhet i ämnet. Givet är, att sådan icke kan vinnas, utan att man söker utfinna den eller de linjer, efter vilka domstolssynpunkterna rört sig i skilda fall. Därvid är det lyckligtvis ingalunda av nöden att gå något längre tillbaka i tiden. Vi kunna tryggt nöja oss med att börja med fallet Evans v. Liverpool Corporation, avgjort 1906, alltså för ännu icke 50 år sedan.[1] En pojke hade efter scharlakansfeber släppts ut för tidigt och därför smittat ner sina tre syskon. Fadern stämde sjukhusförvaltningen med yrkande om skadestånd. Förvaltningen, sade nu domaren Walton (i King's Bench Division), hade icke åtagit sig »the duties of medical men or to give medical advice», utan endast att patienterna på sjukhuset skulle ha tillgång till »competent medical advice and assistance». Det vore ostridigt, sade Walton vidare, att läkaren ifråga, dr Archer, motsvarade dessa krav. Även antaget att han begått till och med »a negligent mistake» ifråga om patientens utskrivande från sjukhuset, vore därför sjukhusförvaltningen icke ansvarig för följderna därav. Utan tvivel vore dr Archer »an officer of the defendants» (sjukhusförvaltningen)[2–3], men det var icke i egenskap av deras »servant», som han låtit utskriva patienten från sjukhuset[4]. Jag fäster uppmärksamheten på, att det i domen likväl icke antydes något annat, än att anställningsavtalet

---

in any way themselves to administer the doses, but that the nurses in doing that were doing their own work as skilled nurses and not as servants of the hospital authorities.» Se L.R. 1936, 2 K.B. s. 15. I detta fall hade två sköterskor före en operation givit en patient »an overdose of a dangerous drug», med påföljd att patienten dog. Uttalandet var en återspegling av uppfattningen i Hillyer's case. Numera anses nog blott första delen av uttalandet riktigt, under det att sjuksköterskorna även i det rent yrkesmässiga arbetet betraktas som »servants». Men härom senare.

[1] Också när fråga är om att hämta ledning från vår egen judikatur beträffande nutida utomkontraktlig skadeståndsrätt, kan man ha intresse av att gå vida längre tillbaka i tiden än 1906, t. ex. till Naum. Tidskrift 1866 och NJA 1881. I England åberopas, som väl de flesta veta, fall av mycket äldre datum. Rylands v. Fletcher, visserligen icke slutdömt förrän 1868, betecknas ännu idag såsom »the *type* and *leading* authority» med hänsyn till »the reasons of policy governing the *modern* class of cases» (kurs. här). Se t. ex. Pollock-Landon, Law of Torts, 14th ed., 1939, s. 14. Ett annat fall — Leame v. Bray av år 1803 — betecknades icke blott av Pollock utan även hos Pollock-Landon, s. 113, såsom »a comparatively modern case».

[2–3] Han vore också »paid an annual salary, and in certain matters had to obey the directions of the committee».

[4] Se L.R. 1906, 1 K.B. 160 (särskilt s. 166).

med dr Archer vore det vanliga, alltså icke något annat än »a contract of service», närmast motsvarande vår tjänstelega. Följdriktigt måste dr Archer tillhöra sjukhusets personal, liksom andra där anställda läkare och sjuksköterskor. Att han benämnes en sjukhusets »officer» hindrar icke att han i juridisk mening var dess »servant», också om Walton menade, att han icke i själva yrkesutövningen kunde betraktas såsom »servant». Vill man gentemot den vanliga inställningen i »common law» angående »master's liability» vara konsekvent, så måste dr Archer betraktas såsom en »fellow-servant» till sjukhusets sköterskor och övriga läkare.[5]

Den ifrågavarande sjukförvaltningen har kanske anställt såväl »visiting physicians» som »resident medical officers». Dr Archer var en »visiting physician», och han karakteriseras så en gång i slutet av domen, men icke på sådant sätt, att anledning finns antaga, att han i sitt ifrågavarande handlingssätt skulle ha betraktats såsom sjukhusets »servant», därest han blott varit en »resident doctor».[6]

---

[5] Jfr Bd I s. 482 f. Fallet Evans v. Liverpool Corporation har jag berört i Bd I s. 476 f. Vad som här ovan i texten sagts är att betrakta som en komplettering. — I ett amerikanskt fall, som åberopas av Smith-Knowles s. 176 f., voro »the superintendent, and the others, agents and servants of the corporation», samtliga »fellow-servants». — Förhållandet »master and servant» existerar icke »between a subordinate officer of the Crown and his superior officer» sade Collins M. R. i det engelska fallet Bainbridge v. The Postmaster-General. De i ett verk anställda från den högste till den lägste vore »all equally servants of the Crown». Se L.R. 1906, 1 K.B. 179. Fallet har berörts i Bd I s. 483 n. 8. Att en bolagschef icke alltid betraktas såsom »fellow-servant» har sin grund i syftet att motverka vissa konsekvenser av den olyckliga »doctrine of common employment», vilande på fiktionen att den anställde iklätt sig riskerna med anställningen, innefattande jämväl skada genom medanställdas »negligence and incompetence». (Se Bd I s. 506 ff. och märk s. 510 med n. 5 ib.) Detta kan naturligtvis inte åberopas till hinder för att en anställd sjukhusläkare betraktades såsom »servant» och alltså kunde ådraga sjukhuset »master's liability». För övrigt tycks det förhålla sig så, att bolagsdirektörer endast i handlingar såsom bolagets ställföreträdare eller organ betraktas som icke-»servants». I ett mig icke närmare känt fall (Bloor v. Liverpool Derricking Co., 1936) ansågs en »director working as foreman» vara »in common employment with employee». Se Batt-Vaines s. 12 n. 3. Alltför allmänt synes Salmond, The law of torts 1920 s. 100 f. (liksom Salmond-Stallybrass 1936 s. 93 f.) uttrycka sig, när han säger, att av samma skäl — nämligen statliga över- och underordnades ställning som »fellow-servants» — jämväl bolagsdirektörer icke svara för »torts committed by inferior servants of the company», icke ens om »the directors are the sole directors and sole shareholders in the company». Detta generella omdöme om direktörerna och andra anställda såsom »fellow-servants» synes stå i strid med uttalandena å s. 112 (resp. s. 108).

[6] L.R. 1906, 1 K.B. s. 161 f. och s. 166. Sjukhusets advokat hade emellertid, s. 163 f., särskilt betonat följande: »The relationship of master and servant did not exist between the defendants and the visiting physician; the latter acted as their medical adviser and not as their servant.»

Domaren Walton's ståndpunkt godtogs tre år senare i Hillyer's case av 1909, ett fall, som i hithörande ämne haft dominerande betydelse ända in på 40-talet.[7] 1942 kommer så det viktiga fallet Gold v. Essex County Council. I båda fallen dömde »Court of Appeal». Fem år senare menade domaren Hilbery i King's Bench Division, om ock med uttalad reservation för feltolkning, att genom domen i Gold v. Essex C. C. »Hillyer's case is no longer a binding authority».[8] Vad nu Hillyer's case angår har jag i Bd I s. 477 ff. berört densamma, och jag har nyss här ovan citerat Farwell's L. J. uttalanden i Court of Appeal av innebörd, att läkare och sköterskor icke kunde vara sjukhusets »Erfüllungsgehilfen», vilket uppenbarligen även var de båda meddomarnes mening. Vidare bör påpekas, att i Hillyer's case ingen skillnad beträffande sjukhusförvaltnings ansvar gjordes mellan å ena sidan »resident doctors» och å andra sidan »visiting» eller »consulting doctors». Farwell L. J. talar blott om »the medical staff», uppenbarligen däri inneslutande samtliga tre »surgeons», närvarande vid den patienten skadebringande operativa undersökningen. Kennedy L. J. talar om »the conduct of the hospital staff in matters of professional skill» och om »the negligence of the professional staff in matters of professional care and skill», i båda sina uttalanden tydligen avseende såväl sjuksköterskor som å sjukhuset verksamma läkare. Märkas bör också att den tredje bisittaren i Court of Appeal i Hillyer's case, Cozens-Hardy M. R., för sin del godkände »the reasons contained in the judgments of Farwell L. J. and Kennedy L. J., which I have read».

Principen i Hillyer's case följdes bl. a. av domaren Swift i James v. Probyn (1935) och av domaren Horridge i Strangways-Lesmere v. Clayton (1936).[9] Ytterligare ett fall av 1936 skall ha grundats på Hillyer's case.[1] Denna stod sig som »authority» till och med domaren Tucker's dom i King's B. D., då sjukhusförvaltningen friades från ansvar för skada å en patient genom culpa hos en »radiographer», tillhörande sjuk-

---

[7] Hillyer v. The Governors of St. Bartholomew's Hospital, L.R. 1909, 2 K.B. 820. Fallet berört i Bd I s. 477–479.

[8] Collins v. Hertfordshire County Council and Another. Fallet är icke ref. i The Law Reports of the incorporated council of law reporting, men i The All England Law Reports of cases decided in the House of Lords, The Privy Council, All Divisions etc. 1947 vol. 1 s. 633 (= (1947) I All E. R. 633). Återkommer senare till Hilbery's dom.

[9] Se från James v. Probyn ett citat i Bd I s. 478 n. 8. Från Horridge's dom har ett citat givits här ovan s. 368 n. 9. I båda fallen fastslogs principen, att sjukhuset icke svarade för sjuksköterskas »negligence» i vården av patient. Se L.R. 1936, 2 K.B. 11.

[1] Dryden v. Surrey C. C. Jag har icke haft tillgång till fallet, som är refererat i (1936) 2 All E.R. 535. Se Batt-Vaines s. 292 n. 5 och Charlesworth s. 407.

husets personal på samma sätt som en sköterska.[2] Lägger jag så härtill, att lords justices Farwell och Kennedy båda — och indirekt även den tredje bisittaren i Hillyer's fall — fullständigt godtogo domaren Waltons resonemang i nyss berörda fallet Evans etc., så synes mig situationen *före* domen av Court of Appeal i Gold v. Essex C. C. (1942) vara följande.

Sjukhuset står inte »master's liability» för skada å patient genom *läkares* fackmannamässiga verksamhet. Den saken är otvivelaktig. Beträffande sjuksköterskor sade Farwell L. J., att de

»stand on a somewhat different footing, and I will assume that they are the servants of the defendants. But although they are such servants for general purposes, they are not so for the purposes of operations and examinations by the medical officers».[3]

Den attityd, som Farwell här intager ifråga om sjuksköterskornas ställning såsom sjukhusförvaltningens »servants», förefaller helt godtycklig. Den är oförenlig med Kennedy's uttalande, att sjukhuset endast svarar för sjuksköterskornas behöriga fullgörande av sina »purely ministerial or administrative duties». Men Cozens-Hardy M. R. gillade ju både Farwell's och Kennedy's synpunkter! Detta i förening med att logiken här uppenbarligen är på Kennedy's sida torde förklara, att man så länge har haft uppfattningen, att sjukhusförvaltningen enligt Hillyer's case icke svarade för skada å patient genom *vare sig* läkares *eller* sjuksköterskas culpa, såvitt denna förelupit i deras rent yrkesskickliga verksamhet.[4]

När jag finner logiken på Kennedy's sida, menar jag, att man ju också beträffande en utbildad och tränad sjuksköterska skulle — ifråga om åtminstone åtskilliga av hennes andra funktioner än att biträda sjukhusläkarna vid operationer och dylikt — kunna resonera på samma sätt som ifråga om sjukhusläkaren. Icke kunde väl sjukhusförvaltningen giva henne order om, hur hon i avseende å antydda funktioner — bl. a. sådana som intravenösa injektioner, gipsningar, blodprovstagningar, tapp-

[2] Domen ändrades emellertid av Court of Appeal. Fallet var Gold v. Essex C. C. (1942), varom utförligt senare. I Bd I hade jag tyvärr icke tillfälle beakta detta fall, ännu icke (sannolikt på grund av kriget) tillgängligt, då arbetet författades.

[3] L.R. 1909, 2 K.B. 826. Härefter följer det citat, som jag avtryckt i Bd I s. 478 n. 7.

[4] Att det var Kennedy L. J. och Cozens-Hardy M. R. som i fortsättningen måste ha betraktats såsom »the authorities» för att sjuksköterska icke finge betraktas såsom »servant» förstår man därav, att Farwell L. J. i ett fall två år efter Hillyer's case uttryckligen sade, att sjuksköterskorna i Hillyer's case betraktades såsom »servants», för vilkas handlingar sjukhuset skulle ha svarat, om bevisningen varit klar. Saken beröres ytterligare här nedan.

ningar m. m. — skall gå tillväga? Hon är ju i fråga om dylikt på grund av både teoretisk och praktisk utbildning sakkunnig, till skillnad från sjukhusförvaltningen, och borde följaktligen så till vida icke kunna betraktas som sjukhusets »servant». Ja, detta var innebörden av citatet från lord justice Kennedy i Hillyer's case i texten å s. 478 i Bd I (särskilt jft med början av n. 8 ib.). Ifråga om sjukhusens ansvar för skada å patient genom sjuksköterskas »negligent» utövande av sin yrkesskicklighet avvisades sedermera, såsom redan nämnts, detta ansvar — i det sjuksköterska ställdes i paritet med läkare — i fallen James v. Probin (1935) och Strangways-Lesmere v. Clayton samt Dryden v. Surrey County Council 1936.[5] Intet av dessa fall gick dock till Court of Appeal.

Åtminstone i de två förstnämnda fallen hade man uppenbarligen tagit strakt intryck av Kennedy's dom i Hillyer's case. Jag hade dock vid författandet av Bd I en känsla av att citaten från Kennedy därstädes s. 478 näppeligen kunde innefatta förblivande »common law». Dels syntes mig ståndpunkten olämplig ur social synpunkt, dels syntes den mig gå illa ihop med omfattningen av »master's liability» i övrigt, dels slutligen utläste jag betänkligheter emot densamma i lord Wrights uttalanden i en senare dom.[6] Jag skrev därför så litet detaljerat som möjligt, att sjuksköterskorna vore att betrakta som »servants», endast »såvitt de icke varit verksamma som biträden åt sjukhusläkarne». Jag gjorde sålunda icke någon skillnad mellan deras »purely ministerial or administrative duties» å ena sidan och å andra sidan vad de i allmänhet hade att uträtta på grund av sin »professional care and skill». Jag hänvisade visserligen till Kennedy's hela dom, men jag citerade blott de rader varpå denna mera direkt grundade sig, uteslutande den närmare innebörden, enligt vilken sjuksköterska även utanför läkarens instruktioner måste kunna vara icke-servant, så att sjukhuset vore befriat från ansvar »if members of its professional staff (alltså även sköterskorna), of whose competence there is no question, act negligently towards the patient *in some matter of professional care or skill*» (alltså utanför deras »purely ministerial or administrative duties»).[7]

---

[5] Bd I s. 478 n. 8. Dryden's fall är dock icke där berört.

[6] Lindsey County Council v. Mary Marshall (1936), varom se Bd I s. 478 n. 8 och 479 n. 9. Fallet är ref. i L.R. 1937 App. Cas. 97.

[7] Det är sant, att Kennedy talade om »the governors of a *public* hospital», som mottaga en patient för att »enjoy in the hospital the *gratuitous benefit of its care*» (kurs. här); se L.R. 1909, 2 K.B. s. 829. Man får dock icke intrycket, att han avsåg att uppställa detta som en förutsättning för ett sjukhus frihet från ansvar för läkares och sköterskors culpa. Hade han avsett detta skulle han råka i strid med vad han på nästa sida säger, nämligen att »I entirely concur with the reasoning upon which»

Med stöd av bl. a. fallen Hillyer etc. och Strangways-Lesmere etc. fastslås emellertid hos Halsbury, vol. 22, s. 359 (§ 737) följande:

»A public or voluntary hospital, which has fulfilled its duty to employ duly qualified nurses, is not liable for the negligence of a duly qualified nurse when performing nursing duties in which she uses professional skill, although liable for her negligence in the performance of purely ministerial or administrative duties.»[8]

Walton's dom i fallet Evans v. Liverpool Corp. hade grundats. Ty Walton hade uttryckligen sagt, att sjukhusförvaltningens ansvarsfrihet icke berodde på om sjukhuset hade rätt »to charge the plaintiff for the expenses of his son's (patientens) residence and treatment in the hospital». Se L.R. 1906, 1 K.B. s. 165. — Att ansvarsfriheten blott skulle gälla »a public hospital giving 'the gratuitous benefit of its care'» förbluffade tydligen Lord Greene M.R., som i Gold v. Essex C.C (1942) fann en sådan attityd kuriös (L.R. 1942, 2 K.B. s. 300). Något annorlunda professor Goodhart, som i sin artikel »Hospitals and trained nurses» s. 558 f., finner synpunkten förnuftig men främmande för engelsk rätt. Det senare grundas på The Mersey Docks and Harbour Board Trustees v. William Gibbs, se L.R. 1866, 1 H.L. 93. I detta fall frångicks i the Court of Exchequer Chamber principen i Holliday v. St. Leonard's, Shoreditch (1861, 11 C.B.N.S. 192), att »there is an exception from the general law making a master liable for the negligence of his servant, where the servant is employed by public body». Ståndpunkten i the Court of Exchequer Chamber stadfästes av the House of Lords. Se L.R. 1866, 1 H.L. s. 119, s. 123, s. 126 och s. 128. Såsom professor Goodhart anmärker, har detta förhållande varit klart både för Farwell L. J. och Kennedy L. J. i Hillyer's case. Beträffande Farwell citerar Goodhart samma uttalande, som jag återgivit i texten å s. 480 i Bd I. Självfallet hade Kennedy L. J. kännedom om förhållandet, så mycket mera som han i sin dom omförmäler, att domen i Holliday v. St. Leonard, Shoreditch hade »been overruled by the House of Lords in Mersey Docks Trustees v. Gibbs» (L.R. 1909, 2 K.B. s. 830). Det var domaren Blackburn som i Mersey Docks Trustees v. Gibbs inför House of Lords framlade »the joint opinion of all the Judges (i Exchequer Chamber) who heard the argument». Samme Blackburn uttalade 5 år senare i fallet Foreman v. Mayor of Canterbury att »upon looking at the reasons of the decision» i Holliday v. St. Leonard's »we consider it to be overruled by the decision of the House of Lords in the case of Mersey Docks v. Gibbs». »It is not», fortsatte han, »overruled by name; but the principle upon which that case was decided in the House of Lords does overrule it, because it was decided that a public body like the local board of health are answerable for the negligence of their servants, just as if they were acting as the servants of a private person, and not for a corporation incorporated for a public purpose». (Se L.R. 1871, 6 Q.B. s. 218.) En främling kan behöva dessa kommenterande rader vid studiet av fallet The Mersey Docks Trustees v. Gibbs. — Att Kennedy L. J. i Hillyer's case, trots kunskap om den principiella betydelsen av The Mersey Docks Trustees v. Gibbs, friade sjukhuset från master's liability berodde synes det mig, klart och tydligt endast därpå, att han icke betraktade läkarna eller sjuksköterskorna såsom sjukhusets »servants» vid tillfället. Jag förstår därför icke riktigt de anmärkningar, varmed Goodhart, s. 559, kommenterar Kennedy's dom.

[8] I sin artikel s. 553, beklagar Goodhart den kategoriska formen av detta uttalande, som han icke finner hade säkert stöd i judikaturen. Man bör emellertid komma ihåg, att förf. i Halsbury's Laws of England icke kunde känna till fallet Wardell v. Kent C.C. (1938). Och vad lord Wright's uttalande (se Bd I s. 479 n. 9) angår, fälldes det visserligen 1936 men ifrågavarande vol. av L.R. trycktes icke förrän 1937. Na-

Härefter är det emellertid slut med sjuksysterns mera förnämliga ställning.[9] Första gången inträdde förändringen i hennes eget intresse: Hon krävde ersättning på grund av en skada som drabbat henne under arbetet. För bifall till hennes talan var det nödvändigt, att hon vore »workman» enligt »Workmen's Compensation Act» (1925). I denna lag är envar med vissa undantag »workman», som »has entered into or works under a *contract of service* (kurs. här) or apprenticeship with an employer, whether by way of manual labour, clerical work or otherwise . . .»[1] Naturligtvis vore det egendomligt, om icke en sjuksköterska skulle kunna åberopa sig på lagen ifråga. Men denna fordrade, som sagt, att hon vore »workman» på grund av ett »contract *of service*», med andra ord just att hon vore sjukhusets »servant» och icke avslutit ett »contract *for services*».[2]

Emellertid är det det förut redan nämnda fallet Gold v. Essex County Council (1942), som här har den avgörande betydelsen. Domaren Tucker i King's B. D. följde visserligen, låt vara med en viss motvillighet, principen i Hillyer's case. Det var Court of Appeal, som i Gold v. Essex C. C. fann, att i Hillyer's case Kennedy's dom icke såsom Farewell's grundats på »quite narrow grounds» utan på »propositions of a scope far wider than was necessary for the decision of the case», vilka »propositions» följaktligen innebure »dicta».[3] Av domen ifråga framgår, att »county council», som bedrev sjukhusverksamheten, svarade för

---

turligtvis var fallet Gold v. Essex C.C. (1942) lika obekant för förf. i Halsbury's Laws etc. som för Goodhart.

[9] Farwell L. J. tycks ha blivit mycket betänksam efter sina uttalanden i fallet Hillyer, när han ett par år efteråt hade att avdöma frågan om »master's liability» i fallet Smith v. Martin and Kingston-Upon-Hull Corporation. Court of Appeal var här enig i att låta en lärarinna såsom »servant» förmedla skolmyndighetens ansvarighet. Hur skulle nu denna ståndpunkt kunna förenas med uttalandena i Hillyer's »case», att sjuksköterskorna i själva sin yrkesutövning (åtminstone ofta) icke vore sjukhusets »servants»? Farwell säger på följande sätt (L.R. 1911, 2 K.B. s. 784): »In Hillyer's case the nurses and carriers were treated as being servants for whose acts the hospital would be liable, but the plaintiffs failed to prove any case against them.» Detta uttalande har jag svårt att finna fullt korrekt. Det strider helt emot Kennedy's dom, till en del också emot Farwell's egen, vartill kommer att den tredje bisittaren i Court of Appeal i Hillyer's fall, Master of Rolls Cozens-Hardy, förklarade sig godtaga »the reasons contained in the judgments of Farwell L. J. and Kennedy L. J., which I have read». Cozens-Hardy M. R. kan icke ha misstagit sig på innebörden av Kennedy's ståndpunkt. Han måste därför i det hela ha omfattat denna och föreställt sig, att någon egentlig skillnad icke förelåg mellan Kennedy's och Farwell's åsikter i målet. Beakta f. ö. senare delen av n. 8 å s. 479 i Bd I.

[1] Se Workmen's ... Act, 15 & 16 Geo. 5 c. 84, 3 (1).

[2] Fallet är Wardell v. Kent County Council, L.R. 1938, 2 K.B. 768, varom nedan.

[3] Vad därmed förstås se Bd I s. 314 n. 8.

skada å en patient genom »negligence» av en »competent radiographer», som icke var läkare och var anställd genom »contract of service» samt följaktligen sjukhusets »servant», enligt domen på samma sätt som en sjuksköterska. Alla tre lord justices voro ense härom och togo avstånd från Kennedy's »dicta».[4] I denna dom togs till och med visst avstånd från Farwell's dom i Hillyer's case, såtillvida som en sjuksköterska icke ens, när hon exempelvis biträdde sjukhuskirurgen vid en operation, »pro hac vice» upphörde att vara sjukhusets »servant». Samtliga tre ledamöter av Court of Appeal i Gold v. Essex C. C. hänvisade till Farwell's egen utläggning av Hillyer's case i ett fall två år senare, där Farwell beträffande fallet Hillyer uttalat sig i strid med vad i detta fall sagts både av Kennedy och honom själv.[5] Enligt uttalandena i Gold v. Essex C. C. berodde ett sjukhus frihet från ansvar för sjuksköterska vid en operation på — icke att hon vid tillfället icke vore sjukhusets »servant» — utan att hon inte vore »guilty of negligence if she carries out the orders of the surgeon or doctor, however negligent those orders may be».[6]

[4] Gold v. Essex County Council, L.R. 1942, 2 K.B. 293.

[5] Se nyssberörda fallet Smith v. Martin etc. i L.R. 1911, 2 K.B. s. 784, och beakta n. 9 här ovan.

[6] Se L.R. 1942, 2 K.B., s. 299, s. 305–309 och s. 313: domarne av Lord Greene M. R., MacKinnon L. J. och *Goddard L. J.* Den senare — alltsedan 1946 Lord Chief Justice of England — är att skilja från *professor Goodhart* (i Oxford), som nyss citerades. — Det tycks emellertid inte vara nog med att sjukhuset svarar för sköterskas »negligence», när hon självständigt utövar sin »professional care and skill». Sjukhuset svarar också om hon härvid blott utfört läkarens ordination, nämligen om denna berott på »carelessness» och för sköterskan såsom »an experienced ward sister was obviously incorrect and dangerous» (Goddard L. J. ib. s. 313). Goddard synes dock vilja befria sjukhuset från ansvar, när sköterskan handlat »in the stress of an operation». Lord Greene tycks ha en för sjukhusförvaltningen något förmånligare inställning, a. st. s. 299, i det han menade, att sjuksköterskan icke vore »guilty of negligence» och sjukhuset följaktligen icke ansvarigt, »if she carries out the orders of the surgeon or doctor, however negligent those orders may be». En viss tvetydighet uppstår dock genom de fortsatta orden: »I can see no reason on principle why, if she negligently carries out an order, the hospital should not be liable.» Menar Greene i likhet med Goddard eller menar han icke, att sjukhuset svarar för sjuksköterskans utförande av läkarens *kulposa* order, därest dennas nämnda karaktär för henne var »obvious»? (Ib. s. 299 jfd med s. 313.) Professor Goodhart skriver i sin nyssnämnda artikel »Hospitals and trained nurses», som tydligen studerats av lords justices i Gold v. Essex C.C., att det inte följde av Farwell's L. J. ståndpunkt i fallet Hillyer, »that because the hospital is not liable when the nurse correctly obeys the orders of the surgeon, it is also excempt when she acts in a negligent manner. The only ground on which such an exemption could logically be based would be that the nurse becomes the servant of the surgeon when assisting him in the operating room. No one, however, has suggested that he becomes her employer and can therefore be held liable for her negligence. Nevertheless, it is sometimes said that there is no liability on the part of the hospital, because the nurse is under the control of the surgeon» (a. st. s. 567). Till stöd för det sista hänvisar Goodhart bl. a. till Dr. C. A. Wright's uttalanden i Canadian Bar Review,

Den saken måste sålunda numera vara klar, att sjukhuset svarar för skada å patient genom sköterskas »negligence», vare sig hon självständigt utövat sin yrkesskicklighet eller stått under läkarens kommando, i senare fallet åtminstone om hon varit »guilty of negligence» vid utförandet av hans korrekta instruktioner. Ha dessa åter varit »negligent», torde det icke vara alldeles klart, i vad mån sköterskans eventuella »negligence» att icke få dem korrigerade eller eventuellt inhibera dem kunde ådraga sjukhuset »master's liability».

Det är numera sålunda blott läkare, som trots ställning av vad vi måste betrakta som arbetstagare i tjänstelega icke betraktas som »servants» och vilkas handlingar följaktligen icke kunde medföra »master's liability» för sjukhusen.[7] Här föreligger emellertid nu något ytterligt oklart, nämligen grunderna för att placera läkare utanför kategorien »servants». De äro dock engagerade av sjukhusen, låt vara som »consultants» eller »visiting doctors» eller »resident medical officers». Dessa kunna väl näppeligen arbeta mera självständigt än en sjökapten. Här kommer nu in en ganska egendomlig distinktion, som (såvitt jag vet) *ifråga om »master's liability»* icke framträtt i något tidigare fall än Gold v. Essex C. C. (1942). Det är skillnaden mellan »contract *of service*» och »contract *for services*». Arbetstagaren i det förra men icke i det senare skulle betraktas såsom »servant». Sjuksköterskor engagerades genom »contract *of service*», läkarne (utom »house» eller »resident doctors») genom »contract *for services*». Det förefaller emellertid här vara så, att begreppet »servant» eller icke-»servant» faktiskt icke beror på, huruvida en person anställts genom det ena kontraktet eller det

---

Bd 14 s. 700. Varför anföras icke Farwell's egna uttalanden i Hillyer's »case», varom se Bd I s. 478 n. 7? Farwell's ifrågavarande ord, att sjuksköterskorna vid en operation stå under kirurgens och icke under sjukhusmyndigheternas »orders» äro dock erfarenhetsmässigt ofrånkomliga! Men de gå icke ihop med påståendet, att de äro *sjukhusets* »servants» enligt gängse karakterisering av detta begrepp. Därför har det varit av vikt att bortförklara Farwell's i Hillyer's case intagna ståndpunkt, så att denna icke kunde åberopas emot att sjuksköterskorna också i sin rena yrkesutövning städse vore sjukhusets »servants». Helt träffande har professor Goodhart förut, a. st. s. 564, gentemot Swift J. i James v. Probyn (se Bd I s. 478 n. 8) uttalat: »If only unskilled persons without responsibility are to be classed as servants, then the doctrine of master and servant will be limited to an astonishing degree.» Den ohållbara karakteriseringen av actor, såsom *städse* havande något gemensamt med »servant» i egentlig, gammaldags mening, synes ha bidragit till förbistringen i den engelska läran om principalansvaret — »*master's* liability». Mot den karakteriseringen måste det ju ständigt brytas. Trots alla talesätt blir det nödvändigt att låta personer i mest självständiga ställning, t. ex. en sjökapten (jfr uttalandet av MacKinnon L. J. här nedan s. 387 f.), i egenskap av »servant» föranleda »master's liability».

[7] Vi skola dock finna att det härvid mindre rör sig om läkare, som äro »resident» eller »house doctors», och egentligen endast om »consultants» eller »visiting doctors».

andra, utan att man tvärtom — sedan man av viss anledning bestämt sig för, huruvida »servant»-begreppet med sina konsekvenser bör eller icke bör vara tillämpligt — hävdar, att personen engagerats genom »contract *of service*», resp. »contract *for services*». Denna sak är emellertid synnerligen komplicerad.

Domaren Walton's dom i Evans v. Liverpool Corp. (1906), enligt vilken sjukhuset befriades från ansvar för eventuell »negligence» hos dr Archer, dess »visiting physician», torde få betraktas som *äkta* »common law», då den näppeligen i senare »cases» dragits i tvivelsmål.[8] Walton var på det klara med, att dr Archer var »an officer of the defendants». Han ger inte ringaste antydan om, att han icke blivit detta genom ett »contract of service». Han endast hävdade, att dr Archer's omstridda handlingssätt icke utförts »by the doctor as the servant of the defendants». Walton torde icke ha haft någon tanke på att anställningskontraktet skulle vara något annat än det, varigenom man avslöte »hire of services», nämligen »contract of service».

I Hillyer's case betraktades — enhälligt kan man säga — samtliga vid tillfället deltagande tre läkare såsom tillhörande sjukhusets personal. Om också en av dem var »consulting» eller »visiting» kirurg, måste väl åtminstone någon av de två andra ha varit »resident» eller »house doctor». Emellertid framskymtar icke i fallet, att de skulle ha engagerats genom olika slags kontrakt eller på annat sätt än genom »a contract of service», ehuru avtalets art lika litet här som i fallet Evans v. Liverpool särskilt benämndes.

För våra begrepp måste avtal mellan sjukhus och dess läkare — »consulting, visiting or resident» — vara ett avtal om prestation av läkarens tjänster. Vi ha nu i England begreppet »contractor». Detta betyder egentligen intet annat än kontrahent, såvitt som en dylik åtagit sig den eller den prestationen, t. ex. »to perform any work or service». Kallas en sådan kontrahent »independent contractor», då tänker man väl närmast på vad vi kalla arbetsbeting. Detta synes emellertid i England icke, såsom hos oss och på kontinenten, vara något klart och fixerat obligationsrättsligt institut. Skulle man uttrycka det på engelska, finge man väl säga avtal om »hire of work»[9], till skillnad från avtal om »hire of

[8] Möjligt är dock att lord Wright avsett en dubiös antydan i Lindsey County Council v. Marshall. Se L.R. 1937 App. Cas. s. 124.

[9] Uttrycket har jag tagit från den romerskrättsliga litteraturen i England. *Locatio conductio operis* betecknas där på detta eller liknande sätt, liksom *loc. cond. operarum* beskrives såsom »hire of services». Emellertid finner man ju hos flera auktorer skillnad mellan »contract of service» och »contract for work and labour». Se t. ex. Halsbury, vol. 34, § 509. Här finns f. ö. ett helt kapitel om »contracts for work and labour»

services» (d. v. s. tjänstelega = »contract of service»). Emellertid tycks man åtminstone numera inte känna sig nödgad att begränsa »independent contractor» till »tillverkare» eller »entreprenör», låt vara att man väl med begreppet närmast har vad vi kalla arbetsbeting i sikte.[1] Såsom »independent contractors» har jag till och med sett »doctors employed in hospitals» betecknas, varvid förf. tydligen har i sikte »visiting» och »consulting surgeons and physicians» till skillnad från »nurses» och vissa »resident medical officers».[2] Detta kan icke betyda någonting annat, än att de förra blott skola stå under »contract *for services*», under det att de senare skola ha engagerats genom »contract *of service*», en distinktion här anbringad, synes det, på det att de förra icke skola kunna betraktas som »servants» och följaktligen icke genom sin »negligence» skola kunna föranleda, att sjukhusförvaltningen drabbades av »master's liability».

En främling föreställer sig, när han i vissa »cases» ser denna fråga diskuterad — var kontraktet »one *for* services» eller »one *of* service»? — att distinktionen är mer eller mindre ingående behandlad av de engelska auktorerna på obligationsrättens eller, riktigare, kontrakträttens område. Men så är icke fallet. Jag har icke funnit saken praktiskt berörd i något av de arbeten jag påträffat angående vare sig uteslutande »master and servant» eller »law of torts» eller slutligen »law of contract». Visserligen finner man då och då uttryck som »contract *for* personal service», men därmed avses då intet utanför »contract of service».[3]

(vol. 34, §§ 506 ff.), under det att vad som faller under »contract of service» mestadels är behandlat i det stora kapitlet om »Master and servant» (vol. 22, §§ 191 ff.). Ett »contract for work and labour» kan dock ingalunda identifieras med vårt »arbetsbeting». Hos Chitty framträder alls inga klara skiljemärken mellan »contract of service» och ett avtal om »work and labour». Så äro t. ex båda behandlade under rubriken »contracts of employment», s. 636 ff. Emellertid bör märkas att det finns »cases», i vilka man söker skilja mellan köp och »contract for work and materials». Beställning av ett porträtt hos en målare betraktas icke såsom köp utan såsom ett »contract for work and labour», Halsbury, vol. 34, § 507, eller »for work and materials», Cheshire-Fifoot s. 129 f. Fallet är Robinson v. Graves (L.R. 1935, 1 K.B. 579), där Court of Appeal återgick till överensstämmelse med principen i Clay v. Yates (1856), som emellertid hade motsagts genom domaren Blackburn's dom i Queens Bench 5 år senare i fallet Lee v. Griffin (1861). Se även till det sagda nedan s. 402 n. 6 angående vissa betydelser av begreppet »contractor» enligt Oxford English Dictionary.

[1] Se t. ex. Pollock-Landon s. 64, men å andra sidan t. ex. Salmond-Stallybrass s. 90, som bland exemplen på »independent contractor» medtager två fall av arbetsbeting och ett fall, då »contractor» är en självständig handelsresande!

[2] Batt-Vaines s. 34 och 292. Jag skulle förmoda, att Batt i tidigare upplagor (som jag icke haft tillfälle att se) icke gjort dylika uttalanden, utan att dessa bero på senare tiders tal om att vissa läkare på sjukhus icke stode under ett »contract *of service*» utan ett »contract *for services*».

[3] Se t. ex. Pollock-Winfield, Principles of contract 1946, s. 332 n. 79. Jfr även

Någon verklig reda ifråga om distinktionen »contract *of* service» och »contract *for* services» tilltror jag mig icke kunna åstadkomma. Men *att*

---

uttalanden av lordkanslern och Brett L. J. i Bowen v. Hall etc., varom strax. Icke heller har jag funnit något att hämta i ämnet i följande arbeten om kontrakträtten: Chitty (fastän där ofta talas både om »Master and servant» och »contract of service», t. ex. s. 667); Potts; Salmond-Williams; Anson-Brierly; Odgers; Cheshire and Fifoot. Man får i allmänhet inte ens reda på i dessa arbeten (annat än möjligen slutledningsvis), vad ett »contract of service» är, vilket dock uppenbarligen är den vanligaste faktiska grunden för »the relation of master and servant». Nu beröres ju detta förhållande regelmässigt i arbetena över »law of torts» (låt vara att det icke är mycket — om överhuvud något — man där direkt får veta om »contract of service», utöver detta att det ungefärligen motsvarar vår tjänstelega, i motsats till arbetsbeting och avtal med andra »independent contractors»). Är detta möjligen anledningen till, att i samtliga nu nämnda arbeten finnas mer eller mindre utförliga framställningar om »agency», d. v. s. »principal and agent», under det att »master and servant» icke alls behandlas eller, i allt fall, synnerligen kortfattat? Det är mera sällan man ser en begreppsbestämning av »a contract of service», icke ens i de arbeten som begränsa sig till ämnet »Master and servant». Hos Smith-Knowles har jag inte funnit en sådan bestämning annorlunda än indirekt, särskilt under rubriken »Duties of servant to master under contract of service», s. 69 ff., varav bl. a. framgår att »every servant is bound to obey all the lawful orders of his masters», s. 71. Liknande hos Chitty s. 667: »A clerk or servant is a person bound either by an express contract of service, or by conduct implying such a contract, to obey the orders or submit to the control of his master in the transaction of the business which it is his duty as such clerk or servant to transact». — Hos Halsbury, vol. 34 § 509, distingueras mellan »contract of service» och »contract for work and labour» på det sätt, att arbetstagaren i senare fallet »exercises his employment independently of the person employing him», under det att arbetsgivaren i förra fallet »not only directs the other as to the work to be done, but also controls him as to the manner of doing it». — Oaktat Goodhart tagit upp fallet Wardell v. Kent C.C. (1938), diskuterar han icke distinktionen »contract *of* service» och »*for* services», vilket senare han för övrigt benämner »contract of services» (se Goodhart s. 564 ff.). — Om A gör upp med en tegelbrännare, att han skall tillverka och leverera tegel uteslutande för honom och för hans behov till bestämda priser, då föreligger icke »the relation of master and servant», säger Batt-Vaines, s. 1, och kallar avtalet »a mere contract *for services*» (kurs. här). I fallet i fråga, Bowen v. Hall etc. (L.R. 1881, 6 Q.B.D. 333), var man i Court of Appeal ense om att detta kontrakt (»*for* personal service») icke grundlade »the relation of master and servant» i detta ords strikta betydelse. Arbetstagaren tycks ha känt till en särskild metod att göra vitglacerat tegel. Trots detta betraktades han icke av någon domare såsom »independent contractor», tvärtom betecknas han åtminstone av en såsom »workman», och både lordkanslern och Brett L. J. betecknade kontraktet, efter dess karakterisering, som »contract *for* personal service», såsom a »contract *of* service». — Batt-Vaines hänvisar, s. 14, till detta fall för sitt påstående, att beställning av kostym hos en skräddare icke är något »contract *of* service» utan »a contract for work and material», såvida det icke är »sale of goods». Man skulle ju förmoda, att contract *for services*» på vårt rättsspråk skulle omfatta — jämte annat — också arbetsbeting. Men detta går näppeligen ihop med domen i Bowen v. Hall, där tegelbrännaren — såvitt jag förstår tillverkare eller entreprenör enligt svenskrättsligt sätt att betrakta saken — ansågs såsom »workman» i ett »contract of service», låt vara att förhållandet »master and servant» inte kunde antagas »strictly for all purposes» (ib. s 337) vara förhanden. Att Batt-Vaines karakteriserar denne »brickmaker's» avtal

den kommit att användas, med påföljd att ett sjukhus svarar för sköterskorna såsom dess »servants» men icke för läkarne eller åtminstone vissa läkare, enär dessa icke vore »servants», kan nog förklaras. Dessförinnan måste emellertid kategoriklyvningen bland läkarne beröras. Vad som med säkerhet framgår av Gold v. Essex C. C. (1942) i fråga om »master's liability» för läkares »negligence» är endast, att denna är utesluten, såvitt fråga är om »consulting» eller »visiting physicians and surgeons». Lord Greene sade, att detsamma »may be true» ifråga om »the house physicians and surgeons» (tydligen = »resident doctors»), men han ville inte yttra sig därom. Vad angår Mac Kinnon L. J. måste denne anses ha förutsatt *möjligheten* av att en läkare kunde vara ett sjukhus »servant». Och den tredje domaren i fallet, Goddard L. J., tillfogade — sedan han förklarat sjukhusförvaltnings frihet från ansvar för en läkares »negligence» bero endast och allenast därpå, att denne icke vore dess »servant» — att han därvid icke beaktade »the case of doctors on the permanent staff of the hospital». Huruvida sjukhusmyndigheten vore ansvarig för dessas »negligence» berodde på om »a contract of service» förelåge, vilket i sin tur måste »depend on the facts of any particular case».[4] Goddard's ståndpunkt måste innebära, att såväl »consulting» eller »visiting doctors» som *stundom* även »resident» eller »house physicians and surgeons» icke vore sjukhusets »servants» samt att de senare *stundom* åter *vore* sjukhusets »servants». Enligt Goddard L. J.

---

såsom »a mere contract for services» bidrager icke till någon klarhet i ämnet. Batt har, såsom vi redan sett, betecknat vissa sjukhusläkare såsom »independent contractors», en ställning som den självständige tegelbrännaren uppenbarligen icke ansågs ha i den meromnämnda domen. Skillnaden mellan instituten »contract *for* services» och »contract *of* service» synes det mig omöjligt att komma till rätta med. Det förefaller, som om förvirringen akutiserats just genom domen i Court of Appeal i Gold v. Essex C.C., d. v. s. när det gällde att åstadkomma, att sjuksköterskor, därmed jämställd personal samt (i allmänhet) »resident» eller »house-doctors» vore sjukhusets »servants» och anställda genom ett »contract *of* service», under det att »visiting doctors» och »consultants» (om nu mellan dessa båda råder någon kategori-skillnad) icke vore »servants» utan engagerade i ett »contract *for* services». Denna användning av distinktionen »contract of service» och »contract for services» tror jag icke, att man med något sinne för logik kan genomföra. (Jfr uttalandet av Fletcher Moulton L. J. här nedan å s. 385.) I ett domsuttalande (MacKinnon's L. J. i Wardell v. Kent C.C., jft med domen i County Court ib., nedan s. 385) och t. ex. hos Goodhart, s. 573, framträder den skillnaden mellan de båda avtalsarterna, att »contract of service» avsåge en person, »who is employed to render service», under det att »contract for services» avslötes med en person, »who renders services» (sannolikt underförstått: utan att vara »employed to do it»). Arbetstagarsidan tycks i senare fallet anses ha en socialt förnämligare ställning. Jfr ett par domaruttalanden nedan s. 383 n. 2 och s. 385 f. Jfr även nedan s. 389 ff.

[4] L.R. 1942, 2 K.B. s. 302, s. 306 och s. 313.

svarade sålunda sjukhuset *aldrig* för »consultants» eller »visiting doctors» men *stundom* för »doctors of the permanent staff», d. v. s. för »resident doctors».[5]

Åtminstone till och med 1951 finns i de »Law Reports», som utgivits av »The incorporated council of law reporting», intet fall senare än Gold v. Essex C. C. (1942) refererat angående frågan om sjukhus principalansvar. Men jag har på annat ställe tagit del av ett mål, som dock slutligen avdömdes icke i Court of Appeal utan i King's Bench Division — Collins v. Herthfordshire County Council and Another (1947)[6] — vari ett sjukhus dömdes ansvarigt för »negligence» hos en miss Knight i dennas verksamhet som »the resident surgical officer at the hospital» (liksom även hos en på sjukhuset anställd farmaceut). Miss Knight (som ännu icke avlagt full läkarexamen men dock hade betyg i vad som här ansågs vara av särskild vikt, nämligen farmakologi) betecknades av domaren Hilbery också såsom »a resident house surgeon» och såsom »a whole-time resident medical officer».[7] När miss Knight ringde upp kirurgen Hunt, som påföljande dag skulle operera en patient, missuppfattade hon kirurgens order att för injektion anskaffa en viss mängd enprocentig »procaine», såsom om det rörde sig om samma mängd enprocentig »cocaine». Hon gjorde i enlighet härmed sin rekvisition hos farmaceuten. Det måste både för henne och farmaceuten ha varit klart, att blott femtedelen av en sådan injektion skulle ha varit tillräcklig för att döda patienten.[8] Den opererande kirurgen försummade i sin tur att försäkra sig om, att injektionslösningen verkligen var den av honom beställda, med slutlig påföljd att patienten dog.

Hilbery J. fann sjukhuset ansvarigt för miss Knight's »negligence», därvid stödjande sig på vad han fann vara *ratio decidendi* i Gold v. Essex C. C.[9] Av stor betydelse för Hilbery har uppenbarligen varit, att miss Knight hade anställts genom »a contract of service». Men hur förhöll det sig med frågan om sjukhusets ansvar för Hunt's (den opererande kirurgen) culpa? Här befann sig domaren Hilbery i ett dilemma, ty det visade sig, att Hunt och miss Knight hade engagerats på villkor, som angivits i likalydande »appointment forms», utvisande dock beträffande Hunt, att denne var anställd såsom »a temporary part-time employee», under det att miss Knight vore »a whole-time resident medi-

[5] Möjligt är dock att begreppet »doctors of the permanent staff» skall vara vidsträcktare än »resident» eller »house doctors».

[6] (1947) 1 All Engl. Reports 633. Fallet har redan nämnts, ovan s. 371 n. 8.

[7] Ib. s. 635, s. 640, s. 638 och s. 639.

[8] Det fanns ytterligare omständigheter utvisande miss Knight's »negligence».

[9] Ib. 640.

cal officer». Uppenbarligen är det detta, att jämväl Hunt enligt det vid engagemanget brukade formuläret vore sjukhusets »employee», som gjorde domaren mycket tveksam, huruvida icke sjukhuset också svarade för den opererande kirurgens culpa. Men Hilbery övervann sin tvekan och fann, att Hunt icke vore sjukhusets »servant»: sjukhusstyrelsen torde nämligen icke ens kunna säga, »*what* he should do or not», och Hilbery var övertygad om att den inte kunde säga, »*how* he should do it».[1] Hilbery stannade därför vid, att sjukhuset icke svarade för Hunt's »negligence».[2] Man frågar sig här: kunde då sjukhusförvaltningen i allmänhet säga »*how* miss Knight should do it»?

Förklaringen till att man så som skett kunnat avvika ifrån »common law»-principen, såsom denna synes framgå av Hillyer's case och detta falls utläggning i flera senare domar — nämligen att sjukhuset svarade varken för läkares eller sjuksköterskas culpa[3] — torde vara flerfaldig. I bakgrunden har säkerligen legat den sociala vikten av största möjliga trygghetskänsla för den sjukvårdssökande allmänheten. Vägen för en

[1] Jfr nedan s. 387 n. 9.

[2] (1947) 1 All E.R. s. 639, s. 640 f. — Hilbery var rent av »sorry» över att behöva säga, att Hunt hade engagerats enligt samma »form» som Miss Knight, ty denna »form» passade icke i Hunt's fall, s. 641. Dessförinnan hade Hilbery erinrat om att (enligt Gold v. Essex C.C.) »a consulting surgeon coming to a hospital is in another category» (än t. ex. miss Knight såsom »a whole-time resident medical officer»), varefter han fortsatte: »Mr Hunt was not in *precisely* the same situation with regard to this hospital as is a consulting surgeon who is on the staff of one of the teaching hospitals, or, indeed, on the staff of an ordinary hospital. One knows that a consulting surgeon goes to hospitals where he is on the staff to perform operations, voluntarily giving services to the hospital. He can refuse to perform an operation, and he can come as often as he likes or as seldom as he likes, although, of course, for the convenience of running a hospital he has his days for operating to which he adheres. But he does not do any of that *contractually*; he does it as a matter of arrangement to which he *honourably* adheres.» Ib. s. 640. (Samtliga kursiveringar gjorda av mig.) Detta är sannerligen konstruerat. Därbakom ligger nog idén att, när nu sköterskorna trots sin yrkesskicklighet måste betraktas som »servants», rädda undan åtminstone de främsta läkarne från en så låg ställning. Jfr citatet här nedan å s. 385 f. efter MacKinnon i fallet Wardell v. Kent C.C.

[3] Även om detta beträffande sjuksköterskorna icke kan annat än till en del anses vara utsagt av Farwell L. J. i Hillyer's case, så måste det dock anses vara majoritetens ståndpunkt i denna sak och följaktligen den princip, som där godtagits. Därom vittna ju också senare domar i King's Bench Division (James v. Probyn, 1935, Strangways-Lesmere v. Clayton och Dryden v. Surrey C.C. 1936 samt Gold v. Essex C.C. i början av 40-talet. Den sistnämnda domen ändrades som bekant i Court of Appeal). Att i Gold's case domaren Tucker i K.B.D. kunnat underlåta att betrakta den här nedan strax berörda domen av Court of Appeal i fallet Wardell etc. (1938) såsom ett brytande av principen i Hillyer's case, såvitt den rörde andra än sjukhusläkarne, har sannolikt berott på uppfattningen, att denna dom endast avsåg begreppet »servant» såsom likställt med »workman» enligt »Workmen's Compensation Act» av 1925. Föga troligt är att Tucker skulle ha varit okunnig om Court of Appeal's dom i Wardell's fall.

ändring till vad som därför torde ha betraktats som en riktigare ordning kan så ha banats genom fallet Wardell v. Kent County Council (1938), varest två domare (alltså majoriteten) i Court of Appeal fastslogo, att en sköterska stod »under a contract of service», varvid en av dem dock möjligen endast velat betrakta henne så »within the meaning of the Workmen's Compensation Act». Det var nämligen här inte fråga om sjukhusets principalansvar, utan om dess ansvar gentemot en sköterska (enligt nämnda »Act» 1925) för skada, som drabbat denna genom »accident arising out of and in the course of the employment».[4]

Vid avgörandet av detta mål hade ett annat fall av tillämpning av (dåvarande) Workmen's Compensation Act (1906), Simmons v. Heath Laundry Co., spelat en viss roll. Det rörde sig visserligen icke om sjuksköterska men är det första fall jag sett, vari distinktionen »contract *of service*» och »contract *for services*» har diskuterats.[5] I Court of Appeal bekände Cozens-Hardy M. R. i detta fall sin oförmåga att framlägga en komplett och tillfredsställande definition på »contract of service». Han citerade lagens (s. 13) ord om »workman», vilken där förutsättes arbeta »under a contract of service» och fortsatte sålunda:

»I am far from saying that a teacher may not be within the Act ... An usher in a private school, or a teacher in a provided or non-provided school, or a nursery-governess would, under ordinary circumstances, be entitled to claim the

---

[4] Se L.R. 1938, 2 K.B. 768. Sköterskan — tydligen motsvarande vad som vid våra sjukhus numera kallas assistentsköterska — utsattes för olyckshändelsen, när hon på avdelningssköterskans (som för tillfället avlägsnade sig) order skulle preparera en »antiplogistine poultice» för en patient. Domaren i County Court (»sitting as arbitrator») fann — åberopande Hillyer's case och fallet Strangways-Lesmere v. Clayton — att sköterskan icke stode under ett »contract of service». De yrkesplikter hon utförde stode inte mera »under the control of the members of the Kent County Council», än t. ex. en läkares plikter kontrollerades av det sjukhus han tillhörde. Avtalet vore »one *for services* and not *of service*». (Därmed vore sköterskan icke »servant» och följaktligen icke heller »workman», vilket begrepp förutsatte »contract *of service*» enligt s. 3 i Workmen's Compensation Act av 1925.) Husmodern på sjukhuset hade under korsförhör medgivit, att sköterskan visserligen instruerades »*what* to do» men icke »*how* to do it». Underdomaren följdes i Court of Appeal av en ledamot, som åberopade sig på husmoderns nämnda vittnesmål. Han fann att en sköterska kunde engageras »in a dual capacity», dels där hennes arbete föll inom och dels där det föll utom »any contract of service». I fallet rörde det sig om det senare slaget. Men de båda andra lords justices betraktade henne som stående under »a contract of service», följaktligen som »workman» och biföllo därför hennes talan. Jag återkommer nedan s. 385 f. till den enes av dessa båda (MacKinnon's) uttalanden.

[5] Se L.R. 1910, 1 K.B. 543. En anställd tvätterska hade fått sin hand skadad under arbetet. På sin fritid gav hon mot vederlag pianolektioner åt en grannes barn. Kunde begreppet »workman», den som arbetade under »a contract of service» (s. 13 i Workmen's compensation act av 1906), vara tillämpligt *också* beträffande tvätterskans arbete som pianolärarinna, var den fråga, som skulle avgöras.

benefit of the Act. On the other hand it would, I think, be absurd to hold that a skilled music master who gives lessons to a pupil, either in his own house or in the pupil's house, is to be regarded as the 'workman' and the pupil as the 'employer'. In such a case there may be a contract *for services*, but there is not a contract *of service*» (kurs. här).

I samma sak sade Fletcher Moulton L. J., att han vore på det klara med

»that where a person goes to a music or singing master to take lessons it would be absurd to hold that the person giving the lessons is the servant of the person taking them in any sense of the word. The contract between them is a contract *for services*, but it is not a contract *of service* (kurs. här). Between these two extreme cases lie an infinite number of intermediate cases where the special circumstances point with greater or less force towards the one conclusion or the other, and in my opinion it is impossible to lay down any rule of law distinguishing the one from the other etc».[6]

Även den tredje bisittaren i Court of Appeal nedlade mycken möda på begreppet »contract of service» men nämnde icke termen »contract for services». Liksom de båda andra domarne fann han emellertid, att pianolektionerna icke lågo under »a contract of service».

I fallet Wardell v. Kent C. C. var det också, såsom vi nyss sågo, fråga huruvida avtalet vore ett »contract of service» eller »for services» med hänsyn till sjuksköterskas inplacering såsom »workman», nu enligt 1925 års Act. Domaren i County Court (»sitting as arbitrator») återgav till stöd för sin ståndpunkt, att sjuksköterskan icke vore »servant», de ovan citerade orden av Cozens-Hardy M. R. Men majoriteten i Court of Appeal fann, att hon arbetade »under a contract of service». När Mac Kinnon L. J. tog avstånd från underdomarens uppfattning, att sköterskan »was working under a contract for services to be rendered by her, but not under a contract of service», uttalade han bl. a. följande, varav särskilt slutet förefaller mig signifikativt:

»It is true that she possessed the skill of a trained and qualified nurse, and no doubt impliedly agreed to exercise that skill in return for her weekly wage. But many a person, who is clearly a workman within the definition, possesses and is engaged to exercise some qualification of skill, e. g., a chef (köksmästare) or a cabinet-maker, or a compositor, or even a professional football player ... A teacher in a school has, or ought to have, at least as high a degree of skill of his own sort as a trained hospital nurse of hers. That he should be a workman, under a contract of service, and she in the more glorified position of a professor condescending to render services, and thereby beyond the protection of the

[6] L.R. 1910, 1 K.B. s. 547 f. och s. 549.

Act, seems to be a totally wrong application of the principle indicated by Cozens-Hardy M. R.»[7]

Ironien i jämförelsen mellan sköterskan och den »condescending» professorn[8] visar här spårutglidningen. Tanken är, att icke ens en »teacher», och då ännu mindre en sjuksköterska, kunde höja sig upp över ställningen »workman» eller »servant». En sköterskas aspirationer i sådant avseende vore en särskild förhävelse: inte hade väl hon en lika fin ställning som en »visiting» eller en »consulting doctor», vilken efter behag kunde nedlåta sig till att göra tjänster åt sjukhuset! En dylik synpunkt måste ligga helt utanför varje samhällelig inställning till frågan. Alla sådana gradationer borde, synes det mig, på grund av sin både godtycklighet och olämplighet i övrigt ur social-ekonomisk synpunkt sakna rättslig betydelse.

* *
*

Att Kennedy's L.J. ståndpunkt i Hillyer's case var efterföljansvärd behöver man ingalunda mena, därför att man finner hans synpunkter konsekventa. *Är* det så, att »servant»-begreppet skall förutsätta, att principalen åtminstone har s. k. rätt att bestämma, icke blott *vad* »servant» skall göra, utan även *hur* det skall göras, då är det ologiskt att i frågan om sjukhusförvaltnings ansvar skilja mellan läkare och sjuksköterskor på annat sätt, än att sjukhuset *på ett större område* beträffande sköterskor än beträffande läkare kunde utöva kontroll över vederbörandes handlingar. Men i allt vad som rör deras på särskilt *utbildad yrkesskicklighet* grundade verksamhet är det ologiskt att göra skillnad i denna ansvarsfråga mellan sköterskors och läkares verksamhet. Om möjligt framträder bristen på logik ännu bjärtare, när här skiljes mellan »consultants» och »visiting doctors» å ena sidan och »resident doctors» eller *vissa* »resident doctors» å andra sidan. Hela denna lära om sjukhusens principalansvar präglas, såsom måste framgå av det föregående, av en betydande osäkerhet och därav föranledd förvirring. Det finns, synes det mig, framför allt två förklaringar till osäkerheten och förvirringen ifråga.

Den ena är det i olika vändningar städse, i judikaturen såväl som i rättslitteraturen, understrukna kravet på »master's» befogenhet att öva kontroll över och influera på »servant's» verksamhet, så att den förre

[7] L.R. 1938, 2 K.B. s. 787.

[8] Syftar troligen på att t. ex. en »consulting doctor» vid ett »teaching hospital» kunde vara professor i medicin eller kirurgi etc.

må kunna bestämma icke blott »*what* to do» utan även »*how* to do it».[9] Också om detta kanske med något större fog kunnat låta säga sig i äldre tider, när vanligen endast personer i enklare ställning voro »employed to render service» (icke »services»), så är det numera blott en tom fras. Förhållandet mellan »master and servant» anses i judikaturen föreligga i en mängd fall, utan att det kunde vara tal om att »master» hade någon kompetens att instruera »servant», *hur* dennes arbete skall fullgöras. Bland de fyra rättsprinciper som Mac Kinnon L.J. formulerade såsom tillämpliga i fallet Gold v. Essex C. C. (1942) lydde den andra (den första har citerats å s. 366 n. 9) sålunda:

»That principle (= the rule of respondeat superior) applies even though the work which the servant is employed to do is of a skilful or technical character as to the method of performing which the employer is himself ignorant, for

[9] Det synes mig vara av vikt att rätt omsorgsfullt belägga detta med citat. Den i texten nämnda formuleringen, härrör sig ursprungligen, tror jag, från ett fall, Rex v. Walker (i slutet av 1850-talet; se Bd I s. 473 n. 9), vari dåvarande Baron Bramwell uttalade, att en »master» (till skillnad från en »principal») icke blott har rätten att säga, *vad* den engagerade har att göra; han hade också »the right to say *how* it is to be done». Såsom domare i Court of Appeal uttalade (förmodligen samme) Bramwell i fallet Yewens v. Noakes (L.R. 1880, 6 Q.B.D. 530): »A servant is a person subject to the command of his master as to the *manner* in which he shall do his work» (kurs. här). — Beträffande judikaturen se i övrigt åtskilliga domaruttalanden i det föregående. — Från rättslitteraturen må följande anföras. Salmond-Stallybrass s. 89: »Servant» är anställd på sådana villkor, att han »is to be subject to the control and directions of his employer in respect of the manner in which his work is to be done». — Winfield, Textbook s. 141: »Servant» måste vara »under control of another». — Clerk & Lindsell s. 65: Principalen måste ha »reserved to himself a power of controlling the agent (här = servant) in the execution of the work that he is employed to do . . .» — Pollock-Landon s. 64: »A master is one who not only prescribes to the workman the end of his work, but directs or at any moment may direct the means also, or, as it has been put, 'retains the power of controlling the work', a servant is a person subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work.» — Smith-Knowles s. 253: »The power of control retained by the employer is the point on which will mainly turn the question whether the person employed is a servant or an independent contractor.» — Blackburn-George s. 255: »A servant . . . remains under the control of that other (the master) not only as to what services are to be rendered but also how they are to be rendered.» — Batt-Vaines s. 5: »The master must have the right to control the servant's work . . . This right of control or interference (avseende »when», »what work» och »how to do it») is the dominant characteristic in this relation (förhållandet mellan »master and servant») . . .» — Se även citatet här ovan från Halsbury i noten å s. 380. Alla dessa uttalanden äro naturligtvis, liksom »common law»-doctrinen i övrigt, endast avspeglingar av vad domstolarne uttalat i hithörande »cases». De äro ofta gjorda i anslutning till avkunnade domar. När t. ex. Charlesworth, s. 408, säger sjukhusen vara ansvariga för deras »servants», vare sig de äro »nurses or doctors on the staff», men icke för »consultants», enär dessa icke kunna kontrolleras »in the exercise of their duties», hänvisar han som stöd för uttalandet till bl. a. här ovan berörda fallet Collins v. Hertfordshire C.C. (1947).

example, a shipowner and the certified captain who navigates his ship.» (L.R. 1942, 2 K.B. s. 304 f.)

Redaren står alltså »master's liability» för kaptenens culpa, även om den förre är helt okunnig i, hur den senare har att sköta sitt arbete, som uppenbarligen har både »skilful» och »technical» »character». Det har aldrig bestritts, att å utövaren av skolverksamhet vilar »master's liability» för skada å en elev genom lärares culpa i tjänsten. Läraren är nämligen skolans »servant».[1] Och dock måste hans utbildning åtminstone stundom kunna mäta sig med läkarutbildningen hos »consulting or visiting doctors», vilka icke få betraktas som sjukhusets »servants».[2] Eller tag den situation, att en fabriksägare eller annan företagare av industriell verksamhet anställt vetenskapsmän eller tekniskt och i examensavseende högt kvalificerade ingeniörer eller andra att förestå eller ha tillsyn över vissa laboratorier eller maskinella avdelningar i företaget! Ägaren eller verkställande direktören behöver icke ha mera ingående kunskap om arten av dylika personers verksamhet än den obetydligaste arbetare. Icke desto mindre måste sådana personer i allmänhet, om icke några spetsfundigheter få grumla åskådningen, anses vara anställda genom en tjänstelega. Det förefaller som om sådana personer även i England borde kunna vara anställda på samma sätt, det vill säga så, att de engagerats »to render service» (icke »services») och att avtalet sålunda endast genom godtycklig konstruktion skulle kunna falla utom kategorien »contract of service». Hos oss råder intet tvivel om, att företagaren kunde bliva principalansvarig gentemot tredjeman för nu antydd persons culpa. Sannolikt förhåller det sig i allmänhet på samma sätt i »common law».[3] Likväl skola sjukhusen alltjämt inte svara för »negligence» hos »consultants» och »visiting physicians or surgeons», *men* väl för sådan hos »nurses» och åtminstone vissa »resident physicians and surgeons»!

Fastän sjukhusförvaltningen icke kan lägga sig i, hur de yrkesskickliga, som engagerats, fullgöra sina funktioner, kan likväl en härunder inträffad skadegörelse tyda på »negligence» hos förvaltningen själv. Den

[1] Se fallet Smith v. Martin and the Corporation of Kingston-Upon-Hull. L.R. 1911, 2 K.B. 775. Fallet är berört i Bd I s. 479 ff.

[2] Nu måste emellertid i sanningens intresse sägas, att i fallet Smith v. Martin etc. det blott var »the position of a teacher of an elementary school», som i sammanhanget icke kunde likställas med en läkares ställning. Men redan genom att karakterisera en sådan lärare såsom »servant» har man i sak uppgivit *den* förutsättningen för relationen mellan »master» och »servant», att den förre hade att bestämma icke blott »what to do» utan även »how it is to be done».

[3] Principalansvaret är ju i vår praxis framför allt antaget i fall av actors ledande ställning. — Ang. common law erinras om Barwick's case, där bank ådömdes principalansvar för sin »manager».

kan t. ex. ha underlåtit att iakttaga önskvärd noggrannhet vid sina engagemang av »doctors» och »nurses» och underlåtit anlita sakkunnig hjälp eller eljest varit försumlig vid upprättandet av vissa föreskrifter för dessa och vid övervakandet av dessa föreskrifters iakttagande, vare sig nu föreskrifterna ifråga anginge de olika »kuggarnes» i maskineriet ingripanden och kontrollering av varandra eller annat.[4] — Till sist må blott påpekas, hur inkonsekvent det i nära nog vilket fall som helst — alltså även när »servant» är en i enklaste ställning engagerad person — ofta kan te sig, när man (i läran om »master's liability») talar om »master's control» över »servant's» verksamhet.[5]

Den andra förklaringen till godtycklighet och därav föranledd förvirring i fråga om sjukhusförvaltnings principalansvar i England ligger, tror jag, hur egendomligt det än kan låta, i en slags Harleystreet-mentalitet. Att förnämliga läkare, vilkas vederlag icke betraktas som »salary» utan som honorar, skulle vara helt enkelt »employees», det vill säga anställda genom »a contract of service» och följaktligen andras »servants» — detta torde man ha funnit väl starkt. Under en lång tid förstod man dock vid närmare eftertanke, att vad som, ifråga om sjukhusens principalansvar, gällde vid dessa läkares »negligence» följdriktigt borde gälla vid *alla* läkares »negligence», och för övrigt icke blott vid läkares »negligence», utan även vid sådan hos hela »the hospital staff in matters of professional skill», det vill säga när handlingssätten med hänsyn till sitt beroende av yrkesskicklighet icke varit sådana, att de rimligtvis kunde göras till föremål för styrelsens övervakande och kontrollering.[6] Följaktligen kommo även sköterskornas »negligence» i den verksamhet, som berodde på deras särskilda utbildning för yrket, att falla utanför »master's liability». Men så konstaterades — helt utan avseende å frågan om »master's liability» — i det ovan berörda fallet Wardell v. Kent C. C. (1938), att sjuksköterska vore »workman», anställd genom »contract of service» och följaktligen »servant». Detta drog med sig, att såsom »servants» jämväl måste betraktas åtminstone en del av »resident»

---

[4] Referatet av det ovan berörda fallet Collins v. Hertfordshire C.C. i (1947) 1 All E. R. 633 giver ett gott exempel. Här befanns sjukhusförvaltningen visserligen ansvarig både för egen och andras »negligence». När egen »negligence» icke anses utredd, måste det dock icke sällan ligga nära till hands, att den är i högre eller lägre grad indicerad genom anlitades utredda »negligence».

[5] Jfr nedan s. 399 f.

[6] Jfr Kennedy's L. J. uttalanden i Hillyer's case, L.R. 1909, 2 K.B. s. 829. Låt vara att Farwell's L. J. uppfattning var en annan, måste dock, såsom redan påpekats, Kennedy anses ha haft den återstående domaren vid tillfället (Master of Rolls) på sin sida.

eller »house physicians and surgeons».[7] Men »visiting» och »consulting» läkare förblevo alltjämt utanför »servant»-kategorien.[8] Att det här är fråga om någon slags ståndS- eller klassynpunkt synes framträda i vissa domaren Hilbery's uttalanden i Collins v. Hertfordshire C. C. (1947): hans tydliga motvilja mot att den opererande kirurgen skulle ha samma mera enkla tjänsteställning av en »employee», som den — för övrigt icke fullt utexaminerade — under »a contract of whole-time service» stående »resident medical officer» hade, samt hans antydan om att kirurgen ifråga (dr Hunt) dock icke vore så långt ifrån den situation, vari en »consulting surgeon» befunne sig, låt vara att han icke vore »in precisely the same situation with regard to this hospital».[9] Skarpast torde kanske dock denna synpunkt av ståndS-skillnad lysa fram i Mac Kinnon's L. J. dom i Wardell v. Kent C. C. (1938), av innebörd att det vore alltför bakvänt, om en sjuksköterska (varom det fallet rörde sig) skulle anses inneha »the more glorified position of a professor condescending to render services».[1]

Det nu sagda skall slutligen kompletteras med ännu några anteckningar från den i det föregående berörda artikeln av prof. Goodhart. Har jag förstått Goodhart rätt, är hans mening den, att en av ett sjukhus engagerad läkare i sin yrkesutövning aldrig vore sjukhusets »servant». Han säger på ett ställe ». . . in the case of the doctor, who is not a servant, it is unnecessary . . .»[2] Kommateringen tyder på, att en »doctor» regelmässigt icke vore sjukhusets »servant» (d. v. s. åtminstone icke i sin yrkesmässiga skötsel av patienterna, och det, såvitt jag fattat Goodhart riktigt, vare sig han vore »a visiting doctor» eller tillhörde »the

---

[7] Goddard L. J., som här använde uttrycket »doctors on the permanent staff» (Gold v. Essex C.C., L.R. 1942, 2 K.B. s. 313) fann, såsom vi sett, beträffande dem frågan om »contract of service» eller icke bero på »the facts of any particular case». Vilka dessa fakta *i realiteten* äro får man dock ingen upplysning om. Hur oklar situationen här synes vara har jag ovan ordat om.

[8] Om alla läkare som inte bo (och äta) på sjukhuset höra till någon av dessa kategorier vet jag inte; inte heller om någon klar skillnad, och i så fall vilken, rådde mellan »visiting doctors» och »consultants». Angående begreppet »consultants» blir man inte värst klok genom domaren Hilbery's uttalande här ovan s. 383 n. 2.

[9] Se ovan s. 382 f. Särskilt bör man lägga märke till att en »consulting surgeon» icke fullgjorde sin operation »*contractually*» utan som »a matter of arrangement to which he *honourably* adheres»!

[1] Se ovan s. 385 f. Uttalandet förefaller i MacKinnon's mun så mycket mera påfallande, som MacKinnon ju några år senare (i Gold v. Essex C.C.) framhöll, att principalansvaret inträdde även om actor's funktioner hade »a skilful or technical character» som gjorde att arbetsgivaren vore okunnig om hur de skulle fullgöras. Se ovan s. 387 f.

[2] A. st. s. 565 och jfr hans uttalande s. 555 ang. Evans v. Liverpool Corporation.

medical staff of the hospital»). För övrigt heter det i en av 9 sammanfattande punkter hos Goodhart:

»The status of a doctor and of a trained nurse are fundamentally different: the doctor acts as an independent adviser while the trained nurse is under the control of the hospital by whom she is employed.»[3]

Ytterligare några av dessa Goodhart's punkter må här anföras:

»A person may be a servant even though it is his duty to exercise professional skill.» — »A person may be the servant of one person even though he has been placed under the temporary control of another.» — »The nurse is not the servant of the surgeon or of the doctor whose orders she obeys.»

I spetsen för sina punkter har Goodhart satt denna sats: »A person who is employed to render service is a servant; one who renders services is not».[4] Detta skall tydligen motsvara distinktionen »contract of service» och »contract for services» och ådagalägger därmed endast att en sådan distinktion icke kan upprätthållas i ett vanligt rättssystem.[5] I det engelska går det på grund av den egendomliga föreställningen om »common law», med dennas blandning av otvetydiga maximer och tvetydiga dylika, vilka senare äro beroende av domarnes mästerliga förklaringar (icke sällan = bortförklaringar) av »judgments» i föregående »cases».

* *
*

Den nutida inställningen i common law — att sjukhusförvaltningen väl står »master's liability» för skada å patienter genom sjuksköterskors och vissa läkares »negligence» men däremot är fri från ansvar för sådan skada genom andra läkares »negligence» — kan väl näppeligen i *resultatet* värderas såsom lika god som vår rättspraxis i ämnet med dess enhetliga linje på detta begränsade område. Och att de engelska domskälen icke förete någon sakligt övertygande argumentation för den

---

[3] Goodhart s. 573.

[4] Se alla Goodhart's sammanfattande punkter s. 573. Jag icke blott förbiså Goodhart's artikel, när jag skrev Bd I utan har icke ens upptäckt densamma förrän efter författandet av ovanstående och har följaktligen tyvärr saknat dess ledning. Jag har emellertid icke trott mig behöva omarbeta min framställning, men jag har beaktat artikeln i åtskilliga noter här ovan. Goodhart's artikel är såtillvida fullt »up to date», att däri jämväl behandlats Wardell v. Kent C.C. av 1938, samma år som artikeln publicerades. Gold v. Essex C.C. är dock först av 1942 och Goodhart's artikel torde ha influerat på avgörandet. Lord Green M. R. citerar Goodhart's artikel.

[5] Jfr slutet av en not å s. 381.

ståndpunkt, som intagits, torde utvisas av min framställning. Som något av visst intresse torde böra antecknas, att — under det sjukhusens principalansvar i England står så att säga i omvänd proportion till actors högre ställning — är uppfattningen hos oss om principalansvaret *i allmänhet* (d. v. s. utan särskilt avseende å frågan om sjukhusförvaltnings principalansvar), att actors högre eller ledande ställning just utgjorde ett argument *för* principalansvar.

Ytterligare om »master's liability» i engelsk rätt.

När man betraktar den något svävande attityden i engelsk rätt angående sjukhusmyndighets (i egenskap av »master») ansvar för skada å patient, måste man bli tvehågsen i en mängd andra fall, t. ex. i sådana exempel som jag angav här ovan å s. 388, huruvida »master's liability» skulle komma att utdömas eller icke. Tyvärr har jag icke funnit någon enda »case», som här är klart upplysande. I intet av de nämnda exemplen behöver det i domar och rättslitteratur särskilt omhuldade kriteriet på »servant»[6] vara förhanden. Och skulle bland dessa fall någon skillnad göras, kunde kanske befaras[7], att de engelska domarne just här skulle taga intryck av den sociala rangskalan och snarare betrakta, i förhållande till arbetsgivaren ifråga om yrkesskicklighet, absolut överlägsna verkmästare, maskinister och chaufförer såsom »servants», än på samma sätt överlägsna disponenter, överingeniörer o. dyl.[7a] Jag kan nu icke närmare uppehålla mig vid sådana fall i Englands common law. Jag vill blott (ur helt annan synpunkt) tillägga beträffande en viss kategori, nämligen handelsresande, att de stundom, men ingalunda alltid, betraktas som »servants»[8], och då naturligtvis genom sina handlingar kunna föranleda »master's liability».

[6] Se ovan s. 387 n. 9 och märk distinktionen: blott »what to do» å ena sidan, och å andra sidan jämväl »how to do it».

[7] I anledning av sådana domsuttalanden som MacKinnon's L. J. och andras, cit. här ovan s. 383 n. 2 och s. 385 f.

[7a] Häremot talar dock alltjämt nyss nämnda Barwick's case.

[8] Smith-Knowles, s. 340, säger att en handelsresande har betraktats som »servant» och åberopar härför Rex v. Tite, 30 L.J. M.C. (= Law Journal Reports. New Series. Magistrates' Cases. 1831?) 142. Här synes det dock icke ha varit fråga om »master's liability». Men det finns ingen anledning antaga, att icke en handelsresande kunde såsom »servant» föranleda »master's liability». I ett många år senare fall, Egginton v. Reader 1936, I. All Engl. Reports 7 och 52 T.L.R. 212, uppstod frågan om »master's liability», som dock befanns icke vara förhanden. Det rörde sig här om en handelsresande, som »is paid by commission» och säljer till »such customers as he thinks fit», Salmond-Stallybrass s. 90, vilken auktor tycks betrakta en sådan handelsresande som en »independent contractor» (se ovan s. 379 n. 1). Se om fallet också Batt-Vaines

Uttalandet hos Bowstead-Forbes, citerat i sista noten, verkar förvirrande genom identifieringen av »servant» och »agent». Begreppet »principal» får stundom stå såsom inneslutande jämväl »master». Detta skedde här i ett arbete om »agency», d. v. s. om »principal and agent». Förhållandet mellan »principal and agent» är dock på intet sätt identiskt med det mellan »master and servant». Så talar exempelvis Pollock i sin framställning samtidigt om — såsom skilda rättsfigurer — »the liability of a principal for his agent, and of a master for his servant».[9] Här synes mig råda något, som åtminstone för utlänningar ter sig som rena förbistringen. Somliga författare tala emellertid om agents i *detta* sammanhang såsom avseende dessa två skilda kategorier: dels »servants», dels »independent contractors».[1] Men man bör lägga märke till, att det då särskilt förutsättes, att man tager »agent» i en mycket allmän mening.[2]

---

s. 6. Då det icke är ref. i de sedan 1865 löpande »Law Reports» (utg av »The Council of Law Reporting»), känner jag intet mera ingående referat av detsamma. Emellertid rörde det sig om ansvar för handelsresandens »negligence» vid bilkörning. Batt-Vaines beskriver fallet så, att handelsresanden var »a mere agent to procure orders when and how he likes». I sådant fall vore hans arbetsgivare, låt vara att han betalade agenten »a salary», icke ansvarig för dennes »negligence in driving a motor-car for the purpose of calling on customers». Denna »salary» betalades dock otvivelaktigt »by commission». Och när allt lägges till allt, syns actor här icke ha varit vad vi kalla fast resande. Nu avsåg kanske icke heller fallet hos Smith-Knowles (före sistnämnda »Law Reports» början) en fast anställd handelsresande. Han var nämligen »engaged ... as a commercial traveller, paid by commission and at liberty to receive orders for several masters» (se Smith-Knowles s. 341). Men, menar Smith-Knowles, han vore dock »*under orders* to go here and there» (kurs. här); och detta vore möjligen något annat än att få sälja »to such customers as he thinks fit». Sådana handelsresande som vi kalla fasta resande torde nog vara att anse som »servants». Skadas tredjeman genom en sådan resandes bilkörning i tjänsten bleve »master» förmodligen ansvarig. I Bd I s. 475 har jag med »vanlig handelsresande» avsett fast resande. Jag har vid hänvisningen till Smith-Knowles' fall underlåtit att sätta ett »jfr»; det är ju blott enligt maximen »maius includit minus», som R. v. Tite kunnat åberopas. Om Egginton v. Reader hade jag ofullständig kunskap och undvek att nämna det genom att blott tala om den »vanlige handelsresanden». Fallet R. v. Tite, som var positivt, måste jag ha med, men glömde som sagt i hastigheten inleda noten med »Jfr». När Batt-Vaines, s. 5 n. 1, i anslutning till fallet Egginton v. Reader parentetiskt säger »commercial traveller not a servant» är det förvisso icke fullt korrekt och motsäges av honom själv, när han å nästa sida uttrycker sig så: »It may be a nice question whether a commercial traveller is a servant or merely the agent of his employer». Av Bowstead-Forbes, s. 207, betecknas handelsresanden i fallet Egginton som »commission agent» (icke = vårt handelsagent). Ifrågavarande actor var, heter det, »not the servant or agent of the principal for the purpose of driving the car», följaktligen kunde principalen inte vara ansvarig för »damage caused by negligent driving of the agent».

[9] Se Pollock-Landon s. 59 f. — Se för övrigt även t. ex. Winfield s. 128 och domaren Bramwell's i det i Bd I s. 473 n. 9 citerade yttrande, antytt här ovan å s. 387 n. 9.

[1] Se Bd I s. 473.

[2] Se Salmond s. 96 f.; Salmond-Stallybrass s. 89. Hos båda heter det: »If we use

Emellertid falla *båda* nämnda kategorier utanför det institut »agency», vilket *in dubio* avses, när man blott talar om »principal and agent». Under det senare uttrycket kommer bl. a. en person, om vilken vi säga att han fått i uppdrag att handla för den förres räkning gentemot tredjeman, alltså, såsom man förr sade, en antingen direkt eller indirekt ställföreträdare. I allmänhet är därför agenten att skilja från såväl »servant» som »independent contractor».[3] Men då man vid »master's liability» laborerar med auktoriseringstanken såsom varande med i motivläget för ansvarigheten, heter det, att »an agent, as such, is not a servant, but a servant is generally for some purposes his master's implied agent».[4] —

the term agent to mean any person employed to do work for another etc.». Hos Clerk & Lindsell s. 64 f. är det tydligt att »agent» i betydelse av »servant» har avseende å sådana situationer, i vilka icke »the tort of the agent has been primarily authorised or subsequently ratified by the principal». Då uppstår ju, såsom förf. säger, »no difficulty as to his (principalens) liability». Men tillägger han »in certain circumstances the principal will be liable even for the unauthorised torts of his agents». Här är »agent» = »servant». Detta oaktat lyser en viss oklarhet fram, uppenbarligen beroende på auktoriseringsteorien såsom liggande mer eller mindre tydligt i bakgrunden för »master's liability».

[3] Se t. ex Halsbury, vol. 1 § 345.

[4] Halsbury, ib. § 345. Men det framhålles, att en »agent», ehuru bunden att utöva, vad han bemyndigats till i enlighet med alla rättsenliga instruktioner, som givits honom, »is not subject in its exercise to the direct control or supervision of the principal». »Mercantile agents» äro dels »factors» och dels »brokers». De förra motsvara, synes det, bl. a. vårt försäljnings- och inköpskommissionär, ehuru den förre stundom och den senare ofta hänföres under »commission agent» eller »commission merchant». »Brokers» torde bl. a. innesluta vad vi kalla handelsagenter men ha den vidare betydelsen av mäklare. Det finns vidare »insurance-agents», »del credere agents», »estate agents», »shipping agents», »auctioneers» etc. Se Halsbury, vol. 1 §§ 354—356. Hos Bowstead-Forbes har jag icke funnit något principuttalande om »master's liability». Det är sådan »agency», som nu exemplifierats, som där behandlas. Som antytts i texten kan agenten vara auktoriserad genom vad vi kalla fullmakt eller ock vara s. k. indirekt ställföreträdare, eller ock icke ens »ställföreträdare» i denna mening. En »agent may be appointed for the purpose of executing any deed, or making any contract, or doing any other act on behalf of the principal, which the principal might himself execute . . .» (Bowstead-Forbes s. 6). Agenten kan vara »general» eller blott »special». Det förefaller, som om »agent»-begreppet i egentligaste mening haft avseende blott å en befullmäktigad person, och att både kommissionär, fastighetsagent, mäklare o. s. v., liksom envar som engagerats av annan för att handla för honom i förhållande till tredjeman, utan att ha fullmakt, blott vore agent i en mera vidsträckt och populär mening. Hos Salmond-Williams, Principles of the law of contract, heter det s. 393: »An agent may be defined as a person who is legally authorised to exercise on behalf of another person, called his principal, any power possessed by that other person of entering into a contract or doing any other act in law.» Detta kallar förf. agent *stricto sensu*, d. v. s. en »agent properly so called», till skillnad från en »quasi-agent», såsom allehanda kommissionärer och »agenter», vilka icke äro »empowered to establish, in the technical language of the law, *privity of contract* (för huvudmannen omedelbart bindande avtal) — a contractual relationship — between his principal and some third person», a. a. s. 393 f. Emellertid tar icke Anson-Brierly, s. 386 ff., begreppet agency

Härvid må vi dock erinra oss, att »agent» i denna vidsträckta betydelse egentligen ligger utanför läran om »agency».[5]

Emellertid visade oss fallen Wardell v. Kent C. C. och Gold v. Essex C. C., att »servant»-begreppet kan vara tillämpligt, även när personen i den ifrågavarande verksamheten icke stått under principalens »orders». I förra fallet var det nu visserligen icke fråga om »master's liability for his servant», men konsekvensen synes fordra, att County Council såsom »master» skulle ha dömts ansvarig gentemot patient, därest sådan blivit skadad genom den ifrågavarande sjuksköterskans »negligence» vid utövandet av sin yrkesskicklighet.[6] Och i Gold v. Essex C. C. sägs ju detta direkt beträffande »negligence» av såväl »nurses» som en »radiographer». Också andra både något äldre och senare »cases» utvisa, att dessa varierande formuleringar — om »servant» såsom stående under

i något avseende så snävt. Han talar om *agentens* kontrakt med tredjeman, dels så att han nämner principalens namn, dels så att han framträder som »agent» men icke avslöjar principalens namn, och dels så att han icke ens framträder gentemot tredjeman som mellanhand. Lika litet som Chitty, s. 275 ff., talar Anson-Brierly om »factors», »brokers», »commission agents» etc. såsom »quasi-agents». Cheshire-Fifoot behandlar »agency» i sin Law of contract endast under synvinkeln av »privity of contract», s. 294–325, men menar likväl icke, synes det, att »agency» i strikt mening skulle vara på detta sätt begränsad. Det av förf. behandlade förhållandet mellan principalen och agenten säges kunna uppstå på något av följande fem sätt: »by express appointment, by virtue of the doctrine of estoppel, by the subsequent ratification by the principal of a contract made on his behalf without any authorization from him, by implication of law in cases where it is urgently necessary that one man should act on behalf of another and by presumtion of law in the case of cohabitation» (s. 295). Det sista avser hustrus presumerade fullmakt vid inköp för hushållet (s. 300 f.). Det näst sista avser framför allt en sjökaptens möjlighet att vid särskilt behov avsluta för redare eller lastägare bindande avtal. »The doctrine of estoppel» innebär, att en person kan »be estopped from denying the existence of the authority», om han har handlat så, att A därigenom »appears to be his agent», och om A då »makes a contract with a third person who relies on that appearance» (ställningsfullmakt alltså), varom Cheshire-Fifoot s. 296. — Se till en del av det förut i noten sagda även Byrnes s. 36 f.

[5] Jfr ovan vid not 2 å s. 393 och Bd I s. 473 ff. När man låter »agent» ha denna omfattande betydelse, säger oss begreppet naturligtvis intet ifråga om begränsningen av »master's liability». Då blir det helt naturligt »a matter of indifference», huruvida en actor »be styled the agent or the servant of» en svarande. Citatet efter lord Atkinson i Samson v. Aitchison, L.R. 1912 App. Cas. s. 850; se Bd I s. 501 n. 9. — Nedan, s. 489 ff., skall jag — icke söka förklara ty det överstiger min förmåga — ytterligare beröra frågan om »agent» såsom kapabel att i egenskap av actor föranleda principalansvar.

[6] Domaren Tucker i King's B.D. drog dock icke denna konsekvens i Gold v. Essex C.C. Man bör också lägga märke till, att i fallet Wardell v. Kent C.C. en av pluralitetens två domare i Court of Appeal möjligen icke menat, att sköterska såsom »servant» skulle ha kunnat föranleda, att »master's liability» drabbade sjukhuset. Vissa hans uttalanden lämna möjligen öppet, huruvida han begränsade hennes ställning såsom »workman» (därmed också såsom »servant») till att få konsekvenser blott enligt Workmen's Compensation Act. Se L.R. 1938, 2 K.B. s. 781 och s. 785.

principalens »orders» eller hans »control and directions» ifråga om »the *manner* in which the work is to be done» — alldeles icke kunna tagas bokstavligt.

Jag nämner bland dessa »cases» först Clelland v. Edward Lloyd, Ld. (1937).[7] Här betraktades av domaren i King's B. D. en lärling (McLeod) i Lloyd's fabrik, som dennas innehavare lät biträda med det arbete, som en entreprenör utförde på fabriken, såsom Lloyd's »servant» och icke entreprenörens, fastän lärlingen stod under »the control» av entreprenörens verkmästare. Domaren betonade emellertid, att entreprenörfirman icke bett att få begagna sig av McLeod's hjälp, utan att det var fabriksinnehavarens tjänstemän, som trott det vara lämpligt för McLeod att »go and work alongside Jackson and see how this work was being done». Han sade också, att det icke var »without some hesitation», som han hade kommit till resultatet, att Edward Lloyd, Ld., vore ansvarig.[8]

Härefter nämner jag tre fall, avdömda av Court of Appeal, ett 1943, de två andra 1945. Schematiskt kunna de beskrivas på samma och följande sätt. Firman A hyr på firman B:s begäran ut till denna ett motoriserat redskap (eller flera)[9] med »tillhörande» förare C, som alltså är i A:s tjänst. B behöver denna hjälp vid särskilda tillfällen, då B:s egna resurser icke räcka till. I ett av fallen synes C ha arbetat 3 månader i sträck hos B. Genom C:s »negligence» vid manövrering av maskinen, under det att han på detta sätt arbetade åt B, skadas D (som i två fall var anställd hos B och i ett fall arbetade hos en tredje firma). Frågan blev nu i de tre rättegångarne[1]: var C, när D genom hans »negligence» skadades, »servant» i B:s tjänst eller i A:s? Ansågs han vara i B:s, då hindrades D av »the doctrine of common employment» i de två fall, där D var anställd hos B, att påyrka »master's liability».[2] I två av fallen betraktades C av domaren i King's B. D. såsom vid tiden för olyckshändelsen varande B:s »servant». Court of Appeal fastställde emellertid i samtliga fallen, att C vid den ifrågavarande tidpunkten *alltjämt* var

---

[7] L.R. (1938) 1 K.B. 272. Svarandena innehade en pappersfabrik, varest en entreprenörfirma installerade en elektrisk »power plant». Svarandena ville, att en deras lärling McLeod till sin egen utbildning skulle få deltaga i detta arbete under ledning av entreprenörfirmans verkmästare Jackson. På Jacksons order uppbyggde McLeod en ställning att användas av en av firmans arbetare. McLeod använde därvid en defekt planka, som bröts av, varvid arbetaren (Clelland) skadades.

[8] Domaren var Rayner Goddard, senare lord justice i Court of Appeal, bl. a. i Gold v. Essex C.C., och från 1946 lord chief justice of England.

[9] I ett fall en »lorry», i ett annat »boggies» och i det tredje en »mobile crane».

[1] 1945 års båda mål behandlades samtidigt i Court of Appeal.

[2] Se Bd I s. 506 ff.

»servant» åt A och dömde i enlighet därmed. Argumentationen torde kort kunna sammanfattas med citat av vissa domstolens egna ord:

»One test in cases of a vehicle, or other instrument, lent with its service to a hirer, is this question: 'In the doing of the negligent act was the workman exercising the discretion given him by the general employer or was he obeying (or discharging) a specific order of the party for whom upon his employer's direction he was using the vehicle or other instrument?' If that question be the right test the answer in the present appeal is obvious — Morse (anställd hos Sparkes & Son som chaufför och med åkdonet uthyrd till Curran Industries, Ld.) was exercising his own discretion as driver, and made a mistake with which Curran Industries, Ld., had nothing to do.»[3]

Dessa ord uttalades i 1943 års fall. Den däri citerade frågan upprepades av Court of Appeal i 1945 års båda fall, som samtidigt avgjordes. Domstolen tillade omedelbart efter frågan följande:

»We are content to apply this test, so recently laid down in this court, and applying it we feel no doubt that in each of the cases before us the driver, in the doing of the negligent act, was exercising his own discretion as driver — a discretion which had been vested in him by his regular employers when he was sent out with the vehicle — and he made a mistake with which the hirers had nothing to do.»[4]

D:s talan bifölls i ena men ogillades i andra målet; beroende just därpå att den skadelidande i ena fallet instämt sin »regular employer», i andra fallet åter den tillfällige arbetsgivaren, till vilken »the vehicle with the services of its driver» förhyrts.

Särskilt talet om att C utövade sin egen »discretion», som dock hade *givits honom* eller blivit *»vested in him by his regular* (general) *employer»*, med påföljd alltså att han stått på något sätt under dennes överinseende, är naturligtvis en fiktion. Meningen skall väl vara, att A bemyndigat, auktoriserat, C att under sitt arbete hos B handla efter sitt eget bästa förstånd och omdöme. Idén om auktorisering såsom grund för »master's liability» är tydligen mycket seglivad i Englands »common law». Naturligtvis vore det emellertid också verklighetsfrämmande att säga, att C stode under B:s »control and directions in respect of the *manner* in which his work is to be done» (jfr citatet här ovan i noten å s. 387 från Salmond-Stallybrass). B och dess folk hade väl att tillsäga C *»what* to do», men alldeles icke *»how* it were to be done».[5]

---

[3] Nicholas v. F. J. Sparkes & Son (1943), ref. i L.R. (1945) K.B. 309. Citatet från s. 311 f.

[4] Dowd v. W. H. Boase and Co., Ld., och McFarlane v. Coggins & Griffiths, Ld., ref. i L.R. 1945 K.B. 301. Citatet från s. 307.

[5] Jfr domaren Bramwells uttalande här ovan i noten å s. 387. Å s. 384 n. 4 sågo

I behandlingen av samtliga tre fallen[6] har det bl. a. gällt för Court of Appeal att klara sig undan rättstillämpningen i Donovan's case.[7] Här hade firman A hyrt ut en lyftkran med dennas hos A anställde skötare C till firman B, som skulle lasta ett skepp. Genom C:s »negligence» vid hanteringen av kranen hos B kom D, anställd hos B, till skada. Han gjorde mot A gällande »master's liability». Både i underrätten och i Court of Appeal förlorade han, emedan C vid tiden för olyckshändelsen befanns ha varit icke A:s utan B:s »servant». Lord Justice Esher sade, att C »was bound to work the crane according to the orders and under the entire and absolute control of» B. En annan domare uttryckte sig så, att A för en tid hade avstått från »control over the work of the man in charge of the crane, and their (= A:s) responsibility for his acts ceased for a time».

Nu finns det emellertid något, som kan åtminstone formellt häva motsägelsen mellan de principer, som Court of Appeal tillämpade å ena sidan i Donovan's case (1893) och å andra sidan i de tre fallen 1943 och 1945. Detta är, att i fall av denna art — när ett fordon eller liknande tillsammans med »the man in charge of it» hyres ut av dennes arbetsgivare till annan — *bevisbördan* anses vila å »the regular employer», för att denne *icke* alltjämt vid olyckstillfället *förblivit* »employer» åt personen ifråga. Men, såsom framhålles i 1945 års fall, det är ingalunda lätt för »the regular employers to prove that at the relevant time some other person had such complete control over the workman as to become his 'superior' for the purposes of the maxim 'respondeat superior'».[8] Donovan's case tycks vara den enda, i vilken »the regular employer» på goda grunder anses ha »discharged the burden of proof».[9] Det är emellertid svårt för att icke säga omöjligt att blott på grund av referaten i L. R. kunna utfinna grund för, att »the regular employer» i Donovan's case, till skillnad från i de andra fallen, »had parted with the power of controlling him (the man in charge of the thing) with regard to the matter on which he was engaged».[1] Det förefaller mig

---

vi emellertid, hurusom i Wardell v. Kent County Council (1938) sjuksköterskans ställning av »servant» icke gick förlorad därför, att hon blott hade att foga sig efter tillsägelse »*what* to do», icke efter föreskrift »*how* to do it».

[6] Dessa äro som sagt Nicholas v. F. J. Sparkes & Son, avdömt 1943 men refererat i L.R. 1945 K.B. s. 309; samt Dowd v. W. H. Boase and Company och McFarlane v. Coggins & Griffiths, L.R. 1945 K.B. s. 301.

[7] Donovan v. Laing Syndicate (L.R. 1893, 1 Q.B. s. 629).

[8] »Master's liability» hänföres stundom under »the doctrine of respondeat superior»; se Bd I s. 437 ff.

[9] Se L.R. 1945 K.B. s. 305 f.

[1] Ur rubriken till Donovan's case (L.R. 1893, 1 Q.B. s. 629).

ganska sannolikt, att — om i vår tid ett sådant fall som närmast överensstämde med Donovan's case skulle komma under judiciellt bedömande — så skulle »the regular employer» betraktas såsom »master» för kranskötaren under hela hyrestiden och följaktligen även bli ansvarig för skada å tredjeman genom kranskötarens »negligence».[2] Jag tror m. a. o. att Court of Appeal genom de senare domarne givit uttryck åt en ändring på denna punkt i »common law».

Det synes mig icke blott i sådana fall, som vi nu berört, utan även med hänsyn till situationen i många andra fall, vara ganska naivt att tala om »master's» rätt att kontrollera och dirigera »servant» beträffande, *hur* han skall fullgöra sin tjänst eller sina tjänster. »Master» har exempelvis ett åkeri eller av annan anledning ett antal chaufförer i sin tjänst. Också *om* han nu själv vore en skicklig bilman, kommer det praktiskt taget likväl icke ifråga, att han skulle kunna lägga sig i, hur dessa yrkesmän manövrerade bilarne. Han är ju icke ute och åker med dem. Han skulle göra sig löjlig, om han, annat än i undantagsfall, av särskild anledning före deras resor instruerade dem, hur de skulle på dessa bete sig i de olika detaljerna av bilens manövrering. För övrigt behöver »master» själv kanske icke vara bilkunnig. Vad »master» här kan göra är att icke anställa andra än skickliga förare med goda referenser ifråga om varsam körning, att tillse att bilarne bli behörigen översedda, att vaka över en sådan anda bland sina förare, att defekter, som kunna bliva ödesdigra vid manövreringen, städse snarast möjligt efter deras upptäckt bli effektivt undanröjda etc. Betänker man, att i ett sådant exempel som det nu givna »master's liability for the acts of his servant» i synnerhet måste ifrågakomma just vid skada å tredjeman *under körningen* i »master's» tjänst, beaktar man vidare mängden av liknande, lätt uppkonstruerade exempel, tager man ad notam ett sådant uttalande som MacKinnon's L. J. här ovan å s. 387 f. om förhållandet mellan en skeppsredare och en sjökapten, har man vidare i tankarne dessa diskussioner i judikaturen angående frågan om sjukhusmyndig-

[2] Man lägge märke till att Court of Appeal vid behandlingen av de tre fallen Nicholas etc., Dowd etc. och McFarlane etc. icke alls berörde Clelland v. Edward Lloyd Ld., 1937. Här var det visserligen, såsom vi sett, icke fråga om förhyrt »vehicle with the services of its driver». Men actor utförde den skadebringande handlingen, icke i arbete hos sin »regular employer» utan hos annan. Likväl betraktades han såsom den förres »servant», men detta skedde efter domaren Goddard's tvekan, trots det att den tillfällige »arbetsgivaren» icke hade »asked for the services of McLeod», utan dessa snarare tvärtom erbjudits av »the regular employer» eller dennes »officials» i deras eget intresse. Goddard var bisittare i Court of Appeal i Nicholas' case, och i fallet Clelland etc. hade han funnit detta bl. a. »distinguished from Donovan v. Laing Syndicate».

heternas ansvar för läkare och sjuksköterskor och ser man slutligen på sådana fall som nu sist berörts — Clelland's, Nicholas', Dowd's och McFarlane's — då förstår man, att det måste ligga en stor och inpraktikabel överdrift i såväl litteraturens som domstolarnes paroller, att principalansvaret i England skulle förutsätta, att actor stode under principalens »orders» eller hans »control and directions» ifråga om *hur*, d. v. s. *sättet* varpå tjänsten eller tjänsteprestationerna skulle utföras.

Dessa paroller äro ju för övrigt inte bara utmärkande för engelsk rätt. De framträda, såsom vi sett här ovan, s. 360 ff., i fransk rätt och, såsom vi senare skola finna, mer eller mindre starkt i tysk, schweizisk och även nordisk rätt, fastän de naturligtvis lika litet här kunna konsekvent efterföljas. I stället för att säga, att situationen mer eller mindre ofta är sådan, att »servant» står under »master's control», angiver man detta som en *allmängiltig* regel, hur uppenbart det än är, att det icke kan förhålla sig så. Förklaringen härtill är säkerligen, att man på detta sätt tror sig få en starkare rättvisegrund för »master's» ansvar. Det går ju visserligen alltid att säga, att »master» har fördelen av »servant's» handlingar och att det då inte är mer än rättvist att han också blir ansvarig för skada, som genom dem tillfogas tredjeman: *ubi emolumentum ibi onus*. Men ännu starkare framträder rättvisan i ansvaret, om man kan säga, att »servant» handlat under »master's» kontroll, så att handlingen — även om den icke kan anses vara direkt utförd av »master» själv — likväl nära nog skett med hans bemyndigande. Jag tror, att det kan vara upplysande att här citera ett uttalande av Batt:

»A master's vicarious liability for his servant's torts springs from the authority which their relation implies as vested in the servant by the master. Hence, the importance of the distinction between a servant and an independent contractor; where the employer 'retains the power of controlling the work' he is a master and the employed is his servant, who is thus defined as a 'person subject to the control of his employer as to the manner in which he shall do his work'. *It is, of course, this power of control which makes it just that a master should be liable for the wrongful manner in which a servant carries out his work.*» (Kurs. här; citat från Batt-Vaines s. 290 f.) I en not längre fram (s. 447 n. 5) skall jag beröra fallet Fraser & Wallas v. Elsie and Doris Waters (1939), som Batt hänvisar till i detta sammanhang.

Det är sant, att Batt i citatet blott talar om »the power of control» — uppenbarligen i samma mening som man ofta eljest talar om principalens »rätt» att utöva kontroll — och icke om någon i varje fall *utövad* kontroll över actors handlingar. Men såsom framgår av en mängd här antydda eller närmare berörda situationer, är saken den, icke blott att »master» faktiskt icke utövat någon kontroll över »servant», utan

att han lika litet varit i stånd att utöva någon kontroll över honom. Han har helt enkelt saknat »the power of control», och då torde det icke heller hjälpa att säga, att han dock haft *rätt* att utöva kontroll.

Att i anledning av det sagda och vad som utförts i Bd I söka göra en icke missvisande *sammanfattning* av förutsättningen för »master's liability», såvitt denna förutsättning består i det förhållande mellan principal och actor, som kallas »master and servant», finner jag icke vara möjligt. Jag får nöja mig med att säga, att av det föregående framgår, att förutsättningen först och främst är för handen, när ett »contract of service» föreligger. Inom dettas ram synas endast sådana rättsärenden falla, som täckas av vår tjänstelega. Men denna tycks vara mer omfattande än »contract of service». I vilken grad? Den frågan kan icke tillförlitligt besvaras. En begränsning av området för »contract of service» synes dock efter Hillyer's case faktiskt ha stått sig intill fallet Wardell v. Kent County Council 1938, då sjuksköterskor även vid utövning av sin yrkesskicklighet började betraktas som »servants».[3] Det synes ytterligare ha utvidgats, i det att sjukhusläkare, som icke äro »visiting doctors» eller »consultants», numera kunna betraktas såsom sjukhusmyndighetens »servants».[4]

Att »independent contractors» icke äro »servants» är otvivelaktigt. Begreppet är vidsträcktare än arbetstagare i ett verkligt, vad vi kalla, arbetsbeting, om också icke alltid vårt »tillverkare» betraktas som en »independent contractor».[5] Den vanliga rättslitteraturen ger oss om begreppet ingen distinkt förklaring. Men tänkbart är att uttrycket i

[3] Att sjuksköterska såsom »servant» kunde genom »negligent» utövning av sin yrkesskicklighet föranleda sjukhusets ansvar gentemot patient framgår dock egentligen först av domen i *Court of Appeal* i Gold v. Essex County Council av år 1942. — Visserligen ha vi ett tidigare fall, där ett »nursing home» av Horridge J. (King's B.D.) dömdes ansvarigt för en sjuksköterskas »negligence» vid hantering av en kateter på en patient. Målet gick vidare till Court of Appeal och House of Lords. Men i dessa instanser synes icke ha varit fråga, om ansvar i ett sådant fall var lagligt att utdöma, utan blott om Horridge's dom med hänsyn till bevisningen stod sig. I Horridge's dom sades intet därom, huruvida sjuksköterskan var svarandens »servant» eller icke. Detta kan ha berott på att svaranden (»the nursing home») icke gjort någon invändning i sådant avseende. Jfr Goodhart s. 561. Fallet är Powell and Wife v. Streatham Manor Nursing Home; se L.R. 1935 App. Cas. 243. Att detta fall intet har att säga oss i förevarande avseende är så mycket tydligare, som domaren Horridge var densamme, som sedan i fallet Strangway—Lesmere v. Clayton (1936) så expressivt gick på Kennedy's L. J. linje i Hillyer's case.

[4] Se härovan om fallet Collins v. Hertfordshire C.C. s. 382 f. Jfr även lord Green's och Goddards' L. J. uttalanden ovan s. 381 f.

[5] Se ovan noten å s. 380 om Bowen v. Hall etc. Dock är detta fall svårt att förstå. Och vi sågo ju, att Batt-Vaines hänförde arbetstagaren ifråga under »a mere contract for services».

detta sammanhang blivit så omtyckt, därför att det helt allmänt anses vara negationen av »servants» såsom stående under »master's orders», hans »control and directions» etc. Klart är emellertid, som sagt, att det *jämväl* innefattar (åtminstone i allmänhet) entreprenören eller företagaren i vårt arbetsbeting. Men därjämte tycks det ha avseende å vilket arbetsavtal som helst, där man vid kontraktets fullgörande anses på visst sätt vara självständig och icke stå under medkontrahentens »orders».[6] Och här, beträffande vårt ämne, är det då naturligtvis endast fråga om ett avtal om tjänsteprestationer, »a contract for services». Vi ha ju också sett, att vid sjukhus verksamma läkare, som icke betraktas som sjukhusets »servants», faktiskt stundom betecknats som »independent contractors». Men en så vidsträckt betydelse av uttrycket är vanligen icke *direkt* uttalad, även om den är avsedd.[7]

Emellertid kan »master's liability» förekomma utan något »contract of service», t. ex. när en person låter annan utan vederlag utföra prestationer åt den förre under sådana omständigheter, att denne anses ha haft tillsyn (eller kanske blott möjlighet därtill) över prestationernas utförande. Detta nämner jag här blott för fullständighetens skull.[8] I samma syfte skola nu slutligen ytterligare några anmärkningar göras.

Först bör kanske betonas, att »master's liability» endast omfattar skada å *tredjeman* i den mening, att han icke varit actors »fellow-servant». Har han varit detta, då hindras »master's liability» genom »the doctrine of common employment».[9] Vidare måste ihågkommas att, om actor skadar tredjeman genom en sak, som han mottagit exempelvis till förvar eller såsom hyrt gods av annan, så uppstår icke förhållandet »master and servant», och deponenten, resp. legogivaren svarar icke för skadan, ty han är »bailor» och actor »bailee».[1] Till allra sist må så be-

[6] Går man till den stora Oxford English Dictionary, vol. II 1933, finner man beträffande »contractor» två betydelser, som här kunna intressera oss. 1:o Contractor är »one who enters into a contract or agreement». 2:o Contractor är »one who contracts or undertakes to supply certain articles, or to perform any work or service, at a certain price or rate; in the building and related trades, one who is prepared to undertake work by contract». Härtill bör så läggas, att det i texten här ovan rör sig om »*independent* contractor». Redan blott »contractor» torde *bl. a.*, enligt nämnda »Dictionary», kunna avse arbetstagaren i vårt arbetsbeting. De exempel, som Smith-Knowles, s. 252 f., anför på fall utanför »master's liability», synas mig kunna avse vårt arbetsbeting. Han kallar då medkontrahenten än blott »contractor», än »independent contractor».

[7] Jfr till det nu sagda s. 378 f. med noter.

[8] Se emellertid Bd I s. 474 och några fall, berörda ib. s. 501–503.

[9] Se Bd I s. 506 ff. Måste avstå fr. jämf. (ang. tillämpn.) mellan Graham v. Glasgow Corp. och Glasg. Corp. v. Neilson (L. R. 1947 App. Cas. 368 och 1948 App. Cas. 79).

[1] Jfr Bd I s. 474 f. och n. 3 ib. samt s. 502 vid not 1. Angående begreppet »bailment» se ib. s. 331 n. 4.

röras frågan om betydelsen för »master's liability» av den s. k. »doctrine of *ultra vires*».

Doktrinen om *ultra vires* har avseende å »corporations» (»incorporated bodies» = juridiska personer). Den innebär, att rättshandlingar av en »corporation», som falla utanför det uttryckliga eller implicerade syftet med korporationens verksamhet, äro »void»[2], åtminstone betraktade såsom handlingar av korporationen ifråga, enär dessa ligga utom dess »powers», *ultra vires*[3]. Doktrinen omfattar dock icke alla »incorporated societies» utan blott »statutory corporations» till skillnad från dem som ha blivit »created by charter».[4] Märkas må emellertid att en »corporation» betraktas såsom »statutory», icke blott när den är »created directly by special statute», utan jämväl när den — såsom t. ex. »a company limited» (by shares or by guarantee) eller »an unlimited company» — blott indirekt grundar sig på »statute», i de nämnda exemplen på Companies Act, 1929, eller dennas föregångare.

Som vi veta, förutsätter »master's liability», att »servant's» handlingssätt skett »in the course of (eller »within the scope of) his employment», vilket av domstolarne icke sällan tolkas såsom »within the scope of his authority», vare sig nu denna formulering direkt användes eller icke.[5]

---

[2] »... and only such powers can be attributed to the corporation as are necessary or reasonably incident to the fulfilment of the purposes for which it is established.» Pollock-Winfield s. 98.

[3] Egentligen betraktades *ultra vires*-handlingen såsom en absolut nullitet. »If, leaving aside the somewhat metaphysical view of the *ultra vires* act as an act not done, it be regarded as one done indeed, but not imputable to the corporation ...», Street s. 257.

[4] Se t. ex. Cheshire-Fifoot s. 269; Pollock-Winfield s. 97 ff., Anson-Brierly s. 138 f.; Halsbury, vol. 8, §§ 125–132, Street s. 1 ff., s. 12–23. Med hänsyn till Street's redogörelse för judikaturen, s. 18–22, synes det icke alldeles klart, att »chartered corporations» icke kunde beröras av *ultravires*-doktrinen. Emellertid uttalade Bowen L. J. i Baroness Wenlock v. River Dee Co. (1883): »At common law a corporation created by the King's charter has ... the power to do with its property all such acts as an ordinary person can do, and to bind itself to such contracts as an ordinary person can bind himself to.» Citatet från Pollock-Winfield s. 97 som tillägger: »This rests on authority which, though it seems at times to have been forgotten, has never been disputed.» Också sade domaren Farwell i Chancery Division i fallet Attorney-General v. Manchester Corporation (»created by charter»): »Now the difference between a statutory corporation and a corporation incorporated by Royal Charter is well settled; the former can do such acts only as are authorized directly or indirectly by the statute creating it; the latter (speaking generally) can do everything that an ordinary individual can do.» Farwell påpekade därefter, att svaranden dock vore »subject to the restrictions imposed by the Municipal Corporations Act, 1882 ...» Se L.R. 1906, 1 Ch. s. 651.

[5] Se t. ex. Smith v. Martin and the Corporation of Kingston-Upon-Hull; Poland v. John Parr & Son; och Stevens v. Woodward, Bd I s. 479 f., s. 491 f. och s. 497 f. Se även Brownlow v. Metropolitan Board of Works (1864), berört här nedan s. 404 n. 8.

Ultra vires-doktrinen innebär emellertid, att en »corporation»[6] icke kunde bli ansvarig för någon annan handling av »servant» än för den, som uppbures av syftet i vidsträckt mening med korporationens verksamhet. Uppenbart är, att denna synpunkt icke alltid behövde löpa parallellt med förutsättningen, att handlingen fölle »within the scope of his (servant's) authority». Om korporationen läte en sin »servant» utföra handlingar utanför verksamhetens syftemål (»expressed or implicit»), skulle enligt *ultra vires*-doktrinen korporationen icke bli ansvarig. Nu är det ju tydligt, att en »negligent», för att icke säga »wilful», skadegörelse mot tredjeman aldrig kan falla inom syftet med en korporations verksamhet och alltså måste ha skett *ultra vires*. Emellertid förutsätter »master's liability» nästan alltid, att »servant» handlat »negligently». Men även bortsett härifrån betraktas icke sällan »servant's» utanför det verkliga syftet med »master's» verksamhet fallande handlingar såsom utförda »in the course of his employment» eller »within the scope of his authority». Street vill nu göra ett försök

»to reconcile, or at least to show how the Courts have sought to reconcile, corporate liability in torts with the true doctrine» (of *ultra vires*).[7]

Detta försök avser naturligtvis icke endast situationer, i vilka det rör sig därom, huruvida en korporation drabbades av »master's liability». Men här synes behovet av »reconciliation» göra sig starkt gällande. Till belysning av hur domstolarne i sådant avseende resonerat anför Street två fall.[8] Den genom fallen åvägabragta överensstämmelsen mellan kor-

[6] Med detta uttryck avser jag nu blott en »statutory corporation».

[7] Street s. 256 ff. Förf. vill dock ifrån början ha sagt, »without fear of contradiction, that if an *ultra vires* act be regarded, as it has often been regarded, as a mere nullity, an act not done, then nothing can arise out of it, and it will be useless to attempt any reconciliation», s. 256.

[8] I Green v. London General Omnibus Co. (1859) påstod käranden, att bolaget hade låtit sina åkdon framföras så, att han hindrades att begagna »the highway». Bolaget dömdes ansvarigt, oaktat bolaget hade invänt, att det rörde sig om »a wilful and intentional wrong», vilken svaranden såsom varande en »corporation» icke kunde göra sig skyldig till, varför »the action will not lie». Gentemot denna invändning sade nu chief justice Erle, att »the whole of the acts that are charged against the defendants are acts connected with driving vehicles; and the defendants are a company incorporated for the purpose of driving omnibuses, and therefore the acts alleged to have been done by them are all acts which are *within the scope and object of their formation*». — I det andra fallet, Brownlow v. Metropolitan Board of Works (1864) yrkade käranden skadestånd, enär hans fartyg hade skadats genom »piles driven at the instance of the defendant board into the bed of the river Thames». Svaranden-styrelsen menade att den haft »authority» (att låta forsla »the piles into the bed of the river») samt att den i allt fall icke vore betalningsskyldig. Emellertid uttalade domaren Bramwell bl. a. följande: »Any person injured by the thing being done has a right to complain of it, and though in one sense unlawful it is still a thing done *within the*

porationens ansvarighet och »the doctrine of *ultra vires*» måste accepteras, säger Street, ty den har skett »by authority» (det vill här säga auktoritativ dom). Men Street påvisar, att »the reconciliation» är allt annat än logisk.[9] Bland annat påpekar han, att »negligent driving is the negation of normal driving, and no more within the master's orders than steeplechasing». Beträffande den vanliga frasen vid »master's liability», att handlingen måste ha skett »in the course of servant's employment», säger Street, att vad den nu än kan betyda har den — i olikhet med *ultra vires*-doktrinen — intet avseende å »power». Det spelar ingen roll för domstolarne, om handlingen tillhörde den kategori av handlingar, som »the corporation could authorise» eller icke. Domstolarne beakta blott frågan, om handlingen gjordes eller vore avsedd att göras »for the personal benefit of the agent, or for the benefit of the corporation». I sådant avseende hänvisar Street till Limpus v. London General Omnibus Co.[1], vilket fall Street i förevarande avseende synes vilja likställa med det i en not här ovan nyss berörda fallet Green v. London General Omnibus Co. Han synes sålunda icke finna domen på bolagets ansvarighet utgöra ett värre logiskt brott mot *ultra vires*-doktrinen i ena än i andra fallet. Betänkligare förefaller det honom tydligen, att »master's liability» kunnat utdömas i fallen Ward v. London General Omnibus Co. (1873) och Smith v. Martin and the Corporation of Kingston-Upon-Hull (1911). I det förra (icke ref. i Law Reports of the incorporated council of law reporting) hade omnibuskusken piskat på en passagerare, i det senare hade en lärarinna tillsagt en av skolflickorna »during schol hours to poke the fire ... in the teachers' common room», vid utförandet varav flickan hade blivit illa bränd.[2] Hur »servant's» (kuskens, resp. lärarinnans) handlingssätt i dessa fall kunnat grunda sig på »authority» är det som Street finner vara »difficult to understand». Domarna i dessa båda fall, säger han, »are, it is submitted, hopelessly at variance with the doctrine of *ultra vires*».[3]

---

general scope of the authority of the board. The common illustration which strikes one is the liability of a master for the negligent driving of his servant. As between him and his servant the master may say 'I did not authorise you to drive negligently'; in one sense, therefore, the servant had been negligent without his master's authority. But as against a party injured by the servant's negligent driving, the servant was acting *within the general scope* of his authority.» (Referaten grunda sig på Street s. 263 f.).

[9] Street s. 264.

[1] Se om fallet Bd I s. 493 f. och här nedan s. 513 n. 1 och s. 522 och n. 5 ib.

[2] Se L.R. 1911, 2 K.B. 775. Berört i Bd I s. 479 f.

[3] Street s. 265 f. — Beträffande Street's indragande av fallet Smith v. Martin and the Corporation of ... Hull bör till undvikande av missförstånd nämnas, att ehuru

Ultra vires-doktrinen beror på rättsideologisk konstruktion. Auktoriseringstanken bakom »master's liability» har naturligtvis också sin grund i rättsideologiska föreställningar. Skulle *ultra vires*-doktrinen strikt tillämpas, så skulle »master's liability» praktiskt taget aldrig vila å en »statutory corporation», enär hithörande skadegörelser å tredjeman — vilka ju alltid äro »torts» och här praktiskt taget alltid förutsätta »negligence» från actors sida — regelmässigt fölle utanför »the fulfilment of the purposes for which the corporation is established». Att här utöka de för syftet nödvändiga handlingarne med de för detsamma »reasonably incident acts» blir alltid en mer eller mindre godtycklig nödfallsutväg, noga taget oförenlig med båda de nämnda rättsideologiska konstruktionerna, låt vara att den kunde gå ihop med auktoriseringskonstruktionen vid »master's liability», enär denna påbyggts med ny konstruktion, så att »master» svarade för »servant's» handlingssätt, även när dessa utgjorde »*unauthorised* modes of doing authorised acts» (jfr Bd 1 s. 486 ff.).

Ultra vires-doktrinen har sin egentliga betydelse i bolagsrätten, helt oavsett frågan om ett bolags principalansvarighet.[4] I framställningarne

---

flera »municipal corporations» äro »common law corporations» alltså icke »statutory corporations» och såtillvida icke berörda av »the doctrine of *ultra vires*», så kunna de dock bli berörda av denna, om deras »powers» sedermera gjorts till föremål för restriktioner genom »statutes». »In so far as they are governed by the Municipal Corporations Acts of 1882 and 1883, their activities will be restricted in every direction by the statutory provisions as to expenditure of the borough fund.» (Street s. 62.) Fallet Attorney-General v. The Mayor, Alderman etc. of Newcastle-Upon-Tyne and The North-Eastern Railway Co. i Court of Appeal och (ömsevis appelant(s) och respondent(s)) i House of Lords är här värt ett särskilt studium, som dock icke nu kan ifrågakomma. Se L.R. 1889, 23 Q.B.D. 492 och L.R. 1892 App. Cas. 568. Staden Newcastle hade slutit avtal med järnvägsbolaget om att under 15 år mot vissa årliga »payments» få, avgiftsfritt för fotgängare, begagna en viss bolaget tillhörig bro. Newcastle var »an old municipal corporation», som hade »an existence at common law». (Bowen L. J. i L.R. 1889 s. 497.) Härigenom var det uteslutet att betrakta avtalet såsom »ultra vires or void». Icke desto mindre fastställdes, med hänsyn till bestämmelser i särskilda »Acts», att staden icke vore berättigad att betala bolaget några belopp »out of the borough fund», men återigen icke vore förhindrad att till sådana betalningar använda »any surplus which there might be of the borough fund». (Detta är nu alltför ofullständigt refererat, men tillräckligt för en inblick i läget.) Street påpekar (under hänvisning till denna sak), att mången »municipal corporation» är en »common law corporation» och då har »powers wider than those conferred by extant charters», s. 62. Han säger också, att detta fall bekräftar, »that the old common law capacity of corporations to contract was not taken away by he Municipal Corporations Acts, so that an action may be maintained, and judgment recovered, on a lawful contract» (låt vara att man på grund av sådan dom icke kunde betala med »the borough fund»); se Street s. 168.

[4] Ur denna synpunkt har doktrinen blivit behandlad av Olivecrona, Juridisk person s. 18 ff.

om »master's liability» är den mera sällan berörd. Och beröres den här sker det givetvis lämpligast i samband med tolkningen av ansvarsförutsättningen, att »servant's» handling skett »in the course of his employment». Det är följaktligen till komplettering av min framställning i Bd I s. 486 ff., som jag önskat erinra om doktrinen i fråga. De tre mig förut icke kända fall av »master's liability»)[5], som Streets bok föranlett mig beröra tror jag också vara av visst intresse för diskussionen av principalansvaret[6].

* * *

Vad som i vissa engelska domar uttalas ifråga om »master's liability» och icke såsom »dicta» anses gå längre än som är erforderligt till argumentation i saken betraktas som »common law laid down in the case». Det fiktiva i tron på »common law» såsom objektiv rätt framträder därigenom med stor öppenhet.[7] Betraktelsesättet omfattar naturligtvis icke blott »master's liability» utan hela skadeståndsrätten (law of torts), liksom för övrigt bl. a. även »law of contract». Rättsvetenskapen på »common law»-området måste till väsentlig del bestå i en ständigt om än långsamt pågående systematisering av domsgrunderna i vissa »cases». Man undrar till en början vid studiet av denna för oss genom sättet för sin »tillkomst» ganska främmande »common law», hur det hela kan gå ihop så bra som det gör. Men denna undran övergår snart i beundran över domstolarnes skicklighet att kunna utan, skulle jag vilja säga, några egentligen fasta ledfyrar taga sig fram tillräckligt säkert för att icke all-

---

[5] Green v. London General Omnibus Co. (1859), Brownlow v. Metropolitan Board of Works (1864) och Ward v. London General Omnibus Co. (1873).

[6] I samband med vissa tänkta svenskrättsliga linjer för principalansvaret skola nedan några anmärkningar göras angående arten av »servant's» handlingar såsom ledande till »master's liability». Se bl. s. 505, 508 f., 513 ff.

[7] Och man synes vara väl medveten om fiktionen. Hur skulle annars Court of Appeal t. ex. i Gold v. Essex C.C. ha kunnat undanrödja common law-principen, »laid down in Hillyer's case»? Visserligen försökte man här uppehålla fiktionen genom att framställa det, som man frångick i Hillyer's case, såsom Kennedy's L. J. »dicta». Men det finns väl nästan alltid — när sådant behov föreligger — möjlighet att bortförklara grunderna för en dom, så att man i det föreliggande fallet icke nödgas känna sig bunden av densamma. För övrigt bör man lägga märke till följande uttalande av MacKinnon L. J. i fallet Gold v. Essex C.C.: »It has been pointed out by Greer L. J. that this court is not bound to follow one of its previous decisions although it *almost always* (kurs. här) does so» (L.R. 1942, 2 K.B. s. 308). I vilken »case» Greer L. J. gjort uttalandet ifråga angavs icke av MacKinnon. Greer lämnade emellertid sitt ämbete i Court of Appeal i slutet av 1938. I »almost always» ligger förklaringen till tron på en *utvecklingsbar* »common law», grundad på judikaturen.

varligt fastna eller utsättas för svårare kollisioner. Ett djupare studium av »common law» är i mina ögon ovanligt fängslande. Man kommer i kontakt med domstolarnes pregnanta sakframställningar, ofta blandade med deras mer eller mindre socialt färgade rättsideologiska värderingar; man följer deras underhållande utredningar av innebörden för den till avgörande föreliggande saken av ett större eller mindre antal föregående »cases»; och man tar slutligen del av de ofta mycket skickliga formuleringar, som leda till sakens avgörande.

Tysk rätt.

Att § 831 i BGB om »die Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen» (ej att förväxla med en gäldenärs ansvar enligt § 278 för »Erfüllingsgehilfen») bygger på presumtionen om principalens egen culpa (in eligendo vel inspiciendo vel instruendo eller dylikt) giver stadgandets själva formulering närmast vid handen. Det framgår också av förarbetena till stadgandet[8] och är för övrigt allmänt antaget. Här är det emellertid, till skillnad från fransk rätt, fråga om en presumtion, som kan göras till föremål för motbevisning från principalens sida. Stadgandet har följande lydelse:

»Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.»[9]

Utan att här närmare uppehålla mig därmed vill jag blott påpeka, att det enligt stadgandet icke kan vara fråga om ansvar blott för actors »culpa», eftersom skadegörelsen endast behöver vara »widerrechtlich» och det sålunda icke är nödvändigt, att actors handlingssätt varit »subjektivt rättstridigt». Det är för principalens ansvarighet tillräckligt, att actor handlat »objektivt rättstridigt». Så betraktas naturligtvis nästan alltid en skadegörelse. Vad som uteslutes genom »rättstridighetskravet» är väl framför allt sådana omständigheter, som låta actors handling framstå såsom nödhandling (eller gjord i nödvärn). Det kan naturligtvis också tänkas, att skadegörelsen anses innefatta utövandet av en principalens »rättighet». Actor har t. ex. hindrat en tjuv att fly med godset

[8] Se Bd II: 1 s. 513 n. 1 in f.

[9] Detta är första stycket, som emellertid kompletteras med följande andra stycke: »Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.»

genom att skada den av honom (kanske annan än tjuven tillhöriga) använda bilen. — Fastän sålunda actors culpa icke är förutsättning för principalansvaret är det dock tydligt, att actors »culpa» kan ha betydelse för principalens ansvar därigenom, att den kan försvåra dennes möjlighet att exkulpera sig, en svårighet stundom större ju mera höggradig actors culpa är. Å andra sidan vore det icke uteslutet, att grov vårdslöshet (se angående schweizisk rätt Fick, Art. 55, nr 26) och, ännu mera, dolus hos actor skulle kunna tänkas leda till principalens ansvarsfrihet. (Jfr härom nedan s. 539 ff.) Emellertid förutsättes intet annat i den hithörande tyska litteraturen, än att principalen kan bli ansvarig jämväl för actors dolösa skadegörelse.[1] I praktiska livet har det kanske icke så stor betydelse, att actors skadegörande handling blott behöver vara *objektivt* rättstridig. Ty skadegörelser anses nog här i allmänhet både subjektivt och objektivt »rättstridiga», d. v. s. actor anses ha handlat kulpost[2] (när intet »lojalt» intresse att företaga handlingen funnits).

Låt oss emellertid återgå till det tyska stadgandet. Det giver principalen i själva verket två alternativa möjligheter att fria sig från ansvar: 1:o genom att visa, att han icke begått någon culpa[3] »bei der Auswahl

[1] Se t. ex. Staudinger § 831, 3 a; Warneyer s. 544; Planck § 831, 1 b. För övrigt är det tydligt av judikaturen att också en actors dolösa handling kan ha begåtts »in Ausführung der Verrichtung». Se t. ex. RGZ 91 (1918) 363 [nedan s. 492 f.]; 104 (1922) 141. Se även nedan s. 507.

[2] Se t. ex. Planck, § 831, 1 b. Beträffande schweizisk rätt, där, såsom vi skola se nedan, principalansvaret icke heller förutsätter annat än objektivt rättstridig handling från actors sida, skriver v. Tuhr I s. 381: »Meistens wird Verschulden vorliegen. Es kann aber fehlen, wenn z. B. der Arbeiter ungenügende Instruktionen oder Werkzeuge erhalten hat, deren Mängel er nicht kannte, oder wenn er die zur Arbeit erforderlichen geistigen oder körperlichen Eigenschaften nicht besass.» Man torde kunna tillägga, att betydelsen av dylika situationer blir så mycket mindre, som i mången av dem principalen lätteligen måste kunna *överbevisas* om egen culpa in eligendo vel instruendo vel inspiciendo och följaktligen bli ansvarig efter den vanliga culparegeln. Men naturligtvis saknar icke begränsningen till kravet på aktors blott objektivt rättstridiga handling praktisk betydelse. Oertmann fäster sig just vid den praktiska betydelsen för principalansvaret därav, att actor icke behöver ha handlat kulpost, och utbrister: »wie oft hat der Angestellte selbst keine rechte Vorstellung von der Gefährlichkeit seiner Verrichtung!» (Oertmann § 831, 2 d.)

[3] Detta uttryckes i stadgandet så att han iakttagit »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt». Detta är det tyskrättsliga uttrycket för frihet från skuld (BGB § 276), det vill säga från »Fahrlässigkeit». Men dolus (Vorsatz) inkluderar givetvis culpa (Fahrlässigkeit) i den mening, att den som handlat i dolus underlåtit iakttaga »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt». Trots överdriften i karakteriseringen av »Fahrlässigkeit» i BGB § 276 (jfr Bd II: 1 s. 32) har meningen blott varit att uttrycka den gängse föreställningen om skuld (culpa). Och innebörden av § 831 är därför i förevarande avseende endast, att principalen friar sig från ansvaret genom att »seine Schuldlosigkeit beweisen» (se t. ex. Oertmann, § 831, 1).

der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung»; 2:o genom att visa, att den uppståndna skadan skulle ha inträffat, även om han i nämnda avseenden iakttagit nödig aktsamhet. Den praktiska innebörden av ett sådant ansvarsstadgande är naturligtvis framför allt beroende på, hur exkulperingskravet uppfattas av domstolarne.[4] Under BGB:s första år ställdes mycket små krav i detta avseende. Det synes nära nog ha varit utsiktslöst att få en principal ansvarig efter § 831. Fordringarne skärptes emellertid. Men beträffande storindustrien slog »Reichsgericht» in på en väg till förmån för principalen-företagaren, en väg som näppeligen hade något stöd i stadgandet. Av detta måste framgå, att »der Geschäftsherr» hade att svara för val och övervakning av de anställda. Likväl, heter det i Planck's kommentar (1928),

»hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass, falls der Geschäftsherr wegen des Umfangs des Betriebs oder wegen anderer persönlicher Hindernisse die Auswahl der niederen einem höheren Angestellten überlassen muss, er sich durch den Nachweis entlasten könne, dass er den *höheren* Angestellten sorgfältig ausgewählt und ausserdem die nötigen Einrichtungen und Anordnungen getroffen habe, um die erforderliche Beaufsichtigung der niederen Angestellten sicherzustellen ... Diese Auslegung ist damit begründet, dass die Haftung nach § 831 eine Haftung aus (vermutetem) *eigenen* Verschulden des Geschäftsherrn sei und daher ausgeschlossen sein müsse, wenn dieser das ihm Mögliche zur richtigen Auswahl des Schädigers getan habe. Diese Rechtsprechung unterliegt jedoch schon wegen ihrer Ergebnisse schweren Bedenken, da sie den Entlastungsbeweis bei Grossbetrieben zum Nachteil des Verletzten ungleich leichter gestaltet als bei solchen Geschäftsherren, die ihre Angestellten selbst auswählen, und ist daher mit Recht vielfach angefochten worden».[5]

Denna praxis' inställning — karakteriserad såsom medgivande »der dezentralisierte Entlastungsbeweis» — har starkt kritiserats.[6] Rättspraxis har själv i flera fall sökt motverka densamma genom att konstruera in situationen under § 278 BGB (ansvar för »Erfüllungsgehilfe»).[7] För att göra stadgandet i § 831 mera effektivt har man vidare i detsamma in-

---

[4] Jfr Bd I s. 467 f.

[5] Planck II: 2 s. 1783. Till grund för uttalandet ligger bl. a. domen i RGZ Bd 78 (1912) s. 107. Om denna se särskilt Weigert, s. 2 ff.

[6] Särskilt av Weigert s. 6 ff. och § 2 i dess helhet. Till stöd för sin kritik kan Weigert bland annat åberopa sig på en skrift av Meyer, som varit ledamot just på den avdelning av Reichsgericht, som för stordriften underlättat »den Entlastungsbeweis», Weigert s. 8.

[7] Se Grundfragen der Reform s. 52. Belysande är domen i RGZ Bd 78 s. 239. Intressant kritik av Weigert s. 9 ff.

tolkat en *allmän* »Aufsichtspflicht» vilande å principalen. Att han icke kulpost åsidosatt denna, måste *han* sålunda visa för att icke drabbas av ansvar efter § 831. Så enligt en mig icke känd dom av »Reichsgericht» 1933 (Jur. W.-schrift, 1933, s. 831). Detta tycks emellertid icke vara erkänt i teorien, som menar, att om principalen kulpost åsidosatt en allmän »Aufsichtspflicht», så fölle detta blott under § 823 (den allmänna culpa-regeln), vilket betydde, att den skadelidande hade att överbevisa principalen om dennes ifrågavarande culpa.[8] När man detta oaktat i praxis kunnat låta bevisbördan vila å principalen, synes resonemanget ha varit, att valet av hjälpkraften vore ett

»Auswahl zur Zeit der Verrichtung. Liegt also die Anstellung schon längere Zeit zurück, so genügt nicht Berufung auf Sorgfalt bei der Anstellung; vielmehr muss dauernde Überwachung des Gehilfen seine Eignung noch im Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses gesichert haben. Sorgfältige Auswahl zur Verrichtung, in deren Ausführung der Schaden entstand, ist demnach nahezu gleich Aufsicht bei dieser Verrichtung!»[9]

Detta resonemang anses emellertid gå utanför stadgandets både ordalydelse och *ratio legis*. Det torde emellertid förklaras av intresset att motverka konsekvensen av »der dezentralisierte Entlastungsbeweis».[1]

I tyska rättsakademiens (d. v. s. dess utskott för »Personen-, Vereins- und Schuldrecht») förslag har man i fråga om principalens ifrågavarande ansvar gått mycket långt, längre än det franska »commettant»-ansvaret. Har actor kulpost förorsakat skadan, blir principalen städse ansvarig, varvid det särskilt intressanta är att bevisbördan ifråga om *actors* culpa vilar å principalen, icke å tredjeman. Även om actors handlingssätt endast varit *objektivt* rättstridigt (alltså icke kulpost) blir principalen (liksom enligt gällande BGB § 831) ansvarig. Men nu förutsätter ansvaret, att han icke kunnat fria sig från en rätt utförligt bestämd culpa in eligendo etc. Se härom § 6 i akademiens förslag (Grundfragen s. 91) och motiveringen därtill (Grundfragen s. 56–62). Jfr nedan s. 539.

Angående förhållandet mellan principal och actor i § 831 må här sägas följande. Det synes framgå tydligt av stadgandet[2], att actor ifråga

[8] Se Grundfragen s. 54 f.

[9] Grundfragen s. 55.

[1] Grundfragen s. 55; jfr Esser Lehrbuch s. 477. Esser säger att man redan efter första världskriget skärpte »die *Anforderungen* an die allgemeinen Aufsichtseinrichtungen so sehr, dass der Entlastungsbeweis gerade im Grossbetrieb, in Verwaltungskörperschaften usf. unbillig erschwert wurde».

[2] Det är ju en »Geschäftsherr», som har »bestellt» actor »zu einer Verrichtung». Ordet »bestellen» tycks mig här närmast betyda »uppdraga åt» eller möjligen »förordna», kanske stundom rent av »beordra» (då naturligtvis blott i en genom avtal eller andra fakta grundlagd situation, där »der Geschäftsherr» hade tillgång till »des Bestellten» tjänst eller tjänster). I Planck's kommentar, s. 1779, uttalas dock den meningen, att man icke får fästa så stor betydelse vid »Geschäftsherr», enär ordet icke fanns vare

om de handlingar, som kan ådraga principalen ansvar, måste stå i beroende av denne, så att han har att rätta sig efter principalens anvisningar, vare sig nu dessa — alltefter omständigheterna — givas före actors »förrättning» eller successivt under dylikas utförande. Enligt »ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts» är »zu einer Verrichtung bestellt jeder, dem von einem andern, von dessen Weisungen er mehr oder minder abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden ist».[3] En sådan tolkning — som innefattar bl. a., att § 831 icke är tillämplig, därest ett regelrätt arbetsbeting föreligger mellan svaranden och actor, och som ofta karakteriseras så, att actor i sin ifrågavarande verksamhet måste vara beroende av »der Wille des Bestellers»[4] — har icke godtagits av alla hithörande auktorer. Bl. a. av både Oertmann och i Plancks kommentar anses stadgandet innefatta också, såsom Oertmann säger, »den zur selbständigen Tätigkeit Bestellten», följaktligen också entreprenören i ett mellan honom och »Geschäftsherr» slutet arbetsbeting. Båda åberopa sig på formuleringen i 2. punkten, varav måste framgå, att principalen icke *alltid* hade att leda »die Ausführung der Verrichtung»[5], vadan denna ledning måste kunna vara anförtrodd åt »den beställde». I Plancks kommentar åberopas dessutom, att man för Reichsgericht's tolkning »in der Bezeichnung des Bestellers als Geschäftsherr keine ausreichende Stütze finden dürfte» (jfr sista n. 2 ovan).

Numera torde emellertid ingen kritik förekomma av den ståndpunkt, som i nu berörda avseende intagits av R. G. Uppenbarligen är det framför allt tjänstelegoförhållandet, som råder mellan principal och actor, när den förres ansvar är grundat enligt § 831. Men det kan vara fråga

---

sig i Entw. I eller i det till grund för § 831 liggande förslag, som antogs av »die zweite Kommission», utan infördes först av redaktionskommittén. Påpekas bör dock, att i »2. Kommission» ett yrkande ställdes, där den ansvarige betecknades såsom »Geschäftsherr». Se Protokolle II, s. 598. Formuleringen i detta yrkande hade uppenbarligen såtillvida art. 62 i 1881 års OR i Schweiz till förebild. Art. 62 i äldre OR citeras nedan s. 422. Det är överhuvud tydligt, att utan nämnda stadgande skulle principalansvaret i BGB § 831 icke ha kommit till stånd. Jfr t. ex. BGE 33 (1907) II s. 156 f.

[3] De citerade orden från domen i RGZ Bd 91 (1918) 363. Nästan ordagrant samma ord i RGZ Bd 92 (1918) 345. Se även domen i RGZ Bd 86 (1915) s. 424, berörd i Bd II: 1, noten å s. 352 f. I domen i RGZ Bd 92, 345, sammanfattas arterna av actors »Tätigkeit» på följande sätt, som jag finner lämpligt här nämna: »Diese kan tatsächlichen oder rechtlichen Charakters, entgeltlich oder unentgeltlich, dauernd oder vorübergehend, niederer oder höherer Art sein, und die Bestellung kann sich auf einen ganzen Geschäftskreis oder eine einzelne Tätigkeit beziehen. Sie kann bei Geschäften rechtlicher Art mit einer Vertretungsmacht verbunden sein oder ohne eine solche ergehen.» Av stort intresse är här också citatet, nedan s. 493 n. 9, från RGZ 73, 434.

[4] Se t. ex. Plancks Kommentar s. 1779; Staudingers Kommentar s. 1858; Soergels Kommentar s. 688.

[5] Oertmann s. 1093; Plancks Kommentar s. 1780.

om vilket uppdrag i vidsträckt eller inskränkt mening som helst, om blott ett visst actors beroende av svaranden ifråga om sättet för uppdragets utförande föreligger.[6] Under denna förutsättning kan man med Oertmann säga, att stadgandet avser »das *Betrauen einer Person mit einer gewissen Verrichtung*, einerlei auf welchem Kausalverhältnis zwischen dem Bestellenden und Bestellten es beruht».[7] Slutligen må blott erinras om, vad som framgår av citatet från RGZ, att actors beroende av principalens »vilja» kan vara *mer eller mindre* starkt. Egentligen torde kunna sägas, att det blott är actors *fulla* självständighet — sådan som entreprenörens i ett arbetsbeting med *vanligt* förhållande mellan kontrahenterna — som utesluter användningen av § 831. Actor får icke vara så självständig, säger Esser, att hans handlingssätt överhuvud — liksom hantverksmästarens — undandrar sig principalens inflytande.[8]

I själva verket har det beträffande *principalansvaret* intet intresse att se, hur man i Tyskland ställer sig till frågan om ett sjukhus (d. v. s. utövarens av sjukhusverksamheten) ansvar för skada å patient genom läkares (eller sjuksköterskas) felaktiga behandling av honom. Ty frågan om sådant ansvar har där i princip besvarats jakande på grund av BGB 278, som avser gäldenärs ansvar för »das Verschulden des Erfüllungsgehilfen». Att detta stadgande i praxis anses ha tillämplighet även på hithörande fall kan inte dragas i tvivelsmål.[9] Sjukhuset anses avtalsmässigt genom patientens intagande åtaga sig att giva honom erforderlig sjukvård och sjukbehandling, till fullgörande av vilket åtagande sjukhuset begagnar sig av bl. a. läkare och sjuksköterskor såsom »Erfüllungsgehilfen».[10]

---

[6] I sin Lehrbuch skriver Esser, s. 476: »Auf die zivilrechtliche Charakterisierung des Verhältnisses als Auftrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag kommt es nicht an. Auch beim Werkvertrag ist trotz der meist beschränkten Weisungsrechte des Bestellers ein Verantwortungsverhältnis nach § 831 *denkbar*» (kurs. här). Meningen med sista punkten kan endast vara, att beställaren i ett arbetsbeting svarar, såvitt som skadan vållats av en tillverkarens handling, som faller inom området för beställarens »Weisungsrecht».

[7] Oertmann s. 1092. — »Kausalverhältnis» har naturligtvis intet med orsakssammanhang att skaffa utan syftar på det ifrågavarande rättsärendets »causa». Tvivelaktigt är emellertid, om man *alltid* ens kan rubricera förhållandet mellan principal och actor såsom *rättsligt*, d. v. s. annorlunda än såsom blott faktiskt; se härom nedan i slutet av den tyskrättsliga framställningen med vissa hänvisningar till schweizisk rätt.

[8] Se Esser Lehrbuch s. 476, och jfr Soergels Kommentar s. 689. I Grundfragen, s. 57, uttryckes saken så, att »die Rechtsprechung verlangt eine gewisse Abhängigkeit von den Weisungen des Geschäftsherrn, wogegen keine Haftung aus § 831 Platz greift, wenn der Bestellte Zeit und Umfang seiner Tätigkeit *ganz* selbständig bestimmt usw.» (kurs. här).

[9] Se RGZ Bd 64 (1907) s. 231; Bd 83 (1914) s. 71 och Bd 91 (1918) s. 134.

[10] Jfr Bd II: 1 s. 464 ff. Lydelsen av BGB 278 finnes å s. 352 n. 3 ib. — I de

Emellertid förefaller mig den tolkning av BGB 278, som Reichsgericht företagit i de nämnda rättsfallen högst dubiös. Denna tolkning synes mig bero på bristande analys. I alla fallen drevs sjukhuset av en stad. Man kan väl icke hävda, att läkare eller sköterska i stadens ställe fullgöra *stadens* förpliktelser, när de utföra eller biträda vid operationer, undersökningar av hjärta, lungor etc., narkosgivning, ordinationer, allehanda injektioner, provtagningar, medicinutdelningar, den rutinmässiga patientvården etc. Staden har aldrig, icke ens »tacite», vare sig själv eller genom sjukhusdirektionen åtagit sig något av allt det, som nu antytts, gentemot en patient. Vad sjukhuset i hithörande avseenden kan anses ha åtagit sig är uppenbarligen endast att hålla sjukhuset med kompetenta läkare och sköterskor och nödiga materialier och utensilier, allt för sjukvårdens möjligast felfria utövande.[1] Om patient lider skada genom läkares eller sköterskas kulposa handlingssätt, behöver detta ingalunda innebära, att sjukhusförvaltningen har brustit åt fullgörandet av vad den »avtalsmässigt» har åtagit sig.

Säkerligen finns denna fråga närmare ventilerad i den tyskrättsliga litteraturen, i vilken jag dock på denna punkt måst avstå från särskilda efterforskningar. Emellertid uttalar Soergel i sin kommentar reservations-

---

tre rättsfall, som jag nyss hänvisade till, fann man avtal vara slutet mellan stad såsom innehavare av sjukhuset och den skadelidande patienten (eller dennas make). I fallet av 1907 var denna en »zahlungsfähige Privatperson im Sinne von» vissa förvaltningsföreskrifter. Det skulle möjligen ha ställt sig så, att staden icke dömts ansvarig (för [läkares och] sköterskas culpa), om patienten intagits på sjukhuset »auf Grund einer öffentlichrechtlichen Fürsorgepflicht» (RGZ Bd 64 s. 235). Skadan berodde på att patienten under narkosen vid en operation blivit svårt bränd genom varmvattenflaska. I fallet 1914 hade vid en blindtarmsoperation en tampong kvarglömts. Här betonades också, att avtalet slutits med en »zahlungsfähige Privatperson», som upptagits »in die besondere Pflegeklasse eines Krankenhauses». Reichsgericht åberopade icke culpa hos någon viss bland personalen utan sade: »Mag dies Verschulden (für »das schadenbringende Verbleiben des Tampons») den Arzt Dr. I. oder die Krankenschwester oder einen sonstigen bei der Operation mitwirkenden treffen, sie alle sind Erfüllungsgehilfen der Beklagten in Ansehung ihrer Verbindlichkeit aus dem Vertrage mit dem Kläger, und für ihr Verschulden haftet die Beklagte (= die Stadtgemeinde) nach § 278 BGB» (RGZ Bd 83 s. 74). Fallet i RGZ Bd 91 (1918) 134 är intressant genom utredningen om, att ett avtal mellan staden (såsom innehavare av sjukhuset) och patienten (genom dennas make) kommit till stånd, genom att översköterskan låtit henne få plats på sjukhuset, trots det att den sjuka lagligen (enligt föreskrifter »des badischen Landesrechts) kanske icke skulle ha fått intagas på annat sjukhus än sinnessjukhus. Se RGZ Bd 91 s. 135 ff. Den sjuka synes kort efter intagningen — »während sie nur mit einer hilfsweise zu Pflege verwendeten Kranken zusammen war» — ha hoppat ut genom fönstret och ådragit sig svåra skador. Naturligtvis befanns staden ansvarig enligt BGB 278 på grund av culpa hos »Erfüllungsgehilfin».

[1] Jfr, angående sjukhusförvaltnings plikter, Kennedy's L. J. uttalanden, cit. Bd I s. 478, och Farewell's L. J. uttalanden dels ib. och dels här ovan s. 368 n. 9, ävensom domaren Horridge's uttalande ib. här ovan.

löst, att »die in einem Krankenhaus angestellten Personen» anses som »Erfüllungsgehilfen für den Krankenhausunternehmer».[2] I Planck's kommentar heter det emellertid, att det är en ofta mycket tvivelaktig tolkningsfråga, »ob ein Schuldner nur zur Stellung geeigneter Personen für eine Arbeitsleistung oder ob er zu dieser Leistung selbst verpflichtet und nur berechtigt ist, sich durch andere vertreten zu lassen». Och under hänvisning till rättsfallet i RGZ Bd 64 (1907) s. 231 (varom se nyss här ovan), heter det, att gäldenärens egen oförmåga att själv fullgöra prestationen icke föranleder till slutledningen, att § 278 icke vore användbar.[3] Warneyer säger, mera oförbehållsamt och direkt: »Die Unternehmer öffentlicher Krankenhäuser haften für Versehen des Heilpersonals bei der ärztlichen Behandlung.»[4]

Det förefaller som om Staudinger's Kommentar här avsåg att intaga en på visst sätt reserverad hållning. Det heter endast: »Ueber Haftung des Inhabers eines Krankenhauses für Verschulden von Ärzten und Pflegepersonal» se vissa rättsfall (bl. a. här förut nämnda av 1914 och 1918).[5] Men auktor själv utlägger icke § 278 så, att läkare etc. å sjukhus vore »Erfüllungsgehilfen». Men väl sägs, att assistentläkaren hos en kirurg är *dennes* »Erfüllungsgehilfe» och att, enär assistentläkaren i egenskap av »Erfüllungsgehilfe», vore »bevollmächtigt» överlåta »eine technische Verrichtung» åt en sjuksköterska, så vore en sålunda anlitad sköterska också att betrakta såsom kirurgens »Erfüllungsgehilfin».[6] Detta låter ju också säga sig, i det att — om kirurgen icke hade assistentläkarens och sköterskans tjänster att tillgå — så måste han *själv* utföra dem, så långt hans krafter räckte, därest han ville fullgöra sitt åtagande gentemot patienten. Av ytterligare vissa auktors uttalanden stärkes in-

---

[2] Soergel I s. 554.

[3] Planck II: 1 s. 232. Det hänvisas till dessa ord å s. 234 i RGZ Bd 64 (1907): »die Anwendung des § 278 BGB ist nicht davon abhängig, dass der Unternehmer die Leistung, deren Ausführung er dem Erfüllungsgehilfen übertragen hat, auch *selbst* auszuführen imstande ist, sondern lediglich davon, ob er sich zur Ausführung dieser Leistung *verpflichtet* hat...». Vi erinra oss, att skadan å patienten bestod däri, att hon fick svåra brännsår på benen på grund därav, att hon under narkosen haft »eine heisse Wärmflasche mit ungenügender Umhüllung». Att »der Krankenhausunternehmer» (d. v. s. »die Stadtgemeinde», låt vara representerad genom sjukhusdirektionen) ifråga om detta handlingssätt skulle ha brustit åt en förpliktelse, som det kunnat vara fråga om, att han skulle ha själv åtagit sig att utföra (vare sig han nu varit »imstande» till utförandet eller icke) synes vara helt och hållet meningslöst tal.

[4] Warneyer s. 200. Det rör sig om kommentar till BGB 278, och hänvisning sker till de nyss behandlade fallen, varvid uppenbarligen ifråga om 1907 års fall s. 321 angivits i stället för 231.

[5] Staudinger II: 1 s. 301.

[6] Staudinger II: 1 s. 298 f.

trycket, att han icke kan för egen del vara obetingat övertygad om, att Reichsgericht i förevarande avseende givit den riktiga tolkningen av § 278. Det heter, att gäldenären enligt stadgandet måste betjäna sig av hjälpare »*zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit*» och, sägs det till ytterligare förstärkning, »zwar zur Erfüllung seiner *eigenen* Verbindlichkeit».[7] Hur vore det väl möjligt att hänföra t. ex. en operation till stadens, såsom »Krankenhausunternehmer», *egna* förpliktelser mot en patient? Det sägs vidare till tolkningen av § 278: »*Keine Erfüllungsgehilfen* sind Personen, die durch ihre Leistung nicht eine Pflicht des Schuldners gegen den Gläubiger, sondern eine eigene Pflicht gegenüber dem Schuldner erfüllen . . .»[8] Läkare och sköterskor fullgöra sina avtalsmässigt grundade »plikter» gentemot »dem Krankenhausunternehmer». Hur skola väl då deras prestationer kunna betraktas såsom fullgörande av sjukhusets plikter gentemot patienterna? Någon reda måste väl krävas i de juridiska argumentationerna. Det förefaller, som om man i Staudinger's kommentar med hänsyn till ett sådant krav egentligen ogillade den ståndpunkt Reichsgericht intagit, även om detta icke öppet utsagts.

Emellertid kan det väl — trots denna egendomliga extension av tillämpningsområdet för BGB 278 — tänkas att även i Tyskland verkligen *principalansvar* (d. v. s. ansvar efter BGB § 831) kan utdömas, när en läkare i denna sin egenskap varit actor. Ett rättsfall härom har, synes det mig, ett betydande intresse, låt vara att Reichsgerichts dom i saken icke är så lätt att förstå. Har jag fattat domskälen riktigt, förhåller det sig så, att en sjukkassa svarar enligt BGB 831, därest skada vållats en medlem genom handlingssätt av en sjukkassans »Vertrauensarzt», men icke för skada genom behandlingen från en »Kassenarztes» sida. Blott den förre, icke den senare, är av sjukkassan »zu einer Verrichtung bestellt». En »Kassenarzt» fullgör inte den å kassan vilande »Fürsorgepflicht». Han ställes snarare av kassan till medlemmarnes förfogande i och för kassans fullgörande av nämnda plikt. »Der Vertrauensarzt» åter har anställts enligt de av »Reichsausschuss» den 12.5.1924 givna riktlinjerna väsentligen för att »*Nachuntersuchungen* im Interesse der Kasse vorzunehmen, wenn Zweifel an der Notwendigkeit weiterer Behandlung eines Kassenmitglieds bestehen». Den ifrågavarande »Vertrauensarzt» hade förklarat patienten frisk, varpå sjukkassan omedelbart inställde sjukhjälpen. Det visade sig emellertid sedermera, att patienten redan hade fullt utbildad lungtuberkulos.[9] Fallets intresse för oss ligger natur-

[7] Staudinger II: 1 s. 299.
[8] Staudinger II: 1 s. 301.
[9] Se RGZ Bd 131 (1931) s. 67.

ligtvis däri, att det tydligt ådagalägger, hurusom talet om actors beroende av principalens »Weisungen» vid utförandet av prestationen stundom framstår såsom högst dubiöst. Vilka »Weisungen» angående läkarprestationen kunde väl »die Krankenkasse» vara i stånd att giva sin »Vertrauensarzt»? Den kunde kanske genom att för denne framlägga viss eller vissa frågor bestämma omfattningen av hans undersökningar. Men hur den eller de sålunda bestämda prestationerna skulle utföras, därom kunde den förvisso icke giva några »Weisungen».

Det finns från tysk rättspraxis ett annat läkarfall (något påminnande om situationen i NJA 1938 s. 22, såvitt fråga var om läkarens ansvar för sjuksköterskans culpa). En praktiserande läkare hade remitterat en patient för viss röntgenbestrålning till ett sjukhus, där ingen läkare var anställd. Den sjuksköterska, som skötte röntgenbehandlingen, var oskicklig och handlade kulpost till patientens skada. Oberlandesgericht i Köln synes ha åberopat flera skilda grunder för läkarens ansvarighet. Läkaren vore ansvarig, på grund av sitt kontraktsförhållande till patienten, enligt § 278: för sjuksköterskans culpa såsom »Erfüllungsgehilfin». Vidare hade domstolen menat, att läkaren hade bort kontrollera sjuksköterskans skicklighet och henne »so beaufsichtigen müssen, wie es seine Pflicht war». Genom bristande häråt vore läkaren ansvarig efter § 823 (culpa-regeln). Domstolen hade också tydligen menat, att § 831 (principalansvar) varit användbar i fallet.[1]

Reichsgericht fann de för tillämpning av § 278 anförda omständigheterna otillräckliga.[2] Den fann vidare, att frågan om läkarens culpa icke lagenligt prövats av »das Berufungsgericht». Uppenbarligen har Reichsgericht därmed icke heller funnit det så prövat, huruvida icke läkaren till äventyrs fullgjort sin i § 831 avsedda »Entlastungsbeweis». Följaktligen upphävdes den överklagade domen, och målet återförvisades. Av Reichsgerichts »Gründe» framgår beträffande § 831 direkt intet annat, än att stadgandet av »das Berufungsgericht» befunnits tillämpligt i fallet. Detta förefaller mig ganska egendomligt. Låt vara att läkaren — därest fråga varit om genomlysning — skulle kunna möjligen ha tänkts använda sjukhusets sköterska såsom sin »Erfüllungsgehilfin»[3], synes det mig dock

[1] RGZ Bd 139 (1933) s. 255. Beträffande användningen av § 831 sägs i själva verket direkt intet annat, än att läkaren enligt den överklagade domen svarade jämväl enligt detta stadgande (s. 261).

[2] Avtalet om (den kvinnliga) patientens röntgenbestrålning ansågs slutet icke mellan henne och läkaren utan mellan henne och sjukhuset. Därigenom blev det icke möjligt att se saken så, att sjukhuset hade ställt apparat och sköterska till läkarens förfogande, och följaktligen icke heller så, att läkaren svarade för sköterskans culpa såsom »Erfüllungsgehilfin». Kanske skulle det, menade domstolen, ha tett sig annorlunda, om behandlingen icke bestått i bestrålning utan i genomlysning, i vilket fall läkarens närvaro och medverkan skulle ha förutsatts, varvid han också plägade giva föreskrifter och övervaka dessas iakttagande. Om en sådan situation hade förelegat, skulle, det tycks vara Reichsgerichts mening, sköterskan möjligen ha kunnat betraktas som läkarens »Erfüllungsgehilfin». — Fallet är besläktat med det i RGZ Bd 118 (1928) s. 41, ehuru det i sist nämnda fall var fråga just om genomlysning och icke blott bestrålning. Icke desto mindre befanns icke heller här § 278 användbar.

[3] Se föreg. not.

ännu mera problematiskt att i sköterskan se en person, som av *läkaren* blivit »zu einer Verrichtung bestellt» (§ 831). Hon var ju redan av *sjukhuset* till dettas »Verrichtungen bestellt». Att sköterskan i den överklagade domen betraktats som läkarens »Erfüllungsgehilfin» enligt § 278 är mera förklarligt, så som man plägar se på detta stadgande. Ty läkaren torde av »das Berufungsgericht» i själva verket anses ha anlitat *sjukhuset* som »Erfüllungsgehilfe», men sjukhuset har uppenbarligen i sin tur ansetts vara »*bevollmächtigt*, einen zweiten Erfüllungsgehilfen zuzuziehen», med den effekt, att denne andre (i vårt fall sköterskan) »*rechtlich mit Willen* des Schuldners bei der Erfüllung mitwirkt», d. v. s. är »selbst Erfüllungsgehilfe des Schuldners».[4]

Vi ha sett, att i England »the doctrine of the common employment» utesluter »master's liability» om den skadelidande var en »fellow-servant», d. v. s. anställd jämte actor i »master's» tjänst. Motsvarighet härtill gäller icke ifråga om det franska commettant-ansvaret.[5] Av formuleringen i BGB 831, enligt vilken skadan skall ha tillfogats »einem Dritten», skulle man möjligen kunna förmoda, att den skadelidande måste vara en utanför »företaget» stående person och icke finge vara en »fellow-servant». Egendomligt nog göres i den hithörande tyska litteraturen intet nummer av denna fråga, som vanligen förbigås med tystnad, varav då endast kan dragas den slutsatsen, att bland de skadelidandes krets efter § 831 komma jämväl personer, som jämte actor äro anställda hos principalen. Soergel säger emellertid i sin kommentar klart och tydligt: »Im Verhältnis zwischen zwei Angestellten gilt jeder dem andern gegenüber als Dritter.»[6]

Slutligen skall beträffande BGB 831, 2. st. (citerat i en not här ovan å s. 409) sägas, att där avses person, som *avtalsmässigt* åtagit sig, alltså icke blott såsom en »negotiorum gestor», att välja folk till »die Verrichtung», anskaffa redskap och göra tillrustningar för densamma samt leda utförandet av den, allt i mån av behov. Man kan, heter det i Planck's kommentar, exempelvis tänka på »Betriebsleiter, Bauführer, Werkführer, Aufseher und ähnliche Personen, die in mehr oder weniger weitgehende Weise für den Geschäftsherrn eintreten». Principalen befrias icke utan vidare från ansvar efter § 831, därför att han på detta sätt skaffat sig »ställföreträdare». In dubio torde böra sägas, att de två svara solidariskt enligt stadgandet. Men principalen blir fri från ansvar, om han

[4] Jfr t. ex. Staudinger II: 1 s. 298 f. Såsom exempel användes här — såsom vi förut sett — att en kirurg har en assistentläkare. Denne är kirurgens »Erfüllungsgehilfe» gentemot den förres patient. Men assistentläkaren har i allmänhet fullmakt, »eine technische Verrichtung einer Krankenschwester zu übertragen». Därmed blir sköterskan »Erfüllungsgehilfin».

[5] Se för enkelhets skull ett exempel i Bd I s. 76 vid n. 2.

[6] Soergel II till § 831, anm. 5.

exkulperar sig genom att blott visa, att han ifråga om anställning av och uppsikt över »representanten» iakttagit »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt». Också »representanten» anses nämligen vara en person, som av principalen blivit »zu einer Verrichtung bestellt».[7] Naturligtvis måste principalen också befrias från ansvar, därest »representanten» lyckas exkulpera sig eller visa, att skadan skulle ha inträffat oberoende av om han iakttagit »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt» eller icke.

Som förut nämnts kan förhållandet mellan principal och actor för tillämpningen av första stycket i § 831 vara grundat på tjänstelega eller mandat, ävensom på andra avtalsformer. Vad nu och i slutet av sista noten sagts i anledning av kravet i 2. stycket av § 831 på där avsedd persons bundenhet genom »Vertrag» — en bundenhet dock icke nödvändigt gentemot principalen utan lika väl gentemot en tredje — föranleder en erinran om, att kanske icke heller förhållandet mellan principal och actor enligt första stycket av stadgandet alltid behövde ha någon egentligen *rättslig* karaktär. Det torde vara tillräckligt, att man på ett eller annat sätt anmodat någon — som man står i något blott faktiskt förhållande till (av mera stadigvarande eller rent tillfällig art) — att uträtta ett ärende eller göra en tjänst åt sig eller åt en tredje i enlighet med vissa föreskrifter, som givits eller under hand skola givas.

---

[7] Jfr till det sagda Oertmann, § 831, nr 4, och Planck II: 2, § 831, nr 6. I allmänhet gör man intet nummer av 2. st. i BGB 831. I Soergels eljest utförliga kommentar heter det angående lagstället ifråga endast: »Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn die Besorgung der Geschäfte für den Beschädigten selbst, nicht für den Schadensersatzpflichtigen übernommen ist», varvid ett rättsfall åberopas. Se Soergel II, § 831, nr 12. Vad rättsfallet angår (RGZ Bd 82, 1914, 206), är det alltför omständligt för att här kunna korrekt refereras. Jag endast nämner följande. Domen (kyrkan) i F. skadades genom ett fyrverkeri, som ägde rum vid en Bonifatius-jubelfest. Oberlandesgericht i Kassel hade dömt en viss M. ansvarig på grund av 2. st. i § 831. Men, sade Reichsgericht, den principal, för vilken M. hade åtagit sig »die Leitung der Verrichtung» (bl. a. domens belysning in- och utvändigt genom bengaliska eldar) var domens egen ägare, nämligen »der bischöfliche Stuhl», alltså »der Beschädigte selbst». Användningen av § 831 Abs. 2 på en sådan situation vore »rechtsirrig» (se RGZ Bd 82 s. 217 f.). I förevarande fall hade M. faktiskt fått uppdraget att leda fyrverkeri- och belysningsförrättningen (»die Verrichtung» enligt § 831) av utskottet för festligheterna, alltså icke av principalen (»Geschäftsherr») själv. I detta avseende sade »Reichsgericht», att »das unselbständige Mittelglied des diesen (= »den bischöflichen Stuhl», alltså den verklige »Geschäftsherr») beratenden Festausschusses kann rechtlich nicht in Betracht kommen» (ib. s. 218). Nu berörda dom av Reichsgericht åberopas därför också såsom stöd för att det i 2. stycket av BGB 831 avsedda avtalet icke behövde vara slutet »mit dem Geschäftsherr; es genügt vielmehr die Schliessung des Vertrags mit einem beliebigen Dritten». Se Staudinger II: 3, § 831, nr 2 b; se även Planck II: 2, § 831, nr 6. Huvudsaken är tydligen att »representanten» för »Geschäftsherr» verkligen »rättsligen förpliktat» sig att ombesörja ledningen av någon i första stycket av § 831 avsedd »Geschäft» eller »Verrichtung».

Vad jag härmed vill ha sagt är endast, att det icke synes föreligga någon anledning antaga, att förhållandet mellan principal och actor enligt § 831 behövde vara snävare än enligt schweizisk rätt, där Bundesgericht klargjort, att begreppet »Angestellter» icke vore att taga »im rechtlichen, sondern im wirtschaftlichen Sinne» (varom se nedan s. 428 och jfr s. 430 n. 4). Nu kunde det kanske sägas, att redan en här avsedd anmodan till en vän, en tillfällig bekantskap eller t. o. m. en tillfällig person på gatan eller i terrängen gör förhållandet till ett rättsligt. Jag vill icke fördjupa mig i denna bagatell; säger blott, att det är lätt att konstruera situationer, beträffande vilka det måste vara fullkomligt likgiltigt, huruvida man betraktade förhållandet mellan principalen och actor som rättsligt, men i vilka likväl principalansvar enligt BGB 831 (liksom enligt OR 55 och, varför icke, också i fransk och engelsk rätt) skulle kunna diskuteras vara motiverat. Det »rättsliga» behövde, menar jag, stundom icke framgå av något annat, än att principalansvar kunde komma ifråga.

Schweizisk rätt.

I det hela kan sägas, att principalansvaret i Schweiz reglerats ungefär på samma sätt som i Tyskland. Men såsom vi redan sett, är det schweizisk rätt (art. 62 i OR av 1881), som här utgjort den närmaste förebilden till den tyska och icke tvärtom. Dock är det tydligt att orden i OR 55 om principalens befrielse från ansvar genom att visa, att »der *gebotene* Sorgfalt» icke kunnat förebygga skadan, bero på inflytande från BGB 831. Huvudtanken i OR 55 kommer emellertid från art. 62 i Bundesgesetz über das Obligationenrecht 1881. Det är första stycket i nuvarande OR 55, som framför allt intresserar oss, och det har följande lydelse:

»Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, das er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.»[8]

Till detta är så fogat ett andra stycke så lydande:

»Der Geschäftsherr kann auf denjenigen, der den Schaden gestiftet hat, insoweit Rückgriff nehmen, als dieser selbst schadensersatzpflichtig ist.»

Detta tillägg har såtillvida intresse för oss, att det tyder på, att den s. k. »Hilfsperson» icke behöver ha handlat kulpost, för att principalen

[8] Motsvarande stadgande, art. 62 i 1881 års OR, hade följande lydelse: »Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten. — Diese Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben.» — »Bundesgericht» uttalade år 1907 om detta stadgande, att det, om man bortser från »der Exkulpationsbeweis», vore »nichts anderes als eine Wiedergabe von Art. 1384 Abs. 3 des französischen Code civil» (d. v. s. ansvaret å »les maîtres et les commettants»). Se BGE 33 (1907) II s. 156. Påståendet upprepades i BGE 41 (1915) II s. 497. — För fullständighetens skull bör nämnas, att äldre OR 62 föregicks av ett stadgande (OR 61) om husfaderns motsvarande ansvar för sina underlydande. I det följande bortses helt från äldre OR 61, vars innehåll numera upptagits i art. 333 i ZGB.

skulle bli ansvarig. Tillägget förutsätter ju, att actor själv icke behövde vara ansvarig. Den situation man då närmast tänker på är, att actors handling icke varit kulpos.[9]

I fråga om möjligheten för principalen att genom bevisning fria sig från ansvaret synes tanken ursprungligen ha varit den, att han genom bevisning om sin frihet från culpa in eligendo etc., alltså genom sin exkulpering undginge ansvar. v. Wattenwyl säger år 1926, att detta var den inställning, som härskade i litteraturen »bis vor kurzer Zeit» och som av »Bundesgericht» iakttogs i konstant praxis under 20 år.[1] En åtskilligt senare författare säger, att litteraturen påverkad av Chr. Burckhardt (varom nedan) redan i slutet av seklets första årtionde, följd av praxis i Bundesgericht, lämnade nämnda ståndpunkt till förmån för den nu rådande, mot principalen strängare.[2]

I själva verket torde icke ens själva formuleringen i OR 55 (och ännu mindre formuleringen i OR 62 av 1881) kunna anses sådan, att den med nödvändighet giver vid handen, att principalens exkulpering vore tillräcklig för hans ansvarsfrihet. Han synes nämligen väl kunna ha utrett sig vara fri från traditionell culpa, även om han icke kunde visa, att han hade utvecklat »alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt» till skadans förebyggande. Innebörden av dessa ord beror på, vilka »Umstände» som äro att taga i betraktande, d. v. s. huruvida man har att bortse från rent personliga svårigheter för principalen att utöva

---

[9] Ett stadgande erinrande om detta tillägg fanns i äldre OR 63. Det kan dock vara ganska tvivelaktigt, huruvida OR 63 med sin befrielse från regressplikten verkligen hade avseende å culpa-fria och icke å otillräkneliga personer. Se i övrigt nedan s. 441 f.

[1] v. Wattenwyl s. 84. — Vad praxis i Bundesgericht angår torde v. Wattenwyl ha avsett art. 62 i 1881 års OR.

[2] Oftinger II s. 475. Hans uttalande har emellertid avseende å art. 62 i 1881 års OR, som trädde i kraft 1883. Den nu gällande OR, alltså den ifrågavarande art. 55, trädde i kraft först 1912. Vad art. 55 angår förhåller det sig möjligen så, som v. Wattenwyl kanske avsett att säga, att principalen under första tiden under den nya OR av mången ansågs kunna fria sig genom exkulpering. Se t. ex. Fick (1915), nr 13–15 till art. 55. Praxis i Bundesgericht torde dock icke kunna ha intagit den ståndpunkten. — v. Thur I s. 381, säger också, att en förändring ägt rum från äldre doktrin och praxis, som ansåg ansvaret bero på skuld, varifrån »der Geschäftsherr» kunde exkulpera sig. Enligt den »nyare, vida strängare åsikt», som Bundesgericht och kommentarerna anslutit sig till, »haftet der Geschäftsherr nicht nur wenn er nicht beweisen kann, dass er die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, sondern auch, wenn er durch irgendwelche Umstände (z. B. durch plötzliche Erkrankung) gehindert war, die gebotenen Massregeln zu treffen». Bl. a. svarade principalen, även om han egentligen icke själv behövde företaga sådana åtgärder utan överlämnat dessa åt en anställd, t. ex. en förvaltare eller direktör, och dylik person försummat »die gebotene Sorgfalt in der Überwachung der Angestellten und Arbeiter», v. Thur I s. 381 f. Man måste sätta sig över lagorden, enligt vilka »die Haftung ausgeschlossen ist, wenn 'er', d. h. der Geschäftsherr, die gebotene Sorgfalt angewendet hat», n. 22 ib.

»Sorgfalt» eller icke. I förra fallet vore exkulpering tänkbar, utan att »Sorgfaltsnachweis» vore möjlig. Att principalen verkligen nedlagt en viss »diligentia in eligendo, instruendo et custodiendo»[3] måste enligt lagens ord utgöra föremålet för den bevisning, varigenom han kunde fria sig från ansvar. Han kan, som sagt, väl tänkas ha möjlighet exkulpera sig, fastän han icke är i stånd att fullgöra nu sagda bevisning. Det är så mycket egendomligare, att man åtminstone på sina håll i litteraturen under första tiden efter OR 1911 nöjde sig med exkulpering, som Chr. Burckhardt redan 1903 med hänsyn till revisionen av 1881 års OR (såvitt anginge skadeståndsrätten) ifråga om artt. 61 och 62 erinrat, att »nicht Abwesenheit von culpa, sondern ein Positives wird erfordert; warum dieses nicht prästiert worden sei, ist dem Gesetze gleichgültig . . .»[4] Emellertid synes det nu vara denna Burckhardts ståndpunkt, som influerat också på den av v. Wattenwyl nämnda omsvängningen i den »bis vor kurzer Zeit» härskande litteraturen.[5] Man synes mig icke resonera fullt klart, när man betraktar principalens ansvar, såvitt han kunde fria sig genom »Exkulpationsbeweis» såsom ett slags »Verschuldenshaftung», under det att det numera tydligen allmänt antagna ansvaret — som man friade sig från blott genom »Exceptions-

[3] »Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn bezieht sich auf die Auswahl, die Instruktion und die Beaufsichtigung des Angestellten (diligentia in eligendo, instruendo et custodiendo).» Citatet är från en dom av Bundesgericht, se BGE 72 (1946) II s. 261. — »Der *Mass* der gebotenen Sorgfalt richtet sich nach den Umständen des Falls, insbesondere nach der mehr oder minder gefährlichen Beschaffenheit der Arbeit. *Geboten* ist die Sorgfalt, welche nach allgemeinem und sachverständigem Urteil *vor* oder *bei* Verwendung der Hilfskraft vernünftigerweise verlangt werden konnte», v. Thur I s. 381 (kurs. här). Detta utesluter självfallet icke, att värderingen »gebotene Sorgfalt» anses böra ske »nach objektiven Kriterien», varom Bundesgericht, nästa sida n. 6.

[4] Burckhardt s. 541. Nämnas bör kanske ånyo, att art. 62 i OR av 1881 var ännu strängare mot principalen än OR 55. Enligt det senare stadgandet behöver han blott visa, att han har använt »alle *nach den Umständen gebotene* Sorgfalt», enligt det förra att han använt »alle *erforderliche* Sorgfalt». *Bokstavligt* tolkat vore en sådan bevisning logiskt omöjlig att föra, eftersom skadan *både* inträffat. Detta har dock uppenbarligen aldrig varit avsett. Sannolikt har tanken ursprungligen varit den, att principalen friade sig genom att »seine Schuldlosigkeit beweisen». Jfr ovan s. 410 n. 3.

[5] Oser, som själv var Bundesrichter, har dock redan i första upplagan av sin kommentar, 1915, intagit samma ståndpunkt som Burckhardt; se V: 1 b till art. 55. Följaktligen talade han icke om exkulpering utan om »Nachweis der gebotenen Sorgfalt». Se V: 2 till art. 55. I andra uppl. av sin kommentar, 1929, säger han, att det rättsliga innehållet i principalens »Entlastungsmöglichkeit» vore »bestritten». Han citerar »das Bundesgericht», enligt vilken »die Frage, ob der Entlastungsbeweis erbracht sei, nicht etwa mit der Frage zu identifizieren, ob den Prinzipal ein mit dem Schaden kausales Verschulden treffe». I enlighet härmed betecknade nyare domar den ansvarsfriande bevisningen med rätt såsom »Exceptionsbeweis», i motsats till »Exkulpationsbeweis» och följaktligen principalens ansvar enligt art. 55 såsom en »gemilderte Zufalls- oder Verursachungshaftung». Se BGE 34 (1908) II s. 270 och Oser–Schönenberger I, art. 55 V: 1 b.

beweis» — vore en »Kausalhaftung».[6] Ty även med ett stadgande, som låter principalen bli fri från ansvar genom exkulpering, inträder ju ansvaret, om exkulperingen misslyckas. Men att exkulperingen misslyckas betyder ingalunda, att principalen måste anses verkligen ha handlat kulpost. Ansvaret skulle alltså även under exkulperingsprincipens herravälde i månget fall utdömas oberoende av om principalen handlat kulpost eller icke, vilket såtillvida måste innebära »Kausalhaftung». Det säger sig för övrigt självt, att begreppen »Exkulpationsbeweis» och »Sorgfaltsnachweis» icke äro mera exakta, än att en domstol i det *hela* skulle *kunna* komma till samma domsresultat, vare sig ansvarsfriheten förutsatte »Exkulpationsbeweis» eller den i art. 55 angivna »Sorgfaltsnachweis». Har en principal underlåtit att företaga sådana handlingar, som med hänsyn till omständigheterna varit påkallade till förebyggande av skada å tredjeman genom anställd person, då torde det i allmänhet inte vara lätt för honom att exkulpera sig. Visserligen skall »der Sorgfaltsnachweis», såsom vi sågo av Bundesgerichts uttalanden i sista noten, bedömas efter objektiva kriterier, men culpa-frihet, d. v. s. »normal aktsamhet», är ett så pass tänjbart begrepp (bl. a. genom »objektiveringen» av culpa), att exkulperingsmöjligheten icke *behövde* giva en principal nämnvärt större svängrum än kravet på »Sorgfaltsnachweis».[7] Just ifråga om en principals, en chefs, handlingssätt måste det finnas särskilda möjligheter att ställa stora krav på exkulperingsbeviset. Äro dessa anmärkningar riktiga, då synes det mig icke ha mycken reell mening att på det sätt, som man gör, tala om principen i OR 55 såsom innefattande »Kausalhaftung» till skillnad från (på culpapresumtion beroende) »Verschuldenshaftung».[8]

---

[6] Se uttalanden i föregående not hos Oser från Bundesgericht. Jfr vidare Fick nr 13—15 till art. 55; Becker I, Art. 55 I; Oftinger II s. 474 f.; Chamorel s. 30; Maag s. 79 f.; v. Wattenwyl s. 87. Det sista uttalande jag känner i frågan från Bundesgericht lyder så: »Die Haftung aus Art. 55 OR ist nicht Verschuldens-, sondern Kausalhaftung. Der Geschäftsherr hat schlechthin den durch seine Arbeiter oder Angestellten verursachten Schaden zu vertreten, sofern er nicht den ihm durch das Gesetz eingeräumten Sorgfaltsnachweis erbringt, welcher seinem Wesen nach ein bestimmt umschriebener und nach objektiven Kriterien zu würdigender Entlastungsbeweis, nicht ein Exkulpationsbeweis ist.» BGE 72 (1946) II s. 261.

[7] Till förebyggande av missförstånd erinras om, att formuleringsskillnaden dock givetvis *kan* ha icke ringa praktisk betydelse. Jfr nedan s. 427.

[8] Det förefaller litet överdrivet, när Chamorel emfatiskt uttalar: »Ainsi, la responsabilité de l'employeur n'est point une responsabilité pour faute présumée, mais une responsabilité causale, indépendante de toute idée de faute». Men sedan han erinrat om »l'exception libératoire», varigenom ansvaret icke vore »absolut», åberopar han sig på Burckhardts uttalande, att principalansvaret berodde på en kompromiss mellan »la responsabilité purement objective, et la responsabilité subjective pour faute». Se Cha-

Kravet på »Sorgfaltsnachweis» till befrielse från ansvaret synes icke pressas alltför hårt, och det gängse talet om att principalen måste ha gjort något positivt till skadans förebyggande för att slippa ansvaret, synes icke alltid hålla streck. Följande dom av Bundesgericht har i detta avseende ett visst intresse:

»Chardon, en lantbrukare, skulle köra hem från åkern nedför en brant och otillgänglig backe med en ko förspänd en vagn. Efter honom kommo två kor, tillhöriga en viss Masserey och förda av dennes tjänare Germain Amoos. En av dessa kor hoppade upp på den andra, varefter de började galoppera nedför backen. Tumultet kom Chardon's ko att kesa i väg, varvid Chardon kastades till marken och skadades. Det fastställdes, att Amoos hade brustit åt aktsamhet. Chardon förde emellertid talan såväl mot Masserey som mot Amoos. Mot den förre åberopade han i första hand OR 55. Men, sade domstolen, hur fordrande man än vore »au sujet de la preuve libératoire de l'art, 55 al. 1, on ne saurait ne pas libérer l'employeur qui a confié à un homme adulte agé de 27 ans, intelligent et robuste, le soin de garder non pas un troupeau, mais deux vaches. En donnant cet tâche à Germain Amoos, Masserey a pris tous les soins requis par les circonstances. Il n'avait notamment nul besoin de rappeler à cet homme, au courant de tous les travaux de la campagne, comment on doit garder et conduire des vaches.» Följaktligen utdömdes intet principalansvar. — Icke desto mindre dömdes Masserey ansvarig, men efter OR 56, d. v. s. i egenskap av »Tierhalter». Sådan svarar nämligen för skada genom sitt djur, om han »nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe». Det synes svårt att förstå, att icke i ett sådant fall som detta »Sorgfaltsnachweis», som befriade från ansvar efter art. 55, också skulle göra det efter art. 56. Att »der Sorgfalt» skall ha avseende å »Verwahrung und Beaufsichtigung» behövde ju inte verka mera rigoröst, än att den, såsom i art. 55, skall ha avseende å skadans förebyggande. Oser, som icke kunde känna detta rättsfall, uttalar sig också, som om i ett fall som det föreliggande ansvarsfrågan skulle bedömas lika efter båda stadgandena. Skuld, säger han, är lika litet förutsättning för ansvaret efter art. 56 som efter art. 55, vartill han fogar: »Die Haftbarkeit des Tierhalters ist, wie die des Geschäftsherrn, nach Art. 55, eine durch die Möglichkeit des Exceptionsbeweises gemilderte Zufallshaftung» (Oser-Schönenberger II, Art. 56, VI: 1).[9]

I detta fall synes domen icke ha givit uttryck åt något, som icke skulle ha täckts av OR 55, även om detta stadgande för principalens ansvarsfrihet endast skulle ha förutsatt bevis om hans frihet från culpa. Man kan omöjligen påstå, att domen i detta fall stöder Burckhardts åsikt, att det för ansvarsfrihet fordrades, att principalen gjort något »Positives» till skadans förebyggande och att lagen vore likgiltig för frågan, »warum dieses nicht prästiert worden sei». I OR 56 (om ansvar för djur) ha vi,

morel s. 30. Att helt komma ifrån skuldidén måste vara uteslutet redan med hänsyn till detta ansvars förebild i det franska commettant-ansvaret.

[9] Den här berörda domen är refererad i BGE 67 (1941) II 26 ff.

som sagt, samma formulering av förutsättningen för »Tierhälters» ansvarsfrihet som för principalens i OR 55. Det har därför intresse att se, att Bundesgericht — också ifråga om ansvar för »Tierhalter» enligt OR 56 — godtagit bevisning för ansvarsfrihet, fastän denna bevisning icke utsäger, att något positivt gjorts till skadans förebyggande.[1]

Burckhardts nyss citerade uppfattning (om krav på »ein Positives») förefaller mig icke kunna bringas i överensstämmelse med formuleringen i OR 55 om krav på bevis för att »alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt» blivit använd.[2] Vad nu denna formulering angår, tror jag, att det kan vara av viss praktisk betydelse att just låta möjligheten till ansvarsfrihet få ett sådant uttryck som i OR 55. En sak är, att man med exkulperingskravet *kan* komma närmelsevis till samma resultat. Men detta beror som sagt på, hur det tillämpas av domstolarne, strängt eller med eftergivenhet. Släpphäntheten vis à vis storindustriens »Geschäftsherren» genom tolkningen av § 831 BGB kan icke mana till efterföljd. Så skulle stadgandet, såvitt jag förstår, näppeligen ha kunnat tolkas, därest ansvarsfriheten förutsatt, icke »Exkulpationsbeweis», utan det schweiziska stadgandets »Sorgfaltsnachweis».

Slutligen bör i detta sammanhang för fullständighetens skull parentetiskt nämnas, att — såsom tydligt framgår av art. 55 — principalen kan bli fri från ansvar, även om han icke kan prestera »den Sorgfaltsnachweis», nämligen om han kan visa, att skadan skulle ha inträffat, även om han utövat »alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt». Att här närmare ingå på denna sak (frånvaro av »orsaksförhållande» mellan bristen på »die gebotene Sorgfalt» och den inträffade skadan), därtill finns det här lika litet anledning, som det fanns anledning behandla dess motsvarighet i BGB § 831.

Angående förhållandet mellan principal och actor såsom förutsättning för principalansvaret har jag på annat ställe påpekat, att formuleringen i OR 55, särskilt i jämförelse med annan formulering i förarbetena, föranledde antagandet att exempelvis förhållandet mellan husbonde och tjänare fölle utanför stadgandet, samt att rättspraxis utan

[1] Se härom BGE 50 (1924) II 398 f. — Wattenwyl s. 85 n. 4, menar, att Bundesgericht genom denna dom faktiskt, om ock icke uttryckligen, återgått till den äldre uppfattningen, enligt vilken exkulpering vore tillräcklig för svarandens frihet från ansvar. Ordalagen i 1924 års dom, å s. 399 anf. st., utvisa enligt min mening, att det för Bundesgericht icke varit fråga om något annat än exkulpering, ehuru man talar om »Exzeptionsbeweis».

[2] Att i själva dessa ord utläsa större krav än verklig exkulpering synes, såsom redan framhållits, icke vara nödvändigt. Annorlunda dock art. 62 i äldre OR. Jfr BGE 34 (1908) II s. 271. Wattenwyl s. 87 n. 9, tycks finna, att även detta stadgande efter orden blott krävde exkulpering för ansvarsfrihet.

opposition från doktrinen gått emot ett sådant antagande.[3] Såsom avgörande här torde få betraktas uttalandena i BGE 41 (1915) II s. 496–498. Emellertid bör märkas, att Bundesgericht redan ifråga om art. 62 i 1881 års OR funnit det enkla förhållandet mellan husbonde och tjänare kunna utgöra grund för principalansvar.[4]

Härefter tror jag man kan säga, att det schweiziskt principalansvar grundande förhållandet mellan principal och actor i det hela sammanfaller med förhållandet mellan »commettant» och »préposé» i C. civ. art. 1384 och »Geschäftsherr» och »die bestellte Person» i BGB § 831. Detta sägs nära nog direkt i en nyss berörd dom av Bundesgericht.[5] I samma dom sägs också, att begreppet »Angestellter» inte är att taga

»im rechtlichen, sondern im wirtschaftlichen Sinne. Erforderlich ist nicht, dass formell ein wirklicher Dienstvertrag zwischen Geschäftsherrn und 'Angestelltem' bestehe, sondern nur, dass die Verrichtung nach aussen als das Geschäft jenes als auf seinem Willen und seinen Weisungen beruhend und unter seiner Aufsicht erfolgend, sich darstellt und der dabei durch den Ausführenden verursachte Schaden als mittelbar von ihm veranlasst erscheint. Auf diese tatsächliche Beschaffenheit und Wirkung der Verrichtung im Verhältnis nach aussen, gegenüber dem durch sie Geschädigten, kommt es an, nicht darauf, auf Grund welcher Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsherrn und Angestellten sie sich vollzieht».

Därefter påpekas, att actor måste vara »Hülfsperson und nicht selbständiger Unternehmer».[6]

Den här uttalade tanken, som framträtt även i andra domar av Bundesgericht, är mycket intressant. Ty å ena sidan anses ju, att det schweiziska principalansvaret stammar från C. civ. art. 1384, i bakgrunden för vilket ligger culpa-presumtion (låt vara icke motbevisbar), å andra sidan framträder i domsuttalandet idén om actors handling så-

[3] Bd II: 1, noten å s. 353 in f.

[4] I fallet i BGE 24 (1898) II s. 867 ff. dömdes person efter art. 62 ansvarig för skadegörelse genom sin kusks kulposa körning, och i BGE 33 (1907) II s. 156 uttalade sig Bundesgericht så, att det vore tydligt, att förhållandet mellan principal och actor enligt art. 62 vore detsamma som mellan »maîtres et commettants» å ena sidan och »leurs domestiques et préposés» å andra sidan. När man nu betänker, att art. 62 blott talar om »geschäftlichen Verrichtungen», under det att nuvarande art. 55 använder uttrycket »dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen», så hade det varit mycket egendomligt, om Bundesgericht skulle ha uteslutit det enkla, privata tjänsteförhållandet såsom grund för principalansvaret enligt gällande OR. Att förhållandet ifråga kommer under stadgandet måste sålunda vara höjt över varje tvivelsmål. Detta bekräftas också av BGE 41 (1915) II s. 497, där det heter, att det för tillämpligheten av OR 55 vore likgiltigt, »ob die Verrichtung zur Ausübung beruflicher Tätigkeit namentlich solcher des Handels oder Gewerbes gehöre, oder ob sie sonstigen, namentlich häuslichen oder gesellschaftlichen Zwecken diene».

[5] Se BGE 41 (1915) II s. 496–498.

[6] BGE 41 (1915) II s. 498 f.

som *auktoriserad* av principalen. Och man skulle nästan kunna säga, att ansvaret bygges på presumtion om sådan auktorisering, vilken emellertid kunde motbevisas genom den i stadgandet angivna »Sorgfaltsnachweis».

Maag låter förstå, att den ifrågavarande domen gåve vid handen, att en så vittgående tolkning av art. 55 i avseende å »Geschäftsherr» icke kunde komma ifråga som av C. civ. art. 1384 och BGB 831 i avseende å »commettant», resp. »Geschäftsherr».[7] Detta kan dock icke vara riktigt. Det finns ingen anledning antaga någon egentlig *principskillnad* med hänsyn till förhållandena mellan principal och actor i de tre ländernas nämnda lagstadganden.[8] Självfallet kunna här tolkningsfrågor uppkomma, och då är det naturligtvis icke givet, att dessa alltid lösas på samma sätt i de olika ländernas praxis. Ett försök till jämförelse med hänsyn härtill av domstolarnes avgöranden i de tre länderna har jag av tidsbrist måst avstå ifrån. Det är naturligtvis möjligt, att en sådan jämförande undersökning skulle leda till att OR 55 i förevarande avseende hade ett mera begränsat område än motsvarande stadgande i Tyskland och Frankrike. Ja, det är rent av troligt, enär subordinationsförhållandet synes i praktiken vara något skarpare betonat i Schweiz än i Tyskland, kanske också i Frankrike. Maag tar emellertid miste, om han tror, att BGB 831 tolkades så, att t. ex. passageraren, som beställt en taxameter, svarade för skada å tredjeman genom chaufförens körning.[9] En annan sak är, att »die Fassung von § 831 BGB» kunde förleda till tolkningen, att man kunde svara även för skada genom en actor,

---

[7] Maag s. 75 f. Maag hänvisar till A.S. (= Amtliche Sammlung) 49, II, 496 ff. Här måste emellertid föreligga tryckfel: 49 i st. f. 41.

[8] v. Thur säger utan vidare, att Bundesgericht har tolkat art. 55 »im Sinn der weiter gefassten Art. 1384 Code civil und § 831 BGB. Geschäftsherr ist jeder, der in seinem beruflichen oder häuslichen Kreise eine Verrichtung durch einen anderen besorgen lässt», I s. 379.

[9] Maag s. 77. Den vidsträckta tolkningen av BGB 831 hos Oertmann och Planck (ovan s. 413) har i Tyskland icke vunnit anslutning vare sig i doktrin eller praxis. Förmodligen har Maag fått sin oriktiga föreställning genom Burckhardt, s. 541. Burckhardt menar nämligen, att BGB genom att blott tala om skada genom annan, som blivit »zu einer Verrichtung bestellt», alltför mycket vidgat kretsen i jämförelse med äldre OR (här för övrigt överensstämmande med nuv. OR), vilken förutsätter, att skadan orsakats av »seine (= principalens) Angestellten oder Arbeiter». Den tyska generaliseringen skulle bl. a. leda till »die Haftung des Fahrgastes für den Droschkenkutscher». En sådan tolkning av BGB 831 har jag aldrig sett. Och den måste vara utesluten i och med avvisandet av den vidsträckta tolkning, som ifrågasattes av Oertmann och hos Planck. Ty avtalet mellan kunden och kusken är ju eller kommer i allt fall i detta sammanhang i samma klass som ett *regelrätt* arbetsbeting. Kusken är »bei Ausführung der Verrichtung» icke »von dem Willen des Fahrgastes abhängig»; jfr Staudinger II: 3, § 831 nr 2 a.

som vore självständig företagare.[1] Sannolikt är också, att principalansvaret i Schweiz aldrig kunde drabba en klient för skada å tredjeman genom handling av den förres advokat[2], under det att dylikt egendomligt nog synts kunna ske i Tyskland, om handlingen var rättstridig[3]. (Här går jag icke in på en jämförelse mellan de tre länderna i fråga om begreppet skadegörelse under utövandet av »les fonctions etc.». Begreppet torde vara mest omfattande i Frankrike, mindre i Tyskland och minst i Schweiz. Se för övrigt nedan s. 500 ff.)

Efter det nyss gjorda citatet från en dom av Bundesgericht, ovan s. 428, och efter vad jag strax förut anfört i n. 4 därst. torde jag icke närmare behöva gå in på den schweiziska litteraturen angående det i OR 55 förutsatta förhållandet mellan principal och actor.[4] Något egent-

---

[1] Se vad som ovan s. 413 sagts om ståndpunkten hos Oertmann och i Planck's Kommentar. Jfr även föregående not.

[2] Se Maag s. 78 n. 213.

[3] Se härom de intressanta resonemangen i RGZ 96 (1919) s. 178 ff., och jfr nedan s. 493.

[4] Oser-Schönenberger I Art. 55 II: 2, sammanfattar saken så, att stadgandet med »Angestellten oder Arbeiter» avser alla »im Dienstvertrag stehenden Personen, mit Einschluss der Dienstboten». Å andra sidan vore ett tjänste- eller annat rättsförhållande icke någon förutsättning för principalens ansvar. Begreppet »Angestellter oder Arbeiter» vore i likhet med begreppet »Geschäftsherr» att fatta »im wirtschaftlichen, nicht im rechtlichen Sinne. Erforderlich ist nur, dass eine Besorgung sich als das 'Geschäft' des 'Herrn' darstellt, d. h. in seinem Interesse und Nutzen, auf sein Geheiss vorgenommen wird und — was schon für den Begriff des Geschäftsherrn ausschlaggebend ist — auf seine Weisungen und unter seiner Aufsicht erfolgt, also ein *Subordinationsverhältnis* in bezug auf die in Frage stehende Verrichtung.» Det vore därför utan betydelse »worauf das Subordinationsverhältnis zurückzuführen ist, oder ob die Verrichtung in Ausübung beruflicher Tätigkeit, ob entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt». — Guhl, s. 139 f., säger: »*Geschäftsherr* ist nicht nur der Dienstherr, der mit der Hilfsperson einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, sondern nach der ausdehnenden Gerichtspraxis jedermann, ob natürliche oder juristische Person, der irgendeine Geschäftsbesorgung durch eine Hilfsperson ausführen lässt, so der Automobilist, der seinen Wagen gelegentlich durch einen bei einer Reparaturwerkstatt angestellten Mechaniker führen lässt (BGE 41 II 494), oder der Offizier, der im Militärdienst ein privates Automobil verwendet und zu diesem Zwecke einen Soldaten kommandiert (BGE 46 II 126), dagegen doch nicht die Eidgenossenschaft für die in ihrem Dienst stehenden Militärpersonen.» Även för det sista åberopas prejudikat. — Oftinger II s. 502, erinrar om att »weder der Begriff des Geschäftsherrn noch der zugehörige Begriff der Hilfsperson für sich allein definiert werden kann; entscheidend ist vielmehr, welcher Art die *Beziehungen* zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson sein müssen, um gemäss der Meinung des Gesetzes ein Einstehen des erstern für die Zweite zu rechtfertigen». Oftinger säger därefter, s. 503, att det är tillräckligt, »wenn eine irgendwie beschaffene, dauernde oder vorübergehende, *Beziehung zwischen zwei Personen* vorliegt, *die es der einen* (dem Geschäftsherrn) *erlaubt, sich der andern* (der Hilfsperson) *für ihre Zwecke zu bedienen*, wobei die zweite Person der erstern *untergeordnet* ist». Subordinationsförhållandet är, säger han, det avgörande kriteriet, enär principalens »Sorgfaltspflicht», bl. a. beror på hans informations- och övervakningsplikt, som i sin tur förutsätter, att

ligt avtal mellan dem behöver uppenbarligen icke föreligga.[5] Men om, såsom naturligtvis är det vanliga, ett dylikt ingåtts, så är det mestadels en tjänstelega. Emellertid vore, påpekar Chamorel, det för ansvaret nödiga subordinationsförhållandet icke alltid förhanden ens vid tjänstelega, nämligen icke, när denna vore av i OR 361 avsedd art[6]: den enga-

actor verkligen har att följa principalens anvisningar. — v. Thur I s. 379 f., påpekar, att bortsett från ett vanligt tjänsteavtal (som naturligtvis är det oftast förekommande) kunde i bakgrunden ligga ett ogiltigt sådant avtal, ett familjerättsligt förhållande, »militärischer Befehlsgewalt oder auf Grund einer Überweisung der Dienste eines Angestellten durch den Dienstberechtigten»; det vore nämligen tillräckligt med »tatsächlicher Verwendung der Hilfskraft». »Dagegen», fortsätter han, »ist erforderlich ein Verhältnis persönlicher Unterordnung. Geschäftsherr im Sinne des Art. 55 ist nur der, dessen Befehlen und Anordnungen der Angestellte oder Arbeiter zu gehorchen hat.» — Under rubrikerna »Rapport de subordination» och »L'employeur et l'employé» söker Chamorel utveckla förhållandet mellan principalen och actor, därvid görande jämförelse med BGB 831 och starkt understrykande subordinationsförhållandet, s. 35–48.

[5] Vi sågo ju nyss här ovan i en dom av Bundesgericht, att begreppet »Angestellter» icke skulle tagas i rättslig utan ekonomisk mening. Jfr ovan s. 428.

[6] Chamorel s. 40. Han säger att denna mening sanktionerats av Bundesgericht i BGE 31, II, 142, alltså året 1905. Detta fall har *intet* med denna fråga att skaffa. Emellertid har Chamorel, säger han, följt Osers mening. Oser (art. 55, II, 2) åberopar emellertid det här i andra sammanhang flera gånger berörda fallet i BGE 33 (1907) II 150. Situationen var där — såvitt nu förevarande fråga berördes, nämligen om tillämpning av äldre OR 62 å »freie Dienste» — följande. »Der Bauherr und Generalunternehmer» hade anförtrott sten- och bildhuggeriarbetena åt firman F. Bildhuggeriarbetena hade emellertid F. icke själv utfört utan anförtrott åt bildhuggaren S(alvadé). Bildhuggeriarbetena voro i vissa ögonblick farliga för nedanför med kloakarbeten sysselsatta arbetare i byggmästare Riesers tjänst. Under S:s arbete med ett stenblock på 10 kg gled detta undan, föll ned och dödade en av Riesers arbetare. Var nu S. att betrakta såsom F:s »'Angestellter oder Arbeiter' im Sinne von Art. 62 OR» (= nuv. OR 55)? Varom icke, kunde F. icke dömas ansvarig för den sterbhuset tillfogade skadan. Bundesgericht fann till sist, att omständigheterna i fallet »i sin totalitet» snarast tydde på, att S. icke vore »Arbeiter oder Angestellter» i den mening, som avses i art. 62 (äldre) OR, och då kärandena i sådant avseende hade varit »beweispflichtig» friades F. från ansvar. Domstolen hade icke funnit det lätt att taga ställning till frågan: »Einerseits könnte die Tatsache, dass Salvadé keine eigene geschäftliche Niederlassung besass, sondern zur Ausführung von Bildhauerarbeiten herumzureisen pflegte, als Indiz für eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit des genannten betrachtet und hieraus vielleicht auf das Bestehen eines Subordinationsverhältnisses zwischen Salvadé und Frangi & Cie. (= firman F.) geschlossen werden; anderseits deutet aber der Umstand, dass Frangi & Cie. nur die Steinhauerarbeiten durch ihre eigenen Leute ausführen liessen, die Ausführung der Bildhauerarbeiten dagegen, welche eine gewisse Kunstfertigkeit erforderte, jenem Salvadé übertrugen, eher darauf hin, dass Frangi & Cie. sich nicht für kompetent erachteten, die Bildhauerarbeiten selber auszuführen. Ist dem aber so, so dürften sie sich wohl auch, und zwar mit Recht, für nicht befugt gehalten haben, dem Salvadé über die Art und Weise der Inangriffnahme seiner Arbeit und über die von ihm zu beachtenden Vorsichtsmassregeln Weisungen zu erteilen.» Ytterligare stöd härför anfördes. Dessförinnan hade bl. a. påpekats, att det uppenbarligen funnes »Dienstverhältnisse, in welchen von einem Recht und einer Pflicht des 'Dienstherrn', dem 'Dienstnehmer' in Bezug auf die Ausführung der Arbeit Weisungen

gerade hade »gegen Honorar Arbeiten zu leisten, die besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen» (s. k. »freie Dienste»). Han anför som exempel, att en musikensemble engagerats för en saison i en restaurant och att den händelsevis spelar ett outgivet stycke utan kompositörens tillstånd. Ensembeln stode nu inte i det nödiga subordinationsförhållandet till restauratören, vilken följaktligen icke borde bli ansvarig gentemot kompositören.[7] Vid »contrat de mandat» synes mandanten i allmänhet icke vara ansvarig efter art. 55, därför att subordinationsförhållandet saknades. Chamorel säger dock, att i ett visst fall mandanten hade sådant ansvar. Om vid vad som eljest skulle vara ett »contrat de travail» något vederlag icke skulle utgå för arbetet, kunde avtalet näppeligen betraktas som annat än ett »contrat de mandat», vilket i schweizisk rätt icke — såsom »der Dienstvertrag» (OR 319) — behövde vara oneröst.[8] Ett sådant mandat kunde grunda det förhållande mellan kontrahenterna, som förutsattes för principalansvaret.[9] Det finns för svenska förhållanden dock alls ingen anledning att rubricera ett sådant förhållande som mandat. Det är enligt svensk

---

zu erteilen und ihn dabei zu beaufsichtigen, keine Rede sein kann — es sei hier nur an die Fälle erinnert, wo die Leistung der Dienste eine wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung erfordert, welche dem 'Dienstherrn' abgeht», varvid exempelvis erinrades om advokatens ställning. Se BGE 33 (1907) II s. 155–158. Man lägge märke till att prestationsförutsättningen »wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung» är ordagrant densamma som i nuv. OR 361 och till innehållet densamma som i äldre OR 348, båda avseende »freie Dienste». — Chamorel's förväxling av detta fall med ett från år 1905 torde bero på, att det också i detta tidigare fall rörde sig om konst (»Nachbildung eines Denkmals»; hade »das Urheberrecht» trätts för nära?). Även Oser-Schönenberger I, s. 390, hänvisar till BGE 33 (1907) II s. 150 och det såsom stöd för följande påstående: »Wegen *Fehlens* dieser Weisungs- und Aufsichtsmöglichkeit ist daher der Klient nicht verantwortlich für den Advokaten (oder andere 'freie Dienste' verrichtende Personen, die kraft eigener Entscheidung auf Grund von Spezialkenntnissen handeln) . . .».

[7] Chamorel tillägger emellertid, att handelsdomstolen i Genève »en a, jadis, décidé autrement». Denna dom synes ha givits så långt tillbaka som 1886, alltså då gamla OR ännu blott haft giltighet under några år.

[8] Se OR 394, 3 st. I andra stycket av denna art. heter det: »Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.»

[9] Chamorel's åsikt torde vara alltför snäv. Oftinger säger, II s. 504, att visserligen grundlägges förhållandet mellan principal och actor »meist» genom tjänstelega, ehuru detta ingalunda är begreppsligen nödvändigt: »Auch ein Mandat ist denkbar, vielleicht auch etwa ein Agenturvertrag oder sogar ein Werkvertrag» (de båda senare dock högst sällan på grund av actors alltför stora självständighet). I en av de domar, som Oftinger hänvisar till, heter det, att de personer, vilkas handlingar föranleda ansvar för principalen, »sont tous les auxiliaires qui lui sont subordonnés, sans égard à la nature du contrat par lequel il se les est attachés (contrat de travail, mandat etc.)»; BGE 61 (1935) II s. 342.

rätt, såvitt jag förstår, ett arbetsavtal, låt vara vederlagsfritt och alltså icke »contrat de travail», »contract of service» eller tjänstelega i teknisk mening. Chamorel's åsikt måste emellertid vara, att — om ett oneröst avtal ginge ut på »freie Dienste» enligt OR 361 — så kunde icke principalansvar komma ifråga. Vidare bör nämnas, att Bundesgericht ogillat talan om ansvar efter art. 55 emot en bilägare, som under färd överlåtit ratten till en passagerare. Dylikt rättsförhållande vore »nicht dasjenige des *Dienstherrn* zu seinem *Angestellten*», varför »eine Anwendung des Art. 55 OR auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen ist».[1] Uttalandet synes mig inte gå riktigt väl ihop med vad Bundesgericht i en annan dom av samma årgång sagt.[2]

Då i OR 101 finns en motsvarighet till BGB § 278 (om gäldenärs ansvar för kulpos skada genom »Erfüllungsgehilfe»), kan det ha intresse att se, hur sjukhusens ansvar för skada å patient genom läkare, sjuksköterska etc. möjligen kunde vara anordnat. Drabbas sjukhusförvaltningen av principalansvar (OR 55) eller av ansvar för läkarens etc. handlingssätt såsom »Erfüllungsgehilfe» (OR 101) eller blott av ansvar enligt culpa-regeln (OR 41)? Jag har forskat i referaten över Bundesgerichtes domar under nuvarande OR:s giltighetstid t. o. m. år 1950 men icke funnit andra fall än sådana, i vilka det varit fråga om en »kantonale Krankenanstalt». Beträffande dylik upprepas städse, att hithörande rättsförhållanden icke falla under privaträtt utan under offentlig rätt och följaktligen regleras enligt förvaltningsrättsliga normer.[3] Nu finns det emellertid enligt (nuvarande) OR 61 möjlighet för icke blott »der Bund» utan också för de olika kantonerna att genom särskild lagstiftning reglera ansvaret för den skada, som »öffentliche Beamte oder Angestellte» förorsaka i utövningen av sina »amtliche Verrichtungen».[4] Någon sådan lagstiftning, angående sjukhusen i de av de nyss citerade rättsfallen berörda kantonerna, synes emellertid icke finnas. I det sista

---

[1] BGE 41 (1915) II 120. Chamorel menar, att den bristande tillämpligheten av art. 55 berodde på att »subordination» saknades. Dylika situationer föranleda i England »master's liability». Se fallen Samson v. Aitchison, Pratt v. Patrick och Parker v. Miller, berörda i Bd I bl. a. å s. 474 och 501 f. — Även i Amerika kan i dylika fall bilägarens ansvar inträda, varom se nedan s. 485.

[2] Se citat här ovan s. 428 från BGE 41 (1915) II 498 f.

[3] Se BGE 44 (1918) II s. 52; 48 (1922) II s. 415; 56 (1930) II s. 199.

[4] I andra stycket av OR 61 tillägges emellertid: »Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnittes (d. v. s. bl. a. OR 55) durch kantonale Gesetze nicht geändert werden.» Emellertid är det nu av judikaturen tydligt, att »die Verrichtungen», som läkare och annan personal på ett kantonalt sjukhus ha att utföra äro »amtliche», icke »gewerbliche Verrichtungen». Se även Oftinger II s. 500 f.

hithörande fall, jag känner, hade »das Obergericht» i kantonen Aargau förklarat direktionen för sjukhuset sakna parts- och processkompetens, vadan blott »der Chefarzt» (sannolikt anstaltens »Direktor») kvarstod som svarande. »Bundesgericht» yttrade bl. a., att käranden-patienten därigenom, att han

»sich zur Operation seines Blinddarmes in die kantonale Krankenanstalt Aargau begab, weder zur Anstalt selber, noch zu deren Chefarzt in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis getreten; denn wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, gehört die öffentliche Krankenfürsorge, wie sie in den staatlichen und kommunalen Krankenanstalten geboten wird, dem öffentlichen Rechte an, so dass das Rechtsverhältnis der Patienten zu den betreffenden Anstalten wie auch zu deren Personal verwaltungsrechtlichen Normen untersteht ... Es könnte daher vorliegend nur eine Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung in Frage kommen, die sich nach Art. 41 OR beurteilt, da der Kanton Aargau mit Bezug auf das Personal der kantonalen Krankenanstalten von dem ihm durch Art. 61 OR eingeräumten Recht zum Erlass besonderer kantonaler Haftungsvorschriften keinen Gebrauch gemacht hat.»[5]

I de båda föregående fallen (av 1918 och 1922) talades icke om bristande parts- eller processkompetens. I det ena av dessa fall riktade sig talen mot »Hôpital cantonal de Genève», i det andra mot kantonen Luzern såsom innehavare av sjukhuset samt mot sjukhusets »Ärzte- und Wartepersonal». Det är i samtliga tre fallen tydligt, att frågan om en tillämpning av OR 101 (ansvar för »Erfüllungsgehilfe») icke ens diskuterats av förbundsdomstolen. Och det förhåller sig säkerligen så, att detta stadgande icke skulle ha ifrågakommit, även om sjukhuset icke varit kantonalt eller kommunalt. I 1918 års fall sägs det i den kantonala domen om läkarna: »ils ne sont pas les auxiliaires prévus à l'art. 101». Och detta sägs på ett sätt, som giver intrycket, att påståendet gällde icke blott därför, att fråga vore om publikt sjukhus. Till yttermera visso säger den kantonala domstolen (till avvisande av tillämpligheten i fallet av OR 97[6]): »s'il y a contrat tacite entre l'Hôpital et le malade, c'est seulement en ce qui concerne l'entretien général, mais non les soins médicaux.»[7] Om överhuvud ett »tyst avtal» antages föreligga, kunde det väl icke ha större räckvidd vid ett privat sjukhus än vid ett kantonalt — såvitt man kan förstå.[8]

[5] BGE 56 (1930) II s. 200 f. Liknande uttalanden i BGE 44 (1918) II s. 54 f. och 48 (1922) s. 417 f.

[6] OR 97 stadgar gäldenärs ansvar för bristfälligt fullgörande av förpliktelse, därest han icke exkulperar sig.

[7] BGE 44 (1918) II s. 53.

[8] Emellertid torde det »för säkerhets skull» vara riktigast att erinra om följande ur förbundsdomstolens motivering för fastställande av den överklagade domen. Det på-

Icke heller principalansvar (OR 55) har i något av de tre fallen — varken av den kantonala domstolen eller förbundsdomstolen — blivit utdömt. Kanske skulle detta ansvar ha avvisats, även om frågan ansetts tillhöra privaträtten, d. v. s. även om det hade rört sig om patientskador på ett privat sjukhus. Har jag förstått OR 61 riktigt, så måste OR 55 ha vanlig tillämplighet, när — såsom här är fallet — någon från stadgandet avvikande kantonal lagstiftning icke ägt rum. Därigenom kan ett uttalande i den nyss berörda domen (BGE 56 (1930) II s. 199) få betydelse. Det heter nämligen där, s. 201, att »eine Haftung aus Art. 55 OR ausser Betracht fällt, da der Beklagte (sjukhusets 'Chefarzt' och med all sannolikhet dess 'Direktor') nicht Dienstherr des ihm unterstellten Anstaltspersonals ist». Den personal, som det här närmast var fråga om, var utom en sjuksköterska »der damalige Tagesarzt». Att icke heller kantonen Aargau genom något sitt organ skulle ha betraktats som »Dienstherr» för sjukhuspersonalen synes dock diskutabelt. Den ifrågavarande domen har emellertid faktiskt i doktrinen åberopats till stöd

---

pekas, att förhållandet mellan patienten och sjukhuset icke kan vara grundat på »un contract *de droit privé*». Därför kunde käranden icke åberopa sig på »les dispositions du CO (= OR) sur la violation des obligations conventionelles». Men »d'ailleurs, même si» man medgåve tillämpligheten i princip av bestämmelserna ifråga, kunde dessa likväl icke »justifier la réclamation du demandeur». Käranden påstår, att sjukhuset åsidosatt sina förpliktelser »en n'exerçant pas une surveillance efficace sur le traitement médical qui lui a été donné. Or, interprétant les lois et règlements genevois sur l'organisation de l'assistance publique médicale et notamment de l'Hôpital cantonal, l'arrêt attaqué constate que l'Hôpital assure le traitement général et l'entretien des malades, mais qu'il n'a pas à s'occuper du traitement *médical*, lequel est dirigé uniquement par des professeurs nommés par l'Etat et dont l'activité est soustraite au contrôle des organes du defendeur.» Denna den överklagade domens tolkning av den *kantonala* lagstiftningen vore bindande för förbundsdomstolen och den »conduit forcément à admettre que le prétendu contrat tacite conclu entre parties n'a pas pu avoir pour objet les soins médicaux à Marziano (käranden-patienten)...» (BGE 44, II s. 54 f.). Förbundsdomstolen tycks härmed ha, icke bejakat, men lämnat öppen (märk: »d'ailleurs, même si») frågan, huruvida ett privat sjukhus åtager sig jämväl »les soins médicaux» och icke blott att till förfogande ställa kompetenta läkare och sköterskor. Det synes mig emellertid icke föreligga någon anledning till att ett privat sjukhus i Schweiz skulle anses *tacite* ha åtagit sig större ansvar än de kantonala sjukhusen. Förbundsdomstolens resonemang förefaller mig vara onödigt försiktigt. Men kanske är detta ett oriktigt omdöme. Jag har i vart fall i en äldre dom av Cour de justice civile i Genève funnit följande uttalande: »on ne peut soutenir que la Commission administrative de l'Hôpital cantonal, personne morale, exerce une industrie; l'art. 62 ne saurait donc lui être applique»; Schweizerische Juristen-Zeitung IV (1908) s. 294. Meningen kan väl dock icke vara, att den kantonala sjukhusverksamheten *till skillnad från den enskilda* icke innebure utövande av »une industrie» och att därför det enskilda sjukhuset kunde svara för sin personal enligt äldre OR 62 (nuv. OR 55). Av skäl som torde framgå av det följande torde dock ett sådant ansvar icke omfatta skada å patient genom läkares handlingssätt utan blott (möjligen) genom sjuksköterskas.

för, att en läkare (»chirurg») lika litet som en hantverkare i egenskap av »Hilfsperson» behövde förmedla ansvar efter OR 55.[9]

Till detta må nu ytterligare endast läggas påpekandet, att *om* den, som dreve ett icke-publikt sjukhus, ansåges svara vare sig efter OR 55 eller OR 101 för skada å patient genom läkare eller sjuksköterska, så skulle, tycks det — också om denna fråga icke gjorts till föremål för något uttalande av »Bundesgericht» — förhållandet likväl ha berörts i doktrinen. Men detta kan, såvitt jag känner denna, näppeligen vara fallet.[1] Hade icke tysk praxis och doktrin, såsom jag i det föregående erinrat om, betraktat sjukhuspersonalen såsom »Erfüllungsgehilfen» enligt BGB 278, skulle jag emellertid aldrig ha reflekterat på möjligheten av tillämpning av OR 101 i detta sammanhang. Också synes ingen schweizisk författare göra det.[2] Och vad OR 55 angår, har jag blott sett ett uttalande av Oftinger, tydande på, att en läkare, åtminstone icke i allmänhet, vore att betrakta som i OR 55 avsedd »Hilfsperson».[3] Ut-

[9] Oftinger II s. 507. Uttalandet göres till belysning av att »die Unternehmung» — vars karaktär uteslöte actors egenskap av »Hilfsperson» efter OR 55 — kunde vara av mest skilda slag. Gemensamt vore »allen Formen nur, dass sie den Unternehmer wegen Fehlens der Unterordnung nicht als Hilfsperson betrachten lassen». Emellertid hänvisar Oftinger vid sitt ifrågavarande uttalande om »der Chirurg» till det ovan berörda fallet i BGE 56 (1930) II s. 201. Detta säger oss dock icke, att kirurg (eller annan läkare) i denna sin egenskap icke vore sjukhusinnehavares »Hilfsperson». Fallet säger endast, att ett kantonalt sjukhus' chefsläkare icke vore »Dienstherr des ihm unterstellten Personals» (omfattande jämväl en »Tagesarzt», som sannolikt var kirurg).

[1] Möjligt men föga troligt är, att privat sjukhusvård (alltså driven av stiftelse, bolag eller fysisk person) saknades i Schweiz, en fråga som jag icke närmare undersökt.

[2] Men man kan påvisa uttalanden, varifrån torde kunna slutas, att ett sjukhus' förvaltning icke svarade för t. ex. läkares culpa enligt OR 101. Sålunda säger t. ex. v. Thur II s. 566: »Der Schuldner soll nach Art. 101 nur für solche Hilfspersonen haften, durch welche er die Erfüllung seiner Pflicht vornehmen lässt. Diese Voraussetzung der Haftung ist streng zu beachten, wenn man die Anwendung des Art. 101 nicht ins Uferlose ausdehnen will.» I den rätt vidlyftiga exemplifieringen undantages dock icke sjukhusförvaltningen från ansvar för sin personal. Men detta kan bero på, att ett sådant undantagande ansetts överflödigt, då man i Schweiz aldrig ifrågasatt en dylik, efter vad jag påpekat vid behandlingen av frågan i engelsk och tysk rätt, ologisk tolkning av begreppet »Erfüllungsgehilfe». (D. v. s. engelska jurister ha dock här ingalunda gjort sig skyldiga till brist på logik.)

[3] Uttalandet har nyss här ovan berörts, varvid jag tillät mig anmärka mot den hänvisning till ett fall i Bundesgericht, som Oftinger gjort. — I den kasuistik, som Oftinger II s. 500–502 utfört, avseende »die Abgrenzung der *amtlichen* von den *gewerblichen* Verrichtungen» (jfr 1. och 2. stycket i Or 61 och nedan s. 482 f.) hänför han till de senare en läkares verksamhet, som privat utövas »in einem öffentlichen Spital», och stöder detta indirekt på Genève-fallet i BGE 44 (1918) II s. 53 ff. (varom nyss här ovan). Naturligtvis är läkaren i en sådan situation lika litet som eljest det offentliga sjukhusets »Hilfsperson» enligt OR 55. Betydelsen av att det rör sig om hans enskilda praktik är, med hänsyn till OR 55, att han nu i egenskap av »Geschäftsherr» kan svara enligt detta stadgande för skada å patient genom av honom anlitad

över Oftingers uttalande har jag icke i den schweiziske doktrinen funnit något utsagt angående denna fråga om ansvar för läkare[4] — annat än mycket indirekt. Jag åsyftar uppfattningen, att »freie Dienste», avsedda i OR 361, skulle falla utom tillämpningsområdet för OR 55.[5] Ty såsom exempel på dylika »freie Dienste» pläga bl. a. en läkares prestationer anföras.[6] Med hänsyn jämväl härtill synes resultatet bli, att också den privata sjukhusförvaltningen åtminstone icke svarade för skada å patient genom sjukhusets läkare. Visserligen anses läkare ofta engagerad i ett mandat.[7] Men dels skulle detta icke underlätta ansvar efter OR 55, dels betraktas nog just avtal mellan *sjukhuset* och dess läkare såsom »Dienstvertrag».[8] — Mycket även av en sjuksköterskas arbete synes kunna betraktas såsom »freie Dienste». Men detta är nog icke meningen. Något uttalande därom avseende schweizisk rätt har jag aldrig sett. Och huruvida ett enskilt sjukhus svarar för skada å patient genom sköterska vågar jag icke uttala mig om. Det är kanske icke uteslutet, att vad som gäller de kantonala sjukhusen »smittat av sig» på de enskilda och att sålunda icke heller här principalansvar för sköterska kommer ifråga.

I fransk, engelsk och tysk rätt ha vi ofta funnit såsom princip direkt uttalat, att vad vi kalla klart arbetsbeting icke grundar principalansvar. Man finner detta kanske icke lika allmänt framhävt i schweizisk rättslitteratur. Att icke desto mindre detsamma måste gälla i schweizisk rätt följer — utom av judikaturen[9] — av det sätt, varpå subordinations-

---

assistentläkare eller sjuksköterska. Emellertid är det svårt att inse, varför överhuvud något rättsfallsstöd (i synnerhet av indirekt art) skulle vara erforderligt för en så självfallen sak, som att läkarens enskilt utövade praktik icke vore »amtliche» utan blott »gewerbliche Verrichtung».

[4] Sålunda icke i någon av hithörande dissertationer av Chamorel (ang. OR 55), Gysler (ang. äldre OR 62 och 115), Maag (OR 55), v. Wattenwyl (OR 55); vidare icke i kommentarerna till OR 55 och 101 hos Becker, Fick, Oser, Oser-Schönenberger; icke heller i arbetena av Bieder s. 335 ff. (äldre OR 62), Burckhardt s. 540 ff. och s. 544 ff. (äldre OR 62 och 115), Guhl s. 138–141, v. Thur I s. 379 ff. (OR 55), v. Thur II s. 563 ff. (OR 101), v. Thur, Schw. J.-Z. s. 225 ff. (OR 101).

[5] Se ovan s. 431 ff.

[6] Se t. ex. kommentarerna till OR 361 hos Becker II, Fick och Oser-Schönenberger II.

[7] Se t. ex. Fick och Oser-Schönenberger II till OR 361.

[8] Se t. ex. Becker II s. 452 (till OR 361): »Die Bestimmungen über den Dienstvertrag sind anwendbar, wenn ein dauerndes Dienstverhältnis besteht, wie z. B. zwischen dem Spital und dem Spitalarzt . . .».

[9] Se t. ex. BGE 43 (1917) II 77. Här heter det (till gendrivande av grunden för besvären), att förbundsdomstolen »n'a nullement interprété l'art. 55 en ce sens qu'il déclarerait, d'une facon générale, responsable de tout dommage causé dans l'exécution d'un travail la personne au profit de laquelle ce travail est exécuté. Bien au contraire

förutsättningen där betonas, i full överensstämmelse med lagformuleringen om »Geschäftsherr» å ena sidan och å andra sidan »seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen». Visserligen uttalar sig Chamorel expressivt i ämnet: »le contrat d'entreprise ne pourra jamais faire naître ce dit rapport (de subordination), et ce contrat ne pourra, par conséquent, jamais entraîner la responsabilité de l'art 55».[1] Och v. Thur säger såsom något självfallet, efter det han understrukit kravet på actors »persönliche Unterordnung»: »Daher keine Haftung aus Art. 55, wenn jemand einem anderen eine Arbeit durch Werkvertrag überträgt.» Han hänvisar därvid till det nyss berörda fallet i BGE 46 (1920) II 252 (se v. Thur I s. 380). Men i allmänhet betonas detta icke särskilt i schweizisk doktrin; dock säkerligen endast därför att sådan betoning här icke ansetts vara av nöden, utan förhållandet tydligt, låt vara indirekt, framgått av framställningarne.[2]

---

il a spécifié ... que cette responsabilité suppose nécessairement un rapport de subordination entre l'auteur du dommage et l'employeur et que par conséquent elle n'est pas encourue par celui qui charge d'un travail un entrepreneur indépendant...» (s. 78 f.). — I fallet i BGE 46 (1920) II s. 258 uttalade förbundsdomstolen, under avvisande av tillämpligheten av OR 55, följande: »Il est de jurisprudence constante, en effet, que celui qui confie un travail à un entrepreneur indépendant n'est pas responsable du dommage causé par l'entrepreneur ou son personnel.» Därvid hänvisas icke blott till nyssberörda fall utan jämväl till BGE 41 (1915) II 494 (se ovan s. 428 vid n. 6) och BGE 42 (1916) II s. 671 (säkerligen tryckfel för s. 617).

[1] Chamorel s. 41. Han åberopar därvid bl. a. nyssberörda fallet i BGE 43 (1917) II 77.

[2] Se t. ex. Oser-Schönenberger II s. 389 ff.; Guhl s. 138 ff.; Becker I s. 239 ff.; Oftinger II s. 473 ff., särskilt s. 502 f. och s. 513 f. Vad Becker angår, så nämner han blott exempelvis, att det nödiga subordinationsförhållandet icke föreligger »bei den sogen. freien Diensten oder beim Fahrgast gegenüber dem Droschkenkutscher». Det senare exemplet är ju i förevarande avseende att betrakta som arbetsbeting. Att Oftinger, såsom vi sett, uttalar, att såsom ett sällsynt undantag möjligen kunde förekomma, att förhållandet mellan principal och actor kunde vila på ett »Werkvertrag», s. 504, bekräftar endast det i texten sagda. — Ytterligt vilseledande förefaller mig däremot Maag's utan vidare gjorda påstående, s. 76, att man vore enig därom, »dass weder ein Dienst- noch ein Werkvertrag zwischen Herrn und Arbeiter nötig ist». Alldeles som om det hörde till det vanliga, att principalansvar kunde grundas på arbetsbeting! I den dom (ang. gamla OR 62), som Maag hänvisar till — BGE 33 (1907) II s. 155 varom se särskilt s. 431 n. 6 här ovan — sägs endast, att frågan, om svarandefirman vore »die 'Geschäftsherren' des S. und dieser als ihr 'Angestellter oder Arbeiter' im Sinne von Art. 62 OR oder ob letzterer als selbständiger Unterakkordant zu betrachten sei», icke vore identisk med frågan, om rättsförhållandet mellan firman och S. vore »dasjenige des Dienstvertrages oder dasjenige des Werkvertrages». Härmed åsyftar domstolen icke ens att särskilt framhäva, att »Werkvertrag» kunde tänkas utgöra grund för förhållandet mellan principal och actor. Vad den framför allt vill säga är, att det funnes *Dienstverhältnisse*, som icke vore dugliga för principalansvar, framför allt avtal om *artes liberales* (nuv. OR 361). Maag åberopar som stöd för sitt uttalande (som

Härefter skall nu samma fråga uppställas, som gjordes beträffande BGB 831, nämligen huruvida även skada, som actor tillfogat en medanställd (fellow-servant) i principalens tjänst, faller under OR 55. Frågan föreföll kanske mer motiverad beträffande det tyska stadgandet, enär där förekom det tvetydiga uttrycket »Dritter». OR 55 måste efter ordalydelsen omfatta jämväl skada å medanställda.[3] Emellertid har frågans besvarande icke ansetts vara alldeles givet, med hänsyn till »Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallsversicherung» av 13.6.1911 (förkortad på tyska: KUVG; och på franska: LAMA). Det synes vara art. 129 i denna lag, som vållat en viss tvekan. Enligt detta stadgandes andra stycke svarar en arbetsgivare för »Unfall», som drabbat hans i »Schweizerisches Unfallsversicherungsanstalt in Lüzern» (upprättad enligt art. 41 KUVG) försäkrade arbetare, blott om han »den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat».[4] Jag känner tre domar i ämnet av Bundesgericht (efter tillkomsten av nuvarande OR). I den ena, av 1933, sade sig domstolen lämna den frågan öppen, om art. 55 också vore användbar, när skadan träffat icke »irgend einen Dritten» utan »einen andern Angestellten oder Arbeiter desselben Geschäftsherrn», liksom också »wie sich die strenge Haftung nach Art. 55 allenfalls zu Art. 129 KUVG verhalten würde». Frågan kunde lämnas öppen, enär här — om jag rätt förstått meningen — åberopandet av art. 55 ZGB (alltså *icke* OR) samt OR 339 skulle ha samma betydelse för ansvarsfrågan, som OR 55, därest denna vore användbar.[5]

I ett mål några år senare hade underinstansen förklarat, att OR 55 (för övrigt också artt. 101 och 339 OR) vore att betrakta såsom upphävd enligt art. 128 KUVG. Ty eljest skulle syftet med KUVG att delvis befria arbetsgivaren från hans ansvar förfelas.[6] Bundesgericht kunde emellertid icke godkänna en sådan argumentation:

---

sagt falskeligen tydande på att arbetsbeting vore ett vanligt underlag för principalansvar) också Oser och Becker. Det har dock intet stöd hos dessa auktorer.

[3] Utan egentligt stöd i rättspraxis menar också Oftinger II s. 489, att stadgandet vore att så tolka.

[4] En förutsättning för denna restriktion i ansvaret är dock, att arbetsgivaren vid obligatorisk försäkring betalt honom åvilande försäkringspremier, och vid frivillig försäkring påtagit sig och inbetalt hälften av premierna (jfr art. 60 och 115 KUVG). — Art. 128 KUVG upphävde alla lagställen, som stode i strid med KUVG, därvid bl. a. vissa särskilt angivna Bundesgesetze. Dessa sägas i första stycket av art. 129 ib. bliva ersatta genom den nya Obligationenrecht.

[5] BGE 59 (1933) II s. 430 f.

[6] Enligt art. 129 KUVG svarade ju arbetsgivaren blott för »absichtliche oder grobfahrlässige Herbeiführung des Unfalles». Ansvaret efter OR 55 vore nära nog »Kausalhaftung»! Jfr för övrigt vår egen praxis, enligt vilken i princip arbetsgivaren icke svarar för skada å arbetare i hans tjänst, vållad av annan anställd arbetare. Jfr kanske

»Art. 128 KUVG hebt die mit den Bestimmungen dieses Gesetzes in Widerspruch stehenden Bestimmungen anderer Spezialgesetze aus dem Gebiete des Haftpflichtrechts auf und setzt in Art. 129 Abs. 1 an deren Stelle ausdrücklich die Bestimmungen des OR. Von einem Ausschluss der Art. 55, 101 und 339 OR durch Art. 128 KUVG kann daher schlechterdings nicht die Rede sein. Aber diese allgemeinrechtlichen Bestimmungen kommen nun eben nicht uneingeschränkt zur Anwendung, sondern nur mit der in Art. 129 Abs. 2 KUVG genannten Einschränkung . . .»[7]

Hur själva saken här låg till får man icke veta, och OR 101 och 339 synas ha haft större intresse i målet än OR 55. Frågan kom emellertid ånyo upp i Bundesgericht 1942. En arbetare i spårvägsbolagets i Genève tjänst skadades till döds, när han var behjälplig med lossningen av två »aiguillages pesant chacun 800 kg placés sur une balastrière». Arbetet utfördes på order av en bolagets verkmästare, som därvid befanns ha handlat grovt vårdslöst. Då denne verkmästare icke kunde betraktas som bolagets organ och bolaget följaktligen icke vore ansvarigt via art. 55 ZGB (alltså *icke* OR), återstod frågan om principalansvaret enligt OR 55.

I detta avseende erinrade Bundesgericht därom, att 1933 års dom icke hade löst frågan om tillämpligheten av OR 55, när actor förorsakat »un dommage non pas à un tiers quelconque, mais à un autre employé ou ouvrier du même employeur». Äldre domar (tydligen under regimen av äldre OR) hade emellertid, sade domstolen, åtminstone implicite bejakat frågan, vilket vore riktigt med hänsyn till såväl stadgandets allmänna formulering som frånvaron av hållbara skäl för dess begränsning till skadade, som icke vore i principalens tjänst. Den kantonala domstolen hade icke desto mindre förklarat OR 55 oanvändbar, sade Bundesgericht, i det den ansett,

»que, si l'art. 55 institue une responsabilité à raison de la seule causalité et ne l'atténue que par la possibilité de fournir la preuve libératoire précisée au même article, la défenderesse n'engage sa responsabilité que par un acte intentionnel ou par une faute grave en vertu de l'art. 129 de la LAMA (= KUVG) dont l'art 128 abroge toutes les règles de responsabilité édictées dans d'autres lois speciales».

Bundesgericht erinrade (dock högst parentetiskt) om 1936 års dom[8] och framhöll, att första stycket i art. 129 LAMA just genom art. 55 CO

---

också betydelsen av vår olycksfallsförsäkringslag för frågan om arbetsgivares farlighetsansvar, Bd II: 1 s. 429 ff.

[7] BGE 62 (1936) II s. 347.

[8] Man frågar sig, hur den kantonala domstolen i föreliggande fall kunnat känna sig oberörd av 1936 års dom.

(= OR) ersatte de lagställen, som hade upphört att gälla enligt art. 128 LAMA. Dock fanns den viktiga restriktion genom andra stycket av art. 129,

»qu'en cas de faute légère l'employeur qui a payé les primes de l'assurance est libéré de la responsabilité dont l'art. 55 CO (= OR) le chargerait. Cette dernière disposition est donc applicable à l'employeur qui a commis une faute intentionelle ou, du moins, grave en manquant à ses devoirs de diligence (cura in eligendo, instruendo vel custodiendo).»[9]

Man kan sålunda säga, att principalens ansvar efter OR 55, när skadan genom actor drabbat en medanställd, avsevärt lättas, i det att han nu kan fria sig från ansvaret genom att endast visa, att han icke avsiktligt eller genom grov vårdslöshet förorsakat skadan. Det var därför icke underligt, att domstolen fann talan på grund av den på detta sätt »tempererade» art. 55 »d'emblée mal fondé» och friade spårvagnsbolaget från ansvar.[1]

Principalansvaret brukar i allmänhet hänföras till ansvaret för »annans culpa», »Haftung für fremde culpa» eller liknande. Detta är också i det hela väl motiverat, när fråga är om anglo-sachsisk, fransk och nordisk rätt, ävensom s. k. »gemeines Recht». Men vi ha sett, att formuleringen icke passar in på BGB med dess § 831, som för principalansvaret icke förutsätter actors culpa utan nöjer sig med blott *objektivt* »rättstridigt» handlingssätt av denne. I OR 55 varken sägs eller antydes något annat om actors handlingssätt, än att det skall ha varit orsak till skadan (givetvis å annan än principalen eller actor själv). Lagens formulering är härutinnan densamma, som i äldre OR 62. Om andemeningen är densamma *kan* dock vara tvivelaktigt. Ty andra stycket i OR 55 synes rentav förutsätta, att principalansvar kunde utdömas, utan att actor handlat kulpost.[2] Men motsvarigheten till detta stycke i äldre OR, nämligen dennas art. 63, förefaller utgå ifrån, att principalansvaret *förutsatte* actors culpa, i det att det endast vore *otillräkneliga* personer, som befriades från regresspliktt till principalen. Det heter där nämligen, att principalen hade »Rückgriffsrecht» mot actor, »soweit dieser für

[9] BGE 68 (1942) II s. 289 och s. 291.

[1] Beaktas bör kanske, att den i vår praxis framträdande förutsättningen för arbetsgivarens ansvar i hithörande fall — actors åtminstone något överordnade ställning — tydligen icke har någon motsvarighet i schweizisk rätt. Till undvikande av missförstånd måste dock påpekas, att om actor kan betraktas såsom *organ* för arbetsgivaren såsom en juridisk person, detta kan få särskild betydelse för ansvarighet via ZGB (alltså icke OR) 55. I fallet i BGE 59 (1933) II, 428 betraktades en »Chefmonteur» för en stads elektricitetsverk såsom stadens organ.

[2] Se ovan s. 422 f.

seine Handlungen verantwortlich erklärt werden kann». Jämför man dessa ord, särskilt pluralformen »seine Handlungen» och ordet »verantwortlich» med andra stycket i nuv. OR 55, ävensom med formuleringen av culpa-regeln i äldre OR 50, får man intrycket, att det är actors *otillräknelighet i allmänhet*, som i äldre OR utesluter principalens regressanspråk, och att en självfallen utgångspunkt är, att principalansvaret förutsätter actors culpa.

Att äldre OR 62, trots sina ordalag, för principalansvaret förutsatte actors culpa, har naturligtvis också förfäktats.[3] Men de mest betydande auktorerna, Bieder och Burckhardt, ha icke ansett det nödvändigt för principalansvaret efter äldre OR 62, att actor kulpost vållat skadan.[4] Och det nuvarande stadgandet (OR 55) torde icke av någon ha givits denna innebörd.[5] Å andra sidan kan man naturligtvis icke komma ifrån *den* allmänna »Voraussetzung der Haftung» enligt OR 41, att actors handling måste ha varit objektivt »widerrechtlich», d. v. s. »rättstridig».[6] Att den även — såsom *vanligen* är fallet — varit kulpos, d. v. s. subjektivt rättstridig, utesluter naturligtvis icke principalansvaret. Emellertid lär det ha inträffat, att principalansvar icke utdömts, när actor »ganz *ausserordentlich leichtfertig*» anstiftat skadan, enär »eine *solche Leichtfertigkeit ausser* dem *Bereiche* der *Voraussehbarkeit* lag».[7] Denna synpunkt har dock förvisso icke anlagts till hävdande av principalens an-

---

[3] Se t. ex. Gysler s. 20–28. Denne bygger bl. a., s. 22 f., på ordalydelsen i OR 63. Gysler vill dock icke — såsom Junier i Revue judiciaire 1884, s. 353 — direkt påstå, att bevisskyldigheten med hänsyn till actors culpa vilade å den skadelidande. Frey, som blott uttalar sig om äldre OR 61 (jfr ovan s. 422 n. 8 in f.), menar, s. 64 ff., att endast actors kulposa skadegörelse kunde förmedla där avsedda ansvar. Vad som i sådant avseende gällde detta ansvar måste emellertid också gälla principalansvaret i äldre OR 62.

[4] Bieder s. 346–352 och s. 360 f.; Burckhardt s. 544. Denne senare auktor skulle helst vilja stryka OR 63, och hans förnekande av kravet på actors culpa såsom en förutsättning för principalansvar synes mig snarare ske »de lege ferenda» än med hänsyn till den då gällande lagen.

[5] Jfr t. ex. Fick s. 153 nr 19 och s. 157 nr 79 (indirekt), och se vidare Becker I s. 241; Oser (1915) s. 232; Oser-Schönenberger I s. 393 och 397; v. Thur I s. 381 f.; Oftinger II s. 517 f.; Wattenwyl s. 100 ff.; Maag s. 79; Chamorel s. 31. — Den så vitt jag vet enhälliga inställningen angående tolkningen av OR 55 på denna punkt torde — utöver den åtminstone ganska tydliga formuleringen av dess andra stycke (ovan s. 422) — bero på att vid lagens tillkomst ett yrkande på formuleringen »*schuldhaft* verursacht» icke antogs. I en dom 1924 förklarade Bundesgericht för övrigt, att »ein Verschulden» från actors sida vore något, »worauf es für die Haftung des Geschäftsherrn nicht entscheidend ankommt»; se BGE 50 (1924) II s. 494.

[6] Om en mera kortfattad innebörd i denna inskränkning se ovan s. 409 f.

[7] Fick s. 154 nr 26. Vilket det åsyftade fallet skall vara och huruvida det avdömts efter äldre eller gällande OR har jag icke kunnat utröna.

svarsfrihet i princip, när actor har handlat i *culpa lata* eller till och med *dolus*, omständigheter som tvärtom icke utesluta principalens ansvarighet.[8] Oftinger menar, att ett sådant handlingssätt från actors sida mestadels skulle komma principalens »Befreiungsbeweis» att misslyckas ifråga om *cura in eligendo*. Men å andra sidan uppstode frågan — särskilt i fall av actors dolus — om icke actors handlingssätt saknade det för principalansvaret erforderliga sammanhanget »mit der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung».[9]

Principalansvaret i Schweiz tycks icke längre ha den stora betydelse, som man tilltrodde detsamma vid dess tillkomst genom den äldre OR. Då menade man, att stadgandet bl. a. skulle ha betydelse som ett led i det legala arbetarskyddet. Men med nuvarande OR infördes också art. 339 därst., som tillsammans med KUVG lämnar föga rum för användning av OR 55 i nämnda avseende. Lagar, som i övrigt anses hava kringskurit den praktiska betydelsen av OR 55, äro Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen (1902) och Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr (1932), artt. 37 ff. Det enligt OR 58 å ägaren till en byggnad eller annat med marken förenat »Werk» vilande ansvaret för skada, som byggnaden eller »verket» förorsakar »infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung» lär åberopas oftare än principalansvaret. Icke desto mindre synes man dock vara på det klara med att art. 55 alltjämt har »ihren wichtigen Platz und wäre im System des schweizerischen Schadensersatzrechts nicht zu missen».[1]

Innan jag lämnar det schweiziska principalansvaret, måste jag erinra om att man i praxis finner tydligt bevis för att bakom detsamma ligger bl. a., kanske framför allt, den franska riskteorien med dennas särskilda rättvisemotivering: *ubi emolumentum ibi onus*. Saken framträder särskilt

---

[8] Att principalen i princip svarar även för både grov culpa och dolus hos actor framgår indirekt av vissa uttalanden hos Oser, s. 232, och Oser-Schönenberger I s. 393 nr 19. Kort dessförinnan har hos båda anförts ett exempel, innefattande att principalen svarar, jämväl om actor handlat »absichtlich»; se Oser-Schönenberger I s. 392 nr 16. Senare ha vi Bundesgerichts egna expressiva uttalanden i BGE 56 (1930) II s. 285. Sedan här upprepats, att actors »Verschulden» icke förutsattes för principalansvaret, heter det: »Umgekehrt vermag ihn (den Geschäftsherrn) ein Verschulden des Täters von der Haftung nicht zu befreien, selbst wenn es in Arglist oder grober Fahrlässigkeit besteht.» Oftinger, II s. 518, säger emellertid endast, att principalansvar »auch dann in Betracht kommen *kann* (kurs. här), wenn das Verschulden der Hilfsperson *grob fahrlässig* oder dolos ist». Vad han därmed menar, framgår av det strax här nedan i texten sagda. — Se även nedan s. 506.

[9] Oftinger nyss anf. st.

[1] Oftinger II s. 479 f.

tydligt i två Bundesgericht's domar, som jag påträffat, sannolikt i flera. I den sista av dessa domar heter det:

»Art. 55 OR beruht auf dem allgemeinen Gedanken, dass wer — wie hier der Beklagte — eine Besorgung zu seinem Nutzen durch einen andern verrichten lässt, auch das Risiko für den Schaden tragen soll, der Dritten aus der Verrichtung durch die Hülfsperson erwächst.»[2]

[2] BGE 46 (1920) II s. 126. Nästan ordagrant samma formulering har förut givits i en av de här ovan berörda domarne, BGE 41 (1915) II s. 497.

Dansk och norsk rätt.

Vad så dansk och norsk rätt i denna fråga angår, tyda de lika lydande lagorden (D. L. 3–19–2 och N. L. 3–21–2) och rubrikerna över de ifrågavarande kapitlen närmast på, att ett tjänstelegoförhållande föreligger mellan »husbonden» och »tjener eller anden».[3] Dessa sista ord tyda på att ansvaret icke förutsätter actors stadigvarande tjänst hos principalen; också ett engångsuppdrag faller under stadgandet[4], vars uttryck »fuldmagt» naturligtvis icke är att fatta i nutida juridisk-tekniska mening.[5] Det enkla tjänsteförhållandet (mellan »husbonde» och »tyende») är det som stadgandet ursprungligen framför allt haft i sikte. Numera torde kunna sägas, att *i princip* vilken tjänstelega som helst kan grunda det för stadgandets tillämpning nödiga förhållandet mellan principal och actor.[6] Ehuru trots ordet »fuldmagt» det sålunda är tydligt, att avtal av typen mandat i egentlig mening icke ursprungligen varit avsett i artikeln, så kan denna dock anses tillämplig, även om actors »hverv» gått ut på slutandet av rättsärende eller eljest på att utföra en eller flera rättshandlingar.[7]

[3] Lagstadgandenas ordalydelse har angivits här ovan s. 222. — De stå under denna kapitelrubrik: »Om Tienestefolk på Landet og i Kiøbstæderne, Inderster og Løsgængere.» Det senare ordet avser personer utan tjänst eller i allt fall utan fast bostad, alltså vad vi stundom kalla landstrykare eller lösdrivare. »Inderst» är ett gammalt ord, numera allmänt använt blott i dialekter. Det betyder: person, som innebor hos en hemmansägare eller torpare och som — utan att hava fast tjänst hos denne — har sitt eget hushåll. (Se Ordbog over det Danske Sprog, Bd 9, sp. 279.) Om »anden» i § 2 jämväl ansetts omfatta dessa två kategorier, vet jag icke. Det är väl troligt (så tycks Øvergaards mening vara, a. a. s. 182) men icke nödvändigt, synes det, eftersom vissa andra paragrafer i kapitlet uttryckligen nämna »Løsgængere» och »Inderster».

[4] Se Ussing Erstatningsret s. 95; Øvergaard s. 184.

[5] Stang omskriver »fuldmagt» med »hverv» i mening av »paalæg, opdrag, erende». »Vil man overhodet forstaa artikeln, maa man holde sig paa det klareste for øie, at den ikke har nogetsomhelst at gjøre med læren om fuldmagt», s. 198.

[6] Till detta kan åtminstone indirekt slutas från uttalandena hos Stang s. 202 f.; Ussing a. a. s. 95 och Øvergaard s. 183.

[7] Morgenstierne säger, att »Fuldmagt» i N.L. 3-21-2 må antagas ha betydelsen av mandat, alltså »Overdragelsen eller Udførelsen for andre af et hvilketsomhelst *Hverv*, det vedkomme Representation ved Afslutning af Retshandler eller ikke», s. 48 n. 79. Detta synes också vara Stangs mening, se noten näst före föregående och hans a. a. s. 198 n. 4. »Fuldmagt» säger Ussing betyder »Hverv» och det »af enhver Art, og

Vad jag nyss sade om vilken tjänstelegas som helst principiella duglighet som underlag för principalansvaret innefattar, att actor synes kunna vara hur högt uppsatt som helst, blott han är underordnad principalen, så att denne, om han vill, kan gripa in och leda arbetet, d. v. s. »har kommandoretten».[8] Vad denna inskränkning egentligen betyder, är det dock mycket svårt att få någon klarhet i. Enligt Øvergaard synes senare norsk lagstiftning visa, att ansvaret efter 3–21–2 »ikke alene gjelder de rent underordnede personers rettsbrudd i tjenesten, men også sådanne feil som begås av personer hvis stilling er av en mer selvstendig art, såsom representant, mester, fullmektig og formann» m. m.[9] Øvergaard nämner i det sammanhanget också, att ehuru »skipperens stilling er i høi grad selvstendig», skulle redaren likväl vara ansvarig för hans »rettsbrud i tjenesten» enligt 3–21–2, *om* detta stadgande hade tillämplighet också på sjöfartsförhållanden.[1]

En person, som av ett bolag eller en enskild anställes t. ex. som överingeniör vid ett industriellt företag eller disponent för en fabrik, är arbetstagare i en tjänstelega. Svarar nu principalen för den skada, som överingeniören eller disponenten (kulpost) tillfogar tredjeman? Man får icke full klarhet häri. Stang säger, att utanför tjänsteförhållandet[2] faller »gjennemgaaende de tilfælde, hvor man bruker fremmed hjælp, fordi man ikke selv er sakkyndig, eller fordi man er avskaaret fra at planlægge eller lede arbejdet». Dessa ord *kunna* mycket väl, men behöva ingalunda alltid, vara tillämpliga på nu antydda förhållanden, fastän tjänstelega ligger i bakgrunden för dem. Men Stang belyser icke sitt uttalande med sådana exempel utan endast med fall, i vilka actor är entreprenör eller dylikt, i allt fall arbetstagare i ett arbetsbeting.[3] Bland de rättsfall, som Øvergaard anför, finner man ingen actor i »högre» ställning än farmaceut och »stasjonsmester», för vilka då apotekaren, resp. järnvägen svarar.[4] Bland senare rättsfall i Norge har jag endast

navnlig saavel Foretagelse af Retshandler som anden Virksomhed», a. a. s. 95. — Øvergaard, s. 182 ff., talar om »arbeidsforhold» (grundat på kontrakt eller annat) och »arbeidsherreansvar».

[8] Stang s. 202 f. Se även Ussing Erstatningsret s. 95.

[9] Øvergaard s. 183.

[1] Øvergaard s. 183.

[2] Jag utgår från, att han menar ett under 3-21-2 fallande förhållande.

[3] Detta skulle ju tyda på att vid tjänstelega städse principalansvar kunde inträda, alltså även om t. ex. en disponent eller överingeniör varit actor. Märk dock å andra sidan citatet från Øvergaard, enligt vilket actor (för principalansvarets inträdande) icke behöver ha varit en »*rent* underordned» person utan jämväl kan ha varit person »hvis stilling er av en *mer selvstendig* art» (vilket senare dock icke tyder på chefställning i ett stort företag); kurs. här.

[4] Øvergaard s. 183. Farmaceutfallet berört nedan s. 470. — Nu bör ju emellertid

funnit principalansvar för helt underordnade personer. Vad Stang och Øvergaard verkligen ha för mening ifråga om principalens ansvar, när avtalet är en otvetydig tjänstelega av nyss berörd art och actors ställning följaktligen har en påfallande självständighet i arbetets utförande, kan jag icke känna mig fullt övertygad om. Vi ha emellertid i Norge ett uttalande av Lagmansretten, som dock synes innebära, att principalen icke blir ansvarig för actor på grund av vilken tjänstelega som helst. En åskådare ansågs av Lagmansrätten ha blivit skadad genom ett nummer utfört av artister, engagerade av Oslo Fornøielsepark. Att denna, sade domstolen, »ikke er ansvarlig efter N. L. 3–21–2 finnes ikke tvilsomt. Det foreligger ikke mellem Oslo Fornøielsepark og artisterne et sådant tjenesteforhold som dette lovsted forudsetter». Denna fråga bedömdes tyvärr icke av H. R. Ty denna fann det icke utrett, att skadan verkligen orsakats av någon av artisterna.[5]

---

märkas, att sådana personer dock i väsentliga avseenden icke blott kunna utan måste handla, såsom det heter, på eget ansvar. Men de kunna dock icke sägas ha ledningen av arbetet, såsom t. ex. en överingeniör eller disponent i särskilda fall. — Emellertid synas nu, åtminstone stundom, sådana personer som en överingeniör, farmaceut m. fl., vara — liksom sjukhusläkaren — engagerade att utföra *operae liberales* (freie Dienste). Återkommer senare till denna kategori. (Ang. Øvergaard se också nedan s. 453 n. 2 a.)

[5] Se Rt. 1939 s. 210. Det var fråga om skada genom lossning av löst skott under uppvisning av motorcykelkörning och trapetskonster. En ordentlig kontrollering av ammunitionen och skjutinstrumentet skulle ha förebyggt den olycka, som Lagmansretten antog ha ägt rum. Det kan ju råda ett visst tvivel om, varthän ett avtal om dylika artistprestationer skall hänföras, om till tjänstelega eller arbetsbeting. Arbetstagarne kunna ju sägas ha åtagit sig att *slutföra* ett eller flera nummer. Ur den synpunkten skulle avtalet möjligen kunna rubriceras såsom arbetsbeting, ehuru det tydligen varit fråga om dessa nummers upprepande under en viss tid. Men rubriceringen i och för sig av förhållandet som tjänstelega eller arbetsbeting behöver icke spela någon roll. I fall av denna art måste ju alltid en viss övervakningsmöjlighet stå den engagerande (arbetsgivaren) till förfogande, även om avtalet rubriceras såsom arbetsbeting. — Vi ha emellertid ett liknande fall av ansvarsfrihet för den engagerande (en cirkusdirektris) i dansk praxis (U. f. R. 1938 s. 969). Ett häståkdon skrämdes av en elefant, som på gatan framfördes av sin ägare Zirow, med djuret engagerad av direktrisen mot visst månatligt honorar. D. L. 3-19-2 befanns av Østre Landsret icke tillämplig »*allerede* fordi Artist Zirows Førelse af Elefanten ikke er sket i hendes (direktrisens) Ærinde» (kurs. här). »Allerede» tyder på möjligheten av att direktrisen icke ens skulle blivit ansvarig om skada skett genom Zirows framförande av elefanten under en föreställning. — I engelsk judikatur finns ett fall, »where a member of the audience was struck by the heel of a dancers shoe which flew off during kick». Fallet finns inte refererat i The law reports, utgivna av The Council of law reporting, men återfinnes enligt Batt-Vaines, s. 291 n. 4, i (1939) 4 the All England Reports 609. I detta fall — Fraser & Wallas v. Elsie and Doris Waters — befanns något förhållande av »master and servant» icke föreligga mellan »the producers» av en varietéföreställning och de engagerade artisterna, »although the relationship between them involved a certain element of supervision and control by the producers» (Batt-Vaines, texten å s. 291. Angående sammanhanget, vari fallet indragits av Batt-Vaines, se ovan s. 400.)

Ussing karakteriserar det ansvarsgrundande förhållandet så, att

»Hvervgiveren staar som Herre i Forhold til Arbejderen i den Forstand, at han har *Ret til at lede Hvervets Udførelse* og derfor navnlig har Ret til at instruere Tjeneren og føre Tilsyn med Udførelsen af Arbejdet. Derfor omfatter Reglen ikke Personer, der faar det Hverv selvstændig at udrette noget, saaledes at vedkommende selv er Herre over, hvilken Fremgangsmaade han vil benytte. — Grænsen er vanskelig at drage.» Till stöd för detta påstående hänvisas till fem rättsfall.[6]

Dessa rättsfall (intet av dem avdömt av H. R.) utsäga icke något till ledning för en sådan fråga, som jag nu berört. I ett fall utdömdes ansvar i »Medfør af D. L. 3–19–2», fastän det synes kunna ha ifrågasatts, att arbetsbeting och icke tjänstelega varit förhanden (U. f. R. 1931 s. 561). I ett annat förelåg arbetsbeting, men ansvar utdömdes likväl, varvid domstolen lämnade öppet, om ansvar efter 3–19–2 kunde utdömas, och lät ansvaret bero på handlingssättets från entreprenörens sida farlighet för trafiken, något som »Amtsraadet» i egenskap av vägmyndighet då hade att svara för (U. f. R. 1928 s. 953). I ett tredje fall förelåg nog, ehuru det icke klart framgår av referatet, tjänstelega. Principalen friades emellertid, enär han vid tillfället ifråga icke haft sådan kontroll över actor vid dennes skötsel av ett av principalen uthyrt »Tærskeverk med Lokomobil», att »Bestemmelserne i D. L. 3–19–2 vil kunne bringes til Anvendelse» (U. f. R. 1919 s. 768). De två återstående fallen äro utan intresse under den rubrik som nu behandlas.

I dansk praxis har jag sett ett fall, vari en »Fabrikinspektør» (förmodligen motsvarande »yrkesinspektör» hos oss) ådrog både sig och sin principal ansvar. Men principalen var här staten, närmare bestämt »Socialministeriet».[7] Nu skulle ju en sådan inspektör, vad självständigheten i arbetet angår, mycket väl kunna likställas med t. ex. en överingeniör i ett privat industriföretag. Likväl kunna vi här icke draga någon slutsats. Ty, såsom det heter i domen, »fra grundsætningen i D. L. 3–19–2, der angaar privatretlige Forhold, kan ikke drages nogen Slutning med Hensyn til, om Staten efter dansk Ret hæfter for den Skade, der forvoldes af dens Tjenestemænd under Udøvelsen af deres Tjenestepligt». Vi ha i annat sammanhang (ovan s. 248 f.) redan sett, hurusom Vestre Landsret i en senare dom än denna (U. f. R. 1944 s. 850) erinrat om, att D. L. 3–19–2 icke, såsom endast avseende privaträttsliga förhållanden, kunde åberopas till stöd för statens ansvar. Emel-

[6] Ussing, Erstatningsret s. 95 f.

[7] Se U. f. R. 1943 s. 1072. Skadan inträffade genom »Fabriksinspektørens» avprovning av en säkerhetsanordning på en boktryckningsmaskin.

lertid dömde H. R. i det fall, som nu intresserar oss, staten ansvarig. Men motiveringen är sådan, att man icke kan draga den slutsatsen, att en i privaträttslig tjänst stående actor med motsvarande självständighet i sitt arbete skulle kunna föranleda principalansvar (alltså ansvar enligt 3–19–2).[8]

Här bör kanske för fullständighetens skull nämnas, att man — oaktat tendensen att beträffande frågan om statens ansvar för skada genom statstjänares handling utesluta användningen av D. L. 3–19–2 — dock synes såsom något ganska klart tillämpa artikeln ifråga om en kommuns ansvarighet.[9] Ett fall har här särskilt intresse: kommunen svarade för skada å en elev vid kommunal skola, vilken skada såtillvida berodde på en lärares oaktsamhet, att denne hade tillåtit en uppvisning bl. a. i konstskjutning utan att låta vidtaga nödiga försiktighetsåtgärder. Läraren dömdes ansvarig men även kommunen, den senare med följande motivering:

[8] I denna motivering heter det bl. a. följande. Uttryckligt lagstadgande är intet nödvändigt villkor för statens ansvar för statstjänares skadegörande handlingar. Avgörandet måste träffas utifrån sakens natur under avvägande av de särskilda omständigheterna. I hittillsvarande praxis har emot statens bestridande sådant ansvar icke utdömts, »men det ses ej heller statueret, at Ansvar for Tjenestefejl ikke paahviler Staten». Därefter påpekas att den skadelidande varit pliktig att tåla ingreppet och förhindrad att influera på tillvägagångssättet därvid. Då det berodde på omständigheterna, huruvida actor hade den nödiga ekonomiska förmågan för skadeståndet, »skønnes det ubilligt og ikke i Overensstemmelse med dansk Rets Principper i øvrigt, om Kravet ikke kunde gøres gældende tillige mod Staten, efter hvis Paabud Indgrebet er sket». Ytterligare sades, att när tjänstemannen genom blott enkel oaktsamhet kunde ådraga sig ett skadestånd, vars fullgörande icke stode i något rimligt förhållande till hans »af Embedets Aflønning betingede ekonomiske Bæreevne», så måste det »statueres», att staten i dylika tillfällen — *i överensstämmelse med vad som antagits för kommunernas del* (kurs. här) — hade att ansvara direkt gentemot den skadelidande. Se U. f. R. 1943 s. 1079 f. — I fallet i U. f. R. 1950 s. 126 hade en soldat på vakt i strid mot reglementet samtalat med en förbigående kvinna och visat henne, hur man skulle använda maskinpistolen, varvid ett skott gick av och dödade henne. Staten dömdes ansvarig, men detta ansvar, sade Østre Landsret, kunde »i et Tilfælde som det foreliggende ... ikke støttes paa D. L. 3-19-2» utan på andra grunder, bl. a. att vakten stod under militärt kommando och var utrustad »med et særlig farligt Vaaben» samt att hans fel begåtts »under Udøvelsen af den ham paalagte Tjeneste». H. R.:s majoritet fastställde ansvaret kort och gott på grund av förbindelsen mellan olyckan och vakttjänsten samt »de i dommen i øvrigt anførte grunde». — I fallet i U. f. R. 1950 s. 386 friade V. Landsret statens sinnessjukhus från ansvar. Olyckan hade inträffat genom oaktsamhet av en patient, av ett sådant sjukhus anlitad som kusk. Likväl förklarades att statens ansvar icke kunde utdömas »ifølge D. L. 3-19-2». — Gentemot det nu sagda synes det mig svårt att få någon rätsida på fallet i U. f. R. 1950 s. 255: generaldirektoratet for statsbanerne dömdes av Ø. Landsret ansvarigt »i Medfør af D. L. 3-19-2» för skada å en »extraarbejder» genom en »overportør».

[9] Se t. ex. U. f. R. 1942 s. 304; se jämväl vad jag kursiverade i föregående not, avseende ett domsuttalande i U. f. R. 1943 s. 1079 f.

»Naar imidlertid henses til, at Kommunens Lærere har haft en staaende Tilladelse til uden at søge særlig Tilladelse at lade afholde Forevisninger for Skolens Elever, og at disse Forevisninger maa anses for et Led i Skolundervisningen og Børnenes Opdragelse, kan disse Indsigelser (gående ut på att 3-19-2 eller dess analogi, icke vore användbar i fallet) ikke gives Medhold . . .»[1]

Fallet har ju en viss motsvarighet i det ovan berörda engelska Smith v. Martin and the Corporation etc., varom närmare Bd I s. 479 f. och här ovan bl. a. s. 388.

Emellertid måste jag säga, att jag varken i norsk eller dansk rättspraxis funnit något fall, utvisande att principalansvar inträdde, även om skadan berott på culpa hos en — visserligen i tjänstelega — engagerad actor med hög och mycket självständig ställning. Å andra sidan har jag icke heller funnit något fall, vari principalansvar på grund av sådan ställning hos actor har avvisats.

Däremot torde man nog, beträffande både dansk och norsk rätt, kunna känna sig övertygad om, att beställaren vid vad som är att betrakta som ett klart arbetsbeting icke svarar för skada genom entreprenören eller dennes folk. Detta synes vara inneslutet i Ussings nyss citerade ord och erhåller åtminstone visst stöd i dansk praxis.[2] Øvergaard, som med hänsyn till användningen av N. L. 3–21–2 andragit åtskilliga fall, nämner egentligen blott ett (äldre) fall, som belyser frågan om arbetsbeting som möjligt underlag för förhållandet mellan svaranden och mellanhanden enligt den ifrågavarande artikeln.[3] I detta fall (RT 1898 s. 529) förelåg visserligen ackordsarbete, dock icke av den mera osjälvständiga typ som i NJA 1926 s. 220. Tvärtom synes ett klart

---

[1] U. f. R. 1941 s. 599. Jfr ib. 1942 s. 445.

[2] Belysande är i dansk praxis en dom av Ø.L. i U. f. R. 1939 s. 784: ansvaret skulle endast kunna stödjas på D. L. 3-19-2, sade domstolen, »og da de paagjældende Arbejdere ikke har været i de Sagsøgtes, men i vedkommende (av svarandebolaget engagerade) Entreprenørns Tjeneste, kan de Sagsøgte allerede af denn Grund ikke anses ansvarlige for den omhandlede Skade». Saken gick till H. R., som icke heller fann D. L. 3-19-2 tillämplig i fallet. — I fallet i U. f. R. 1945 s. 1176 ogillade Sø- og Handelsretten en talan om principalansvar, enär »Andersen maa antages at have udført det paagjældende Arbejde selvstændigt og fuldt ud paa eget ansvar». Skadan hade här skett å kärandens fartyg vid lastningsarbete utfört av en »Stenhuggermester Andersen og to af hans Folk». Själva fallet säger dock kanske icke så mycket, enär — åtminstone formellt — avtalet om lastningen slutits mellan käranden och Andersen, och icke mellan käranden och svaranden, vilken emellertid hade anmodat Andersen att i svarandens stenbrott bryta ett parti granitblock och föra det till hamnen. Men de citerade orden utvisa i allt fall, att artikeln ifråga icke har användning, om ett klart arbetsbeting föreligger i förhållandet mellan svaranden och mellanhanden.

[3] Øvergaard s. 183 f.

arbetsbeting ha förelegat, fastän mellanhanden var en enkel arbetare.[4] Icke desto mindre har det icke betraktats som alldeles givet, att stadgandet icke vore tillämpligt. I överrätten uttalade en assessor, att actor, Osuf Larsen, hade utfört »den omhandlede Myrbrænding» som ackordsarbete; följaktligen »kan N. L. 3–21–2 ikke her komme til Anvendelse». De två andra i överrätten friade också svaranden-»principalen», men på annan grund. Den förstvoterande i H. R. friade från ansvar på grund av bristande utredning om orsaksförhållandet och hade följaktligen ingen anledning bedöma räckvidden av 3–21–2. Assessor Thoresen sade dock, att artikeln saknade tillämplighet, enär svaranden icke var Osuf Larsens »Husbond» i lagens mening utan »hans Medkontrahent, der for en bestemt Betaling har paataget sig et Arbeide, med Hensyn til hvis Udførelse han intager en selvstændig Stilling». Assessor Motzfeldt anslöt sig visserligen till Thoresen, men sade dessförinnan: »Det har for mig stillet sig overmaade tvivlsomt, hvorvidt ikke N. L. 3–21–2 her maa komme til Anvendelse, Tilfældet ligger paa Grændsen.» Ungefär samma ståndpunkt som Motzfeldt intog en fjärde ledamot. Och den sist voterande, justitiarius Lambrecht, utdömde principalansvar enligt nämnda stadgande.[5] De två återstående, som bedömde målet i H. R., synas, liksom den förstvoterande ledamoten, ha önskat undvika att direkt uttala sig om användbarheten i fallet av N. L. 3–21–2. Den ene utdömde ansvar efter culpa-regeln; den andre gick i likhet med den förstvoterande på bristande utredning om kausalitet mellan actors handlingssätt och skadan.

Øvergaard nämner även ett senare fall (Rt. 1921 s. 529), i vilket — ehuru det icke direkt är fråga om arbetsbeting — likväl stöd kan erhållas för att principalansvar icke vilar å beställaren i ett klart arbetsbeting.[6] Øvergaards arbete utkom som bekant 1942. I årgångarne 1940–49 av Norsk Retstidende har jag icke funnit något fall, som varit av intresse för nu berörda fråga.

I dansk praxis förefaller mig spörsmålet om principalansvar överhuvud ha större betydelse än i norsk.[6a] Øvergaard hänvisar visserligen till åtskilliga fall angående detta ansvar i norsk praxis, men de sträcka sig

[4] »En akkordarbeider vil imidlertid som regel være så selvstændig, at forholdet ikke gaar ind under 3-21-2», säger Stang s. 203.

[5] Han menade, att Osuf Larsen icke kunde anses som en självständig entreprenör i förhållande till svaranden utan som en vanlig »Dagarbeider, der havde paataget sig som Akkord et bestemt Arbeide, hvortil Indst. havde leiet ham».

[6] Øvergaard s. 184.

[6a] Platou, s. 477, uttalar motsatsen. Vi avse dock skilda perioder. Jfr Ussing, Erstatningsret s. 92.

över en lång period, från 1898–1936.[7] I Rt. för tiden 1940–1949 har jag blott funnit två fall, i vilka principalansvar utdömts. I det ena fallet (Rt. 1940 s. 503) hade en hyresgäst skadats genom ett fel på en fastighetsägaren tillhörig elektrisk mangel. Felet ansågs bero på att en montör hade varit oaktsam vid monteringen av mangeln. Felet kunde ha bestått i att han glömt sätta in en splint eller att han underlåtit att saxa en isatt splint. »Hva enten», sade H. R., »det ene eller det annet er tilfelle, er det imidlertid klart at Lemkuhl (principalen) må bære ansvaret for den feil som hans folk her har begått.» Egendomligt nog — förefaller det mig — nämnes N. L. 3–21–2 icke i någon av instanserna. — I det andra fallet (Rt. 1941 s. 826) var lagmansretten sista instans. En firma dömdes ansvarig för skada, som en cyklande springpojke i dess tjänst vållat genom oaktsam cykling vid utförandet av ett ärende. Stadgandet tillämpades, trots det att springpojken använt cykel i tjänsten, ehuru detta var honom förbjudet av principalen. I detta avseende hänvisade byretten till ett uttalande av Stang.[8]

Att i *norsk* praxis N. L. 3–21–2 — åtminstone efter vad det, såsom jag nyss nämnde, synes mig — har mindre betydelse än motsvarande stadgande i dansk praxis *kan* sammanhänga med farlighetsansvarets större betydelse i norsk än i dansk praxis. Det finns mindre anledning för en skadelidande i Norge än i Danmark att påvisa skadans uppkomst genom anställds culpa, enär den skadelidande i Norge lättare kan hävda farlighetsansvar. Från *dansk* praxis må emellertid nu ytterligare ett par synpunkter beröras.

Av flera fall framgår, att liknande princip som hos oss är rådande, nämligen att arbetsgivaren-principalen icke svarar för skada å någon hans arbetare, vållad av arbetskamrat.[9] Att principalansvaret i dylika fall dock icke nödvändigt förutsätter, att actor haft någon ledning över den skadelidandes arbete eller varit honom överordnad framgår av domen i U. f. R. 1948 s. 643. Vad som här förebygger ansvar torde kunna sägas vara »Arbejdsfælleskab» i viss *trängre* mening.[1]

---

[7] Øvergaard s. 183 f.

[8] Stang, Erstatningsansvar s. 206: om handlingen utförts »mot ordre, er ikke husbonden derfor fri». Frågan hör ju egentligen icke under denna rubrik: Förhållandet mellan principal och actor.

[9] Ussing, Erstatningsret s. 96 hänvisar till en del fall, det första av 1923. I en mängd fall finner man principalansvaret ställas i beroende av att den skadelidande och actor icke voro »Arbeidskolleger» (U. f. R. 1944 s. 1209) eller att »Arbejdsfællesskab» mellan dem icke förelegat (U. f. R. 1945 s. 88, s. 589, s. 843; 1946 s. 134; 1948 s. 643; 1949 s. 374; 1950 s. 255).

[1] I fallet ifråga blev den skadelidande under arbete som »Skibstømrer» på Refshaleøen påkörd av en lastbil, vars chaufför var anställd hos samma arbetsgivare men i

Ett visst intresse har domen av V. Landsret i U. f. R. 1947 s. 156. A hyrde ut sina hästar och vagn jämte kusk till en entreprenör att av denne dagligen mot betalning pr timme användas från kl. 8 till kl. 17. En dag efter omkring en månad — då kusken med fordonet synes ha varit på hemväg — lade hästarna på grund av kuskens oaktsamhet i sken och en person skadades. Kusken hade varje dag fått instruktioner om sina körslor av entreprenörens (alltså icke A:s, svarandens) förmän. Icke desto mindre dömdes A ansvarig för skadan efter 3–19–2, med följande motivering:

»Under Hensyn til, at de Sagsøgte (A hade en kompanjon) har gjort sig Næring af at udleje Køretøjet og herunder har stillet en i deres Tjeneste ansat Karl till Raadighed som Kusk, maa det derhos statueres, at de Sagsøgte maa bære det Husbonden ifølge D.L. 3-19-2 paahvilende Ansvar, hvorved bemærkes, at de af Arbejdsformændene givne Instrukser ikke kan antages at have angaaet, hvorledes Hestene skulde behandles, i hvilken Henseende Kusken maa antages alene at have været undergivet de Sagsøgte.»[2]

Man lägge märke till, att denna dom betonar, att svarandena »gjort sig Næring af at udleje Køretøjet» (och kusken). Detta tyder på, att ansvar icke skulle ha utdömts, om de gratis eller i allt fall utan varje vinningssyfte hade ställt fordonet med kusk till entreprenörens förfogande. Att härifrån sluta till någon viss begränsning av området för tillämpningen av D. L. 3–19–2, när actors tjänster icke »uthyrts» till annan utan lämnats gratis, torde dock vara alltför vanskligt.[2a]

---

dennes avdelning på Christianshavn. Domen (på ansvar »i Medfør af D. L. 3-19-2») icke av H. R. utan av Ø. Landsret. Det synes sålunda mindre vara så, att överordnad eller ledande ställning hos actor förutsättes för principalansvaret, än att *frånvaro* av »Arbejdsfælleskab» i nu belysta trängre mening mellan actor och den skadade utgör en förutsättning för detta ansvar i hithörande situationer. — Också här skulle jämförelsen mellan de ovan s. 402 antydda båda engelska fallen Graham or Miller v. Glasg. Corp. och Glasg. Corp. v. Bruce or Neilson vara av intresse men måste tyvärr av utrymmesbrist utelämnas. Se (utom L. R. App. Cas. 1947 och 1948) Batt-Vaines, s. 471.

[2] Till jämförelse med denna dom erinras om ståndpunkten hos Court of Appeal i de tre »cases» av 1943 och 1945, berörda här ovan s. 396 ff. De i den engelska och danska domstolen tillämpade principerna föranleda väl jämförelse med varandra. Men de äro icke identiska.

[2a] Till förebyggande av ombrytning insättes *här* följande, som hör till s. 446 f. här ovan. I jämförelse med de mera oböjliga kraven på actors subordination under principalen i fransk, engelsk och schweizisk rätt uttrycker sig Øvergaard ganska smidigt. Det måste vara nog, säger han, s. 183, »at der foreligger en arbeidskontrakt som medfører at arbeidstageren har en viss plikt til å efterkomme arbeidsherrens instruksjoner og likeledes i en viss utstrekning er underkastet dennes tilsyn eller kontroll.» Naturligtvis täcker icke heller en sådan formulering alla i högre eller dominerande tjänsteställningar, men »en viss» är dock mycket tänjbart.

FÖRHÅLLANDET MELLAN PRINCIPAL OCH MELLANHAND »DE LEGE FERENDA».

Det säger sig självt efter det föregående, att det för principalansvar nödiga förhållandet mellan principal och actor mestadels kommer till stånd genom det avtal, som vi kalla tjänstelega.[3] Detta behöver emellertid icke betyda, att förhållandet ifråga alltid vore rådande, så snart en tjänstelega otvivelaktigt kunde konstateras. Vi ha sett, att skadegörelse från cirkusartister i norsk, och kanske även dansk, rätt icke ledde till ansvar för nöjesetablissementet; icke heller svarar i engelsk rätt innehavaren av en varieté för skada å någon bland publiken, vållad genom artist.[4] Detta torde gälla, även om avtalet otvivelaktigt vore att fatta som tjänstelega (eller »contract of service»). Vi ha vidare funnit, att uttalandena i vissa länders doktrin äro sådana, att det kunde betvivlas, att exempelvis en självständig disponent eller en självständig överdirektör, ehuru otvivelaktigt anställd i vad vi kalla tjänstelega, genom varje slags kulpos skadegörelse i tjänsten ådroge principalen ansvar. Och vi ha sett, hurusom i engelsk praxis en sjukhusläkare i själva utövandet av sitt yrke icke betraktades som »servant»[5] och alltså icke kunde föranleda sjukhusets ansvar, fastän i vår mening tjänstelega före-

[3] »Diese Ausdrücke ('Geschäftsherr', 'Angestellte oder Arbeiter') weisen zunächst auf ein Dienstverhältnis hin», Oser-Schönenberger I, s. 391. — »Es wird sich zwar meist um einen *Dienstvertrag* handeln», Oftinger II, s. 504; jfr ovan s. 432 n. 9. Detsamma kan naturligtvis sägas med hänsyn till BGB § 831, ehuru det i kommentarerna icke plägar direkt markeras. Indirekt framgår det dock ofta av kommentarerna. Se t. ex. Soergel II, 2 a till § 831. Staudinger säger, att det i § 831 avsedda förhållandet »insbesondere» kan föreligga »beim Auftrag, Dienstvertrag und bei der Gesellschaft». Meningen är säkerligen icke att uppdraget här skulle ha större eller ens lika stor betydelse som tjänstelegan. »Auftrag» är ju i tysk rätt icke ett oneröst avtal. — Beakta även särskilt stadgandena i D. L. 3-19-2 och N. L. 3-21-2, ävensom den engelska formuleringen »master's liability for the acts of his servant», för att nu icke nämna beteckningen »maître et domestique» i C. civ. art. 1384. »Commettants» och »préposés» ha för övrigt också framför allt avseende på arbetsgivare och personer anställda genom vad som hos oss är tjänstelega.

[4] Se ovan noten å s. 447 n. 3.

[5] Låt vara att under sista decenniet vissa tvivelsmål på den punkten gjort sig gällande ifråga om läkare i strikt mening tillhörande »the medical staff» på sjukhuset, alltså icke »visiting doctors» eller »consultants».

legat. Liknande kunde för övrigt, såsom vi sett, sägas även om fransk praxis. Emellertid har jag ingenstädes[5a] funnit, vare sig i doktrin eller praxis, något *princip*uttalande om, att en i tjänstelega (eller därmed likvärdigt i utländsk rätt) engagerad person i chefsställning eller i allt fall i mer eller mindre överordnad ställning på grund av sin självständighet icke skulle kunna föranleda principalansvar för företagets innehavare. I England betraktas otvivelaktigt en person som anställes av en företagare såsom t. ex. disponent eller chef för en stor verkstad, såsom alla andra anställdas »fellow-servant». Och i egenskap av »servant» måste han principiellt — d. v. s. bortsett från »the doctrine of common employment»[6] — kunna föranleda »master's liability». Emellertid skär sig dylikt mer eller mindre skarpt mot de snart sagt i alla främmande rättsdoktriner[7] proklamerade parollerna om att principalen måste kunna bestämma inte blott »what to do» utan även »how it is to be done». Hos *oss* tycks egentligen — nära nog tvärtom — det enda vissa på detta område ha varit, att principalansvar inträder, just när actor haft *ledande* ställning.

Då nu i allt fall tjänstelegan måste principiellt anses vara av dominerande betydelse på förevarande ansvarsområde, uppställer sig den frågan, om icke — trots vad som nu antytts om rättsdoktrinen i utlandet — det för principalansvar nödiga förhållandet mellan principalen och actor *alltid* borde anses vara tillstädes, så snart den senare otvivelaktigt vore engagerad genom nämnda avtal. Denna fråga är närmast motiverad av det möjligen lämpliga i att på området ha åtminstone *en* stor och fast regel. Skall nu sådant undantagas som läkarens handlingar inom yrkesutövning, en disponents, överingeniörs o. s. v. beträffande handlingar, som enligt sin beskaffenhet måst självständigt utövas[8], då borde ju konsekvensen också bli, att principalansvar överhuvud icke kunde följa på *någon* underordnads skadebringande handling, om denna utförts under sådana omständigheter, att principalen saknat varje möjlighet att själv eller genom annan instruera actor eller övervaka hans

[5a] Om jag bortser från den schweiziska inställningen till »freie Dienste».

[6] Se Bd I s. 506 ff. — Som vi sett betraktades i Barwick's case en bankdirektör som »servant».

[7] Vi ha i det föregående beaktat engelsk, (amerikansk), fransk, tysk, schweizisk, dansk och norsk.

[8] De senares handlingar har jag nu visserligen icke sett undantagna vare sig i engelsk eller åtskilliga andra länders rättspraxis (frånsett »freie Dienste» i BGE 33 (1907) II 150). Men *om* läkarens äro det, så borde, tycks det, konsekvensen bjuda, att även åtminstone en överingeniörs, liksom andra personers handlingar vore det, vilka förutsätta vetenskaplig eller i allt fall viss kvalificerad utbildning. Jag återkommer härtill senare.

handling. Visserligen är man ofta angelägen inprägla, att det avgörande »ikke er, hvorvidt husbonden øver nogen myndighet, men hvorvidt han har ret til at øve den».[9] Men vad hjälper »rätten», om — såsom ofta är händelsen även ifråga om helt underordnade anställda — varje *faktisk möjlighet* för principalen att övervaka och instruera eller beordra actor saknas.[10]

Subordinationsförhållandet såsom förutsättning för principalansvaret — denna tanke, upptagen av franska kassationsdomstolen[11] och direkt eller indirekt framträdande i de skilda rättssystemen — synes mig ha anbragts på ett vilseledande sätt. Detta åter torde sammanhänga med, att man önskar, att denna tanke, likaväl som t. ex. profitsynpunkten (ubi emolumentum etc.)[12], skall kunna utgöra en motivering i *rättvisans* namn för ansvaret. Men i själva verket blir den såsom sådan motivering blott en fras, då principalansvar faktiskt överallt utdömes, även om domstolen icke övertygat sig om, att möjlighet funnits för principalen att till skadans förebyggande utöva »de la surveillance» eller utdela »des ordres ou des instructions» till actor. Även om på förhand order och instruktioner ha kunnat givas, så finns dock ofta ingen möjlighet till övervakande i varje ögonblick under tjänstens utförande och till det ingripande till skadans förebyggande, som ett övervakande skulle kunna ha föranlett. Detta gäller, utan att man behöver bokstavligen begränsa dessa verksamheter till principalen själv, d. v. s. även medgivet att övervakandet etc. av principalen må kunna »delegeras» till anställda chefer, verkmästare eller andra arbetsledare. Det sagda innebär, att — även om subordinationsförhållande mellan principalen och actor kan sägas vara rådande — skadan genom actors handlingssätt (i tjänsten) mycket väl kan ha inträffat, *utan att det har någon egentlig mening att åberopa detta subordinationsförhållande såsom förklaring till principalens ansvar* in concreto.

Må så vara kunde härtill sägas, men detta hindrar icke, att man för att åstadkomma en möjligast generell regel faktiskt läte ett s. a. s. principiellt subordinationsförhållande[1] utgöra *rättens* (lagens) kriterium på det förhållande mellan principal och actor, som utgjorde förutsättning för principalansvar. Men att det är detta, som avses, har jag ingen-

[9] Stang s. 203; jfr t. ex. Mazeaud II n. 892 och Ussings uttalande ovan s. 448.

[10] Se t. ex. blott på ett sådant fall som kuskens oaktsamhet i fallet i U. f. R. 1947 s. 156, berört ovan s. 453. Jfr f. ö. s. 399 f. här ovan.

[11] Se Bd I s. 46, s. 66 f. och s. 69.

[12] Se ovan s. 400. Angående ubi emolumentum etc. se dock nedan s. 466 f.

[1] Därmed avser jag, att rätt till instruktioner, övervakning eller kontroll förelåge, så snart som dylikt med hänsyn till yttre förhållanden vore faktiskt möjligt att utöva. — Jfr n. 2[a] å s. 453.

städes sett uttalat. Ty man förutsätter för ansvaret principalens *faktiska* »right» eller »power» att utöva kontroll över actors handlingssätt. Och man ser genast av doktrinens utläggningar, att ett sådant kriterium är alltför vagt och lämnar rum för tvivelsmål. Väl är det klart, att vad som otvivelaktigt blott är arbetsbeting, måste undantagas med hänsyn till arbetstagarens principiella självständighet i arbetet. Men inom tjänstelegans ram torde utläggningarna av subordinationstanken icke kunna giva klart besked.[2] En konsekvens av dessa utläggningar synes bli, att principalansvar i flera fall av tjänstelega icke kunde komma ifråga, fastän meningen tydligen är, att det skall kunna komma ifråga. Om synpunkten av subordination skall anläggas utan att föranleda oklarhet, måste den, tror jag, tagas blott i största allmänhet. Man torde icke utan olägenhet kunna använda subordinationstermen i annan mening, än att actor icke varit »sin egen», icke i egen utan i annans (principalens) tjänst. Subordinationskravet betyder då positivt praktiskt taget intet annat, än att förhållandet mellan svaranden och actor berott på tjänstelega och icke ett regelrätt arbetsbeting (en motsättning som då finge analogiseras, i den mån principalansvar tillåtes utan att vara grundat på tjänstelega).[3] Härutöver blir det en *särskild* fråga, om icke subordinationen *negativt* kan få den betydelse, att, fastän tjänstelega föreligger, principalansvar uteslutes på den grund, att den engagerades verksamhet varit alltför utpräglat självständig såsom t. ex. vid »freie Dienste» (varom nedan).[4]

Det är väl blott helt naturligt, att vi nu först ånyo kasta en blick på vår egen judikatur. Det enda i NJA refererade fall, i vilket svaranden dömts ansvarig för en persons i högt ledande ställning culpa torde vara det gamla i NJA 1881 s. 211. Egloff, en verkmästare, hade satts som *föreståndare* för ett aktiebolags fabrik. Hans ställning var tydligen vad man i allmänhet plägar kalla disponent. Bolaget dömdes ansvarigt.[5] Jag har i Bd II: 1 tagit detta fall som exempel på principalansvar enligt den

[2] Angående norsk och dansk doktrin se ovan s. 446 ff. Angående engelsk rätt se ovan s. 386 ff. och om labiliteten i begreppet »servant» ovan s. 365 f. Se ifråga om fransk rätt ovan s. 360 ff. I schweizisk doktrin synes ganska onödigt subordinationsbegreppet indragas (naturligtvis genom franskt inflytande), fastän man här har relationen mellan »Geschäftsherr» eller, såsom det stundom heter, »Dienstherr», och »Angestellter oder Arbeiter» att hålla sig till. Se ovan s. 427 ff. Den mest invändningsfria ståndpunkten synes ha intagits av Reichsgericht i Tyskland, vilken ståndpunkt doktrinen där i det hela tycks ha godtagit. Se härom ovan s. 412 ff. och citatet nedan s. 493 n. 9 från RGZ Bd 73, 434. Jfr även s. 453 n. 2[a].

[3] Så föga ingripande synes dock subordinationen ingenstädes betraktas, när den skall utföras i doktrinen.

[4] Begreppet berört ovan s. 431 f.

[5] Se Bd II: 1 s. 73 f.

begränsade princip, som vår praxis tillstädjer, då den för ansvaret förutsätter actors »högre» ställning.[6] Hade Egloff varit verkställande ledamot (direktör) i svarandebolagets styrelse, då hade bolaget dömts ansvarigt efter culpa-regeln. Det är därför av vikt, att actor icke var verkställande direktör utan en utanför styrelsen stående disponent eller på annat sätt benämnd föreståndare för eller ledare av ett företag.

I beaktande av ett par senare domar, som strax skola beröras, tror jag, att vi kunna betrakta detta fall såsom uttryck för principalansvar för högre anställds culpa, i paritet med ansvar för t. ex. vanlig verkmästares eller arbetsförmans culpa. Jag menar med andra ord, att vi här i svensk praxis ha ett stöd för att actor kunde ha en snart sagt hur självständig ställning som helst inom tjänstelegans ram och likväl genom sin culpa förmedla principalens ansvarighet. Formuleringen av motiveringen (i HovR:n, oförändrad i H. D.) för ansvaret, är sådan, att man har mycket god grund antaga tanken vara den, att Egloff i egenskap av fabriksföreståndare genomgående handlat såsom bemyndigad eller auktoriserad av bolaget, så att *hans* ifrågavarande culpa vore nära nog att rättsligen betrakta jämväl som bolagets culpa.[7] Nu är detta fall visserligen mer än 70 år gammalt, och det är möjligt, att ansvarsmotiveringen numera skulle ha formulerats annorlunda. Säkerligen skulle emellertid ansvar även i våra dagar ha utdömts. Och det är knappast troligt annat, än att auktoritetstanken på något sätt skulle ha legat i bakgrunden för ansvaret. Ty att denna tanke — efter engelskt föredöme eller icke[8] — haft stor betydelse för våra domar om principalansvar, även när sådant diskuterats utan hänsyn till actors högre ställning, synes framgå av de båda hotellfallen i NJA 1918 s. 604 och 1949 s. 46. Också om portiern i 1918 års fall icke vore att betrakta såsom enkel anställd utan såsom, låt oss säga, en arbetsförman, så torde denna ställning dock icke redan på den tiden ha varit tillräcklig för att motivera principalansvar utan kränkning av »obligation» mellan principalen och den skadelidande.[9] I fallet av 1918 dömdes emellertid hotellvärden ansvarig, enär portiern antogs ha handlat »i sin tjänst och *alltså* å hotell-

[6] Se föreg. not och Bd II: 1 s. 391 ff.

[7] Alexanderson I s. 37 har uttalat sig på ganska liknande sätt om överrätternas omformulering av H. R:ns domskäl: »Måhända kunde en tankegång, föga avvikande från den av dem följda, uttryckas sålunda att en företagare, vilken till annan delegerar den driftsledning, som enligt sakens natur bör ligga i hans egen hand, därmed ej kan fria sig från ansvarighet för denna ledning, resp. att även om företagets omfattning gör ett dylikt delegerande nödvändigt, ändring i ansvarigheten likvisst ej bör inträda.»

[8] Jfr Bd II: 1 s. 398 f. (med hänvisningar till Bd I) och s. 400.

[9] Jfr nedan s. 460 n. 3. — I föreliggande fall har man dock utgått från existensen av den ifrågavarande obligationen, vilken blivit kränkt.

värdens vägnar».[1] I 1949 års fall ogillades skadeståndstalan mot hotellbolaget, enär actor (en nattvaktmästare) genom sin ifrågavarande handling på hotellgästs uppdrag icke kunde »anses ha handlat å hotellföretagets vägnar».[2] Ehuru det icke direkt sägs, är det tydligt, att man funnit den åtagna handlingen (att då och då under natten i den stränga kylan gå ut och starta hotellgästens bil) icke vara utförd i actors hotelltjänst och *därför* icke heller vara utförd å hotellets vägnar. Hade handlingen nu i stället utförts i actors tjänst hos hotellet, då hade — därtill får man väl sluta e contrario — principalansvar utdömts, trots det att actor blott var en nattvaktmästare (låt vara kanske i denna egenskap under natten tjänstgörande såsom portier), och i bakgrunden för ansvaret skulle ligga detta, som ofta uttryckligen framträder i engelska domar, att actor handlat »within the scope of his authority».[2a]

Men detta vore — i ett fall som det föreliggande — blott ett i visst avseende mera uttrycksfullt sätt att framhäva betydelsen för ansvar av att det existerade en bi-obligation mellan hotellföretaget och gästen att genom det förras personal i den förevarande situationen skydda gästens bil mot kölden. En sådan obligations förhandenvaro vore uppenbarligen en förutsättning för att nattvaktmästarens handlingssätt skulle ha fallit inom hans tjänst och skett å hotellföretagets vägnar. Nu är emellertid att märka, att 1949 års mål, enär prövningstillstånd icke meddelades, stannade i HovR:n såsom högsta instans. Möjligt är det naturligtvis därför, att H. D. skulle ha givit annan formulering av motiveringen för talans ogillande. Dock skulle säkerligen i detta fall, såsom redan nämnts, skadegörelsen ha betraktats såsom åsidosättande av en bi-obligation, därest nattvaktmästarens handlingssätt hade ansetts vara utfört i hans tjänst. I ett fall sådant som detta torde sagda omständighet kunna underlätta *auktoriserings*-konstruktionen. För denna vore, kunde man möjligen mena, tjänsteförhållandet i och för sig icke tillräcklig grund. Kanske är det icke uteslutet, att man träffade åskådningen i vår praxis närmast genom följande: Blotta tjänsten gör actor, likaväl i enkel som i högre ställning, auktoriserad, så att han inom tjänsten handlar »å principalens vägnar», när (obligation grundande) *kontraktsförhållande* anses

---

[1] Denna ganska signifikativa formulering har jag tyvärr icke medtagit i referatet av fallet i Bd II: 1 s. 358 f.

[2] Fallet ref. ovan s. 341. Både detta och 1918 års fall berörda nedan s. 499 f. Formuleringen innebär naturligtvis jämväl, att handlingssättet icke innefattat någon obligationskränkning från hotellföretagets sida.

[2a] Flera fall kunde i detta sammanhang andragas, t. ex. NJA 1948 s. 303 (s. 339 f.). Hov R:ns formulering för ansvarsfrihet: subordination förelåg icke. H. D:s ansvarsdom kan sägas grundad på auktorisering eller garanti.

föreligga mellan principalen och den skadelidande. Anses icke sådant förhållande existera, då auktoriserades genom tjänsten blott en actor i ledande ställning.[2b] Detta synes mig — förutsatt att H. D. skulle ha godtagit HovR:ns motivering i 1949 års fall — vara en möjlighet att få någon rätsida på den skadeståndstalan ogillande domen i det kronologiskt ungefär mitt emellan de berörda fallen liggande Fiskebyfallet, NJA 1930 s. 519.[3] Att domstolarne sålunda tänkt sig auktoriseringen som den egentligen rättsliga grunden för principalansvaret hindrar icke att culpa-presumtionen faktiskt spelat roll för dem. Ty att en culpa in eligendo etc. icke är främmande för dem såsom ansvarsgrund är uppenbart (se t. ex. NJA 1914 s. 29, ref. Bd II: 1, s. 378); därmed måste också idén om presumtion om sådan culpa kunna vara aktuell.[4]

Även om principalansvaret i vår praxis väsentligen skulle bero på en auktoriseringsidé, kan denna idé naturligtvis lika litet hos oss som i England vara att fatta alldeles bokstavligen, såsom om actor även i avseende å själva det skadebringande momentet handlat å principalens vägnar. I England har man ju präglat frasen om »master's liability för *unauthorized* modes of doing authorized acts».[5] Om ansvaret verkligen skulle bero på att actor genomgående handlat å principalens vägnar, d. v. s. *rättsligen* i hans ställe, då vore det ju vilseledande att *här* tala om principalansvar i mening av ansvar för *annans* culpa.

Emellertid kan det ju förtjäna påpekas, att *resultatet* rättsligen blir detsamma, vare sig man vid tjänstelega låter principalansvar inträda över hela linjen, d. v. s. även när actor har den mest självständiga ställning (såsom t. ex. disponent), eller om man i sistnämnda fall låter principalen svara såsom ett slags bemyndigare, auktorisator, och låter egentligt principalansvar inträda, blott när actor har mindre självständig ställning.

Eftersom den där auktoriseringstanken alltid innefattar något svävande, tror jag därför, att man — med visst stöd i 1881 års rättsfall

---

[2b] Så kunde också actor i NJA 1948 s. 303 betraktas på grund av vad som förekommit.

[3] Fallet ref. i Bd II: 1 s. 380. Här ogillades talan om principalansvar (när någon slags »obligation» icke kränkts), på den grund att actor icke varit principalbolagets »tjänsteman i den ställning att bolaget är för hans vållande ansvarigt».

[4] I diskussionen av det nämnda fallet i NJA 1914 s. 29 har jag — på grund av domsmotiveringen — utgått ifrån, att domstolarne haft möjligheten av principalens culpa in eligendo etc. i sikte. Eljest är min mening, att vår praxis ansett auktoriseringslinjen vara den egentligen rättsliga. När jag, Bd II: 1 s. 400, talar om den »kanske även hos oss mera kuranta åsikten, om culpa-presumtionen såsom grund till ansvaret» har jag icke särskilt haft domstolarne i sikte.

[5] Se Bd I s. 486.

— bör *de lege ferenda* hävda, att det är principalansvar, som inträder, också när actor har en högst självständig syssla, om han fullgör denna på grund av det avtal, som hänföres till tjänstelega. Jag tror det är lämpligt att sträva efter uppehållandet av det som en *allmän* regel, att *tjänstelegan* grundar principalansvar och att sålunda på detta område slopa subordinationsförutsättningen (i den mån denna icke, såsom jag ovan s. 457 antytt, negativt kunde göra sig gällande, i det att vi — såsom möjligen vid »freie Dienste» — visserligen i juridiskt-teknisk mening stode inför en tjänstelega, i vilken dock arbetstagaren, för envar öppet, hade en alltför utpräglat självständig ställning, för att hans handlingssätt skulle kunna föranleda principalansvar[6]). Mina skäl för en på detta sätt så allmän regel som möjligt skall jag nu närmare utföra.

När subordinationsförutsättningen kommit att spela en så stor roll i den hithörande diskussionen, hänger detta samman såväl med auktoriseringstanken som med tanken på presumtion om principalens egen culpa, vardera tanken såsom grund för principalansvaret. Om vi nu hålla oss till idén om culpa-presumtionen såsom den mera realitetsbetonade, är det ju först tydligt, att det är principalen, som i princip har bestämmandet över actor's anställning. Också detta förhållande säges stundom ligga inneslutet i subordinationen, när denna åberopas (se härom strax). Med hänsyn härtill skulle »subordinationen» ha den betydelsen, att en slarvig och mindre skötsam anställds skadegörelser kunde föras tillbaka på principalens culpa in eligendo. Detta suddas dock i allmänhet ut i litteraturen, när subordinationskravet plägar hävdas. Detta krav anses då göra, att den anställde har att lyda principalen och följaktligen att denne har i sin makt att dirigera den anställdes handlingssätt. Blir detta kulpost och skadebringande, ligger den slutsatsen nära, att principalen kulpost underlåtit att dirigera actors handlingssätt så, att skadan uteblivit. Men det är tydligt, att man kan ha anledning till att antaga principalens egen culpa i många fall, även när varje möjlighet saknas att sätta skadan i samband med principalens (eller av honom delegerads) underlåtenhet att utöva sin ställning såsom överordnad. Nyss nämndes ju en principalens culpa in eligendo. Hans culpa kan också ha bestått i sådant som att ha satt vare sig actor eller en dennes kollega eller närmare eller fjärmare förman på den post, där han satts. Principalens culpa har vidare kunnat föreligga vid sådant som organisationen av

[6] Om actor har en sådan ställning, passa de motiverande synpunkterna på principalansvaret (presumtionen om principalens egen culpa) icke så väl in. Culpa in instruendo och in inspiciendo faller bort, och det kan i hithörande fall lättare antagas, att principalen varit fri jämväl från culpa in eligendo.

hela företaget eller viss del därav; vid anskaffandet av maskiner och annan materiel utan nödig tillsyn av materielens beskaffenhet eller utan tillsyn av att upplysning lämnats åt vederbörlig personal angående maskiners funktionssätt eller annan materiels beskaffenhet o. s. v. Icke heller i dylika fall behöver situationen ha varit sådan, att en presumtion om principalens culpa hade någon grund i subordinationen mellan honom och actor. Det är tillräckligt att säga, att presumtionen är motiverad av tjänsteförhållandet.

Det synes mig därför alldeles inte träffande, när Oftinger (för schweizisk rätt), betonande att subordinationsförhållandet vore »das entscheidende Merkmal» (för principalansvaret enligt OR 55), motiverar detta med

»dass die Haftung des Geschäftsherrn eine solche wegen Verletzung einer vorausgesetzten Sorgfaltspflicht ist; diese beruht unter anderm in der Pflicht zur Unterweisung und Ueberwachung der Hilfsperson, was nur dann einen Sinn hat, wenn die Hilfsperson den Weisungen des Geschäftsherrn auch wirklich zu folgen hat; dies aber setzt eben das erwähnte Unterordnungsverhältnis voraus . . .».[7]

I sådana situationer, som jag nämnde, kan man helt bortse från subordinationsfrågan och behöver endast beakta, att actor var *anställd* i företaget, för att skadegörelsen skall kunna presumeras stå i något samband med principalens culpa. Häremot duger det nu icke att säga, att den anställde i denna sin egenskap dock *är* subordinerad. Ty vad som av mig hävdas är att anställningsbegreppet här täcker ett större område än det, varå med någon logisk stringens subordinationsbegreppet skulle kunna åberopas som stöd för ansvaret. I avseende å själva anställningen (valet av person) har subordinationsbegreppet i själva verket ingen betydelse, icke heller i avseende å de övriga exemplen jag gav. Härtill kommer så, att i en mängd fall det måste vara uppenbart, att den anställde mycket väl kan ha gjorts till föremål för all möjlig övervakning och mottagit alla de förhållningsorder, som varit möjliga, som han haft att foga sig efter och som han också följt, men likväl vållat skada av ett eller annat skäl, kanske av det skälet, att han saknat de nödvändiga kvalifikationerna för tjänstens utförande *på egen hand*. Tydligast äro sådana fall, då enkla anställda *måste* i stor utsträckning lämnas att sköta sysslan utan anvisningar av en överordnad, t. ex. en kusk eller en åkerdräng eller en lantarbetare ute i skog och mark, handhavande principalens djur, maskiner eller andra redskap o. s. v. Men exemplen kunna mångfaldigas och vara av andra slag. En arbetsförman kan av sin verkmästare, sin ingeniör eller principal ha övervakats och instruerats så fullständigt som möjligt

[7] Oftinger II s. 503.

och handlat i enlighet med instruktionerna, men står likväl plötsligt rådvill och kan icke finna kommunikation med principalen eller annan överordnad för att erhålla nödiga instruktioner. Han är ensam icke mannen att kunna klara av situationen, och en skadegörelse sker. Motsvarande kan sägas om den enkle arbetaren i ett företag.[8]

Vad man bl. a. bör lägga märke till är, att man genom subordinationsförutsättningen tycks ha glidit nästan helt bort från presumtionen om culpa in *eligendo*. Detta framstår tydligast i fransk praxis och doktrin. När »commettant»-ansvaret fastslogs i C. civ. art. 1384, var det *framför allt*, synes det, presumtionen om »le mauvais choix» från principalens sida som låg i bakgrunden för ansvaret.[9] Det synes därför ganska egendomligt, att, såsom Josserand säger, kassationsdomstolen till principalansvarets rättfärdigande framhåller idéerna »de surveillance, de direction, de maîtrise, d'autorité, de subordination».[1]

Mazeaud förklarar det emellertid så, att praxis ingalunda avsett, att »supprimer en droit la condition de choix»; detta villkor vore »absorberat» i subordinationsförutsättningen: en var som hade en annan person »sous sa subordination est censée l'avoir 'choisie'».[2] Detta torde emellertid få betraktas som en fiktion. Men helt bortsett härifrån, döljer en sådan ståndpunkt undan, att en principalens culpa mycket väl kan ha varit förhanden, utan att ha stått i samband med verkligt subordinationsförhållande mellan honom och actor (alltså utan att ha varit en *culpa in inspiciendo vel instruendo*) vare sig den sålunda presumerade culpa avsett själva anställningen av actor eller annan person eller den tilläventyrs bestått i något annat, som haft med företagets organisation och drift att skaffa.[3] — Att man så ensidigt hävdat subordinationsidén, kan möjligen ha sammanhängt därmed, att man funnit denna idé, såsom befrämjande *auktoriseringstanken*, vara en starkare rättfärdighetsgrund till ansvaret än en culpa-presumtion, som icke finge göras till föremål för motbevisning.

---

[8] Det sagda får icke missförstås. När skadegörelse begåtts av actor i sådana situationer, allmänt sedda, som nu i texten å s. 461 ff. antytts, skulle skadegörelsen naturligtvis ofta kunna tyda på en principalens *culpa in inspiciendo vel instruendo*. Men såsom situationerna här markerats, är en sådan presumtion logiskt utesluten.

[9] Se Bd I s. 34 f. och s. 37 (uttalandet från Pothier vid n. 9).

[1] Se Bd I s. 46.

[2] Se citatet från Mazeaud i Bd I s. 70.

[3] Efter gammalt mönster har jag i allmänhet i hithörande uttalanden låtit actors skadegörelse tyda på en principalens *culpa in eligendo vel inspiciendo vel instruendo*. Men självfallet kan presumtionen avse jämväl annan principalens culpa än den som kan pressas in under den använda latinska formuleringen. Detta framgår ju bl. a. av de situationer, som jag nyss här ovan supponerade.

Ytterligare önskar jag med hänsyn till subordinationstanken såsom grund för principalansvaret här erinra om följande. Subordinationsförutsättningen kan, såsom vi redan sett, faktiskt inte med någon konsekvens uppehållas.[4] Den leder därför till ohållbara påståenden och förvirring. Den skall ju innefatta att actor har principalens auktoritet att handla eller står under principalens »control», »Weisungen», »övervakning» och dylikt. Likväl betraktar man såsom actor vid principalansvar även t. ex. en sjökapten, bank-»manager», sjukhusläkare (i England en »resident doctor», hos oss t. o. m. en överläkare), en sjuksköterska, en utexaminerad farmaceut etc. och detta i fråga om handlingar, där vederbörande actor antingen i allmänhet eller ock i det konkreta fallet icke *kan* ha på något sätt kontrollerats. Därmed blir det ofrånkomligt en *fiktion* att till motivering av ansvaret åberopa sig på subordinationsförhållandet mellan actor och principalen. Ty man låtsas inte om annat, än att dennes »makt» eller »rätt» att utöva »surveillance», »direction», »maîtrise och dylikt över actors handlingar varit förhanden i det till bedömande föreliggande fallet. Betraktelsesättet är, såsom jag förut ofta påpekat (ovan bl. a. s. 399 f.), lika fiktivt i månget fall, när actor är i enklaste tjänsteställning.

I Amerika är man också ofta kritisk gentemot dylika sätt att motivera »master's liability». När, såsom jag förut påpekat (se även Bd I s. 463 n. 1), Harper säger, att »master's liability» inte grundar sig på någon »logical necessity», så torde detta bl. a. sammanhänga med insikten om, att härledningen av detta ansvar, från att »servant» auktoriserats av »master» att handla eller av honom övervakats, kontrollerats eller liknande, beror på fiktion. Prosser nämner, s. 472, bland de skäl, som pläga angivas till motivering av »master's liability» i främsta rummet, att »he has a *fictitious* (kurs. här) 'control' over the behavior of the servant». Han låter sig lika litet övertygas av andra vanliga rättvisegrunder för detta ansvar och menar, såsom vi sett här ovan s. 354 n. 7 a, att »policy»

---

[4] Mazeaud I citerar en fransk dom av kassationsdomstolen, varav framgår att »commettant»-ansvaret förutsätter »l'autorité et la subordination». Också om man är ense om denna princip, säger Mazeaud, är man likväl icke alltid ense om den exakta innebörd, som bör givas åt densamma. När föreligger »subordination», frågar han, och söker besvara frågan i n. 884–902. Bortsett från exemplifiering med en del skilda situationer, bedömda av domstolarne, blir kontentan i överensstämmelse med »la jurisprudence» (d. v. s. praxis), att man har någon »sous sa subordination, sous son autorité», när man har rätten att giva honom »des ordres ou des instructions sur les fonctions auxquelles il est employé». Han menar emellertid, att han med sin exemplifiering har tillräckligt preciserat »le principe dégagé: la nécessité, pour être commettant, d'avoir sur le préposé un pouvoir de direction». Icke desto mindre synes mig hans framställning vara till föga hjälp.

ligger i bakgrunden, och har överhuvud en syn på saken starkt erinrande om min egen.

Med mitt betraktelsesätt — sammanfattat här ovan s. 352 ff. och ytterligare berört i förevarande sammanhang — i avseende å grunderna för principalansvaret tror jag, att, när allt lägges till allt, det är motiverat att hävda, att *tjänstelegoförhållandet såsom sådant i princip* borde kunna utgöra grund för principalansvaret. Arbetsgivaren i en tjänstelega har dock — även om på subordinationsförhållande grundade möjligheter mycket ofta icke äro förhanden — *i det hela* en sådan ställning, att hans ansvarighet för anställdas handlingar *allmänt sett* är ägnad att skärpa hans vaksamhet och omsorger till förebyggande av att de anställda föranleda skadegörelser till förfång för tredjeman. Genom en dylik *allmän* regel vinner man större klarhet och lättfattlighet i tillämpningen — naturligtvis dock blott så långt som regeln räcker.[4a] Det måste alltid vara en vinst för rättslivet, om en rättsregel kan uppställas av sådan art, att argumentationen för regelns användbarhet in concreto blir så litet invecklad, blir så otvivelaktig som möjligt.

Om vi emellertid med stöd av de allmänna grunder, som sammanfattats s. 352 ff. och 461 ff., och med hänsyn till auktoriseringstankens städse och subordinationsidéens ofta nog fiktiva karaktär låta preventionen mot principalens culpa utgöra det *ena* av de två ledmotiven (den prevenerande funktionen, varom se Bd I s. 465–469) för denna ansvarsregel, så få vi icke glömma, att begreppet principalens »culpa»[5] naturligtvis, om man överhuvud godkänner mina resonemang till stöd för vad jag kallat den allmänna ansvarsregeln eller den allmänna skadeståndsregeln, måste ha samma vidsträckta omfattning som i nämnda regel täcker ansvarsgrunden. Det vill säga, »culpa» måste innefatta icke blott traditionell culpa utan överhuvud vilket handlingssätt som helst, som när allt lägges till allt värderas — närmast av domstolen — såsom socialt icke önskvärt med hänsyn till förebyggande av fara för skadegörelse av den art som inträffat. På detta sätt kommer givetvis »culpa»-presumtionens sannolikhetsgrad att ökas. *Därigenom förstärkes* i sin tur *den motivering för principalansvaret, som här anlagts.* Invändningen mot uppehållandet av en *allmän* regel[6] om principalansvar vid tjänstelega måste försvagas, i

[4a] Det finns ju annat än tjänstelega, som kan grunda principalansvar, varom nedan s. 484 ff. — Vidare skall också här nedan, s. 466 ff. och s. 469 ff., beröras frågan om möjligen *vissa* tjänstelegor borde undantagas från dem, som kunde utgöra grund för principalansvar.

[5] Och väl även actors culpa, ehuru detta i just nu förevarande resonemang saknar betydelse.

[6] Eftersom jag tillsvidare lämnat öppen den frågan, huruvida icke principalansvaret

samma mån som de fall, då culpa-presumtionen skulle kunna motbevisas, måste till antalet reduceras.

Men bör då undantag från regeln om principalansvaret inte ens göras för sådana fall, i vilka det är *uppenbart*, att principalen inte handlat kulpost? Spörsmålet är sannerligen icke så lätt att taga ståndpunkt till. Jag endast pekar på, att man ju icke undgår frågan: när vore sådant uppenbart? Svaret på den frågan förutsätter naturligtvis en viss prövning, vilket åter ganska ofta, för att icke säga i princip, måste betyda, att svaranden jämväl i fall, då saken icke vore så uppenbar, likväl skulle kunna hävda detta och göra sitt påstående till föremål för domstolens prövning. Därmed vore »gärdet upprivet» och fördelen av en möjligast allmän regel borta.[7] Det skulle kanske tillnärmelsevis förhålla sig på samma sätt, som om *i princip* exkulpering, bevisning om culpafrihet, vore tillåten. Dock skulle denna konsekvens undgås, om man blott tilläte exkulpering på grund av visst eller vissa i rätten angivna fakta. Bör väl i sådant avseende lämpligen ifrågakomma något annat faktum än principalens (eller hans representants) direkta förbud in concreto mot den av actor likväl företagna handlingen?[8] Att intaga en deciderad ståndpunkt här förefaller vara mycket svårt.

Ytterligare en synpunkt må här andragas. Såsom i andra sammanhang förut påpekats, anför man stundom icke blott vid diskussion om farlighetsansvar utan jämväl med hänsyn till principalansvaret tanken »ubi emolumentum ibi onus».[9] Såsom denna tanke användes, är den uttryck för rättvisemetoden. Vad jag nu vill framhålla är, att innebörden av satsen i själva verket på stora områden kan givas socialekonomisk betydelse och följaktligen anföras i motiveringskedjan utan att vara något utslag av rättvisekrav: det kan visa sig helt enkelt vara den bästa lösningen ur den allmänna omsättningens synpunkt, att *principalen-företagaren* blir ansvarig i enlighet med satsen, vare sig nu den skadelidande jämväl bör kunna vända sig med anspråk mot actor eller icke.[1] Denna synpunkt framträder särskilt starkt, när situationen är sådan, att det ter sig naturligt, att principalen med bl. a. skador, uppkomna under nu berörda förhållanden, i sikte tager ansvarighetsför-

---

bör vara uteslutet vid vissa tjänstelegor, särskilt vid dem som avse »freie Dienste», är det icke fullt logiskt att tala om en »allmän» regel. Jag har i det föregående använt uttryck som »så allmän» eller »så undantagsfri regel som möjligt».

[7] Jfr Ussing Erstatningsret s. 91 f.

[8] Jfr nedan s. 522 ff.

[9] Se t. ex. om Demogue Bd I s. 49 f. och jfr s. 114 ib., men framför allt domsuttalandena i BGE 41 (1915) II s. 497 och 46 (1920) II s. 126 (ovan s. 444).

[1] Jfr ovan s. 297 och 305 n. 6.

säkring. Såsom motivering täcker dock icke heller nu berörda synpunkt alla fall av principalansvar på basis av tjänstelegoförhållande. Men den bidrager till att göra ansvaret motiverat i många av de fall, i vilka principalen skulle haft faktisk möjlighet att kunna exkulpera sig, därest sådan bevisning varit tillåten. — Dock måste givetvis fall kunna förekomma, i vilka med hittills anlagda synpunkter ansvaret in concreto funne sin väsentliga motivering blott och bart i lämpligheten att här ha en allmän, d. v. s. av undantag så litet som möjligt avbruten regel om principalens ansvar.[2]

Emellertid ha vi nu också att beakta det *andra* hithörande ledmotivet, ansvarsregelns ersättande eller reparerande funktion (Bd I s. 469 f.). Det har självfallet betydelse även i sådana fall, där principalen skulle kunna ha varit i stånd att exkulpera sig. Men det finns naturligtvis fall, i vilka tillämpningen av regeln om principalansvaret icke ur reparerande synpunkt kan vara motiverad och då man — med hänsyn till möjligheten av faktisk exkulperingsmöjlighet — återigen får falla tillbaka på vikten av att här ha en så allmän, undantagsfri regel som möjligt (liksom på den prevenerande betydelse, som antytts i sista noten).

Den nu berörda synpunkten — ansvarsregelns reparerande funktion — har naturligtvis mindre betydelse vid enklare tjänsteförhållanden än vid ekonomiska företag med ett flertal anställda (jfr Bd I s. 469). Vid de förra synes också exkulperingsmöjligheten i princip te sig mindre vansklig än vid de senare. Man förstår därför väl ett sådant uttalande som Øvergaards, att principalansvaret »i almindelige tyendeforhold synes å føre for vidt» och Ussings, att detta ansvar har sina starkaste grunder »ved extraordinære, farlige Bedrifter og ved Erhvervsvirksomheder, der kan karakteriseres som Stordrift».[3] Med hänsyn härtill får det något av paradox över sig, att det lagstadgande i Danmark och Norge, på vars grund principalansvaret av rättspraxis i dessa länder byggts upp (D. L. 3–19–2 och N. L. 3–21–2), åtminstone närmast, just handlar om »almindelige tyendeforhold», d. v. s. om förhållandet mellan »husbonde och tjänare» i egentlig mening. Redan detta måste ju innebära en ganska betydande fingervisning: det förefölle egendomligt, om just denna kategori undantoges från principalansvaret. Olämpligheten av ett sådant undantagande torde också det föregående ha givit

[2] Observeras må dock, att medvetandet om en regel om ansvarets inträdande, oavsett om principalens handlingssätt varit kulpost, har en viss särskild större eller mindre betydelse för handlingssättens aktsamma inriktning. Se bl. a. Bd I s. 468 f. och jfr här ovan s. 210 ff. och s. 302, vad som sagts i sådant avseende om farlighetsansvaret utanför den allmänna ansvarsregeln.

[3] Øvergaard s. 180; Ussing, Erstatningsret s. 91 f.

vid handen. I forna tider grundades principalansvaret — där sådant då fanns, vilket kanske icke har varit fallet i Sverige — framför allt på det enkla förhållandet mellan, i bokstavlig mening, en husbonde och hans tjänare (»master and servant»; »maître et domestique»). Också om man såg ansvaret ur rättvisans synpunkt, så var man nog, åtminstone indirekt, influerad av vissa socialt betonade, d. v. s. reella synpunkter, framför allt den omständigheten, att tjänaren vanligen icke vore i stånd att betala de skador han vållat tredjeman under tjänstens utövande. Detta »has first and last been one of the main causes of 'employer's liability'».[4] Allting är, säger man, relativt. Genom att principalansvaret numera måste ha sin avgjort största betydelse vid stordrift och kanske vissa andra företag, i allt fall dock skilda från »det almindelige tyendeforhold», blir man lätt böjd för att underskatta dess sociala betydelse, när det blott är ett sådant förhållande som förelegat. Såsom jag redan antytt, ger oss därför det dansk-norska stadgandet en särskild tankeställare och är ägnat att stärka den här intagna ståndpunkten, att principalansvaret bör — i görligaste mån — oavkortat hävdas över hela linjen, så snart actor är engagerad genom det avtal, som vi kalla tjänstelega (och naturligtvis förutsättningarne i övrigt för detta ansvar äro för handen).

Härmed har jag pläderat för en vidsträckt regel, d. v. s. en så undantagsfri regel som möjligt, om principalens ansvar, när actor varit medkontrahent i en *tjänstelega*. Finner man detta vara att gå för långt med hänsyn till »almindelige tyendeforhold» eller överhuvud enklare företag, då återstår ju att reflektera på det andra alternativet, nämligen att för principalens ansvar ytterligare förutsätta en *viss* situationens farlighet, alltså ingalunda dess s. k. »särskilda farlighet». Se härom ovan under rubriken å s. 348. Ansvarsregeln med denna ytterligare förutsättning torde då lämpligen böra hävdas såsom allmän och undantagsfri (dock tillsvidare med bortseende från frågan om principalansvar vid s. k. »freie Dienste»). I själva verket synes tillkomsten av denna förutsättning medföra en avvikelse från den såtillvida förutsättningslösa regeln egentligen

---

[4] Citat i Bd I s. 443 — som jag ofta hänvisat till — från Pollock & Maitland, The history of English law. Att uttalandet gjorts med hänsyn till »respondeat superior», som först blott avsåg principalens subsidiära ansvarighet, förringar icke dess betydelse. — Till undvikande av missförstånd av det i texten sagda må framhållas, att den ifrågavarande ekonomiska synpunkten säkerligen anlagts såsom en förstärkande rättvisesynpunkt: då nu principalen *handlat genom* sin tjänare eller i allt fall låtit denne uträtta principalens angelägenheter, vore det *så mycket mera* rimligt eller rättvist, att principalen finge bära ansvaret för skadan å tredjeman, som tjänaren, till skillnad från principalen, ofta icke hade nödiga medel för gäldande av skadestånd.

endast vid enklare tjänsteförhållanden, såsom mellan »husbonde» och »tjänare» i mera bokstavlig mening och mellan principal och anställda vid enklare företag. Ty vid vad Ussing kallar »extraordinære, farlige Bedrifter» och »Erhvervsvirksomheder, der kan karakteriseres som Stordrift» *är*, vid förra gruppen, förutsättningen ifråga och *torde* den, vid senare gruppen, alltid *vara* förhanden. Enligt sakens egen natur synes mig nämligen stordrift alltid medföra en viss fara för skada å tredjeman, även om man vid samma slags drift i liten skala icke skulle finna nämnvärd sådan fara vara förhanden.

Principalansvar för skada genom s. k. freie Dienste?

I det föregående har jag menat att hålla den frågan öppen, huruvida man borde hävda principalansvar på grund av *tjänstelega* såsom en utan vidare gällande allmän regel eller om detta ansvar på sådan grund blott principiellt borde gälla och regeln alltså vara behäftad med undantag för sådana fall, när actor haft en viss utpräglat självständig ställning ifråga om tjänstens eller tjänsternas utförande. Då efter vad jag redan nämnt blott detta, att actor innehar chefsställning (disponent, föreståndare eller dylikt), icke borde kunna åberopas som anledning till frihet från principalansvaret efter svensk rätt, kan jag knappast finna diskussionen böra röra sig om undantagande av annan tjänstelega som grund för ansvarsregeln än den, som går ut på att actor hade att prestera s. k. »freie Dienste», *artes* eller *operae liberales*. I OR 361 sägas dessa, såsom vi sett i det föregående, vara »Arbeiten, die besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen». Praktiskt taget rör det sig härvid om »Anwälte, Rechtskonsulenten, Ärzte, technische Berufe, schaffende und reproduzierende Künstler, Redaktoren, Sekretäre, Wirtschaftswissenschafter, Lehrpersonal usw».[5] Att hithörande engagemang i svensk rätt beträffande de två förstnämnda kategorierna väl merendels anses ske genom mandat och icke heller beträffande de övriga städse anses åstadkommas genom tjänstelega utan även stundom genom arbetsbeting och till och med köp är en sak för sig.[6] Här tala vi nu för enkelhetens skull blott om tjänstelega.

---

[5] Oser-Schönenberger II s. 1373.

[6] Såsom mandatet ofta är bestämt i utlandet, torde hithörande arbetstagare icke sällan kunna engageras genom mandat eller arbetsbeting. I Tyskland åtar man sig genom »Auftrag» att ombesörja »ein Geschäft» (visserligen vederlagsfritt) BGB § 662; i Schweiz åtar man sig genom uppdrag »Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu

Hur man i främmande länder ställer sig till ett spörsmål om principalansvar på grund av tjänstelega avseende »fria tjänster» torde enhetligt kunna besvaras blott beträffande schweizisk rätt. Där tycks nämligen inställningen i denna fråga vara, att »freie Dienste» icke kunna föranleda principalansvar. Detta sägs nästan uttryckligt redan i Bundesgerichts här ovan berörda dom av 1907 (BGE 33 II s. 155 f.). Att denna dom avsåg äldre OR 62 har ingen betydelse. Principen är i detta avseende densamma efter nuvarande OR 55, vilkens ordalag i domen användes. Den nämnda domen citeras alltjämt.[7]

Bortsett från sjukhusförvaltnings ansvar för anställd läkare, känner jag från svensk praxis intet fall rörande frågan om principalansvar för skada å tredjeman genom »freie Dienste». Från dansk och norsk praxis kan jag icke erinra mig något *klart* hithörande fall. Vi sågo dock, att i Danmark kommunen svarade för en av sina lärares oaktsamhet (U. f. R. 1941 s. 599). I norsk praxis finns en H. R:s dom (här ovan blott helt flyktigt berörd), i vilken apotekare enligt 3–21–2 dömts ansvarig för en sin utexaminerade farmaceuts culpa (Rt. 1903 s. 379). En lärares arbete har alltid plägat hänföras till *operae liberales*. Och det finns väl ingen anledning att annorlunda klassificera den utexaminerade farmaceutens. Emellertid talar domstolen i det norska fallet om att en apoteksinnehavare hade att svara för »Forsømmelser eller Feiltagelser af hans Betjening ved Bedriften». Denna formulering tyder kanske på att domstolen icke uppfattade farmaceuts arbete som utövande av »fritt yrke». Men innebörden kan ju också tänkas vara, att N. L. 3–21–2 icke gjorde någon skillnad mellan »freie Dienste» och annat arbete. Emellertid borde det ju icke rätt gärna kunna bero därpå, om actors tjänster just förutsätta särskild *vetenskaplig* eller *konstnärlig* utbildning (jfr OR 361). Åtaget »arbete», som förutsätter sådan särskild skicklighet och utbildning som t. ex. akrobatik och vissa andra »cirkusartistiska» prestationer, synas beträffande frågan om principalansvaret, åtminstone prima facie böra komma i samma klass i diskussionen som »freie Dienste».[8] Om sådana engagemang, som avslutas av en cirkusdirektion

---

besorgen», OR 394. Beträffande »freie Dienste» enligt OR 361 säger t. ex. Oser-Schönenberger II, att de »*nicht ausnahmslos nach Dienstvertragsrecht zu beurteilen sind*». »Werkvertrag» och ännu oftare »Auftrag» kommer ifråga. A. st. s. 1373. Angående läkare som mandatar i schweizisk rätt se ovan s. 437.

[7] Se ang. Oser, Oser-Schönenberger och Chamorel här ovan s. 431 n. 6. Se även Becker I s. 240, och jfr Oftinger II s. 503.

[8] Själva detta begrepp »freie Dienste» (*operae liberales*) har emellertid städse tagits i en mera begränsad betydelse, täckt av uttryck sådana som »freie *geistige* Tätigkeit». Dit är det väl icke lämpligt att hänföra akrobatik och andra cirkusprestationer (om

eller annat nöjesetablissement med »artister» böra kunna utgöra grund för principalansvar — den frågan ha vi sett berörd både i norsk, dansk och engelsk praxis.[9] Det förefaller, som om man här i samtliga berörda länder avböjde principalansvar. Denna ståndpunkt är dock, synes det mig, ingalunda otvivelaktigt den lämpligaste. Just sådana prestationer, som för en publik kunna medföra en risk, torde det vara angeläget att hålla tillgängliga för en viss direktionens insyn och kontroll. Såtillvida och med hänsyn till graden i princip av deras andliga utbildning borde actorerna här kanske anses handla mindre självständigt, mindre blott på eget ansvar, än både en utbildad lärare och en examinerad farmaceut. Cirkusens (eller annat nöjesetablissements) ledning har dock valt den ifrågavarande artistensemblen, djurtämjaren med sina mer eller mindre farliga djur etc. Den har självfallet haft att låta sig informeras om vad som vore i görningen, särskilt med hänsyn till publikens trygghet, och i detta avseende icke blott giva actorerna varningar utan skaffa så goda garantier som möjligt mot publikolyckor. Såvitt jag kan finna, saknas anledning att utesluta hithörande fall från principalansvaret. Dessutom kunde man naturligtvis se dem under farlighetsansvarets synvinkel.

Särskild uppmärksamhet torde böra ägnas åt en sådan fråga som en sjukhusförvaltnings ansvar för skada å patient genom å sjukhuset anställd kirurgs eller annan läkares (kulpost) felaktiga behandling av patienten. I en sådan tjänstelega åtar sig actor vad som på den klassiska tiden betecknades såsom mandatarens *artes liberales*, senare *operae liberales*, till skillnad från arbetstagarens prestationer vid en *locatio conductio operarum*. Hos oss är emellertid avtalet mellan sjukhuset och läkaren en tjänstelega. Vi ha i det föregående sett, hurusom i engelsk (och även fransk) rättspraxis principalansvar — med hänsyn till självständigheten i actors handlingssätt på grund av dennes sakkunskap — icke vilar å sjukhusförvaltningen.[1] Detta kan emellertid icke sägas stå i överensstämmelse med svensk praxis. Vi ha här en del fall att hålla oss till: NJA 1932 s. 373; 1938 s. 22; 1942 s. 718 och 1945 s. 617. I

---

dessa också kunna förutsätta hög själsspänning). Men i förevarande avseende måste likväl dessa prestationer beaktas ur synpunkter, analoga med dem, som här anläggas på »freie Dienste», ty akrobaten etc. bestämmer naturligtvis själv »*how* to do», utan alltså att därvid informeras av principalen.

[9] Ovan s. 447 n. 5.

[1] Att frågan dock i engelsk »common law» råkat på glid genom domsuttalanden i Gold v. Essex C.C. (1942) ha vi också sett i det föregående. Vi ha också sett, att det överhuvud icke går att hävda logiska linjer på grund av distinktionen »subordination» eller »control» och dyl.

1942 års fall dömdes landstinget ansvarigt, varvid sades, att patientens död »förorsakats av ett vid den å honom företagna blindtarmsoperationen förelupet fel». Det finns ingen anledning antaga annat, än att det nämnda »felet», låt vara icke »subjektivt rättstridigt», begåtts av läkaren.[2] I fallet 1945 s. 617 friades visserligen landstinget från ansvar, men efter en motivering, som klart utvisar, att ett länslasaretts läkare jämväl i sin egenskap av fackman tillhör den »personal», för vars »vårdslöshet eller försummelse» landstinget svarar.[3] Utgår man ifrån, att det är och varit en given uppfattning, att läkaren tillhör sjukhuspersonalen, så utgör domen jämväl i fallet 1938 s. 22 ett stöd för, att landstinget svarar för skada å patient genom å länslasarettet anställd läkares culpa.[4] Och hade detta icke varit uppfattningen i vår praxis, så skulle landstingets frihet från ansvar i fallet 1932 s. 373 icke kunna ha haft den motiveringen, att skadan å patienten uppkommit under »öppen sjukvård» (poliklinik), vilken vore att »anse såsom utövad av lasarettets läkare *enskilt*» och *därför* icke kunde föranleda landstingets ansvarighet.[5]

Det är sålunda tydligt, att vår praxis i nu berörda punkt intager en annan hållning än fransk och engelsk — för övrigt även schweizisk.[6] Ansvaret drabbar naturligtvis inte blott landsting utan även stad och enskild (inkl. stiftelse eller annan privat juridisk person), när dylik »utövar verksamheten» å ett sjukhus. Hur nu än domstolarne verkligen resonerat till motivering av sjukhusinnehavarens ansvar också för skada genom läkares felaktiga behandling av patient, är det tydligt, att man här icke lämpligen bör plädera för någon ändring till överensstämmelse med t. ex. engelsk praxis i Evans' och Hillyer's m. fl. »cases». I själva verket är det icke uteslutet, att sjukhusinrättningarne i vår praxis här till och med komma i en »strängare» klass av principalansvar, i det

---

[2] Se om fallet Bd II: 1 s. 359 f., s. 370, s. 389, s. 518 ff.

[3] Fallet ref. i Bd II: 1 s. 389.

[4] Fallet ref. i Bd II: 1 s. 366 f. Se även s. 359 f., 518 f., 520 f. — I domskälen sades ytterligare bl. a., att det måste anses utrett, att skadan orsakats därav, att den av överläkaren föreskrivna röntgenbehandlingen blivit (av sköterska) verkställd på felaktigt sätt. Antag nu, att det i stället utretts, att skadan orsakats just av den av överläkaren föreskrivna behandlingen, vilken föreskrift berott på läkarens »fel eller försummelse»! Det är uppenbart vid läsningen av detta fall, att landstinget då icke skulle ha befriats från ansvaret och att fallet följaktligen är ett indirekt uttryck för principen om en sjukhusförvaltnings ansvar jämväl för anställd läkares culpa.

[5] Fallet ref. i Bd II: 1 s. 381. Se även s. 359, 518, samt Sjukhusförvaltnings ansvar s. 124.

[6] Visserligen känner jag från denna intet sådant fall. Men principalansvaret måste vara uteslutet, enär läkarens fackmannaprestationer måste falla under begreppet »freie Dienste» (jfr ovan s. 431 f., 437 och 470). — Vad engelsk rätt angår har jag nyss erinrat om att frågan där i senare judikatur synes ha råkat på glid.

man icke synes ha ansett actors *culpa* (i traditionell mening) som en nödvändig förutsättning för ansvaret (se Bd II: 1 s. 518–520; nedan s. 533). Är detta riktigt, då kan det innebära, att praxis betraktat sjukhusens principalansvar såsom en särskilt angelägen sak, vilket i sin tur kunde tyda på att man funnit det allmänna trygghetsbehovet för patienter vid dessas sjukhusvård vara särskilt påfallande. Ståndpunkten kan då presumeras vara ett uttryck för rådande sociala värderingar. Och överhuvudtaget synes det — en mening som jag i annat sammanhang uttryckt — icke kunna vara lämpligt att på någon punkt av principalansvaret söka förmå vår praxis att *retirera*, denna praxis som på förevarande område i allmänhet intagit en så försiktig ståndpunkt. — Ett ytterligare skäl till att här icke följa fransk och engelsk praxis ligger åtminstone tillsvidare däri, att sjukhusens ansvar också för sina läkares kulposa (eventuellt blott objektivt felaktiga) handlingssätt avseende patienternas vård är av vikt på det att vi skola kunna »de lege ferenda» uppehålla en i görligaste mån *allmän* regel om principalansvar på basis av ett tjänstelegoförhållande. Ty en sådan regel måste följdriktigt åtminstone avsevärt minska området för de »freie Dienste», vilkas utövande icke skulle kunna föranleda principalansvar.

Om nu läkarens prestationer kunna föranleda principalansvar för sjukhusförvaltningen, så är det därför icke givet, att motsvarande anses böra sägas om *alla* andra tjänster, som »besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen» (OR 361). Att en skoldirektion svarar för sina anställda lärare ha vi dock sett i både engelsk och dansk praxis. Norsk praxis utvisar apoteksinnehavares ansvar för sina farmaceuter. Sådana fall torde kanske därför icke böra lägga hinder i vägen för en allmän regel om principalansvar på tjänstelegans grund, icke ens om actor tjänstgjort på ett högre lärarstadium. Och om i ett industriellt företag anställts en vetenskapligt och tekniskt utbildad ingeniör eller överingeniör att ha uppsikt bl. a. över maskinerna, deras hantering, underhåll och reparation, eller om en vetenskapsman anställts som chef för ett laboratorium och dess personal, för en kemisk fabrik eller för viss avdelning inom densamma, för att nu icke tala om disponenter, överingeniörer, fabriks- eller avdelningsföreståndare, verkmästare etc. — torde de alla såsom actorer böra kunna föranleda principalansvar, hur djup och omfattande än deras för deras ifrågavarande ställningar avsedda vetenskapliga eller tekniska utbildning än är. Detta tror jag också vara en inställning som överensstämmer med andan i vår praxis. Därvid tänker jag då dels på sjukhusens ansvar för läkare och dels på ett sådant fall som i NJA 1881 s. 211, jft med några andra fall

berörda i Bd II: 1, s. 391 ff., varvid jag icke minst har det negativa fallet i NJA 1930 s. 519 i sikte. Härvid måste vi dock alltid komma ihåg att actors subordination i svensk praxis aldrig betonats på det sätt som skett i fransk, engelsk och schweizisk rätt.

Men se vi bort ifrån den sist nämnda, den schweiziska, då torde i själva verket icke heller något rättssystem finnas, som *principiellt*, d. v. s. som allmän regel, utesluter principalansvar vid »freie Dienste». I engelsk »common law» känner jag intet fall, som med hänsyn till det åtagna arbetet såsom utgörande *artes* eller *operae liberales* uteslöte principalansvar för annan skada än å sjukhuspatient genom läkare-tjänster.[7] Men argumentationen både där och i andra sammanhang i såväl judikatur som doktrin är sådan, att den kanske följdriktigt skulle kunna omfatta *operae liberales* i allmänhet, en konsekvens som dock icke drages, vilket bl. a. utvisas därav, att principalansvar inträder på grund av lärares »negligence», varom se Bd I s. 479 f. och här ovan s. 388. Numera inträder ju f. ö. sjukhusens ansvar för vissa sjukhusläkares »negligence».

Emellertid får man ju alltid komma ihåg, att gränsen måste bli mer eller mindre godtycklig mellan tjänster, som förutsätta och icke förutsätta den utbildning, som skulle leda till den arbetstagarens självständighet, som gjorde att han icke genom sina handlingssätt skulle kunna föranleda principalansvar.[8] — Icke heller i den franska litteraturen har jag sett denna fråga generellt behandlad. Men av kravet på subordinationsförhållandet och på »kommettantens» därmed sammanhängande auktoritet och »pouvoir de direction» över »le préposé» borde ju, tycks det, följa, att icke blott läkarens yrkesprestationer utan även andra anlitades tjänster, som förutsätta ett visst högre mått av vetenskaplig eller konstnärlig utbildning, fölle utanför tjänster av en person i dennas egenskap av préposé och därmed också utanför principalansvaret. I vilken mån denna konsekvens tagit sig uttryck i den franska judikaturen, därom kan jag icke bestämt yttra mig.[9]

Vad tysk rätt angår, har jag icke funnit något klart rättsfall i denna

---

[7] Någon sådan kategori som *operae liberales* finns dock icke angiven i England i detta sammanhang; men erinras måste likväl om det där svårförståeliga begreppet »contract for services» till skillnad från »contract of service».

[8] Jfr t. ex. ovan s. 388.

[9] Se dock Bd I s. 69 f. Att döma av uttalanden från både judikaturen och på denna grundad doktrin synes det mig, att icke blott »professions liberales» utan även åtskilligt annat med karaktär av »contrat de travail» fölle utanför en »préposé's» prestationer. Mazeaud's strikt formulerade uttalande — att en »préposé» icke får »jouir d'aucune indépendance dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées» — återgives i upplagan av 1948.

fråga. Av en i det följande något berörd dom (RGZ Bd 96, 1919, s. 177) framgår emellertid, att en klient svarade efter § 831 BGB för sin advokats handlingssätt till skada för tredjeman. Därav torde närmast den slutsatsen kunna dragas, att s. k. *freie Dienste* icke i och för sig utesluta principalansvar. Jag kan inte heller påminna mig, att jag funnit något häremot stridande uttalande i den tyska litteratur, som i ämnet kommit under mina ögon.[10]

De fall av tjänstelega, avseende »freie Dienste», som hittills berörts, torde det näppeligen finnas någon anledning att (de lege ferenda) i vår rätt undantaga från möjligheten att utgöra grund för principalansvar. Beträffande vissa andra tjänstelegor om »freie Dienste» förhåller det sig kanske dock annorlunda. I det ovan s. 431 f. efter Chamorel anförda fallet (restaurant-musiken som utan kompositörens tillstånd spelade ett av honom ännu icke publicerat stycke) förefaller det väl långsökt att låta ansvar vila å restauratören, därest han icke kunde överbevisas om att ha varit mindre nogräknad, när han engagerade ensemblen. Det ifrågavarande handlingssättet från ensemblens sida kan — om icke någon kvalifikation tillkommer — näppeligen uppskattas såsom ens ett mycket svagt indicium på principalens *culpa in eligendo*, och varje instruktion, övervakning eller kontroll från hans sida till förebyggande av handlingssättet synes uppenbarligen ligga helt utanför vad som kunde betraktas såsom socialt önskvärd verksamhet från hans sida. Ur synpunkten av actorernas självständighet står ju faktiskt ett avtal av denna art i full paritet med ett utpräglat arbetsbeting. Likväl kan man känna tvekan med hänsyn till önskvärdheten av en möjligast allmän regel om principalansvar vid tjänstelega. Man skulle kanske kunna tänka sig, att alla konstnärliga prestationer, även om de åtagits i en tjänstelega, skulle vara undantagna från principalansvaret. Men om dylika prestationer verkligen falla under tjänstelega, är det nog ofta tvivelaktigt, huruvida actor verkligen intar den ställning till sitt åtagna arbete, som kan motivera uteslutandet av principalansvar. Vi sågo här ovan tveksamheten hos Bundesgericht vid bedömandet av om entreprenörfirman borde få stå ansvar eller icke för skadan, som inträffade genom den engagerade Salvadé's »Bildhauerarbeiten». Det var därigenom, att bevisbördan för Salvadé's ställning som firmans »'Arbeiter oder Angestellter' im Sinne

[10] Här bör kanske erinras om att en del tyska kommentatorer på grund av viss formulering i § 831 BGB rent av dragit slutsatsen, att principalansvar kunde vila å beställaren vid ett klart arbetsbeting. Se ovan s. 413. Vi ha också sett, att Burckhardt på grund av annan formulering i §-en antagit, att »Verrichtung» kunde avse prestationer åtagna i ett arbetsbeting; se ovan s. 429 n. 9.

von Art. 62 (= nuv. 55) OR» vilade på käranden, som firman friades från principalansvar (BGE 33 II 150). Man fick vid läsning av fallet snarare intrycket, att Salvadé var en kringresande specialyrkesarbetare än en bildhuggare i konstnärlig mening.

När man eljest söker tänka sig ett åt annan utfört konstnärligt eller vetenskapligt arbete, som skulle kunna skada tredjeman och leda till principalansvar, så visar det sig ofta mycket svårt att hitta något icke alltför opraktiskt exempel, vari actors prestationer skulle vara utförda till fullgörande av en tjänstelega. I dess ställe föreligger ett arbetsbeting, stundom ett köp, särskilt i utländsk rätt också ett mandat. Låt oss såsom exempel på köp taga följande: A anmodar konstnären B att mot vederlag måla ett porträtt av T till någon dennes jubileumsdag. B betingar sig att före porträttets överlämnande till T få offentligen utställa detsamma, vilket också sker. B har låtit porträttet bli i viss mån ärekränkande för T. Principalansvar torde här icke kunna ifrågakomma, även om B icke handlat dolöst utan blott tanklöst. B har haft fulltut samma frihet i arbetet som företagaren i ett arbetsbeting. Detta blott nämnt för fullständighetens skull, då ju exemplet faller utom tjänstelegan. Om B mot vederlag av A avgivit ett rättsvetenskapligt utlåtande, författat en jubileumsskrift eller gjort en annan sakkunnig utredning och därvid uppgifter lämnats, som äro skadliga för T, så kan återigen något principalansvar på grund av tjänstelega icke komma ifråga, ty avtalet mellan A och B har varit ett arbetsbeting, i första fallet möjligen utgjort moment i ett mandat. — Alla dessa exempel äro ganska krystade. De skulle bliva så ännu mera, om man sökte konstruera in rent konstnärliga prestationer under tjänstelegans synvinkel. Kommer man till resultatet, att det verkligen är tjänstelega som föreligger, då torde actor svårligen ha engagerat sig blott såsom konstnär.

Resultatet av de synpunkter, jag andragit beträffande »freie Dienste», blir sålunda, att det visserligen kanske vore överdrivet att påstå, att tjänstelega *alltid* borde kunna grunda principalansvar. Men undantagen från en sådan regel i svensk rätt (de lege ferenda) synas böra vara mycket fåtaliga. Dessa undantag, som här blott exemplifierats med restauratörens antagliga frihet från ansvar för musiktrion i fallet efter Chamorel, torde sammanhänga med själva det åtagna arbetets så att säga exklusiva karaktär, enligt sakens egen natur nära nog uppenbarligen uteslutande varje indicium på att principalen skulle genom ett socialt mera önskvärt handlingssätt ha kunnat förebygga skadan. Men i och för sig den omständigheten, att det åtagna arbetet förutsätter djupgående vetenskaplig eller konstnärlig eller — varför icke i samman-

hanget nämna det — teknisk[1] bildning, borde nog icke få utesluta principalansvaret. Detta uttalas dock blott under förutsättning, att fråga varit endast om tjänstelega och att man icke valt det med en viss farlighet kombinerade alternativ, som berörts här ovan s. 348 ff.

Några synpunkter rörande principalansvar å det allmänna.

I vår praxis angående principalansvar för utövare av sjukhusvård har »principalen» varit antingen landsting eller stadsförvaltning, alltså kommunal myndighet. Det finns, så vitt jag förstår, näppeligen anledning till annat, än att domstolarne i fråga om principalansvar skulle ha dömt på samma sätt, om sjukhusen innehafts och verksamheten där utövats antingen för statens räkning[2] eller av »privaträttslig» person, enskild eller juridisk sådan.

Det finns emellertid nu en mängd exempel i vår praxis på att en rent civilrättslig tjänstelega (eller vad som är fullt jämförligt därmed) kan avslutas med kommunalmyndighet som kontrahent på arbetsgivarsidan. Och det finns åtskilliga andra fall än sjukvårdsfallen, som utvisa, att domstolarne vid bedömande av frågan om principalansvar på tjänsteavtalets grund icke låtit sig influeras av, huruvida principalen varit kommunal myndighet eller »privaträttslig» person utan funnit samma rättsprincip användbar i båda fallen av detta slag.[3]

Förhållandet mellan överordnade och underordnade i statens tjänst i vanlig mening utgör — även om den överordnade myndigheten betrak-

[1] Under det att nuv. OR 361 såsom »freie Dienste» karakteriserar arbeten, som förutsätta »besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung», så beskriver äldre OR 348 »freie Dienste» såsom arbeten, vilka förutsätta »eine besondere *Fachkenntnis*, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung».

[2] Det må vara ett militärt sjukhus eller ett sjukhus som Serafimerlasarettet, Karolinska sjukhuset eller Akadem. Sjukhuset i Uppsala vilket senare visserligen kommer under sjukhuslagen (av 1940) men dock är »en till universitetet i Uppsala hörande institution» (se reglementet för sjukhuset av 5 dec. 1941). Å Lunds lasarett utövas däremot sjukhusverksamheten helt och hållet av landstinget. Se min artikel Sjukhusförvaltnings ansvar. Ang. milit. sjukhus kan K. F. 2/6 1950 icke hindra riktigheten i det sagda. Se f. ö. 5. st. från slutet i H. D:s dom i NJA 1952 s. 270.

[3] Se t. ex. NJA 1934 s. 256; 1941 s. 133; 1923 s. 179; 1942 s. 273; 1948 s. 262 och 1948 s. 481. Dessutom kan det vara lämpligt här andraga fall som följande: NJA 1942 s. 545; 1943 s. 114; 1943 s. 171; 1944 s. 494 och 1947 s. 23. Även alla dessa senare fall utvisa tydligt, att det icke skulle kunna vara i och för sig den omständigheten, att svaranden vore kommunal myndighet, som skulle utgöra hinder för utdömande av principalansvar, därest domstolarne i övrigt funnit förutsättningarne för sådant vara för handen. — Angående fallen 1948 s. 262 och s. 481 se s. 338 f. och 340 här ovan; angående de övriga fallen se Bd II: 1 (med ledning av rättsfallsförteckningen).

tas såsom statens organ — icke grund för sådant principalansvar, som det nu är fråga om. Denna sak skall här icke närmare behandlas men med några ord strax här nedan beröras. Icke desto mindre *kan* en statlig myndighet förvisso avsluta vad som kan tillfullo likställas eller jämföras med en privaträttslig tjänstelega. Nämnas kan exempelvis mängden av anställningar som städerskor och liknande vid statens verk och inrättningar, eller som »rallare», grovarbetare och dylikt vid arbeten för statens räkning. Det finns ingen anledning att icke beträffande frågan om principalansvaret i alla *sådana* fall likställa kronan med en privaträttslig arbetsgivare. Något sådant fall av kronans principalansvar har jag dock icke sett. Men vi få komma ihåg, att vår praxis, när icke kränkning av en (bi-)obligation antagits föreligga, *för principalansvar* förutsätter en actor i (åtminstone något) ledande ställning. Eljest skulle man ha kunnat tänka sig kronans principalansvar utdömt i ett sådant fall som det i NJA 1926 s. 220, varom se Bd II: 1 s. 492 f. Att kronans principalansvar emellertid icke heller i sådana kategorier, i vilka *privaträttslig* tjänstelega näppeligen anses föreligga, behöver vara främmande för vår rätt, ha vi först och främst slående uttryck för i §§ 2 och 6 av 1886 års lag om ansvar för skada i följd av järnvägs drift. Låt vara att i dessa framträdande principer icke, åtminstone icke vid sin tillkomst, kunde vinna analogisk tillämpning, måste de likvisst stödja tanken, att principalansvar för kronan kunde ifrågakomma på basis av rättsförhållanden mellan denna och actor, vilka icke kunde anses grundade på avtal, helt och fullt analoga med privaträttsliga tjänstelegor. Dessa stadganden avsågo såväl statliga tjänsteavtal (statsbaneförvaltningen) som privaträttsliga tjänstelegor (de enskilda järnvägarnes personal, ävensom mera tillfälliga arbetare i statsbanornas tjänst).

Men å andra sidan förhåller det sig, såsom nyss antyddes, så, att vår praxis långt ifrån i princip låter kronan svara för skada å den enskilde genom statstjänares tjänstefel. Tanken är tvärtom den motsatta. Den har uttryckts så, att kronan — frånsett vissa särskilda lagbestämmelser — icke svarar för skada genom »handlingar, som innebära utövning av ämbetsmyndighet eller som innefatta verkställighetsåtgärder i anslutning till ett myndighetsbeslut».[4] Ett sådant uttalande lämnar rum för skilda tolkningar, därest det skulle tillämpas i praktiken. Jag skall icke gå in härpå, liksom överhuvud icke på det spörsmålet, hur kronans ansvar för sina statstjänare i det hela lämpligen bör anordnas »de

[4] Se härom några korta anmärkningar i Bd II: 1 s. 51 f., särskilt s. 52 n. 2. Strahl, Utredning, s. 142, karakteriserar också vår rätts »principiella ståndpunkt» så, att »skada, som härrör av myndighetsbeslut, icke föranleder skadeståndsskyldighet».

lege ferenda». Jag kan dock icke underlåta påpeka vissa bizarra konsekvenser av den nyss citerade ståndpunkten. Låt oss taga ett av staten drivet sjukhus (se ovan s. 477 n. 2). Ehuru jag icke kan direkt hänvisa till prejudikat, måste det ju likväl vara uteslutet, att icke å det allmänna (här alltså kronan) vilade samma slags principalansvar för skada å patient genom läkares (och sjuksköterskas) felaktiga handlingssätt, som prejudikaten utvisa ifråga om sjukhus drivna av stad eller landsting. Läkaren-professorn utövar väl här icke mindre sin statliga tjänst än domare, generaldirektörer, byråchefer m. m., som genom sina felaktiga ämbetshandlingar kunna skada en person. Varför skall olikhet råda allteftersom skadan sker genom ämbetsmannens operation av patient eller genom hans »beslut»? I båda fallen har skadan inträffat under utövning av vederbörandes ämbete. Om denna olikhet skall fortbestå, måste någon acceptabel motivering därför kunna anföras; som sagt dock ett kapitel, varpå jag ej tänker inlåta mig.

Lämnande alltså nu berörda spörsmål helt åt sidan förefaller det mig, som om vi hade åtminstone *ett* betydande område, där man borde kunna likställa kronans ansvar för skada genom annan i dess tjänst med den privaträttslige principalens ansvar för actor på grund av tjänstelegoförhållandet dem emellan. Detta område är det militära; alltså kronans ansvar för skada å annan under militära övningar eller annat militärt fältarbete. Vi tänka oss naturligtvis skadegörelsen under sådana omständigheter, att militärersättningsförordningen 2.6.1950 icke har tillämplighet, alltså att skadan har drabbat tredjeman, icke person i militärtjänstgöring. Man kan väl säga, att praxis redan har i dylika fall använt samma regel om principalansvar som i privaträttsliga förhållanden: om culpa hos militär i åtminstone något *ledande* ställning varit orsak till skadegörelsen, då har kronan befunnits vara ansvarig.[5]

Varken en högre eller lägre befälhavare kan sägas vara engagerad genom en tjänstelega. Icke desto mindre äro de *anställda* i kronans, d. v. s. statens, *tjänst*. En lägre befälhavares kulposa handlingssätt kan lätt tänkas sammanhänga med en överordnads och dennes med ytterligare en överordnads, vilken möjligen betraktas såsom kronans organ. Också kulpanten i lägre ställning kan tänkas betraktad som kronans organ och på så sätt direkt förmedla kronans ansvarighet. Men i allmänhet ses saken här nog så, att kronan blott svarar för skada *genom*

[5] I NJA 1944 s. 301 dömdes kronan ansvarig på grund av skadegörelse genom culpa hos »chefen för ammunitionstrossen» (en v. korpral). I NJA 1945 s. 445 ogillades ansvarstalan mot kronan. Men e contrario torde här slutsatsen kunna dragas, att kronan svarar för en ganska enkel befälhavares culpa.

anställd befälhavares culpa.[6] Detta behöver dock icke utesluta, att auktoriseringstanken kan ligga i bakgrunden för ansvaret. Presumtion (på basis av lägre befälhavande actors culpa) om culpa hos myndighet i så hög ställning, att denna kunde anses representera kronan såsom dennas organ torde här i allmänhet icke kunna antagas ha samma betydelse som presumtion om principalens culpa i privaträttsliga förhållanden. Och ansvarsregelns ersättande, reparerande, funktion torde i praxis, särskilt i nu berörda fall, för domstolarne spela en vida större roll än dess prevenerande funktion. Men i det hela torde likväl kunna sägas, att praxis betraktar kronans ansvar för skada å tredjeman genom culpa hos militär i åtminstone något ledande ställning såsom analogt med det privaträttsliga principalansvaret för t. ex. verkmästares och sannolikt även arbetsförmans culpa.

Har man denna inställning och medgiver man vidare, att det privaträttsliga principalansvaret bör utsträckas till att omfatta även actors, i helt underordnad ställning, kulposa skadegörelse, då ligger det också nära till hands att låta kronans principalansvar omfatta jämväl culpa hos *menig* värnpliktig i tjänsten. Att denna här är av principalen-kronan påtvungen den menige kan icke utgöra något skäl till att kronan skulle komma i bättre ställning än den privaträttslige principalen. Tvärtom. Anses det vara motiverat att låta den private arbetsgivaren bli ansvarig för helt underordnad actors culpa, då synes man ha ännu starkare skäl för att låta kronan svara för den meniges culpa, alldenstund denne merendels, vare sig han passar för den ifrågavarande militära tjänsten eller icke, med eller mot sin vilja måste åtaga sig densamma. Med berått mod tvingas sålunda här stundom mer eller mindre för tjänsten olämpliga personer in i densamma. Den eller de som här representera kronan måste veta, att viss fara för tredjeman föreligger genom sådana personers militära anställning. Nu måste visserligen medgivas, att en nu ifrågavarande ansvarsregel väl icke kunde ha någon egentligen prevenerande betydelse. Men så mycket mera torde man här böra fästa sig vid dess ersättande eller reparerande funktion å ena sidan och å andra sidan därvid, att ansvarsregeln icke kan medföra någon otrygghet å principalsidan. Kronans ansvarighet här innebär ju endast ett praktiskt taget omärkligt inflytande på skattedebetsedlarne. Att på grund av denna ansvarighet statsmakterna skulle bli nödgade i något annat avseende inskränka på sina omsorger om medborgarnes välfärd kan icke på allvar ifrågasättas. Jag tror icke det kan vara tvivelaktigt, att

[6] Jfr Bd II: 1 s. 58–61 och se här ovan s. 211 n. 4 och 5.

den nu berörda ansvarigheten stode i överensstämmelse med starkt dominerande sociala värderingar, vare sig dessa skulle taga sig uttryck såsom rättvisekrav eller icke. Det sagda synes mig jäva en sådan synpunkt, som att kronan borde vara fri från ansvar för skada genom menig militärperson i tjänsten, på den grund att landets försvar — en alla medborgares gemensamma angelägenhet — med nödvändighet då och då medförde skada för civilpersoner genom oskicklighet hos någon menig militärperson. (Jfr Bd II: 1 s. 303 f. ang. domen i NJA 1945 s. 231.)

Jag menar sålunda, att man »de lege ferenda» bör hävda kronans principalansvar på det militära området i samma utsträckning som principalansvaret vid regelrätt tjänstelega, vare sig i denna enskild (inkl. privaträttslig juridisk person), kronan eller kommun är arbetsgivare.[7] Och jag tror, att överensstämmelsen mellan det vanliga principalansvaret och kronans militära ansvar också bör omfatta actors culpa, d. v. s. att denna även vid kronans ansvar bör tagas, icke i traditionell begränsning, utan i den vidsträckta betydelse som jag kallat culpa i min version.[8]

Huru i övrigt kronans och kommunens ansvar bör anordnas för skada genom kulposa eller i allt fall »felaktiga» beslut eller genom andra handlingar av ämbets- eller tjänstemän i denna deras egenskap är en sak, vilken jag, som sagt, här icke har för avsikt att närmare beröra.[9] Man måste, så vitt jag förstår, vara fackman på detta område, det vill säga i fråga om organisationen av den statliga och kommunala förvalt-

[7] Ånyo påpekas, att jag med »militära området» endast har avseende å skadegörelser genom »militären» i fälttjänst, andra militära övningar o. dyl. Bortsett härifrån synes frågan om kronans ansvar för skadegörelser av ämbets- och tjänstemän inom armé-, marin- och flygförvaltningarne böra tillhöra en undersökning om kronans ansvar för skada genom ämbets- och tjänstemän i allmänhet, en undersökning, som faller utanför mitt ämne. — Det finns säkerligen flera områden än det militära, på vilka kronans principalansvar i samma utsträckning som vid tjänstelega kan diskuteras. Se bl. a. anmärkningarne i Bd II: 1 s. 56 f., angående fallet i NJA 1930 s. 45. Samma kronans ansvar, som nyss förordades i avseende å skada genom militär under övningar, torde för övrigt kunna ifrågasättas beträffande skada genom annan eller andra kategorier, t. ex. viss lotsverkets, lantmäteristyrelsens, skogsvårdsstyrelsens personal under särskilda omständigheter. Om statens järnvägars (och om de elektriska stadsspårvägarnes) ansvar för sin personal enligt vissa stadganden i 1886 års lag har förut erinrats. Nämnas må också, bl. a. att tullverket enligt § 16 i 1927 års tullstadga är »i första hand» ansvarigt gentemot trafikant för åtgärd, som tulltjänsteman företager för utövande av tullkontrollen.

[8] Detta sagt här av lämplighetsskäl. Frågan om actors handlingssätt såsom kulpost tillhör eljest en senare rubrik.

[9] Uppenbarligen är man icke nöjd med den nuvarande negativa inställningen. Se t. ex. Björling och Alexanderson i NJMF 1931 s. 248 ff. och s. 255 f.; Strahl, Utredning s. 142 och jfr Sundberg, Stats och kommuns ansvar s. 18 ff.

ningen, för att kunna giva sig in på dessa frågor. Men, såsom jag en gång i riksdagen påpekat, lutar jag åt den meningen, att man bör ha linjerna för det privaträttsliga principalansvaret och grunderna för dessa linjer klara för sig, innan man tager itu med det nu avsedda ansvaret för stat och kommun. Att detta ansvar icke kan vara normerande för det privaträttsliga principalansvaret förefaller givet. Det senare behöver väl icke heller vara normerande för det förra. Men någonstans måste man börja, och jag tror, att rätta vägen just är att börja med utredningen av det privaträttsliga ansvaret. Man torde då få en viss grund att stå på vid diskussionen av principerna för statens och kommunernas ansvar för deras ämbets- och tjänstemän. I det föregående har jag positivt uttalat mig om endast sådant det allmännas ansvar, som omedelbart sett förefaller böra stå i paritet med det privata principalansvaret.

Det i doktrinen vanligen avgörande för frågan om det allmännas principalansvar torde kunna sägas vara, huruvida det allmänna framträder såsom offentligträttslig eller privaträttslig person. Detta synes dock icke vara den svenska rättens ståndpunkt, ty då skulle väl principalansvar icke kunna komma ifråga i sådana fall av skada genom militär som i NJA 1944 s. 301 och 1945 s. 445. Och det vore tydligt, att min tanke »de lege ferenda» om kronans ansvar för menig soldats culpa — med nämnda ståndpunkt såsom rådande — icke vore att reflektera på. Eftersom jag icke har tillfälle att utbreda mig över denna fråga i de olika rättssystemen, vill jag blott som hastigast beröra ett par uttalanden i den schweiziska doktrinen. Där är det nu visserligen så, att staten (der Bund) i princip blir ansvarig, om civil person dödas eller lider kroppsskada på grund av *militärövningar*.[1] Men detta har intet med tillämpningen av OR 55 att göra. Det nämnda militära ansvaret är icke principalansvar i den mening, varom här är fråga.[2] Emellertid anses dock

[1] Se art. 27 i Militärorganisation der schweiz. Eidgenossenschaft av 12 april 1907 (som ännu synes ha giltighet).

[2] Att något principalansvar eller i allt fall ansvar i analogi med OR 55 icke vilar å »der Bund» i fråga om skada vållad av militär i tjänsten framgår tydligt av domarne i BGE 47 (1921) II s. 524 och s. 558. Det heter i den senare domen: »Die Ersatzpflicht der Eidgenossenschaft für solche Schäden, die ihre Ursache in der Ausübung dienstlicher Verrichtungen durch im eidgenössischen Dienste stehenden Militärpersonen haben, untersteht dem öffentlichen Rechte.» Och någon *allmän* sådan ansvarsregel finns icke »auf dem Boden des eidgenössischen Rechts». I Bundesgerichts domar, berörande denna fråga, ser man ofta nämnda skilda stadganden från Das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9 Dezember 1850. Denna lag, vilken, såvitt jag vet, ännu är i kraft, har blott mycket begränsad betydelse för statens ansvar, nämligen blott för sådana tjänstemäns handlingar, som äro valda av »Bundesversammlung». På detta sätt synes emellertid en viss »eidgenössische Verant-

det allmänna (das Gemeinwesen) *kunna* bära principalansvar efter OR 55, nämligen »wenn die öffentlichrechtliche juristische Person (Bund, Kanton, Gemeinde) nicht als Träger hoheitlicher Befugnisse aufgetreten ist, sondern deren Beamte und Angestellte für das Gemeinwesen 'gewerbliche Verrichtungen' (jfr OR 61) besorgt haben . . .»[3] Meningen är, synes det, att principalansvar kan vila å »das Gemeinwesen» vid sådana handlingar, då »det allmänna» kunde tänkas i förhållandet till actor vara ersatt av privaträttslig person.[4] Men det kan säkerligen inte alltid vara lätt att vid en ifrågavarande actors utövande av å honom vilande tjänsteprestationer avgöra, huruvida »det allmänna» framträder såsom bärare av »hoheitliche Befugnisse» eller icke.

Om nu situationen är sådan, att »offentligträttsliga» och icke »privaträttsliga» synpunkter skola anläggas på ansvarsfrågan, så synes den schweizrättsliga principen kunna kort uttryckas på följande sätt. Det allmännas ansvar inträder icke in dubio. Det förutsätter klar »rättsregel» därom — skriven eller oskriven — i förbundsrätten eller den kantonala rätten.[5]

---

wortlichkeit» kunna komma ifråga även inom det militära. Angående den ifrågavarande, mer än hundraåriga lagen, som jag icke haft tillfälle läsa, se t. ex. BGE 47 (1921) II s. 504—506, 525, 559 och BGE 58 (1932) II s. 483.

[3] Guhl s. 139 f. Liknande Oftinger II s. 492 f.: »Das entscheidende Merkmal wird . . . darin gesehen, ob das Gemeinwesen als *Träger hoheitlicher Befugnisse* auftritt. Ist das der Fall, so ist zum vornherein *öffentliches Recht* massgebend (ZGB 6 I, 59 I); d. h. ob und wie das Gemeinwesen für Schäden haftbar ist, beurteilt sich ausschliesslich nach den einschlägigen öffentlichrechtlichen Vorschriften.»

[4] Just så har jag dock icke sett saken uttryckt. Det skall emellertid vara fråga om »gewerbliche Verrichtungen», avsedda i OR 61 andra stycket, d. v. s. »diejenigen staatlichen Tätigkeiten, in denen das Gemeinwesen dem Privaten als koordiniertes Subjekt entgegentritt», Oftinger II s. 495. I denna mening hör, säger förf. å s. 495 f., till »gewerblicher Verrichtung mit Bestimmtheit alles das nicht, was zu den ursprünglichen Staatsaufgaben gehört, nämlich zu Gesetzgebung, Justiz, Armenpflege, Militär, Polizei, Wohlfart im allgemeinen». — Till undvikande av missförstånd måste påpekas, att OR 61 har blott avseende å »die persönliche Schadensersatzpflicht der staatlichen Funktionäre», men att med denna är »die direkte Schadensersatzpflicht des Gemeinwesens selber parallel geordnet», Oftinger II s. 495.

[5] Se närmare Oftinger II s. 493 f.

PRINCIPALANSVAR UTANFÖR TJÄNSTE-LEGOFÖRHÅLLANDET.

Principalansvar (i privaträttslig mening) är nu visserligen i allmänhet grundat å ett tjänstelegoförhållande mellan svaranden och actor. Men i alla rättssystem, som intressera oss, kan det även föreligga i andra situationer. I mången situation måste det förhållande här likställas med tjänstelega, som från denna blott skiljer sig därigenom, att något vederlag icke kommer i fråga. Beder man en vän eller annan, utan all fråga om någon betalning till honom, uträtta vissa tjänster och han accepterar, kommer visserligen ingen tjänstelega i ordets juridiska mening till stånd. Men detta behöver icke i och för sig utgöra någon anledning att utesluta principalansvaret. Ty om överenskommelsen skett under sådana omständigheter, att tjänstelega skulle ha varit förhanden, därest vederlag utgått, kunna samma rättspolitiska synpunkter, som motivera principalansvar vid tjänstelega, även nu göra sig gällande. Något svenskt rättsfall till stöd för det sagda känner jag icke. I England ha vi bl. a. några fall, i vilka bilägare, som överlåtit ratten till annan, dömts ansvarig för skada genom dennes »negligence».[6] Dessa fall kunna dock icke säga *oss* så mycket, enär ju frågan om bilägarens ansvar skulle bedömas enligt 1916 års lag. I det föregående ha vi emellertid sett, att i Schweiz i sådant fall talan om principalansvar ogillats, enär det i OR 55 avsedda förhållandet icke ansetts föreligga mellan bilägaren och den passagerare, som fått köra bilen.[7] Men att förhållandet mellan principal och actor varit vederlagsfritt torde icke utesluta, att principalansvar kunde föreligga i schweizisk rätt. Förhållandet kommer emellertid under synpunkten av det schweiziska mandatet.[8] Icke heller i fransk, engelsk och tysk rätt förutsättes ett oneröst förhållande mellan principalen och actor för att principalansvar skall kunna inträda.[9]

---

[6] Se Bd I s. 501 f. Dessa fall böra emellertid jämföras med ett fjärde å s. 502 ib.
[7] Se ovan s. 433.
[8] Jfr ovan s. 432.
[9] Se Bd I s. 68; Salmond-Stallybrass s. 91; Oertmann § 831, 2 a.

För att återgå till bilolyckor, drabbande tredjeman, när bilägaren låtit annan köra bilen, har Prosser gjort några allmänt intressanta uttalanden i ämnet om amerikansk rätt. Han skiljer mellan två situationer. I den ena är bilägaren med i bilen som passagerare. I den andra är han icke med i bilen. I förra fallet, säger Prosser, ha flera domstolar

»held that he retains such a 'right of control' over the operation of the vehicle that the driver is to be regarded as his servant. In many of these cases, it is not clear that anything more is meant than that the owner has failed to take advantage of an opportunity to interfere with the negligent driving, and so has been negligent himself. In others, special circumstances have indicated that the owner in fact retained the authority to give directions as to the management of the car. But some courts apparently have considered that the right of control is established by the mere presence of the owner. Most jurisdictions have rejected such an arbitrary rule, and have held that the owner may surrender his right to give directions, and become a guest in his own car. While it is generally agreed that the plaintiff may be aided by a presumtion that the driver is a servant, the owner may prove the contrary.»

Såsom motivering för denna, såsom man uppenbarligen tycker i Amerika, mer eller mindre stränga hållning gentemot bilägaren säger Prosser följande:

»The alarming increase in traffic accidents, together with the frequent financial irresponsibility of the individual driving the car, has led to a search for some basis for imposing liability upon the owner of the vehicle, even though he is free from negligence himself. Bluntly put, it is felt that, since automobiles are expensive, the owner is more likely to be able to pay for any damage than the driver, and that he is the obvious person to carry the necessary insurance to cover the risk. Beyond this, of course, is the feeling that one who originates such a danger by setting the car upon the highway should be responsible for the negligence of the person to whom he entrusts it.»

Om däremot bilägaren låtit annan köra bilen utan att själv följa med i den, då föreligger »bailment» och vanligen kan man då, säger Prosser, inte finna någon grund ens för en »fictious 'right of control'». Han fortsätter emellertid sålunda:

»Only one court has gone the length of saying that an automobile is a 'dangerous instrumentality' for which the owner remains responsible when it is negligently driven. Other courts have refused to accept this sweeping conclusion, and have fallen back instead upon a mere presumption that the driver is the servant of the owner, which may be rebutted, or have looked for some foundation for vicarious liability in the circumstances of the particular case.»[10]

[10] Se Prosser s. 498 ff. Uppenbarligen har Prosser med dessa uttalanden i sikte situationer, i vilka actor icke uppbär något vederlag för sin körning. Om »bailment»

Ehuru *den* onerösa synpunkt, som vi sett betonad i en dansk dom på principalansvar[1], inte kan ha någon tillämplighet i den fråga, som nu sysselsätter oss, torde det dock vara allt skäl framhäva, att principalansvaret i nu berörda vederlagsfria fall synes böra förutsätta en klar anmodan från »principalen» till actor att uträtta tjänsten eller tjänsterna eller åtminstone, att dessa otvetydigt skett med hans gillande. Eljest bleve sammanhanget mellan principalansvaret och actors handlingssätt till tredjemans skada alltför lösligt.

Om och i vilken mån principalansvar bör vila å en mandant i svenskrättslig mening är en mera komplicerad fråga. Ett sådant mandat torde — mot bakgrunden av vår lags uttalanden i 18 kap. H. B. och kommissionslagen — kunna beskrivas som ett uppdrag att vara verksam i en eller flera mandantens rättsliga angelägenheter vis à vis tredjeman.[2]

---

se Bd I s. 331 n. 4. I allmänhet utesluter ett sådant förhållande »master's liability» se Bd I s. 474 f. Saken beröres f. ö. också nedan s. 496 n. 5. Om »the doctrine of dangerous instruments» se Bd I noten å s. 506. — Prossers nu berörda uttalanden ha intet att skaffa med »the family automobile doctrine» (se Bd I, noten å s. 506), som han emellertid också tagit upp under benämningen »family purpose doctrine».

[1] Ovan s. 453.

[2] Det svenska systemet skiljer sig härutinnan från exempelvis både det tyska och det schweiziska. Åtagandet av en vanlig tjänsteprestation faller i dessa system under mandatet, nämligen om det sker vederlagsfritt. »Geschäft» i § 662 BGB betyder icke »Rechtsgeschäft», ehuru det naturligtvis *jämväl* omfattar dylikt. OR 394 använder till yttermera visso uttrycket »Geschäfte oder Dienste». Till förebyggande av missförstånd nämnes, att i Schweiz (till skillnad från Tyskland) avtalets onerösa karaktär icke utesluter dess rubricering såsom uppdrag (OR 394, st. 3). Om det då är att betrakta såsom tjänstelega eller uppdrag (eller möjligen arbetsbeting) är en alltför omständlig sak att här närmare redogöra för. Vid »Dienstvertrag» åtar man sig att prestera »Dienste auf bestimmte oder unbestimmte Zeit» (OR 319). »Auftrag» föreligger framför allt, när man åtagit sig att utföra »Rechtsgeschäfte», vare sig nu jämväl »Ermächtigung» föreligger eller icke. Men det sträcker sig längre. »Wo die Besorgung eine *einmalige* ist oder doch *gezählte* Dienste betrifft (wie verschiedene dem Dienstmann übertragene Verrichtungen, die Herstellung einer Kostenberechnung durch den Architekten), da kommt der Auftrag in Frage», d. v. s. det kan i dylika fall diskuteras, huruvida uppdrag eller tjänstelega förelegat. Samma diskussionsfråga kan uppstå, när ett avtal gått ut på presterandet av »freie Dienste» (OR 361). Vi ha i det föregående (ovan s. 437 n. 8) sett ett uttalande från Becker II, enligt vilket avtalet mellan sjukhuset och dess läkare vore »Dienstvertrag». Å andra sidan säger, enligt Oser-Schönenberger, schweizisk praxis, att avtalet mellan patienten och hans läkare vore att betrakta som ett uppdrag. Detta överensstämmer också med det nyss sagda: prestationen är i senare fallet en »einmalige» eller består av vissa bestämda tjänster, då uppdrag. Rör det sig om ett mera stadigvarande förhållande, bestämt eller obestämt, då »Dienstvertrag». Tvivelaktigt tycks vara, om uppdrag eller arbetsbeting föreligger, när en jurist åtar sig att avgiva ett rättsligt utlåtande eller att författa förslag till ett avtal. Oser-Schönenberger erinrar om, att man på denna punkt i Tyskland ansett arbetsbeting föreligga, men menar, särskilt beträffande schweizisk rätt, att förhållandet vore att uppfatta såsom ett uppdrag. Se till det sagda Oser-Schönenberger II, s. 1152, s. 1374, s. 1387 f.,

Mandatarens åtagande kan alltså men behöver ingalunda nödvändigt innefatta avslutandet av rättshandling med tredjeman. Såväl handelsagent som handelsresande, den senare vare sig han är i köpmannens tjänst eller icke, betraktas i lagen såsom engagerade i ett *uppdrag*, d. v. s. som mandatarer, och uppdragsgivaren angives såsom deras huvudman, alltså mandant. Föreligger nu bemyndigande för dessa mandatarer att sluta bindande försäljningsavtal, då ha vi framför oss ett fullmaktsmandat. Men vad just fullmakten här kan betyda för huvudmannens ansvar intresserar oss icke i detta arbete. Vi bortse därför från möjligt bemyndigande. Då föreligger, ifråga om s. k. fast handelsresande, det vill säga en som är »anställd i sin huvudmans tjänst», i själva verket en tjänstelega, utmärkande sig därigenom att den dels faller under vissa uttryckliga lagregler (visserligen av dispositiv natur) och dels att de utfästa tjänsteprestationerna alltid bestå i i lagen (komm. lagen § 85, jfd med § 86 mom. 3) allmänt beskriven verksamhet för befrämjandet av principalens möjligheter att avsluta rättsärenden, nämligen försäljningsavtal. Det är detta senare, som gör att denna *tjänstelega* också kan hänföras under *mandatet*. Det synes emellertid näppeligen finnas anledning till att icke vid *detta* slag av handelsresande och *detta* slag av mandat såsom allmän regel hävda, att principalen-huvudmannen är ansvarig för den ifrågavarande actor-mandatarens handling, vare sig skada genom densamma drabbat den tredjeman, som var föremål för hans order-attack, eller annan (förutsatt naturligtvis att betingelserna i övrigt

---

s. 1467 och s. 1470. — Rent språkligt kan naturligtvis begreppet uppdrag både hos oss och i andra länder omfatta flera skilda kategorier, såsom depositum, arbetsbeting, tjänstelega och mandat eller uppdrag i begränsad eller egentlig mening. Och man kan mycket väl tänka sig, kanske rentav förorda, en i överensstämmelse härmed företagen rättssystematisering inom den speciella obligationsrätten. Emellertid har jag nu blott mandatet eller uppdraget i egentlig mening i sikte. När jag i svenskrättslig mening karakteriserat detta så, som jag gjort, vill jag ingalunda påstå, att denna karakterisering är hos oss vedertagen. Men det förefaller mig, som om den hade visst stöd i våra lagars sätt att uttrycka sig. Mandatets i egentlig mening inramning kan nog aldrig ske fullt logiskt, så att den vore helt och hållet motiverad av de rättsregler, som beträffande institutet komma ifråga. Gränslinjerna mot tjänstelegan, ja, även mot arbetsbetinget, kunna icke sällan te sig som utsuddade hos oss. Och se t. ex. på OR 394: *mandataren* har förpliktat sig vissa »Geschäfte oder *Dienste* zu besorgen». Det är bara naturligt, att avvikelser i skilda länders begreppsbestämningar av mandatet föreligga. — Beträffande Tyskland måste emellertid till förebyggande av missförstånd hos den oinvigde en sak påpekas. Naturligtvis kan man i Tyskland uppdraga åt annan (advokat, annan jurist eller vem det vara månde) att *mot vederlag* vara verksam i »mandantens» rättsliga angelägenheter vis à vis tredjeman. Men detta kommer *formellt* icke under uppdrag utan under vad vi kalla tjänstelega, kanske någon gång arbetsbeting. Men åtskilliga stadganden under »Auftrag» få tillämpning på ett sådant »Dienstvertrag» (eller möjligen »Werkvertrag»), varom se BGB 675.

för principalansvar vore för handen, särskilt då att skadegörelsen berott på actors kulposa handling i tjänsten).

Lika tydligt synes mig den principen vara motiverad, att handelsagenten, den där »driver verksamheten såsom självständig yrkesidkare», genom sina handlingar till eventuell skada för tredjeman icke i princip bör kunna föranleda huvudmannens ansvarighet.[3] Att detsamma bör sägas ifråga om den s. k. provisionsresandens handlingar, som kunna vara skadebringande för tredjeman, därom kan svårligen råda något tvivelsmål. Visserligen säger icke lagen, att han är självständig yrkesidkare, men lagen förutsätter dock uttryckligen, att han icke är anställd i sin huvudmans tjänst. Kan man icke säga, att provisionsresanden driver *sin* verksamhet lika självständigt som agenten driver *sin*? Den förres fullt självständiga verksamhet är helt enkelt sådan, att han icke *behöver* »egen lokal för sin rörelse dit meddelanden angående denna kunna sändas»; så synes man mig böra resonera. Detta resonemang bekräftas av lagen, som uppställer väsentligen samma in-dubio-regler för provisionsresandens som för agentens uppdrag. Avvikelsen (§ 75) är icke betingad av provisionsresandens mindre »självständighet» gentemot huvudmannen än agentens utan blott av olikheten i de verksamheter, som de utöva.[4]

Eftersom kommissionslagen berörts må för fullständighetens skull nämnas, att vad som nu sagts om handelsagent och provisionsresande även måste gälla försäljnings- och inköpskommissionär. En sådan bör, åtminstone i princip, icke kunna såsom actor föranleda principalansvar. Kommissionären är ju icke blott mandatar utan en sådan som handlar i eget namn. Han uppträder sålunda utåt fullt självständigt.[5]

Det sist sagda föranleder mig att något litet beröra frågan om uppdrag i svenskrättslig mening över huvud — d. v. s. bortsett från situationer av sådant slag, som kunna föreligga mellan en köpman och i hans *tjänst* varande person — såsom möjligen grundläggande det förhållande, som kunde föranleda principalansvar. Därvid är det tydligt, att uppdragstagaren, mandataren, *i allmänhet* handlar helt efter eget omdöme

[3] Möjligen kan förhållandet stundom vara säreget och därigenom utgöra grund för huvudmannens principalansvar. Jag påpekar detta (utan att ha någon viss situation i tankarne), därför att Oftinger ifråga om schweizisk rätt, såsom v sett ovan s. 432 n. 9, uttalat, att det icke vore alldeles otänkbart, att »ein Agenturvertrag» kunde utgöra grund för principalansvar.

[4] I fråga om nu berörda kategorier torde man alltså (de lege ferenda) komma till samma resultat som sannolikt i common law, se ovan s. 392 n. 8 och nedan s. 491.

[5] »Der Kaufmann ist nicht verantwortlich für den Kommissionär» heter det hos Oser-Schönenberger I s. 390. Uttalandet motiveras med att köpmannen saknar »Weisungs- und Aufsichtsmöglichkeit».

och egen urskillning — ofta med stöd av sin utbildning och erfarenhet i rättsliga angelägenheter — såvitt det rör sig om *sättet* för uppdragets utförande. I det avseendet mottar han i princip inga instruktioner från sin huvudman och är medveten om att han, såsom det heter, handlar på eget ansvar (bortsett naturligtvis från den betydelse som eventuell fullmakt kan ha för huvudmannens ansvarighet). Vad som här *i allmänhet* sker är sålunda motsatt vad som *i allmänhet* sker vid tjänstelega. Därför saknas här vid mandatet intresse ur legislativ synpunkt att få fram en så *allmän* regel som möjligt om mandantens principalansvar. Det finns, såvitt jag förstår, vid mandatet ingen anledning att etablera principalansvar i andra fall, än då mandatet med hänsyn till mandatarens mindre självständiga ställning företer en bild, fullt analog med en *vanlig* tjänstelega, det vill säga en sådan i vilken icke actor på grund av sina kvalifikationer intager en — icke blott praktiskt taget utan även med hänsyn till uppdragssyftets fullföljande — självständig ställning gentemot principalen. Den extensiva tendens till principalansvar, på grund av intresset av en möjligast enhetlig regel om dylikt ansvar, vilken tendens enligt min mening de lege ferenda gör sig gällande vid tjänstelega, den tendensen saknas, såvitt jag förstår, helt och hållet vid vad jag kallat mandat i svenskrättslig mening.[6]

Att mandatet icke *i princip* grundlägger det för principalansvar nödiga förhållandet mellan mandant och mandatar bekräftas av hållningen i både fransk rätt och engelsk »common law». Enligt härskande fransk judikatur förutsätter mandantens principalansvar, att mandataren samtidigt har »la qualité de locateur de services».[7] Vad England angår förekommer icke här någon motsvarighet till *orden* uppdrag eller mandat. Vi ha begreppen »agent» och »agency». Dessa äro emellertid, såsom vi sett i det föregående[8], mångtydiga. Arbetstagaren i en regelrätt tjänste-

[6] När man i tysk (och även schweizisk) litteratur så ofta ser uppdrag framhävt såsom grund för förhållandet mellan principal och actor, beror detta naturligtvis på uppdragets bestämmande helt utan begränsning till verksamhet i *rättsliga* angelägenheter (vis à vis tredjeman).

[7] Dalloz II s. 364. Jag har nämnt detta i Bd I s. 67 n. 3, där jag också påpekar en dom av Cass.-civ. 1936, som jag emellertid kanske icke tillräckligt fullständigt citerade med uttalandet, att »l'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement, entre les parties, d'un rapport de commettant à préposé». I detta uttalande är »nécessairement» icke att fatta så, att vad vi betrakta såsom egentligt mandat vanligen, om ock icke alltid, kunde grunda principalansvar. Ty domen fortsätter med att säga, att »la responsabilité edictée par l'art. 1384, § 4, C. civ., à la charge du commettant et à raison du fait de son preposé, suppose que le premier possède, au regard du second, un droit de direction de surveillance et de contrôle . . .». En dylik mandantens »droit» är i allmänhet *icke* utmärkande för det egentliga mandatet.

[8] Se ovan s. 393 ff.

lega, d. v. s. »servant», betecknas stundom som »agent». Likaså en »independent contractor», d. v. s. en entreprenör. Men vad man här bör märka är sammanställningen »principal and agent» i, får man nog säga, mera egentlig mening. »Agent» (hans verksamhet: »agency») tages då, såsom vi sett i det föregående, i mening av mandatar, vare sig han nu är eller icke är på ett eller annat sätt bemyndigad, så att han har »authority to bind his principal».[9] Han kan vara, såsom man förr sade, direkt eller indirekt ställföreträdare. Det egendomliga är nu emellertid, att även en »agent» i denna mera egentliga mening synes *kunna* komma in under frågan om »master's liability for the acts of his servant». Hur saken rättssystematiskt är att fatta, vågar jag icke med bestämdhet uttala mig om. Jag tror dock, att man i allmänna drag skulle kunna säga följande, som här kanske kan ha intresse.

»Agent» kan vara mandatar i vidaste svenskrättslig mening, arbetstagare i en tjänstelega (servant) eller arbetstagare i ett arbetsbeting (independent contractor). »Agent» såsom mandatar är naturligtvis ofta klart »auktoriserad» att handla för principalen. Den skada å annan, som uppkommer genom på detta sätt auktoriserade handlingar, svarar huvudmannen naturligtvis för, ty handlingarne betraktas såsom hans egna, »and no difficulty to his liability arises».[1] Men en »agent», som är mandatar, kan också begå »unauthorized torts» emot tredjeman. Nu får undersökas, om huvudmannen skall anses ha »to himself reserved a power of controlling the agent in the execution of the work that he is employed to do, and of dismissing him for disobedience of ordres»[2], eller icke. I förra fallet svarar huvudmannen för mandatarens »torts» enligt reglerna för »master's liability». Och i *det* sammanhanget torde en »agent» (= mandatar) kunna betecknas, alldeles såsom arbetstagaren i en tjänstelega, såsom »servant» (naturligtvis också en slags »agent») till skillnad från sådana »agents», som äro »independent contractors» (bl. a. entreprenören i ett arbetsbeting).[3]

[9] Jfr t. ex. Pollock-Winfield s. 78 f. Cheshire-Fifoot, s. 294—325 ff., behandlar endast situationer, i vilka »the agent purports to enter into a contract on behalf of his principal», s. 294.

[1] Se Clerk & Lindsell s. 64 f., citerad härovan s. 393 n. 2. — Jfr Salmond-Stallybrass s. 86.

[2] Citatet från Clerk & Lindsell s. 65.

[3] Se Clerk & Lindsell s. 65 f. och jfr Pollock-Landon s. 59 f., Salmond-Stallybrass s. 86 ff. och Winfield s. 134. Winfield behandlar »master's liability» såsom ett exempel på »vicarious liability in tort». Han tillägger, att det finns andra kategorier av »vicarious liability», som dock icke synas vara av den vikt, att de borde behandlas i detta sammanhang. Som exempel nämner han bl. a. »the principal who may be liable for the tort of his agent»; Winfield s. 128. Längre fram nämner han dock återigen »agent» såsom med hänsyn till viss situation stående i klass med »servant». Det rör sig om A:s

»Agent» torde emellertid vanligen i engelsk rätt betyda ungefärligen vad vi kalla mandatar.[4] Att en sådan »agent» nu såsom actor förmedlade huvudmannens ansvarighet, det vill säga »master's liability» torde — såsom också framgår av Winfields uttalande i näst sista noten här ovan — vara ganska sällan förekommande. Detta beror naturligtvis på att »agent» i allmänhet gentemot sin principal har en mera självständig ställning än »servant» vis à vis sin »master». Jag har i annat sammanhang i det föregående, s. 387 n. 9, erinrat om Baron Bramwell's lapidariska karakteristik av skillnaden mellan »principal-agent» och »master-servant»: »the principal» har rätt att bestämma, »*what* the agent has to do, but a master has not only that right, but also the right to say *how* it is to be done» (uttalandet från Rex v. Walker, omkr. 1858). Bland de många »cases» på detta område, som jag i prejudikatsamlingar eller annan rättslitteratur träffat på, har jag inte funnit mer än möjligen ett fall, i vilket »agent» i nu avsedd mening betraktats såsom »servant». I fallet, av vilket jag icke sett något referat, var det dock icke fråga om »master's liability». Men tydligt är, att »agent» ifråga genom att »in the course of his agency» ha begått en »tort» mot tredjeman skulle haådragit sin huvudman »master's liability», just därför att han var en osjälvständig »agent» och följaktligen också »servant». Actor i fallet var nämligen en »commercial traveller», om av typen »fasta» handelsresande eller icke, är det svårt att avgöra.[5] Under alla omständigheter synes fallet ge visst stöd åt den här hävdade uppfattningen, att principalansvar inträder för den skada, som vållas av en handelsresande tillhörande nämnda kategori. Å andra sidan tycks det förhålla sig så i engelsk rätt, att en, vad vi kalla, provisionsresande icke såsom actor kunde föranleda »master's liability». Det fall, som här kan åberopas, är Egginton v. Reader (1936).[6]

Vad egendomsförvaltning[7] angår, kan väl denna icke sägas falla utom

»liability for casual delegation», en situation framgående bl. a. av fallet Samson v. Aitchison (varom se Bd I s. 501). Citerande ett par ord ur denna dom säger nu Winfield, s. 134, att det är likgiltigt, huruvida B (actor) »is styled the 'servant' or 'agent' of A, for the essence of A:s liability is the retention of the right of control». Därefter talar han ett par gånger om »servant or agent», därvid synes det, tagande »agent» i mening av vad vi kalla mandatar. Och han menar tydligen, att också en sådan »agent» icke mindre än »servant» *kan* föranleda »master's liability».

[4] Se ovan s. 394 n. 4.

[5] Det avsedda fallet är Rex v. Tite (omkr. 1862), som omnämnts av Smith, Master and servant, s. 340. Jfr ovan s. 392 n. 8.

[6] Icke heller av detta fall har jag haft möjlighet se något referat. Jfr emellertid ovan s. 488.

[7] Jag tänker nu närmast på fast egendom, såsom en lantgård, ehuru naturligtvis liknande synpunkter kunna göras gällande vid förvaltning av lös egendom.

mandatet, även om åtminstone i vårt rättssystem situationen mellan ägaren och förvaltaren sakligt må kunna karakteriseras såsom ett blandat tjänstelego- och mandatförhållande. Handlar förvaltaren i denna sin egenskap olämpligt och tredjeman därigenom lider skada, kan det väl vara diskutabelt, huruvida ägaren bör vara ansvarig efter en allmän regel om principalansvar. För min egen ringa del lutar jag dock åt uppfattningen, att den frågan bör besvaras jakande. Man *anställer* faktiskt en förvaltare. Det vill säga, att synpunkten av tjänstelega här dock blir den dominerande för parterna vid avtalets slutande. Har ägaren själv full kompetens att sköta egendomen, och är han bosatt å densamma, då synas mig utan vidare samma rättspolitiska synpunkter här tillämpliga till förmån för principalansvaret som vid vanlig tjänstelega. Nu kan det emellertid visserligen så vara, att ägaren anställt en förvaltare, just därför att han varit medveten om eller i allt fall befarat sin inkompetens att själv kunna på bästa sätt sköta egendomen. Det kravet måste då enligt sociala värderingar ställas på honom, att han icke till förvaltare väljer annan person, än sådan som enligt tillförlitliga fackmäns utsago är lämplig för uppgiften; vidare att han — under särskilda omständigheter — med fackmäns hjälp meddelar förvaltaren sådana informationer och instruktioner, som en skicklig man i hans ställning själv skulle ha gjort, samt att han dessutom låter anställa den kontroll och övervakning, som enligt fackmäns åsikt kan vara erforderlig. På analogt sätt synes mig saken ligga till, därest förvaltaren engageras på grund av ägarens sjukdom eller längre tids bortovaro. Även nu synas därför de rättspolitiska synpunkterna tala för ägarens principalansvar på grund av förvaltarens tredjeman eventuellt skadebringade åtgärder, därest nu i övrigt förutsättningarne för principalansvar äro för handen.

Det sagda kan näppeligen anses stridande mot vår praxis; även om icke något fall kunde påvisas, som här hade ett direkt eller otvivelaktigt intresse.[8] Och Reichsgericht i Tyskland har funnit, att »das Bestellen zu einer Verrichtung» förelåge och sålunda principalansvar efter § 831 BGB kunde komma ifråga, när en hustru efter »Gütertrennung» genom en »Generalvollmacht» överlåtit sin egendom till makens förvaltning. Ty »zu einer Verrichtung bestellt ist jeder, dem von einem andern, von dessen Weisungen er mehr oder minder abhängig ist, eine Tätigkeit

[8] Man kan dock beträffande förevarande situation erinra om, att vår praxis ju är inställd till förmån för principalansvar, när actor såsom här icke är en blott »enkel anställd» (angående vilket uttryck se Bd II: 1 s. 391 n. 1). Men framför allt synes det motiverat att nämna fallet i NJA 1881 s. 211. Annat är väl knappast möjligt, än att verkmästaren-fabriksföreståndaren i detta fall även haft en viss ställning som mandatar.

übertragen worden ist». I detta fall dömdes hustrun ansvarig för skada som mannen tillfogat tredjeman genom »eine unerlaubte Handlung».[9] Nu är det visserligen sant, att det här var den tredjeman, med vilken ett rättsärende avslöts, som kom till skada. Icke desto mindre är det principalansvarets princip, som kommit till användning, ty det är § 831 BGB, som åberopats som lagligt stöd för ansvaret. Och om genom en förvaltningshandling en tredje, utan att hava indragits i något rättsärende, lidit skada, synes mig principen i den nämnda domen innefatta, att principalansvar likaledes kunde komma ifråga.

Tysk praxis tycks emellertid mena, att huvudmannen även kunde svara enligt § 831 BGB för tredjemans skada genom »rättstridig» handling av en anlitad och befullmäktigad advokat.[1] En sådan ståndpunkt förefaller icke motiverad, allra minst när advokatståndet har officiellt auktoriserats. Envar bör kunna utgå från, att en sådan advokat är fullt yrkesutbildad och att han — utan informationer av sin klient — kan skilja mellan »rätt och orätt» i sitt handlande. Han handlar, synes det, lika självständigt och lika mycket på, såsom det uttryckes, eget ansvar som entreprenören i ett regelrätt arbetsbeting. Om ett klart och tydligt sådant föreligger — alltså utan någon väsentlig restriktion ifråga om entreprenörens självständighet vid prestationens utförande — synes det överallt förhålla sig så, att å beställaren icke vilar något principalansvar.[2]

---

[9] Denna bestod för övrigt i delaktighet i bedrägeri. Se RGZ Bd 91 (1918) s. 363. Domstolen framhöll, att actors verksamhet kunde »auch Rechtshandlungen zum Gegenstande haben, namentlich kann die Verrichtung in dem Auftrage zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts bestehen». Domstolen citerade ur en annan Reichsgerichtsdom (RGZ Bd 73 1910 s. 434) en del av följande synpunkter, som synas mig vara av visst intresse: »Die Erwägung, dass die Verrichtungen im Sinne des § 831 BGB nicht auf tatsächliche Verrichtungen beschränkt sind, sondern auch Rechtshandlungen zum Gegenstande haben können, entspricht der herrschenden Rechtsauffassung. Namentlich kann die Verrichtung in dem Auftrage zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts bestehen. Auch braucht die Tätigkeit des Beauftragten nicht untergeordneter Art sein. Insbesondere kann derjenige, dem der Auftraggeber es im allgemeinen überlassen hat, Geschäfte nach eigener Entschliessung zu vermitteln oder abzuschliessen, auch zu den einzelnen im Rahmen des allgemeinen Auftrages liegenden Handlungen als *bestellt* angesehen werden, sofern diese nur *inhaltlich* mit der Ausführung des Auftrages in innerem Zusammenhange stehen und nicht bloss bei *Gelegenheit* der aufgetragenen Verrichtung vorgenommen werden.» (Kursiveringarne i domen.)

[1] Se den ganska svårbegripliga domen i RGZ Bd 96 (1919) s. 177. Här befanns det vara till huvudmannens förmån, att § 831 var användbar, ty därigenom hade han möjlighet att — trots verkan av »die Prozessvollmacht» för huvudmannen enligt § 85 Ziv. Pr. Ordn. — fria sig genom »Entlastungsbeweis». I detta fall hade advokaten förorsakat en tredje person ekonomisk förlust genom »die gesetzwidrige Betreibung der Zwangsvollstreckung» (avseende en personen ifråga tillhörig fastighet).

[2] Se här ovan t. ex. s. 360 ff.; s. 401 f., 412 f., 437 f., 450 f.

Svensk rättspraxis bildar i sådant avseende intet undantag.[3] Emellertid böra vi till något bättre förståelse av den i not 1 här ovan nyss berörda domen erinra oss, vad som framhållits förut i slutet av noten å s. 487, nämligen att avtalet mellan en klient och hans advokat i allmänhet (d. v. s. om det är oneröst) betraktas som »Dienstvertrag», låt vara någon gång som »Werkvertrag».

Av det nu sagda angående frågan om mandantens principalansvar synes böra följa, att det icke vore motiverat att — liksom vid tjänstelegan — låta lämpligheten av en enhetlig och därigenom lättfattlig regel leda till uppställandet av en allmän regel om principalansvar för en mandant. Skulle här lämpligheten av en enhetlig regel vara bestämmande, synes resultatet snarare böra bliva det motsatta: å en mandant vilade intet principalansvar; han svarade blott för egen culpa, i detta sammanhang för *culpa in eligendo* etc. Men detta kan naturligtvis inte heller komma ifråga. Möjligen skulle följande kunna vara att reflektera på. Å mandanten vilade principalansvar:

1:o. När mandatet *icke på annat sätt* skiljer sig från en ordinär tjänstelega än därigenom, att de åtagna prestationerna bestå i avslutandet av rättsärenden för principalen med tredjeman eller i verksamhet för befrämjandet av dylikt avslutande, t. ex. genom avgivande eller upptagande av anbud eller, slutligen, i utförandet av vissa andra rättshandlingar för honom såsom krav, uppsägning, inkassering eller liknande, allt under förutsättning att verksamheten, såvitt den rättsliga sidan av saken angår, icke förutsätter någon självständig av principalens förhållningsorder oberoende, på juridisk utbildning eller erfarenhet vilande prövning. Som exempel kan angivas den »faste» handelsresanden, med eller utan bemyndigande att avsluta rättsärenden för principalen, och en inkasserare eller ett bud att betala (mot kvitto), att göra en uppsägning, framställa krav o. s. v. — allt situationer, där det endast är fråga om att fullgöra tjänster, som bestå i att vara verksam gentemot tredjeman i enklare rättsliga angelägenheter, varvid verksamhetens art framgår av avtalet. Var actor likväl yrkesjurist, torde dock principalansvar näppeligen böra ifrågakomma.

2:o. När det föreligger ett avtal innefattande blandning av tjänstelega och mandat, t. ex. om actor är förvaltare, vice värd för en fastighet eller dylikt. Dock måste den inskränkning göras, att principalansvar är uteslutet, såvitt actors mandathandlingar medfört skadan och denne haft att företaga handlingarne i enlighet med sitt eget fackmässiga omdöme,

---

[3] Se Bd II: 1 s. 473 f.

alltså helt oberoende av några principalens särskilda förhållningsorder beträffande frågan om eller hur dessa mandathandlingar vore att utföra. I hithörande förhållanden skulle följaktligen vissa tredjeman skadebringande handlingar draga principalansvar med sig, andra åter inte.

Om en tredjeman skadebringande mandathandling företagits på mandants uttryckliga begäran och i enlighet med hans särskilda föreskrifter, kan han självfallet bli ansvarig (ensam eller solidariskt med mandataren), men nu finns det ingen anledning tala om principalansvar. Mandanten svarar nu för egen culpa eller dolus.

Resultatet blir sålunda, att principalansvar stundom kan vila å en mandant men att i princip sådant ansvar icke torde böra förekomma vid mandatet i begränsad svenskrättslig mening.[4]

Att ytterligare söka angiva situationer, i vilka principalansvar kunde ifrågasättas är icke så lätt. Det bleve här också fråga om detaljer, som jag icke kan belasta utrymmet med. Liksom vid mandatet får undersökas, huruvida actors ställning är sådan, att den skadebringande handlingen måste anses falla inom hans självständiga verksamhet eller ha varit beroende av principalens instruktioner eller övervakning, så att det ligger någon mening i att anlägga synpunkten om presumtion om principalens egen culpa såsom medverkande till skadegörelsen. För att blott taga ett exempel. A deponerar med hänsyn till sin bortresa sin ridhäst i B:s stall. Till vårdnaden hör naturligtvis, att hästen dagligen användes eller åtminstone rastas. Därunder sker kulpos skadegörelse å T. Vilar nu principalansvar å A eller icke? Jag skulle vilja säga: in dubio nej. B, depositaren, synes mig i sådant avseende ha en ställning, analog med entreprenörens i ett arbetsbeting. Om olyckan sammanhängde med en särskild egenskap hos hästen och A kulpost underlåtit att nämna denna för B, då svarar A visserligen, men för *egen culpa* (låt vara att även B kan vara ansvarig). *Principalansvar* synes mig endast kunna ifrågakomma, därest B varit en i hästskötsel föga förfaren person, så att hans vårdnad av djuret naturligen förutsatte A:s mer eller mindre utförliga direktiv därom. Men även under sådana förhållanden synes mig här antagandet av principalansvar tvivelaktigt. Kanske bör man som strikt regel hävda, att en deponent icke svarar för skada å tredjeman, såvida icke hans egen culpa in eligendo, vel instruendo vel inspicendo blivit

---

[4] Jag erinrar här om citatet från Oftinger II s. 504 här ovan å s. 432 n. 9, där han säger, att också ett mandat är *tänkbart* såsom grund för ansvar enligt OR 55; vid vilket uttalande bör beaktas uppdragets vidsträckta omfattning i schweizisk rätt (OR 394).

utredd.[5] Detsamma torde då böra sägas om en långivare och legogivare (av lös sak).

Till sist bör kanske här en i ögonen fallande motsägelse söka bortförklaras. Vad jag så bestämt uttalade angående en klients frihet från principalansvar för skada genom den anlitade advokatens handlingar råkar naturligtvis åtminstone delvis i strid med vad jag hävdat om principalansvar för tredjeman skadebringande misstag från sådana actorers sida som vetenskapsmän och överingeniörer såsom föreståndare för laboratorier eller industriella avdelningar och framför allt från sjukhusanställda läkares sida. Alla dessa utföra ju sina prestationer i kraft av kunskaper, som måste vara principalens alltför överlägsna för att instruktioner och övervakande från hans sida i allmänhet skall kunna komma ifråga. Undantar jag läkarne bör dock märkas, dels att en principalens culpa in eligendo här kan ligga närmare att antaga än vid klientens val av advokat, där klienten bör vara fri från culpa-presumtion, om han valt en fullt legitimerad advokat för sina rättsliga angelägenheter. Vidare kan från principalens sida ifråga om skadegörelser genom de förras handlingssätt ha förelegat en culpa i avseende å företagets organisation, materielinköp och annat (jfr ovan s. 461 ff.). Allt detta gör, att motsägelsen vid antagandet av principalansvar i dessa fall men bestridandet därav för klientens del i viss mån utjämnas. Låt oss därför med varandra jämföra situationerna, när å ena sidan en sjukhusläkare och å andra sidan en advokat (i egenskap av mandatar) är actor.[6]

Därvid är först att märka, att principalen här vanligen ställer icke blott lokaler utan jämväl personal, instrument, andra eventuellt erforderliga redskap, mediciner och förbandsartiklar till läkarens disposition. Läkarens felaktiga behandling av patienten kan lätt tänkas stå i samband med någon försummelse från sjukhusförvaltningens sida. Vidare är det ju så, att principalansvaret i allmänhet är motiverat vid tjänstelega och att jag utgått från förhandenvaron av ett legislativt intresse att till undkommande av mer eller mindre sterila diskussioner hävda såsom *allmän regel* principalansvar *vid tjänstelega*. Det synes mig föreligga

---

[5] I engelsk rätt kan »master's liability» i princip icke vila å en deponent (långivare, legogivare eller dyl.) på grund av depositarens handlingssätt, ty mellan dessa råder det förhållande, som kallas »bailment», vilket utesluter, att depositaren kunde betraktas som »servant». Se Bd I s. 474 f.; om begreppet »bailment» se s. 331 n. 4 ib.

[6] Anlitas en läkare utanför sjukhus eller annan anstalt, som håller sig med läkare för vården av där intagna personer, blir uppkomsten av det »tremannaförhållande», som måste förutsätta ett principalansvar, ett opraktiskt tankeexperiment. Om icke patienten själv tillkallat läkaren, är den som så gjort att fatta som patientens uppdragstagare eller negotiorum gestor, därest han icke varit patientens förmyndare.

så mycket mindre skäl till undantag från en sådan allmän regel, som principalen städse är en sjukhusförvaltning (eller annan institution), som kan förutses ha de nödiga resurserna för att kunna bära principalansvar. Slutligen tillkommer här, att vår praxis konsekvent sedan ett par decennier givit uttryck åt sjukhusens principalansvar jämväl för av sjukhuset anlitad läkares kulposa eller eljest felaktiga behandling av patient. Jag tror icke, att någon skulle vilja plädera för en ändring i denna praxis ståndpunkt och för slopandet av detta sjukhusens ansvar. Å andra sidan äro hithörande situationer alltför mycket skilda från dem, i vilka klientens advokat vid utförandet av sitt uppdrag åstadkommer skada för en tredje, för att sjukhusens principalansvar skulle analogivis kunna leda till klientens för skada genom advokaten. Till och med om synpunkterna eljest vore genomgående likvärdiga, så tillhör dock läkarens engagemang en tjänstelega, under det att advokatens kommer under mandatet. Denna i sig formella och därför skenbart likgiltiga olikhet har dock betydelse, *om* det är så, att det kan vara lämpligt att ha en *allmän* regel om principalansvar på området för tjänstelega, under det att motsvarighet förvisso aldrig kan vara lämplig på mandatets område.[7]

[7] Jfr slutet av citatet från Alexanderson i Bd II: 1 s. 489 n. 9. — Jag har gjort hela denna jämförelse med klientens möjligen ifrågasatta principalansvar uteslutande för resonemangets skull. Detta principalansvar skulle ju — därest det nu tillstaddes — icke ha någon större praktisk betydelse och är därför i och för sig utan något egentligt intresse.

Mellanmannens (actors) handlingssätt.

MÅSTE ALLMÄNT TALAT HA SKETT I TJÄNSTEN.

Principalansvaret förutsätter givetvis och såsom vi sett, utom actors tredjeman skadebringande handlingssätt, ett särskilt förhållande mellan principal och actor. Det säger sig självt, att handlingar fallande klart utanför det förhållande mellan principal och actor, som skall utgöra en förutsättning för ansvaret ifråga, icke i detta sammanhang kan ha något intresse för oss. För att nu hålla oss till tjänstelegoförhållandet — såsom antytts i rubriken och för övrigt det enda som jag här kan finna det nödigt att beröra — är det exempelvis tydligt, att principalen icke borde kunna bli ansvarig för skada, som en anställd vållat tredjeman på sin fritid *helt* utan varje samband med tjänsten, det vill *bland annat* säga, om skadegörelsen icke heller skett under måltidsrast (eller annan paus i arbetet) eller på väg till eller från arbetet i tjänsten. Å andra sidan torde det vara lika givet, att principalansvaret icke kan begränsas till skada genom handlingar, begångna i tjänsten i detta ords mera *snäva* betydelse. Låt oss nu först erinra oss, hurudan den allmänna inställningen är i länder, som i princip erkänna detta ansvar och därvid intagit en viss attityd i förevarande fråga.

C. civ. art. 1384 låter »maîtres et commettants» svara för skada genom handlingar av de anställda »*dans les fonctions* auxquelles ils les ont employés». I England och Amerika har »master's liability» avseende å skada genom »the acts of the servant *in the course of his employment*» eller »*within the scope of his employment*»[8] (eller »his authority»). Av

[8] Man ser icke sällan i engelska domar uttrycket »within the scope of his employment» (eller »his authority»). I engelska litteraturen är uttrycket »in the course etc.» det vanliga. Amerikanen Harper skriver emellertid »within the scope of the employment» samt säger att »the act must be done within the scope of the general authority of the servant»; se Harper § 291. Cooley-Haggard använder omväxlande »in the course» och »within the scope of employment», se I, § 87 och III §§ 393 och 396. Prosser, s. 475 f., nämner först att ifrågavarande »tortious conduct of the servant» faller »within the 'scope of the employment'», men tillägger genast, att denna »highly indefinite phrase» ofta varieras med »in the course of employment». I Restatement of agency är det genomgående använda uttrycket »within the scope of employment», se §§ 228 ff.

det danska och norska lagrummet (D. L. 3–19–2; N. L. 3–21–2) framgår, att actors handling måste vara en förseelse »derudi», d. v. s. i tjänsten, eftersom vi nu blott tala om tjänstelega. Enligt BGB 831 svarar »Geschäftsherr» för skada som »der zu einer Verrichtung Bestellte» rättstridigt tillfogar tredjeman »in Ausführung der Verrichtung» och OR 55 låter principalen (»Geschäftsherr») svara »für den Schaden, den seine Angestellten oder Arbeiter *in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen* verursacht haben». I vår egen rätt saknas nu visserligen allmänna föreskrifter i ämnet. Vi ha dock ett par lagstadganden, som — ehuru tillhörande speciallagstiftningen och sålunda icke utan vidare lämpliga som utgångspunkter för analogisering — det *i förevarande sammanhang* finns särskild anledning nämna: §§ 2 och 6 (1 st.) i 1886 års lag om ansvar för skada i följd av järnvägs drift.[9] Att det i dessa stadganden principiellt endast är fråga om skada genom handlingssätt i tjänsten framgår, om ock icke bokstavligen, likväl av andemeningen. Till yttermera visso sägs det i motiveringen till § 2, såsom vi förut (s. 356) sett, att det rör sig om järnvägsinnehavarens ansvar »för järnvägspersonals *fel och försummelser i tjänsten*». Och gå vi till vår judikatur i ämnet, så kommer här visserligen icke någon allmän princip till uttryck — helt naturligt redan därför att en allmän regel om principalansvar icke godtagits i vår praxis. Men i samtliga de fall, i vilka principalansvar utdömts, har handlingssättet icke blott uppenbarligen skett »i tjänsten»[1], utan detta har lika uppenbart varit en förutsättning för ansvarets utdömande. Det senare framgår särskilt tydligt i ett sådant fall som NJA 1918 s. 604, där hotellvärd dömdes ansvarig för skada, tillfogad gäst genom portierns handlingssätt, enär man kunde antaga, att »portier vid utförande av dylika uppdrag handlar i sin tjänst och alltså å hotellvärdens vägnar». Ett sådant uttalande i ett fall som detta torde vara ägnat belysa också de domar, i vilka handlingens karaktär att ha utförts i tjänsten icke betonats. Ty en portiers ställning *kan* vara sådan, att han åtminstone i vissa avseenden lätteligen uppfattas såsom gentemot hotellgästerna varande »sin egen». Det kanske är blott därför, som just i ett fall av denna art uttalats, att actor »handlat i sin tjänst» och följaktligen å principalens vägnar. I ett långt senare hotellfall NJA 1949 s. 46 friades hotellet-principalen från ansvar, enär gästens uppdrag åt nattvaktmästaren fallit »utanför vad hotellpersonal bru-

[9] I t. ex. 1916 års lag om ansvar för skada i följd av automobiltrafik finns intet stadgande på motsvarande sätt lämpligt att hänvisa till.

[1] Citationstecknen motiveras av domen i NJA 1948 s. 262 (varom ovan s. 338 f.), vilken torde utgöra tillämpning av § 2 i 1886 års lag.

kar åtaga sig för hotellgästers räkning» och vaktmästaren »på grund härav och med hänsyn till beskaffenheten av uppdraget» icke kunde »anses ha handlat å hotellföretagets vägnar».[2] Meningen är uppenbarligen, att actors skadebringande handlingssätt icke skett i tjänsten och *alltså* icke heller å principalens vägnar.

Alltnog; vi förstå, att också i svensk rätt måste principalansvaret — såvitt vi nu ha tjänstelegoförhållandet för ögonen — förutsätta, att actors handling måste vara utförd på något sätt i hans tjänst. Men vi förstå också omedelbart, att i detta sammanhang »i tjänsten» måste vara ett i viss mån tänjbart begrepp. Märk att t. ex. engelsk, amerikansk och fransk rätt, liksom tysk och schweizisk, låter principalen (åtminstone i viss utsträckning) svara även för skada genom actors dolösa handling! Kanske kunde man säga, att en sådan handling utförts av actor »in the course of his employment», om man blott låter detta betyda *under* tjänsten. Men av både judikatur och litteratur framgår, att man menar »within the *scope* of his employment» eller »of his authority». Och hur kunde väl, noga taget, actors dolösa handling sägas vara utförd i hans tjänst eller »dans les fonctions», med hänsyn till vilka han anställts? Samma frågeställning inträder för övrigt även med den vanliga situationen av principalansvar för ögonen, nämligen att actors handling varit kulpos i traditionell mening, liksom med den överallt för principalansvaret antagna förutsättningen att actors handling varit åtminstone objektivt »rättstridig». Ty naturligtvis kan icke in dubio ur principalens och naturligtvis icke heller ur laglig synpunkt begreppet tjänsteprestation innefatta vare sig »kulpos» eller ens blott objektivt »rättstridig» skadegörelse å annan. Också om det avslutade tjänstelegoavtalet bokstavligen omfattade utförande jämväl av dylika handlingar, skulle den anställde icke befinnas »rättspliktig» att utföra dem och hans underlåtenhet att utföra dem icke betraktas som kontraktsbrott i rättslig mening. — Redan dessa nära till hands liggande påpekanden visa, att denna förutsättning för principalansvaret, att actors handling skall ha företagits i tjänsten i mening att ha varit en av tjänstelegan verkligen täckt handling, icke bokstavligen kan göras gällande, och att följaktligen vissa kommentarer bliva erforderliga.

Man har med andra ord att uppställa följande spörsmål: vilka actors skadebringande handlingar, *utom* hans handlingar i tjänsten i bokstavlig eller strikt mening, kunna föranleda principalens ansvarighet? Efter försöket till denna frågas besvarande skall spörsmålet om actors »culpa»

[2] 1949 års fall är kort refererat ovan s. 341. Båda hotellfallen ha i annat sammanhang berörts ovan s. 458 ff.

såsom förutsättning för ansvaret upptagas ävensom dryftas, huruvida principalansvaret principiellt bör vara uteslutet från att omfatta dolös skadegörelse genom actor eller icke. Att jag med hänsyn till vår rätt i senare avseendet kommer till negativt resultat, det vill säga till resultatet, att skada genom actors *dolus* i princip faller utanför principalansvaret, må emellertid redan här till bättre förståelse av en del uttalanden göras. Jag förutsätter i det följande å andra sidan tillsvidare, att actors handling varit — såsom vanligen anses vara förutsättning för ansvaret — kulpos i traditionell mening. Då, såsom redan betonats, actors helt utan varje samband med tjänsten varande handlingar här uppenbarligen inte kunna ha något intresse, synes uppgiften till en början lämpligen kunna vara att taga viss ställning till den franska judikaturens utvidgning av actors ifrågavarande handlingskrets, d. v. s. till frågan huruvida och i vilken betydelse denna borde omfatta jämväl handlingar »à l'occasion des fonctions».[3]

Detta begrepp synes ha uppställts i anledning av den innebörd man givit kassationsdomstolens upprepade uttalanden, att principalen svarade för skada förorsakad av anställda »non seulement dans l'exercise normal et régulier des fonctions auxquelles ceux-ci sont employés, mais encore de celui qui résulte de l'abus de ces fonctions». Naturligtvis kan principalansvaret icke vara uteslutet, blott därför att actors handlingssätt inneburit, att han missbrukat sina »fonctions», ty ofta är skadegörelsen just en följd därav, det vill säga av att han mer eller mindre vanskött sina åligganden.[4] Men i Frankrike har man säkerligen i alltför stor utsträckning låtit principalen svara för skada genom »l'abus des fonctions».[5] Den franskspråkiga versionen av OR 55 i Schweiz har för uttrycket »in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen» formuleringen »dans l'accomplissement de leur travail». Det är möjligt att den franska formuleringen innebär en något starkare begränsning än den tyska.[6] Emellertid säger Burckhardt[7], nämnande båda uttryckssätten, att actors skadebringande handling måste »in den Kreis

[3] Att detta är den franska rättens paroll på området kan väl knappast bestridas. Emellertid skriver Oftinger, II s. 515 n. 187, gentemot sina schweiziska landsmän, som betrakta detta som den franska rättens ståndpunkt: »Man nimmt vielfach, *freilich etwas übertreibend* (kurs. här), an, dass dies der (allerdings sehr ausdehnenden) Auslegung der fraglichen Haftungsnorm im *französischen* Recht entspreche.»

[4] Jfr Bd I s. 73 ff.

[5] Se en del av exemplen i Bd I s. 76 ff. Där syns ju bl. a. ingen skillnad göras alltefter det att missbruk skett dolöst eller blott kulpost.

[6] Kanske skall en antydan därom ligga hos Oftinger II s. 514 f., som citeras nedan s. 506 n. 3.

[7] Burckhardt s. 543 f.

der Massnahmen fallen, welche die Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen darstellen oder *ermöglichen* (kurs. här). Vid frågan, om »l'abus des fonctions» inom denna ram kunde föranleda principalansvar efter schweizisk praxis, konstaterar Chamorel först, att det finns flera sätt för en person att missbruka sin anställning och att man kan missbruka den så, att man uppenbarligen överskrider sina befogenheter. Ett sådant missbruk utesluter icke principalansvar i fransk rättspraxis[8], men den schweiziska judikaturen anlade konsekvent följande synpunkt: »Lorsqu'un employé a dépassé les limites de ses attributions, il n'est plus réputé agir dans l'accomplissement de ses fonctions, et partant, il n'engage point la responsabilité de son patron.»[9]

Med denna inställning är det ganska givet, att schweizisk rätt för principalens ansvar icke nöjer sig med att actors handling skett »à l'occasion des fonctions». Principalansvar anses *icke* inträda, om actors handling företagits »nicht in Ausübung sondern *bloss* bei Gelegenheit (à l'occasion) dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen»[1] (kurs. här). Detta tycks också — trots det att den franska rätten betraktas såsom den egentliga förebilden till principalansvaret i schweizisk rätt — vara den *allmänt* rådande meningen.[2]

Ehuru denna attityd i den schweiziska rätten synes förklarlig, ja, plausibel, få vi icke förbise, att de avskräckande exempel, som man där har i tankarne, alla, såvitt jag vet, innefatta, att actor icke blott »a dépassé les limites de ses attributions» utan jämväl *dolöst* begått skadegörelsen eller åtminstone den handling (t. ex. användandet av principalens bil för egen räkning), som lett till skadegörelsen. Tänka vi bort sådana skadegörelser, torde begreppet »à l'occasion des fonctions» vara något, som man i diskussionen har att taga ställning till. Begreppet har stundom tolkats som liktydigt med »au temps et au lieu de la fonction».[3] I det hela förefaller ett sådant attribut till hithörande tjänstehandlingar

---

[8] Chamorel andrager exemplet med kusken, berört å s. 76 i Bd I.

[9] Chamorel s. 51—53. Han hänvisar till BGE 35 (1909) II s. 615, där det heter att principalen icke kunde bli ansvarig för skada genom handling utanför det område, »innerhalb dessen sich der Angestellte nach seinen dienstlichen Obliegenheiten für das Geschäft betätigen soll». Att fallet avser tolkning av äldre och icke gällande OR har ingen betydelse, då båda stadgandena (art. 62 och art. 55) ha formuleringen »in Ausübung ihrer ... Verrichtungen». Chamorel's i texten citerade uttalande synes dock alltför snävt för att kunna lända till efterföljd. Jfr nedan s. 507 f.

[1] Oftinger II s. 514 ff.

[2] Se utom Oftinger t. ex. Oser-Schönenberger Art. 55 nr 15; v. Tuhr I s. 380; Chamorel s. 51 ff.; Maag s. 78. Se bland auktorer under äldre OR: Bieder s. 340 ff.; Burckhardt s. 543 f.; Gysler s. 51 ff.

[3] Se Bd I s. 74 ff.

vara ganska naturligt eller åtminstone värt att uppmärksammas, så snart man bortser från dolösa skadegörelser. Och det synes till och med kunna ifrågasättas, att »au lieu de la fonction» borde tolkas med en viss frihet. Först och främst torde därmed icke handlingar, som skett i annan *del* av den lokal eller det etablissement än den, där actor haft att utföra sin tjänst, behöva uteslutas, därvid likgiltigt om syftet varit att lojalt göra en paus i arbetet eller att överge sysslorna för något annat ändamål. I tjänsten kan actor även anses ha begått skadegörelsen, därest denna skett *utanför* själva arbetslokalen, om han lämnat denna t. ex. för att gå på toaletten eller ut till någon annan lokal för att hämta en rock (mot kyla eller till skydd för kläderna), verktyg etc. En så pass vidsträckt tolkning av »platsen» kunde kanske vara motiverad dels till undvikande av alltför subtila distinktioner, dels ock med hänsyn till det prevenerande syfte med principalansvaret, som måste anses givet, såvitt man — såsom man nog i allmänhet, åtminstone *jämväl*, gör — betraktar bakgrunden för detsamma i presumtionen (= den större eller mindre sannolikheten) för att principalen skulle ha kunnat förebygga skadan, därest han nedlagt en viss större diligentia in eligendo vel instruendo vel inspiciendo. De exempel, jag sist gav, torde kunna rubriceras så, att actor lämnat lokalen och därmed platsen för sina sysslor för tillgodoseende blott av tjänsten eller eljest de behov, som det är naturligt att han tillgodoser under denna. Tvivelaktigt kan vara, om sådana situationer böra vara uteslutna, i vilka han lämnat sina sysslor för att t. ex. taga en rökpaus[4], råka en privat besökande eller annan tredjeman utanför arbetslokalen eller för något annat helt utanför tjänsten liggande syfte. Man torde dock få medgiva, att den nämnda culpapresumtionen är principiellt svagare i dessa senare fall än i de förra samt att den nu gjorda distinktionen icke vore så svår att genomföra i praktiken.

I Frankrike tycks judikaturen emellertid gå så långt, att den låter principalen ansvara för skada å tredjeman, som inträffat t. ex. genom en bilolycka, som skett, när en privatchaufför utanför sin tjänstetid för egen räkning kört principalens bil. Actor har dock blott på grund av sin tjänst haft tillgång till bilen! menar man.[5] Är man, såsom hos

[4] Jfr nedan s. 510 f.

[5] Se Bd I s. 76. — Batt-Vaines, s. 260, tar emellertid fram ett irländskt fall, Boyle v. Ferguson (1911), där man tycks gå långt ifråga om möjligheten av principalens ansvar. Detta fall »goes so far as to rule that the general authority of a servant to take out cars may cover the servant's taking out the car for his own business». Märk dock »may cover»: det vore, säger Batt, till sist »a question of fact», låt vara att det vore svårt att se »when the facts would justify such a conclusion». Till bevis för denna

oss[6], inställd på att icke låta principalansvaret ha vidare utsträckning än som kan finnas vara åtminstone rätt klart motiverat av dels samhällsekonomiska grunder och dels det sociala behovet av så enkla och lättfattliga regler som möjligt, då kan den nämnda franskrättsliga tanken icke godtagas. En sak för sig är, att just det givna fallet icke har något intresse för oss på grund av våra särskilda regler om ansvar för skada genom automobiltrafik. Men det franskrättsliga avgörandet måste ju ha konsekvenser för andra fall. En gårdskarl begagnar exempelvis på sin fritid principalens gräsklippningsmaskin eller annan maskin eller verktyg — som han icke skulle ha råd att själv skaffa sig — och tillfogar under hanteringen därav tredjeman skada. Det kan, såvitt jag förstår, icke komma ifråga att (de lege ferenda) hävda principalansvar i dylika fall, vare sig gårdskarlen haft principalens tillstånd att använda redskapet eller icke. Handlingen har icke utförts i tjänsten ens med den för våra förhållanden mest extensiva tolkning av detta begrepp.[7]

Parentetiskt må därför här inskjutas, att blott och bart den omständigheten, att actor tillfogar tredjeman skada under användning av prin-

---

svårighet refererar Batt till ett engelskt (i L.R. av »The incorporated Council etc.» dock icke refererat) fall, Britt. v. Galmoye (1928), varom strax här nedan.

[6] Jfr Alexanderson I s. 41 f. och se Bd II: 1 s. 479—527 angående vår judikatur i ämnet.

[7] På den tiden då bilinnehavare ännu i schweizisk rätt svarade för olycksfall genom chauffören efter OR 55 skulle det franska fallet icke ha kunnat föranleda principalansvar. En firmadelägare, som hade rätt att personligen disponera en firmans bil, lät köra sig hem till sin bostad i Basel och tillsade chauffören Burkli att därefter köra bilen till firmans fabriksbyggnad i Münchenstein. Burkli passade emellertid på att först göra en nöjestur med sin fästmö och hennes anförvanter, varunder han kolliderade med ett häståkdon, som med sina passagerare skadades. Talan mot firmadelägaren ogillades emellertid i alla instanser. Art. 55 OR vore icke tillämplig, sade Bundesgericht bl. a., »weil Burkli den Schaden nicht in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung verursacht hat. Die ihm aufgetragene Verrichtung bestand in der Verbringung des Automobils von Basel nach Münchenstein und hatte vielleicht eine Viertelstunde erfordert. Mit dieser Verrichtung hatte die in Begleitung eigenmächtig aufgenommener Fahrgäste veranstaltete, mit den Zwischenhalten über zwei Stunden dauernde Vergnügungsfahrt weit über Münchenstein hinaus nach Grellingen, dann wieder an Münchenstein vorbei nach ... überhaupt nichts zu tun. Wenn auch einem Chaufför, der einen Wagen irgendwohin verbringen soll, in gewissen Grenzen die Wahl des einzuschlagenden Weges freisteht und darum die Haftung des Geschäftsherrn nicht notwendig entfällt, wenn der Chaufför nicht die kürzeste oder die gewöhnlichste Route verfolgt hat, so liegt doch eine Fahrt, wie sie hier unternommen wurde, gänzlich ausserhalb des erteilten Auftrages, weil sie gar nicht dessen Erfüllung zum Zweck hat» (se BGE 50 (1924) II s. 471 f.). — Denna dom ger icke alldeles full klarhet. Tydligen kunna vissa omvägar köras och likväl begreppet »Ausübung der Verrichtung» i stadgandets mening vara tillämpligt. Man göre jämförelser med de engelska fallen Joel v. Morison; Sleath v. Wilson; Mitchell v. Crassweller; Whatman v. Pearson och Storey v. Ashton i Bd I s. 499–501. Se även nedan s. 506, s. 508 ff., s. 515 f.

cipalens egendom givetvis icke i vår rätt bör kunna medföra principalansvar. Detta är också uppenbarligen den allmänna inställningen, om man bortser från vissa situationer i fransk praxis. Det kan ha intresse att beakta några hithörande engelska fall. A hade lämnat ett åkdon till reparation hos en vagnmakare, som låtit honom under reparationstiden få använda en »dog-cart». A:s kusk tog en gång ut den ur vagnslidret, utan A:s tillåtelse, och körde tillsammans med några andra ikring med den så vårdslöst, att den kolliderade med en spårvagn och skadades. A friades i County Court och Court of Appeal från »master's liability» men hade dömts ansvarig i King's Bench Division. Såsom »bailee» (varom ovan s. 496 n. 5), sades det i Court of Appeal, svarade A för egen »negligence» men icke för »that of his servant», när denne — såsom här var fallet — icke handlat »within the scope» eller »in the course of his employment».[8]

I ett annat fall — Britt v. Galmoye and Nevill — hade A lånat ut sin privata bil åt sin lastbilschaufför, för att denne efter arbetstiden skulle få köra sina vänner till teatern. Genom chaufförens »negligence» blev tredjeman skadad. Dennes talan mot principalen ogillades emellertid, enär »the journey was not on the master's business and the master was not in control». Den domare, som i ett annat fall (Hewitt v. Bonvin) referade Britt v. Galmoye etc., fann nämnda dom vara »an example of the true principle which ought to be followed in the present case».[9] Fallet Hewitt v. Bonvin kan för övrigt även anföras i detta sammanhang.[1]

Gårdskarlens nyss berörda handlingssätt med gräsklippningsmaskinen kan varken rubriceras såsom utfört »i tjänsten» eller »under tiden för dennas utövande». Låt oss emellertid nu först se, hur man i Schweiz söker närmare bestämma eller begränsa actors hithörande handlingar. En sådan handling får (för att leda till principalansvar) å ena sidan icke bero på actors eget initiativ *och* blott tjäna hans, icke principalens intresse. Koordinationen tycks skola innebära, att den omständigheten ensam, att handlingen berott blott på actors initiativ icke utesluter principalansvar. Detta står då å andra sidan i överensstämmelse med att handlingen icke behöver ha varit

»gerade die, die sich als Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung darstellt, sonst wäre der Artikel meist neben Art. 41 überflüssig.[2] Es

[8] Sanderson v. Collins (L.R. 1904, 1 K.B. 628).
[9] Se L.R. 1940, 1 K.B. s. 190.
[1] Se Bd I s. 502 f.
[2] Det vill säga, principalen skulle med en sådan begränsning bli ansvarig för sin

genügt vielmehr ein innerer (funktioneller) Zusammenhang zwischen Geschäftsbetrieb und schädigender Handlung in der Weise, dass diese in den *Kreis der Massnahmen* falle, welche die Verrichtung ausmachen».[3]

Med inre eller *funktionellt* sammanhang åsyftas givetvis intet annat, än att actors handling står i sammanhang med hans funktioner (»fonctions») såsom anställd i den ifrågavarande tjänsten. Därmed är emellertid tyvärr intet ens tillnärmelsevis exakt uttryckt, lika litet som med attributet, att handlingen skall falla »in den Kreis der Massnahmen» etc. Sammanhanget kan vara mer eller mindre »långdraget». Hur långa omvägar får t. ex. en kusk köra lastvagn eller ekipage utan att upphäva »Verrichtung»-begreppet? (jfr den nyss citerade domen i BGE 50 II s. 471 f.). En murarmästare blir ansvarig, »wenn der Handlanger beim Steintragen — *auch absichtlich* (kurs. här) — einen Stein fallen lässt und einen Passanten verletzt», säger Oser-Schönenberger i omedelbar anslutning till det sista här i texten gjorda citatet. Meningen är givetvis, att avsikten kan ha omfattat icke blott stenens fall utan även skadegörelsen å den passerande.[4] I det erforderliga »inre, funktionella» sammanhanget med en helt anständig tjänst skola sålunda kunna stå även grova brott! Tanken är uppenbarligen, att denna dolösa handling dock begicks *genom utförandet av det till tjänsten hörande arbetet*.[5] Ty om actor exempelvis begår stöld mot tredjeman under arbetet inträder intet principalansvar.[6] Resonemanget synes mig högst formalistiskt. Det »inre» sammanhanget med tjänsten saknas, måste man väl säga, i *båda* fallen. Ett »yttre», d. v. s. mera ytligt sammanhang finnes, och det kunde kanske då sägas, dock *blott och bart formellt* sett, vara mera i »linje» med tjänsten i förra än i senare fallet. Men kunde väl en sådan distinktion verkligen motivera en olikhet i frågan: principalansvar eller icke? Och kunde man väl ens i förra fallet säga att sammanhanget vore »funktionellt»? Att *avsiktligt* låta stenen falla och skada tredjeman var dock

---

egen culpa, bestående i att han låtit actor utöva den ifrågavarande »Verrichtung» (åtminstone utan varning eller övervakning).

[3] Oser-Schönenberger I, Art. 55, nr 15 och 16. Detta överensstämmer med den allmänna uppfattningen i den schweiziska litteraturen. Erforderligt är, säger t. ex. Oftinger II, s. 514 f., »ein funktioneller, nicht bloss ein zeitlicher oder örtlicher Zusammenhang zwischen der Schädigung und der Verrichtung der Hilfspersonen; die Schädigung muss 'dans l'accomplissement de leur travail' (franska versionen av OR 55) zugefügt sein, nicht 'à l'occasion de leurs fonctions'».

[4] Samma uppfattning uttalad av bl. a. v. Tuhr I, s. 380.

[5] Handlingen har fallit »in den Kreis der Massnahmen, welche die Verrichtung ausmachen» eller ligger, såsom v. Tuhr, s. 380, uttrycker det, »im Aufgabenkreise des Arbeiters».

[6] Se t. ex. v. Tuhr, s. 380; Oftinger II s. 515 n. 188.

helt skilt från hantlangarens funktioner! Återigen stå vi inför en bristande analys ifråga om det faktiska.[7] Det är icke *stenbärningen* utan detta att låta stenen avsiktligt falla på trafikanten, som utgör »die schädigende Handlung». Men så kan icke Oser ha sett på saken, ty då skulle antagandet av principalansvaret råka i strid med hans egna ord, att det »namentlich» *icke* inträdde, »wenn die schädigende Handlung der eigenen Initiative des Angestellten enstammt und nur seinen (nicht des Geschäftsherrn) Interesse dient».[8]

Begreppet »Ausführung der Verrichtung» i BGB 831 tolkas nog i det hela på samma sätt som »Ausübung der Verrichtung» i OR 55, det vill säga så, att principalansvaret i det hela är begränsat till samma kategorier av handlingar från actors sida i Tyskland som i Schweiz. Under hänvisningar till rättspraxis och rättslitteratur heter det hos Soergel, II, § 831, 4 a:

»*In Ausführung der Verrichtung* bedeutet in einem ausreichend nahen inneren Zusammenhang mit der Verrichtung . . .; die Verrichtung darf nicht bloss der *Anlass* oder die *Gelegenheit* (kurs. här) zu den schädigenden Handlung gewesen sein, die letztere muss vielmehr unmittelbar in den Kreis derjenigen Verrichtungen fallen, welche die Ausführung des Auftrags . . . bezw. bei einem Beamten die Ausführung der ihm übertragenen dienstlichen Verrichtungen darstellen . . . Doch genügt es, wenn die Handlung in den Geschäftsbereich des Angestellten im allgemeinen gehört . . ., mag er auch im Einzelfalle seine Befugnisse überschritten haben . . .»[9]

Då vi veta, att actors dolösa skadegörelse ingalunda i tysk rätt faller utanför principalansvaret, finns det ingen anledning förmoda annat, än att även i tysk rätt murarmästaren skulle få svara för skada å tredjeman genom den sten, som hantlangaren under stenbärningen avsiktligt låtit falla på honom. I själva verket anför Oertmann just ett sådant exempel på principalansvar.[1]

Samtliga tyska kommentatorer synas vara på det klara med, att actor icke genom varje överskridande av sina befogenheter handlade utom tillämpningsområdet för § 831. Säkerligen råder härutinnan icke någon *principiell* olikhet med schweizisk rätt. Att Chamorel's uttalande, ovan

---

[7] Jfr vad jag sagt om det oupplösta begreppet »farlig verksamhet» eller »farlig bedrift», ovan s. 48–53.

[8] Oser-Schönenberger I, Art. 55, nr 15. Jfr Oser Art. 55, III: 1.

[9] Liknande Staudinger II: 3, § 831, 3 b; Planck II: 2, § 831, 1 b, som framhäver betydelsen av bruket av prepositionen *in* (Ausführung) och icke *bei*, vilket skulle kunna betyda »bei Gelegenheit der Ausführung etc.»; Oertmann § 831, 2 c; Warneyer § 831, I.

[1] Oertmann nyss a. st.

s. 502, är något överdrivet har i sammanhanget påpekats. Huruvida actor alltför mycket avvikit från principalens order för att principalansvar icke skall komma ifråga är enligt Soergel »Tatfrage». Det riktiga vore väl att säga: en kombinerad faktisk och omdömes-fråga.[2]

Som vi sågo hos Soergel (och för övrigt finna hos samtliga här berörda kommentatorer), måste actors handling falla »in den Kreis derjenigen Massnahmen, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen und mit diesen Massnahmen in einem inneren Zusammenhange stehen» (detta citat från Staudinger II: 3, § 831, 3 b). Såsom exempel härpå har anförts, att en målarmästare svarar för sina arbetares skadegörelse genom att »in einem fremden Hause Möbel beschmutzen», däremot inte för en av dem vid sådant tillfälle begången stöld (Staudinger a. st.). Detta är nu verkligen ett exempel till belysande av ett »inre, funktionellt sammanhang». Oertmann anför här, såsom redan nämnts, entreprenörens ansvar för stenbärarens dolus att låta en sten falla på person och skada honom.[3]

Låt oss emellertid nu ånyo helt bortse från dolösa skadegörelser och låt oss se på de rätt intressanta »åkarefallen» i engelsk »common law», vilka jag berört i Bd I s. 499–501: Joel v. Morison; Sleath v. Wilson; Mitchell v. Crassweller; Whatman v. Pearson och Storey v. Ashton. Principalansvar utdömdes i första, andra och fjärde fallet men icke i tredje och femte. Att döma av slutet av citatet från den schweiziska domen nyss här ovan (s. 504 n. 7) i BGB 50 (1924) II s. 471 f. vore det icke *alldeles* uteslutet, att principalansvar i Schweiz skulle kunna utdömas icke blott i de två första fallen utan jämväl i de två sista.[4] Men troligt är väl, att avvikelsen från den »korrekta» körrouten varit alltför stor enligt schweizisk rättsuppfattning i ämnet för att kunna

---

[2] Belysande är, synes det mig, slutet av domscitatet här ovan från Bundesgericht, s. 504 n. 7. Det är ju möjligt, att *faktiskt* de tyska domstolarne skulle tillåta större avvikelse från principalens order inom begreppet »Verrichtung» än de schweiziska synas göra, men detta är subtiliteter, som det icke finns anledning gå in på. Om en anställd kusk efter förrättat ärende far hem på en av principalen förbjuden omväg befinner han sig likväl enligt tysk praxis »in Ausführung der Verrichtung»; däremot icke en »Kraftfahrer», om han, i strid mot principalens uttryckliga »Weisung» att genast åka tillbaka, »die Fahrt eigenmächtig ausdehnte». Om han »ohne Wissen und Wollen des Fahrzeughalters das Fahrzeug benutzt», handlar han icke heller »in Ausführung der Verrichtung, zu der er bestellt ist». Se Soergel II, § 831, 4 a. Beträffande kusken se även Staudinger II: 3, § 831, 3 b. Hithörande rättsfall, varpå uttalandena stödja sig, har jag icke haft tillgång till.

[3] Oertmann, § 831, 2 c. — Här erinrar jag om, att actors skadegörelse icke på grund av sin dolösa karaktär i och för sig är utesluten från att föranleda principalansvar — varken i tysk, schweizisk, fransk eller engelsk och amerikansk rätt.

[4] Det synes icke heller uteslutet i tysk rätt.

uppfattas såsom »die Ausübung einer dienstlichen Verrichtung». Och under alla omständigheter framträder i dylika fall, icke mindre i schweizisk än i engelsk och tysk rätt, såsom avgörande för ansvarsfrågan något, som snarare utgör en *grad*-skillnad än en *art*-skillnad.[5] Därigenom måste i dylika fall en prövningsfrihet för domaren tillstädjas. Men den synes enligt sakens natur böra vara begränsad så, att skadegörelse under annat än *ringa* avvikelse från vad som kunde uppfattas såsom ett handlande *inom* tjänsten icke kunde föranleda principalansvar.

I Restatement of agency heter det, att »servant's» handling icke faller inom »the scope of employment», om den skett utan avsikt att fullgöras såsom »a part of or incident to» (jfr Bd I s. 486 f.) någon tjänsteprestation, med hänsyn till vars utförande »servant» blivit anställd. Däremot kunde handlingen väl falla »within the scope of employment», om den *blott* »*in part*» utförts för att tjäna »servant's» egna eller tredjemans syften. (Restatement of agency, §§ 235 och 236.) Med hänsyn till sådana uttalanden erinrar Prosser om den engelske domaren Baron Parke's »klassiska fras» i det nyss nämnda fallet Joel v. Morison, att »master» inte svarade för sin »servant's» handlingar, om denne inte alls vore ute i »his master's business», utan endast vore »going on a frolic of his own». Om actor går utom sin »employment» för att göra något, som icke har någon förbindelse med »the master's business», då finns det för principalen, säger Prosser med stöd av »cases» och nämnda §§,

»no more responsibility for what he (servant) does than for the acts of any stranger. If he has no intention, at least in part, to perform any service for the employer, but only to further a personal end, his act is not within the scope of the employment. But so long as there is an intent, even though it be a subordinate one, to serve the master's purpose, the master may be liable if what is done is otherwise within the service.»

I anledning av denna inställning uppstå, säger Prosser, ovanligt svåra faktiska frågor, inte minst i »'detour' cases». Den vanligaste åsikten här tager hänsyn till förutsebarheten av en avvikelse från »the authorized route», så att principalen blott svarade för sådana handlingar, som skedde i en riskzon, inom vilken actor kunde väntas göra avvikelse. Enligt denna åsikt återvänder »servant» icke i tjänsten, »until he is reasonably near the authorized route». Tillämpande detta, såvitt jag förstått, även utanför 'detour'-fallen, säger Prosser, att det synes

[5] I de engelska fallen Joel v. Morison och Mitchell v. Crassweller synes det ha spelat roll för »master's» frihet från ansvar, huruvida »servant's» avvikelse från tjänstekörningen kunde betraktas såsom blott en »détour» (= omväg) eller icke; senare alternativet innefattande, att han, i stället för att utföra »his master's business», »was going on a frolic of his own».

»to be more or less generally agreed that the master will be liable at least for those slight departures from the performance of the work which might reasonably be expected on the part of servants similarly employed, and that the foreseeability of such deviations is an important factor in determining the 'scope of employment'. The essential question is whether the risk is properly to be considered as a part of the employer's enterprise. It has been suggested that the convenience with which he may obtain liability insurance has some bearing upon the problem.» (Se med hänsyn till Prosser's ifrågavarande uttalanden hans Handbook, s. 477 f.)

Om snickare under sitt tjänstearbete anstiftar eldsvåda genom tobaksrökning, tycks principalen i Schweiz bli ansvarig, enär actor här »*bei Ausführung der Arbeit*» handlat »unzweckmässig».[6] Detta strider visserligen mot utgången i det engelska fallet Williams v. Jones, som dock betecknas som ett gränsfall.[7] Principalansvar i sådana fall — där ju actors skadegörelse icke varit dolös — synes mig vara det enda konsekventa. Man kan fråga sig: hur bör dömas, om actor lämnar sina sysslor och *avlägsnar sig ifrån arbetsplatsen* för att taga en rökpaus, under vilken han sätter eld på tredjemans egendom. Ur synpunkten av viss presumtion även här för en principalens culpa in eligendo etc. vore principalansvar väl även nu tänkbart, men det följer självfallet icke av lika starka skäl, som tala för ansvaret i de strax förut berörda rökfallen. Dock är att förmoda, att icke ens efter fransk praxis i dylik händelse principalen skulle bli ansvarig. Fall av ansvar för eldsvåda genom actors tobaksrökning i fransk praxis (Bd I s. 76 f.) har jag icke haft tillfälle studera i tillräcklig detalj. Ett senare fall, nämnt i 4 uppl. av Mazeaud I, 915 n. 7, är där också alltför ofullständigt berört. Referatet tyder dock på, att de rökande arbetarne icke avlägsnat sig från arbetsplatsen. Morgenstierne sade på sin tid, med hänsyn till N. L. 3–21–2, att det icke vore tillräckligt för ansvar enligt detta stadgande, att skadegörelsen inträffat »under Hvervets Udførelse», och tog därvid som exempel, att »Mesterens Folk ved uforsigtig Tobaksrøgning sætter Ild paa et Hus, hvor de ere beskjæftige med Reparationsarbeide». Detta var en slutledning, som Morgenstierne drog på följande sätt. I 3–21–1 befrias husbonden från ansvar för sitt tjänstefolks förseelser. När så 3–21–2 låter

---

[6] Oftinger II s. 515 n. 188. Bieder förkastade på sin tid, s. 341 f., denna ståndpunkt, enär principalen icke svarade för skada »bei Gelegenheit (à l'occasion) der Verrichtung», s. 339 f.

[7] Bd I s. 495 ff., där jämförelse göres med ett annat fall, i vilket principalansvar utdömdes på grund av skada genom eld förorsakad av actor, som efter tändning av en cigarrett kastade den avbrända stickan på bilgaragets golv, som var betäckt med »petrol and oil». Actor var anställd i garaget och sysselsatt med att tappa motorsprit från ett fat på ett mindre kärl. Fallet var Jefferson v. Derbyshire Farmers Ld. (1921).

husbonden bli ansvarig, när han givit tjänaren ett »Hverv» och denne »*derudi* forser sig», så begränsar lagen uppenbarligen ansvaret till »Forseelse», som begåtts vid utförandet av värvet eller »nærmere bestemt ved *Maaden, hvorpaa Hvarvet udfores*». Häri låge den väsentliga skillnaden mellan den norska och franska rätten på området. Å andra sidan vore »husbonden» dock icke fri från ansvar, blott därför att actor handlat emot »given Instrux». Men, menade Morgenstierne,

»da Afvigelsen fra den givne Ordre kan være saa væsentlig, at det i Virkeligheden ikke længer kan siges at være det givne Hverv som udføres, medens Husbonden selvfølgelig ikke bliver ansvarlig, blot fordi han overhovedet har givet et Hverv, medens Tjeneren forsætlig eller uagtsomt udfører noget helt andet, ligger heri Hovedvanskeligheden ved Lovbudets praktiske Anvendelse.»

Det gällde därför, menade Morgenstierne, att söka avgöra, om »Afvigelsen fra Hvervet *rammer selve dettes Kjærne eller Hovedinhold eller blott bevirker en Modifikation i Udførelsen*». (Morgenstierne s. 87.)

Morgenstierne är ingalunda särskilt restriktiv i sin tolkning av N. L. 3–21–2. Efter erinran om att »Hvervet» icke behöver avse visst eller vissa uppdrag utan kan vara »givet med Tjenerens almindelige Tjenestepligter» (jfr Rt. 1895 s. 761 f.), påpekar han, att detta senare kan föranleda särskilda tolkningssvårigheter, men att gränserna för stadgandets användning likväl icke böra dragas för snävt, vilket han exemplifierar sålunda: husbonden bör vara »lige ansvarlig for Tyendets uforsigtige Omgang med Ild, enten Uforsigtigheden er udvist under Udøvelse af Tjenestepligter i strængeste Forstand eller f. Ex. ved Benyttelse af Lys paa Tjenerværelset» (Morgenstierne s. 88). Detta låter synnerligen förnuftigt. Likväl har jag icke sett, att någon senare norsk auktor delat denna mening. Platou uttalade, s. 476 f., att, ehuru väl husbonden svarade gentemot tredjeman för följderna av tjänsteflickans oförsiktighet med »Lys i Tjenesten, f. Ex. paa Loft og i Kjælder, svarer han ikke for hennes Uforsiktighed i Pigekamret». Denna ståndpunkt hade förut uttalats av Hallager-Aubert, s. 153, under avståndstagande från Morgenstierne, och senare synes Øvergaard, s. 187, ha anslutit sig till densamma. Men naturligtvis råder ingen meningsskiljaktighet därom, att N. L. 3–21–2 jämväl har avseende å allmänna, d. v. s. icke specificerade »tjänsteplikter».

Om actors skadegörelse å tredjemans egendom beror på att han lämnat arbetet och platsen för detsamma för att exempelvis gå till en lavoar och tvätta händerna, varefter han glömt stänga av vattenkranen, synes det vara godtyckligt att icke finna principalen ansvarig, förutsatt att det hörde till ordningen, att en anställd vid den ifrågavarande kranen

tvättade sina händer under arbetet eller vid dess slut.[8] — I det i Rt. 1895 s. 760 refererade fallet friade Byretten i Kristiania husbonden från ansvar för vattenskada å underliggande våning, vilken skada uppstått därigenom, att en hans »Tjenestepige» försummade att stänga av vattenledningskranen. Hon hade öppnat denna för att dricka vatten, vilket emellertid då icke kom, enär ledningen var avstängd. Domstolen menade, tydligen med stöd av bl. a. Morgenstiernes avhandling, att husbonden icke svarade för »Tjenerens *forsætlige* Retsbrud mod Tredjemand», då dylikt i princip icke kunde bestå i något, som han »forrettede på Husbondens Vegne». Av samma skäl syntes husbonden icke heller böra vara ansvarig för

»saadanne *uagtsomme* Retsbrud fra Tjenerens Side, hvortil der kun er givet ham Leilighed ved det overdragne Hverv, men som ikke kan siges at høre med til dettes Udførelse eller at være en Bestanddel av den Maade, hvorpaa det er udført».

Det förefaller, som om Øvergaard ansluter sig till denna tolkning, s. 187, och det är tydligt, att Platou, s. 476, gjort det. Det förefaller emellertid mig vara tydligt, att handlingssättet ifråga tvärtom borde falla inom principalansvaret. Och säkerligen skulle det i England och Amerika omfattas av »master's liability». Handlingssättet synes mig vara en utomordentligt typisk »incident to servant's employment» (jfr Bd I s. 486 ff. och s. 498). Av Restatement of agency, § 229, framgår att jämväl sådant handlingssätt, som är »incidental to the conduct authorized» är att betrakta såsom fallande »within the scope of employment». Bland de många synpunkter, som avgivas till ledning för bedömandet ställes i första rummet, huruvida handlingen ifråga »is one commonly done by such servants». Och det hör naturligtvis till ordningen för dagen, att en »Tjenstepige» släcker sin törst med vatten från vattenledningen. Naturligtvis är också hennes nyss berörda »Benyttelse av Lys paa Tjenerværelset» något som dagligen sker och följaktligen »a conduct incidental to the conduct authorized as to be within the scope of employment».

Det är självfallet omöjligt att giva en allmän hållbar formulering av, hur en actors handling skall falla »inom tjänsten» för att kunna föranleda principalansvar. Som redan påpekats, kan det citerade uttrycket icke användas efter orden; då skulle ju actors kulposa handlingssätt i allmänhet icke kunna medföra principalansvar. (Jfr Ussing Erstatningsret s. 94.) Å andra sidan kunna möjligen icke *alla* kulposa handlingar »*under* Udførelsen av Hvervet» komma ifråga såsom grund för detta ansvar, under det att handlingar, som icke skett under tjänstens utfö-

[8] Se fallet Ruddiman v. Smith, Bd I s. 498.

rande, i princip måste vara uteslutna (jfr Ussing ib.). Säkerligen duger det icke att utan vidare såsom förutsättning för principalansvaret uppställa, att handlingen företagits av actor »i den Hensigt at tjene til Hvervets Udførelse», varom se Ussing a. a. s. 94 f. Jag återkommer emellertid här nedan, s. 517, till denna fråga.

Senare skall jag beröra betydelsen för frågan om principalansvaret av att actors handling skett emot principals (eller annan överordnads) förbud och att den utförts på väg till eller från tjänsten. Dessförinnan vill jag efter ovanstående ventilering av en del synpunkter sammanfatta följande såsom möjligen värt att för den svenska rättens del hävda *de lege ferenda*. Ledande för denna sammanfattning äro dessa två maximer: 1:o. Det är eftersträvansvärt att ha så genom sin enkelhet och lätt-tillämplighet generella regler som möjligt. 2:o. Med hänsyn till vår rätts gentemot ett allmänt principalansvar mera reserverade hållning än rättens i något annat land av intresse för oss, kan det icke vara lämpligt att låta en allmän regel om principalansvar omfatta andra kategorier av actors handlingar »i tjänsten» än dem, som låta en sådan regel *otvivelaktigt* fylla den eller de sociala funktioner, som en sådan regel anses ha. Varje tvivel härutinnan bör leda till att handlingskategorien ifråga faller utanför principalansvaret.[9]

Vad nu denna sociala funktion angår, är det givet, att värderingarne och meningarne angående hithörande värderingar kunna gå i sär. Sedan urminnes tider är det dock nog två huvudtankar, som ligga i bakgrunden: dels »sådan herre, sådan dräng» och dels att tjänarne ofta icke äro ekonomiskt i stånd att kunna betala ersättning för de skador, som de kunna förorsaka tredjeman under utförandet av sin tjänst.[1] I själva

---

[9] Märk att jag talar om en *regel* och i överensstämmelse därmed om handlings*kategorier*. Hör ett fall till en sådan *kategori*, synes det icke böra spela någon roll, att principalansvaret med hänsyn till sin ratio legis just i *detta* fall förefaller mindre väl motiverat. Jfr ovan s. 461 ff., bl. a. s. 465 f.

[1] Angående den senare jfr Pollock & Maitland II s. 353, nämnd både i det föregående och i Bd I s. 443 vid n. 4. — Det har ett visst intresse att se, hur synpunkten ännu i vår tid stundom uttryckligen hävdas. I fallet Limpus v. London General Omnibus Co. (1862) — alltjämt så vitt jag vet en »leading case» på området — sade den bekante domaren Willes bl. a., att det vore »well (enligt Campbell, Ruling cases: perfectly well) known that there is virtually no remedy (enligt Campbell: no remedy whatever) against the driver of an omnibus, and therefore it is necessary that, for injury resulting from an act done by him (enl. Campbell: for what the driver of an omnibus does) in the course of his master's service, the master should be responsible (enl. Campbell: answer); for there ought to be a remedy against some person *capable of paying damages* (kurs. här) to those injured by improper driver (enl. Campbell: There should be some person who is capable of paying damages, and who may be sued by people who are injured by improper driving)». Jag har här citerat efter Kenny, Cases s. 82 f. men trott det vara

verket kunna dessa två tankar sägas vara de linjer, enligt vilka jag hävdat, att en regel om principalansvar har dels prevenerande och dels ersättande eller reparerande funktion.[2] Denna uppfattning erhåller också betydelsefullt stöd i såväl fransk och schweizisk som tysk rätt. Att i de båda senare rättssystemen Exzeptions-, resp. Entlastungsbeweis, kan föras bekräftar, att en av de sociala grundtankarne bakom principalansvaret varit densamma som vid culpa-regeln, nämligen att förebygga kulpost handlingssätt (här från principalens sida). Formuleringen i art. 62 äldre OR har säkerligen lika litet som BGB 831 avsett annat, än att principalen kunde fria sig just genom »Exkulpationsbeweis». Och jag tror, att vi — sättande sociala synpunkter framför oss — tryggt kunna lämna åsido tanken, att ansvaret hade sin grund i actors bemyndigande (authority) att handla å principalens vägnar; låt vara att detta tagit sig uttryck bl. a. i engelsk doktrin, i formuleringen i det dansk-norska stadgandet och i vår egen praxis. Att tanken icke kunde stå i överensstämmelse med verklighetstrogna synpunkter, förstår man bl. a. av *tolkningen* av det dansk-norska stadgandet[3] och av den nutida sofistiska formuleringen i engelsk både doktrin och praxis, att principalen vid »the unauthorized torts of his servant» svarade för »unauthorized modes of doing authorized acts».[4]

Efter dessa anmärkningar skall jag nu söka angiva de handlingskategorier, som borde kunna diskuteras falla inom området för principalansvaret, ehuru handlingarne icke i rent bokstavlig mening fallit inom tjänsten. Därvid synes mig, med hänsyn till den restriktiva tendens, som torde böra iakttagas hos oss, den närmaste praktiska ledningen lämpligen vara att hämta från den schweiziska rätten. Först uppställes emel-

av intresse att inom parentes angiva avvikelserna i Campbell, Ruling cases XVII, s. 267. Man får av båda ställena uppfattningen att — även om uteslutningar kunnat göras — vad som medtagits dock *ordagrant* återgåve Wille's uttalande. Avvikelserna synas egendomliga dels av denna anledning, dels ock därför att de sakligt icke äro alldeles betydelselösa. Det är icke korrekt att säga: »there is no remedy whatever» mot en omnibuskusk, men väl att »there is *virtually* no remedy» mot honom, därmed avseende att remediet är ineffektivt, därest han saknar tillräckliga medel. Angående fallet i övrigt se Bd I s. 493 n. 1 och nedan s. 522 n. 5.

[2] Bd I s. 464 ff. och ovan s. 352 ff. och s. 460 ff.

[3] D. L. 3-19-2 och N. L. 3-21-2. Ingen människa har ens sedan tider långt tillbaka tagit uttrycket »Fuldmagt paa sine Vegne at forrette noget» efter dess ordalydelse.

[4] Se Bd I s. 486 ff. — Härifrån avser Batt-Vaines säkerligen icke att taga avstånd, när förf., s. 259, säger: »It is clear that a master is not liable if his servant chooses to perform his duties in an unauthorized way, unless the way chosen falls within his implied authority». Batt fäller detta yttrande till belysning av några cykel- och motorcykelexempel, som beröras nedan å s. 523 f. Batt's uttalande i anslutning till de givna exemplen indicerar emellertid riktigheten i mitt påstående i Bd I s. 486, att den sist här ovan i texten givna formuleringen icke tål några större påfrestningar.

lertid förutsättningen, att handlingarne varit *kulposa* i traditionell mening men *icke dolösa*. Vidare påpekas, att vid principalansvaret skadan givetvis städse måste ha drabbat tredjeman och att följaktligen, när exempelvis fråga är om skadegörelse å arbetslokal eller i sådan befintliga ting m. m., principalansvar självfallet icke kan ifrågakomma, såvida icke det skadade tillhör, icke principalen, utan tredjeman, vilket naturligtvis ofta icke är händelsen. Härefter kan jag kort sammanfatta vad som enligt min mening lämpligen kan ifrågasättas såsom omfattat av principalansvaret på följande sätt.

1. Handlingar, som — bortsett från deras kulposa karaktär — skulle ha fallit direkt och otvetydigt inom den ifrågavarande tjänsten. Exempel: parkvakt eller trädgårdsdräng förväxlar »behöriga» och »obehöriga» och jagar bort även de förra, eller han använder större våld än som är nödigt för att hindra besökare från skadegörelse. I förra fallet har han begått kulpost misstag i tjänsten; i senare fallet kunde man kanske tala om kulpos »excess» i tjänsten, för att något ansluta oss till terminologien avseende det engelska fallet Poland v. John Parr & Sons. Snart sagt vilken tjänst som helst kunde tänkas utföras på liknande sätt till skada för tredjeman.

2. Om ett cykelbud, en man med dragkärra, en åkare etc. rimligtvis kan välja mellan flera bestämda vägar för tjänstens utförande, är det naturligtvis likgiltigt, vilken väg han väljer. Väljes en därutanför fallande, det vill säga en ur tjänstens synpunkt helt onödig *omväg* (diskretionärt så bedömd) torde utom principalansvaret falla en skadegörelse, som inträffar på denna omväg, intilldess att vederbörande eventuellt hunnit in på den vägsträcka, som s. a. s. tillhörde tjänsten. Detta torde vara mera restriktivt än vad som framgår av den schweiziska rättslitteraturen, ty också att köra en onödig omväg *kan* där (intill en viss gräns) falla inom den »Kreis der Massnahmen, welche die Verrichtung ausmachen». Domen av Bundesgericht (ovan s. 504 n. 7) utvisar detsamma. Klart är att också BGB 831 så tillämpas, att en onödig omväg icke *behöver* utesluta principalansvaret. Märk även Joel v. Morison. Vad som blott vore en »détour» uteslöte icke »master's liability» (se Bd I s. 499). Ansvarigheten i fallen å s. 76 f. i Bd I gör det otvivelaktigt, att principalen i fransk rätt bleve ansvarig, vare sig actor kört den lämpligaste vägen eller gjort en »détour». Se även Demogue's uttalanden här nedan s. 525 n. 5. En sak är nu, att det stundom kan vara svårt att fastställa, huruvida en onödig omväg körts av actor eller icke. Men ännu kinkigare måste det vara att avgöra, huruvida differensen varit eller icke varit så betydande, att actor skall anses icke ha handlat »inom tjänsten»,

d. v. s. så att han icke ådrager principalen ansvar för skadegörelsen. Det är därför, som jag tror det vara lämpligast att låta *varje* väg, som befinnes vara *onödig* omväg, falla utom tjänsten. Dock menar jag, att begreppet »omväg» i princip — d. v. s. om icke något särskilt tillkommer — såsom jag nyss antydde, bör upphöra, om och när actor hunnit in på den sträcka som tillhörde den »rätta» vägen. — Det tillägg måste dock här göras, att vad actor oriktigt uppfattar såsom den »rätta» vägen på grund av sin bristande kännedom om de lokala förhållandena eller sitt bristfälliga lokalsinne också måste ur nu berörda synpunkt så betraktas och icke såsom en onödig omväg, hur tidsödande den än varit. Han har ju nu hela tiden varit ute i principalens ärende, hur lång omväg han än på grund av sitt eget misstag tagit.

Ganska belysande för svårigheten att utan nu anlagda åskådningssätt få någon rätsida på saken synas mig de nyss uppradade engelska åkarefallen vara. Chief Justice Cockburn tog i Storey v. Ashton avstånd från domaren Erskins dom i Sleath v. Wilson och menade, att det vore en gradfråga, om omvägen kunde betraktas såsom »a separate journey» och sålunda fallande utom »the course of his employment», en fråga, som i Cockburn's dom besvarades jakande.[5] Batt ställer nu en fråga berörande vad jag nyss uttalat såsom min ringa mening:

»If the servant starts out on a journey for his master to X, and at a point Y he deviates to carry out some job of his own, and then returns to point Y, and continues on his master's business and then meets with an accident, is the master liable?»

Batt känner inte något fall just på den punkten och menar, att om Cockburn's »criterion» vore riktigt hade det ingen betydelse, huruvida »the servant has returned to the original point or not».[6] Min mening är, att principalen i ett sådant fall som det av Batt antagna borde bli ansvarig, blott såvitt som fortsättningen, efter återkomsten till Y, »on the master's business» icke genom uppskovet blivit meningslöst.

Begreppet »onödig» omväg är naturligtvis icke att fatta så, att man blott tar hänsyn till vägsträckans längd. Man måste även beakta dess lämplighet ur trafiksynpunkt. Och det är tydligt, att till och med en lång omväg kan vara motiverad i principalens eget intresse, om den kortare vägen betyder avsevärt större risk vare sig för trafikolyckor i van-

[5] Se Bd I s. 499 f., särskilt n. 6 och 7. Se även Batt-Vaines s. 255 f. och s. 257.

[6] Batt-Vaines s. 256 f. Han formulerar Cockburn's mening såsom i verkligheten avseende denna fråga: »What was the dominant purpose of the journey, that of the master or that of the man?» Detta synes mig icke riktigt. Cockburn säger intet, som har avseende å vad som sker, sedan actor — låt vara efter en omväg — uteslutande ägnar sig åt fullföljandet av »his master's business».

lig mening eller för skada å det egna åkdonet. Kanske vore den bästa maximen här den nyss berörda amerikanska: principalen får svara för skada å tredjeman genom »servant», om denne icke gjort mera än en »foreseeable deviation from the authorized route».

3. Vi räkna ju alltjämt under förevarande rubrik med att rent dolösa handlingar falla utom principalansvaret. Därmed minskades då risken att gå för långt genom att använda den av Ussing avvisade formeln, att principalansvaret skulle omfatta actors handlingar, företagna »under Udførelsen af Hvervet» *och* »i den Hensigt at tjene till Hvervets Udførelse» (Ussing, Erstatningsret s. 94). Ty det exempel, som Ussing, a. a. s. 95, ger på den alltför stora omfattningen i en sådan formulering, måste ju innesluta actors dolus. Men jag medger, att man nog även skulle kunna konstruera fram exempel på viss actors vårdslöshet, vilka talade emot formelns antagande på grund av dess alltför omfattande art. Men Ussing har själv funnit den här troligen bästa begränsande formuleringen, när han (s. 95) erinrar om, att man kunde låta *actors* skadegörelse komma under »Adekvansbetingelsen», bedömd ur *principalens* synpunkt: principalen går fri, »naar Handlingen er af en saa abnorm Karakter, at den ligger ganske udenfor hvad en Husbond (= principalen) kunde paaregne». Detta stode då i överensstämmelse med att till tjänstehandling begränsa vad som »might reasonably be expected on the part of servants similarly employed».[6a] I varje fall begår man förvisso icke någon överdrift genom att hävda följande såsom lämplig maxim till ledning för en domstol. Principalen svarar för skada å tredjeman genom actors handling, såvitt denna utförts under *tiden* och på *platsen* för tjänsten samt varit av actor avsedd till tjänstens fullgörande och fallit inom ramen för sådana handlingar, som man rimligen kunnat tänka sig ske till tjänstens fullgörande från en sådan actors sida som den, vilken i fallet anlitats. — Emellertid menar Ussing, att bestämningen av actors ifrågavarande handlingar såsom av denne *avsedda* såsom handlingar till tjänstens fullgörande också kan vara alltför *restriktiv*. Jag är icke övertygad om, att ett sådant sätt att se på saken är det mest lämpliga. Det exempel, som Ussing anför, innefattar actors *underlåtenhet* att utföra den tjänst (anbringande av en tänd lykta till förebyggande av fall i grop), som han åtagit sig. (Se dock början av mom. 5.) En sådan situation föranleder oss ju endast, tycks det mig, att erinra om nästföljande moment.

4. Principalen svarar jämväl för skada, som skulle ha förebyggts, därest actor *fullgjort* sin tjänst och *handlat* i stället för att underlåta ut-

[6a] Se citatet här ovan s. 510 från amerikanaren Prosser, som ju där även hade formulerat kriteriet »the foreseeability of a deviation». Se f. ö. också ett schweiziskt uttalande om förutsebarhetens betydelse för ansvaret, ovan s. 442 vid n. 7.

förandet av tjänstehandlingen. Man bör kanske beakta, att vi i dylika situationer säkerligen ofta stå inför farlighetsansvar och icke behöva anlita principalansvaret.

5. När Ussing, såsom vi sågo i slutet av mom. 3, menar att den där ifrågavarande formuleringen vore alltför snäv, tycks han också ha ett sådant fall som det i U. f. R. 1930 s. 558 i sikte. En av »Sogneraadet» engagerad snöskottare på en landsväg hade av okynne kastat en skovel snö på en förbikörande lastbil, varvid olyckligtvis vindrutan gått sönder och chauffören skadats genom glassplitter i ena ögat. Kommunen dömdes av Landsretten ansvarig enligt D. L. 3–19–2, enär den av snöskottaren »i Kaadhed foretagne Handling ikke skønnes at staa i saa fjern Forbindelse med det givne Hverv, at Forholdet er udelukket fra at henføres under den citerede Lovbestemmelse». Det var här fråga om en skadegörelse, som visserligen icke, även frånsett dess kulposa karaktär, kunde rubriceras som tjänsteprestation, men som bar alla kriterier på vad som i England och Amerika karakteriseras såsom »an incident to servant's employment». Det kan naturligtvis diskuteras, huruvida principalen lämpligen bör ansvara för skada genom en sådan handling som den nu ifrågavarande. Jag tror emellertid, att den »regeln» av lämplighetsskäl bör uppställas, att inom principalens ansvar falla också alla sådana handlingar — *utom* tjänsten men *under* denna och på platsen för densamma — som man *rimligen* måste räkna med, att en actor i den ifrågavarande ställningen *kan komma* att begå. När det icke är fråga om enstaka prestationer utan om timmars eller dagars tjänstgöring, veta vi ju alla, att otaliga handlingar *utom* tjänsten företagas *under* denna. Bland exempel, som vi i det föregående sett på sådana »incidents to employment» är en actors anlitande av vattenledningen för släckande av sin törst kanske ett bland de mest typiska. Den skada actor därvid genom oförsiktighet kan åsamka tredjeman synes principalen otvivelaktigt böra svara för. I samma stil, om ock möjligen icke lika givet med hänsyn till det rättsliga bedömandet, går det fall, att actor under tjänsten eller vid dess slut enligt vanlig ordning tvättar sina händer men glömmer vrida tillbaka vattenkranen. — Beaktar man den nyss föreslagna »regeln», synes mig också den berörda domen i fallet i U. f. R. 1930 s. 558 vara godtagbar (de lege ferenda även hos oss). Och naturligtvis är det minst lika motiverat att låta principalen svara för skada å tredjemans egendom, som uppstått därigenom, att t. ex. en anställd snickare i en bod fylld av hyvelspån, en byggnadssnickare, eller en föreståndare eller annan anställd i ett bilgarage förorsakat eldsvåda genom tobaksrökning eller genom tändning av rökverket. I vilken mån en principal lämpligen ge-

nom uttryckligt förbud mot handlingarne ifråga, dessa »incidents to the employment», bör vara skyddad mot nu berörda ansvarighet är ett invecklat kapitel, som jag i det följande — när jag berör frågan om betydelsen av principalens förbud — blott hinner hastigt beröra.

6. Frågan om betydelsen av begreppet »platsen» för actors tjänstutövning och därmed för principalansvaret kan understundom föranleda tvivelsmål. Rör det sig om en mindre hantverkslokal eller verkstad torde kanske det riktiga vara att låta platsen för varje arbetare sammanfalla med lokalen och det mindre området därintill under bar himmel, såvitt actor i tjänsten regelmässigt befinner sig än inne, än ute. Men vid större företag, vilkas lokaler kunna rymma stora antal arbetare eller tjänstemän torde actor stundom böra anses ha lämnat platsen — sin sits vid maskinen, sin pulpet, sin avdelning etc. — så snart han, låt vara blott för tillfället, avlägsnat sig från sina sysslor.[7] Om nu skadegörelsen inträffat, under det att han på detta sätt övergivit sin syssla eller sina sysslor, torde den icke böra leda till principalansvar. Här måste emellertid genast anmärkas, att actor icke kan anses ha övergivit sina sysslor, blott därför att han begivit sig till toaletten, ett tvättrum eller ett avklädningsrum för att hämta varmare kläder eller tvärtom för att avlägga dylika eller till ett lunchrum på en måltidsrast, till ett förrådsrum för att skaffa verktyg, till principalen, verkmästare, förman etc. för att inhämta informationer eller kanske för att meddela upplysningar, vare sig från sitt eget arbete eller i allt fall till hjälp för principalen eller anställd i dennes arbete. Om actor för nu nämnda syften måst gå utanför den lokal där arbetsplatsen ligger eller icke måste för frågan om principalens ansvar vara likgiltigt. (Se till det sagda ovan s. 502 f.)

7. Här torde särskilt böra anmärkas, att principalansvar måste inträda, om actor skadat arbetskamrats tillhörigheter eller eljest åsamkat honom förlust — utan att begreppet »skada till följd av olycksfall i arbetet» är tillämpligt — och handlingen i övrigt är av här ovan angiven art. Beträffande ansvar för nu avsedd skada finns ingen anledning göra någon skillnad, allteftersom den skadelidande varit eller icke varit actors arbetskamrat. I nu berörda fall kan principalansvar ju icke

[7] Detta är visserligen alltför schematiskt uttryckt. Särskilt må betonas, att *antalet* anställda icke är ensamt avgörande, utan att mycket beror på hur deras arbete, rumsligt sett, utföres. På vissa verkstäder kunna finnas kanske bortåt 50 arbetare, som var och en måste sägas ha hela verkstaden till arbetsplats. I åtminstone vissa fabriker, vissa affärs- eller kontorslokaler etc. kunna även med ett mindre antal anställda nära nog envar av dessa anses ha sin bestämt avgränsade arbetsplats. Hur i avseende å nu berörda distinktioner begreppet arbetsplats med hänsyn till principalansvaret bör bestämmas blir det alltför subtilt att här inlåta sig på.

tänkas råka i strid mot andan i olycksfallsförsäkringslagen. Jfr Bd II: 1, s. 430 ff. och s. 523 n. 5.

8. Utöver det nu sagda torde inga andra skadegörelser böra omfattas av principalansvaret än dem, som begåtts i viss begränsad mening på väg till eller från tjänsten eller viss kortare tid före eller efter denna. Vår egen praxis har här lämnat ett exempel genom H. D:s dom i NJA 1948 s. 262. Så mycket är alltid här utsagt, att handling av uniformerad spårvagnstjänsteman på väg till tjänsten i den vagn, där han skall utöva denna, faller inom principalansvaret. I detta fall återstodo 3 hållplatser för actor, innan han skulle inträda som förare. Om det i stället hade återstått 10 eller ännu flera, hade detta säkerligen icke spelat någon roll. Icke heller torde det för principalansvar enligt principen för denna dom ha spelat någon roll, om actor befunnit sig på en annan vagn än förarvagnen, förutsatt att en olycka kunde sägas ha inträffat på grund av hans »vållande» såsom åtminstone, jämte den skadades eller annans »culpa», bidragande orsak till händelsen.[8] Att principalansvar inträder, när actor visserligen icke ännu tjänstgör men är på detta särskilt utpräglade sätt på väg till eller, naturligtvis, ifrån sin tjänst synes vara helt naturligt. Motsatsen skulle kunna tänkas — trots den tveksamhet som synes framlysa i N. Rev:s betänkande — bero på formalism. Och under alla omständigheter, borde det, när nu en sådan linje kommit till uttryck i vår högsta domstol, icke kunna komma ifråga att de lege ferenda motsätta sig densamma. Och den måste naturligtvis kunna ha analog användning ifråga om skada å tredjeman vid järnvägs-, busstrafik och dylikt. Men att i allmänhet låta principalen svara för skada, som tillfogas tredjeman av anställd person på dennes väg till eller från tjänsten, skulle kunna leda till konsekvenser, som icke kunna accepteras. Man tänke sig de möjligheter till skada å annan, som kunde vållas av en person på väg — å cykel, motorfordon eller omväxlande till fots och å åkdon — till eller från sin mer eller mindre *långt avlägsna* tjänst! Principalansvar för sådana skador torde icke kunna ifrågasättas.[9] Inte heller synes man lämpligen böra åt domarens diskretionära prövning överlämna att avgöra, huruvida en skadegörelse under väg till eller från arbetsplatsen skett så pass nära denna eller dock under sådana omständigheter, att principalansvar borde utdömas. Till undvikande av alltför

[8] Hov R:ns dom är dock i detta avseende mera sägande än H. D:s. Ref. å s. 338 f.

[9] Visserligen skall såsom olycksfall i arbete också anses »olycksfall vid färd till eller från arbetsstället, där färden föranledes av och står i omedelbart samband med arbetsanställningen» (1 § 3 st. i l. om förs. för olycksfall i arbete 17/6 1916). Att vid principalansvaret söka analogt stöd i detta stadgande är kanske icke a priori uteslutet men förefaller väl långsökt.

besvärliga tvivelsmål i rättskipningen torde principalansvaret, såvitt det *nu* kan vara ifråga, icke böra omfatta andra actors handlingar under dennes fritid än dem, som stått i sådant samband med tjänsten, att de skett inom eller strax utanför arbetsplatsen och actor uppehållit sig där för att börja arbetet eller för att omedelbart eller kort efter arbetstidens slut avlägsna sig därifrån. Detta synes mig icke innebära godkännandet av ett alltför vidsträckt principalansvar. Man torde kunna säga, att det omfattas av grunden för den princip, som kommit till uttryck i det nyss berörda fallet i NJA 1948 s. 262.[1] — Däremot synes det mig ganska givet, att en sådan linje som den i Poland v. John Parr & Son, 1927, icke lämpligen kunde accepteras, särskilt icke med hänsyn till de dubier, som därigenom stundom måste uppstå angående principalansvarets omfattning utanför actors tjänstetid.[2]

Såsom jag nämnt rätt ofta i det föregående, ligger det nära till hands att icke giva efter på ett principalansvar, som redan godtagits i vår vis à vis detta något gensträviga praxis. Hade vi icke haft domen i NJA 1948 s. 262, skulle jag kanske för min ringa del ha reflekterat på att, med hänsyn till det sociala intresset av rättsreglers klara och från tvivelsmål i tillämpningen möjligast fria natur, helt enkelt som allmän, undantagsfri regel hävda, att *varje* actors handling utanför arbetsplatsen, både *före* arbetstiden och *efter* dess slut fölle utanför principalansvaret. Visserligen hade väl principalansvaret även beträffande nu berörda handlingar en viss *raison d'être*. Men någon märkbar socialekonomisk nackdel genom dessa handlingars uteslutande från principalansvaret skulle näppeligen uppstå, i allt fall — kan det förefalla — icke

[1] Detta får väl anses ha sitt legala stöd i § 2 i 1886 års lag om ansvar för skada i följd av järnvägs drift (jfd med lag 17.6. 1916). Och analogislut härifrån kan visserligen icke utan vidare dragas. Vad som i texten analogiserats är emellertid något i förhåll. till lagen mera neutralt, nämligen frågan om rayonen för de actors handlingar, för vilka en principal svarar, såvitt det överhuvud är klart, att förhållandet mellan principal och anställd är dugligt som en förutsättning för principalansvar.

[2] Som ofta framhållits är i engelsk »common law» den framför allt bärande tanken, sedan sekler, till stöd för »master's liability», att actor blivit auktoriserad att företaga handlingen. I detta fall laborerade man med »an implied authority» för actor (detta gjorde både lord justice Bankes och Atkin L. J.). Och en »implied authority» vore »as good as an express authority». Visserligen förelåge just i detta fall ett överskridande av bemyndigandet. Men, såsom Pollock uttryckt saken, principalen svarade också för »the excessive or erroneous execution of a lawful authority». Överdriften (the excess) får dock icke vara »sufficient to take the act out of the class of authorized acts» (lord justice Scrutton). Se om fallet Bd I s. 491 f. och n. 5 ib. — Hade actor handlat under sin tjänstetid torde icke heller hos oss hans misstag och hans »excess» böra (de lege ferenda) leda till ansvarsfrihet för principalen. Men naturligtvis icke på grund av någon »implied authority» utan därför, att handlingen av actor då skulle ha utförts »i tjänsten» (i principalansvarets vidsträckta mening).

en nackdel, som icke uppvägdes av fördelen av att ha en klar och otvivelaktig regel att rätta sig efter. Att jag likväl menar, att regeln bör ha den nyss nämnda omfattningen beror, utom på det nämnda skälet, också därpå, att en strikt begränsad regel kanske skulle stöta på patrull i form av rättvisesynpunkter. Den skulle möjligen möta kritik både från jurister och lekmän, utmynnande kritiken i att »rättvisan» förkvävdes av en steril formalism. Såsom jag ofta funnit anledning påpeka, bör lagstiftningen iakttaga försiktighet, så att den icke utan starka skäl utmanar en på rättvisesynpunkter grundad kritik.[3]

En fråga, som egentligen skulle tarva sitt särskilda kapitel, är den, vad det kunde betyda till befrielse från principalansvaret, att principalen själv eller genom delegerad direkt förbjudit actor att handla så, som han gjort. Nu böra vi komma ihåg, att också om i bakgrunden för principalansvaret ligger *presumtionen* om en principalens *culpa in eligendo, vel instruendo vel inspiciendo*, så äro vi likväl på det klara med, att principalen — på området för detta ansvar — icke kan fria sig från detsamma genom att visa presumtionens grundlöshet i det föreliggande fallet. Att actor sålunda faktiskt *in concreto* har blivit klart instruerad att icke begå den skadebringande handlingen eller eftertryckligt varnad emot densamma behöver alltså icke nödvändigt utesluta principalansvaret.[4] Bakom ansvaret ligger då bl. a. resonemanget, att det kanske innebure principalens (eller någon hans högre tjänstemans) culpa in eligendo att använda folk, som icke taga varning eller icke följa instruktioner, eller att actors handling dock varit »authorized». Men kunde då icke liknande sägas med hänsyn till direkt förbud emot vissa handlingar? I någon mån ventilerades frågan om principalens förbud mot den skadebringande handlingen i det nyss här ovan (s. 513 n. 1) i annat avseende berörda fallet Limpus v. London General Omnibus Co. (1862).[5] Här var det dock blott fråga om ett generellt förbud för

[3] Jfr dock ovan vid n. 7 å s. 497 samt Bd II: 1 s. 489 n. 9 (i slutet).

[4] Man har ju på grund av culpa-presumtion hos principalen eller av sken av »servant's authority» uppställt detta *som undantagsfri regel*, att principalen svarade för actors culpa i tjänsten, detta senare då bestämt t. ex. såsom vi sett i fransk judikatur och doktrin eller såsom i engelsk rätt (actors »auktorisering» även såsom kulpant).

[5] Se Bd I s. 493 n. 1. Svarandebolagets omnibuskusk hade tävlat med ett konkurrerande bolags buss och därvid kört så, att vägen för denna buss spärrades och bussen välte. Svarandekusken tillstod, att han bar på sig ett kort med order att icke »on any account race with or obstruct another omnibus or hinder or annoy the driver or conductor thereof in his business», likgiltigt om sådan omnibus tillhörde svarandebolaget eller annan. Domaren Willes, representerande majoriteten (5 mot 1), sade, att dessa »distinct instructions not to obstruct any omnibus whatever» vore »immaterial». Lagen

actor (och hans kollegor) att handla på visst sätt, ett förbud givet i instruktioner å ett kort, som actor bar på sig. Jag tror icke, att något tvivel kan råda därom, att förbud av denna allmänna art böra vara utan betydelse för principalens ansvarsfrihet.

Hur en engelsk domare skulle ställa sig till »master's liability» i ett sådant fall av förbud som i NJA 1914 s. 29[6] är svårt att säga. Möjligen skulle ansvaret också nu utdömas. Att så icke skedde i fallet Stevens v. Woodward (1881; se Bd I s. 497 f.) torde ha berott på, att förbudet avsåg tillträde till det rum, där det skadegörande handlingssättet begicks (underlåtelsen av actor att stänga en av honom i och för handtvättning öppnad kran till lavoaren). Domaren fann, att förbudet i detta fall var »material as showing the *local* (kurs. här) limit of the clerk's duties». — Batt talar om, s. 252, »the rule that a master *may* (kurs. här) be liable for torts of his servant which he has expressly forbidden».[7] »It is submitted», säger han senare, att exempelvis en garageägare, som ålägger en arbetare att återställa en reparerad motorcykel till dess ägare »by pushing it» och förbjuder honom att åka på den, icke blir ansvarig för skada som drabbat tredjeman genom åkningen å cykeln trots förbudet. Någon »case» torde härför dock icke kunna anföras. Icke heller, när Batt å andra sidan säger:

»if the employee (arbetare på en cykelverkstad) often delivered repaired bicycles by riding them, it is submitted that the master would be liable although in the actual case he had forbidden the employee to do so».[8]

Emellertid kan nu en »unreported decision» i Feerick v. Taylor & Son (1932) åberopas för principalens ansvarsfrihet, då en springpojke genom vårdslös cykelåkning skadat en fotgängare, när pojken fallit för

vore inte så »futile», att den läte principalen fria sig från ansvar genom att giva »secret instructions to his servant». Antag vidare, sade Willes, att principalen sagt till actor, att denne icke finge »break the law»; skulle detta befria »the master from responsibility for an unlawful act done by his servant in the course of his employment?» Detta resonemang utgår tydligen ifrån att »servant» för allmänheten framträder såsom »authorized» av bolaget att köra bussen. Dylik auktorisering kunde icke annulleras genom »secret instructions». — En annan synpunkt i motiveringen för ansvaret i detta fall har nämnts ovan s. 513 n. 1.

[6] Bd II: 1 s. 378, 485—492 och s. 532 n. 7.

[7] Han åberopar i sammanhanget ingen »case», men det förefaller av s. 260 n. 3, som om han hade Limpus v. London General Omnibus Co. i sikte.

[8] Batt-Vaines s. 260. Här hänvisar han visserligen till Limpus v. London General Omnibus Co. Detta tycks ej alls passa in; bl. a. var här förbudet tvärtom allmänt. Det är också egendomligt, att frågan om *tredjemans* (det är ju alls icke fråga om cykelägarens utan om en påkörd trafikants) skadeståndsanspråk skulle befrämjas av att actor ofta åkte hem till resp. ägare på de reparerade cyklarne, utan att vara förbjuden att så göra; när han dock i det föreliggande fallet faktiskt varit förbjuden att åka på cykeln.

frestelsen att — trots sin plikt »always to go his errands to foot» — åka på egen eller lånad cykel »to save himself the labour or dullness of walking».[9] Utgången hade kanske blivit en annan, om motivet för att åsidosätta »plikten» ifråga hade varit att därigenom hinna fullgöra sina sysslor och sålunda handlingen skett i principalens intresse. I varje fall fortsätter Batt sålunda:

»Again, the employer would be liable if although he told the servant to go by streets A and B, the servant chose to go by streets C and D, unless he deviated from the ordered route to engage on some business of his own when factors investigated above come into play.»[1]

Betydelsen i tysk rätt av ett principalens förbud mot vissa actors handlingar kan jag nu inte erinra mig, att jag stött på i litteraturen.[2] Där råder, som vi ha sett, exkulperingsmöjlighet för principalen, som därvid har att ådagalägga iakttagande av aktsamhet »bei der konkreten Verrichtung». Principalen måste framlägga *bestämda fakta* för domstolen, varav denna själv kan bilda sig ett omdöme »von der Befähigung und Zuverlässigkeit des Angestellten» och principalen måste »für den Einzelfall schlüssig beweisen, dass er alles getan habe, um zuverlässige Arbeiter zu bestellen». Denna bevisning måste avse »alle in Betracht kommenden Personen; ausserdem ist hinreichende Beaufsichtigung des Personals sowie die allgemeine Oberaufsicht zu beweisen».[3] Härav torde man kunna draga slutsatsen, dels att ett förbud, för att kunna åberopas av principalen till hans exkulpering och befrielse från ansvar, måste ha avsett just den eller de handlingar in concreto, som varit skadebringande, och dels att förbudet, detta oaktat, icke alltid friade principalen från ansvar.

I ett rättssystem, som i princip icke tillstädjer principalens ansvarsfrihet på grund av hans exkulpering, borde ju principalen icke kunna

[9] Batt-Vaines s. 259 f.

[1] Med de sista orden åsyftas att principalen endast svarar för en »wrong of the servant», som är »the natural result of his carrying out the duties of the service» och följaktligen går fri, om »the servant was engaged on business of his own and the wrongful act in question was unconnected with the master or his affairs»; Batt-Vaines s. 254. — Det kan här vara lämpligt att erinra om en sats i ett här ovan s. 510 efter Prosser gjort citat, att »the essential question is whether the risk is properly to be considered as a part of the employer's enterprise». Dessa ord hade dock, som vi sågo, avseende å en »deviation», som icke stod i strid med vad »master» hade direkt »told the servant».

[2] Förmodligen beror detta på min egen glömska, men jag har nu icke tillfälle att göra några efterforskningar. Emellertid är det ju givet, att ett sådant förbud kan spela större eller mindre roll i principalens »Entlastungsbeweis». Enl. praxis *kan* ett in casu uttryckligt förbud leda till ansvarsfrihet. Se ovan s. 508 n. 2.

[3] Se t. ex. Soergel, § 831, 14.

vara bättre ställd. Det är därför kanske icke så egendomligt, att man i den franska rättslitteraturen icke synes särskilt ha uppehållit sig vid denna fråga. I Frankrike har som vi veta judikaturen — under bifall från de flesta rättsauktorerne — gått in för ett mycket strängt principalansvar.[4] Sannolikt är det just av denna anledning, som man synes icke ha särskilt uppehållit sig vid betydelsen av det direkta förbudet mot handlingen; principalansvarets tillämplighet även i en sådan situation torde ha ansetts given.[5] Bland de exempel på principalansvar i judikaturen, som Mazeaud upptager såsom innefattande »ce qu'on appelle

[4] Se Bd I s. 73—78. Mazeaud, n. 911 och 912, vill visserligen med grunder från »les traveaux préparatoires du Code civil» visa, att judikaturen och »la plupart des auteurs» gått för långt, när de »assimilent aux dommages causés 'dans l'exercise des fonctions' ceux commis 'a l'occasion des fonctions' (même) s'il y a 'abus de fonctions'». Det inom parentes satta saknas i 1948 års upplaga.

[5] Ett av de i Bd I s. 76 f. angivna exemplen från judikaturen på principalansvar innefattar förbud mot den skadebringande handlingen och ett par andra av exemplen synas mig sådana, att konsekvensen måste utesluta annat, än att ansvar skulle ha utdömts, även om uttryckligt förbud mot handlingen givits. Hänvisande till vissa anmärkningar i ett föregående Bd angående förhållandet mellan orsak och verkan (IV, n. 372 —376), uttalar Demogue helt generellt som sin åsikt, att principalen vore ansvarig »toutes les fois qu'il a été la cause occasionelle de l'acte du préposé, c'est-à-dire que sans son acte celui du préposé n'aurait pas pu se produire». Såsom första exempel härpå angiver han: »Ainsi un chauffeur sort avec l'automobile de son maître *contrairement à une défense* qui lui a été faite (kurs. här), le maître est néanmoins responsable de l'accident qu'il cause» (V n. 920). Demogue åberopar för detta också en dom av Cass. Crim. 12.12. 1903 (Sirey 1906, I, 150). Av denna dom framgår, att chauffören handlat »non seulement sans autorisation, mais même au mépris de la défense formelle qu'il lui en avait faite». Att principalansvar emellertid icke utdömdes berodde på, att den skadade (passagerare i bilen) *visste*, att chauffören, principalen ovetande, handlade icke för dennes utan för sin egen personliga räkning (jfr Bd I s. 75 och beakta där, n. 1, berörda fallet, ref. i Sirey 1933. 2. 213). Vad som här synes mig signifikativt och särskilt värt att beakta är, att Demogue utan någon kommentar såsom självfallet godtager detta, att principalen svarar för skada genom ett actors handlingssätt, som principalen uttryckligen förbjudit. — Om ansvar för skada genom biltrafik fanns åtminstone vid tiden för den berörda olyckshändelsen icke någon särskild lag i Frankrike; såvitt jag vet saknas sådan alltjämt. Jfr Bd I s. 173 n. 9. Ansvar för sådan skada torde sålunda möjligen alltjämt utdömas efter C. civ. art. 1384. — Vad nu angår Demogue's uttalande om tillräckligheten med blotta orsakssammanhanget mellan principalens handlingssätt och actors såsom förutsättning för ansvaret har han strax förut (V n. 919) uttryckt detta så: »Il y a responsabilité du commettant toutes les fois que la fonction a été cause de l'acte du préposé». Den åsyftade orsaken är sålunda principalens handling att låta actor utföra tjänsten eller tjänsterna i fråga. Senare (V n. 922) säger Demogue, att om kausalförhållandet saknas, så att actors handling skulle kunna ha skett utan kausalsammanhang med »la fonction», vore principalen icke ansvarig. »La fonction» hade då endast »facilité l'acte fautif» (du préposé). Denna distinktion mellan »un lien de causalité avec la fonction» och blott handlingens befrämjande genom »la fonction» är, såsom Mazeaud, I n. 915, säger, »évidemment malaisée à faire dans la pratique». Demogue ger emellertid (V n. 922) en rad exempel, i vilka »la fonction» icke skall ha varit kausal till utan blott ha befrämjat actors handling.

généralement un 'abus de fonctions'» finns intet, i vilket actors ifrågavarande handling direkt förbjudits, låt vara att Mazeaud framhåller, att actor långt ifrån att ha handlat »pour s'acquitter de sa tâche», ofta till och med »a agi contre les ordres de son patron ou il les a dépassés».[6] Härmed är dock kanske icke uteslutet, att ett förbud mot den företagna handlingen under särskilda omständigheter kunde komma att bidraga till, att en situation föres utanför principalansvaret.[7]

Det heter i § 230 av amerikanska Restatement of agency: »An act, although forbidden or done in a forbidden manner, may be within the scope of employment.» Därmed skulle handlingen också kunna falla inom »master's liability», såvitt den varit skadebringande för tredjeman. Klart är att principalen icke kan undgå ansvar för »the negligence of a servant» blott genom att tillsäga honom att handla försiktigt. Det sägs uttryckligen i kommentaren till uttalandet, att detta går mycket längre: »it includes specifically forbidden acts and forbidden means of accomplishing results». Men naturligtvis kan »servant» ofta genom att handla mot förbudet komma utanför »the scope of employment», nämligen om »servant's» handlingssätt icke står i något sammanhang med »the act which the employee is required to perform». I Restatement anföras två exempel på handlingar, som, trots det att de äro förbjudna av »master», likväl falla »within the scope of employment»; först det fall att actor handlar mot principalens förbud, »in selling guns, never to insert a cartridge while exhibiting a gun». I det andra exemplet beordrar principalen sin gårdskarl »to collect the rubbish and deposit it only in barrels provided for the purpose». Gårdskarlen samlar emellertid ihop skräpet i en hög bakom huset och sätter eld på den. Innebörden av det sagda är emellertid, att det *kan* ha stor betydelse för bestämmandet, om »servant's» handlingssätt faller inom hans tjänst eller icke, att handlingssättet varit honom av principalen förbjudet. Men detta förhållande är, såsom Prosser säger, s. 476, icke »conclusive». Prosser erinrar om fallet Limpus v. London General Omnibus Co. såsom »the leading English case» i denna fråga. Oaktat kusken handlade emot bestämt förbud, »it is still the master's enterprise, and the policy which places the risk of the servant's misconduct upon him requires that he shall not be permitted to avoid it by such instructions» (underförstått: som gåvos i Limpus' case).

Återstår att beröra frågan, hur man med en allmän regel om principalansvaret i *vår* rätt hade att ställa sig till betydelsen av ett principalens

[6] Se Mazeaud I n. 910 och jfr n. 915.
[7] Se t. ex. ett uttalande hos Dalloz i Bd I s. 77 n. 8.

(eller en hans såsom överordnad anställds) uttryckliga förbud mot den skadebringande handling, som actor begått. Vi ha här som redan antytts ett rättsfall, som möjligen ger oss en viss inblick i hur domstolarne alltjämt skulle se på denna fråga, låt vara att fallet, NJA 1914 s. 29, ligger snart 40 år tillbaka i tiden. Jag behöver icke närmare gå in på detta fall, då jag ganska utförligt behandlat detsamma i Bd II: 1.[8] Här ogillades talan om principalansvar på den grund att actors handlingssätt skett emot uttryckligt förbud. Mer än ett par decennier tidigare hade vi emellertid fallet i NJA 1890 s. 187, där arbetsgivarens ansvar utdömdes trots uttryckligt förbud i kontrakt med actor mot det skadegörande handlingssättet, bestående i att vid utförande av kolningsarbete företaga svedjande.[9] Den ifrågavarande punkten i kontraktet hade följande lydelse: »Svedjande av hvad namn det vara må är strängeligen förbjudet.» Beträffande denna dom har man emellertid att märka två omständigheter. Dels gavs den i H. D. med blott fyra röster mot tre, vilka till stöd för talans ogillande åberopade förbudet mot svedjandet samt att detta icke varit för kolningen nödvändigt. Dels ägde kolningen rum på den skadelidande kärandens egen mark, jämlikt ett skogsavverkningskontrakt mellan denne och annan, vilken å sin sida överlåtit kontraktet ifråga på svaranden. Detta kontraktsförhållande har sannolikt spelat roll för pluralitetens i H. D. inställning. Man torde ha uppfattat det så, att svaranden genom avverkningskontraktet ådragit sig en obligation gentemot käranden, vilken obligation åsidosatts genom svedjandet och dess skadebringande följder, hur mycket än svedjandet av svaranden förbjudits. Kolarbetarna ha kanske rent av framstått som svarandens »Erfüllungsgehülfen». Att icke bränna ned skogen kan ha betraktats som en »huvudobligation» mot käranden lika väl som erläggandet av vederlaget för kontraktet. Det ligger icke till på alldeles samma sätt i fallet i NJA 1914 s. 29.

Att lagrådet beträffande klart förbud i rent utomkontraktliga förhållanden vid en eventuell lagstiftning på området skulle förorda en regel om ansvarsfrihet förefaller högst troligt. Och det skulle därvid, synes det mig, ha goda skäl, förutsatt, att fråga vore blott om förbud givet beträffande en viss handling eller en viss serie handlingar, avsedda att utföras i följd, så att förbudet måste otvivelaktigt anses stå aktuellt

[8] Det är refererat ib. å s. 378 och diskuterat å s. 485—492 (samt ytterligare berört å s. 532 n. 7).

[9] Fallet är kort refererat i Bd II: 1 s. 356 och ytterligare berört därst., såsom framgår av rättsfallsförteckningen. Svaranden hade visserligen åt flera arbetare uppdragit kolningsarbetet, men blott en av dessa — sannolikt en slags förman — hade undertecknat kontraktet i fråga.

för actor såsom en vanlig, i sitt yrke kompetent människa. Emellertid synes det dock, som om blott förhandenvaron av dylikt förbud icke borde kunna befria principalen från ansvar. Härtill synes böra komma hans frihet från culpa in eligendo, det vill säga, han torde — för att frias från ansvar — vara nödgad ådagalägga, att han (eller hans representant) vid actors anställande i tjänsten icke haft någon anledning räkna med möjligheten, att denne icke vore på vanligt sätt mottaglig för överordnads befallningar och förbud, eller att effekten av dylika i allt fall kunde befaras bli motverkad av känslomässiga hänsyn hos actor[10] eller av dennes inställning till ett förbud som det föreliggande. Med det allra sist sagda åsyftas sådant som tobaksrökning under tjänstutövningen. Vilken verkan kunde väl det mest expressiva förbud ha mot en dylik »incident to the employment», därest actor vore en »inbiten» tobaksrökare? Mot en avvikelse från en generell regel om principalens ansvar vid tjänstelega under nu angivna omständigheter — ett uttryckligt förbud eller därmed liktydigt emot handlingssättet och dessutom principalens frihet från culpa in eligendo — torde icke någon anmärkning kunna göras utifrån de synpunkter, som i det föregående anförts till förmån för en sådan regel.[1] Man har i sådant avseende ytterligare att märka två saker.

Den första är, att principalens culpa torde vara att bedöma efter vad jag kallat den allmänna skadeståndsregeln.[2] Under särskilda omständigheter kan detta kanske försvåra principalens ifrågavarande exkulpering. Men principalen torde *i allmänhet* just i *hithörande* situationer ha omständigheterna på sin sida. Har den nämnda culpa icke förelupit, så torde detta förhållande nämligen vara lätt att styrka genom andras intyg angående deras uppfattning om actors karaktär i förevarande avseende. — Innan jag berör den andra saken, må ytterligare framhållas, att man givetvis icke har att taga »förbud» i bokstavlig mening. Åsidosättandet av en uttrycklig »order» eller »instruktion» kan ha alldeles samma karaktär och betydelse som handling emot ett uttryckligt »förbud». Allt hänger på, huruvida ordern eller instruktionen är given i sådan form och under sådana omständigheter, att den är fullt likvärdig med ett uttryckligt förbud *in concreto* (enligt det förut sagda) mot en sådan skadebringande handling, som actor utfört.

---

[10] Detta innefattade då en avvikelse från vad, som framträder i domsmotiveringen i NJA 1914 s. 29: den s. k. bevisskyldigheten ifråga om »culpa in eligendo» vilade å svaranden, principalen, icke å käranden.

[1] Jfr ovan s. 460 ff., särskilt s. 465 f.

[2] Om detta begrepp se bl. a. ovan s. 208 ff.

Med den andra saken åsyftar jag, att den eventuella bristfällighet, som ur socialekonomisk synpunkt kunde tänkas uppstå genom denna »lakun» i principalansvaret såsom allmän regel, kunde förmodas bli av mindre betydelse också därigenom, att man torde kunna räkna med att just i sådana fall, då den skulle kunna anses kännbar ur nämnda synpunkt, icke sällan en regel om principalens farlighetsansvar vore tillämplig, åtminstone efter det att detta ansvar fått en mera fullständig utbildning. Såsom jag ser på den frågan inställa sig, såsom vi veta, flera möjligheter av sådant ansvar: dels efter allmänna skadeståndsregeln, dels ock därutanför, vare sig det i detta senare fall bleve fråga om företagaransvar eller ansvar för den egna handlingen.[3] När jag i detta sammanhang efter det nyss sagda ånyo nämnt den allmänna skadeståndsregeln må till förebyggande av missförstånd sägas, att denna naturligtvis kunde vara tillämplig å principalens handlingssätt, jämväl utan att dettas oönskvärdhet ur social synpunkt stode i samband med hans val av anställda.[4]

---

[3] Se ovan s. 208 ff. och märk s. 212 f. om det noga taget oegentliga att skilja mellan företagaransvar å ena sidan och å andra sidan ansvar för den egna handlingen *utanför* den allmänna skadeståndsregeln.

[4] Men oönskvärdheten kunde näppeligen bero på någon principalens »culpa in instruendo vel inspiciendo». Dylik borde ju här falla bort enligt själva utgångspunkten, att actors handling stått i strid mot uttryckligt förbud *in concreto* (eller vad som vore därmed likvärdigt). — I dansk och norsk litteratur har jag, såvitt jag kan erinra mig, icke sett frågan om förbud mot den skadegörande handlingen direkt diskuterad. Detta kan naturligtvis bero på förbiseende eller glömska från min sida. Stang säger dock, s. 206, kort och gott att, om actor utfört handlingen »mot ordre, er ikke husbonden derfor fri». I fallet i Rt. 1941 s. 826 hänvisade byretten i sin ansvarsdom till detta uttalande. Se ovan s. 452 vid n. 8. Kanske bör det dock anmärkas, att byretten tillade: »Det må for øvrig også kunne antas at firmaet ikke på en tilstrekkelig effektiv måte har søkt å hindre at visergutten brukte sin sykkel.» Lagmansretten (sista instans) utdömde ansvaret utan något omnämnande av principalens förbud för springpojken att använda sin cykel i tjänsten.

Mellanmannens (actors) handlingssätt med hänsyn till culpa och dolus.

Actors handlingssätt måste åtminstone falla under allmänna ansvarsregeln.

Vi taga först upp frågan, om actors handlingssätt ens skall behöva ha varit kulpost, d. v. s. om principalansvar borde kunna utdömas, även om actor icke ens handlat kulpost i traditionell mening. Vi känna två länder, i vilka principalansvaret endast förutsätter, att actor handlat *objektivt* »rättstridigt», följaktligen att actors handlingssätt icke behövde ha varit kulpost, för att principalansvar skulle kunna utdömas. De båda länderna äro Tyskland och Schweiz. Någon mera betydande ledning i denna punkt av rätten i dessa länder går dock icke att hämta. Ty den i detta avseende mot principalen strängare inställningen kan ju mycket väl sammanhänga med hans möjlighet att komma ifrån hela ansvaret genom exkulpering, resp. »Sorgfaltsnachweis». Det är sant, att det även i »common law» tycks förhålla sig så, att »master's liability» nog kunde *tänkas* förekomma, utan att »servant's» handlingssätt varit kulpost, ty saken är den, att »master» svarar för »the *torts* of his servant»[5], och i många kategorier av »torts» kan en »tort» föreligga utan culpa från svarandens sida, t. ex. »trespass», »cattle trespass», »conversion», skadegörelse genom »dangerous» och i vissa fall »domestic animals, »nuisance» samt skadegörelser, som föranleda ansvar efter principen i fallet Rylands v. Fletcher.[6] Härom är emellertid att säga följande. Ofta nog föreligger

---

[5] Se ifråga om engelsk litteratur t. ex. Halsbury 22, s. 221 ff.; Pollock–Landon s. 59 ff.; Salmond–Stallybrass s. 88 ff. — Beträffande Amerika se t. ex. Restatement of agency § 219: »... a master is subject to liability for injuries caused by the tortious conduct of servants...»; Prosser s. 473 ff.; Cooley–Haggard III, §§ 391 ff.; Harper § 291.

[6] Se om alla situationerna Bd I s. 296–390. Se även s. 490 ff. ib. — § 244 i Restatement of agency säger, att »a master is subject to liability for a trespass or conversation caused by an act done by a servant within the scope of employment». I kommentaren härtill framhålles, att ansvaret inträder även om »servant» handlat »without negligence or mistake».

vid dessa torts »negligence» från den handlandes sida. I flera av situationerna finns ingen anledning att räkna med ansvaret såsom »master's liability for the acts of his servant», utan ansvaret inträder utan förmedling av »servant's» handlingssätt. Faktiskt torde det vara en sällsynthet, att vid nu berörda »torts» utan »negligence» situationen vore sådan, att frågan om »master's liability» skulle kunna uppstå. I själva verket har jag aldrig stött på något klart sådant fall av »master's liability».[7] Slutligen bör också påpekas, att »the law of torts» i vissa avseenden är så egendomligt gammalmodig, att det icke finns någon anledning för oss att låta oss influeras just av dess särskilda egenheter.[8] För övrigt; hålla vi oss till judikaturen i England på detta område, kan man nog säga, att den utgör stöd för att »master's liability» praktiskt taget icke inträder i andra fall, än när »servant» handlat så, som vi skulle kalla kulpost.

I fransk rätt synes man vara på det klara med, att principalansvaret förutsätter actors culpa.[9] Vad dansk och norsk rätt angår menar man uppenbarligen intet annat, än att principalansvaret förutsätter actors kulposa handling. Lagstadgandet i fråga tyder ju nära nog direkt därpå: »hvad derudi forseis af» actor (D. L. 3–19–2; N. L. 3–21–2)[1], i all synnerhet, när man förstår, att det är ett slags undantag från art. 1 i samma kapitel:

»Tienestefolk maa ej med deres Forseelse føre deris Husbond Skade paa, men de bør selv at lide for hvis de brut have.»

Att stadgandet ifråga åtminstone i vår tids praxis icke tolkas såsom avseende ansvar för annat än subjektivt »retsbrud» (d. v. s. culpa eller dolus) torde vara otvivelaktigt. — Vad så angår litteraturen i Norge och Danmark, synes man också som något självfallet betrakta actors culpa såsom förutsättning för ansvaret. Morgenstierne[2] låter stadgandet avse actors handlingar, som »indeholde et Retsbrud ligeoverfor Tredjemand». Därvid tyder allt på, att han med »Retsbrud» avser en icke blott objektivt utan även subjektivt rättstridig handling. Morgenstierne utesluter dock actors dolösa handling från principalansvaret.[3] När Stang såsom »hovedregel» begränsar N. L. 3–21–2 till att omfatta blott actors »rets-

[7] Jfr dock Bd I s. 491 ff. i anledning av fallet Poland v. John Parr & Sons.

[8] »The truth is», säger Pollock-Landon, s. 9, ifråga om vissa »torts», att »we have here one of the historical curiosities of English law».

[9] Se Bd I s. 72 f.

[1] Stadgandet citerat ovan s. 222.

[2] Morgenstierne s. 84 f.

[3] Morgenstierne s. 88.

brud»[4], så avses subjektiv »rättstridighet», men icke blott culpa utan även dolus. Stang talar därvid om »hovedregel» endast för att vid sidan av denna lämna utrymme bl. a. också för den enligt honom dock mycket tvivelaktiga möjligheten av principalens ansvar, jämväl därest actor var sinnessjuk eller ett barn.[5] Av Platous hithörande uttalanden framgår intet annat, än att tillämpligheten av N. L. 3–21–2 förutsätter actors culpa eller dolus. De innefatta på denna punkt väsentligen en polemik emot Morgenstierne's åsikt, att principalen icke enligt stadgandet kunde svara för actors dolösa handlingssätt.[6] Till sist uttalar Øvergaard, att principalen enligt lagrummet i fråga vore ansvarig gentemot tredjeman för den skada, som actor »rettsstridig og enten forsætlig eller uaktsomt har tilføiet denne under utførelsen av sitt hverv».[7]

Gå vi till dansk litteratur blir resultatet detsamma. Jul. Lassen säger, att principalen svarar för actors »*Forseelser* (forsætlige eller uagtsomme Retsbrud) *overfor Tredjemand*», varvid han gör en jämförande hänvisning till lagrummets sammanhang med D. L. 3–19–1.[8] Ussing säger, att actors »Forseelse» i stadgandet

»maa fortolkes som Culpa. Herfor taler dels, at 3-19-2 i Slutningen forudsætter, at Husbonden kan gøre Regres gældende mod Tjeneren, dels at Kravet naturlig følger af de reale Grunde, der er anført som Støtte for Reglen».[9]

Vad nu svensk rätt angår ha vi ju intet allmänt lagstadgande om principalansvar. På skilda områden ha vi dock lagliga uttryck för ett sådant ansvar, begränsat till området ifråga. Ett, om jag så får säga, även för principalansvar i allmänhet möjligen ledande uttryck ha vi, synes det mig, i § 2 och § 6 mom. 1 av 1886 års lag om ansvarighet för skada i följd av järnvägsdrift. Nu berörda ansvar förutsätter actors »vållande». Vid detta uttryck har man endast haft »fel och försummelse» eller eftersättande av »den omtänksamhet och vaksamhet», som »ålegat» actor, i sikte.[1] Detta utesluter dock icke att uttrycket enligt satsen »maius includit minus» kunde omfatta jämväl dolus. Förklarligt nog saknas prejudikat i frågan. — Att principalansvar, grundat på 1916 eller 1922 års lagar om ansvar för skada i följd av biltrafik, resp. luftfart, icke

[4] Stang s. 206 f.

[5] Stang s. 208. — Stang ifrågasätter också, huruvida principalansvaret inträdde, därest actor hade *dödat* tredjeman. Ty »man har ment, at drapet ikke er retstridig overfor andre end den dræpte» (s. 207).

[6] Platou s. 473 f.

[7] Øvergaard s. 179 och s. 188.

[8] Lassen Haandbog s. 323.

[9] Ussing Erstatningsret s. 93.

[1] Se Bet. 1885, s. 10 f.

förutsätter ens actors vållande, har näppeligen något intresse, när det, såsom här, rör sig om en förutsättning för principalansvaret i allmänhet.

Återstår oss nu närmast att se, vilken attityd vår praxis intar till denna fråga. Därvid kan icke något tvivel råda därom, att vad som kan betecknas såsom principalansvar i regel utdömts, blott därest actor befunnits ha handlat åtminstone kulpost; dock måste vid detta uttalande genast göras ett förbehåll. Detta avser sjukhusförvaltnings ansvar för skada å patient genom läkares, sjuksköterskas och annan personals behandling. Det kan nämligen *ifrågasättas*, huvuvida man icke i ett par fall nöjt sig med att för sjukhusets ifrågavarande ansvar blott fordra, att personal handlat objektivt »rättstridigt», och alltså icke krävt, att den handlat kulpost.[2] Är det riktigt att så uppfatta dessa fall, då betydde detta ifråga om *sjukhusens* principalansvar för skada å patient, att detta ansvar *genomgående* icke förutsatte annat än actors s. k. objektivt rättstridiga handling. Ty att i andra hithörande fall actors culpa åberopats betydde då endast, att *när* actors handlingssätt utretts vara icke blott objektivt utan även subjektivt »rättstridigt», detta angivits i domen genom vållande-termen. Frågar man sig vidare, vad anledningen kunde vara till praxis' eventuella eftergivande av kravet på actors culpa såsom förutsättning för sjukhusens principalansvar, så synes det mig icke alldeles uteslutet, att man här funnit situationen vara den, att actor genom sitt handlingssätt kommit en principalens *huvudobligation* gentemot patienten att åsidosättas. Därigenom vore han ju en »Erfüllungsgehilfe». Ett sådant resonemang vore dock, som vi sett, ogrundat, låt vara att det accepterats i tysk praxis.[3] Och det är, som antytts, föga troligt, att resonemanget låge i bakgrunden för de ifrågavarande domsluten. Kanske har praxis blott menat, att de hithörande fallen komme i särklass med hänsyn till vikten av att patienterna gentemot sjukhusets styrelse hade möjligast trygga ställning. Uteslutet är emellertid naturligtvis icke att jag inlagt något av H. D. icke avsett i dess uttryckssätt i NJA 1925 s. 103 och 1942 s. 718[4] och att det icke heller i dessa fall varit meningen att utdöma principalansvar på grund av actors blott objektivt »rättstridiga» handlingssätt.

I alla fall torde utgångsläget få anses vara sådant, att vi kunna bedöma situationen de lege ferenda med bortseende från H. D:s eventuellt mera rigorösa inställning i de nämnda sjukhusfallen. Till en början få vi därvid icke glömma, att principalansvaret — med på särskilt

[2] Se Bd II: 1 s. 518 ff.
[3] Se ovan s. 367 ff. och s. 414 ff.
[4] Se Bd II: 1 s. 519.

sätt bestämt undantag i anglosachsisk rätt — betraktats såsom ett ansvar för »annans 'culpa'». Och tanken synes — om vi bortse från dess utformning i schweizisk och tysk rätt — ha varit, att ansvaret har förutsatt, att actor (jag går icke in på fall, där actor varit barn eller sinnessjuk) handlat så, att han själv därigenom enligt culpa-regeln ådragit sig ansvar gentemot den skadelidande.[5] Också om det i engelsk-amerikansk rätt är teoretiskt möjligt att låta »master» svara, utan att »servant» handlat kulpost, så torde dock ansvaret alltid förutsätta, att actor begått en »*actionable* tort» och att actor själv för handlingen ifråga skulle kunna dömas betala skadestånd.

Nu förhåller det sig visserligen så, att det med den gamla tron på handlings rättstridighet och föreställningen om en blott »objektivt rättstridig» handling (som ju i princip icke medförde ansvar) ingalunda vore meningslöst att låta principalen svara för en sådan handling från actors sida. Ty actors egen ansvarighet eller principalens regressrätt mot actor behövde ju på intet sätt utgöra någon betingelse för principalansvaret, som även utan sådan betingelse hade en funktion att fylla. I det föregående har jag också erinrat om Oertmanns uttalande till stöd för det välbetänkta i att BGB nöjde sig med actors blott objektivt rättstridiga handling: denne hade ju ofta själv »keine rechte Vorstellung von der Gefährlichkeit seiner Verrichtung».[6] Detta är naturligtvis mycket riktigt.

Men å andra sidan måste ihågkommas, att ansvarsfrågan här har sina två sidor: vad samhället vinner i trygghet å ena sidan kan till en del gå förlorat genom otrygghet å andra sidan (principalsidan). Nu finns det ju, som vi veta och som jag ovan i detta sammanhang redan anmärkt, en viss regulator i tysk (och schweizisk) rätt emot ett alltför omfattande principalansvar. Principalen har möjlighet att exkulpera sig och därmed fria sig från ansvar. Situationen blir ju, i någon mån åtminstone, en annan, när man går in för ett, om jag så får säga, rent eller äkta principalansvar. Att låta detta inträda, även när actor handlat blott »objektivt rättstridigt» förefaller mig icke blott utsiktslöst utan även ganska omotiverat att proponera såsom princip.

Däremot synes det mig avgjort ligga närmast till hands — därest culpa-regeln i min version, d. v. s. vad jag kallar den allmänna skadeståndS- eller ansvarsregeln, i den gamla culparegelns ställe accepteras —

---

[5] Se citatet från Mazeaud å s. 72 i Bd I. Se vidare Stang s. 207 f. och Ussing Erstatningsret s. 93 f., som därvid påpekar, att principalen ju enligt stadgandet (3-19-2) förutsättes ha regress emot actor.

[6] Ovan s. 410 n. 2.

att låta principalansvar inträda, så snart actors handling fölle under den allmänna ansvarsregeln. Visserligen vore det i och för sig möjligt att, oaktat denna regels antagande såsom »gällande rätt», begränsa principalansvaret till sådana skadegörelser, som berott på actors culpa i traditionell mening eller begränsning, d. v. s. såsom bristande åt vanligen iakttagen aktsamhet. Men onekligen skulle det ur rättssystematisk synpunkt vara mindre tillfredsställande att låta den gamla culpa-regeln principiellt ersättas av den allmänna skadeståndsregeln men likväl i vissa situationer låta handlingssätten bedömas efter den gamla culpa-regeln, låt vara icke i dess rättsideologiskt grundade utan blott begränsande mening (i jämförelse med »culpa» i min version). Presumtionen för principalens egen ansvarighet efter den allmänna regeln är i själva verket indicerad redan genom att å actors handling kriterierna äro för handen för dennes ansvarighet efter sagda regel — i ungefär samma proportion, förefaller det, som presumtionen för principalens eget traditionella culpa-ansvar indicerades genom actors traditionellt kulposa handling.

Jag har i sista punkten måst uttrycka mig så pass invecklat, som jag gjort, med hänsyn till att jag icke anser mig utan diskussion kunna *utgå* ifrån, att i situationer av principalansvar skadeståndstalan jämväl borde kunna riktas mot actor. Jag skall nu, tyvärr på grund av både tids- och utrymmesbrist endast helt schematiskt, framlägga min syn på denna fråga. Mången i ett affärs-, industriellt eller annat företag av större eller mindre omfattning anställd person är ofta en helt obetydlig individ i privatekonomiskt avseende. Detta torde, såsom i det föregående flera gånger påpekats, vara en av de ursprungliga grunderna till principalansvarets uppkomst. Den skada, som en sådan anställd i utövandet av sin tjänst kan komma att förorsaka tredjeman, kan lätteligen tänkas vara av sådan storlek, att hans fulla ansvarighet omedelbart skulle bringa honom till tiggarstaven. Men det finns ingen anledning ur social synpunkt att låta en actor bli ruinerad genom krav från en skadelidande, som ju har principalen att rikta sin talan emot. Bör det då tillåtas principalen att ruinera honom genom den förres regress på grund av skadeståndets utbetalande till den skadelidande? Här ligger ju saken såtillvida i ett annat läge, att principalen i fall av nekande svar skulle få bära en förlust, som kanske icke (trots den principiella presumtionen mot honom) berott på hans eget utan endast på actors socialt oönskvärda handlingssätt. Vilken eller vilka grunder nu än böra antagas såsom motivering för principalansvaret kan detta dock säkerligen också i ett högt civiliserat samhälle *i och för sig* tänkas så inrättat, att prin-

cipalen finge bära detsamma utan alls någon regressrätt mot actor. Detta dels på grund av den senares, allmänt sett, otillräckliga ekonomiska bärkraft i förhållande till risken för oproportionerligt stor skada genom hans handlingssätt; och dels därför att i bakgrunden för principalens ansvarighet väsentligen ligger en presumtion för att han själv har handlat så, att hans ansvarighet skulle vara grundad enligt allmänna ansvarsregeln. Om också principalen själv »gjort sig skyldig» till ansvar, så borde ju under alla omständigheter *full* regress mot actor icke kunna komma ifråga utan blott delad och då förnuftigtvis så, att huvudparten fölle på principalen-företagaren och blott en mindre del på den i princip ekonomiskt svage actor. Den tydligen sedan gammalt rådande föreställningen, att principalansvaret förutsatte en situation med principalens regressrätt är kanske icke så noga genomtänkt. Ty även om man läte actors »authority» utgöra väsentlig grund för principalens ansvarighet, kunde hans (fulla) regressrätt mot actor te sig ganska tvivelaktig.

Emellertid skulle det nu starkt strida emot socialekonomiska synpunkter, att låta actor vara helt befriad från varje ekonomisk nackdel som påföljd på sitt handlingssätt, som ju i och för sig faller under den allmänna ansvarsregeln. En *viss* ekonomisk ansvarighet måste ovillkorligen av prevenerande hänsyn vila på denne, så mycket mera som det kan vara av särskilt stor ekonomisk vikt, att han genomgående iakttager ett socialt önskvärt handlingssätt i utövandet av sin tjänst hos företaget. Så långt som denna begränsade ansvarighet sträcker sig, bör principalen ha regressrätt mot honom, i den mån den förre fullgjort sin skadeståndsskyldighet. Ty det förhåller sig naturligtvis icke sällan så, att principalen faktiskt icke handlat på socialt icke önskvärt sätt; vidare skall ju det å actor vilande beloppet betalas, och då måste ju — eftersom man icke har någon allmän kassa för dylika ändamål — principalen vanligen vara den lämpligaste mottagaren. *Såvitt* som actor sålunda vore ansvarig, synes ingen anledning finnas att icke också låta den skadelidande vända sig direkt mot honom.

Om vi sålunda i princip antaga, att actors ansvar, med hänsyn till beloppet, kan vara begränsat, så återstår frågan efter vilken eller vilka linjer denna begränsning lämpligen bör anordnas. Jag tror därvid, att begränsningen över huvud icke bör ifrågakomma, därest icke skadan gått utöver ett visst belopp (exempelvis ungefär 50, 75 eller 100 kronor), vilket givetvis måste fastställas i lag.[7] Stannar skadan inom be-

[7] Exemplen ligga väl i underkant med hänsyn till nuvarande låga penningvärde. En fixering i lag borde naturligtvis icke vara absolut utan relativ, så att i viss mån hänsyn kunde tagas till det rådande penningvärdet.

loppet ifråga, finns det kanske icke anledning till annat än att låta actor helt svara för detsamma icke blott gentemot den skadelidande utan även regressvis mot principalen. När skadan överskridit det faställda maximibeloppet (på t. ex. 50:—), kunde man nog reflektera på möjligheten, att actor likväl över huvud icke bleve ansvarig med mera än beloppet ifråga. Detta kunde vara motiverat av behovet av så enkla regler som möjligt. Men det synes dock mera följdriktigt med hänsyn till en hithörande regels prevenerande funktion, att actor ytterligare finge svara för vissa procent (kanske 5 eller 10) av den överskjutande skadans belopp.

Vid dessa alternativ har jag dock förutsatt två omständigheter. Den ena är, att actors handlingssätt icke legat på en ur aktsamhetssynpunkt lägre nivå än den, som motsvarar vad man plägar kalla culpa levis. Har han handlat grovt vårdslöst finns kanske ingen anledning att begränsa hans ansvarighet gentemot den skadelidande. Sådan vårdslöshet av en i ett företag anställd person kan innebära den största fara för andra, och man synes med hänsyn härtill böra vara särskilt betänksam ifråga om etablerandet av regler, som äro ägnade att minska preventionseffekten. Här finnas givetvis växlande situationer att beakta alltefter ett företags storlek eller art i övrigt. Om denna variation lämpligen bör föranleda till skilda regler i förevarande avseende, så att man blott vid vissa större eller farligare företag läte en grovt vårdslös actor fullt svara gentemot den skadelidande efter allmänna ansvarsregeln, kan jag här icke inlåta mig på.

En annan fråga är, hur man i hithörande situationer bör förfara i den mera praktiska frågan om principalens regressrätt mot en grovt vårdslös actor. Sådan vårdslöshet *kan* viserligen särskilt starkt indicera, att principalens handlingssätt fallit under allmänna regeln. Har indiceringen verkligen varit sådan, synes under alla omständigheter icke full regressrätt för honom böra kunna komma ifråga, oavsett om indikationerna tyda på, att även hans eget handlingssätt varit grovt vårdslöst eller icke. Principalansvar betyder ju emellertid ansvar utan åsikt i frågan, huruvida principalens handlingssätt fallit under allmänna regeln eller icke. Därför tror jag det vara riktigast att hävda, att åtminstone principalens fullständiga regressrätt mot en grovt vårdslös actor inträder, blott om den förre kunnat förebringa förhållanden av den art, att anledning saknas antaga, att actors skadegörelse berott på sådant handlingssätt från principalens sida, som vore att hänföra under den allmänna ansvarsregeln.

Den andra omständigheten, som jag förutsatt vid resonemanget här

ovan å s. 535 ff., är, att principalen utbetalt skadeståndet till den skadelidande eller att han i allt fall är solvent. Såvitt det härutinnan brister, kan diskuteras, huruvida man icke vid actors handlingssätt bör se bort ifrån, att han handlat såsom principalens actor, och på vanligt sätt låta honom falla under allmänna regeln. I allt fall förefaller det mig, såsom om eventuell begränsning i hans ansvarighet under *nu* förutsatta omständighet lämpligen endast kunde regleras i samband med en lagstiftning *i allmänhet* om viss begränsning av ansvaret enligt den allmänna ansvarsregeln (eller culpa-regeln, därest lagstiftaren dragit sig för att i dess ställe utgå från allmänna ansvarsregeln).

Att frågan om begränsning i actors ansvarighet i sådana situationer, som konstituera principalansvar, icke mera allmänt blivit dryftad torde sammanhänga med, att den skadelidande i allmänhet vänder sig med sin talan mot principalen och att denne i sin tur ofta icke utövar sin regressrätt eller i allt fall gör upp i godo med actor, som kanske får betala någon mindre summa, därest han icke slipper helt ifrån ansvaret eller »blott» blir avskedad. Emellertid få vi ju också komma ihåg, att principalens ansvarighet här kan vara mer eller mindre täckt genom försäkring.[8] Hur som helst; jag kan nu icke på detta område erinra mig något fall i något lands praxis, där bristen på begränsning i actors ansvarighet varit direkt i ögonen fallande. Men indirekt är i sådant avseende ett här ovan berört fall från U. f. R. 1943 s. 1072 ganska belysande. Visserligen var D. L. 3–19–2 icke tillämplig, ty staten, icke kommun eller enskild, var principal. I Høiesteret betonades emellertid, att en tjänsteman genom blott enkel oaktsamhet (i tjänsten) kunde ådraga sig ett skadestånd, som icke stode i något rimligt förhållande till hans »af Embedets Aflønning betingede ekonomiske Bæreevne». Detta sades nu till motivering av statens ansvarighet gentemot tredjeman.[9] Men synpunkten visar ju faktiskt och kanske lika mycket hän på behovet av en *begränsning* av *actors* ansvarighet i situationer, där principalansvar föreligger.

Med det nu sagda har jag blott haft i sikte sådana fall, där actor varit i tjänares, enkel arbetares, arbetsförmans, kanske verkmästares

---

[8] Se härom ovan s. 355 ff. — I anledning av vad som där sagts om lämpligheten, att principalen vid ansvarighetsförsäkring bör stå en viss självrisk, finns det kanske anledning i detta sammanhang hävda, att denna självrisk vilade på honom också i den mening, att han icke för densamma borde kunna vinna täckning genom regresskrav mot actor. Ang. försäkringsgivarens eventuella regress mot actor bör denna naturligtvis vara begränsad i enlighet med vad som möjligen kan vara lag om begränsning i actors ansvarighet mot den skadelidande.

[9] Se ovan s. 448 f.

och lagerbokhållares etc. ställning. Actor kan ju tänkas vara ekonomiskt närmare allierad med företaget — disponent, souchef eller dylikt — eller i allt fall en högt avlönad anställd i detsamma. Här kan sannolikt en begränsning av ansvaret såsom actor efter nu antydda linjer icke vara den lämpligaste. Mera vågar jag i en kortfattad framställning av denna art icke säga.

Såvitt culpa (negligence) hos actor är en betingelse för principalansvaret i de skilda rättssystemen har jag ingenstädes funnit något, som tydde på, att den s. k. bevisbördan i sådant avseende skulle vila å principalen, d. v. s. att han för att fria sig från ansvaret vore nödgad förebringa omständigheter till stöd för att actor icke brustit åt s. k. normal aktsamhet. Tvärtom är det käranden som hade att styrka actors culpa.[1] Det torde icke finnas någon anledning att frångå en sådan inställning. Jag har berört saken endast därför, att man i § 6 i det tyska förslaget[2] låtit principalen gå fri, om *han* — vid actos rättstridiga skadegörelse — *visar*, att likväl »den Verrichtungsgehilfen (= actor) kein Verschulden trifft» (*samt* dessutom bl. a. exkulperar sig i det hela i överensstämmelse med nuvarande BGB 831).[3] Denna anordning kan emellertid på intet sätt stå som någon förebild för oss. Den har föreslagits såsom påbyggnad på tanken i BGB 831, enligt vilket stadgande actors blott objektivt »rättstridiga» handling kunde utgöra grund för ett — dock icke »äkta» (ang. termen se ovan s. 534) — principalansvar.

Omfattar principalansvaret jämväl actors dolösa handlingssätt?

Härefter skall nu slutligen upptagas frågan, om principalansvaret jämväl bör omfatta actors *dolösa* skadegörelser å tredjeman eller dennes egendom. I alla rättssystem, som intresserar oss, begränsar sig ansvaret på ett eller annat sätt till skada genom actors handling i tjänsten. Jag har erinrat om, s. 500 här ovan, att noga taget redan actors *kulposa* eller t. o. m. blott »*objektivt rättstridiga*» handling icke kunde sägas falla inom tjänsten. Detta visar emellertid endast, hur svårt det är att komma till rätta på detta område med en träffsäker terminologi. Ty ansvaret skall ju just angå actors skadegörelser mot tredjeman; och

[1] Beträffande fransk rätt se Bd I s. 72. I fråga om dansk och norsk, engelsk och amerikansk rätt torde detta framgå som slutsats i enlighet med allmänna rättsgrundsatser. För övrigt utvisas förhållandet av samtliga ländernas liksom också vår egen judikatur på området.

[2] Se Grundfragen s. 91 och därtill s. 50–62 ib.

[3] Den föreslagna § 6 har helt kort berörts ovan s. 412.

dessa kunna ju såsom sådana icke rätt gärna betraktas som tjänstehandlingar, därest icke actor fått i uppdrag att anställa skada mot tredjeman, en situation som vi här helt kunna bortse ifrån. Å andra sidan äro sådana begrepp som handlingar begångna »i tjänsten», i »hvervet», »in Ausführung der Verrichtung», »in the course of the employment», »dans les fonctions», för utförande av vilka actor anställts, etc. nödvändiga för angivande av principalansvarets begränsning. Med actors *dolösa* skadegörelse synes det dock förhålla sig på ett särskilt sätt. Vilken människa som helst i en actors ställning kan i vilken dithörande sysselsättning som helst tänkas komma att begå en vårdslöshet, en uraktlåtenhet, varigenom tredjeman lider skada. Därför blir det praktiskt acceptabelt att låta actor begå en kulpos skadegörelse mot tredjeman i tjänsten. Men att hänföra ett actors *brott* mot tredjeman till hans tjänstehandlingar är en motsägelse, som icke, åtminstone icke à priori, låter sig slätas över med praktiska hänsyn. Önskvärdheten i och för sig av att etablera principalansvar i ett skadeståndssystem är fullt förenlig med, att den frågan därvid är lämnad öppen, huruvida detta ansvar jämväl borde kunna omfatta actors dolösa eller brottsliga handlingar »i tjänsten». Och det förefaller givet, att principalansvar måste kunna ingå i ett rättssystem, utan att det behövde omfatta ansvar för actors dolösa skadegörelser. Jag behöver i sådant avseende blott hänvisa till Morgenstierne's uppfattning, att N. L. 3–21–2 helt enkelt icke omfattade actors »*forsætlige direkte Beskadigelse* af Tredjemands Person eller Gods eller hans *uredelige Tilegnelse* af saadant Gods». Morgenstierne grundar denna ståndpunkt därpå, att dylika handlingar icke fölle inom »Hvervet» och icke heller kunde uppfattas som en blott

»Modifikation af den maade, hvorpaa Hvervet udføres, men vil altid være at opfatte som en Handling, der ligger helt udenfor Hvervet, og hvartil dette blot har givet Anledning».[4]

Ogsaa Hallager-Aubert vill från stadgandets tillämpning utesluta

»Tjenerens forsætlige Retsbrud mod Tredjemand; thi . . . Tjeneren synes her ikke med Sandhed at kunne siges at have forseet sig i noget han forrettede paa Husbondens Vegne, men kun at have forfulgt sine særlige Formaal».[5]

Emellertid är nu, såvitt jag vet, den allmänna uppfattningen — varvid jag bortser från Sverige — att principalansvaret omfattade jämväl actors dolösa handlingar, naturligtvis under förutsättning att de kunde inpres-

[4] Morgenstierne s. 87 f.
[5] Hallager-Aubert s. 151.

sas under begreppet »handling i tjänsten», så som detta i resp. länder tolkas. Vad fransk rätt angår har jag på annat ställe påvisat detta.[6] Det första hithörande fallet från »nyare tid» i England var Barwick v. English Joint Stock Bank (1867), som dock begränsade ansvaret till handling »committed in the course of the service *and* for the master's benefit». Sedermera ströks den senare begränsningen av House of Lords i fallet Lloyd v. Grace, Smith & Co. (1912).[7] Någon direkt kritisk inställning häremot har jag icke sett i litteraturen. Man har ställt sig tveksam angående räckvidden av Lloyd's case, huruvida exempelvis genom densamma resultatet i Cheshire v. Bailey[8] blivit »overruled» och huruvida icke möjligen vissa senare avgöranden (vilka jag icke haft tillfälle studera) »are in conflict with its *ratio decidendi*»[9]. Men den principen, att »master» *kan* bli »liable for wilful torts» har man, synes det, ingenting emot. Ihågkommas måste ju dock alltid, att *meningen är*, att handlingen skall ha skett »in the course of servant's employment», som vanligen tolkas så, att den skall ha fallit »within the scope of his authority». Därigenom blir det möjligt att, som man säger, tolka »master's liability for wilful wrongs» så, att bortfallandet av ansvarsförutsättningen enligt domen i Barwick's case, att handlingen skett »for the master's benefit», icke får några olämpliga konsekvenser. Så har t. ex. Pollock hävdat, att principen i Lloyds case begränsades till fall, i vilka den skadelidande vore en person, som kommit i affärskontakt med actor just i dennes egenskap av actor och förlitade sig på hans »ostensible authority» såsom sådan, under det att »master's liability» icke inträdde gentemot »a stranger who happens to be injured» genom exempelvis svikligt förfarande från actors sida.[1]

Icke heller i amerikansk rätt uteslutes principalansvaret, därför att skadan tillfogats tredjeman genom dolöst handlingssätt från actors sida. »An act may be within the scope of employment although consciously criminal or tortious.» Detta betyder, att principalansvaret kan omfatta även actors uppsåtliga skadegörelser, nämligen såvitt dessa anses falla »within the scope of employment».[2] Att närmare gå in på frågan, när

---

[6] Se Bd I s. 79.

[7] Se Bd I s. 453 ff. och s. 488 f. med n. 9 och n. 1.

[8] Se härom Bd I, noten å s. 488 f.

[9] Se t. ex. Batt–Vaines s. 279, även s. 274, att jämföra med Salmond–Stallybrass s. 100 f.

[1] Se Pollock–Landon s. 61 f. Se även Salmond–Stallybrass s. 99 och jfr Bd I s. 488 f. och noten ib.

[2] Restatement of agency, § 231. Se även t. ex. Prosser, s. 479 f.; Cooley–Haggard III, §§ 392 f., och Harper s. 641 f.

detta kunde vara händelsen, bleve alltför vittutsvävande. Harper har ventilerat spörsmålet på följande mera lättfattliga sätt. Problemet är här, säger han,

»no different than with respect to other types of wrongs although it may be harder to solve. If the 'wilful' or 'malicious' act was an incident to the master's work, there is liability. If the servant abandons, for the moment, the work of his employer, and gives vent to a purely personal grudge, he is 'outside the scope' of his service. Some cases are easy, others close. If, for example, a railroad employee whose duty it is to keep intruders off the train, should viciously kick a person attempting to board the train, he would be acting within the scope of his employment and the company would be liable, however ill-tempered or malicious the act might be. But if, on the other hand, he should assault one not attempting to get on the train, from purely personal malevolence, he is not acting within the range of his employment.»[3]

Uttalandet är intressant, därför att det utvisar, hurusom konstruktionen »incidental to» handlingar »within the scope of the employment» eller »the authority» blir bryggan för överförandet av dolösa skadegörelser till området för principalansvaret. (Angående »incidental to» se Bd I s. 486 ff.)

Att actors tredjeman dolöst tillfogade skadegörelser icke måste vara uteslutna från principalansvaret i tysk och schweizisk rätt ha vi sett i det föregående.[4]

I dansk och norsk rätt har man icke på denna punkt följt Morgenstierne och Hallager-Aubert (varom ovan s. 540). Från praxis känner jag visserligen intet fall av principalansvar för actors dolösa skadegörelse, men århundradets danska och norska litteratur tycks i allmänhet icke ha något att invända mot en sådan omfattning av principalansvaret. »Forseelser» i 3–19–1 (och 2) anses av Lassen, såsom vi sett ovan s. 532, vara »forsætlige eller uagtsomme Retsbrud». När Ussing säger, att »Forseelse maa fortolkes som Culpa» (ovan s. 532), så menar han förvisso »culpa» i den mening, som man har på tal om culpa-regeln, alltså avseende jämväl uppsåt.[5] Platou gör intet undantag för dolus och tager, såsom vi också redan sett, uttryckligen avstånd på denna punkt från Morgenstierne, varvid han bl. a. åberopar sig icke mindre på Ørsted än på Engelsk rätt, i senare avseendet erinrande om fallet Limpus v. London

[3] Harper s. 641. Om utrymmet tillåtit det, skulle jag ha refererat belysande uttalanden också från Cooley–Haggard III, §§ 392 f.

[4] Ovan bl. a. s. 410 och s. 443 n. 8 samt s. 505–508.

[5] Detta framgår särskilt av ett exempel, Erstatningsret s. 95, låt vara att exemplet av viss grund (varom ovan s. 517) undantages från principalansvarets omfattning. Emellertid säger Ussing uttryckligen i detta sammanhang, att man *icke* som allmän regel kunde hävda, att uppsåtlig skadegörelse vore utesluten från principalansvaret.

General Omnibus Co.[6] Tydligen har inte heller Øvergaard tänkt sig något annat, än att actors skadegörelse måste kunna läggas denne »til last som forsettlig eller uaktsom», för att rekvisitet för principalansvar skulle vara förhanden.[7]

Det förefaller mig, som om man i allmänhet tagit det såsom alltför självklart, att även brottseffekter skulle omfattas av principalansvaret, om blott actors handling *på något sätt* kunde *pressas in* under begreppet: utförd i eller tillhörande tjänsten. Det är ju möjligt, att principalens ansvar i viss utsträckning för actors dolus är en ur lämplighetssynpunkt motiverad princip. Men att anse den självfallet given torde vara att taga alltför ytligt på frågan. Rätt träffande, tycks det mig, säger Batt-Vaines, att det kanske vid första påseendet kunde synas vara något absurt att låta principalen svara för actors »neglectful acts», när han icke bleve lika ansvarig för actors »felonious or criminal acts». Men vid närmare reflexion, fortsätter förf., måste man förstå, »that life is conducted and business relations and other engagements are made on the faith that those engaged therein are not thieves».[8] Man bör även lägga märke till, att domstolarna i Amerika åtminstone intill de tre sista decennierna av 1800-talet vägrade att låta »master» svara för »intentional or 'wilful' wrongdoing on the part of the servant». Skälet var, att det inte kunde »be implied that such a conduct was ever authorized».[9]

Emellertid böra vi lägga märke till, att fallet Barwick v. English Joint Stock Bank (1867) ingalunda var det första, vari principalansvar för actors dolus förekom. Redan lord Holt hade så dömt i »Sir Robert Wayland's case» och i Hern v. Nichols, båda i början av 1700-talet.

---

[6] Platou s. 473 ff. Det anförda engelska fallet tycks mig dock här vara mindre väl placerat. Ty själva skadegörelsen var i detta fall icke »wilfully» tillfogad. Omnibuskusken hade »wilfully» sökt hindra det andra bolagets omnibus att komma fram. Men hans uppsåt innefattade ingalunda, att detta åkdon skulle välta och skadas. Domaren, som instruerade juryn, ifrågasatte aldrig, att svarandens kusk hade handlat »wilfully» utan endast »recklessly, wantonly, and improperly». Denna domarens ståndpunkt godkändes i Exchequer Chamber. En domares uttalande där, att actors handling »may *in one sense* (kurs. här) be wilful» avser fövisso icke, att *skadegörelsen* varit »wilful». Det var omnibusbolagets advokater, som hävdade, att actor begått »a wilful trespass», vilket i en situation som denna (åtminstone på den tiden [1862]) måste ha friat bolaget från ansvar. Se Kenny, Cases, s. 80–84.

[7] Ovan s. 532.

[8] Batt–Vaines s. 274. Förf. talar om »thieves», därför att uttalandet rör sig för eller emot »master's» friande från ansvar i det förut som hastigast nämnda fallet Cheshire v. Bailey (berört i Bd I s. 488 n. 1).

[9] Prosser s. 479. Jfr Harper s. 641.

Men då hade inte den eljest av Holt anlagda auktoriseringsidén utan en annan rättvisesynpunkt kommit till användning:

»the master at his peril ought to take care what servant he employs; and it is more reasonable that he should suffer for the cheats of his servant than strangers».[1]

Därefter tycks man emellertid småningom ha begränsat grunden för master's liability» till auktoriseringsidén, vilket dock icke i och för sig betydde, att från principalansvaret utmönstrades skadegörelser, som voro »wilful». Blackstone, vars Commentaries on the laws of England planlades 1753, menade exempelvis, att en gästgivares ansvar emot gäst, som bestulits av den förres »servant», hade sin grund i gästgivarens »negligence», bestående i att anställa en oärlig tjänare. En sådan »negligence» utgjorde »a kind of implied consent to the robbery». Denna principiella stränghet ansåg man dock icke i längden kunna uppehållas. Och det torde nog allmänt kunna sägas, att man under de två första tredjedelarna av 1800-talet lika väl i England som i Amerika drog sig för att utdöma principalansvar för actors dolösa handlingar, därest icke dylik voro »done by his (the master's) command».[2] Så kommer då Barwick's case av 1867. Här synas de båda grunderna — auktoriseringsidén och rättvisesynpunkten i Wayland's och Hern's cases — på något sätt ha sammansmält. I Barwick's fall omfattade principen, såsom vi redan sett, även dolösa skadegörelser, om de blott skett »for the master's benefit».[3] I Lloyd's case, där denna begränsning, såsom också förut nämnts, föll bort, synes man icke heller vara främmande för rättvisesynpunkten i de båda tidiga 1700-talsfallen vid sidan om auktoriseringsidén. Ty Halsbury — i sagda prejudikat citerande från Hern v. Nichols, att, eftersom någon måste lida förlust genom actors bedrägeri, »it is more reason that he that employs and puts a trust and confidence in this deceiver should be a loser than a stranger» — uttalade om denna Holt's domsmotivering:

»I should be very sorry to see a principle which appears to me of so great value shaken by any authority. No treatise on agency that I have ever come across has thrown any doubt on it, and it would be strange indeed, if it should be shaken by the decision in *Barwick v. English Joint Stock Bank* . . .»[4]

---

[1] Citatet från Wayland's case. Se Bd I s. 449 n. 5. Motiveringen i Hern v. Nichols är angiven å samma sida.

[2] Se härtill Bd I s. 450–453.

[3] Se Bd I s. 453 f. Märk n. 1 å s. 454.

[4] Se Bd I s. 449 med n. 5 och s. 453 f. med n. 3. Ang. Halsbury's ifrågavarande uttalande se f. ö. L. R. 1912, App. Cas. s. 725–727.

Detta oaktat synes det mig tydligt, att principalansvarets antagande beträffande actors kulposa skadegörelser eller, såsom jag ser på saken, hans under allmänna ansvarsregeln fallande skadegörelser, ingalunda följdriktigt behövde leda till att ansvaret jämväl omfattade skada genom hans dolösa handlingssätt. Jag får här hänvisa till de synpunkter, jag framlagt i Bd I, noten å s. 489—491. Min ståndpunkt får visst stöd t. ex. av Batt-Vaines uttalande här ovan å s. 543, ävensom av att man under långa tider ända in till sista tredjedelen av 1800-talet i både engelsk och amerikansk judikatur haft klart för sig just detta, att principalens ansvar för actors »negligence» ingalunda behövde draga med sig hans ansvar också i fall av skadegörelse genom actors brott, vilket senare ansvar man uppenbarligen icke ansåg vara grundat i och med det förras motivering. Helt naturligt frågar man sig efter anledningen till, att principalansvaret numera i anglosachsisk rätt åter anses omfatta även actors dolösa skadegörelser. Vad domen i Barwick's case (1867) angår, torde man, som jag nyss antydde, ha anlitat jämväl den särskilda rättvisesynpunkten i sir Robert Wayland's och Hern's cases.[5] Och denna synpunkt blev, såsom vi också nyss sågo, genom earlen av Halsbury beaktad även i Lloyd's case. Men kvar står, att det (om icke samspel föreligger mellan principal och actor) måste vara uteslutet att betrakta actors brottsliga handling såsom utförd *i actors tjänst* och om möjligt ännu mindre »within the scope of his authority».

Likväl ligger det naturligtvis något beaktansvärt i Holt's synpunkt, att det vore rimligare, att — i sådana fall som Wayland's och Hern's cases — skadan genom brottet drabbade principalen än tredjeman (»a stranger»). Men bör då ett sådant ansvar tillhöra principalansvaret och icke behandlas som ett genom sin särskilda grund från detta skiljt ansvar? Åtminstone i anglosachsisk rätt, som bygger ansvaret på »servant's authority», tycker man. Ty »any basis for an implied authority is difficult to find», åtminstone när actor handlar dolöst »for his own benefit».[6] — Vad det nuvarande ansvaret för actors »intentional or 'wilful' wrongdoing» i Amerika angår, säger Prosser om grunden till detsamma, s. 479:

»Under modern theories of allocation of the risk of the servant's misbehavior, it has been recognized that even intentional torts may be so reasonably connected with the employment as to be within its 'scope', and the present tendency is to extend the employer's responsibility for such conduct.»

[5] Se Bd I s. 454 n. 1.

[6] Jfr Note, H. L. R. 45, s. 347. Se även Kerr's (utgivaren av Blackstone's Commentaries) uttalande i Bd I s. 453, vari Kerr modifierar Blackstone's ståndpunkt.

Prosser hänvisar därvid bl. a. till en skrift av Seavey »Speculations as to 'Respondeat Superior'» i Harvard Legal Essays 1934, s. 433 och s. 453. Denna skrift har jag inte haft tillfälle att läsa. Men han hänvisar också till Note, H. L. R. 45, s. 348. Författaren av denna not är uppenbarligen av den meningen, att principals ansvar för »wilful torts» måste avse actors handling »beyond the scope of employment». Vanligen säger han är det av väsentlighet, att actors handlingssätt har något sammanhang med hans tjänst, och det är intressant att se, huru Holt's motivering i Wayland's och Hern's cases kommer till heders:

»It is a commonplace that one who acts entirely for his own benefit is outside the scope of his employment. Yet, not infrequently the master is held liable though his servant's motive was purely personal... There remain numerous cases for which no better explanation can be found than that the master has placed his servant in a position to abuse the confidence of third parties. Yet, in the absence of negligence the *law* (kurs. här) does not generally impose liability even where reliance may be expected. It is difficult to resist the conclusion that the *courts* (kurs. här), perhaps unconsciously, have extended vicarious liability far beyond its generally accepted limits.»[7]

Kanske förhåller det sig så, menar notens förf., att domstolarna vanligen begränsa denna extraordinära ansvarighet till fall, i vilka ett kontraktsförhållande kan utletas. Fakta i de hithörande fallen tydde på en mindre godtycklig begränsning. »The servant», för vars »personal» skadegörelse en »master» har blivit ansvarig, är vanligen »the very member of the master's business organization», som har satts i en

»position especially enabling him to commit the tort when the third person relies. Thus the wrongdoer is usually an officer of the bank, a conductor of the railroad, a nurse of the hospital, or a bartender of the saloon. The result might well be different were the servant one who, like the janitor of a hospital, ordinarily has no relations with the master's business guests. It is this consideration that justifies the responsibilty of an ordinary principal for the false representations of his agent; the tort is committed in the course of the very task assigned to him.»[8]

Den begränsning, som framträder i dylika ord, är ju till sin anda av sådan art, att motiveringen för principalens ansvar blir principiellt densamma, som på sin tid anlades av chief justice, (senare lord) Holt: också om actors handling, såsom utförd »for his own benefit», icke varit »authorized» av principalen, så har denne dock satt actor i en sådan

---

[7] Note, H. L. R. 45, s. 343 f.
[8] Note, H. L. R. 45, s. 348.

ställning, som föranlett tredjeman att ha förtroende för honom.[9] Men att låta handlingen vara begången »in the course of the very task assigned to him» synes dock, åtminstone vid första påseendet, vara något ganska dubiöst, när man beaktar, att det i den amerikanska rätten icke skall vara fråga blott om bedrägerier och dylikt utan också om misshandel och våld mot tredjeman, bl. a. om t. ex. »indecent assault» från en actors sida, som var av principalen »sent to fit a woman's brace».[1]

Det synes mig också, som om principalens ansvar i denna utsträckning skulle komma att principiellt stå i strid med vad Prosser uttalat i citatet här ovan å s. 510 om ansvarets lämpliga begränsning till »foreseeable deviations». Prosser diskuterar emellertid, av utrymmesbrist, icke närmare principalens ansvar för actors »intentional or wilful wrongs» mot tredjeman. Han säger allenast »in general», att »master» kunde (»may») bli ansvarig för »assault and battery, false imprisonment, malicious prosecution, defamation or mispresentations made by the servant» men han synes mena, att ansvaret blott ifrågakomme

»where the employment is of a kind likely to lead to such torts, or to furnish an opportunity and incentive for them, and the servant is motivated at least in part by a desire to serve the master»[2].

Sammantaget blir väl detta en ganska stark begränsning. Det sista ensamt — som i viss mån överensstämmer med principen i det engelska fallet Barwick v. English Joint Stock Bank — är uppenbarligen otillräckligt såsom Ussings exempel (Erstatningsret s. 95; jfr ovan s. 517) utvisar. Men om Prosser's sista uttalande beaktas i sin helhet, skulle begränsningen kanske kunna uttryckas så, att skadegörelsen ur principalens synpunkt måste ha varit adekvat (jfr Ussing ib. s. 95).

Det vore mycket att här tillfoga, icke minst angående synpunkter från amerikansk uppfattning. Men tid och utrymme kräva, att detta arbete nu äntligen avslutas.[3] Jag önskar därför nu såsom min — det medgiver jag gärna, mycket diskutabla — uppfattning ifråga om principalens an-

[9] Säkerligen är icke heller principen i Lloyd v. Grace, Smith & Co. avsedd att ha större omfattning. Jfr ovan s. 541.

[1] A. st. s. 348. Jfr också Prosser s. 479. Om exemplet med »indecent assault» rörde det sig i fallet Stone v. Eisen Co. 219 N. Y. (New York Court of Appeals Reports) 205. I Harward Law Review Bd 30, s. 389, finns några rader om hithörande fakta, som låta ansvaret i detta fall framstå såsom ganska rimligt. Se nedan s. 550 f.

[2] Prosser s. 479.

[3] Restatement of agency innehåller åtskilliga §-er jämte kommentarer och exempel, som här kunde ha intresse. Jag nämner endast följande §-er i Restatement of agency: 244–249, den senare belyst med vissa omedelbart följande §-er, som angå »agents who are not servants».

svar för skada å tredjeman genom actors dolösa handlingar uttala följande, varvid till undvikande av möjligt missförstånd märkes, att jag naturligtvis icke menar i och för sig blott detta, att den handling, som föranlett skadan, varit avsiktlig, utan att själva skadegörelsen varit avsiktlig, d. v. s. uppsåtlig eller dolös.

Det förefaller, som om man för redans skull genast borde urskilja en situationskategori, som bär två kriterier. Det ena är: actor har begått den dolösa handlingen gentemot en tredje person, vilken kommit i kontakt med actor eller med vilken actor kommit i kontakt, för avslutande av affär eller dylikt eller för någon kommunikation med principalen, just i actors egenskap av anställd hos principalen. Det andra kriteriet är: den dolösa handlingen har legat i linje med denna kontakt, d. v. s. för tredjeman såsom en vanlig sund människa framträtt såsom en actors handling i dennes tjänst hos principalen. Denna situationskategori representeras av bl. a. sådana fall som Hern v. Nichols, Barwick's case samt jämväl av Lloyd's case. (Angående den faktiska situationen i detta sistnämnda fall se Bd I, näst sista punkten i noten å s. 488 f.) Från svensk, dansk eller norsk judikatur känner jag inte något sådant fall. Det rör sig emellertid i nu avsedda kategori om fall, i vilka actor lurat tredjeman till förlust, vare sig nu bedrägeriet skett i avsikt att jämväl gagna principalen eller icke. Jag medgiver, att dylika fall av actors dolus intaga en särställning, i jämförelse med andra hans dolösa skadegörelser å tredjeman, därutinnan att principalens ansvar för tredjemans förlust i sådana fall synes med större eller mindre fog kunna diskuteras såsom möjligt. Jag säger avsiktligt »principalens ansvar», icke principalansvar, och det av tre skäl. Principalansvaret omfattar actors handlingar i tjänsten. Det ligger i sakens natur, att man anses kunna *slarva* i sin tjänst eller i denna åsidosätta hänsyn till vad som vore socialt önskvärt. Men det ligger icke i sakens natur, att också nu ifrågavarande dolösa, alltså brottsliga, handlingar anses ha skett i tjänsten. Vid begåendet av en dylik handlar actor alltid, åtminstone i sådana fall som intressera oss (nämligen då icke principalen själv är medbrottslig), *utanför* sin tjänst. Ett annat skäl är, att principalansvaret icke, såvitt jag förstår, kunde verka lika, om jag så får säga, utmanande i visst avseende som principalens ansvar för actors nu berörda dolösa skadegörelser. Jag har ofta påpekat principalansvarets såtillvida dubbelsidiga natur, att tryggheten genom detsamma till favör för den vanliga allmänheten till en del måste vinnas på principalsidans, den företagande allmänhetens, bekostnad. Denna senare allmänhet skulle kunna tänkas komma att få »sitta emellan» på ett mera kvalificerat sätt, om principalen svarade jämväl för actors dolus. Slut-

ligen är att nämna, att den presumtion om principalens egen »culpa», som vi antagit vara en av de reella grunderna för principalansvaret[4], så att säga principiellt måste vara begränsad till situationer, i vilka actor handlat »kulpost».[5]

Min mening är sålunda, att — därest man i hithörande kategori av fall för svensk rätt antager principalens ansvarighet — så rör det sig icke om ett principalansvar i egentlig mening. Genom lag kan säkerligen ett sådant principalens ansvar införas utan några påtagliga olägenheter. Men jag tror också, att det skulle kunna undvaras utan sådana olägenheter. Och bedömer man frågan om sådant ansvars införande mot bakgrunden av svensk rätts hittillsvarande inställning, så synes resultatet bliva negativt: inte ansvar. I de fall, varom nu fråga är, synes visserligen oftast ett kontrakts- eller kontraktsliknande förhållande komma till stånd mellan principalen och den skadelidande. Men vi veta ju, att hyresgäst gentemot hyresvärd svarar blott för sitt husfolks »vårdslöshet eller försummelse». Så var det vid hyreslagens tillkomst.[6] Och så förblev det vid hyreslagens omarbetning 1939.[7]

Å andra sidan ligger det, som förut nämnts, något i Holt's domsuttalanden i Hern's och Wayland's cases, att det vore rimligt, att principalen och icke tredjeman i hithörande fall bleve ekonomiskt lidande på actors bedrägeri.[8] Det är icke uteslutet, att den svenska allmänheten i fall av denna art skulle finna principalen »närmare» att bära förlusten än tredjeman, och att det sålunda vore rättvist, att principalen bleve ansvarig. Detta kunde då tänkas sammanhänga med, att principalen på ett annat sätt än tredjeman haft möjlighet att övertyga sig om actors tillförlitlighet. Denna synpunkt av lämplig »arbetsfördelning» såsom grund för ansvaret (jfr ovan bl. a. s. 243, 250 och 269 ff.) torde dock i princip näppeligen vara motiverad i fall av actors dolus.[9] Redan med hänsyn till den allmänna inställningen här i flera länders praxis[10] och i andra länders

[4] I förbindelse med andra omständigheter, varom se Bd I s. 465 ff. (Jfr också ovan s. 353 f. och s. 461 ff.)

[5] Beträffande detta och näst föregående skäl se Bd I, noten å s. 490.

[6] Uttrycket innefattade icke »uppsåtlig skadegörelse». Se Lagber:s förslag till jordabalk. I. 1905, s. 213.

[7] Se SOU 1938: 22, s. 85. Detta är så mycket mera att lägga märke till, som man i detta betänkande erinrade om, att hyresgästen enligt motiven till motsvarande norska förslag skulle svara även för uppsåtlig skadegörelse av personer, som av hyresgästen »fått adgang til leiligheten». Så vitt jag vet yrkades ingenstädes, att vår omarbetade hyreslag skulle låta hyresgästen (utan egen culpa) svara för genom av honom »inrymda» personers uppsåtliga skadegörelser å lägenheten. Se NJA II, s. 530 ff.

[8] Se Bd I s. 449 och jfr Halsbury's uttalande här ovan s. 551 f.

[9] Torde framgå av Bd I, noten å s. 490.

[10] Icke blott fransk, engelsk och amerikansk utan även schweizisk och tysk (se ovan s. 443 n. 8 och 493 n. 9).

litteratur är det dock kanske för djärvt, d. v. s. sakligt omotiverat, att beträffande sådana actors dolösa handlingar, som jag nu berört, bestrida lämpligheten av principalens ansvarighet. Men jag anser — om denna principalens ansvarighet godtages — att det kunde ifrågasättas, att den hade en särskild (negativ) förutsättning, nämligen den, att icke principalen förebragte omständigheter, som tyda på att han varken genom actors antagande i tjänsten, sin underlåtenhet att avskeda honom etc. handlat kulpost (resp. begått ett handlingssätt, som skulle ha fallit under allmänna ansvarsregeln). Om man i nu berörda fall går på den linjen, att principalen borde bli ansvarig för actors dolus (låt vara med »exkulperings»-möjlighet), så synes detta jämväl böra medföra t. ex., att en *hyresgäst* måste bli ansvarig för dolös skadegörelse å lägenheten genom hembiträde eller annan av honom i lägenheten anställd person. Denne låter t. ex. efter användning av en vattenledning denna stå öppen i uppsåt att anställa skadegörelse å lägenheten. Till ansvar i sådant fall måste då — tycks det mig — slutas, icke per analogiam, utan rentav e fortiori. Likaså synes mig under nu gjorda antagande konsekvensen bjuda, att en entreprenörs ansvarighet vore grundad för sina hantverkares dolösa skadegörelser å lägenhet, där dessa utföra sitt arbete, eller å där befintliga möbler.

För att emellertid återgå till nu berörda kategori av situationer erinras om att den hade två kriterier, *dels* skulle viss affärs- eller därmed liknande kontakt ha förelegat mellan tredjeman och actor, denne senare i hans egenskap av anställd hos principalen, *dels* skulle den dolösa handlingen ha, såsom jag tillåt mig uttrycka det, legat i linje med denna kontakt. Om det senare icke varit fallet synes mig all anledning till principalens ansvarighet saknas. Nu finnas här naturligtvis gränsfall. I och för sig förefaller det icke rimligt, att en principal skulle bli ansvarig för skada, som actor, när han var i färd med att »fit a womans brace», passade på att förorsaka denna kvinna genom »indecent assault». (Jfr ovan s. 547.) Men när man får veta, att actor var anställd hos »a corporation which held itself out to diagnose, treat and furnish appliances for defective feet and limbs», och att han begick angreppet mot henne »during the course of a private examination made after the corporation had agreed to take the plaintiff's case», så kan man kanske resonera så, att tredjeman (här kvinnan) enligt sakens hela natur *för sent* för att kunna försvara sig upptäckte, att actor stod i begrepp att gå utanför tjänsten och våldföra sig mot henne.[1] Det *avgörande* handlandet, det

[1] Jfr ovan s. 547 n. 1.

som sedan ledde till att personen icke kunde freda sig mot att bli ett offer för actors våldföring, kunde då sägas ha framträtt i linje med actors affärskontakt med personen, d. v. s. såsom en actors verksamhet i tjänsten. Ur trygghetssynpunkt synes med andra ord ingen skillnad kunna göras, ifråga om lämpligheten av principalens ansvarighet, mellan nu berörda våldshandling och en dolös handling, å vilken kriteriet vore direkt användbart.

Vad angår ett sådant exempel som det i citatet här ovan å s. 546 om principalens ansvar för bartendern i den förres »saloon», får man alls icke veta, vad det i hithörande rättsfall närmare har rört sig om. Till den kategori med de två kriterierna, som jag nu talat om, skulle väl höra ett sådant fall, som att bartendern i en drink dolöst blandade in en dryck eller ett ämne, som förorsakade kunden plågor eller andra skador. Däremot fölle utanför denna kategori och därmed utanför principalens ansvar en sådan skada, som bartendern förorsakat kunden t. ex. genom att av någon anledning ha förolämpat honom i »salongen» (utan att detta stått i samband med serveringen eller av denna föranledd diskussion) eller där ha misshandlat honom. Dylikt må ha skett bokstavligen »à l'occasion des fonctions» eller uppfattas som en »incident to the employment» — det torde likväl i och för sig icke böra uppfattas som tillräcklig grund för principalens ansvarighet gentemot den skadelidande kunden.[2] Nu sist berörda dolösa handlingssätt synes i schweizisk och tysk rätt vara undantagna från principalens ansvarighet genom kravet på att actors till principalens ansvar föranledande handling fölle inom kretsen av sådana åtgärder, som tillhörde »die Verrichtung» och med dem stode i ett inre (funktionellt) sammanhang.[3]

En sak för sig är, att ett sådant handlingssätt, som nyss berörts, från en bartenders eller annan actors sida kan utgöra ett mer eller mindre starkt indicium på, att principalen handlat på ett socialt icke önskvärt sätt (resp. kulpost) genom att anställa ifrågavarande actor som bartender, underlåta att hålla honom under nödig uppsikt eller att avskeda honom. Med hjälp av dylikt indicium skulle käranden kanske kunna överbevisa principalen om dennes eget ansvarsgrundande handlingssätt.

Min mening är alltså, att actors rent dolösa skadegörelser, riktade mot tredjeman personligen eller mot hans egendom, lämpligen böra falla utanför det egentliga principalansvaret. I en viss situationskategori, be-

[2] Om en nu ifrågavarande skadegörelse enligt citatet från Harper här ovan s. 542 skall betraktas såsom »an incident to the master's work» eller icke kan väl vara tvivelaktigt, eftersom handlingen dock utfördes på platsen för tjänsten och under denna.

[3] Se ovan s. 505–508.

stämd bl. a. av två här förut angivna kriterier, bör väl principalens ansvarighet för actors dolus kunna diskuteras. Men även om man därvid kommer till resultatet ansvarighet, torde denna likväl icke böra antagas på annat sätt än så, att principalen hade möjlighet att »exkulpera» sig, d. v. s. förebringa omständigheter för att han icke handlat på ett kulpost (eller på ett socialt mindre önskvärt) sätt genom att anställa eller underlåta att avskeda actor, ävensom genom underlåtelsen att ha haft honom under nödig tillsyn.

I andra fall av actors dolösa handlingar än de nu antydda tror jag icke, att principalens ansvarighet bör komma ifråga; icke ens om de utförts under utövandet av själva tjänsten, såsom när bartendern misshandlar en kund, en hantlangare dolöst låter en tegelsten falla ner och skada tredjeman eller hans egendom, eller en montör tillgriper pengar eller annat från tredjeman i den våning, där han utövar sina åligganden. Här torde principalen icke böra bli ansvarig, därest han icke överbevisas om att ha handlat kulpost (resp. eftersatt socialt önskvärd aktsamhet) ifråga om actors anställning, kvarstående i tjänsten, övervakande o. s. v. Annorlunda skulle saken visserligen ligga till i vissa kontraktsförhållanden. Men i dessa mina »Grundlinjer i skadeståndsrätten» har min plan varit att lämna kontraktsförhållanden utanför framställningen, låt vara att jag då och då föranletts beröra dem.[4] Såsom jag redan påpekat, torde det i allmänhet i den situationskategori, som jag berörde här ovan s. 548 ff., röra sig om kontrakts- eller kontraktliknande förhållanden. Och detta var då här ett uttryck för, att tredjeman kommit i kontakt med actor i medvetandet om, att denne var verksam såsom actor för en viss principal. En sådan situation kunde inte undgå att i detta sammanhang beröras.

För fullständighetens skull vill jag dock nu till sist påpeka två saker. Det kan i kontraktsförhållanden ligga till på ett särskilt sätt, som gör, att intet tvivel borde kunna uppstå om lämpligheten av att låta principalen gentemot sin medkontrahent svara jämväl för actors dolus, nämligen om denne är att vid kontraktet betrakta såsom vad på tyska kallas »Erfüllungsgehilfe». Åsidosätter nu en sådan person kontraktets fullgörande genom dolös handling bör principalen förvisso bli ansvarig, ett ansvar säkerligen icke mindre väl grundat, än om actor handlat blott kulpost.

Men även om actor icke är »Erfüllungsgehilfe» och hans tjänst alltså icke har något att direkt skaffa med fullgörandet av principalens kon-

[4] Jfr Culpa-Regeln s. 24, sista stycket, och se t. ex. i Bd II: 1 flera ställen i behandlingen av den svenska judikaturen avseende principalansvaret, bl. a. även s. 460–472.

trakt med tredjeman, kan situationen vara den, att actors dolösa handlingssätt lämpligen medför principalansvar. Hembiträden eller andra, anställda hos en depositar (dock utan att ha hand om vårdnaden av deponerade ting), stjäla t. ex. föremålen eller slå sönder dem (i vredesmod, av hämndkänsla eller dylikt). I sådana händelser finns nog ingen anledning att skilja på ansvarsfrågan, allteftersom actor handlat dolöst eller blott kulpost. Principalens ansvar bör inträda lika fullt. På samma sätt torde ansvarsfrågan böra ses exempelvis för en transportfirma. Om kontraktets behöriga fullgörande dolöst hindras av i firman anställd person, bör principalen förvisso bli ansvarig, ehuru actor icke skolat ha något med fullgörandet av transportkontraktet att skaffa. Det sagda torde stå i överensstämmelse med en lämplig — d. v. s. med en med allmänna omsättningssynpunkter förenlig — tolkning av hithörande kontrakt.

Antag slutligen, att actor *fullgjort* en prestation som »Erfüllungsgehilfe» och omedelbart *därefter* förorättar tredjeman (borgenären): En kusk eller chaufför, anställd hos en åkerifirma, har omedelbart efter fullgjord körning (och sålunda utan att längre vara »Erfüllungsgehilfe») anfallit och misshandlat eller rånat passageraren. Det kan nu säkerligen icke vara lämpligt, att principalen mot sin (civila) ansvarighet skulle få framställa invändningen, att actor handlat, icke blott kulpost, utan rentav dolöst. I fall av nu sist berörda art utanför situationen »Erfüllungsgehilfe» torde regelrätt principalansvar böra etableras och sålunda principalen icke ha möjlighet att fria sig genom att visa, att han icke åsidosatt vanlig (eller icke ens socialt önskvärd) aktsamhet med hänsyn till anställningen av actor, resp. dennes kvarstående i tjänsten eller dylikt. Detta förefaller mig vara motiverat med hänsyn till vikten av vårdandet eller stärkandet av den trygghetskänsla, som leder till uppkomsten av en omsättningsbefrämjande tillit till en företagsverksamhet, under beaktande av att en sådan tillit icke kan uppstå annorlunda än därigenom, att undersökning rörande actors tillitsfullhet måste vara en verksamhet å principalsidan och icke en uppgift för tredjeman-allmänheten.

Sådana fall, som i sista stycket berörts, kunde kanske synas böra komma i samma klass som de å s. 548 ff. berörda och följaktligen blott leda till principalens ansvar med exkulperingsmöjlighet för honom. Men vid närmare eftertanke tror jag det vara motiverat att låta ansvaret i dylika fall vara lika oeftergivligt, som om actor genom den dolösa handlingen kommit principalen att brista åt fullgörandet av kontraktet, d. v. s. som om han utfört handlingen medan han alltjämt var »Erfüllungsgehilfe».

TILLÄGG.

I pressläggningsögonblicket erhåller jag ett särtryck innehållande två artiklar i Nationaltidende 3.—4. oktober 1953, betitlade Retsfilosofi och författade av professor Fr. Vinding Kruse. Båda artiklarna äro skrivna med denne auktors vanliga fängslande framställningskonst. Den förra av dem rör Vinding Kruses åskådning i fråga om moral och rättslära. Det är icke denna artikel, som föranleder detta tillägg. Jag har redan en gång (Bd I, noten å s. 122—125) tagit ställning till Vinding Kruses åsikt på detta område. I den andra artikeln har förf. tagit upp ett mig hitintills obekant arbete av Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, 1953. Vinding Kruse erinrar om, hur Ross i sina skrifter har »svinget» från den ena ståndpunkten till den andra. Vinding Kruse påvisar vidare oklarheter i Ross' nu föreliggande arbete och det förvirrande intryck, detta gör på läsaren. Till sist tar Vinding Kruse upp till behandling Ross' hänsynslösa översitteri gentemot andra författare, både döda och levande. Vinding Kruse säger rent ut, att Ross' obehärskade, stundom ärekränkande, utfall mot oliktänkande »er idethele en polemisk form, der ikke er en videnskabsmand værdig», vartill fogas att Ross' »udviklinger er skrevet i et ualmindelig søgt, affektert sprog med ett mægtigt opbud af ganske overflødige fremmedord og kunstudtryk». Ehuru av de av Vinding Kruse framdragna exemplen att döma jag själv kommit ganska lindrigt undan, framgick dock av hans artikel, att Ross å s. 382 i sin nya bok karakteriserat min uppfattning om samhällsnyttans betydelse i juridiken såsom »falsum». Detta föranledde mig att skaffa mig Ross' opus till påseende. Och jag är Vinding Kruse mycket tacksam för detta.

På den angivna sidan i Ross' nya bok återfinner jag nu under rubriken »Samfundsnyttekimæren» nästan ordagrant samma ord, som jag i polemik mot Ross år 1932 hade visat vara helt och hållet ogrundade. *Om detta sista gör Ross dock icke någon som helst antydan.* Jag hade i Obligationsbegreppet II: 1 s. 259—273, efter vad jag vågar tro, till

full evidens visat, att min samhällsnytteteori — som jag senare plägar karakterisera som blott en *metod* (se t. ex. Bd I s. 549 och jfr SvJT 1933 s. 126) — icke hade något som helst med utilitarismen eller dennas grundåskådning att skaffa. Därvid hade jag till belysande av »samhällsnyttans» innebörd sagt, a. a. s. 271, att jag därmed menade »endast och allenast befrämjandet på bästa möjliga sätt av *det, som* — enligt vad alla över en viss lägre bildningsgrad stående kunna förstå — *människor i allmänhet faktiskt sträva efter att uppnå*». Bland exemplen på vad man sålunda strävade efter nämnde jag också »på bästa och bekvämaste sätt inredda bostäder». Nu är emellertid att märka att jag dessförinnan, s. 250 ff., haft ett kapitel »Om den värdering som bestämmer samhällsnyttan såsom princip i juridiken». Detta inledde jag i följande ordalag:

»Frågar man vems eller vilkas åsikt angående samhällsnyttan i nu angivna mening, som här får betydelse, så blir svaret, att det givetvis närmast är fråga om en värdering hos den på mera omedelbart sätt ansvarige lagstiftaren, d. v. s. lagkommitté, lagråd, regering och riksdag (särskilt dess utskott eller i en lagfråga särskilt aktiva ledamöter). [Not: 'Ansvarig' står här blott som ett ord för, att ett särskilt tryck vilar på den värderande, vare sig därigenom att han på grund av sin ställning känner ett särskilt ansvar, eller därigenom att oberoende härav hans politiska eller sociala anseende kommer i beroende av den omsorg, varmed han företager värderingen ifråga.] Denna värdering sammanfaller på stora områden utan vidare med den i samhället rådande värderingen. Den av resp. lagfråga berörda allmänheten finner lika väl som lagstiftaren själv, t. ex. att förbättrade vägar gagna den allmänna omsättningen, att det är angeläget att hämma bilterrorn, att jordbruksdriften bl. a. är beroende av lämplig skiftesrätt, att uppehållandet av möjligast praktiska avtalsrätt är önskvärd ur handelns synpunkt, att vissa handlingssätt måste motverkas genom straff eller andra rättsreaktioner, om de icke skola till samhällets skada i för stor frekvens företagas, o. s. v. Där värderingarna icke på detta sätt *utan vidare* sammanfalla, råder merendels det förhållandet, att lagstiftarens (resp. jurisprudensens) uppfattning angående vad som gagnar samhället *influeras* av den i samhället rådande värderingen i ämnet. Detta är ju blott en följd därav, att lagstiftaren icke kan undgå att vara medveten om, att lagarne stiftas icke för lagstiftarens utan för landets, d. v. s. folkets skull. Han kan i sitt lagstiftningsarbete korrigera den allmänna värderingen, såvitt han finner denna grundad på falska föreställningar om förhållandena, varom nedan s. 254 f. Men han måste alltid åtminstone ha på känn, att det vore meningslöst att lägga en korrigering av denna värdering såsom sådan, d. v. s. av själva värdeomdömena, till grund för lagstiftningen.»[5]

Kanske bör jag också nämna, att jag omedelbart efter min exemplifiering av »människornas i allmänhet faktiska strävanden» — såsom

[5] Obligationsbegreppet II: 1, s. 250 f.

komplettering till mitt avståndstagande från utilitarismen — uttalade följande:

»Jag tager icke någon som helst ståndpunkt till en fråga, vad människorna *böra* sträva efter, icke ens till den frågan, *om* de överhuvud *böra* uppställa något mål för sina strävanden. Varje slags värdering i sådant avseende är absolut skild från mina teorier. Jag söker icke bestämma något som helst därutinnan, huruvida det är av värde för människorna, att de söka tillvarataga sina livsmöjligheter och till äventyrs utveckla dem, eller huruvida det vore bättre för dem att i stället 'sätta torpedo under arken'. I sådant avseende *endast konstaterar jag, vad som kan iakttagas av vem som helst,* nämligen *att* det överväldigande flertalet människor (i Sverige liksom i alla andra i kulturellt avseende därmed jämförliga länder) *faktiskt har önskan att leva och att efter bästa förstånd utveckla sina livsmöjligheter.* Med utgångspunkt i detta *ofrånkomliga förhållande* har jag, på sätt det föregående giver vid handen, sökt visa, att det — såvitt de, vilka direkt eller indirekt öva inflytande på samhällsförvaltningen, äro frigjorda från föreställningar om rättsideella intressen — icke finns något annat att låta sig bestämmas av vid rättsorganisationens utbildning än hänsyn till vad som erfordras, för att människornas nyss antydda faktiska strävanden må i görligaste mån kunna realiseras. Så länge människorna faktiskt allmänneligen ha dessa strävanden, så länge de icke behärskas av t. ex. den indiska kontemplationsprincipen (försjunkandet i Nirvana, det absoluta ingenting, såsom det yttersta målet) [Not: Därmed är givetvis icke påstått, att det indiska folket *behärskas* av denna princip.] eller möjligen, bragta till förtvivlans brant, av lust till positiv samhällsförstörande verksamhet — så länge kan icke något annat än just nyssnämnda strävanden utletas, som har förmåga att väcka och underhålla ett intresse, så starkt och så allmänt, att det i längden kan bliva bestämmande för lagstiftningen och rättstolkningen. Att med dessa strävanden oupplösligt förenar sig intresset för lagstiftning och rättskipning är självfallet. Utan dessa båda vore ingen ordning tänkbar utan blott kaos, vilket i sin tur skulle omöjliggöra människornas ifrågavarande strävanden. Rättsmedvetandet åter med sina föreställningar är såsom sådant utan all styrsel. Det skulle icke kunna ha fått sin stora betydelse för samhället, om det icke anpassat sig, såsom skett, efter människornas strävanden att leva och förbättra sina levnadsvillkor.

Därmed framgår då också fullt empiriskt, att det är det med dessa strävanden förknippade intresset, som direkt eller indirekt *måste* vara i det väsentliga bestämmande för rättsorganisationens utbildning. Och det säger sig självt, att, i den mån de chimäriska rättsföreställningarna komma att övergivas, detta intresse ensamt kommer att bliva vägledande. Det är allt detta, som i kort sammanfattning avses, när jag hävdar samhällsnyttan såsom princip för lagstiftning och rättstolkning. [Not: Det är också ur nu pointerade synpunkter, som man har att bedöma sådana mina uttryck i föregående arbeten som samhällsnyttans eller samhällets 'krav' (social demands, the demands of the community) o. dyl. Jag medgiver villigt, att dylika ord såsom sådana kunna tyda på en metafysisk åskådning. Men ser man dem i hela det sammanhang, vari mina resonnemang förts, måste det vara uteslutet att tillägga dem denna innebörd. Till undvikande av allt missförstånd har jag emellertid i denna framställning bemödat mig om att utmönstra dessa och andra därmed jämförliga, möjligen vilseledande uttryckssätt.] Den som förkastar

samhällsnyttan såsom sådan princip i enlighet med vad som nu och under föregående rubriker utvecklats, han begiver sig därmed utanför den allmänna västerländska kulturens strävanden och förlorar kontakt med verkligheten.»[6]

Utan att taga ringaste notis om sådana, mina verkliga, resonemang riktade emellertid Ross för mer än 20 år sedan en kritik mot min ifrågavarande åskådning.[7] Bl. a. skrev han därvid (SvJT 1932, s. 347), vad han *nu i sin nya bok* så gott som *ordagrant* återgiver sålunda:

»'Vi alle', 'man', 'mennesker i almindelighed' siger fx *Lundstedt*, ønsker gode boliger at bo i, og mener da i den bedst mulige tilfredsstillelse af dette behov at have fundet en praktisk rettesnor for boliglovgivningen. I de anførte generelle subjektbetegnelser ligger falsummet. 'Man' bor overhovedet ikke i boliger, men vel A, B og C. 'Man' stræber ikke efter gode boliger, men A stræber efter et godt hus for A, B efter et godt hus for B o. s. v. Om nu forholdene ikke tillader at alles ønsker opfyldes, er disse interesser disharmoniske, konkurrerende. 'Samfundsinteressen', 'samfundsnytten' er det falsum der dækker over denne disharmoni og fingerer en enkelt harmonisk interesse og tilsvarande nytte.»[8]

Härtill genmälte jag i en svarsartikel år 1932 följande:

»Naturligtvis har jag icke på *varje rad* i mina skrifter kunnat pressa in *hela* min åskådning. Tvärtom nödgas man, därest man vill lära känna denna, lägga satser till satser, punkter till punkter, stycken till stycken o. s. v. Till ledning för läsaren finnas större och mindre rubriker. Under rubriken 'Om den värdering som bestämmer samhällsnyttan såsom princip i juridiken' har jag erinrat om, att samhällsnyttan såsom omedelbart ledande synpunkt i lagstiftningen framträder genom *lagstiftarens* värdering av förhållandena (i lagtolkningen genom domares och den övriga jurisprudensens). Om det nu är ofrånkomligt, att praktiskt taget alla vuxna i samhället äro angelägna *var och en för sig* om bästa möjliga bostäder, kan då icke lagstiftaren konstatera detta förhållande, d. v. s. att 'människorna i allmänhet' ha detta intresse? Det är emellertid icke nog med detta Ross' förbiseende på denna punkt. Ty först och främst är det uppenbart, att den enskilde i allmänhet verkligen har ett åtminstone latent intresse av att *även* åtminstone *så* många andra få tillfredsställande tak över huvudet, att icke genom brist i detta avseende hans egen bostad kommer att stormas av de husvilla eller i allt fall ordningen i samhället, av vilken han merendels är personligt intresserad, äventyras. Men vidare måste också ihågkommas, vad samhällsgemenskapen (med allt vad detta ord innefattar av sinnenas påverkan) faktiskt betytt för människornas 'humanisering' dels i djupare mening, dels ock ytligt på det sätt, att människorna, huru de än känna det i sitt inre, icke kunna undgå att åtminstone i det *sociala* framträdandet ansluta sig till människovänliga linjer.»[9]

---

[6] Mitt a. a. s. 271–273. En stor del av nu citerade ord återgav jag gentemot Ross ett par år senare i en svarsartikel i SvJT 1932, s. 546.

[7] I en artikel i SvJT 1932 s. 324–349. Det är senare delen av artikeln, s. 336–349, som är riktad mot mig.

[8] Ross, Ret og Retfærdighed, s. 382.

[9] SvJT 1932 s. 547.

Ytterligare bör observeras det åtminstone jämväl mot mig riktade uttalandet i Ross' nya bok: »Når alt kommer til alt er utilitarismen og samfundsnytteprincippet ligesom naturretsfilosofien, et udslag av samvittighedens (sic!) behov for et absolut (sic!) handleprincip der kan aflaste mennesket for beslutningens kval. Det kan i denna variant av moralmetafysikken (sic!) udsondres to bestanddele etc.» (a. a. s. 382). Må läsaren nu gentemot dessa uttalanden i Ross' bok beakta — utom nyss gjorda citat från min artikel i SvJT 1932 — de båda citaten förut här ovan från Obligationsbegreppet II: 1, av Ross kända före hans första angrepp, vidare vad jag anfört gentemot detta angrepp i *hela* min artikel i SvJT 1932 på 16 tättryckta sidor, vidare vad jag på ett nytt angrepp från hans sida anfört i SvJT 1933 s. 121—130[1] samt slutligen Bd I s. 549 ff.[2] Läsaren uppmanas göra detta för att kunna uppskatta Ross handlingssätt att *i sin nya bok icke med ett ord låtsas om, att hans där gjorda uttalanden för länge sedan bemötts av mig.*[3] Att Ross skulle ha gjort det medgivandet, att han blivit vederlagd, eller att han åtminstone skulle ha upphört med sina antydningar om min åskådning såsom träffad av »de invendninger der er fremført mod maximeringsprincippet» (nya boken s. 381), eller med sina fraser om »samfundsnytteprincippet» (tydligen i min mening) såsom i metafysisk klass med utilitarismen och naturrättsfilosofien (a. a. s. 382), såsom »rettesnor for lovgiveren» (s. 381) och såsom i avsaknad av förmågan att »komme uden om behovenes kvalitative inkommensurabilitet» (s. 382) — dylikt vore otänkbart från Ross' sida. Hittills hade jag dock icke tilltrott honom något sådant som att *offentligen upprepa en kritik under fördöljande av att kritiken blivit utförligt bemött, och under fördöljande av att den åskådning, han kriti-*

---

[1] Där jag bl. a. å s. 126 ff. dels förklarar, i vilken betydelse jag betecknat samhällsnyttan som »princip», och dels påpekar, att det i mina framställningar är fråga om *sociala* värderingar, som man företar *i medvetandet om sin samhörighet* med andra individer, varvid jag dock erinrade om att skilda sociala värdeskalor uppstodo, och att värderingarna kunde utfalla olika, alltefter olikhet i social miljö, politisk (etisk eller religiös) åskådning, olika sociala kunskaper o. s. v. I sammanhanget utvecklade jag, hurusom en utjämning åstadkoms, en *plattform på vilken de olika gruppernas sociala strävanden möttes.* Jfr härtill Bd I s. 571 ff.

[2] Särskilt de 4 första sidorna och s. 558–581. Ross måste förutsättas ha läst den ifrågavarande framställningen. Han har nämnt arbetet i sin nya bok. F. ö. återfinnes det väsentliga av innehållet i Bd I s. 558–581 i mina nyss här ovan nämnda artiklar i SvJT 1932 och 1933.

[3] En sak är emellertid att uppskatta, värdera, Ross' handlingssätt emot mig. En annan sak är att finna en *förklaring* till detsamma. Denna torde den, som känner vissa Ross' personliga egenskaper, erhålla, om han i Bd I läser n. 6 å s. 577 f. Jag tvekade på sin tid att i arbetet införa denna not. Jag är nu nöjd med, att min instinkt kom mig att övervinna denna tvekan.

serade, varit grundad på utförliga utredningar inriktade bl. a. på förebyggande av en sådan kritik, som den Ross försökt sig på.

I sitt berörda arbete har Ross — nu på ett anständigt sätt — också kritiserat min inställning till rättighetsbegreppet. Hade tid och utrymme medgivit det, skulle jag ha tagit upp denna kritik, särskilt vad Ross, s. 272 f., kallar »en forvexling af retsdogmatiske og retssociologiske synspunkter». Jag får nu nöja mig med påpekandet, att jag på otaliga ställen i mitt författarskap såsom något självfallet påpekat, att man även inom rättsvetenskapen kan begagna sig av sådana *termer* som rättigheter, skyldigheter, rättsregler o. s. v., men blott och bart såsom termer för att slippa utföra en mer eller mindre tyngande beskrivning på de realiteter och deras kausalsammanhang, varpå den rättsideologi byggts upp, som termerna ifråga äro hämtade ifrån. Men jag har alltid varit angelägen framhäva, att användningen av dessa rättsideologiens termer i rättsvetenskapliga utredningar naturligtvis icke kan ske i *kritiska* sammanhang, där det *just hänger på* kunskapen om de verkliga sammanhangen.[4] Att man i en process — den diskussionsmiljö som Ross anför som exempel — mycket ofta kan nöja sig med de rättsideologiska termerna säger naturligtvis ingenting. Mina resonemang ha städse avsett och vädjat till *rättsvetenskapen* i mera egentlig mening. Att emellertid ett hänsynstagande till de av rättsideologien beslöjade realiteterna och därmed övergivandet av rättvisemetoden kan få betydelse jämväl för utgången av en process är uppenbart, liksom också att lagstiftningen på stora områden måste kunna influeras därigenom, att rättvisemetoden ersättes av vad jag kallar samhällsnyttans metod.[5]

---

[4] Jfr t. ex. Obligationsbegreppet II: 1, s. 93, och Misstaget, s. 29–31.

[5] Ross' inställning till min rättskritik har berörts förut här ovan s. 172–177.

Litteraturförkortningar.

Ahlander: Är juridiken en vetenskap? 1950.

Alexanderson I: Ett par skadeståndsproblem i svensk rättskipning. I Nordiska Juriststämman i Stockholm och Uppsala 1926.

Alexanderson II: Strödda anteckningar om skadeståndsansvar (med utgångspunkt i svensk rättspraxis). I Tidskrift, utg. av Juridiska Föreningen i Finland, 1944.

Andenæs, Skadeårsaker: Konkurrerende skadeårsaker. I T. f. R. 1941 s. 241–298.

Andenæs, Unnlatelse: Straffbar Unnlatelse. Ett bidrag til strafferetsdogmatiken. 1942.

Kristen Andersen, Angrep etc.: Angrep og synspunkter i erstatningsretten. I T. f. R. 1941 s. 299–333.

Kristen Andersen, Unnlatelse etc.: Unnlatelse, Årsakssammenhang og rettsstrid i erstatningsretten. Noen reflexsjoner ex auditorio ved Johs. Andenæs's doktordisputas. I T. f. R. 1943, s. 309–329.

Kristen Andersen, Lidt om risiko etc.: Lidt om risiko- og forsikringssynspunktet i norsk erstatningsret. I U. f. R. 1945. Avd. B, s. 233–242.

Kristen Andersen, Bølger: Små og store bølger i erstatningsretten. I T. f. R. 1948, s. 99–117.

Anson–Brierly: Principles of the English Law of contract and of agency etc. 19. ed. by J. L. Brierly. 1945.

Aspelin: Historiens problem. Utvecklingsfilosofiska studier. Av Gunnar Aspelin. 1926.

Bache, Bemærkninger: Nogle erstatningsretlige Bemærkninger. I T. f. R. 1928, s. 291–308.

Bache, Erstatningsregel: Den almindelige Erstatningsregel. I U. f. R. 1934. Avd. B, s. 108–111.

Bang (Niels): Aarsaksforestillingen. Analyse og Kritik. 1925.

v. Bar: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871.

Batt–Vaines: The law of master and servant. 4. ed. by J. Crossley Vaines. 1950.

Baudry–Lacantinerie, Précis II: Précis de droit civil. 13. éd. par Paul Guyot. II. 1925.

Baur: Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechtes. Diss. 1935. Ingår som Bd 32 i Neue Deutsche Forschungen, hrsg. von Hans Günther und Erich Rothacker.

Becker I: Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht. I. Abteilung. Allgemeine Bestimmungen. 1917.

Becker II: Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht. II. Abteilung. Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1934.

Bet. 1885: Förslag till lag angående jernvägs innehafvares och egares ansvarighet för skada i följd av jernvägens drift. 1885.
Bieder: Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem schweizerischen Obligationenrechte. I Zeitschrift für Schweizerisches Recht. N. F. Bd V (1886), s. 327–374.
Binding, Normen I: Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd I, 1872. — Die Normen ... Bd I. 2. Aufl. 1890.
Birkmeyer, Rectoratsrede: Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Rectoratsrede gehalten etc. 1885.
Bjerre: Om rättstridighetsrekvisitet vid förtalsförbrytelserna. Ak. avh. 1910.
Björling 8. uppl.: Lärobok i civilrätt för nybörjare av C. G. Björling. 8. uppl. ombesörjd av Ragnar Bergendal och Johan Björling. 1939.
Björling–Malmström: Civilrätt. Lärobok för nybörjare. 12 uppl. 1950.
Blackburn–George: The elements of the law of torts. 2nd ed. 1949.
Bowstead–Forbes: A digest of the law of agency. 10. ed. by Arthur H. Forbes. 1944.
Brinz, Pandekten II: Lehrbuch der Pandekten. II: 2. Zweite, veränderte Aufl. 1882.
Burckhardt: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht. I Zeitschrift für Schweizerisches Recht. N. F. Bd 22 (1903), s. 469–586.
v. Buri, Teilnahme: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
v. Buri, Abhandlungen etc.: Abhandlungen aus dem Strafrecht. (1. Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre etc. 2. Das Complott ist keine bes. Schuldform). 1862.
v. Buri, Zur Lehre von der Tödtung: I Goltdammers Archiv für preussisches Strafrecht. Bd 11 och 12 (1863 och 1864), resp. s. 735–765 och s. 2–10.
v. Buri, Ueber Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung: I Goltdammers Archiv für preussisches Strafrecht. Bd 14 (1866), s. 608–616 och s. 717–728.
v. Buri, Ueber Teilnahme: Ueber Teilnahme am Verbrechen etc. I Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozess. Bd 22. 1870, s. 1–53. (Tre andra avsnitt ib. ha för min framställning intet intresse.)
v. Buri, Causalität: Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873.
Byrne: A dictionary of English law. 1923.
Campbell, Ruling cases, XVII: Ruling cases, Arranged, annoted and edited. With American notes. Vol. XVII, 1899.
Charlesworth: The law of negligence, 2nd ed. 1947.
Cheshire–Fifoot: The law of contract by G. C. Cheshire and C. H. S. Fifoot. 1946.
Chitty: Chitty's Treatise on the law of contracts. 17nth ed. by Wyatt–Paine. 1921.
Clerk & Lindsell: On the law of torts. 9. ed. 1937.
Coing: Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1950.
Cooley–Haggard I: A treatise on the law of torts or the wrongs which arise independently of contract. By Thomas M. Cooley. 4. ed. Vol. I by D. Avery Haggard. 1932.
Cooley–Haggard III: A treatise ... 4. ed. Vol. III by D. Avery Haggard. 1932.

Demogue IV: Traité des obligations en general. I. Sources des obligations. IV. 1924.
Demogue V: Traité . . . V. 1925.
Dohna: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.
Eek: Om tryckfriheten. 1942.
Egger I: Kommentar zum Schweiz. ZGB, hrsg. von Egger etc. I. Bd: Einleitung und Personenrecht. 1930.
Ehrlich, Grundlegung: Grundlegung der Soziologie des Rechts 1929 (Neudruck der ersten Auflage 1913).
Ek, Utomobligatoriskt (eller Bidrag): Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet. Enligt Finlands gällande civilrätt. 1943.
Ekelöf, Teknik eller vetenskap?: Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951.
Entwurf I: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe. 1888.
Esser, Grundfragen: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. I Arch. f. civ. Praxis. N. F. Bd 28 (1943), s. 121–146.
Esser, Lehrbuch: Lehrbuch des Schuldrechts. 1949.
Frey: Die zivilrechtliche Haftung des Leiters einer privaten Lehr- oder Heilanstalt für ausserkontraktliches widerrechtliches Handeln der seiner Aufsicht unterstellten Personen. Diss. Zürich. 1911.
Fuchs, Recht und Wahrheit: Ernst Fuchs, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz. 1908.
Fuchs, Kulturkampf: Ernst Fuchs, Juristischer Kulturkampf. 1912.
Germann, Imperative etc.: Imperative und autonome Rechtsauffassung. I Z. f. Schw. Recht. N. F. Bd 46 (1927), s. 183–231.
Germann, Grundlagen: Grundlagen der Rechtswissenschaft. Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe. 1950.
Getz: Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser. En strafferetlig Undersøgelse. 1875.
Goodhart: Hospitals and trained nurses. I The law quarterly review. Vol. 54 (1938), s. 553–575.
Goos, Inledning: Inledning til den danske Strafferet. 1875.
Goos, Forbrydelsen: Den danske Strafferets almindelige Del. Förste Afsnitt: Om Forbrydelsen. 1878.
Goos, Forelæsninger: Forelæsninger over den almindelige Retslære. Første Del. 1889.
Grundfragen: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts. Arbeitsbericht der Akademie für Deutsches Recht, Nr 14. Vorgelegt von H. C. Nipperday. 1940.
Guhl: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss . . . von Theo Guhl. 3 Aufl. 1944.
Gysler: Haftung für fremde culpa nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich. 1892.
Hagerup Bull, Årsakslæren I: Til Årsakslæren. I T. f. R. 1932, s. 1–44.

Hagerup Bull, Årsakslæren II: Endnu nogen Bemerkninger til Aarsakslæren. I T. f. R. 1936, s. 332–347.
Hagströmer, Svensk straffrätt: Svensk straffrätt. Föreläsningar. 1901–1905.
Hallager–Aubert: Den Norske Obligationsrets almindelige Del. Af Fr. Hallager. Ved L. M. B. Aubert. 2. Opl. 1896.
Halsbury: Halsbury's Laws of England. 2. ed. (I 37 band.) 1931–1942.
Harbek: Dommeren i Erstatningssaker. I Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner Nr 24. 1947.
Harper: A treatise on the law of torts. A preliminary treatise on civil liability for harms to legally protected interests. 1938 (Third printing).
Heck, Grundriss: Grundriss des Schuldrechts. 1929.
Heck, Begriffsbildung: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz 1932.
Heck, Interessenjurisprudenz: I Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Nr 97 (1933).
Heck, Rechtserneuerung: Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre. I Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Nr 118 (1936).
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1927.
Hoel, Retsmetode: Den moderne Retsmetode. 1925.
Hoel, Risiko: Risiko og Ansvar. Udwiklingslinjer i Forsikrings- og Erstatningsret. 1929.
Hult, Till frågan: Till frågan om konkurrerande skadeorsaker. I Festskrift tillägnad Thore Engströmer. 1943, s. 65–92.
Hult, Condictio: Condictio indebiti. I Uppsala Universitets Årsskrift 1947: 6, s. 230–270.
Hägerström, Vilja?: Är gällande rätt uttryck av vilja? I Festskrift tillägnad Vitalis Norström. 1916.
Hägerström, Röm. Obligationsbegriff: Der römische Obligationsbegriff. Im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. I. 1927.
Hägerström, Litteris: H:s anmälan av Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925, i Litteris (An international critical review of the humanities) vol. V (1928), s. 20–40 och s. 81–99.
Hägerström, Moralpsykologi: Moralpsykologi, utg. av Martin Fries, enligt Axel Hägerströms efterlämnade föreläsningsmanuskript, 1952.
Jaehner: Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen. Eine Untersuchung über die erfahrungsmässigen Grundlagen der Rechtsvorstellung, zugleich ein Beitrag zur Begründung einer wissenschaftlichen Rechtslehre. 1933.
Jhering, Schuldmoment: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift von Rudolph Jhering. 1867.
Jung, Problem: Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
Jung, Subjektives: Subjektives und objektives Recht. Die neue Rechtsquellenlehre. 1939.
Kantorowicz: Tat und Schuld. 1933.
Karlgren: Skadeståndsrätt. 1952.
Kelsen, Allgemeine Staatslehre: Allgemeine Staatslehre. Von Hans Kelsen. 1925.
Kelsen 1933: Den rena rättsläran. Dess metod och grundbegrepp. I Statsv. Tidskr. 1933, s. 193–244.

Kelsen 1934: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. 1934.

Kelsen, General theory: General theory of law and state. 1945.

Kenny, Cases: Selection of cases illustrative of the English law of tort. 3. ed. 1920.

Klang 4: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Hrsg. von Dr Heinrich Klang. 4. Bd. 1935.

Knapp: System der Rechtsphilosophie von Ludwig Knapp. 1857.

Knoph: Hensiktens Betydning for grænsen mellem Rett og Urett. 1921.

Kornfeld: Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz. Von Ignatz Kornfeld. 1920.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1934.

Lassen, Haandbog: Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3. Udg. 1917–1920.

Lehman: Anm. av Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. I Arch. f. civ. Praxis. N. F. Bd 18. 1934.

Liszt–Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt. I. Einleitung und allgemeiner Teil. 26. völlig neubearbeitete Auflage von Eberhard Schmidt. 1932.

Loening: Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht. Eine Festschrift. 1879.

Lundstedt: se nedan s. 567 f.

Malmström, Några anteckningar: Några anteckningar om begreppen fastighet och fast egendom. Uppsala Universitets Årsskrift 1947: 6, s. 344–366.

Malmström, Till frågan: Till frågan om lagtolkningsmetoderna. I SvJT 1952, s. 657–674.

Mataja: Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. 1888.

Mazeaud I: Henri et Léon Mazeaud. Traité theorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle. I. 4 éd. 1948.

Merkel (Adolf): Juristische Enzyklopädie. Von Dr. Adolf Merkel. 5. Aufl. hrsg. von Dr. Rudolf Merkel. 1913.

Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1933.

Mill (John Stuart): A system of logic rationative and inductive. Being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. I. 10. ed. 1879.

Morgenstierne: Om erstatningsansvar for andres Handlinger, særlig om Statsansvar for Embedshandlinger. I Rt. 1887 s. 1–240.

Motive II: Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd II. Recht der Schuldverhältnisse. Amtl. Ausg. 1888.

Müller–Erzbach, Gefährdungshaftung I: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. I Arch. f. civ. Praxis. Bd 106 (1910), s. 309–476.

Müller–Erzbach, Gefährdungshaftung II: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. II. Teil. Die tatsächliche Rechtsentwicklung. I Arch. f. civ. Praxis. Bd 109 (1912), s. 1–143.

Note, C. L. R. 29: The extent to which foreseeability as to the person injured is required in imposing liability for negligence. Redaktionell »note» i Columbia Law Review. Vol. 29, 1929, s. 53–61.

Note, H. L. R. 45: The Growth of vicarious liability for wilful torts beyond the scope of the employment. Redaktionell »note» i Harward Law Review. Vol. 45, 1931–1932, s. 342–349.
Odgers: Introduction to the law of contracts. 1948.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl. 1910.
Oftinger I: Schweizerisches Haftpflichtrecht. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 1940.
Oftinger II: Schweizerisches Haftpflichtrecht. 2. Bd. Besonderer Teil, 1942.
Olivecrona, Juridisk person: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt. Ak. avh. 1928.
Olivecrona: Om lagen och staten. 1940.
Olivecrona, Lagens imperativ: Lagens imperativ. Bilaga: Vidräkning med docenten I. Hedenius. 1942.
Olivecrona, Viljan bakom rätten: I Statsv. Tidskrift. 1947.
Olivecrona, Licentiaten: Licentiaten och fiskalen. 1950.
Oser: Das Obligationenrecht. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911. Art. 1–529. Kommentiert von H. Oser. 1915.
Oser–Schönenberger I: Das ... 1911. 1. Halbband: Art. 1–183. Kommentiert von Hugo Oser unter Mitwirkung von Wilhelm Schönenberger. 2. Aufl. 1929.
Oser–Schönenberger II: Das ... 1911. 2. Teil (Halbband): Art. 184–418. Kommentiert ... 2. Aufl. 1936.
Planck II: 1: Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher hrsg. von E. Strohal. Bearbeitet von E. Brodmann u. A. II. Bd. 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil) §§ 241–432. 4. Aufl. 1914.
Planck II: 2: Planck's Kommentar ... II. Bd. 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Bes. Teil). 4. Aufl. 1928.
Platou: Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del. 1914.
Pollock–Landon: Pollock's Law of Torts. A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law. 14. ed. by P. A. Landon. 1939.
Pollock–Winfield: Pollock's Principles of contract. 12. ed. by P. H. Winfield. 1946.
Potts: A summary of the leading principles of the English law of contract. With historical introduction. 1911.
Prosser: Handbook of the law of torts. 1941.
Protokolle II: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Bd. II. 1898.
Restatement of agency: Restatement of the law of Agency as adopted and promulgated by the American Law Institute. Vol. I. 1933.
Restatement of contracts: Restatement of the law of Contracts as ... Institute. Vol. I. 1932.
Restatement of torts: Restatement of the law of torts as ... Institute. Vol. III. 1938.
Rodhe, Fastighetsindelningen: Om fastighetsindelningen och dess betydelse. Ak. avh. 1941.

Rodhe, Ekonomen: Om gränserna för lagstiftarens makt på civilrättens område. I Ekonomen. 1944.
Rodhe, Gränsbestämning: Gränsbestämning och äganderättstvist. 1944.
Ross, Virkelighed etc.: Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En Kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber. 1934.
Ross, Tu-Tu: Artikel i Festskrift till Professor, Dr. Juris Henry Ussing 5. Maj 1951, s. 468–484.
Rümelin (M.), Causalbegriffe: Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht. I Arch. f. civ. Praxis. Bd. 90 (1900), s. 171–344.
Salmond: The law of torts. A treatise on the English law of liability for civil injuries. 5. ed. 1920.
Salmond–Stallybrass: Salmond's Law of torts. A treatise . . . injuries. 9. ed. By W. T. S. Stallybrass. 1936.
Salmond–Williams: Principles of the law of contracts by (Salmond and) Williams. 1945.
Seavey: Principles of torts. I Harvard Law Review. Vol. 56 (1942–1943), s. 72–98.
Sigwart II: Logik. 4. Aufl. bes. von Heinrich Maier. 2. Bd. Die Methodenlehre. 1911.
Skeie I: Den norske strafferett. Bd. I. 2. Utg. 1946.
Smith–Knowles: Master and servant. A treatise on the law of master and servant. By Ch. M. Smith. 8. ed. by C. M. Knowles. 1931.
Soergel I: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I (§§ 1–432). 7. Aufl. 1939.
Soergel II: Bürgerliches . . . Einführungsgesetz. II (§§ 433–853). 7. Aufl. 1939.
Staudinger II: 1: J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil (§§ 241–432). Erläutert von Alfred Werner. 9. Aufl. 1930.
Staudinger II: 3: J. v. Staudingers Kommentar . . . 3. Teil (§§ 631–853). Erläutert von Karl Kober u. A. 9. Aufl. 1929.
Staudinger III: 1: J. v. Staudingers Kommentar . . . III. Bd. Sachenrecht. 1. Teil (§§ 854–1017). Erläutert von Karl Kober. 9. Aufl. 1926.
Strahl: Förberedande utredning ang. lagstiftning på skadeståndsrättens område. (SOU 1950: 16.) 1950.
Sundberg: Stats och kommuns ansvar för befattningshavares tjänsteåtgärder. 1933.
v. Thur I: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 2. Aufl. hrsg. von Alfred Siegwart. 1. Halbband. 1942.
v. Thur II: Allgemeiner . . . Alfred Siegwart. 2. Halbband. 1944.
v. Thur, Haftung: Zur Haftung für fremdes Verschulden nach O. R. Art. 101. I Schweizerische Juristen-Zeitung. Bd 17 (1921), s. 225–229.
Thyrén, Kausalitätstheorien: Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie. I. Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien. Diss. Lund. 1894.
Torp, Die Lehre: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung i Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd 23 (1903), s. 84–105.
Torp, Strafferet: Den Danske strafferets almindelige Del. 1905.
Torp, Tingsret: Dansk Tingsret. 2. Udg. 1916.
Torp, Bemærkninger: Nogle Bemærkninger om Retstridighedsspørgsmaalet. I T. f. R. 1928 s. 243–290.

Ussing, Skyld og Skade: Skyld og Skade. Bør Erstatningspligt udenfor Kontraktsforhold være betinget af culpa? 1914.
Ussing, Erstatningsret: Erstatningsret. 1937. (Nyt Optryk 1947.)
Ussing, Alm. Del.: Dansk Obligationsret. Almindelig Del. 1946.
Ussing, Erstatningsansvar uden Skyld: Erstatningsansvar uden skyld, set i lys af nyere retspraxis i norden. I U. f. R. 1947. Avd. B, s. 281–308.
Ussing, Rec.: Lundstedts store erstatningsret fortsat. (Anmälan av min Strikt ansvar. Bd II: 1.) I U. f. R. 1949. Avd. B, s. 233–243.
Ussing, Retstridighed: Retstridighed. Strejflys over Nordisk Retslære. 1949.
Ussing, Farlig Virksomhed: Erstatningsansvar for farlig Virksomhed i U. S. A. I Svensk Juristtidnings festskrift för Birger Ekeberg. 1950, s. 511–531.
Warneyer: Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert durch die Rechtssprechung und das neuere Schrifttum . . . in Verbindung mit Dr. Bohnenberg bearbeitet von Otto Warneyer. 10. Aufl. 1942.
v. Wattenwyl: Aussercontraktliche Haftung des Aufsichtspflichtigen. Diss. 1926.
Wedberg, Den nya logiken II: I studentföreningen Verdandis småskrifter nr 478. 1945.
Weigelin: Die Lücken im Recht. I Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 2. Folge. 52. Bd. (1939), s. 1–30.
Weigert: Die ausservertragliche Haftung von Grossbetrieben für Angestellte. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. 1925.
Wilburg: Die Elemente des Schadenrechtes. 1941. (Nr. 84 i Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht hrsg. von Ernst Heymann.)
Winfield, Text-book: A text-book of the law of tort. 2. ed. 1943.
Winroth: Strödda uppsatser. IV. Om skadestånd. 2. uppl. 1907.
Ørsted V: Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, med stadigt Hensyn til afdøde Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog. 5. Bd. 1832.
Øvergaard: Norsk Erstatningsrett. 1942.

Titelförkortningar i detta arbete å mina egna skrifter.

Principinledning: Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar. 1920.
Svar till professor Thyrén: Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén. 1921.
Obligationsbegreppet I: Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner. 1929.
Obligationsbegreppet II: 1: Obligationsbegreppet. Senare delen: Den i förra delen hävdade åskådningen ytterligare konfronterad med jurisprudensens läror. Första häftet. 1930.
Culpa-Regeln: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen: Culpa-Regeln. 1935.
Bd I: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Bd I. 1944.
Bd II: 1: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Bd II: 1. 1948.
Kritik: Kritik av Nordiska skadeståndsläror. I T. f. R. 1923, s. 55–154.

SOU 1923: 76: Förberedande utredning av vissa principer för reformering av hyresrätten. 1923.

Superstition: Superstition or rationality in action for peace? Arguments against founding a world peace on the common sense of justice. A criticism of jurisprudence. 1925.

Die Unw.(issenschaftlichkeit) I: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten. 1932.

Die Unw.(issenschaftlichkeit) II: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Zweiter Band. Erster Teil. Strafrecht. Vertragsrecht. Deliktische Haftung. 1936.

Misstaget: Det Hägerström–Lundstedtska misstaget. Sju föreläsningar samt efterskrift. 1942.

Sjukhusförvaltnings ansvar: Sjukhusförvaltnings ansvar för skada å patient genom läkare eller sköterska. En jämförelse mellan engelsk och svensk praxis. I Försäkringsjuridiska Föreningens Publikationer Nr 10 (Skadeståndsrättsliga spörsmål), 1953.

(De sju första här nämnda skrifterna ingå liksom föreliggande arbete i serien: Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten I–IV.)

Ytterligare förkortningar.

ABGB: Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (für das Kaisertum Österreich).

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1896.

BGE II: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht. Amtliche Sammlung. II. Teil. Zivilrecht. Vid hänvisningar angivas vanligen såväl nr å band som år.

C. civ.: Code civil.

H. R.: Højesteret, resp. Høyesterett, i fråga om dansk eller norsk rättspraxis.

L. R.: Law Reports, utgivna av The incorporated Council of Law Reporting. Se Bd I s. 614 f.

NJMF: Förhandlingarne å de nordiska juristmötena.

OR: Schweizerisches Obligationenrecht 1911.

OR (äldre): Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht 1881.

RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Vid hänvisningar angivas band och år.

Rt.: Norsk Retstidende.

T. f. R.: Tidskrift for Rettsvitenskap.

U. f. R.: Ugeskrift for Retsvæsen. Afdeling A. Dansk Domssamling. (Afd. B innehåller Juridiske Afhandlinger, Meddelelser m. m.)

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1907.

Rättsfallsförteckningar.

Följande rättsfall ha berörts å följande sidor
(utan åtskillnad mellan text och noter):

Svenska rättsfall.

A. Berörda redan i Bd II: 1

NJA

1881 s. 211: 349, 457 f., 460 f., 473 f., 492.
1890 s. 187: 527.
1909 s. 476: 212.
1914 s. 29: 460, 523, 527 f.
1915 s. 90: 284.
1918 s. 604: 348 f., 458—460, 499.
1923 s. 179: 477.
1925 s. 103: 366, 533.
1926 s. 220: 478.
1928 s. 316: 211, 298.
1929 s. 428: 212.
1929 s. 520: 212, 282—284, 298.
1930 s. 45: 481.
1930 s. 225: 340.
1930 s. 519: 460, 474.
1931 s. 7: 206.
1932 s. 373: 206, 366, 471 f.
1932 s. 493: 206.
1933 s. 187: 206.
1934 s. 227: 210, 212, 280—282, 298.
1934 s. 256: 477.
1936 s. 38: 210.
1936 s. 141: 212, 289.
1936 s. 557: 218, 298.
1937 s. 196: 211, 282 f., 298.
1938 s. 22: 418, 471 f.
1940 s. 166: 206.
1940 s. 318: 206.
1941 s. 133: 477.
1942 s. 273: 477.
1942 s. 473: 214, 218, 298.
1942 s. 545: 213, 286, 477.
1942 s. 718: 471 f., 533.
1943 s. 114: 477.
1943 s. 171: 477.
1943 s. 177: 51, 212, 223, 282 f. 298.
1943 s. 343: 214, 218, 298.
1943 s. 356: 340.
1944 s. 301: 359, 479, 482.
1944 s. 494: 477.
1945 s. 231: 212.
1945 s. 438: 339, 349.
1945 s. 445: 359, 479, 482.
1945 s. 617: 471 f.
1945 s. 666: 214, 217.
1946 s. 407: 206, 277 f., 285, 298.
1946 s. 734: 298.
1946 s. 736: 298.
1946 s. 758: 298.
1946 s. 763: 298.
1947 s. 23: 340, 477.
1947 s. 126: 206.
1947 s. 385: 218, 298.

B. Icke berörda i Bd II: 1

1935 s. 549: 206.
1936 s. 287: 206.
1939 s. 360: 206, 210, 295.
1948 s. 28: 19, 102.
1948 s. 173: 291 f. 298.

1948 s. 262: 338 f., 477, 499, 520 f.
1948 s. 303: 339 f., 349, 460.
1948 s. 419: 283 f.
1948 s. 481: 340, 477.
1948 s. 701: 340 f.
1949 s. 46: 341, 348 f., 458—460, 499 f.
1949 s. 72: 288 f.
1949 s. 245: 279.
1949 s. 357: 212, 279.
1949 s. 460: 292 f., 298.
1949 s. 620: 279 f.
1949 s. 704: 213, 279, 285 f., 288, 298.
1949 s. 732: 212, 279.
1950 s. 177: 293 f.
1950 s. 188: 279, 287 f.
1950 s. 351: 294 f., 298 f.
1950 s. 468: 290 f.
1950 s. 550: 294 f.
1951 s. 55: 295, 301.
1951 s. 63: 213, 286.
1951 s. 79: 295.
1952 s. 270: 477.

Norska rättsfall.

Rt.

1895 s. 760: 511 f.
1898 s. 529: 450 f.
1903 s. 379: 470.
1905 s. 715: 218—220, 238 f. 254 f., 270.
1909 s. 851: 220—222, 239, 242 f., 254, 270, 300 f.
1917 s. 202: 221 f., 242, 254, 300 f.
1921 s. 519: 239
1921 s. 529: 451.
1929 s. 737: 243.
1931 s. 97: 238—240.
1931 s. 513: 225 f., 242 f.
1933 s. 475: 229, 242 f., 255.
1933 s. 817: 227, 238—242.
1935 s. 218: 276.
1935 s. 951: 234 f., 270.
1936 s. 298: 222 f., 225, 239, 242, 270, 276.
1936 s. 345: 223, 234—237, 239, 242, 270, 300.
1937 s. 741: 226 f., 270.
1938 s. 664: 223 f., 242 f.
1939 s. 210: 447.
1939 s. 766: 224, 242 f., 247, 254 f., 270.
1940 s. 16: 227—229, 231, 236, 238—240, 242, 255, 270, 305.
1940 s. 503: 452.
1941 s. 324: 247.
1941 s. 496: 271 f., 277.
1941 s. 693: 228.
1941 s. 784: 229 f., 270.
1941 s. 826: 452, 529.
1944 s. 353: 224, 242, 270.
1944 s. 475: 247.
1947 s. 101: 224 f.
1948 s. 719: 220, 225, 233—236, 238, 243, 270, 291 f.
1948 s. 1044: 230 f.
1948 s. 1111: 225, 237 f., 240, 242, 270.
1949 s. 56: 225.
1949 s. 615: 247.
1949 s. 688: 231 f.

Danska rättsfall.

U. f. R. (Afd. A).

1919 s. 768: 448.
1921 s. 383: 244, 253, 276.
1923 s. 531: 244 f., 276.
1924 s. 576: 245, 276.
1927 s. 812: 245, 252 f., 276.

1928 s. 953: 448.
1928 s. 1014: 246.
1930 s. 558: 518.
1930 s. 615: 245 f., 276.
1931 s. 561: 448.
1938 s. 287: 247.
1938 s. 453: 246 f., 276 f.
1938 s. 969: 447.
1939 s. 784: 450.
1941 s. 204: 247 f., 252.
1941 s. 599: 449 f., 470.
1941 s. 1151: 248, 276.
1942 s. 304: 449.
1942 s. 445: 450.
1943 s. 1072: 448 f., 538.
1944 s. 850: 248 f., 252, 276 f., 448.
1944 s. 937: 249, 252, 276 f.
1944 s. 1209: 452.
1945 s. 88: 452.
1945 s. 143: 250, 253, 276 f.
1945 s. 547: 250 f., 252.
1945 s. 589: 452.
1945 s. 843: 452.
1945 s. 1176: 450.
1946 s. 134: 452.
1946 s. 267: 249 f., 252, 276.
1947 s. 156: 453, 456.
1947 s. 471: 251, 277.
1948 s. 643: 452.
1949 s. 374: 452.
1949 s. 969: 251 f.
1950 s. 126: 449.
1950 s. 255: 449, 452.
1950 s. 386: 449.

Engelska rättsfall.

A. Berörda redan i Bd I

Bainbridge v. The Postmaster-General etc.: 370.
Barwick v. English Joint Stock Bank: 388, 541, 543—545, 547.
Boson v. Sandford: 364.
Britt v. Galmoye and Nevill: 504 f.
Cheshire v. Bailey: 541, 543.
Donoghue v. Stevenson: 367.
Evans v. Liverpool Corp.: 365, 368—370, 372, 378.
Hern v. Nichols: 364, 543—546, 548 f.
Hewitt v. Bonvin: 505.
Hillyer v. Governors of St. Bartholomew's Hospital: 365 f., 368, 371—378, 383 f., 389.
Indermaur v. Dames: 258.
James v. Probyn: 365, 371, 373, 377, 383.
Jefferson v. Derbyshire Farmers Ld.: 510.
Joel v. Morison: 508 f.
Leame v. Bray: 369.
Limpus v. London General Omnibus Co.: 405, 513 f., 522 f., 526, 542 f.
Lindsey County Council v. Mary Marshall: 366, 373, 378.
Lloyd v. Grace, Smith & Co.: 541, 544 f., 547.
Middleton v. Fowler: 364.
Mitchell v. Crassweller: 508 f.
Parker v. Miller: 433.
Poland v. John Parr & Sons: 364, 403, 515, 521.
Pratt v. Patrick: 433.
Rex v. Walker: 387, 491.
Ruddiman v. Smith: 512.
Rylands v. Fletcher: 252, 257 f., 369, 530.
Samson v. Aitchison: 395, 433, 490 f.
Sleath v. Wilson: 508, 516.
Smith v. Martin and Kingston-Upon-Hull Corp.: 375 f., 388, 403, 405 f., 450.
Stevens v. Woodward: 403, 523.
Storey v. Ashton: 508, 516.
Strangways-Lesmere v. Clayton: 365, 368 f., 371, 373 f., 383 f., 401.
Wayland's (Sir Robert) case: 364, 543—546, 548 f.
Whatman v. Pearson: 508.
Williams v. Jones: 510.

B. Icke berörda i Bd I

Attorney-General v. The Mayor, Aldermen etc. of Newcastle-Upon-Tyne: 406.
Attorney-General v. Manchester Corp.: 403.
Bloor v. Liverpool Derricking Co.: 370.
Bowen v. Hall etc.: 380, 401.
Boyle v. Ferguson: 503 f.
Brownlow v. Metropolitan Board of Works: 403 f.
Clay v. Yates: 379.
Clelland v. Edw. Lloyd, Ld.: 396, 399.
Collins v. Herthfordshire County Council etc.: 382 f., 387, 389 f.
Donovan v. Laing Syndicate: 398 f.
Dowd v. W. H. Boase & Co. Ld.: 364, 396—400, 453.
Dryden v. Surrey County Council: 365, 371, 373, 383.
Egginton v. Reader: 392 f., 491.
Fraser & Wallas v. Elsie and Doris Waters: 400, 447.
Freerick v. Taylor & Son: 523 f.
Glasgow Corp. v. Bruce or Neilson: 402, 453.
Gold v. Essex County Council: 366 f., 371 f., 374—377, 382 f., 387 f., 390 f., 395, 401, 407, 471.
Graham or Miller v. Glasgow Corp.: 402, 453.
Green v. London General Omnibus Co.: 404 f., 407.
Holliday v. St. Leonard's: 374.
Lee v. Griffin: 379.
Mc Farlane v. Coggins & Griffiths Ld.: 364, 396—400, 453.
Mersey Docks and Harbour Board v. Gibbs: 374.
Nicholas v. F. J. Sparkes & Son: 396—400, 453.
Powell and Wife v. Streatham Manor Nursing Home: 401.
Rex v. Tite: 392 f., 491.
Robinson v. Graves: 379.
Sanderson v. Collins: 505.
Simmons v. Heath Laundry Co.: 384 f.
Ward v. London General Omnibus Co.: 405, 407.
Wardell v. Kent County Council: 375, 381, 383—386, 389—391, 395, 397 f.
Wenlock v. River Dee Co.: 403.
Yewens v. Noakes: 387.

Tyska rättsfall.

RGZ

64 (1907) 231: 414—416.
73 (1910) 434: 413, 457, 493.
78 (1912) 239: 411.
82 (1914) 206: 420.
83 (1914) 71: 414 f.
86 (1915) 424: 413.
91 (1918) 134: 414 f.
91 (1918) 363: 410, 413, 492 f.
92 (1918) 345: 413 f.
96 (1919) 177: 430, 475, 493.
104 (1922) 141: 410.
118 (1928) 41: 418.
131 (1931) 67: 417.
139 (1933) 255: 418.

Jur. Wochenschrift

1933 s. 831: 412.

Rättsfall från Schweiz.

BGE II

31 (1905) 142: 431.
33 (1907) 150: 413, 422, 428, 431 f., 438, 455, 470, 475 f.

34 (1908) 266: 424, 427.
35 (1909) 608: 502.
41 (1915) 117: 433.
41 (1915) 494: 422, 428 f., 430, 433, 438, 444, 466.
42 (1916) 615: 438.
43 (1917) 77: 437 f.
44 (1918) 52: 433—436.
46 (1920) 122: 430, 444, 466.
46 (1920) 252: 438.
47 (1921) 497: 483.
47 (1921) 522: 482.
47 (1921) 554: 482.
48 (1922) 415: 433 f.
50 (1924) 395: 427.
50 (1924) 469: 504, 506, 508.
50 (1924) 489: 442.
56 (1930) 199: 433—436.
56 (1930) 283: 443.
58 (1932) 463: 483.
59 (1933) 428: 439, 441.
61 (1935) 339: 432.
62 (1936) 347: 439 f.
67 (1941) 26: 426.
68 (1942) 287: 440 f.
72 (1946) 255: 424 f.

INNEHÅLL.

Sid.

Förord ..... 7—16

Inledning ..... 17—26

Ussings anmälan av mitt arbete Strikt ansvar Bd II: 1.

Den allmänna bakgrunden för mina skadeståndsteorier ..... 27—32

Termen rättvisemetod s. 27 f. — Rättsenlig rättstridighet! s. 28 f. — Rättvisemetoden helt oanvändbar, därest den inte förvrängdes, s. 29 f. — De rättsideologiska begreppen alltför djupt förankrade i metafysik för att utan vidare kunna proklameras såsom blott termer eller beteckningar, s. 30–31

Ussing och min rättstridighetskritik än en gång ..... 32—44

Ussings uppfattning i allmänhet om culpa-regeln i min version såsom »ret nær op ad dansk lære», s. 32 f. — Indragandet av »Goos og hans efterfølgeres» rättstridighetslära föranleder mig beröra vissa tankar hos v. Bar, Getz och Ussing själv s. 34 f. — Dohna såsom min föregångare, s. 36 f. — Goos' och hans efterföljares läror såsom icke träffade av min rättstridighetskritik, s. 37–42 (här beröras bl. a. Goos, Knoph, Torp [berörd redan s. 23 f.] och »Lundstedt–Thyrénska striden»). — Ussings nuvarande syn på »rättstridighet», s. 43 f. (Erinran göres här om Andenæs' snarast avvisande hållning mot rättstridighetsbegreppet.)

Culpa-regeln i min version intet nytt för dansk juridik? ..... 44—53

Borde ha erinrat om ett visst uttalande av Ussing, s. 44 f. — Ussing förbiser, att min »culpa»-regel måste omfatta jämväl en del av farlighetsansvaret, s. 45 f. — Ussings kritik av min uppfattning, i anslutning till ett uttalande av Bache, s. 47 f. — En fråga, som här inskjutits men sakligt faller utanför rubriken: Beror min kritik av Stangs (och andras) idé om ansvar för »farlig bedrift» (såsom innebärande ansvar för »rättsenlig» handling) på missförstånd?, s. 48–53.

Svårigheten att frigöra sig från den vanliga rättsideologien .... 54—67

Föreställningen om »Indgreb i Retsgoder» metafysisk, s. 54 f. — Rättsenligt »Indgreb i Retsgode» måste betyda detsamma som »rättsenlig rättskränkning», s. 55 f. — Ussings försök att gendriva detta bemötes, s. 57–59. — Varför man betraktat visst *intrång* på annans »rättighet» såsom »rättsenligt», s. 60 f. — Kritiken av obligationsbegreppet utan betydelse, när man uppfattar rättigheten såsom funktionsbegrepp?, s. 61 f. — Ussings fullt

träffande påstående, att framställningen i Bd II: 1 »er ujævn och dens system meget løst, s. 63–67. (Ytterligare några Ussings anmärkningar mot min ifrågavarande bok diskuteras å s. 201–205.)

MIN SYN PÅ JURIDIKEN SOM VETENSKAP.

Om nödvändigheten att ersätta rättsideologien, alltså rättvisemetoden, med samhällsnyttemetoden.

Allmänna anmärkningar, vari jag bl. a. berör min positiva metod såsom väsensskild från det vanliga talet om »sozialer Zweck», »social policy», »Samfundets krav» etc. såsom ledande synpunkt i rätten ..... 68—73

Juridiken en empirisk vetenskap s. 68–71. — Genom alltför ytligt avståndstagande från rättsideologien har man icke beaktat, att rättvisemetodens övergivande kräver en ersättning, s. 70 f. — Vissa betingelser för rättslivet: bl. a. rättsverksamheterna (lagstiftning och rättskipning; icke rättsvetenskap), s. 73.

Kortfattad vederläggning av rättvisemetoden ..... 73—78

Straff och skadestånd enligt culpa-regeln rättvisa genom skuld; skadestånd vid strikt ansvar rättvist av annan grund, s. 74 f. — Rättvisemetodens art framträder tydligare vid strikt ansvar, s. 75 f. — Rättvisemetodens användbarhet skulle förutsätta bl. a. böra-omdömets objektivitet, men detta omdöme, och därmed rättviseomdömet, är ett värdeomdöme, alltså ett känslouttryck, s. 76 f. — Rättvisemetodens »användbarhet» förutsätter, att den förvanskas, s. 77. — Rättvisemetodens oduglighet framträder oavsett insikten om värdeomdömenas bristande kontakt med verkligheten, s. 77 f.

Samhällsnyttemetoden axiomatiskt given ..... 78—83

Människorna vid rättsverksamheternas utövande bestämda av motiv, s. 78. — Motivet: människornas i samhället gagn, s. 78 ff. — Kortfattat om de tongivande sociala värderingarna, s. 80 f. — Rättsverksamheternas utövare icke alltid besjälade av sociala hänsyn, s. 81. — Rättsvetenskapen måste utgå från att rättsverksamheterna ha samhällsnyttan som enda icke chimäriska syfte, s. 81 f. — Vetenskapligt krav att samhällsnyttemetoden får exklusivt och enhetligt undanträngа rättvisemetoden s. 82.

Rättsideologiska och sociala värderingar ..... 83—86

Hithörande sociala värderingar äro själva fakta och de äro bestämda av föreställningar direkt om verkligheten. Rättsideologiens värderingar äro icke alltid värderingar utan stundom blott schabloner. Och såsom värderingar äro de aldrig bestämda av föreställningar direkt om verkligheten, s. 84 f. En sak för sig är rättskänslornas oumbärlighet för rättsmaskineriet, s. 85 f.

Sid.

Är talet om sociala värderingar i rättsvetenskapen motsägelsefullt? ..... 86—99

I flera vetenskaper förekomma jämte kunskapskritisk verksamhet också värderingar s. 87–89. — Praktiskt nödvändigt att skilja mellan vetenskap såsom utövad verksamhet och såsom filosofiskt begrepp, s. 89. — Rättsvetenskapens värderingar beroende av omfattande kunskapskritisk verksamhet, s. 89 f. — Åsikten att rättsvetenskapen bör avstå från egna värderingar torde bero på förbiseende av vissa omständigheter, s. 91–94. — Sambandet mellan sociala kunskaper och sociala värderingar, s. 94 f. — Vad som synes mig avgörande emot idén att utesluta sociala värderingar från rättsvetenskapen, s. 95–97. — Med rättvisemetodens undanträngande från rättsverksamheterna minskas behovet av sociala värderingar från rättsvetenskapens sida, s. 98.

Några antydningar om sociala värderingar i min egen rättsvetenskapliga verksamhet ..... 99—106

I anslutning till denna rubrik har jag å s. 103–106 berört en skrift av Ekelöf.

Rättvisemetod och samhällsnyttemetod absolut oförenliga med varandra ..... 106—122

Trots talet om »sozialer Zweck» i rätten bottnar schweizaren Germann's lära i rättvisemetoden, s. 106–109. — Germann's karakterisering av intressejurisprudensens metod s. 110 f. — Rättvisemetoden behärskar alla dessa läror (från historiska skolan och rättspositivismen till de olika lärorna om domarens »freie Rechtsfindung») s. 109–115. — Uttalanden av Ehrlich, s. 109 n. 7; av Egger s. 110; av Heck s. 111; av Fuchs s. 111 f.; av Jung s. 112–115; Kantorowicz s. 115. — Juridiken karakteriseras överallt av denna dubbelhet: å ena sidan rättvisans fullföljande, å andra sidan samhällsnyttans hävdande, s. 115 f. — Motsägelsefullheten däri, s. 116–118. — Avhjälpes icke genom antagande av de s. k. rättigheternas relativitet, s. 118 f. — Några amerikanska auktorer, s. 119–121. — Sammanfattning i anslutning till huvudrubriken, s. 121 f.

Kunna uttalanden i skriven och oskriven rätt karakteriseras som rättsregler?

Orienterande anmärkningar ..... 123—129

»Rätten» kan icke bättre förliknas vid något än ett samhällets existens och fortvaro betingande maskineri, s. 123 f. — Argumentationen utföres med hänsyn till följ. exempel: A har köpt en sak av B, varefter saken kulpost skadas av C, som tvingas betala skadestånd. Vad innebär det att man blivit ägare?, s. 124–126. — Att domaren betraktar A och icke B som ägare är dock icke tillämpning av en rättsregel, s. 126 f. — Vad jag menar med rättssats, s. 127–129.

Sid.

Rättssatserna om köpet såsom laga fång och den traditionella culpa-regeln icke rättsregler för domaren i karakteriserande mening 129—135

Betydelsen av att rättssatsen om köpet såsom laga fång är ett led i rättsmaskineriet, s. 129–131. — Den s. k. culpa-regeln lika litet en rättsregel, s. 131 f. — Regula iuris i romersk rätt, s. 132 f. — »Regler» utanför egentliga rättslivet, s. 133. — Ytterligare om det osakliga i att betrakta en rättssatts såsom rättsregel för domaren i karakteriserande mening, s. 134 f.

S. k. regler för rättskipningen fullt analoga med regler för vilken verksamhet som helst ..... 135—140

Inga andra regler för domaren än för skötseln av ämbetet, s. 135 f. — Följaktligen blott regler på samma sätt som för varje målbestämd verksamhet; medlen för, tillvägagångssättet, för ernående av syftet, det är reglerna för verksamheten, s. 136–138. — Icke rättssatsen (därest nu sådan finnes), men följandet av dess uttalanden eller idéinnehåll ingår bland medlen eller reglerna för rättskipningen, s. 138. — Frågan ytterligare belyst, s. 139 f.

Rättssatserna rättsregler för allmänheten? ..... 140—145

Om man insätter rättssatsens funktion i sitt sammanhang i rättsmaskineriet, inses att rättssatsen lika litet kan utgöra en handlingsregel för människor i allmänhet som för domaren, s. 140–142. — Särskilt om den s. k. culpa-regeln, s. 142 f. — Tanklöst att gripa ut den eller den rättssatsen för att karakterisera den som i en viss situation tillämplig rättsregel, s. 144 f. — Karakteriseringen av en rättssats såsom rättsregel förutsätter abstraktion från den här väsentliga verkligheten och innefattar en overklig överbyggnad på rättsmaskineriet, analog med rätten i rättsideologisk mening, s. 145.

Rättsregelsfrågan ytterligare belyst ..... 145—152

Rättsregelsbegreppets osakliga karaktär särskilt slående i svårare frågor, där (klara och tydliga) rättssatser saknas, s. 145–147. — Talet om rättsregler osakligt, även när man har lagparagrafer att hålla sig till, s. 148–150. — Föreställningen om rättsregler har delvis underhållits genom en viss likformighet i dömandet, s. 150 f. — Sammanfattningsvis ett påpekande, s. 151 f. — Intet hinder för användningen av »rättsregel» såsom en blott term, när det icke rör sig om inblick i de hithörande sammanhangen, s. 152.

Vikten av realiteternas så vitt möjligt fullständiga beaktande i juridiskt skriftställarskap.

Allmän anmärkning ..... 153—157

Här beröres framför allt amerikanaren Prosser's grundåskådning, s. 153–157.

Kornfeld, Hoel och Jaehner ..... 158—171

Kornfeld, s. 158. — Hoel, s. 158 f. — Jaehners ringaktning av min Die Unwissenschaftlichkeit I, s. 159 f. — Vissa sakliga uttalanden hos Jaehner och ansatser till empirisk syn på rätten, s. 161. — Rättigheter och plikter

Sid.

ersatta av på sig själva vilande »Genussreihen» (= rättsligen skyddsvärda eller skyddade intressen), s. 162–166. — Trots allt kan Jaehner icke anses ha övergivit rättvisemetoden, s. 166–169. — Ytterligare några principuttalanden av Jaehner, s. 169–171.

Ytterligare om det otillräckliga intresset för reella sammanhang i modern juridik ..... 172—200

Ross' inställning till min rättskritik, s. 172–177. — En modern forskares syn på juridiken som vetenskap, s. 177–181. — Några erinringar om Kelsens rättslära, 181–185. — En attack mot ett i och för sig hållbart resonemang av Kelsen, s. 185–189. — Karlgrens i »Förord» här ovan nämnda förebråelse mot mig, s. 189–194. — Sammanfattning, s. 194 f. — Observanda till mina opponenter, s. 195–197. — Den senaste rättsfilosofi jag känner, s. 198–200.

ANSVAR FÖR SKADA GENOM FARLIG HANDLING.

Culpa-ansvar och farlighetsansvar. Några anmärkningar till skadeståndsrättens systematisering ..... 201—216

Ytterligare ett par missförstånd av min s. k. culpa-regel, s. 201–204. — Ussings anmärkning mot min underlåtenhet att gå in på vissa subjektiva eller individuella ansvarsförutsättningar, s. 204 f. — »Culpa»-regeln i min version omfattar det traditionella culpa-ansvaret, ansvar för skada genom handlingar med viss farlighetstendens samt farlighetsansvar, s. 206 f. — Det traditionella culpa-ansvaret naturligtvis också ett farlighetsansvar, ehuru denna terminologi här olämplig, s. 207 f. — Culpa-regeln i min version kallas i det följande allmänna ansvars- (eller skadestånds-)regeln eller allmänna regeln, s. 208 f. — Farlighetsansvar för egna handlingar utanför allmänna regeln, s. 210 f. — Farlighetsansvar som företagare utanför den allmänna regeln, s. 211–214. — Skissering av ett oskrivet utomkontraktligt ansvarssystem, s. 214 f. — Erinran om frågeställningen vid allmänna ansvarsregeln, s. 215 f. — Tvivelaktigt om (utanför allmänna regeln) skillnad bör göras mellan eget farlighetsansvar och företagaransvar s. 216. — Gränsen mellan farlighetsansvar inom och utom den allmänna regeln kan icke vara exakt, s. 216.

Grunderna för farlighetsansvar, sedda i belysning av åsikterna inom judikatur och jurisprudens.

Ett påpekande angående svensk rättspraxis ..... 217—218

Norsk rättspraxis ..... 218—232

Ett antal fall, refererade i Rt. 1905–1949, beröras. Jag anser det därvid framgå, att ansvaret för skada genom »farlig bedrift» eller liknande av domstolarna omedelbart grundas enligt rättvisemetoden, hur mycket än sociala värderingar kunnat ligga i bakgrunden.

Sid.

Sakliga linjer framträda utan egentlig skärpa i hithörande norsk judikatur ..... 233—243

Olämpligheten i frågeställningen: ansvar för »farlig bedrift» eller dylikt, s. 233–237. — Ansvaret synes icke förutsätta »noen egentelig bedriftsulykke», s. 237–241. — Försök till karakterisering av hållningen i norsk rättspraxis ifråga om farlighetsansvar, s. 241–243. — Ansvarets bestämmande efter lämplig fördelning mellan parterna av handlandet till skadans förebyggande, s. 243. — Intet ansvar för vis major i norsk praxis, s. 243.

Några ord om dansk judikatur på området ..... 244—253

Även denna judikatur motiverar farlighetsansvar med rättvisesynpunkter. — Intressanta fall till illustrering av ansvarets bestämmande med hänsyn till lämplig fördelning av handlandet till skadans förebyggande å s. 250. — Intet fall vari H. R. utdömt farlighetsansvar; H. R. därför icke främmande för tanken, s. 249 och s. 252. — Landsretterna såsom sista instanser utdöma ansvar för verksamhet av viss farlighetsgrad, s. 252. — Om vis major s. 252 n. 3 a.

Rättslitteraturens inställning till farlighetsansvarets motivering 254—268

Kr. Andersen: risksynpunkt, förankrad i »en stastistisk bestemt paaregenelighetsbetraktning», s. 254 f. — Synpunkten bottnar i rättvisans krav, s. 255 f. — Doktrinen domineras i allmänhet även här av rättvisemetoden: fransk och engelsk doktrin, s. 257 f.; Müller–Erzbach och Heck, s. 258; tysk doktrin under nationalsocialismen, s. 258–262; Esser, s. 262 f.; Ussing (förr) s. 263 f. (Senare uttalanden av Ussing på skilda ställen under nästa huvudrubrik.) Ek s. 264–266; om tillkomsten av rättvisemaximen ubi emolumentum ibi onus, s. 267 f.

Min egen syn på grunden för farlighetsansvaret.

Farlighetsansvar enligt den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln ..... 269—296

Om vaksamheten ifråga om farans förebyggande lämpligen är en svarandens angelägenhet, då ansvar efter allmänna (ansvars)regeln; saken exemplifieras med fall ur norsk praxis, s. 269–272. — Allmänna regeln ytterligare belyst med exempel, s. 272–275 (verksamhetens [särskilda] farlighet icke i bokstavlig mening nödvändig; mindre skaderisk kan motivera ansvar, under det att i andra fall en större skaderisk icke föranleder ansvar). — Av vikt för rättsutvecklingen är att beakta detta farlighetsansvar på den gamla culpa-regelns förlängda bas, s. 275 f. — Belysning av detta ansvar med fall från dansk praxis (varvid ett uttalande av Ussing), s. 276 f. — Fall från svensk praxis till belysning av min tes om den nära släktskapen mellan det traditionella culpa-ansvaret och prevenerande farlighetsansvar: NJA 1946 s. 407, s. 277 f. — Ytterligare en del culpa-fall nämnas, s. 279 f. — NJA 1934 s. 227, s. 280 f. — Fall av ansvar, eventuellt grundat å varnande culpa-fiktion, s. 281 f. — Åtskilliga andra fall av farlighetsansvar än

det i NJA 1934 s. 227 kunna diskuteras hänförliga under den allmänna regeln, s. 282 f. — NJA 1948 s. 419, jft med 1929 s. 520 och 1915 s. 90, s. 283 f. — NJA 1949 s. 704 diskuteras med hjälp av NJA 1946 s. 407, 1942 s. 545 och 1951 s. 63, s. 285 f. — Flera aspekter å ett fall sådant som det i NJA 1950 s. 188, s. 287 f. — NJA 1949 s. 72 ett visst stöd för allmänna ansvarsregeln, s. 288 f. — I NJA 1950 s. 468 (halkningsolycka på trappa till butik) synas båda svarandenas handlingssätt falla under allmänna ansvarsregeln, den enes under gamla culpa-regeln, den andres under dennas utvidgning, s. 290 f. — Ytterligare en del fall (NJA 1948 s. 173; 1949 s. 460; 1950 s. 177; 1950 s. 351; 1950 s. 550) diskuteras under allmänna ansvarsregelns synvinkel, s. 291–295. — Påpekande av att det berörda farlighetsansvaret blott är en fortsättning på fortsättningen av det traditionella culpa-ansvaret, s. 295 f.

Farlighetsansvaret utanför den allmänna ansvars- eller skadeståndsregeln ..... 297—308

Utgångspunkten — avsaknad av prevenerande social funktion — gör ståndpunkttagandet osäkert, s. 297. — Erinran om svensk praxis, s. 297 f. — Uttalanden av Ussing, Kr. Andersen och Øvergaard diskuteras, s. 298–300. — Först beröres blott företagaransvar (icke eget-ansvar utanför allmänna regeln), s. 301. — En stark begränsning av ansvaret motiverad, s. 301 f. — Ansvarets motivering, varvid bl. a. ansvarighetsförsäkring beröres, s. 302–305. — Eget-ansvar (utanför allm. regeln) dryftas, s. 305–307. — Ansvarighetsförsäkring vid ansvar efter allmänna regeln, s. 307 f.

Slutanmärkning till de andragna synpunkterna på farlighetsansvaret ..... 308—310

Om s. k. juridisk kausalitet.

Allmän anmärkning ..... 311—313

Uttalanden av Thyrén, s. 311 f. — Den naturliga orsaksformuleringen, s. 312. — Vissa uttalanden av J. St. Mill, noten å s. 313 f.

Betingelseteorien snarare ursprung i tysk rättsdoktrin än i Mill's orsakslära ..... 314—316

Ytterligare uttalanden av Mill, vidare av Ørsted samt från tysk filosofi och rättsdoktrin (beakta noten å s. 316–318).

Tron på behovet av särskilt orsaksbegrepp i juridiken icke antikverad ..... 317—322

Frågan om ansvar icke att förblanda med frågan om orsaksförhållande ..... 322—325

Preventionssynpunkt motiverar ansvar oberoende av hur handlingssättet rubriceras i kausalitetsavseende, s. 322–324. — Kan det ha betydelse, att effekterna av »selvstændig virkende årsaker» icke äro logiskt identiska?, noten å s. 323.

Sid.

Sökandet efter orsaksfrågans rättsligt relevanta moment överflödigt ..... 325—337

Orsaksbegreppets formulering likgiltigt för ansvarsfrågan, som är en social värderingsfråga, s. 325 f. — Hoel's »medvirkningsteori» i belysning av vissa straffbud, s. 326–330. — Sammanfattande syn på »kausalitet» i juridiken, s. 330 f. — Ussings avböjande av ställningstagande till »den filosofiske Aarsagslære», s. 331. — Varje ställningstagande till kausalitetslärors är meningslöst även vid dryftandet av straffrättsliga frågor på tillräknelighetens, försökets och delaktighetens områden, s. 331 f. — Varför det såsom huvudregel för ansvar kräves orsakssammanhang i gängse mening, inom skadeståndsrätten, s. 332–334, och inom straffrätten, s. 334–337.

PRINCIPALANSVARET.

Allmänna anmärkningar om nyare judikatur m. m. ..... 338—348

Ref. av senare fall (NJA 1948 s. 262; 1948 s. 303; 1948 s. 481; 1948 s. 701 och 1949 s. 46) utvisar icke någon ändring i bilden av vår judikatur, s. 338–341. — Kort sammanfattning av principalansvaret enligt vår praxis (vars känsla av behovet av ansvarets begränsning är mycket förklarlig), s. 341–343. — En snabblick på vissa främmande länders inställning, varefter uppehåll göres vid vissa uttalanden i amerikansk litteratur, s. 344–348.

Allmänt om alternativ i vår rätt de lege ferenda ..... 348—358

Utgångspunkt för diskussionen är att förhållandet mellan principal och actor grundar sig på tjänstelega, s. 348 och s. 358. — Principalens ansvar för »högre anställd» kan icke uppgivas, s. 348 f. — Kombinationen actors culpa *och* viss grad av farlighet, s. 349–351. — Otryggheten på företagarsidan i en *allmän* regel om principalansvar dryftas, s. 351–355. — Betydelsen för frågan av ansvarighetsförsäkringens fakticitet, s. 355–357. — Sammanfattning s. 357 f.

Förhållandet mellan principal och mellanman (actor).

En blick på frågan i vissa utländska rättssystem (s. 359—453).

Fransk rätt ..... 359—362

Svarandens »pouvoir de contrôle et de direction» synes, allmänt talat, vara förutsättning för hans principalansvar.

Engelsk rätt ..... 363—408

Varför engelsk rätt ånyo ganska utförligt upptages, s. 363. — Uttalanden av Batt-Vaines, senaste av mig kände auktor på området, s. 363–365. — *Sjukhusens ansvar för skada å patient genom läkares eller sjuksköterskas »negligence»*, s. 366–392. (Sjukhus' ansvar = sjukhusförvaltnings ansvar, s. 366; I England aldrig fråga om att betrakta sjukhuspersonal som sjuk-

husets »Erfüllungsgehilfen», s. 367 f.; Till in på 1940-talet ansågs läkare i *yrkesutövningen* icke vara »servant» och följaktligen icke kunna ådraga sjukhuset »master's liability», s. 369–372; Detsamma torde böra sägas om sjuksköterska [och med henne likställd personal], s. 371–374; Vändpunkten betecknas egentligen av fallet Wardell v. Kent County Council (1938), s. 375 och s. 384, ehuru detta fall icke angick principalansvar; Det avgörande fallet: Gold v. Essex County Council, 1942, s. 375–377, 381 f.; »Contract of service» och »contract for services», s. 375, s. 377–380, s. 384 f.; Kategoriklyvningen bland sjukhusläkarne, s. 381–383 [märk Collins v. Herthfordshire C. C.]; Två förklaringar till en viss förvirring ifråga om sjukhusens principalansvar, den ena: »master» skall kunna bestämma jämväl »how to do it»; s. 386–389; den andra: en slags Harleystreet-mentalitet, s. 389 f.; Goodhart's artikel, s. 390 f.) — *Ytterligare om »master's liability» i engelsk rätt*, s. 392–408. (Kriteriet på »servant» oanvändbart, s. 392; Handelsresande »servant»? 392 f.; »Agent» och »servant», s. 393–395 [se även s. 489–491]; Formuleringarna om »servant» såsom stående under principalens »orders» kunna icke fattas i bokstavlig mening [belyses med »cases»], s. 395–400; Liknande formuleringar i skilda rättssystem, s. 400; Antaglig grund till dem synes framgå av ett uttalande av Batt-Vaines, s. 400 f.; Slutanmärkningar ang. »master's liability» [beröra »common employment» och »bailment», s. 402, »the doctrine of ultra vires», s. 403–407], s. 401–408.)

Tysk rätt ..... 409—421

BGB 831, som bygger på presumtion om principalens culpa, återgives, s. 409. — Actors handling behöver blott vara objektivt »rättstridig», men kan vara dolös, s. 409 f. — Principalens exkulperingsmöjlighet, s. 410–412. — Förhållandet mellan principal och actor, s. 412–414. — Sjukhuspersonal sjukhusföretagarens »Erfüllungsgehilfen», s. 414–417. — Principalansvar dock möjligt med läkare som actor, s. 417 f. — Ett mångtydigt rättsfall, s. 418 f. — Principalansvar även om actor och skadelidande äro »fellow-servants», s. 419. — Andra st. i BGB 831, s. 419 f. — Behöver egentligen förhållandet mellan principal och actor, för den förres ansvar, vara »rättsligt»?, s. 420 f.

Schweizisk rätt ..... 422—444

Ordalydelserna av OR 55 och äldre OR 62, s. 422. — Culpa hos actor icke erforderlig, s. 422 f. och s. 441 f. — Exkulpering otillräcklig för ansvarsfrihet; viss »Sorgfaltsnachweis» erforderlig, s. 423 ff. — Talet om principalens »Kausalhaftung» till skillnad från hans (på culpapresumtion beroende) »Verschuldenshaftung» synes föga reellt, s. 425. — Ett rättsfall, utvisande att kravet på »Sorgfaltsnachweis» icke pressas hårt, s. 426 f. — Förhållandet mellan principal och actor, s. 427–433 (om »freie Dienste» och mandat s. 431–433). — Sjukhus' ansvar gentemot patient för läkare och sköterska, s. 433–437. — Intet principalansvar för beställaren vid arbetsbeting, s. 437 f. — Principalansvar när actor och skadelidande äro arbetskamrater, s. 439–441. — Ansvaret förutsätter endast actors objektivt »rättstridiga» handling men inträder icke blott vid actors culpa utan även vid hans dolus, s. 442 f. (Se även s. 506.) — I bakgrunden för ansvaret den franska riskteorien med dess rättvisemotivering: ubi emolumentum ibi onus, s. 443 f.

Sid.

Dansk och norsk rätt ..... 445—453

Allmänt om D. L. 3-19-2 och N. L. 3-21-2, s. 445. — Uttalanden ang. subordinationsförhållande mellan actor och principal oklara, s. 446 f. — Ett nöjesföretag ej principalansvarigt för sina artister (rättsfall från Norge, Danmark och England), s. 447. — Ussings formulering av förhållandet mellan principal och actor, s. 448. — »Fabriksinspektors» culpa föranledde statens ansvar (i sammanhanget beröras andra fall), s. 448 f. — Kommun dömd principalansvarig för lärares culpa, s. 449 f. — Beställaren vid klart arbetsbeting icke principalansvarig, s. 450 f. — Principalansvaret kanske större betydelse i Danmark än i Norge, s. 451 f. — Actor och skadelidande arbetskamrater, s. 452. — Actor med åkdon har hyrts ut till annan, s. 453.

Förhållandet mellan principal och mellanhand de lege ferenda 454—483

Frågan upptages först med hänsyn blott till tjänstelega, s. 454 f. — Subordination som grund för principalansvar ofta meningslöst att åberopa, s. 456. — Subordinationskravet måste tagas i största allmänhet, s. 456 f. — En del fall från vår judikatur, tydande på auktoriseringstanken såsom betydelsefull för principalansvaret, s. 457–461. — Culpa-presumtionen den mera realitetsbetonade tanken, s. 461–463. — Ytterligare om subordinationsförutsättningens vansklighet, s. 463 f. — Amerikanska uttalanden om det fiktiva i principalens »control» över actor såsom grund för ansvaret, s. 464. — Tjänstelegan såsom sådan *i princip* ett ansvarsgrundande förhållande mellan principal och actor, s. 465. — Culpa-presumtion ersättes av presumtion för allmänna ansvarsregelns tillämplighet, s. 465 f. — Hur i fall då uppenbart, att principalen icke handlat »kulpost»?, s. 466. — Satsen »ubi emolumentum ibi onus» kan ha socialekonomisk betydelse, s. 466 f. — Principalansvar också vid enklare tjänstelegor, s. 467 f. — Befinnes detta vara att gå för långt, återstår kombination med förutsättningen: en viss situationens farlighet, s. 468 f. — *Principalansvar för skada genom s. k. freie Dienste?*, s. 469–477. — *Några synpunkter rörande principalansvar å det allmänna*, s. 477–483.

Principalansvar utanför tjänstelegoförhållandet ..... 484—497

Vederlagsfria tjänster (i bilfall några uttalanden av Prosser), s. 484–486. — Principalansvar i vissa fall av mandat (actor är handelsresande, handelsagent, kommissionär)?, s. 486–488. — Åter om »agency» och »commercial traveller» i engelsk rätt, s. 489–491 (förut s. 393–395). — Kan egendomsförvaltning grunda principalansvar?, s. 491–493. — Klient principalansvarig för sin advokat?, s. 493 f. — Intet intresse vid mandatet av en allmän regel om principalansvar, s. 488 f. och s. 494 f. — Principalansvar å t. ex. deponent?, s. 495 f. — Principalansvar vid tjänstelega, när vetenskapsman, sjukhusläkare, överingeniör varit actor, men likväl icke principalansvar å klient för advokatens handlingssätt?, s. 496 f.

Mellanmannens (actors) handlingssätt.

Måste allmänt talat ha skett i tjänsten ..... 498—529

Överallt hävdas (och vi kunna utgå ifrån), att principalansvar förutsätter actors handling i »tjänsten», s. 498–500. — »Tjänsten» kan dock icke tagas bokstavligt, s. 500. — Begreppet »à l'occasion des fonctions», stundom tolkat som »au temps et au lieu des fonctions», s. 501–503. — Blott detta, att skadegörelsen skett genom actors användning av principalens tillhörig-

Sid.

heter, icke ansvarsgrund (fransk, schweizisk och engelsk rätt beröras), s. 503–505. — Ausübung (Ausführung) der Verrichtung i schweizisk rätt, s. 505–507; i tysk rätt, s. 507 f. — Åkare-fallen i engelsk praxis (berörda även i amerikansk litteratur), s. 508–510. — Vissa särskilda actors skadegörelser, bedömda i utländsk praxis och litteratur, s. 510–513. — Sammanfattande anmärkningar de lege ferenda, s. 513 f. — En del handlingskategorier angivas såsom lämpligen omfattade av principalansvar: 1. Handlingar otvetydigt (frånsett den kulposa karaktären) hörande till tjänsten. 2. Actor väljer vid tjänstens fullgörande en onödig omväg: principalansvar blott för skada på vägsträcka »tillhörande» tjänsten. 3. Handlingen har (med vissa subjektiva betingelser) skett under tiden och på platsen för tjänsten. 4. Underlåtelse att utföra tjänstehandling. 5. Handlingar *utom* tjänsten men likväl rimligtvis förutsebara såsom möjliga *under* tjänsten. 6. Om »platsen» för den ansvarsbringande handlingen. 7. Actor skadar arbetskamrats tillhörigheter, utan att »olycksfall i arbete» föreligger. 8. Handlingen har skett på väg till eller från tjänsten? (Nämnda mom. 1–8 å s. 515–522.) — Skadan har uppstått genom actors handling, som *förbjudits* av principalen eller annan i dennes tjänst (här beröras engelska »cases», tysk och fransk rätt, uttalanden i Restatement of agency samt diskuteras frågan med hänsyn till vår egen rätt under beaktande av NJA 1914 s. 29 och 1890 s. 187), s. 522–529.

Mellanmannens (actors) handlingssätt med hänsyn till culpa och dolus ..... 530—553

Actors handlingssätt måste åtminstone falla under allmänna ansvarsregeln, s. 530–539. (Bortsett från Tyskland och Schweiz, där principalansvaret dock icke är »äkta», förutsätter ansvaret i utländsk rätt praktiskt taget, att actor handlat kulpost, s. 530 ff.; Svensk rätt, s. 532 f.; Actors handling torde lämpligen förutsättas falla under allmänna ansvarsregeln, s. 534 f.; Diskussion om begränsning i actors ansvar, ävensom i hans regressplikt mot principalen, s. 535 ff.; Bevisningen beträffande actors inställning till skadegörelsen i subjektivt hänseende den skadelidandes angelägenhet, s. 539.) — *Omfattar principalansvaret jämväl actors dolösa handlingssätt?*, s. 539–553. (Ansvar för annans culpa behöver icke leda till ansvar jämväl för annans dolus, s. 539 f.; Utländsk rätt och litteratur låter dock numera principalansvaret omfatta även actors dolus, s. 540–543; Växlande ståndpunkter i frågan under skilda tider i amerikansk och engelsk rätt [betydelsen i den senare av lord Holt's särskilda rättvisesynpunkt i ett par äldre fall], hänvisning till vissa mina i Bd I uttalade synpunkter, allt å s. 543–545; Lord Holt's särskilda synpunkt beaktansvärd, uttalanden i amerikansk litteratur avseende judikaturen, s. 545–547; Egen åsikt: intet *egentligt* principalansvar för actors dolus; möjligen bör principalen i en *viss* kategori av situationer in dubio bli ansvarig, d. v. s. därest han icke kan på visst sätt »exkulpera» sig, s. 547–551; Principalen bör svara för actors dolus, om denne var »Erfüllungsgehilfe» eller eljest viss kontraktssituation förelåg, resp. förelegat, s. 552 f.)

Tillägg ..... 554—559

(Avser ett egendomligt beteende mot mig av dansken Ross i dennes nyligen utkomna arbete »Om Ret og Retferdighed».)

Litteraturförkortningar m. m. ..... 560—584

Rättelser.

På grund av sjukdom ha efter tryckningen blott de 10 första arken hunnit genomläsas. Denna genomläsning föranleder följande påpekanden.

Å s. 12 r. 7 uppifrån står: mellan, läs: inom.
Å s. 45 r. 7 nerifrån står: icke iakttagas, läs: iakttagas. (Samma fel i originalet, varifrån citatet hämtats.)
Å s. 101 r. 9 uppifrån står: konstatera, läs: konstatera eller göra sannolikt.
Å s. 101 r. 15 uppifrån står: kunskapskritiska, läs: kunskapskritiska omdömen och.
Å s. 101 r. 12 nerifrån står: sammanhang, läs: sammanhang (och andra kunskapskritiska omdömen).
Å s. 117 borde exemplifiering ha skett jämväl i anslutning till icke prevenerande ansvarsregel.
Å s. 134 r. 16 uppifrån står: av, läs: på grund av.
Å s. 159 r. 6 nerifrån står: föraktligt, läs: ringaktande.

Lundstedt, A.V.
Grundlinjer i skadeståndsr
: strikt ansvar
1948 - 1953
587 s + 584 s, 2 vol.

ÄO: skadeståndsrätt

H13 III a

