

HJALMAR KARLGREN

CULPA OCH SAMTYCKE
INOM
SKADESTÅNDRÄTTEN

CWK GLEERUP · LUND

EX LIBRIS



Knut Rodhe

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 vidare distribuera 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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Rektor vid Handelshögskolan
Professorn Dr Kurt Roth
med hälsning från vän - jmf

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0078157 0

CULPA OCH SAMTYCKE INOM SKADESTÅNDRÄTTEN

AV

HJALMAR KARLGREN

CWK GLEERUP · LUND 1969

LUND 1969. CARL BLOMS BOKTRYCKERI A.-B.

Förord

För utgivandet av denna skrift har jag erhållit tryckningsbidrag från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning. Jag ber att till Stiftelsen få framföra mitt vördsamma tack härför.

Stockholm i januari 1969.

Hjalmar Karlgren

Inledning

Den juridiska begreppsbildningen bygger som bekant på en anknytning av rättsverkningar (rättsföljder) till s.k. rättsfakta. Om ett angivet rättsfaktum föreligger — t.ex. ett sådant beteende som vi kalla stöld eller misshandel — inträder viss rättsverkan eller påföljd; det dömes till böter, fängelse eller annat straff. Är åter nämnda rättsfaktum icke förhanden, uteblir denna påföljd. Man plägar icke mena att domaren kan avkunna en stöld- eller misshandelsdom, om visserligen berörda beteende ej förekommit men han funnit ett annat beteende vara lika förkastligt, lika värt att undertrycka, och därför fått lust att låta även detta beteende drabbas av den ifrågavarande påföljden. Det anses därvidlag icke göra någon skillnad, om domaren ginge tillväga så, att han med hänsyn till beteendets elakartade beskaffenhet *rubricerade* det såsom stöld eller misshandel, under förhoppning om att det ogillande som uttryckes i denna rubricering, detta stämplande av beteendet såsom stöld eller misshandel, kommer att imponera på samhällets medlemmar och så småningom leda till att beteendet i fortsättningen försvinner eller blir sällsynt. — Motsvarande gäller på civilrättens område. Man utgår från att rättsfaktum och rättsverkan måste hållas isär, så att icke för uppnående av en enligt domarens mening önskvärd rättsverkan tillåtes, att rättsfaktum omrubriceras eller omstämplas. Det vore rena rättslösheten, skulle väl de flesta säga.

För skadeståndsrättens del har det emellertid på vissa håll inom nordisk doktrin under senare tid blivit högsta visdom, att man vid hanterande av culparegeln får förfara på dylikt

eller därmed jämförligt sätt. Inställningen i fråga är faktiskt rätt spridd. Författaren av denna skrift — som ej lyckats förstå det sköna i den nya melodin — har t.o.m. av en hit-hörande rättsvetenskapsman, preceptor *Anders Agell*, i ett inlägg i Svensk juristtidning 1966 s. 402 anklagats för att i sin uppfattning om culpabegreppet stå »isolerad». Anklagelsen har gått mig djupt till sinnes. Om en juridisk författare får veta, att hans åsikt beträffande ett rättsligt begrepps innehåll strider mot den härskande, att han i begreppsbestämningshänseende ej är renlärig, måste det vara en allvarlig sak, icke sant? För att lägga ytterligare lök på laxen har Agell uttryckligen uppfordrat mig att stå till svars i förevarande hänseende (s. 403). Till åtlydnad härav skall jag nu göra ett försök, utöver det som jag redan presterat i min »Skadeståndsrätt» samt i SvJT 1955 s. 194, jfr 1938 s. 353, att utveckla varför jag anser att den uppfattning om culpabegreppet som företrädes av Agell och likasinnade, deras antal må vara större eller mindre, icke innebär något vetenskapligt framsteg utan motsatsen. Jag håller mig närmast till Agells framställning i hans doktorsavhandling »Samtycke och risktagande», 1962. I anslutning härtill skall riktas viss kritik mot Agells av hans culpaåskådning influerade teser rörande betydelsen av den skadelidandes samtycke till skadan eller skaderisken.

Till förekommande av missförstånd vill jag starkt betona, att Agells anmärkta avhandling enligt min mening utgör ett förtjänstfullt arbete, vittnande om både skarpsinne och kunnighet hos dess författare. Arbetet förtjänar helt visst den uppskattning som genom dess akademiska betygsättning och annorledes kommit det till del. Att polemisera mot en svag doktorsavhandling skulle aldrig — ens såsom här till självförsvaret — falla mig in. Intet är mig mera främmande än syftet att komma en så duktig och sympatisk forskare som Agell till livs, en forskare av vilken man kan vänta sig mycket i framtiden.

Culparegeln

Den skadeståndsrättsliga culparegeln innebär enligt traditionell uppfattning — såsom närmare utvecklats i »Skadeståndsrätt», där regelns innebörd tillika blivit föremål för preciseringar och förtydliganden — att domstolarna vid sin bedömning av vad som är culpöst eller icke culpöst i första hand lägga till grund det som faktiskt praktiseras i samhället, av »förståndigt» och omdömesgillt folk, i all synnerhet av vederhäftiga yrkesmän på olika områden. Ofta bygga domstolarna därvid på förebragt utredning rörande denna fakticitet, i andra och väl vanligare fall på vad man vet i ämnet (eller tror sig veta, se nedan). Men härmed har blott en del av det för culparegeln karakteristiska angivits. Även ett beteende som icke strider mot det sedvanliga, det faktiskt tillämpade, betraktas som culpöst, om det är oförenligt med vad som *bör* iakttagas enligt härskande moralföreställningar, sådana som hysas av »hyggligt» folk, av »goda» samhällsmedlemmar.¹ Däremot

¹ Som bekant använde romarna som måttstock »den kloke och gode husfadern», och detta var väl för sin tid icke så oävet. Numera pläga en del författare (men såvitt jag funnit ej Agell) demonstrera sin realism genom att göra sig lustiga över denna bild. Det förekom för resten redan vid sekelskiftet och tidigare.

Märk att med talet om moral i detta sammanhang icke får förbindas tanken på moralkrav av någon högre kvalitet — vilket vore mer än otidsenligt. Det rör sig blott om vad som allmänt eller i relevanta kretsar tänkes vara ett anständigt eller godtagbart uppförande, likaväl som inom parentes sagt talet om straffets eller skadeståndets »moralbildande» verkan icke betyder något annat än inprägling hos samhällsmedlemmarna av vissa handlingssätt eller underlåtenheter som »riktiga». Jfr min uppsats i SvJT 1968 s. 695.

kan man icke som culpöst i traditionell mening förstå ett olämpligt, otidsenligt, irrationellt etc. beteende. På sätt *Gomard* framhållit har domaren enligt culparegeln icke att suveränt bedöma vad hänsyn till samhällsnyttan kräver eller vad som eljest må anses påkallat.²

Om nu likvisst domstolarna understundom ålägga skadeståndsskyldighet i fall, där beteendets uppfattande som culpöst icke har något stöd i gängse sed eller härskande moral — orsakerna härtill må vara vilka som helst — ha enligt den mening jag givit uttryck åt i »Skadeståndsrätt» i *realiteten* culparegelns gränser överskridits, och detta oavsett om, såsom ofta men icke alltid sker, culpaterminologi användes i domen. Skadeståndsansvaret är här i verkligheten strikt. Culpans är »fiktiv».

Agell vitsordar (s. 78), att när i min nämnda lärobok hävdas, att ansvar enligt culparegeln realiter föreligger endast om ett skadegörande handlande inneburit ett avsteg från det beteende som motsvarar sedvanlig försiktighet eller i varje fall härskande moraluppfattning, jag företräder den historiskt sett givna åskådningen. Men han invänder, att de som yttrat sig i frågan³ i allmänhet synas ha menat att »man som fall av culpaansvar borde betrakta varje situation vid vilken domstol ålagt skadeståndsansvar sedan ett beteende stämplats som vållande eller förkastligt, låt vara att *det enda kännetecknet på beteendets förkastlighet just är dess egenskap att verka ansvarsgrundande*» (s. 76; kurs. här). Till stöd för denna ståndpunkt har, heter det sedan, åberopats, att det för culpaansvaret utmärkande vore, att domstolarna *beteckna* ett handlingsätt som klandervärt (kurs. här), att domstolarna själva icke tro sig fingera

² *Gomard*, Forholdet mellem Erstatningsregler i og udenfor Kontraktforhold, 1958, s. 185. Vad förf. sedan yttrar s. 192 ff överensstämmer dock icke särdeles väl därmed.

³ »De som yttrat sig i frågan» lära vara hundratals författare, av vilka det överväldigande flertalet företräder den traditionella culpauppfattningen i en eller annan form. Men Agell menar uppenbarligen: de som yttrat sig i ämnet i nyare svensk (nordisk?) doktrin.

någoting och därför stå främmande för talet om fingerad culpa *samt att* det in casu stöter på svårigheter att draga gränsen mellan culpa och culpafiktion. Några sidor senare säger förf. vidare, med upprepande bl.a. av att fiktionskonstaterandet synbarligen strider mot »domstolarnas eget föreställningssätt», att en bestämning av culpabegreppet i huvudsaklig överensstämmelse med domstolarnas egen terminologi gäve den bästa beskrivningen av rådande praxis. Culpabegreppet borde anknyta till domstolarnas *uttryckssätt* oavsett att culpa därmed utgör ett osjälvständigt begrepp såtillvida att det i vissa situationer icke kan bestämmas utan att man samtidigt överväger lämpligheten av att skadestånd utdömes som rättsföljd av ett visst beteende (s. 82). För detta ställningstagande talade än ytterligare att — oberoende av om domstolarnas påstående, att ifrågavarande beteende är culpöst eller oförsvarligt, grundar sig på vad i samhället är brukligt resp. förenligt med den allmänna moralen eller så icke är fallet — samma rättspolitiska skäl för ansvaret gjorde sig gällande, nämligen hänsynen till allmänpreventionen, önskvärdheten av att motarbeta vissa beteendens förekomst i samhället (s. 80).

Detta kan måhända låta bestickande. Men man behöver icke mycket pröva de olika länkarna i argumentskedjan för att finna, att det ej är väl beställt med hållfastheten.

Först då några ord om Agells upprepade försäkringar, att det är för domstolarna främmande att anse sig fingera. Hur vet förf. detta så säkert? Domare äro lyckligtvis inga helstöpta figurer. De iakttaga, reflektera och genomskåda realiteterna olika. Viss försiktighet är därför påkallad när man skall uttala sig om domstolarnas eget föreställningssätt. Detta dock mera en passant.

Det kan för all del antagas vara riktigt, att i flertalet av de fall, då enligt vad jag i »Skadeståndsrätt» hävdad culpa-regelns gränser överskridits och i realiteten strikt ansvar ålagts, domstolarna icke ha klart för sig att de fingera. Intet är heller naturligare. Det är ingenting att förundra sig över att, när en domare fingerar, han själv tror att han

icke gör det. Domaren föreställer sig, att han står på verklighetens mark, men föreställningen är oriktig. Med fiktion i detta sammanhang förstås nämligen — ett förhållande som jag starkt underströk i SvJT 1955 s. 195 och som förf., när han nu opponerar mot min framställning, borde tagit hänsyn till — främst den omedvetna, icke den medvetna fiktionen. Relativt sällsynt torde vara, att en domare medvetet i en dom antager något som faktiskt ej föreligger. Så oärliga äro domare i allmänhet icke, och för övrigt skulle, såsom lätt inses, dylik företagsamhet ha sina betänkligheter, för att icke säga sina risker. Enligt min erfarenhet förekomma alltså medvetna fiktioner å domares sida mycket sparsamt. Det tycks visserligen vara en älsklingstanke hos Agell och likasinnade, att en domare ofta resonerar ungefär så här: Jag inser att det omstämda beteendet icke är culpöst i vanlig (traditionell) mening av att vara oförenligt med det allmänt tillämpade resp. det av allmänna moralföreställningar krävda. Men beteendet är olämpligt, efterblivet etc., och det är angeläget att i reformativt syfte göres ett ingrepp för att åstadkomma en förbättring på området. Låt mig fördenskull gå åstad och i den dom jag avkunnar förklara även detta beteende culpöst, så att skadegöraren får betala ersättning. Verkan av denna och mina kollegers liknande domar bör då kunna bli, att beteendet, tack vare det intryck vår rättspolitiska insats måste göra på allt folket, framdeles undvikes eller blir mindre populärt. Det har ju fått en brännmärkning, en stämpel av otillbörlighet över sig. — Ja, visst kunna sådana resonemang tänkas förda emellanåt, särskilt kanske av yngre, dådkraftiga medlemmar av domarkåren. Men det är undantag. Domare äro ej alltid så framstegsvänliga och reformivrande som ifrågavarande teoretiker så gärna — och det är ett vackert drag hos teoretikerna — vilja antaga. Speciellt är deras intresse för allmänpreventionen normalt icke så brinnande, varom vidare nedan. Man kan frukta att det är mera begränsade aspekter än den allmänpreventiva som domare i skadeståndsmål mestadels ha för ögonen — alldeles bortsett från att en domare som

lärt sig något av livet ofta tillägnat sig viss skepsis mot tanken, att hans och hans domarkollegers insatser i dömandet, i reformativ riktning, skulle kunna en så kraftig verkan åstadkomma.

Vad som däremot icke alls är ovanligt är följande. Domaren har framför sig ett fall, som från den skadelidandes synpunkt ter sig verkligt behjärtansvärt. Svårigheter möta emellertid att tillerkänna denne ersättning, enär det är tveksamt om culpa (i traditionell bemärkelse) kan läggas den som orsakat skadan, eventuellt »orsakat» den genom sin underlåtenhet, till last, och det tycks icke finnas någon lagbestämmelse eller rättsgrundsats — i alla händelser icke någon säker rättsgrundsats — som auktoriserar strikt skadeståndsansvar. Hur naturligt och mänskligt är det då icke, att domaren i ett dylikt läge för att komma till ett materiellt tillfredsställande resultat — kanske också för att undgå juridiska komplikationer! — till slut föreställer sig, ja *suggererar* sig själv till att anse, att beteendet trots allt är av beskaffenhet att omfattas med samhälleligt ogillande, t.ex. ett sådant som anständiga yrkesutövare i allmänhet ej skulle godtaga utan måste taga avstånd från. Detta trots att det faktiskt icke förhåller sig så, faktiskt icke finns något stöd för antagandet i fråga. På det sättet kan det särskilt lätt gå till, när domaren saknar praktisk erfarenhet på området.

Fiktioner av nu åsyftade typ ha i alla tider förekommit i rättstillämpningen, dock under senare tid sannolikt mindre än förut beroende på bl.a. att doktrinen allt mer sett som sin uppgift att hålla ögonen på domstolarna och beivra förekommande tendenser till fiktioner.⁴ Inom den skadeståndsrättsliga rättstillämpningen ha ofta fiktioner av förevarande eller liknande art påtalats, såsom då ett principalansvar

⁴ Härmed påstås givetvis icke, att ej även rättsvetenskapliga författare falla offer för fiktioner. Det är tvärtom hos dem en dess värre ej ovanlig synd att de, när det befinnes att deras teser och ståndpunkter ej överensstämma med verkligheten, komma till rätta med diskrepansen genom därtill ägnade fiktioner. Omedvetet naturligtvis.

motiverats med att kontraktsförhållande föreligger mellan den som tillfogat skadan och den skadelidande *även* då ett dylikt förhållande faktiskt saknas eller i alla händelser synes böra vara irrelevant. Såvitt känt är har man hittills icke sökt gendriva kritiken mot sådana fiktioner med argumentet, att domstolarna själva »stå främmande» för tanken att de fingera eller att man borde slå sig till ro med deras »eget föreställningssätt» o.s.v. Så troskyldiga bruka icke de elaka teoretikerna vara.

Härmed har jag kommit fram till det centrala i Agells culpabegrepp. Det för culpa utmärkande skulle vara, att domstolarna *beteckna* ett handlingssätt som culpöst (klandervårt, otillbörligt, förkastligt etc.). Genom att domstolarna förklara, att ett handlande (eller underlåtande) är culpöst, får det sådan egenskap. Ordet har denna skapande kraft. Man har endast att i efterhand konstatera, hur domstolarna, när de ålägga skadeståndsskyldighet, uttryckt sig. Så underbart enkelt i princip! Och så bra från domstolarnas synpunkt! Ty denna begreppsbildning måste, om man är konsekvent, innebära — därest culpapregeln är erkänd som gällande rätt — att doktrinen egentligen icke kan kritisera en dom, där domstolen förpliktat någon att utge skadestånd under åberopande av att den som orsakat skadan varit culpös. Domstolens uttalande om culpa åvägabringar i sig självt den rättsgrund som kallas culpa. Vad far gör är alltid det bästa, här med begreppsmässig nödvändighet det bästa och rätta. Det påminner om den kända spydigheten, att högsta domstolen dömer än si än så men alltid dömer den rätt. Agells uttalanden om culpabegreppet böra rimligen väcka entusiasm hos många domare. Så skall det låta! För egen del håller jag dock före — och jag vägrar tro, att jag därutinnan bland akademiker står »isolerad» — att det är en föga hedersam uppgift förf. därmed till synes tilldelat den juridiska doktrinen. Uppriktigt sagt vore det väl rena ynkedomen, om rättsvetenskapen på detta område — eller på vilket rättsområde som helst — skulle ha att sålunda traska efter i domarnas fotspår och registrera deras ställ-

ningstaganden, motiveringar eller rubriceringar, inkl. deras »stämplande» av handlingar eller underlåtenheter så eller så. Domstolarnas egna föreställningssätt äro sannerligen icke alltid av den natur att de böra vara sakrosankta. Tvärtom är det en av doktrинens viktigaste uppgifter att säga ifrån, öva kritik. Om saltet mister sin sälta, varmed skall man då sälta det? Kritik från doktrинens sida måste domstolarna tåla, även om detta ibland kan vara påfrestande, när kritiken är ovederhäftig och tillfällena till bemötande äro begränsade — det är ju icke god sed, att den som själv deltagit i ett domstolsavgörande uppträder till försvar för dess berättigande.

En följd av Agells och likasinnades culpabestämning blir tydligen, att bestämningen i princip ej ger domstolarna någon ledning vid deras dömande, enär alltså culpöst blir vad de själva så betrakta. Detta synes ock medges av förf. (s. 78 ff). Culpabegreppet är överhuvud icke till för domstolarna. Strängt taget ej heller för advokater eller andra, i vilkas verksamhet ingår att meddela upplysningar om gällande rätt (för att nu icke tala om det fall att skadevällaren själv skulle ha intresse av att få reda på huruvida hans beteende kan såsom otillbörligt ådraga honom skadeståndsansvar eller ej). Hur skulle advokater kunna ge ett något så när pålitligt besked om huruvida en culpapadom kan förväntas? Det är ej lätt för dem att gissa sig till vad domstolarna kunna komma att förehava i stämplingsväg. Oviss-het därom kan föreligga i båda riktningarna. Likaväl som ett i samhället hittills godtaget handlings sätt må komma att rubriceras som culpöst, likaväl kan ett beteende som hittills uppfattats som ej försvarligt befinnas vara av sådan (typisk) beskaffenhet att, särskilt från allmänpreventiv synpunkt, det är obehöfligt att underkasta skadevällaren en kanske tryckande ersättningskyldighet, med påföljd att beteendets betecknande som culpöst mot förmodan uteblir (jfr s. 72).

Vad har då Agell att anföra som skäl för en culpapregel av det av honom förordade innehållet, en regel som bl.a.

skulle mista sin sedan århundraden utövade funktion att vara hjälpmedel för domstolarna i deras rättstillämpande verksamhet? Ja, han frågar sig först (s. 78 f), vilket syfte en diskuterad systematik avser att fylla. Om ett val skall träffas, heter det, mellan å ena sidan en systematik ägnad att beskriva hur domstolarna faktiskt gå tillväga och å andra sidan en begreppsbildning, vars främsta värde ligger i att domstolarna vid sin rättstillämpning kunna få ledning av densamma, »kan det knappast vara lämpligt att generell och principiellt föredraga det ena alternativet framför det andra». Som man finner är uttryckssättet ytterligt försiktigt, hart när obeslutsamt. Men strax därefter rycker förf. upp sig och finner »obestriddligt, att en bestämning av culpabegreppet i huvudsaklig överensstämmelse med domstolarnas egen terminologi ger den bästa beskrivningen av rådande praxis». Med tillämpningen av det av förf. lanserade culpa-begreppet skulle alltså beskrivningen av rättspraxis i skadeståndsmål bli mera adekvat. Man finde bättre besked om hur domstolarna faktiskt gå tillväga.⁵

Härom är till en början att säga — det sammanhänger med det ovan om fiktiv culpa anförda — att en beskrivning av rättspraxis, som klargör hurusom i ett antal fall domstolarnas culpabedömning bottnar i oriktiga föreställningar om i samhället härskande sed resp. moralåskådning, torde vara minst lika adekvat som den som utan vidare accepterar en culpabestämning även i vad denna grundar sig på dylika föreställningar. Den förra beskrivningen upplyser liksom den senare om hur domstolarna gå tillväga. Men den förra anger därutöver, att verkligheten är en annan än

⁵ Vad förf. s. 82 åberopar till försvar för culpabegreppets osjälvständighet har föga tyngd. Att det skulle vara en »allmän företeelse», att innebörden av ett rättsfaktum bestämmes under hänsynstagande till rättsföljden måste bestridas, jfr det inledningsvis sagda. Påståendet är absurt. Vad förf. har i sikte kan möjligen vara, att det emellanåt förekommer, att man inom kontraktsrätten vid tolkning av ett otydligt rättsärende sneglar åt vilken rättsverkan som från den förklarandes resp. hans motparts synpunkt må ha tett sig mest naturlig.

den av domstolarna antagna. Som bekant har det sitt värde att se vad som sker i det som synes ske.

Vidare är det uppenbart att, om man gjorde allvar av att såsom avgörande för vad som är att förstå med culpa anse redan detta att domstolarna om ett beteende använda *beteckningen* culpöst, man ej gärna kan nå fram till en adekvat beskrivning av rättspraxis. Man skulle då blott fästa sig vid utanverken, rubriceringen eller frånvaron av rubricering. En tudelning av detta slag skulle vara helt formalistisk och ge föga utbyte. Just i de fall där culpan enligt min framställning i »Skadeståndsrätt» är fiktiv och ansvaret följaktligen i realiteten är strikt, förekommer det ofta nog, att domstolarna efter konstaterande av vissa fakta eller erfarenhetssatser konkludera med att svaranden måste anses skadeståndsskyldig utan något uttryckligt fastslående i domen att culpa ligger honom till last, alltså utan det av förf. så uppburna culpastämplandet. Domaren kan ha haft culpa i kikaren men av någon anledning underlåtit uttala detta, om icke annat så därför att den culpa han siktar till även för honom själv ter sig diskutabel och en förebråelse för fiktion kan hänga i luften (jfr förf. s. 94 not 88). Ja t.o.m. i fall då ett beteendes culpösa karaktär varit tämligen klar händer det ibland, att domstolen ej i sin motivering hamrar fast, att culpa utgör rättsgrunden för avgörandet. Det kan bero på rena tillfälligheter, att dylikt underlåtes. Man har icke helt allmänt, den vördnad för själva culpa-terminologin, som förf. — med sin allmänpreventiva inställning, varom vidare nedan — är intagen av.

Det synes ock osäkert huruvida Agell, när allt kommer omkring, själv restlöst genomfört sin uppfattning, att det just är betecknandet i domen av vederbörande beteende som culpöst, varpå tillämpningen av culparegeln hänger. Såsom prof. *Bengtsson* i en recension (SvJT 1963 s. 267) av Agells avhandling framhåller — där recensenten för övrigt uttalar som sin mening, att det kan vara befogat att i enlighet med vad som skett i »Skadeståndsrätt» överföra vissa situationer, där ett orealistiskt aktsamhetskrav uppställts, till det strikta

ansvarets område — är det möjligen Agells åsikt, att även i en del fall, där domstolarna undvikit att direkt tala om vållande, oaktsamhet o.s.v. som grund för ansvaret, »culpa-terminologi skall anses använd» (s. 273). Är detta riktigt, skulle således stundom även enligt Agell fordras mera för en culpdom än att den som göres ansvarig för skadan anges ha förfarit otillbörligt, klandervärdt o.s.v. Man har dömt »på grund av» culpa, även om detta ej utsagts i domen och det betecknande av beteendet som culpöst, vid vilket förf. eljest lägger så eminent vikt, saknas.

Vare härmed hur som helst. Av större intresse är vad förf. anfört till stöd för sin i varje fall principiellt fasthållna uppfattning om betydelsen av att ifrågavarande beteende i rättskipningen erhåller culparubricering, stämplas som otillbörligt. Han hävdar att detta ger uttryck för en särskild realitet, är förestavat av vissa rättspolitiska hänsyn. Vilken realitet och vilka hänsyn? Jo, såsom framgår redan av det ovan återgivna, allmänpreventionens. »Som Lundstedt i olika sammanhang utvecklat», säges det s. 80, »synes som en rationell förklaring bakom rättsordningens stämplande av ett visst beteende som vårdslöshet eller vållande kunna anföras önskvärdheten av att vissa handlingssätt motarbetas». Det heter vidare: »Om denna synpunkt accepteras» (uttryckssättet är ånyo märkligt försiktigt) »såsom en för culpaansvaret grundläggande tanke — låt vara av mycket allmän natur — har den tydligen samma betydelse, vare sig domstolarnas påstående, att ett visst beteende är oförsvarligt, grundar sig på vad som i samhället är brukligt (eller för enligt med den allmänna moralen) eller på domstolens egen värdering. I båda fallen föreligger samstämmighet icke bara genom att vållande som en teknisk term åberopas utan även genom att samma skäl ytterst talar för ansvar, nämligen önskvärdheten att motarbeta ett visst beteende».

Tryckes på denna motivering, hänger förf:s culpateori rent principiellt och teoretiskt bättre ihop. Om culpdomar, även sådana inom området för härskande sed och moral, väsentligen vore dominerade av allmänpreventiva hänsyn —

om syftet med att förklara en handling vårdslös (uttala ett ogillande omdöme) och på grund därav utdöma skadestånd i huvudsak vore att inpräglade hos folk beteendets förkastlighet för att detsamma i framtiden skall utebli eller bli sällsyntare — kan man kanske lättare förstå, att denna inpräglingsverksamhet i allmänpreventivt syfte icke bör göra halt vid vad som i detta nu på grund av sed och moral har en stämpel av otillåtlighet över sig. Slutsatsen är i varje fall vida mer naturlig än om rättstillämpningen enligt culpa-regeln till övervägande del bygger på s.k. reparativa eller ersättande hänsyn. De allmänpreventiva hänsynen borde respekteras, vare sig det gäller upprätthållandet av i samhället redan utbildade vårdslöshetsomdömen eller fråga är om att verka för undertryckandet av icke önskvärda handlingssätt framdeles. Man skulle måhända kunna tala om en på rättsanalogi grundad rättstillämpning å domstolarnas sida. Tankegången skulle väl icke helt sakna bäring ens om man i skadeståndsdomarna ej betjänade sig av culpa-terminologi men omständigheterna ändock gäve vid handen att allmänpreventionen varit för domslutet den utslagsgivande faktorn. Att lista ut huruvida så förhölle sig kunde visserligen stundom vara besvärligt. Gränsdragningssvårigheter motsvarande dem som förf. åberopar som skäl mot att skilja mellan verklig culpa och fingerad culpa (jfr ovan) finge även förf. underkasta sig. Men detta kunde ej vara avgörande.⁶ Under alla omständigheter bleve det begripligt, att man icke i de fall då domstolarna faktiskt gått längre i skadestånds utdömande än vad som är förenligt med gängse sed och härskande moral talar om strikt ansvar utan med hänsyn till den gemensamma rättsgrunden, det dominerande rättspolitiska motivet, ställde dylika domar på samma plan som de »egentliga» culpadorarna.

Men ej heller så motiverad torde Agells culpabestämning hålla stånd vid en kritisk granskning. Det hedrar visserligen

⁶ I talrika fall är det som bekant ett gottköpsargument, när man som skäl mot en juridiskt betydelsefull distinktion invänder, att bekymmersamma gränsfall kunna möta.

Agell i hög grad att han, i allt fall på culparegelns område, har förståelse för allmänpreventionens betydelse i skadeståndsrättsligt hänseende, att han ej är behäftad med den närsynthet vid bedömningen av skadeståndsrättens funktioner som på sina håll är vanlig — icke blott hos folk, som ej har förmåga eller tid att tänka igenom de rättsliga sammanhangen i stort och på längre sikt, utan även hos rättsvetenskapsmän som ha sådan tid och borde ha bättre förstånd.⁷ Men att sträcka sig så långt som Agell här gjort synes mig alltför starkt. Man får för mycket av det goda. I grund och botten skulle hans uppfattning kunna sägas löpa ut på att så långt culparegeln gäller den allmänpreventiva funktionen rent av är att inlägga i själva skadeståndsbegreppet. Det föreligger här en ensidighet som man måste taga avstånd från. Skadeståndet enligt culparegeln fyller även andra uppgifter, som icke kunna anses underordnade. Även om »ägaren» av en sak saknade skadeståndsrätt, när densamma förstördes eller skadades, skulle man visserligen, med tanke på alla de fall då tack vare skadeståndsrätten och andra preventivt verkande faktorer skada ej inträffar, kunna tala om en honom tillkommande äganderätt. Men äganderätten får ett högre värde, om när skada inträffar skadestånd tillerkännes ägaren; skadeståndsrätten fungerar från sådan synpunkt »rättighetsförstärkande». Med hänsyn härtill måste även inom culparegelns område skadeståndets reparativa eller ersättande uppgift (visserligen i grund och botten meningslösa uttryck, eftersom skadeståndet redan enligt sitt begrepp utgår till den skadelidande för att täcka hans förlust) spela en framträdande roll. — Förf. utgår från att det i föreliggande hänseende råder en motsättning mellan culpaansvaret och det strikta skadeståndsansvaret. Vad det senare angår har förf. nämligen ett påtagligt intresse för, som han kallar det, ansvarets sociala och reparativa funktion.⁸ Motsättningen är dock i stor utsträckning obefintlig.

⁷ Jfr härtill och till det strax följande min förut anmärkta uppsats i SvJT 1968.

⁸ S. 86 vitsordas dock att, då vid lagstiftning och rättstillämpning

Även det strikta ansvaret kan utöva allmänpreventiv verkan och ha sådan motivering, jfr min »Skadeståndsrätt» s. 115. Ett skadeståndsansvar som drabbar t.ex. en företagare utan möjlighet för honom att återopa frånvaron av culpa måste vara särskilt ägnat att motverka förekomsten av det beteende som utlöser det strikta ansvaret liksom bidra till att det så småningom i samhället uppkommer en föreställning om att beteendet är »otillåtligt», »otillbörligt» o.s.v. (såvida nu icke förhållandena undantagsvis äro sådana att beteendet trots skadeståndspåföljden behåller sin prägel av »rättsenlighet»⁹).

Relevant i sammanhanget¹⁰ är dessutom icke så mycket vad som *bör* ligga bakom domstolarnas tillämpning av culparegeln utan vilken inställning dessa faktiskt kunna antagas ha. Och därom torde med säkerhet kunna påstås, att en dylik allmänpreventiv uppfattning ej helt allmänt är förenlig med domstolarnas » eget föreställningssätt». Inställningen varierar där mycket. Det finns domare som, inriktade på de enskilda fall varmed de ha att göra, äro skeptiska mot eller i alla händelser ointresserade av skadeståndets allmänpreventiva uppgift; vad det gäller är för dem blott att skadelidande skola ha ersättning för sina förluster, det övriga är icke mycket att resonera om. Det finns också domare, som ej synas ha något begrepp om vad allmänpreventionen är. De inbilla sig t.ex., en ej ovanlig villfarelse även inom den juridiska doktrinen, att allmänprevention innebär ungefär detsamma som avskräckning,

är fråga om den rättspolitiska lämpligheten av culpaansvar och strikt ansvar, gränserna mellan de olika ansvarsformerna framstå som ganska flytande samt att den praktiska skillnaden mellan ett rent strikt ansvar och culpaansvar kan antagas bli ganska obetydlig med hänsyn till de långtgående krav på försiktighet, som domstolarna kunna förväntas uppställa vid påfallande fara av viss verksamhet eller handling.

⁹ Om orsaken härtill se mina uttalanden i SvJT 1938 s. 364—366.

¹⁰ Den ensidighet hos förf. beträffande skadeståndets funktioner vid culparegeln varom nu varit tal har betydelse jämväl för bedömningen av hans »samtyckeslära». Härom mot slutet av nästföljande kapitel.

vilket naturligen leder till oriktiga slutsatser. Det finns än vidare domare, som visserligen icke bestrida utan erkänna allmänpreventionens betydelse — som ej äro blinda för att det är mera angeläget att på denna väg förebygga skadors uppkomst än att i efterhand, sedan de inträffat, överflytta konsekvenserna av dem på annan eller andra — men som ändock, kanske under hänvisning till att skadeståndsregler-
nas berörda verkan är svår att utreda och belägga, slå sig till ro med att denna icke gärna kan vara så genomgripande; se härom och om den ogrundade föreställningen, att »bevisbördan» i förevarande hänseende måste åvila den som hävdar att skadeståndsansvaret utövar ett allmänpreventivt inflytande, vad som anförts i TFR 1967 s. 253 samt i min förutnämnda uppsats i SvJT 1968 s. 701 f. Antagandet att en allmänpreventiv syn på skadeståndet är den inom domarkåren härskande lärer allt som allt vara en illusion. Det säger sig ock självt, att den omständigheten att i samhället till vissa beteenden anknytes ett ogillande omdöme — beteendena uppfattas som vårdslösa, klandervärda, otillbörliga — icke behöver ses som ett uttryck för att domstolarnas stämplande och inpräglade verksamhet i allmänpreventivt syfte avsatt resultat. Det ogillande omdömet kan helt enkelt närmast vara en produkt av att culparegeln, alldeles oavsett vilka motiv som varit för domarkåren bestämmande, upprätthålles i rättstillämpningen (varmed naturligen icke är sagt, att det förhållandet att skadeståndspåföljd är anknuten till visst beteende *alltid* medför, att detta sedermera uppfattas som otillåtet, otillbörligt etc).¹¹

Vilka svårigheter Agells culpateori har att kämpa med framgår icke minst av hans sätt att söka komma till rätta med den näraliggande invändningen att, även om domstolarna i bästa syfte men utan tillräcklig praktisk erfarenhet och sakkunskap låta sig i sin stämplande och mönsterbildande verksamhet förledas att ställa rent extrema krav på vederbörandes uppförande — krav som kanske icke eller

¹¹ Jfr hänvisningen ovan i not 9.

icke utan orimliga kostnader *kunna* uppfyllas — detta ej kunde hindra, att beteendet enligt nämnda teori vore att karakterisera som culpöst och att skadestånd således måste utdömas. Ty bestämmande för vad som är att anse som culpöst eller oförsvarligt skulle ju vara domstolarnas fria värdering och betecknande av handlingen eller underlåtenheten som förkastlig. Man torde i själva verket kunna säga, att förf:s culpateori här ställes på ett avgörande prov. Nödvändigheten att göra »undantag» från culpapregeln i dylika fall måste för bedömningen av teorins principiella hållbarhet vara avslöjande. Man förstår att förf. här har bekymmer. Åter och åter (s. 74 f, 84, 96, 97) förmanar han också domstolarna att icke bära sig åt på detta sätt, och man må för all del — om nu vore att befara, att hans culpaåskådning trängde igenom i rättslivet — hoppas att dessa icke slå förmaningarna i vädret. Men det behöver ej framhållas, att det betänkliga i att teorin sviktar på denna principiellt viktiga punkt blir man icke kvitt på det sättet. Det kan uppkomma en orimlig diskrepans mellan domstolarnas tillämpning av culpapregeln och den i samhället härskande inställningen. Detta som sagt både så, att domstolarnas upprepade bemödanden att framkalla av dem såsom önskvärda ansedda effekter icke avkasta resultat — skola bemödandena, dylika i allmänpreventiv nitälskan avkunnade skadeståndsdomar, ändock ogenerat fortsätta? — och så, att vad domstolarna icke ogilla och följaktligen lämna obeivrat i skadeståndshänseende detta oaktat omfattas, på en eller annan grund, av samhälleligt ogillande, allmänt bedömes som förkastligt. Förf. uttalar sig om denna teoretiskt centrala fråga helt kortfattat (s. 83). Han förklarar att »med det här utvecklade betraktelsesättet» blir det en fråga »av blott andrahandsintresse hur man bör betrakta den eventualiteten, att domstolarna som vållande, som otillåtet eller dylikt beteckna ett handlingssätt, vilket faktiskt är brukligt i samhället, men som domstolarna anse böra motarbetas, utan att rättsordningens omdöme slår igenom i den allmänna uppfattningen». I sak innebär detta, att förf. viker undan

och ej vill inlåta sig på spörsmålet. I nästa andedrag heter det dock helt karskt, att den anmärkta diskrepansen »måste accepteras». Måste den verkligen det?

Man kan efter vad nu anförts om Agells culpabestämning¹² fråga sig, vad en beskrivning av culparegelns tillämpning i rättspraxis egentligen skulle fylla för uppgift. En rättshistorisk eller något slags rättssociologisk undersökning är uppenbarligen ej åsyftad. Och om, såsom vi sett, culpabegreppet enligt hans modell icke kan tjäna till ledning

¹² Vad här sagts om innebörden i och konsekvenserna av Agells culpabestämning kunde måhända synas innebära en viss svartmålning såtillvida, som Agell tycks utgå från att inom ramen för den fria bedömning som tillerkännes domstolarna hänsyn må tagas jämväl till rådande sed och moral, ehuru med det förbehållet att domstolarna ha rätt att pröva, huruvida sedvanan eller moraluppfattningen bör godtagas (s. 82). Om alltså i rättsskipningen culparegeln visserligen skulle tillåta, att det dömes till skadestånd efter skildrat fritt skön, men man ägde utgå från att skönet faktiskt begagnas blott med vissa begränsningar, funnes i grund och botten, kunde man mena, icke så mycket att invända mot nämnda culpabestämning, utan allt vore väl beställt. Ja, med ett sådant sätt att resonera kan man komma långt. Det är klart att, om och i den mån den frihet i bedömningen och den rätt att »beteckna» ett beteende som culpöst, som förf. anser vara för culparegeln utmärkande men varemot här framförts betänkligheter, icke *praktiseras* utan domstolarna de facto ställa sig culparegeln i dess traditionella bemärkelse till efterrättelse, olägenheterna av förf:s culpälära ej inträda. Uppskattningen av dess värde måste emellertid vara beroende av hur det går om läran tages på allvar, d.v.s. om det förfares i rättsskipningen på ett sätt som ej är förenligt med den traditionella uppfattningen. Eljest skulle alltid en mot en ifrågasatt rättsregel riktad invändning, att regeln är alldeles för löslig, kunna avfärdas blott med argumentet, att den omständigheten att domstolarna *äga* praktisera en dylik löslig tillämpning icke betyder något nämnvärt, bara de samtidigt förmanats att iakttaga måtta med lösligheten, att hålla sig inom »försvarlighets» gränser. — En låt vara extrem jämförelse må tillåtas. Om »den upplysta despotin» kritiseras som styrelseform under hänvisning till att despoten har alltför stor makt på folkets bekostnad, skulle kritiken anses obefogad därest tillika, kanske i själva författningen, lagts despoten på hjärtat att vid utövande av sin suveräna beslutanderätt *även*, eller t.o.m. främst, beakta »folkviljan» (dock med rätt att pröva om folkviljan bör respekteras, se ovan).

för domstolar, advokater och andra som äro intresserade av att få veta vad som skadeståndsrättsligt enligt culparegeln är gällande rätt, vad har det då för mening att lämna upplysning om hur det dömts i mål där culpaansvar påståtts? Domstolarna ha ju i fortsättningen, enligt den givna culpa-bestämningen, fria händer att förfara såsom dem lyster, stämpla eller icke stämpla efter gottfinnande.¹³ På denna

¹³ I »Skadeståndsrätt» s. 82 har jag uttalat, att i *den mån* domstolarna stämpla en handling som culpös blott därför att man rättspolitiskt anser handlingen vara förkastlig och av denna orsak böra beläggas med skadeståndsansvar — således utan hänsyn till om handlingar av förevarande art i allmänhet ej företagas i samhället eller hittills ur moralisk synpunkt tett sig förkastliga — det föreligger en logisk cirkel, därför att kriteriet på handlingens culpösa karaktär då enbart blir skadeståndansvaret; begreppet culpa saknar självständigt innehåll. *Hellner* har (i SvJT 1953 s. 622 not 2) kritiserat detta uttalande under åberopande av att domstolarna enligt vad allmänt är erkänt, kunna vara rättsskapande, något som icke behöver föranleda tal om cirkelresonemang. Denna hänvisning till att ifrågavarande culparättsskipning skulle vara rättsskapande måste betyda, att enligt *Hellners* mening domstolarna i de åsyftade fallen, efter att förut ha dömt till skadeståndsansvar under vissa betingelser (såsom oförenlighet med sed eller moral), *frångå* den regel de tidigare tillämpat och numera ålägga dylik påföljd under andra betingelser, alltså tillämpa *nya* regler. Men det är icke däri det av mig påstådda cirkelresonemanget ligger; jag hävdar ju just att domstolarna de facto, i de undantagsfall varom här är tal, ålägga skadeståndsansvar under andra betingelser än vid egentliga culpador. Utan cirkeln består i att som *motivering* även i de »nya» fallen anföres, att culpa kan läggas vederbörande till last. Det dömes till skadestånd »på grund av» culpa. Såsom skäl för att skadeståndsansvar skall inträda — oavsett att man anknyter till andra betingelser än de hittills som ansvarsgrundande erkända — åberopas något som icke betyder mera än att skadestånd skall utgå (eventuellt utgå för visst syfte). Detta kallar jag fortfarande en cirkelmotivering: emedan svaranden bör betala skadestånd, skall han betala skadestånd. På intet sätt antyds i domar av detta extraordinära slag, att betingelserna för skadeståndspåföljd äro andra än de som tidigare funnits erforderliga eller att handlingen ej var skadeståndsgrundande när den tillkom utan blev det först i den sekund domstolen meddelade sin dom. Tvärtom ges med nämnda motivering sken av att ingen förändring skett: svaranden har ju gjort sig skyldig till culpa!

punkt kan man dock komma förf. till hjälp, om han vill ha sådan. Det förutsättes möjligen att, hur fria domstolarna än skola vara vid sin hantering av culpabegreppet, det skall

Måhända skulle någon vilja säga, att cirkeln uteblir, om man menar att culpa endast är ett täckord för en mängd olika skadeståndsregler, utbildade i rättspraxis undan för undan och anknyttande till rättsfakta av skilda slag — i och för sig kanske lika skiftande som blomstren skifta i det gröna — men sammanhållna av domstolarnas uppfattning, att det i dem alla bör (eller bör för visst syfte) dömas till skadestånd. Så brukar man väl dock sällan föreställa sig culpa-regeln; konstruktionen måste för de flesta, allra helst på domstolshåll, te sig mer än lovligt teoretisk. Och i vilket fall som helst kan ett täckord icke gärna godtagas som *motivering*.

Säges det ytterligare, att man icke kan tala om cirkel, därest själva »regeln» anses ha det innehåll, att domstolarna äga suverän befogenhet att ålägga skadeståndsansvar när lusten faller på, är man tillbaka vid den kritik som framförts i texten.

A propos: Någon gång ställes frågan, som motargument gentemot den vedertagna culpauppfattningen, hur domstolarna skola bära sig åt, om det icke kan påvisas någon sed eller moral av beskaffenhet att enligt denna uppfattning motivera skadeståndspåföljd. Svaret är lätt givet: då bör man låta bli att döma till skadestånd enligt culpa-regeln. Man bör ej ålägga folk ansvar utan rättsgrund eller på fiktiv rättsgrund. Det är en sund princip, som domare i längden må bra av att tillämpa. Men anses fog föreligga för att med stöd av de fakta som förebragts utforma en regel om *strikt* skadeståndsansvar, inom de gränser som äro utstakade för domstolarnas rättsskapande verksamhet, så bör man naturligen göra det (helst om den kunskapsförstärkt allmänheten även får någon upplysning om vad regeln egentligen innebär). Och så dömer man i fortsättningen efter den regeln!

Det har också hänt, att man frågat varför just i förevarande sammanhang sed och moral skulle tillmätas större betydelse än på andra rättsområden (jfr Hellner s. 622). Ej heller på denna punkt är det svårt att ge besked. Beklagligt nog äro i allmänhet, när culpa-regeln tillämpas, icke några mera konkreta rättsregler att tillgå. Finnas sådana, bör man för all del ge culpa-regeln på båten och låta det konkreta ersätta den delvis utomrättsliga norm som culpa-regeln utgör; se vidare nästföljande kapitel s. 62 f. Ty culpa-regeln är ett fattigdomsbevis, ett nödfallshjälpmiddel. Man skulle med någon överdrift kunna säga, att den bidrager till att utfylla ett rättstomt rum. Ju mindre den måste tagas i anspråk dess bättre. Allra minst finns det anledning att utvidga dess användning i de fall där man hittills kunnat reda sig på annat sätt.

finnas en spärr: tidigare domar i skadeståndsmål skola respekteras i den mån detta enligt gällande rättegångsregler är påkallat och brukligt. På denna processuella väg skulle alltså även enligt förf. det bli kvar i culpabegreppet såsom norm något reellt — ett rättesnöre även för domstolarna — nämligen till den del sakläget vore något så när överensstämmande med det som förelåg i tidigare avgöranden. Domaren vore vid tillämpning av culparegeln obunden av gängse sed och moral men icke av vad hans likar tänkt och gjort. Det är en skillnad givetvis.¹⁴

Ytterligare några punkter i Agells framställning av culpabegreppet kunna kräva kommentar.

Såsom skäl mot att i fall då culpa i traditionell bemärkelse ej kan sägas vara förhanden tala om fiktiv culpa (och i enlighet därmed, reellt sett, om strikt ansvar) anföres s. 81, att ansvaret i dessa fall är av annan typ än det är i fall av ostridigt strikt ansvar. Detta är ej riktigt. Påståendet håller streck under vissa omständigheter, såsom när det gäller gnistskador enligt 1886 års järnvägsskadelag, men icke helt allmänt. När t.ex. en företagare ansetts böra ha principalansvar på grund av fingerad culpa, är typläget merendels nära överensstämmande med det som föreligger när principalen är underkastad en rättsregel om strikt ansvar för underlydande. Det är t.o.m. ofta mycket svårt att avgöra, huruvida i visst fall rättsgrunden varit den ena eller den andra.

S. 80 anför Agell att, om man som fall av fiktiv culpa eller alltså i realiteten strikt ansvar bedömer de fall, då vederbörandes beteende icke strider mot härskande sed eller

¹⁴ Osäkert är dock, om detta stämmer med förf:s mening. S. 83 föreställer han sig nämligen, att man vid tillämpning av den traditionella culparegeln skulle stå rådvill i situationer, då enligt tidigare rättstillämpning culpa antagits trots att ifrågavarande handlande överensstämt med sedvanan eller den allmänna uppfattningen. Därest nu motsvarande rådvillhet ej skulle föreligga enligt förf:s culpateori, är kanske tanken den, att man vid tillämpningen av culparegeln är obunden jämväl av tidigare rättsskipning i jämförliga fall.

moral, frånsäger man sig möjligheten att inom culparegelns ram höja den allmänna aktsamhetsstandarden i samhället. Icke heller detta torde vara ett bärande argument. Först är att märka att, i den mån aktsamhetsstandarden höjes i samhället av andra skäl än domstolarnas insatser för ändamålet, rättsskipningen automatiskt följer med i denna förhöjning. Något stampande på stället blir det således icke tal om. Nu menar väl emellertid förf., att det vore beklagligt, om domstolarna ej kunde inom culparegelns ram göra ansträngningar för aktsamhetsstandardens höjande. Men om höjningen sker genom culparegelns utnyttjande eller genom åläggande av strikt skadeståndsansvar (utan culpafiktion), kan väl i allmänhet komma på ett ut, jfr s. 80 n. Här om torde det dock vara svårt att övertyga förf., som även här klänger fast vid att själva uttalandet i skadeståndsdomen om att beteendet är vårdslöst skall utöva ett folkuppfostrande inflytande.

I ett särskilt avsnitt (s. 95 ff) söker Agell med utgångspunkt från sin uppfattning om culpabegreppet bestämma i vad mån samma begrepp skall anses vara av objektiv resp. subjektiv natur. Avsnittet är rätt svårtillgängligt, och då jag icke är säker på att ha rätt tillgodogjort mig detsamma, skola här sägas blott några få ord om dess innehåll. Det upplyses att vad i det föregående sagts om culpabegreppets innebörd avsett ett »utpräglat objektivt culpabegrepp» i den meningen att aspekten är den utomstående betraktarens (jag förmodar närmast domstolens) och med bortseende från skadegörarens personliga egenskaper och *känedom om förhållandena* (kurs. här). Skall detta betyda att berörda objektiva culpa är abstrakt till den grad, att den nämnde betraktaren icke skall vid sin bedömning placera sig i skadegörarens belägenhet? Hur skulle något så extremt abstrakt begrepp taga sig ut? Troligen menas dock icke detta. I vilket fall som helst är det tydligt att man enligt förf. tillika har att arbeta med ett subjektivt culpabegrepp, grundat på en avvägning som mynnar ut i ett omdöme om den enskilde skadegörarens uppträdande, »låt vara att denne givits 'nor-

malmänniskans' skepnad».¹⁵ Här förutsättes även, att culpabegreppet ej får vara sådant att de uppställda normerna icke rimligen kunna väntas bli rättesnören för en »genomsnitts-individs» handlande. Det ena med det andra synes utvisa, att culpabedömningen i detta avsnitt sjunkit ned till en vida lägre nivå än den man befinner sig på, då aspekten är den förutnämnde objektive betraktarens. »Ur preventiv synpunkt förefaller det sålunda meningslöst», framhålles bland annat, »att ålägga skadeståndsansvar i situationer, då skadegöraren icke kan läggas till last bristande insikt om att hans beteende haft egenskaper, vilka gjort det objektivt oförsvarligt». Detta nedsjunkande bekräftas av vad strax där- efter säges om att kravet på tillräknande beträffande de olika faktorer, på vilka culpaskönet bygger — ett krav som framstår som »ett rent subjektivt moment i culpabegreppet» — »praktiskt sett ofta torde kunna begränsas till en fråga om skadegöraren bort inse att risk för skada förelegat». Den ej särskilt initierade läsaren tycker kanske, att det då icke blir så mycket kvar av den upphöjda, rättspolitiska värdering, som företages av den objektive betraktaren (domstolen) och som enligt vad vi sett skulle vara bestämmande för culpabegreppet i princip.

Sannolikt är det avsett, att en undran av sistnämnda art skulle få sitt svar genom vad i fortsättningen anföres om att det subjektiva culpabegreppet bör referera till det objektiva på samma sätt som de subjektiva rekvisiten referera till de objektiva inom straffrätten. Härtill återkommer också Agell i SvJT a.st. 404 f, där betecknande nog sambandet mellan culpabegreppets objektiva och subjektiva sida säges ur teoretisk synpunkt bli ganska komplicerat. Jag har själv tidigare, i anslutning till vissa anhängare av den nordiska rättsstridighetsläran, varit inne på samma linje (i »Skadeståndsläran», 1943). Men såsom framgår av »Skadestånds-

¹⁵ Ett uttalande i sammanhanget om att det »förefaller principiellt och teoretiskt som om frågan om de subjektiva momenten möter i två omgångar» hör till dem som jag icke lyckats förstå, och det kan därför ej här kommenteras.

rätt» s. 25 («utan att jag på förhand» etc.) och s. 55 har jag sedermera övergivit tanken såsom ogenomförbar, eller åtminstone ej allmänt genomförbar. När en »genomsnittsperson» blir ansvarig enligt culparegeln och således påbördas vårdslöshet, kan detta, om hänsyn togs till det läge vari han vid tiden för det skadevällande beteendet befann sig, icke utan vidare motiveras med att han bort inse de omständigheter som ligga till grund för den objektive betraktarens (domstolens) rättspolitiska bedömning enligt Agells modell. Det är för mycket begärt, att den handlande t.ex. när det gäller kausalitet och adekvans bort ha en insikt om förhållandena, som motsvarar nämnde upphöjde betraktarens insikt. Utan det krav som avses då man hänvisar till vad han »bort» inse måste vara av »lägre» och anspråkslösare beskaffenhet. Att överföra straffrättens fordran på insikt om de objektiva rekvisitens förefintlighet till skadeståndsrätten låter sig alltså icke schablonmässigt göra, om det objektiva skall vara något så kvalificerat som förf. förutsätter. Däremot bör det objektiva ställningstagandet även här vara avgörande i *negativ* riktning, till skadevällarens förmån. Befinnes kausaliteten eller adekvansen, bedömd objektivt, brista, undgår han skadeståndspåföljd, t.o.m. om han själv bedömt sitt beteende som rättsstridigt.

Den skadelidandes samtycke till skadan eller skaderisken

Såsom Agell understryker är det vid tillämpningen av culpa-regeln icke möjligt att taga hänsyn blott till att vederbörande genom sitt handlande orsakat skada å sak eller person (om man nu närmast håller sig till culpa-regelns egentliga tillämpningsområde: »integritetskränkningarnas») samt att han haft eller bort ha kännedom om skaderisken, icke ens om det står klart att handlandet inneburit en rättsligt beaktansvärd sådan risk. Mothänsyn av skilda slag, främst hänsyn till handlings- och rörelsefriheten i samhället, kunna trots att nämnda betingelser för skadeståndsskyldigheten äro uppfyllda motivera ansvarsfrihet. Det är »nordiska rättsstridighetslärans» ovanskliga förtjänst att ha dragit fram i förgrunden dessa mothänsyn och analyserat dem. Att utsätta annan för betydande skaderisker till egendom eller person, ja att uppsåtligt skada annan, *kan* vara rättsligt tillåtet. Det är ofta t.o.m. önskvärt ur samhälleliga synpunkter, att skaderisker tagas eller skada åsamkas. Nordiska rättsstridighetsläran uttryckte angivna förhållande så, att dylika handlingar trots de skador eller skaderisker de medföra sakna »rättsstridighet». Än tydligare måste vid underlåtenhet skiljas mellan frågan huruvida ett beteende medför skada eller risk för skada, å ena sidan, och frågan huruvida beteendet detta oaktat är rättsligt tillåtet. Enligt huvudregeln är, inskräppte den nordiska rättsstridighetsläran, en underlåtenhet som förorsakar skada eller skaderisk (man laborerar ju med kausalitet även vid underlåtenhet) icke

rättsstridig. Men härifrån gjordes och göras alltjämt många undantag.

Talet om »rättsstridighet» och rättsenlighet är naturligtvis en dålig terminologi, se »Skadeståndsrätt» s. 67. Det kan nog också läggas hithörande författare till last vissa naturrättsliga tankegångar; skolan kan på sitt sätt ha viss ideologisk belastning (jfr avhandlingen s. 94). Men att, såsom för ögonblicket är på modet i nordisk doktrin, helt allmänt se med nedlåtenhet på nordiska rättsstridighetsläran — kanske med motiveringen att den kan »undvaras» — är på grund av lärans stora sakliga värde orättvist. Och det betänkliga med att så sker är att angivna distinktion otillräckligt beaktas.

Redan långt före den nordiska rättsstridighetslärans tid hade man emellertid från frågan om själva skadetillfogandet och skaderisken hållit isär frågan om verkan av mothänsyn såtillvida som vissa »klassiska» grunder för, som det hette, rättsstridighetens bortfallande vunnit erkännande, t.ex. nödvärn, nöd, ämbetsplikt. Även den skadelidandes samtycke till skada eller skaderisk brukade föras hit. Att sådana skäl för skadeståndsskyldighets (och straffansvars) uteblivande tidigt uppmärksammades berodde uppenbarligen bl.a. på att det här rörde sig om mera konkret utformade, ofta i särskilda lagbud uttryckta grunder för den eljest skadeståndsskyldiges befrielse från ansvar än de grunder för ansvarsfrihet vartill ett allmänt beaktande av mothänsyn vid culpa-regelns användning kan föranleda.

I Agells avhandling dryftas nu spörsmålet om verkan av den skadelidandes samtycke såsom föranledande skadeståndsansvarets uteblivande eller minskning. I huvudsak är fråga om samtycke till en föreliggande skaderisk, alltså icke samtycke till själva skadan. Närmast behandlas samtyckets betydelse för tillämpning av culpa-regeln, och vad nedan säges hänför sig i det hela blott härtill.

Agells huvudtes — som dock ej framföres med anspråk på att vara allena saliggörande, se mot slutet av detta kapitel — är att den skadelidandes samtycke till skaderisken ej

bör behandlas som en självständig ansvarsfrihetsgrund av den klassiska typen utan i stället är att beakta endast inom ramen för culpabedömningen med allt vad därtill hör. Samtycke till skaderisken (varmed åtminstone i betydande omfattning synes jämsställas hans villighet att finna sig i vissa omständigheter som medföra risk för skada, »samtycke till bakomliggande omständigheter» s. 10, 318, jfr s. 238, 240 f) skall således utgöra ett moment vid bedömningen av *skadevållarens* beteende. Följden av detta beaktande kan bli, att skadeorsakandet ej är att betrakta som »oförsvarligt». Någon skadeståndsskyldighet skall då icke förekomma. Står åter trots samtycket oförsvarligheten kvar, kan samtycket ändå utöva den verkan att ersättningsbeloppet jämkas enligt andra punkten i 6:1 strafflagen. Uppmärksammande av samtycket i denna senare ordning försvaras möjligen ock av förf. såsom en andrahandsposition. — En besläktad ståndpunkt har under senare tid intagits av bl.a. den tyske författaren *Hans Stoll*. Agells framställning är dock fullt självständig, och den innehåller, såsom förut sagts, mycket av intresse och värde.

Redan i en recension i SvJT 1964 s. 42 av *Bengtsons* arbete »Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv» (1962), där liknande synpunkter kommo till uttryck, framförde jag betänkligheter mot en behandling av frågan om den skadelidandes samtycke efter nu antydda linjer. Agells förevarande inlägg i SvJT 1966 s. 402 inkluderar även viss kritik av denna min opposition.

I sitt inlägg attackerar Agell till en början — såsom en bakgrund till det följande — den uppfattning jag skulle hysa om rättsstridighetsläran och dess förhållande till culpa-regeln. Förf. har emellertid missförstått vad jag yttrat om denna sak, synbarligen förledd av ett visst uttalande i »Skadeståndsrätt», som läst isolerat må vara ägnat att inge berörda missförstånd. Jag hade trott att mitt ställningstagande klart framgår av hithörande partier i läroboken i sin helhet. Några ord till bemötande i denna del äro nödvändiga.

Nyss nämndes, att man ej kan uttömmande ange culpa-regelns innehåll genom att enbart taga fasta på huruvida den som tillfogat ifrågavarande skada insett eller bort inse skaderisken. Ett omfattande parti av »Skadeståndsrätt» har just ägnats åt att påvisa detta förhållande. Det måste tillkomma, förutom bestämningen av vilken skaderiskgrad som skall anses rättsligt beaktansvärd, att icke några mothänsyn kunna åberopas som böra föranleda ansvarsfrihet, såsom hänsynen till att ej olämpliga inskränkningar göras i folks allmänna handlingsfrihet i samhället. I fortsättningen må detta i viss anslutning till den vedertagna, ehuru som sagt otillfredsställande terminologin uttryckas så, att »rättsenlighetssynpunkterna» föranleda, att skadevållaren (likaväl som han i allmänhet undgår straff) ej drabbas av ersättningsskyldighet.

Det är riktigt, på sätt Agell framhåller, att rättsstridigheten kan bortfalla — det skadegörande beteendet kan vara att beteckna som rättsenligt — icke blott när mothänsynen äro av beskaffenhet att kunna inrymmas under de klassiska reglerna för ansvarsfrihet utan även eljest. Genom att begränsa området för rättsenlighetshänsynens beaktande till de klassiska fallen erhöle man visserligen, såsom jag anmärkt i min »Skadeståndsrätt» s. 74, den klaraste bestämningen av rättsstridighetsbegreppet; det är detta yttrande som missförståtts av Agell. Men en sådan begränsning låter sig icke upprätthålla. Att enligt min mening även andra mothänsyn måste kunna vara relevanta ansåg jag klart framgå av läroboken (se särskilt s. 74 f ävensom, vad spörsmålet om faregradens storlek beträffar, oppositionen mot Ussing s. 84, vilken såvitt gäller integritetsinskränkningar hävdade att man borde — bortsett från fall där faregraden är ytterst låg — inskränka ansvarsfriheten till vissa klart avgränsade typfall). Jag är helt främmande för den mig av Agell s. 404 tillskrivna åsikten, att subjektiv culpa plus frånvaron av någon klassisk grund för ansvarsfrihet »sammanlagda fånga in» de erforderliga förutsättningarna för skadevållarens ersättningsskyldighet vid integritetsinskränkningar.

Vid sådant förhållande har man att terminologiskt välja mellan två alternativ. Hänsynstagandet till rättsenlighets-synpunkterna kan förläggas antingen utanför eller innanför culpabegreppet. Enligt det förra alternativet hålles från frågan om culpaansvaret isär handlingens rättsenlighet på grund av föreliggande motskäl och därav föranledd frånvaro av skadeståndsskyldighet. Culpaspörsmålet kommer därmed icke upp. Det rör sig ju om ett tillåtet, av rättsordningen godtaget beteende. Något intresse finns då icke att uttala sig om huruvida skadegöraren bort inse skaderisken¹ (eller ej utvecklat tillräcklig energi för att förebygga dess realiserande), ja det är likgiltigt om den skada som uppstått tillfogats uppsålligt. Först när de rättsliga gränserna för handlingsfriheten överskridits — för att uttrycka sig såsom anhängare av nordiska rättsstridighets-skolan plägade göra — blir detta aktuellt. Det finns därför ingen anledning att, om beteendet befinnes rättsenligt, konstatera detta i den formen, att den handlande säges ej ha gjort sig skyldig till culpa.

Sistnämnda terminologi är i dylika fall ej heller lyckad. Om man handlar på ett av rättsordningen godtaget, kanske positivt gillat sätt, bör detta, synes det, räcka som motivering för att man ej skall bli skadeståndsskyldig (eller straffad). Att som förklaring till ansvarsfriheten åberopa, att någon vårdslöshet, något klandervärt uppförande o.s.v. ej kan påbördas den handlande, är icke blott överflödigt utan även missvisande. Det leder till felaktiga föreställningar eller associationer, nämligen till att vederbörande »egentligen» skulle vara ansvarig (eftersom han faktiskt åstadkommit skada samt haft eller bort ha insikt om skade-

¹ Jfr »Skadeståndsrätt» s. 54 n. — Förf. tror sig där ha upptäckt en glidning (eller som han säger försiktigare: vad som ger intryck av en glidning), när den senare meningen skulle, »fastän det inte sägs», peka hän på »objektiva överväganden inom culpabedomningens ram». Det var emellertid icke min avsikt, att meningen skulle innefatta sådant hänpekande, och jag kan icke heller se att den gör det. Till berörda objektiva överväganden kommer man nämligen i boken först senare, i kapitlet om »rättsstridighetsbegreppet» (s. 67 ff).

risken) men att på grund av särskilda rättfärdigande omständigheter visats honom ynnesten att komma helskinnad undan. Om det av hänsyn till den allmänna handlingsfriheten eller eljest är lovligt att tillskynda annan skada eller utsätta honom för skaderisk, måste det vara mindre lämpligt att för fastställande av detta förhållande tillgripa en terminologi som tyder på att det gäller ett »urskuldande» av den som tillskyndat skadan. Det är lika förvillande som om man, inom området för de klassiska grunderna för »rättsstridighetens bortfallande», skulle motivera det förhållandet att skadestånds- eller straffansvar ej drabbar ämbets- eller tjänstemän (t.ex. domare eller anställda inom polisväsendet och fångvården, vilka under utövande av sin befattning dagligdags skada annan) med att de, kan man tänka sig, ej förfarit culpöst — eller om det märkliga fenomenet, att den som har annans samtycke till intrång å dennes förmögenhet ej blir ersättningsskyldig, skulle kräva frånvaron av »skuld» hos den som gör intrånget som förklaring. Särskilt framträder terminologin som besynnerlig, ja hart när löjeväckande, när såsom i dessa exempel skada tillfogats (rättsenligt) med uppsåt och skadans inträde därmed normalt är säkert. Men i princip ligger det icke annorlunda till, om en dylik förklaring presteras beträffande rättsligt godtagbara, eventuellt nyttiga handlingar, som ej ovillkorligen måste medföra skada men innefatta risk för sådan.

Det andra alternativet var som sagt att lägga in hänsynen till rättsenlighetssynpunkterna i själva culpabegreppet, nämligen på det sätt att godtagandet av dessa synpunkter medför ett negerande av den culpa som eljest skulle vara tillfinnandes. Vägande mothänsyn m.m. medföra alltså enligt denna terminologi, icke att man överhuvud ej har med culpabegreppet att skaffa utan att det konstateras, att ingenting är att lägga skadegöraren till last. Det är tydligen detta betraktelsesätt som applicerats av Agell. Ett beaktande av såväl objektiva som subjektiva moment kan, heter det i SvJT a.st. s. 408, icke undgås »inom culpabedömningen

ram», liksom där talas om en objektiv försvarlighetsbedömning »i culpaterminologi».² Detta sammanhänger uppenbarligen med att enligt förf:s begreppsbildning vad som subjektivt kan förebrås skadegöraren måste, på sätt ovan refererats, avteckna sig mot en objektiv bakgrund, den objektiva oförsvarligheten; skadevållaren skall göras ansvarig, icke direkt därför att han bort inse skaderisken e.d. utan därför att han bort inse sitt beteendes objektiva oförsvarlighet. Härmed korresponderar då enligt förf., att om skadegöraren *icke* skall bli ansvarig, enär beteendet är tillåtet eller försvarligt, denna tillåtlighet eller försvarlighet ej direkt bringas till uttryck utan blott medelbart i den formen, att culpa hos honom förklaras ej vara förhanden.

Vad jag nu senast talat om avser i och för sig endast terminologispörsmål. Men dessa äro enligt min mening icke oviktiga. Ett dylikt indragande av rättsenlighetssynpunkterna inom ramen för culpabegreppet främjar den sammanblandning av moment, som även Agell menar vara av principiellt skild karaktär.³ Man bäddar för det — för all del av domstolarna mycket gouterade — förfarandet att överväganden av helt artskild beskaffenhet röras ihop till en enda gröt, som presenteras under namn av culpa eller icke-culpa. Att detta försvårar insynen i och kontroll över culpa-bedömningen i rättspraxis lär vara ovedersägligt. Förf. menar visserligen, att det icke heller enligt hans terminologi skulle vara hinder mot att vid analysen skilja ut från varandra de olika beståndsdelar, vilka ingå i culpabegreppet såsom han bestämmer detsamma. Man skulle ock därvidlag kunna hänvisa till att beaktandet av rättsenlighetssyn-

² I avhandlingen s. 69 yttras t.o.m., att »det är en näraliggande iakttagelse, att hela problemet huruvida ett beteende skall anses oförsvarligt och skadeståndsgrundande behandlas i culpaterminologi».

³ En misstanke om att förf. dock ej så helhjärtat är med om att principskillnaden föreligger, skulle man visserligen kunna få, när man finner att han a.st. s. 408 ö betecknar distinktionen mellan att ett skadegörande beteende är objektivt försvarligt och att det subjektivt sett är ursäktligt såsom »fin». Men detta är, får man hoppas, inte så allvarligt menat.

punkterna icke enligt den av honom förordade begrepps- bildningen föranleder frånvaron av all culpa utan blott av *objektiv* culpa; därmed komme alltså principskillnaden fram, jfr SvJT a.st. s. 406. Men detta kan ej vara tillfyllest för att eliminera de angivna nackdelarna av en begrepps- bildning, som redovisar ett beteendes tillåtlighet och eventu- ellt önskvärdhet i form av en negering av att beteendet betraktas som culpöst.⁴ Allra helst gäller detta, om som det synes i begreppet *objektiv culpa* skola vara innefattade även andra moment än de varom vid åberopande av rätts- enlighetssynpunkter är fråga, så att man *inom* området för *objektiv culpa* skulle ha att draga en gräns mellan vad som är otillåtet på grund av att nämnda synpunkter ej leda till ansvarsfrihet och vad som är otillåtet av andra skäl. Hur härmed förhåller sig är jag dock ej helt säker på, enär som förut sagts förf:s hanterande av motsättningen mellan *objektiv* och *subjektiv culpa* är svårtillgängligt.

Även om man nu som Agell inlägger rättsenlighetssyn- punkterna i själva culpabegreppet, är emellertid ännu intet utsagt därom, i vilken utsträckning eller efter vilka normer dessa böra beaktas. Av förf:s förut skildrade inställning följer visserligen, att det bör tillerkännas domstolarna be- fogenhet att träffa avgörande härom efter fritt skön, efter avvägning av de skäl och motskäl som kunna komma i åtanke. Det är en sådan frihet i bedömningen han vid sin undersökning av vilken inverkan den skadelidandes sam- tycke må utöva har behov av; hela hans framställning av culpabegreppet utgör ju en grundval för behandlingen av samtyckesspörsmålet. Men naturligtvis kan man inlägga rättsenlighetssynpunkterna i culpabegreppet men ändock vid avgörandet av i vilken omfattning det åt dessa syn- punkter bör tillmätas relevans anse den allmänna åskåd- ningen i samhället, enligt gängse sed- och moralregler, ut- slagsgivande. Detta framhålles ock av förf. i SvJT a.st.

⁴ Att i domstolarnas terminologi, för vilken förf. ju hyser sådant intresse, skulle upptagas en distinktion mellan *objektiv* och *subjektiv culpa*, lärers även enligt hans mening vara uteslutet.

s. 404.⁵ I själva verket kan det enligt sistnämnda uppfattning — vars berättigande här icke skall dryftas; jfr emellertid det i nästföregående kapitel in fine sagda — vara mera närliggande än enligt förf:s ståndpunkt att röra ihop de skilda ingredienserna till en enda massiv produkt. Är den samhälleliga seden och moralen omedelbart avgörande i bägge hänseendena, alltså både när det gäller vad skadevällaren »bort» inse och med hänsyn till huruvida beteendet varit objektivt rättsenligt eller ej, kan det vara speciellt frestande att icke hålla isär vad som dock principiellt ligger på så skilda plan (jfr citatet från tysk doktrin i »Skadeståndsrätt» s. 70 not 20).⁶ Om man åter tillerkänner domstolarna den värderingsfrihet som Agell förordar, kunde det vara mera motiverat att låta skillnaden mellan bedömningen av den objektiva försvarligheten å ena sidan och bedömningen av det subjektiva, vad som bort inses av skadevällaren, å andra sidan, klarare framgå än om bådadera skall ha sin hemort inom culpabeteckningen. Väl är det enligt Agell gemensamt för bägge bedömningarna, att domstolarna åtnjuta stor frihet vid sin värdering. Men även han torde vitsorda, att denna värdering måste få rätt olika karaktär, allt eftersom det är fråga om det ena eller det andra.

För förståelse av Agells samtyckeslära (detta förkortade uttryckssätt må användas i fortsättningen) är av synner-

⁵ »En annan sak är» etc. Härmed är dock svårförenligt vad som säges s. 410: »Eftersom denna objektiva bedömning ytterst alltid måste bero på en avvägning av olika motstående hänsyn» (jag förutsätter då att med »avvägning» förstås en fri avvägning av det slag förf. eljest rekommenderar).

⁶ Detta kontinentala redovisningssätt är alltså det som den nordiska rättsstridighetsläran kritiserat och som på sätt framgår av ovanstående enligt min mening har olägenheter. Det är vid sådant förhållande helt missvisande, när förf. SvJT a.st. s. 404 säger att i »Skadeståndsrätt» med hänvisning till kontinental doktrin och domstolarnas praxis utvecklas, att sådana hänsyn kunna beaktas inom ramen för kravet på subjektiv culpa. — Tvetydigt är ock, uttalandet s. 404 ö, att jag primärt har där angivna utgångspunkt.

lig betydelse att uppmärksamma, att framställningen omfattar ett vida större område än den traditionella samtyckesregeln avser. Sålunda ingå däri bl.a. fall, då den skadelidande icke medvetet givit sitt samtycke till skaderisken utan blott *bort* inse att sådan risk förelåg; märk ock det »samtycke till bakomliggande omständigheter», som han enligt vad ovan anmärkts laborerar med. Konkludent samtycke till skaderisken jämsättes med uttryckligt samtycke även i fall då detta säkerligen ej skulle ske enligt den traditionella regeln. Överhuvud kan sägas att framställningen — om än naturligtvis icke uttömmande — hänföra sig till det vittgående problemet huruvida skadegöraren äger till sin förmån åberopa, att förhållandena äro sådana att skaderisken rimligen bör anses åvila den skadelidande själv.⁷ Här må bl.a. erinras om Jørgen Trolles kända, mycket värdefulla avhandling »Om objektiv 'egenrisiko' på skadelidtes side i erstatningssager» i TfR 1965 s. 245, vilken rättsfigur Trolle ställer vid sidan av rättsfiguren »accept af risken», samtidigt som det påpekas att de båda rättsfigurerna emellanåt glida över i varandra, jfr även det handlande »auf eigene Gefahr» som omtalas i nyare tysk doktrin. I själva verket torde man även på den utomobligatoriska skadeståndsrättens område ha behov av en riskfördelningslära, som utgör ett slags motsvarighet till förutsättningsläran inom kontraktsrätten.⁸

⁷ Överensstämmande i *Bengtssons* recension av Agells avhandling i SvJT 1963 s. 268: »Förf:s undersökning sträcker sig i själva verket utanför det område, där man traditionellt brukar använda samtyckesterminologin inom skadeståndsrätten. Han behandlar icke endast uttryckligt samtycke och vad han kallar 'risktagande' — d.v.s. då den skadelidande genom sitt beteende utsatt sig eller sin egendom för viss risk med vetskap *åtminstone om de faktiska omständigheter* (kurs. här) som medfört risken — utan även den vanliga situationen, att den skadelidande *bort* känna till det farliga förhållandet. Härigenom utvidgar han sitt ämne till skadeståndsrättens centrala domäner.»

Jfr ock SvJT a.st. s. 410, där Agell talar om »det faktiska risktagandet» icke blott av den skadelidande utan även »av alla de personer, som deltagit i sporten eller leken».

⁸ Denna metod att komma till rätta med hithörande problem,

Det kan givetvis icke förebrås förf., att det valda ämnesområdet har så stor bredd som nu antytts. Tvärtom är det en förtjänst hos avhandlingen, att den icke stannar vid en undersökning av samtyckesregeln i traditionell bemärkelse. Men under sådana omständigheter borde förf. sett upp med att icke kritisera samtyckesregeln med stöd av överväganden, som må lämpa sig när de längre gående problem eller problemkomplex angripas, som avhandlingen befattar sig med, men som tappa sin slagkraft då endast sagda regel är i fråga. Det är uppenbart att detta fel begåtts i stor utsträckning.

Utän tvivel är emellertid — och det kan i icke ringa grad utgöra ett försvar för förf. — den traditionella samtyckesregeln oklar, och detta även när det gäller just beskaffenheten av det samtycke som skall verka ansvarsbefriande. Att det måste fordras åtskilligt för att ett samtycke enligt nämnda regel skall anses vara förhanden framgår redan av dess långtgående rättsverkan: skadeståndsansvarets fullständiga eliminering, icke blott jämkningsspåföljd. Flertalet författare torde ock när det talas om samtycke såsom självständig grund för skadeståndsansvarets bortfallande förutsätta ett medvetet ställningstagande av den skadelidande till skadan eller skaderisken, ett ställningstagande som åtminstone är i släkt med en rättshandling. Men hur allmänt denna förutsättning är omfattad och hur gränsen tänkes dragen är många gånger dunkelt. En uppröjning i det hänseendet skulle onekligen, vad man än i övrigt må anse på området, vara av värde. För förf. är tydligen varje sådan begränsning främmande, och mot detta är — det må understrykas på nytt — i och för sig intet att anmärka. Men i stället för den culpabedömning som förf. propagerar för, finner emellertid föga förståelse i avhandlingen. Se sålunda den rätt grunda kritik som s. 245 ff — för resten en smula post festum — riktas mot *Trolles* tidigare uttalanden i samma riktning liksom mot *Gomard*; jfr ock oppositionen mot viktiga, av *Grönfors* och *Rodhe* anförda synpunkter s. 200 ff. — Skada att *Trolles* i texten omförmälda arbete inte blev publicerat före Agells avhandling! Det hade kanske fört denne in på andra banor.

förbises, när samtyckesregeln angripes, de begränsade pre-
tentioner denna merendels anses ha, blir resultatet därefter.
Man har då gjort det för lätt för sig och slagit in öppna
dörrar.

Låt oss så närmare se på förf:s anmärkta huvudtes, att
den skadelidandes samtycke ej bör vara en självständig
ansvarsfrihetsgrund utan ägnas beaktande allenast inom
ramen för culpabedömningen. Skall samtyckets (helt) be-
friande verkan vara villkorad av att skadegörarens be-
teende med hänsyn till samtycket mister sin prägel av
oförsvarlighet?

Enligt min mening kan man ej undgå att hysa betänklig-
heter mot denna tes. I stället för att till den skadelidandes
samtycke såsom konkret rättsfaktum anknyta en regel om
skadeståndsansvarets bortfallande, vilken i sig själv har en
bestämmdhet liknande andra rättsreglers (varom vidare
nedan), skulle man alltså inlåta sig på den till sin natur
mycket tänjbara bedömning som följer av att samtycket
blott utgjorde ett moment att taga hänsyn till vid avgöran-
det av huruvida culpa kan anses ha legat skadevällaren till
last, huruvida denne tack vare samtycket skall anses ur-
skuldad eller oförsvarligheten i hans beteende kvarstå.
Man skulle uppoffra det i princip preciserade och kon-
kreta, som denna sedan gammalt — både inom straffrätten
och skadeståndsrätten — erkända ansvarsfrihetsnorm inne-
fattar, för att lita till en culpavärdering, t.o.m. en sådan av
den mycket fria och diffusa art som förf. är talesman för.
Från rättsvetenskaplig synpunkt kan detta ej gärna beteck-
nas annorlunda än som torftigt. Man får innerligt hoppas,
att det icke på det ena området av civilrätten efter det andra
dyker upp författare, som propagera för att man hellre än
att nedlägga ansträngningar på utbildande av rättsregler av
hittillsvarande art borde sätta sin lit och förtröstan till dom-
stolarnas förmåga att i förekommande konfliktfall finna
kloka lösningar enligt en allmän culpanorm eller andra
jämförliga regler av standardart. Varför t.ex. inom köp-
rätten bemöda sig om regler rörande »farans» övergång,

force majeure, köparens plikt att före avtalet undersöka godset etc.? Nej, låt det hänga på hos vilken part domstolarna finna det mest försvarliga beteendet ha förekommit — den saken böra de ju så bra förstå sig på! Sedan kan man för all del, såsom förf. rekommenderar s. 250 och i SvJT a.st. s. 412 m, företaga »typiseringar» av det ena eller andra slaget, i förhoppning kanske om att domstolarna skola vara vänliga att ge den nyfikna doktrinen upplysningar om allt det kloka som legat bakom deras försvarlighets- eller oförsvarlighetsdekret. Det blir en fin uppgift för doktrinen!

Förf. invänder kanske att, när domstolarna ändå vid handhavandet av culparegeln, på sätt och i den utsträckning han hävdar, ha att arbeta med rättsenlighetssynpunkter och allmänna överväganden i övrigt, så varför icke förfara på samma sätt även här? Invändningen är på sätt och vis redan bemött. Även om domstolarna eljest skulle beträffande culparegeln tillerkännas den frihet i bedömningen som förf. pläderar för, innebär det något mera och betänkligare att utsträcka denna bedömningsfrihet till fall, där sedan århundraden enighet rått om att en bestämd regel finnes att tillgå.⁹ Det är uppriktigt sagt svårt att förstå, att en modern juridisk författare vid behandlingen av omtvistade spörsmål inom skadeståndsläran kan vara så belåten med att producera som främsta forskningsresultat i sammanhanget, att lösningen är att hämta från den ärevördiga culparegeln — en regel som redan enligt sitt traditionella innehåll och naturligen än mer enligt den däri av förf. inlagda innebörden blott delvis utgör en verklig rättsregel, betänkligt infekterad som den är av cirkeltänkande. Mera framstegsvänligt, mera värdigt en yngre forskare av kvalitet — och Agells forskningsarbete *har* kvalitet — vore att i möjligaste mån lösgöra sig från culpaschablonen,

⁹ Det var främst på denna punkt jag riktade angrepp mot *Bengtsson* i det av Agell berörda inlägget i SvJT 1964 s. 42. I vad mån i övrigt Bengtssons och Agells uppfattningar i hithörande principiella hänseenden sammanfalla är icke så klart.

söka sig fram till vad som kan dölja sig bakom culpafraseologin.

Förf. åberopar emellertid tillika — i SvJT a.st. tydligare än i avhandlingen — att ej heller den traditionella samtyckesregeln är, när det kommer till kritan, så konkret och bestämd som den ger sig sken av att vara. Ja, förf. synes hävda, att regeln med hänsyn till den fullständiga ansvarsfrihet som enligt densamma skall inträda överhuvud icke kan tillämpas utan en föregående försvarlighetsbedömning och en sådan som utfallit gynnsamt för skadevållaren. Endast om dennes beteende på grund av den skadelidandes samtycke kan betecknas som försvarligt, skulle han enligt gällande rätt kunna åberopa samtycket som grund för ett bortfallande av ansvaret. (Att vid oförsvarligt beteende samtycket kan vara ett skäl att jämka ersättningen enligt 6: 1 p. 2 strafflagen vore en annan sak.)

Detta är i och för sig en verkningsfull ripost. Med all rätt säger förf. (s. 409 m), att det näppeligen skulle vara något vunnet med den traditionella begreppsbildningen, om man icke samtidigt kunde ange vilka [konkreta] rekvisit som måste vara uppfyllda för ansvarsfrihet. Vore det så, att man vid den klassiska samtyckesregelns tillämpning genomgående hade att inlåta sig på en bedömning i försvarlighets hänseende, skulle regeln ej vara mycket värd, allra minst om ansvarsfrihet inträdde allenast när skadevållarens beteende tack vare den skadelidandes samtycke hade försvarlighetskaraktär.

Men härskande lära går just ut på motsatsen till vad förf. gör gällande. Man räknar *icke* med att en försvarlighetsbedömning helt allmänt skall föregå och uppställer i princip *icke* detta krav, att skadevållaren måste ha betett sig försvarligt för att samtycket skall utöva sin ansvarsbefriande effekt. Det erforderliga rekvisitet för ansvarsfrihetsregeln är tvärtom, såsom huvudregel (om vissa undantag se det strax följande), den skadelidandes samtycke som sådant, som konkret rättsfaktum. Väl har t.ex. förf. av denna skrift, i anslutning till *Ussing*, talat om att det i visst

hänseende kan vara av betydelse för bedömningen av samtyckets verkan huruvida det »framstår som obehörigt att underkasta sig risken» (»Skadeståndsrätt» s. 92). Men till en början gällde detta uttalande fall av risk för svår kroppsskada eller t.o.m. risk för livet, alltså särskilt allvarliga skadefall. Och framför allt var där fråga om eventuell obehörighet å den *skadelidandes* sida, nämligen från synpunkten att obehörigheten borde göra dennes samtycke verkningslöst. Den skadelidande hade behov av det skydd »mot sig själv», som den bristande rättsliga effekten av hans samtycke innebure, jfr vidare nedan. Något helt annat är den försvarlighetsbedömning förf. har i sikte eller att det skulle utgöra en betingelse för samtyckets ansvarsbefriande verkan att *skadevållaren* med hänsyn till detsamma finge anses ha handlat försvarligt. Härom kan det enligt den vedertagna samtyckesregeln icke vara tal. Såsom strax skall beröras har förf. icke heller visat — knappast på allvar sökt visa — att denna vedertagna ståndpunkt är ohållbar.

Härmed har ingalunda bestritts, att samtyckesregeln till sin omfattning måste vidkännas vissa undantag. Nödvändigheten av sådana är ock sedan länge erkänd. Det viktigaste undantaget är det som föranledes av *tvingande* rättsregler, eventuellt även med straffrättslig sanktion. Den samtyckande skadelidande skyddas genom dylika regler, för att använda samma uttryckssätt som nyss, mot sig själv. Samtycket betraktas av rättsordningen för hans skull, till hans fromma, som verkningslöst. Att detta icke är något synnerligt märkligt utan fastmera överensstämmer med vad som i talrika sammanhang förekommer inom civilrätten, torde ej behöva närmare utvecklas. En arbetstagares än så uttryckliga samtyckesförklaring till att arbetsgivaren använder för hans liv och hälsa äventyrliga redskap och maskiner är av sagda orsak en »nullitet». Och det skulle bara fattas, att en bilkörande rattfyllerist kunde fria sig från allt ansvar för skada, som han på grund av sitt alkoholpåverkade tillstånd vid bilens förande tillfogar en passagerare i bilen, genom att styrka att denne på förhand, uttryckligt och

medvetet, tagit på sig risken för att körningen som följd av rattfylleriet slutar illa. Ha dylika tvingande regler åsidosatts, kan man för all del tala om oförsvarligt beteende, ofta för resten både hos skadevållaren och den skadelidande. Men att den karakteriseringen ger nämnvärt utbyte, att den säger så mycket mera än vad som följer redan av hänvisningen till den tvingande rättsregeln, må betvivlas. Åtskilligt av vad som diskuteras i Agells avhandling synes man rätt väl komma till rätta med, om det ses från synpunkten av den inverkan tvingande rättsgrundsatser utöva å samtyckesproblemet. — Förevarande undantag har onekligen en betydande räckvidd. Sätillvida har samtyckesregeln ett tillämpningsområde som är vida mindre än man i förstone skulle kunna föreställa sig. Dessutom är regeln även i detta avseende behäftad med oklarheter, jfr »Skadeståndsrätt» a.st. Svårigheter möta vid avgörandet av i vilken utsträckning samtycke av nu nämnda orsak skall anses sakna relevans. Att närmare utreda gränsdragningen i sådant hänseende skulle vara en fruktbar forskningsuppgift.

Nära nu avsedda fall av samtyckes irrelevans stå sådana fall, då det (i vidsträckt bemärkelse) skulle kunna sägas strida mot »goda seder», om den skadelidandes samtycke finge åberopas såsom ansvarsbefriande. Icke heller här är gränsdragningen så självfallen. Än vidare komma i betraktande vissa grunder för samtyckets ogiltighet, som ha starkare privaträttslig betoning, såsom omyndighet, undergrävd psykisk kapacitet, misstag vid samtyckets meddelande, frånvaro av förfoganderätt över ifrågavarande egendom vid samtycke till förmögenhetsskada. Här verkar det särskilt egenartat, att spørsmålet om samtyckets relevans skulle vara avhängigt av en till skadevållarens beteende hänförlig försvarlighetsvärdering, se *Bengtsson* i citatet här nedan s. 49 f in fine. Har alltså samtycket framkallats genom vilseledande eller med utnyttjande av den skadelidandes oförstånd. viljesvaghet etc., kan det ej gälla (jfr förf:s exempel SvJT a.st. s. 410 n rörande det fall att skadegöraren uppmanat den skadelidande, vilken saknar erfarenhet och in-

sikt på området, att inlåta sig på ett brottsligt företag som får skada till följd). Om någon slavisk tillämpning av allmänna rättshandlingsregler behöver det naturligen icke förden skull vara tal, allra minst vid samtycke till personskada eller risk för personskada. Även sistberörda ämne hade varit av intresse att få närmare utrett.

I övrigt är det närmast två skäl, som i avhandlingen åberopas mot den vedertagna samtyckesregeln och till stöd för åsikten, att samtyckets betydelse skulle uttömmas genom dess beaktande inom ramen för culpabedömningen (s. 103 ff, jfr s. 243).

Det ena är, att den objektiva avvägning av motstående hänsyn som företages vid culparegelns tillämpning plägar av domstolarna uttryckas i vållandeterminologi. Förf. återkommer alltså här till domstolarnas uttryckssätt, ett ämne varom ovan talats rätt utförligt. Vad där sagts torde ej behöva upprepas här. Någon saklig tyngd har detta terminologiargument knappast.

Möjligen skulle dock däri kunna inläggas ett påstående om att enligt rättspraxis den skadelidandes samtycke som självständig ansvarsfrihetsgrund beaktats blott i ringa mån, enär domstolarna i allmänhet föredragit att i enlighet med förf:s tes låta samtycket spela en roll uteslutande som ett led vid culpavärderingen. Den förebragta utredningen om rättspraxis ger dock föga stöd för ett sådant antagande. Man torde ej vara berättigad att av den omständigheten att rättsfall, som direkt hänföra sig till användningen av nämnda regel, icke äro *mycket* vanliga draga en sådan slutsats, särskilt med tanke på vad ovan sagts om den måttliga räckvidd regeln har enligt vedertagen uppfattning. Såsom *Bengtsson a.st. s. 274* anmärkt förekomma för resten, på de områden förf. behandlat, i icke så få rättsfall samtyckesresonemang i domsmotiveringarna. Mot förf:s tolkning av hithörande rättsfall äro i det hänseendet vissa erinringar att göra. Sålunda står jag undrande inför kommentarerna, i vart fall partier därav, till rättsfallen NJA 1950 s. 440 och 1951 s. 783, i vilka mål jag deltagit.¹⁰ Märk även, efter till-

¹⁰ I det förra rättsfallet, NJA 1950 s. 440, läser HD:s dom helt

komsten av avhandlingen, NJA 1963 s. 39, där i HD-domen enligt Bengtsson kommer till uttryck domstolens sympati för

enkelt utsäga, att vederbörligt samtycke ej förelåg eller kunde av andra parten antagas ha förelegat. Hade motsatsen varit fallet, skulle skadevållaren ha undgått ansvar. Att motiveringen i häradsrättens dom ej utan vidare godtogs berodde på att vissa förstärkande tillägg (ålderskillnaden, den korta tid varunder händelseförloppet utspelades) ansågos behövliga.

Det senare rättsfallet, NJA 1951 s. 783, var ett bilskademål, och fråga var om ansvar för motorcyklisten antingen på den grund att bevislig culpa kunde läggas honom till last eller därför att han icke var exculperad. (Att motorcykeln saknade vederbörlig sittanordning åberopades, såvitt jag minnes, icke som »bristfällighet och fristående ansvarsgrund» i HD, i alla händelser ej av dess pluralitet.) Talan ogillades under hänvisning till *dels* av hovrätten anförda omständigheter *dels* att skaderisken av vissa skäl var ringa *dels* att den skadelidande flickan, som fått medfölja å motorcykeln på sin egen begäran och i sitt eget intresse att komma i tid till arbetet, själv underkastat sig samma för henne uppfattbara risk. Ogillandet motiverades alltså bl.a. med en riskunderkastelse av den skadelidande, med samtycke till risken. Att samtycket blott skulle ha uppfattats som ett moment vid bedömningen av motorcyklistens vållande, i enlighet med förf:s teori, är säkerligen uteslutet, men å andra sidan åberopades det som sagt icke såsom ensamt ansvarsbefriande utan vid sidan av andra omständigheter. Nämnade begränsade underkastelseverkan ansågs kunna godtagas trots att man befann sig inom området för tvingande rättsregler, där synpunkten att en skadelidande bör åtnjuta skydd även »mot sig själv» hade utrymme. Härom kan givetvis diskuteras, men det skulle föra för långt att göra det här. Att man med denna utgångspunkt fäste vikt vid att skaderisken var ringa, borde ej vara så svårt att förstå (detta sagt i anledning av förf:s reflexioner s. 158). Risken var »uppfattbar» för den skadelidande d.v.s. kunde av henne uppfattas och bedömas. Det förelåg med andra ord icke ett risktagande utan insikt om vad saken gällde. — Till hjälp för rättsfallets förståelse (en hjälp som förf. dock ej synes ha utnyttjat) har i referatet i NJA hänvisats till bl.a. *Ussings* Erstatningsret, 1937, s. 61 f, där denne uttalar, att någon tvekan kan råda om verkan av samtycke till handlingar som kunna medföra viss fara för liv eller hälsa men icke med säkerhet åstadkomma skada, att det här må tagas hänsyn till huruvida det enligt allmänt förnuftigt omdöme var försvarligt av den skadelidande att utsätta sig för faran, att om det var försvarligt (exempelvis av hänsyn till den skadelidandes » eget Tarv», såsom vid en farlig operation) samtycket må utesluta ansvar samt att samtycket i andra

samtyckesresonemang (om detta rättsfall se närmare min kommentar i SvJT 1964 s. 47 f); jfr förf. i SvJT a.st. s. 412 noten, där han gör ett försök att förena utgången av målet — vilken han gillar — med sin uppfattning.

Det andra argumentet för Agells samtyckeslära skulle vara, att genom densamma kunde »motarbetas föreställningen, att den skadelidandes samtycke som grund för ansvarsfrihet är ett rättsfaktum, vilket primärt bör bedömas mer eller mindre isolerat från övriga omständigheter, vilka ha betydelse för frågan om den objektiva tillbörligheten av en skadegörares beteende»; härskande mening kunde »framlocka en tendens till bortseende från att samtycket (risktagandet) kan ha betydelse för den samlade värderingen av skadegörarens beteende». Jfr SvJT a.st. s. 407 m.

Detta är, såvitt jag förstår, en renodlad *petitio principii*. Frågan gäller ju just, om den skadelidandes samtycke skall ha självständig betydelse eller om det skall föras in under den samlade värdering som avser skadevållarens beteende. De som ansluta sig till den vedertagna samtyckesregeln bestrida helt visst riktigheten av vad förf. här synbarligen anser självfallet. Den traditionella regeln innebär klart, att den skadelidande i princip — här bortses alltså från de fall då samtycket till följd av tvingande rättsregler eller eljest är defekt — får själv bära följderna av sitt samtycke till skadan eller skaderisken och ställer intet krav på att en samlad värdering av skadevållarens beteende först skall äga rum. Varför skall icke samtycket, om det avgivits under oklanderliga omständigheter och således bl.a. anledning saknas att skydda den skadelidande mot »sig själv», gälla? Varför skall frågan om verkan av en förklaring, enligt vilken någon medvetet och med vederbörlig insikt om sakläget m.m. samtycker till viss skada eller skaderisk, nödvändigt kopplas ihop med spørsmålet om skadevållaren låtit något oförsvarligt komma sig till last? Ett sådant förmynderskap över en rättskapabel och i övrigt enligt alltillfällen i allmänhet må vara utan betydelse, »*ialfald naar Faren ikke var ringe*» (kurs. här).

männan normer »ansvarig» person är svårt att motivera — man behöver väl inte alltid taga vara på sin broder — i synnerhet som förmynderskapet alltså skulle göras beroende av en så pass svårfastställbar omständighet som hur skadevällarens beteende rätteligen bör värderas. Den som vill åtaga sig ansvaret för en skada eller skaderisk skulle överväga vilket intryck hans samtycke kan utöva på den från vilken skadehandlandet hotar; är han säker på att den eventuelle skadevällaren influeras av hans samtycke och detta dessutom enligt en tänkt bedömning av domstolarna urskuldar skadevällaren, bleve samtycket verksamt; fattades ettdera, kunde han icke undgå att vara ersättningsberättigad även om han aldrig så uttryckligt och överlagt givit tillkänna, att skadan eller skaderisken är något som han vill stå för. Detta kan knappast vara förnuftigt, i varje fall icke som en allmän rättsregel. Däremot kan det vara förnuftigt att, om någon tager en risk som är alltför allvarlig för att han enligt rättsordningens mening skall få taga den, samtycket av hänsyn till att detsamma framstår som obehörigt ur den skadelidandes egen synpunkt icke utövar sin ifrågasvarande effekt att utestänga denne från all skadeståndsrätt.

Det hade väl varit naturligt om förf. på denna som han själv vitsordar (SvJT a.st. s. 406 n, 408 under c) för hans samtyckesteori avgörande punkt — huruvida den skadelidandes samtycke fyller en självständig funktion i förhållande till culpabedömningen och således är verksamt jämväl om skadevällarens beteende icke kan betecknas annat än som oförsvarligt — skulle allvarligt ha inriktat sig på att ådagalägga, att härskande uppfattning, den vedertagna samtyckesregeln, är ohållbar. Men därav blir föga. Det stannar i det hela blott vid påståenden, som icke behörigen underbyggas. Det kan, säger förf. sålunda s. 104, verka vilseledande, då uttalanden göras om att relevansen av någons samtycke till en risk beror på om det framstår som obehörigt att underkasta sig risken. »När samtycket beaktas vid den objektiva tillbörlighetsbedömningen av skadegörarens beteende, är det» — dekretas det — »denne

och icke den skadelidande, som skall sättas i centrum för undersökningen. Frågan är alltså icke om samtycket är tillbörligt i och för sig, utan om det framstår som försvarligt av en påstådd skadegörare att på grund av den skadelidandes samtycke utsätta honom eller hans egendom för en fara». — Varför kunna de uttalanden mot vilka förf. riktar sig verka »vilsledande» och varför skall frågan ställas på sistberörda sätt? Ja, det vilsledande resp. felet i problemställningen är uppenbart, om man blivit frälst till förf:s från den härskande läran avvikande åsikt. Men om man icke blivit det utan ställer sig tveksam till huruvida icke läran leder vilse, så borde det väl vara förf:s uppgift att visa, att tungt vägande skäl kunna förebringas mot den traditionella uppfattningen och för den av honom hävdade åsikten. Det är ju så mycket inom skadeståndsrätten, även sedan länge erkända rättsregler, som förtjänar att angripas och få sin (totala eller partiella) brist på hållbarhet påvisad. Man kan visst icke anse uteslutet, att det ligger *något* i förf:s samtyckeslära, att den åtminstone för vissa fall kan innebära ett framsteg eller göra tjänst. Men det är omöjligt att finna, att detta på bindande sätt påvisats. Betecknande är att *Bengtsson*, som själv är predestinerad att hysa sympati för förf:s lära, se ovan, måst konstatera denna brist. *Bengtsson* framhåller a.st. s. 274, att bevisföringen för *Agells* huvudtes att i samtliga fall där ett samtycke eller ett risktagande förekommit man bör komma till rätta med problemen genom en culpa- och medvållandebedömning knappast är övertygande, samt fortsätter:

»Detta gäller särskilt förf:s avståndstagande från konstruktionen samtycke till risken som fristående ansvarsfrihetsgrund . . . Denna konstruktion förefaller ha ett visst stöd i doktrinen (jfr avhandlingen s. 26 ff) och i rättspraxis; därtill anknyter den otvivelaktigt i många situationer till allmänhetens föreställningssätt (jfr t.ex. uttryckssättet 'den som sig i leken ger' etc.). Man kunde därför vänta, att förf. skulle nedlägga en viss möda på att visa, att hans nya grepp på samtyckesfrågorna verkligen är lämpligare än det hävdvunna. Hans intresse för de argument som talat för andra alternativ än hans egen tes är emellertid ganska ringa.

Skälen för att avvisa samtyckeskonstruktionen är mycket knapphändiga; i huvudsak tycks de innebära, att man kan komma till samma resultat med en culpa- och medvållandebedömning (jfr s. 124 f, 250 f). Härvid torde han emellertid inte tillräckligt beakta de skilda rättsföljder som de båda konstruktionerna medför. Reglerna om samtycke innebär otvivelaktigt, att man förr skulle anse risken accepterad för en egendomsskada än för en personskada, särskilt en svårare sådan (jfr avhandlingen s. 22 f, 27); vidare är samtycke ogiltigt i vissa fall, såsom vid underårighet och annan inkapabilitet hos den skadelidande samt eventuellt då det lämnats under tvång — den skadelidande kommenderades t.ex. att deltaga i en riskabel sport eller annan farlig verksamhet — och på grund av oriktiga förutsättningar. Om man uppställer samtycke som en självständig ansvarsfrihetsgrund vid sidan av en culpabedömning, har man möjlighet att i sådana speciella fall, där reparationshänsyn ofta kan väga särskilt tungt, ge den skadelidande en förmån, som han annars inte skulle ha fått. Vid en culpabedömning är det däremot knappast möjligt att generellt beakta omständigheter av detta slag.»

Och när Agell sedan i SvJT a.st. försvarar sin uppfattning, vimlar det av *petitiones principii*.¹¹

¹¹ S. 407 säger sig förf. ha i avhandlingen undersökt »ganska många» situationer, i vilka man på olika sätt vid tillbörlighetsbedömningen av en skadegörarens beteende kan beakta en skadelidandes eller presumtiva skadelidandes villighet att utsätta sig för en risk liksom hans möjligheter att själv skydda sig mot risken, varefter det förklaras »svårligen genomförbart» att fånga in alla dessa växlande situationer inom ramen för den objektiva tillbörlighetsbedömningen annat än i culpa- eller vållandeterminologi, som i många av dessa lägen otvivelaktigt också begagnas av domstolarna. — Även bortsett från att alltså det av förf. behandlade ämnet, såsom förut anförts, är mycket mera omfattande än det varom vid samtyckesregeln är fråga må invändas, dels att denna regel icke alls åsyftar att fånga in de skadefall det där gäller under någon »objektiv tillbörlighetsbedömning» (det är just detta regeln som självständig ansvarsfrihetsgrund vill undvika), dels att förf:s framställning på sin höjd skulle kunna anses utgöra ett visst stöd för att det är möjligt att konstruera *även* på det av förf. förordade sättet men alldeles icke visar, att samtyckesregeln leder vilse, jfr Bengtssons nyss citerade uttalande. — Förf. tillägger i omedelbar anslutning till det nu anförda en mening (»Att här genomgående» etc.), mot vilken jag ej kan polemisera därför att den är för mig obegriplig.

S. 409 anför förf. — efter att ha återgivit ett yttrande eller en

Det är icke underligt att, såsom av förf:s egna uttalanden (SvJT a.st. s. 407 ö, 409 m, 412 m) framgår, dansk och norsk doktrin i det hela ställt sig avvisande till hans sam-

vändning av Trolle, som hänför sig icke till samtyckesregeln utan till hela dennes allmänna riskfördelningslära (jfr ovan) — att »i själva verket torde det inte heller med framgång kunna anges andra omständigheter som rättsfakta för en fristående ansvarsfrihetsgrund, samtycke till risk, än sådana som ändå måste beaktas vid i första hand den objektiva försvarlighetsbedömningen av skadegörarens handlande, i andra hand vid tillämpning av den allmänna medverkansregeln». Och han tillägger att, »såvida detta är riktigt kan det endast leda till förvirring» att ändå hävda, att samtycke på vedertaget sätt betraktas som en självständig ansvarsfrihetsgrund. Ja, om den angivna förutsättningen är riktig, kan detta endast leda till förvirring. Men den är icke riktig, har i varje fall icke visats vara riktig. Den traditionella samtyckesregeln har, på sätt förut anmärkts, visst konkret innehåll och gör med hänsyn härtill anspråk på att, inom det område som omspannes av regeln, böra lända till efterrättelse utan att man skall behöva taga beaktning med den objektiva försvarlighetsbedömningen av skadegörarens handlande. — I nästföljande stycke upprepar förf., med åberopande av »en naturlig inställning», att det är »svårfrånkomligt» att se på saken annorlunda än han gör.

S. 411 överst hamrar förf., efter att ha nämnt ett intet som helst bevisande exempel (se härom ovan s. 44 f), fast sin obestyrkta tes på tre rader, för säkerhets skull kursiverade: ansvarsfrågan kunde »inte gärna» begränsas till en bedömning av enbart den skadelidandes samtycke och beteende i övrigt »utan att även den påstådde skadegörarens handlande samtidigt bör beaktas». Härefter utbrister förf. förtjust: »Men härmed måste man väl ock överge föreställningen om samtycke till risk som *fristående* ansvarsfrihetsgrund!»

S. 411 m får man veta att, om fiktioner undvikas, samtycke normalt icke är något annat än en form av medvållande. Ja givetvis med förf:s utgångspunkt men icke under alla förhållanden eljest. Och även om samtycke skulle kunna betraktas som ett slags medvållande, följer därav icke på något sätt, att ej denna art av medvållande skulle kunna ha rättsverkningar såsom självständigt ansvarsbefriande rättsfaktum. (Rörande vad i denna förbindelse säges om samtyckesregelns eventuella konkurrens med medverkansregeln i 6:1 p. 2 strafflagen se strax nedan i texten.)

S. 411 n slutligen menar förf., att ett visst återgivet uttalande av A. Vinding Kruse, Erstatningsretten I, 1964, s. 67, enligt vilket förordas den modifikation av samtyckesregeln att samtycket ej skall behöva medföra helt bortfallande av skadevållarens ansvar »i risiko-

tyckeslära. Man har där gått fram på andra linjer, i det man uppenbarligen icke delat förf:s tro på att den gamla culparegeln skulle vara mäktig att ge facit till de många hithörande problemen.

På *en* punkt presterar dock Agell en som det i förstone kunde synas slående bevisföring. Han gör gällande, SvJT a.st. s. 411, jfr i avhandlingen s. 158, 310, att samtyckesregeln är ohållbar på grund av att den kommer i motsättning till eller konflikt med en annan, i rättspraxis allmänt tillämplad rättsregel, nämligen jämkningsbestämmelsen i 6:1 p. 2 strafflagen, medan förf:s samtyckeslära icke står i sådan motsättning utan tvärtom väl harmonierar därmed. Resonemanget är följande. Om en av viss skaderisk hotad person samtycker till denna risk bör detta, på sätt i rätts-tillämpningen skett, anses vara en omständighet som innefattar medvållande till skadegörarens handlande och som från sådan synpunkt bör enligt nämnda jämkningsregel föranleda blott nedsättning av skadeståndet, icke dess fullständiga bortfallande. Den skadelidande har nämligen genom sitt samtycke otillbörligt »medverkat till skaderisken», varför det är rätt att skadevållarens ansvar reduceras, så att den skadelidandes förlust ersättes endast delvis. Emellertid hävdas som vi sett av anhängare till härskande lära, att den skadelidandes samtycke tappar sin verkan om risken är av den art att det kan sägas vara obehörigt av den *skadelidande* att åtaga sig densamma. Följden härav blir, att denne tack vare sitt obehöriga risktagande får *full* ersättning, under det att eljest jämkningsregeln som sagt utgår från att ett risktagande å den skadelidandes sida minskar hans ersättningskrav, och rimligen i desto större utsträckning ju oförsvarligare detta risktagande är. En som förf. kallar det »paradoxal» motsättning till jämkningsregeln uppkommer alltså vid tillämpning av den traditio-

overtagelsetilfældene» (märk icke vid »egentligt samtycke»), i själva verket skulle visa, att någon fristående regel om ansvarsfrihet på grund av samtycke till risk icke låter sig upprätthållas. Det var ett raskt kliv, må man säga! Se ock om Vinding Kruses uppfattning nästföljande not.

nella samtyckesregeln. Läger man åter in samtycket som en omständighet, vartill hänsyn är att taga vid culpabedomningen, uteblir motsättningen och full harmoni råder.

Resonemanget är så elegant, att det nästan är synd att våldföra sig på det. Men det föreligger en »Trugschluss», som raserar detsamma. Förf. förutsätter nämligen även här något som varken behöver eller bör förutsättas, nämligen att om det samtycke som avgivits enligt den traditionella regeln ej är bindande (därför att det är obehörigt av den samtyckande att taga den ifrågavarande risken på sig eller på annan grund) effekten måste bli, att den skadelidande har krav på full ersättning. Men därav att, om samtyckesförklaringen är gällande (något skäl att underkänna densamma föreligger ej), den skadelidande enligt härskande mening helt fränkännes ersättning, följer på intet sätt, att om samtyckesförklaringen *icke* är gällande, t.ex. just därför att den skadelidande anses *icke* böra få åtaga sig en mycket långtgående och allvarlig risk, den skadelidande skall ha *full* ersättning. Vad som följer av att samtycket ej är gällande är allenast, att samtyckesregeln med dess negering av all ersättning är borta ur bilden. Rörande vad som i detta läge i stället skall gälla är ännu intet utsagt. Om den »regeln» gäller, att när solen skiner, så är det ljust, följer därav *icke* logiskt, att om solen *icke* skiner, så är det mörkt. När samtyckesregeln ej kan tillämpas och det hela således ej kan avfärdas så enkelt som att den skadelidande själv får stå sitt kast eller liknande (utan ingående på skäl och motskäl för otillbörligheten i skadevållarens beteende), är man tillbaka vid den allmänna skadeståndsrättsliga regleringen, vari jämningsregeln i 6:1 p. 2 ingår. Den skadelidandes samtycke kan *då* tillmätas den relevans vid bedömningen av skadevållarens ansvar, som må befinnas motiverad. Så sker också, på sätt förf. riktigt funnit, i rättspraxis, vilket på intet sätt är något att häpna över. När t.ex., såsom ovan nämnts, en rattfyllerist på grund av en tvingande legal reglering *icke* får till sitt fredande i skadeståndshänseende åberopa, att den skadade passageraren av-

givit en låt vara uttrycklig och medveten förklaring om att han för sin del står risken för skada som vållas av förarens rattfylleri, så är samtyckesregeln satt ur funktion. Men detta innebär ej annat än att vanliga skadeståndsregler få appliceras, och dessa medgiva som rimligt är att förarens ersättningsansvar gentemot passageraren kan i anledning av sagda samtycke jämkas. Ville man riktigt hårt, närmast ur allmänpreventionssynpunkt, reagera mot rattfylleri, kunde man visserligen diskutera huruvida ej full ersättning borde tillerkännas passageraren. Men domstolarna ha ej ansett detta nödvändigt, utan de tillämpa allmänna skadeståndsregler, inklusive sagda jämkningsregel. Annorlunda, om verkligen samtyckesregeln gällde även på detta område, om man således ej hade någon tvingande legal reglering att taga hänsyn till. I så fall skulle den skadelidande berövas all ersättning på grund av sitt eget (rättsligt giltiga) ställningstagande. Ånyo må dock erinras om att fråga därvid blott vore om fall som verkligen rymmas inom det som nämnt relativt snäva tillämpningsområdet för den vedertagna samtyckesregeln och således icke om alla de fall varom kan bli tal när man diskuterar en allmän riskfördelningslära.¹²

Om i enlighet med vad ovan hävdats men i strid mot Agells mening samtyckesregeln principiellt utövar sin funktion även då skadevållarens beteende måste karakteriseras som oförsvarligt, återstår frågan huruvida icke förf:s samtyckeslära kan räddas genom att man åt själva oförsvarlighetsbegreppet ger en förändrad innebörd. Man skulle kunna säga att, så snart den skadelidande samtyckt till skadan eller skaderisken, är skadevållandet, även om det eljest må anses culpöst eller oförsvarligt, dock icke av sådan art *gentemot den skadelidande*. Ett aldrig så gravt skadevål-

¹² Jfr A. Vinding Kruse a.st., vilken efter att ha rekommenderat nedsättning av skadeståndsskyldigheten i »risikoovertagelseitfældene» tillägger: »Foreligger det derimod et egentligt samtykke (kurs. av Vinding Kruse), bør der ikke ske nogen risikofordeling, men helt bortfald af erstatningen, sml Karlgren l.c.». Som synes går Vinding Kruses uppfattning, vilken Agell med fog berömmar som »välbalanserad», stick i stäv mot den senares samtyckeslära. Se ock a.a. s. 65 f.

lande skulle tack vare samtycket bli förvandlat, visserligen icke helt allmänt men i relationer till den skadelidande, enär det mot honom iklädde sig försvarlighetens gestalt. Ja visst kan man ha en sådan begreppsbildning. Men då blir också det hela blott en strid om ord. I sak (med bortseende från terminologin) måste det nämligen vara tämligen likgiltigt, om man i enlighet med den traditionella uppfattningen säger, att själva samtycket eliminerar skadeståndsansvaret gentemot den skadelidande, så att någon vidare diskussion om skadevållarens ansvar blir överflödigt, eller man säger att det visserligen även här principiellt hänger på om skadevållaren betett sig oförsvarligt eller icke men att ett oförsvarligt beteende icke kan påbörjas skadevållaren i hans relation till den skadelidande, så snart han haft dennes samtycke till vad han gjort eller underlåtit. Avgörande är ju jämväl enligt denna senare konstruktion samtycket som sådant; det är detta som utan vidare förvandlar oförsvarligheten till dess motsats. Om detta centrala förhållande står fast, är en tvist om huruvida det ena eller andra uttryckssättet skall föredragas skäligen meningslös.

I Agells avhandling märkes föga av ett sådant mixtrande med oförsvarlighetsbegreppet som nu berörts. Tvärtom hävdas med styrka, såsom strax skall ytterligare beröras, att om det skulle vara så, att ett handlande medför skaderisker även för andra än den som kommit till skada, ansvaret gentemot denne normalt icke bortfaller blott på den grund att *han* samtyckt till skaderisken. Allenast om skaderisken varit riktad uteslutande mot den person som avgivit dylikt samtycke, kan samtycket bli relevant och föranleda ansvarets bortfallande gentemot honom (se 87, 113 ff, 318, jfr 163).¹³ Detta kan ju ock från förf:s utgångspunkt vara konsekvent: för att samtycke skall föranleda ansvarets bortfallande kräves att skadevållandet bedömes som försvarligt, och för-

¹³ I överensstämmelse härmed kan enligt förf. samtycket bli relevant om visserligen ett flertal personer varit utsatta för skaderisken och blott någon skadats, därest *alla* av skada hotade kunna antagas ha avgivit samtycke (s. 115, 319).

svarligt kan det icke gärna vara, om andra än den som skadats och samtyckt till risken, eventuellt »allmänheten», utsatts för skaderisk (som exempel nämnes att en trappa som begagnas av ett flertal personer varit bristfällig). Med någon uppdelning av »oförsvarligheten» på det sätt att sådan skulle föreligga mot vissa personer men icke mot andra laboreras det, såvitt man kan se, i det hela icke. Blott på ett par ställen antyddes möjligheten av en sådan uppdelning (s. 240, jfr s. 115 not 38, 116 not 40 in fine). Men i SvJT a.st. s. 410, 411 slår sistnämnda konstruktion ut i full blom. Här tager förf., kanske för att bringa undsättning åt sin angripna samtyckeslära, på verkligt allvar upp tanken, den för all del i och för sig rimliga tanken (jfr nedan), att ett beteende trots sin otillbörlighet i övrigt kan bli försvarligt just mot den skadelidande tack vare dennes samtycke till beteendet och således befria skadevållaren från allt ansvar. Men att detta blott är en skenmanöver, om därmed förf:s samtyckeslära skall räddas, framgår av vad i nästföregående stycke sagts. Det blir blott en terminologisk olikhet i jämförelse med den traditionella regeln. Och konflikten med vad i avhandlingen anförts i detta ämne (när man bortser från de nämnda antydningarna) är uppenbar. »Skall man taga hänsyn till den totala faran för omvärlden», säger med allt fog *Bengtsson* a.st. s. 276, »är det svårt att samtidigt ogilla en skadeståndstalan med motiveringen att skadegörarens beteende väl är culpöst mot vissa personer men ej mot den skadelidande».¹⁴

¹⁴ Om meningen skulle kunna tänkas vara — något stöd härför har jag dock icke — att man visserligen vid avgörandet av huruvida skadevållarens beteende varit otillbörligt just mot den skadelidande måste låta dennes samtycke väga tungt men att man *även* kunde fästa avseende vid andra omständigheter med eventuellt resultat att beteendet likafullt stämplades som oförsvarligt, kan detta ändock icke hjälpa förf. Ty då kan *i denna del*, eller beträffande dessa fall, åberopas allt vad förut anförts mot förf:s tes, att ett samtycke måste förlora sin ansvarsbefriande verkan redan genom att skadevållandet bedömes som oförsvarligt. Räddningsförsöket med en förändring av oförsvarlighetsbegreppet innebörd slår därmed slint. Intet är vunnet med denna modifikation.

Ytterligare några reflexioner i anledning av Agells samtyckeslära må här göras.

En iögonenfallande svaghet hos läran är, att den måste vara oanvändbar, när samtycket avser en skada som med säkerhet kommer att inträda, d.v.s. närmast då skadevållarens handlande är uppsåtligt. Det vore mer än besynnerligt, om skadevållarens ansvarsfrihet vid samtycke till en av honom *uppsåtligt* tillfogad skada skulle förklaras med att han ej kan påbörjas *culpa*. Dylik oanvändbarhet vitsordas ock av förf., (visserligen med en föga hållbar motive-ring),¹⁵ se s. 102 och 243 i avhandlingen. På sistnämnda ställe säges t.o.m., att uppställandet av samtycke som särskild ansvarsfrihetsgrund är vid uppsåtligt handlande »mer eller mindre ofrånkomligt».¹⁶ Men det lär omöjligen kunna vara tillfredsställande att på detta sätt tillämpa olika normer beträffande frågan från vilkens synpunkt oförsvarligheten skall bedömas eller beträffande vem »som skall stå i blickpunkten» (jfr citatet nyss här ovan), allt eftersom skadan säkert kommer att inträda eller dess inträde är i högre eller lägre grad sannolikt.

I detta sammanhang må reageras mot det upprepade talet (s. 106, 244, jfr s. 10) om att samtycke till skaderisk icke kan anses innefatta samtycke till själva skadan därför att (bortsett från vissa fall, där man liksom inom straffrätten skulle kunna använda beteckningen eventuellt uppsåt) det ej kan antagas, att den som samtycker till en risk för skadan också är villig att finna sig i själva skadan. Påståendet är, hur naturligt det än kan synas vara, icke utan vidare korrekt. Man kan nämligen avgiva även ett *villkorligt* samtycke till skada d.v.s. ett som avser skada, *om* sådan uppkommer. Enligt den återgivna motiveringen skulle man aldrig kunna

¹⁵ Nämligen att uppsåtligt skadetillfogande i allmänhet kan konstateras vara oförsvarligt utan sådan svärbemästrad föregående avvägning som ingår i culpaskönet. Jfr samtycke till »dödshjälp» och åtskilligt annat, som ej kan anses vara av »comparatively little interest» (s. 315).

¹⁶ Hur därmed skall kunna förenas vad som anförts s. 123 (»Under» etc.) förefaller dunkelt men må lämnas därhän.

säga, att den som villkorligt utfäst sig att utföra viss prestation haft någon vilja att prestera, eftersom det väl kan presumeras att vederbörande ej varit villig att fullgöra sin utfästelse med mindre villkoret blir uppfyllt. Att partsviljan saknas vid villkorliga åtaganden plägar dock aldrig hävdas. Självfallet kan det emellertid vara en oerhört stor skillnad mellan ett obetingat och ett villkorligt samtycke till skada, likaväl som skillnaden mellan en obetingad och en villkorlig prestationsutfästelse kan vara enorm. Det är därför som samtycke till ett uppsåtligt företaget skadehandlande, avseende svår kroppsskada eller dödande, sällan är verksamt, så att skadegöraren befrias från ansvar, medan åter samtycke till *risk* för motsvarande skada ofta är giltigt (jfr »Skadeståndsrätt» s. 92). Villkoret kan för övrigt vara sådant att möjligheten för dess realiserande är ytterst liten, liksom å andra sidan denna möjlighet kan vara så stor, att skillnaden mellan samtycke till skada och samtycke till skaderisk väsentligen utplånas. En boxare får t.ex. vara mycket skicklig, om han ej skall få *några* skador under matchen.

De betänkligheter man enligt det föregående måste hysa mot Agells samtyckeslära stegras, när man ser de »konsekvenser» som i avhandlingen härledas därur. Det syftas då icke på dem som uppräknas s. 105 ff, ehuru de av förf. synbarligen anses betydelsefulla. De sakna nämligen här intresse därför att de överensstämman med dem som pläga anses förenliga med den vedertagna samtyckesregeln. Enighet torde sålunda kunna råda om *att* den skadelidandes samtycke ingalunda behöver uppfattas som ett avstående från ersättningsanspråk mot skadevållaren (detta är ofta eller oftast en fiktion, jfr SvJT a.st. s. 406 not 9, där det vitsordas att denna liksom vissa jämförliga, i utländsk doktrin förekommande konstruktioner på området i nordisk doktrin knappast haft några förespråkare), *att* man för att samtycket skall vara verksamt icke kan uppställa någon fordran på att den skadelidande avsett att befria skadevållaren från en eljest föreliggande aktsamhetsplikt (det

skulle åtminstone från den traditionella samtyckesregelns utgångspunkt vara en mycket onaturlig fordran), *att* samtycket kan leda till ansvarsfrihet även om skadevållarens subjektiva inställning varit klandervärd (självfallet, när man som vi sett enligt den vedertagna regeln är främmande för ett krav på att skadevållaren förfarit otillbörligt) *samt att* redan den omständigheten att skadevållaren haft fog för att anse ett samtycke å den skadelidandes sida föreligga kan vara tillräcklig för ansvarsfrihet, alltså även om den senare i verkligheten icke åsyftat att avgiva något samtycke, (jfr NJA 1950 s. 440 (också begripligt från den härskande lärans utgångspunkt; varför skulle ovillkorligen viljeteori eller subjektiv tolkningsteori här dominera?).¹⁷

Det är alltså icke dessa konsekvenser som här ha intresse. Men andra slutsatser som förf. drager av sin samtyckeslära kunna för dess värdesättande vara av vikt, och de ge belägg för att läran är allt annat än förtroendeingivande. Här bortses ändock från det diskutabla i själva metoden: att framföra en viss teori om samtyckets rättsliga behandling och sedan draga »konsekvenser» ur denna. Det är en ytterst farlig metod, även om jag tänker mig — man skall ju som doktor Martin Luther i sin katekes anbefallt tyda allt till det bästa — att förf. skulle vilja försvara sig med att han förutsättningslöst efterprövat, huruvida konsekvenserna äro praktiskt tillfredsställande, och först när han funnit detta ansett dem utgöra en styrka för hans teori.

¹⁷ I denna förbindelse beröres i avhandlingen (s. 107 ff) den teoretiskt fascinerande och säkerligen ej opraktiska frågan om verkan av ett hypotetiskt samtycke till skada eller skaderisk (jfr min »Skadeståndsrätt» a.st. med där anmärkta, mycket givande rättsfall). Det hade varit av värde, om frågan närmare undersökts. Förf. väjer emellertid i stort sett undan. Han finner *att* det enligt hans samtyckeslära icke föreligger något hinder att beakta dylikt samtycke, *att* det dock icke är nödvändigt att taga hänsyn till detsamma, *att* hypotetiskt samtycke icke bör helt jämföras med uttryckligt, *att* det kan vara ett komplement till andra fakta etc. (Det finstilla stycket s. 109 f, som visserligen ej angår culpaansvar »i vanlig mening», förtjänar dock uppmärksamhet.)

Agell uppställer sålunda i avhandlingen (s. 113 ff, s. 239) utan att blinka den huvudregeln — jag tager sålunda här ånyo upp ett ämne som kort förut var på tal — att om ett beteende är att anse som culpöst med hänsyn till att det obehörigen utsätter ett flertal personer, kanske »allmänheten», för en skaderisk samt skada drabbat en av dessa personer, det för frågan om skadevållarens skadeståndsskyldighet gentemot honom saknar betydelse, att *han* samtyckt till skaderisken. Enligt förf:s mening skall ju vara avgörande, huruvida den skadelidandes samtycke kan eliminera det oförsvarliga eller culpösa i beteendet, och det säges alltså, att detta kan det icke göra med mindre den samtyckande skadade varit den ende som utsatts för skaderisken. »Ett hänsynstagande vid vållandebedömningen till den enskilde skadelidandes risktagande förutsätter alltså enligt denna tankegång, att faran för skada icke varit riktad mot andra personer än honom själv.» Att en sådan samtyckesregel ej kan godtagas torde emellertid vara uppenbart. Det måste kunna vara så att ett handlande, som i och för sig är culpöst eller oförsvarligt med hänsyn till de risker det medför för allmänheten eller eljest ett flertal personer, ändock icke medför skadeståndsskyldighet gentemot en viss av de av skada hotade, därest å dennes sida en samtyckesförklaring avgivits.¹⁸ Samtyckets verkan kan, om betingelserna härför eljest föreligga, icke uteslutas blott genom anmärkta förhållande. Möjligt är också, att förf. numera övergivit hela nämnda tanke. Ty såsom ovan framhållits har han i SvJT a.st. uttalat sig på ett sätt som tyder på att han helhjärtat accepterat tanken, att ett handlande kan vara culpöst eller oförsvarligt mot vissa av risk för skada hotade, medan det mot en annan just på grund av dennes samtycke betraktas som försvarligt och ej skadeståndsyrcande — något som då blott är ett annat sätt att uttrycka, att samtycket *har* ansvarsbefriande verkan, hur det än eljest må

¹⁸ Möjligen har förf. vilseletts av *Ussings* uttalanden i a.a. s. 152, där dock ett annat problem, låt vara besläktat med det förevarande, behandlas.

vara med oförsvarligheten av skadevållarens beteende. — Redan i avhandlingen har förf. ock nödgats göra undantag från den refererade regeln. Denna skulle således icke gälla, om ett kontraktsförhållande föreligger mellan skadevållaren och den skadelidande. Så vidsträckt som kontraktligt bundenhet kan konstrueras göres därmed ett högst betydande inhugg på huvudregeln (jfr den minst sagt tänjbara bedömningen enligt framställningen s. 176 ff). För övrigt är det icke lätt att förstå, varför från förf:s utgångspunkt det förhållandet att samtycket har kontraktligt upphov skall medföra en omkastning beträffande det principiella ställningstagandet. Än vidare göres undantaget, att det »väl ej är uteslutet», att ett *uttryckligt* samtycke av den skadelidande till viss farlig åtgärd av skadegöraren kan medföra, att vållande i förhållande till skadan icke bör antagas, ehuru även andra personer löpt risken samt vårdslöshet beträffande dem måste anses föreligga (s. 114). Varför skall uttryckligheten vara avgörande just här, när den enligt förf. annars icke skall vara det? Förf. har kanske på denna punkt haft en känsla av att en uttrycklig och överlagd samtyckesförklaring icke kan ställas på samma plan som ett tyst risktagande av det ena eller andra slaget. Reträtten är omisskännlig, även om den företages under skydd av ett »väl ej är uteslutet».

En annan konsekvens av Agells samtyckeslära skulle vara, att samtycke av den skadelidande icke kan verka ansvarsbefriande, om det tillkommit *efter* den tidpunkt då det ifrågavarande skadehandlandet ägt rum (s. 110 f). Detta verkar rent begreppsjurisprudensiskt. Man förstår att det med utgångspunkt från förf:s teori är nödvändigt att draga en sådan konsekvens. Om samtycket skall ha ansvarsbefriande effekt blott när med hänsyn till detsamma skadevållarens beteende kan anses försvarligt, bör det rimligen icke ligga i tiden efter detta beteende. Men något sakligt skäl för att samtycket ej även i sådant fall skulle kunna vara verksamt lär vara svårt att uppbringa. En samtyckesförklaring till ett farligt handlande, vilken avgives

efter detta men innan skadeverkningarna givit sig tillkänna, borde kunna vara relevant (liksom naturligen en förklaring även senare, vare sig man då tänker på att samtycket avser själva skadan eller tolkar den som avstående från ersättningsanspråket mot skadevällaren). — Likaledes fränkänner förf., naturligt nog från sin utgångspunkt, ett återkallat samtycke all verkan. Detta stämmer visserligen med vad som ofta hävdas även enligt härskande lära. Då tänkes väl emellertid mest på personskada, särskilt allvarligare sådan. Beträffande andra fall är grundsatsens berättigande långt ifrån självklart.

I avhandlingen anses ytterligare (s. 115 ff) frågan om betydelsen av att den skadelidande samtyckt till överträdelse av s.k. preventiva skyddsbestämmelser (t.ex. i arbetarskyddslagstiftningen eller giftstadgan) vinna bättre belysning med utgångspunkt från förf:s samtyckeslära; det talas även här om »konsekvenser» av denna. Bland annat skulle det kunna naturligt förklaras, att dylikt åsidosättande icke ovillkorligen behöver medföra vållandeansvar vid inträffad skada. Saken förefaller emellertid ännu enklare, om man ej i onödan drager in culparegeln i sammanhanget. Är skyddsbestämmelsen straffrättsligt sanktionerad, ålägges vederbörande straff utan att domstolen, annat än möjligen i rena undantagsfall, grubblar över om det straffbelagda beteendet är culpöst eller ej. Kan skyddsbestämmelsen vidare förutsättas vara även skadeståndsrättsligt saktionerad, utdömes likaledes skadestånd, och det torde också här vara relativt sällsynt, att domaren försjunkar i några culpafunderingar. Bestämmelsen *ersätter* med andra ord, under angivna förutsättning, culparegeln (se SvJT 1955 s. 195); man får en konkret regel i sistnämnda regels ställe, vilket är att vara tacksam för. En annan sak är, att det ibland kan vara tveksamt huruvida den preventiva bestämmelsen skall anses vara icke blott straffrättsligt utan även skadeståndsrättsligt sanktionerad. Oftast är väl dock avgörandet härutinnan ej så komplicerat. Det kan framgå av bestämmelsens »natur», att den icke har sådan civilrättslig inriktning att

jämväl skadeståndsskyldighet skall inträda; skadeståndspåföljden ter sig kanske otillbörligt betungande vid sidan av ett eventuellt ringa bötesstraff. Även andra skäl kunna för-
anleda, att straffrättslig och skadeståndsrättslig påföljd icke behöva vara parhästar.¹⁹

Ännu en invändning, av ganska djupgående beskaffenhet, mot Agells samtyckeslära kan framställas och synes antydd av *Bengtsson a.st. s. 272*. Om såsom av förf. hävdas samtycket endast medelbart, nämligen vid en mycket fri bedömning i culpahänseende av skadevållarens beteende, skall ha rättslig betydelse, måste det sätt varpå helt allmänt skadeståndets funktion uppfattas komma att starkt påverka den relevans som är att tillmäta samtycket. Av det i nästföregående kapitel sagda framgick nu, att förf., i och för sig lovvärt men tyvärr alltför extremt, är såvitt gäller culpa-

¹⁹ Av det sagda följer, att det enligt min mening icke ligger stor realitet i det ej ovanliga påståendet, att preventiva skyddsföreskrifter och liknande författningsbestämmelser bidra till att skänka det i och för sig så tånjbara culpabegreppet ett mera konkret innehåll. Endast mera sällan torde det finnas anledning att vid sidan av den konkreta preventiva skyddsbestämmelsen tillgripa ett slags culpa- eller annan skälighetsvärdering. Låt oss som exempel taga en arbetarskyddsbestämmelse av konkret innehåll (7 § arbetarskyddslagen är det däremot knappast skäl att mycket fästa sig vid, enär den praktiskt taget blott är en omskrivning av den allmänna culpaparegeln; även vid den senares tillämpning skall man ju se på »arbetets natur och de förhållanden, under vilka arbetet bedrives» etc.). I allmänhet tillämpas då utan vidare bestämmelsen i fråga, naturligtvis såvida den ej nyanteras eller modifieras av någon annan lika konkret bestämmelse. Tänkbart är visserligen, att någon gång på grundval av en allmän värdering (straffansvar eller) skadeståndspåföljd trots allt ej befinnes böra åvila den som åsidosatt regeln. Men icke ens i sådana fall synes det vara träffande och verklighetstroget att däri finna ett stöd för att culpaparegeln får sitt innehåll bestämt (bland annat) genom arbetarskyddslagens regler. Förhållandet visar icke mer än att *undantag* från en normal rättsregel kan förekomma genom att en värdering av samma natur som den i culpaparegeln erkända eventuellt kan förekomma. Kärnan är fortfarande den preventiva skydds-föreskriften av bestämt innehåll, och det förefaller olämpligt att konstruktivt låta det konkreta som utgör det normala på detta sätt »gå upp i» det exceptionella.

regeln deciderad företrädare för allmänpreventionen. Han har på detta område, se särskilt s. 75, icke mycket till övers för skadeståndets s.k. reparativa funktion — såsom Bengtsson a.st. anmärkt synes han t.o.m. helt ha förbigått institutet ansvarsförsäkring — medan hans inställning är avvikande i vad angår strikt ansvar. Det har också i samma kapitel riktats vissa invändningar mot avhandlingen i dessa hänseenden. Att återkomma därtill finns ej anledning. Men vad som här skulle framhållas var, att en värdering i enlighet med förf:s samtyckeslära ovillkorligen måste utfalla olika, allt eftersom man sålunda starkt trycker på allmänpreventionen eller lägger tyngdpunkten på skadeståndets reparativa funktion. Detta medför att det i frågan vilken verkan samtycket skall anses utöva icke kan undvikas en osäkerhet, vartill motsvarighet saknas enligt den traditionella samtyckesregeln, eftersom denna ej ställer samtyckets relevans i beroende av någon culpabedömning avseende skadegörarens beteende.

Framställningen här ovan har icke direkt upptagit till bemötande Agells samtyckeslära i den mån denna i andra hand går ut på att samtycket, utan att vara en självständig ansvarsfrihetsgrund, kunde beaktas inom ramen för jämningsbestämmelsen i 6:1 andra punkten strafflagen. Vad som förut kritiskt anförts kan emellertid i tillämpliga delar återopas även i detta avseende. Se ock det i SvJT 1964 s. 44 mittstycket anförda.²⁰

²⁰ Vid »rent» strikt ansvar är det, såsom konstateras s. 255, icke möjligt att motivera ansvarsfriheten med att den skadelidandes samtycke till en viss farlig situation kan göra den skadelidandes beteende tillbörligt eller försvarligt. Förf:s ovan kritiserade samtyckeslära kan följaktligen, som naturligt är, ej utnyttjas här. Den traditionella samtyckesregeln är däremot i och för sig användbar även när det gäller dylikt ansvar, ehuru det på detta område ofta förekommer, att samtycket på grund av tvingande rättsregler är verkningslöst. Det låter emellertid a.st., se ock s. 310, som om förf. gjorde gällande, att något utrymme icke ens principiellt finnes för sagda traditionella regel när skadeståndsansvaret är rent strikt. Motiveringen härför går i begrepps-jurisprudensens tecken: »Det rent strikta ansvaret brukar som bekant

Den kritik, som i det föregående riktats mot Agells samtyckeslära, gör såtillvida icke denne full rättvisa som han själv emellanåt givit uttryck åt någon tvekan huruvida ej det vedertagna sättet att behandla frågan om den skadelidandes samtycke, när allt kommer omkring, kunde låta sig försvara. Redan tidigt finner man i avhandlingen uttalanden om de fördelar som kunna vara förbundna med gängse betraktelsesätt. Se sålunda s. 101—103, där det bl. a. heter: »Skillnaden kan vara av terminologisk art. I och för sig synes det möjligt att inom ramen för en allmän rättsstridighetslära beakta alldeles samma faktorer som vid en objektiv culpabedömning av det slag som utvecklats i kap. II» [i avhandlingen]; jfr ock s. 94 samt s. 319 («largely becomes a question of terminology»). Och av ett särskilt avsnitt (s. 242 ff) får man nästan intrycket, att förf. post festum gripits av en viss räddhåga för vad han presterat. Det anföres nämligen, att han »icke avser att fatta bestämd ställning till lämpligheten av att omtala samtycke som ansvarsfrihetsgrund vid fråga om culpaansvar inom skadeståndsrätten». En fullständig analys av denna fråga torde, tillägges det, böra ingå som ett led i en mera allmän undersökning av möjligheterna att uppställa särskilda grunder för frihet från culpaansvar. I samband härmed antydvas ånyo vissa fördelar av att bibehålla det vedertagna redovisningsättet. Förf. har alltså på ett sätt som är ovanligt i doktorsavhandlingar återförsäkrat sig. Man undrar då bara, om detta icke visar att det föreligger en ansenlig disproportion mellan den av förf. förbrukade energin och läsarens behåll-

ofta betecknas som ett ansvar för 'rättsenligt handlande' och någon 'rättsstridighet', som skulle kunna undanröjas i det enskilda fallet, föreligger således aldrig.» Härpå behöver endast svaras — förutom att förekomsten av rent strikt ansvar ej alltid föranleder att skadevållarens handlande är rättsenligt i gängse bemärkelse (jfr »ofta» i det citerade) — att något skäl icke kan upptäckas, varför ej även vid rent strikt ansvar den skadelidandes samtycke skulle kunna utöva den effekten, att skadeståndsskyldigheten bortfaller. Att samtycket ovillkorligt måste avse rättsstridighetens undanröjande synes vara ett godtyckligt antagande.

ning av vad denna energi avkastat. Och hur går det med de »konsekvenser» som han, enligt vad ovan berörts, härlett från sin samtyckeslära?

Till slut må upprepas vad som framhölls i början av denna skrift, att min opposition mot Agells avhandling icke kan anses vara av beskaffenhet att utesluta omdömet, att Agells avhandling utgör en förtjänstfull prestation. Det ligger i sakens natur att, när man såsom här skett inlåter sig — för att bemöta ett gjort angrepp — på en kritisk granskning, denna måste få en negativ prägel; att framdraga allt det intresseväckande och värdefulla som avhandlingen innehåller kommer med nödvändighet att falla utanför kritikerns uppgift. Framställningen kan på denna grund lätt ge ett missvisande intryck.

Pris 8 kr