

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>

(Tryckt som manuskrift)

FÖRELÄSNINGAR ÖVER VALDA DELAR AV OBLIGATIONSRÄTTEN

IV.

GRUNDLINJER
I SKADESTÅNDSRÄTTEN

FÖRRA DELEN:

CULPA-REGELN

AV

A. V. LUNDSTEDT

PROFESSOR VID UPPSALA UNIVERSITET



UPPSALA

A.-B. L. NORBLADS BOKHANDEL

UPPSALA 1935

ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

35416

Innehåll.

	Sid.
Förord	5
Inledande anmärkning	7
Principskillnad mellan kontraktsbrott och utomkontraktliga fall?	11—24
Culpa-regeln utgångspunkt för en undersökning av skadeståndsrätten	25—33
Kritik av culpa-regeln sådan den utformats i tyska civillagen	34—91
Allmänt om culpa-regeln i utlandets lagar s. 34—36.	
Första stycket av 823 § i B. G. B.	36
Äganderättens kränkande såsom förutsättning för skadeståndstvång s. 38—41.	
Handlingssättets rättstridighet såsom förutsättning för skadeståndstvång s. 41 f.	
Culpa-skuld såsom förutsättning för skadeståndstvång s. 42—46.	
<i>Mezgers</i> skuldbegrepp s. 47—54.	
<i>Kantorowicz'</i> skuldidé s. 54—63.	
Objektiv bestämning av culpa s. 67—69 (jfr s. 188 ff.).	
Culpa-regelns omfattning	70
Allmänt om kompletterande stadganden i B. G. B. s. 70—75.	
Särskilt om 826 § i B. G. B. s. 75—91.	
Tillägg: <i>Bienenfelds</i> skadeståndslära	92
Positiva synpunkter på culpa-regeln	104—128
Kan culpa-regeln icke förnuftigt motiveras? s. 104—111.	
Doktrinen om culpa-begreppet en <i>petitio principii</i> s. 111—116.	
Kompletterande synpunkter s. 116—128.	

	Sid.
Culpa-regeln i nordisk doktrin	129—207
Sverige	129
Allmänt om den svenska doktrinen s. 129—134.	
<i>Sjögrens</i> teori s. 134—170.	
(Allmänt om dess metafysiska utgångspunkt s. 134; Rättslig kausalitet s. 140; Rätt och orätt, rättig- heter och rättsliga intressen s. 142; Näraliggande missuppfattning av skadeståndsgrunder enligt <i>Sjö-</i> <i>gren</i> s. 151; <i>Sjögrens</i> verkliga åsikt oväntat sär- egen s. 153; Betydelsen enligt <i>Sjögren</i> av den »ansvariges» viljekausalitet till skadan s. 157; <i>Sjögrens</i> undanskjutande av skulden som rätts- grund blott ett talesätt s. 162; Kausalitetskravets ohållbarhet såväl positivt som negativt s. 164; Viljan såsom causa finalis till skadan s. 167.)	
Norden i övrigt	170
<i>Ussing</i> s. 170—190.	
<i>Stang</i> s. 190—205.	

Förord.

Ett mig tilldelat bidrag av allmänna medel för utgivande från trycket av mina föreläsningar »fryser inne», såvitt jag icke senast den 30 juni 1935 har hunnit publicera dessa. Riksdagsmannauppsdrag, sakkunniguppsdrag och mitt ämbete i förening ha hindrat mig från att intill nämnda tid kunna utgiva 2:dra och sista häftet av senare delen av »Obligationsbegreppet». Då jag emellertid icke ville gå miste om detta tryckningsbidrag, fanns för mig ingen annan möjlighet än att vid riksdagsarbetets slut söka så snabbt som möjligt för tryckning nödtorftigt iordningställa manuskriptet till mina senast hållna föreläsningar över den s. k. culpa-regeln. Resultatet föreligger härmed. Bortsett från vissa uteslutningar och tillägg har jag icke gjort någon överarbetning av föreläsningsskriptet. Självfallet beror denna underlåtenhet icke därpå, att jag funnit detta i befintligt skick tillfredsställande för publicering från trycket, utan endast därpå, att tidsbegränsningen nödgat mig att framlägga detsamma utan någon egentlig överarbetning. De tankar, jag givit uttryck åt, står jag givetvis för. Men jag får bedja läsaren ha största möjliga överseende med vissa kanske både i ena och andra avseendet mindre väl valda formuleringar samt med en del inkonsekvenser ifråga om litteraturhänvisningar och annat av rent formell art.

Jag har i allmänhet underlåtit att referera till min »Kritik av nordiska skadeståndsläror» ävensom till andra tidskrifts-avhandlingar, där jag berört skadestandsfrågor. Dels är

jag icke alltid nöjd med mina tidigare framställningar, dels är meningen, att mina »Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten» skola kunna läsas såsom ett slutet helt, utan att man skall behöva besvära sig med att gå till diverse småskrifter.

Hur pass mycket som kommer att rymmas i föreliggande skrift, huruvida hela min planerade framställning av culpa-regeln skall inflyta eller icke, det är något, som jag i skrivande stund icke vet. Allt beror på vad som kan *i tryck* medhinnas före den 1 nästkommande juli. Med uppkommen rest får jag inleda senare delen av dessa »Grundlinjer etc.», som skall handla om det s. k. strikta ansvaret. Vissa till culpa-regeln hörande frågor — om tillämpningen av culpa-förutsättningen och beräkningen av den ersättbara skadan — vill jag icke upptaga till behandling, innan jag sökt utreda det »striktas ansvaret».

Med eller utan citationstecken har jag här liksom i mina föregående skrifter begagnat gängse uttryckssätt — såsom rättsregel, rättighet, anspråk, ansvar och dyl. — dock blott såsom termer, d. v. s. när ett särskilt framhävande av realiteterna i det föreliggande sammanhanget icke varit erforderligt. Jag har gjort detta av praktiska skäl. Jag har i allmänhet kunnat undvika ett sådant uttryck som »skadeståndsskyldighet», enär »skadeståndstväng» eller »skadestånd» oftast göra fullgod tjänst. När jag stundom talar t. ex. om »skadeståndets» sociala funktion, menar jag alltid funktionen hos *rättsregeln* ifråga såsom uppehållen rätt, d. v. s. såsom tillhörande rättsmaskineriet. Se f. ö. angående terminologien min anmärkning jämte hänvisningar i »Förord» till Obligationsbegreppet II.

Uppsala den 11 juni 1935.

V. Lundstedt.

Inledande anmärkning.

Skadestånd är en viss positiv civilrättslig reaktion på ett handlingssätt av ett eller annat slag. För att skadeståndsrättens funktion och betydelse skall kunna tillfullo förstås, måste skadeståndet på ett visst stadium av undersökningen sättas i relation till åtskilliga andra företeelser. Till dessa höra icke blott sådant som straff och tvång till ersättning av processkostnad. Det måste även beaktas, att på ett handlingssätt kunna följa *andra* för den handlande menliga konsekvenser än skadeståndstvang. Innehav av annans sak kan leda till dom på sakens utlämnande. Viss verksamhet kan av domstol förbjudas. Dylika domar kunna förstärkas genom vitesföreläggande och även vara kombinerade med utdömande av skadestånd. De menliga civilrättsliga konsekvenserna ifråga kunna även vara av negativ art. Underlåtenhet att reklamera kan leda till, att man förlorar ett s. k. anspråk, avseende vare sig skadestånd eller annat. Viss beskaffenhet hos den handling, som kallas avtals slutande, kan leda till att avtalet icke får den effekt, som det eljest skulle ha haft. Och framför allt får icke förglömmas, att en kontrahent genom sitt handlingssätt vare sig vid avtalets slutande eller därefter kan giva grund till avtalets hävande, en följd som än är, än icke är kombinerad med skadeståndstvang. Att utfinna den rättspolitiska¹ bakgrun-

¹ Jag använder avsiktligt uttrycket »rättspolitisk» grund och icke »rättsgrund». Med »rättsgrund» förstås ju närmast själva den s. k.

den till dessa och dylika positiva eller negativa rättsföljder är naturligtvis av största vikt. Men jag kan icke intaga den ståndpunkten, som beträffande »skadestånd utan skuld» förfäktas av *Bienenfeld*, en av skadeståndslärans senaste författare, nämligen att det icke går i en vetenskaplig undersökning av »Die Haftungen ohne Verschulden» att isolera skadeståndet, utan att denna måste inbegripa även sådana ting som »Beseitigung, Naturalrestitution, Bereicherung, Eingriffserwerb, Alimentation».¹ De undersökningar, som jag hittills gjort angående skadeståndsrätten, giva vid handen, icke blott att skadeståndet bland de civilrättsliga följderna är dominerande genom sin karaktär av fasthet och icke tillfällighet, utan även att en förståelse av den rättspolitiska grunden för skadeståndet i det hela är nödvändig för att man skall kunna bedöma de övriga civilrättsliga följdernas inställning i systemet. Den metod för undersökningen av maximerna för skadeståndet, som jag finner riktig och följaktligen använder, leder för övrigt enrättssatsen, framträdande vare sig i uttrycklig lag eller sedvanerätt. Med »rättsgrund» kan också förstås det faktum, som enligt en rätts-sats skall ha viss betydelse, s. k. rättsfaktum. Med »rättspolitisk» grund avser jag nu intet av dessa alternativ, utan jag avser därmed förklaringen till att en viss s. k. rättssats uppehålls. Såsom framgår av min Obligationsbegreppet II, s. 187—273, och i det följande skall närmare utvecklas, måste skadeståndsrätten ha sin rättspolitiska grund framför allt annat i samhällsnyttiga intressen. När jag talar om den rättspolitiska grunden till skadeståndsreglerna, menar jag givetvis i allmänhet icke grunden i denna generella avfattning utan en närmare specificering av de samhällsekonomiska synpunkter, som i de olika situationskategorierna kunna ha betydelse. — Även om jag för egen räkning talar om skadeståndets »rättsgrund», så menar jag, därest icke sammanhanget giver annat vid handen, städe den »rättspolitiska» grunden.

¹ *Bienenfeld*, Die Haftungen ohne Verschulden, 1933 s. 58 ff.

ligt sin beskaffenhet med nödvändighet fram till beaktande även av övriga civilrättsliga reaktioner, i den mån dylikt beaktande erfordras för vinnande av en klar och allsidig uppfattning av skadeståndets ställning och betydelse i rättsmaskineriet. — Vad *Bienenfelds* ståndpunkt angår, må här endast sägas följande. Den s. k. rätten till naturalrestitution kan icke utan vidare sidoordnas med situation av skadeståndstvång, ty den upplöser sig faktiskt i ett s. k. anspråk på skadestånd, därest restitutionen icke äger rum. »Be-reicherung» är ett skolastiskt begrepp. Vilka realiteter, som därunder kunna dölja sig, återstår alltjämt att undersöka. Frågorna, vilka regler som lämpligen böra uppehållas angående »Beseitigung» och »Alimentation», tarva givetvis behandling. Men man torde hinna mycket långt in i skadeståndsrätten, innan det — möjligen — skall visa sig behöfligt att för undersökningen av denna särskilt beakta de synpunkter, som kunna avvinnas de nämnda frågorna.

Det säger sig självt för envar, som har någon kunskap i civilrätt, att skadeståndsfällen skola uppvisa en mängd i det eller det avseendet varierande typer. Typolikheten behöver icke alltid ha någon principiell betydelse för skadeståndets funktion. Och när sådan principskillnad föreligger, kan den givetvis vara större eller mindre. I det följande kommer endast eller i allt fall närmast den *allmänna* skadeståndsläran att behandlas. Ehuru även här givetvis olika typer måste beaktas och uppmärksamheten alltid måste vara fästad på frågan, vilken eller vilka typer som beröras av uppställda teser och argumentationen för dem, hör det dock till den *speciella*, icke den allmänna, skadeståndsläran att så fullständigt som möjligt genomgå de skilda typerna av skadeståndsfall.

Emellertid plägar man nu regelmässigt i skilda avsnitt

behandla skadestånd vid kontraktsbrott och i utomkontraktliga fall. Vårt första spörsmål blir lämpligen, om denna indelning kan vara baserad på någon *principiell* olikhet med hänsyn till den rättspolitiska grunden för skadeståndet. D. v. s. *det* är ju tydligt, att det i *vissa* utomkontraktliga fall måste vara annan sådan grund för skadeståndet än vid kontraktsbrott. Frågan är därför, om den omständigheten såsom sådan, att skadan, såsom det heter, inträffat genom kontraktsbrott, har principiell betydelse för den rättspolitiska grunden till skadeståndet.

Principskillnad mellan kontraktsbrott och utomkontraktliga fall?

En blick på lagstiftningen i olika länder synes i allmänhet giva vid handen, att frågan om skadestånd vid kontraktsbrott och i utomkontraktliga förhållanden vore att principiellt skilja åt.¹ Att en faktisk skillnad göres kan naturligtvis icke vara något att anmärka på, alldenstund det för överskådlighetens skull kan vara praktiskt klokt, om icke rent av nödvändigt, att i en systematisk framställning av mer eller mindre ingående detaljer i en skadeståndslära skilja mellan kontraktligt och utomkontraktligt skadestånd. Av min utredning av obligationsbegreppet, Obligationsbegreppet I, särskilt 2 §, följer ju, att förutsättningarna för skadestånd vid kontraktsbrott måste utgöra en väsentlig del av ämnet för behandlingen av kontraktsrätten. Med hänsyn härtill är det förklarligt, att det som man i systematisk mening kallar skadeståndsläran icke sysslar med kontraktsbrotten utan blott med utomkontraktliga situationer. Det är också utan vidare klart, att, under det att i förra fallet de *handlingar*, som draga skadestånd med sig, i viss mån låta bestämma sig efter en på förhand gjord uppgörelse mellan parterna och ur den synpunkten kunna sam-

¹ Så i de nordiska länderna, Tyskland, Schweiz och Frankrike. Anorlunda visserligen Österrike. I engelsk rättsåskådning kommer mot-sättningen i fråga till uttryck i de vitt skilda begreppen Law of Contract och Law of Torts.

manföras under begreppet kontraktsbrott, så är det i senare fallet — då intet kontrakt föreligger — omöjligt att på liknande sätt under ett begrepp sammanföra de växlande handlingar, som kunna grunda skadestånd. Vissa allmänna satser kunna därför i förra fallet tänkas uppställda, vilka just förutsätta kontraktets förhandenvaro och sålunda icke äro användbara i senare fallet. En gruppering kontraktsbrott å ena sidan, utomkontraktliga fall å andra sidan, är sålunda systematiskt väl motiverad. Men när det gäller att söka komma till klarhet angående de verkliga grunderna för skadeståndsrätten, då duger det icke att till *utgångspunkt* taga antagandet, att i sådant avseende en *principiell* skillnad skulle råda mellan kontraktsbrott och andra fall. Men det är just detta som gemenligen göres¹ och — vad som är viktigare — *måste* göras, om man vill vara konsekvent gentemot sin allmänna rättsvetenskapliga åskådning. I ena fallet skall ju skadan ovillkorligen ha uppstått genom en handling, innefattande åsidosättandet av en (genom avtalet eller eljest uppkommen, alltså redan förut bestående) *obligation*. I andra fallet åter kan fråga icke vara om dylikt.² D. v. s. själva principskillnaden skall naturligtvis

¹ Icke blott i den vanliga rättslitteraturen utan uppenbarligen även i de lagstiftningar jag nyss antydde. Schw. Obl. Recht bygger t. ex. mycket tydligt sitt system på motsättningen obligation genom avtal och obligation genom annat, bl. a. unerlaubte Handlung, varav åter måste följa den principiella olikheten, att skadan i ena men icke i andra fallet består i kränkandet av en *obligation*. Liknande kan sägas om Tysklands B. G. B., i vars förarbeten man varit mycket angelägen att uppehålla den *principiella* skillnaden mellan situationer efter »die Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnisse» och die »Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen», Motive II, 1888, s. 727.

² »Von ganz besonderem Interesse ist das Verhältnis zwischen unerlaubten Handlungen und *Verletzung einer Vertragspflicht*», säger Weyl,

ligga däri, att i ena, men icke i andra fallet består en obligation, vars kränkande utgör grunden för ersättningsanspråket.¹

Det måste emellertid nu medgivas, att man ofta icke gör något större nummer av den ifrågavarande distinktionen. Detta kan förefalla inkonsekvent men beror helt enkelt därpå, att det praktiska rättslivet vägrar att utöver en viss gräns ackommodera sig efter imaginära faktorer. Och något annat är det ju här icke fråga om, såsom framgår av min analys av obligationsbegreppet och strax skall närmare beröras. Då och då finner man emellertid i rättslitteraturen uttryck för ogillande av den praktiska likgiltigheten för skillnaden ifråga.² Och ett av de nordiska huvudarbetena på den utomkontraktliga skadeståndsrättens område³ inledes i följande ordalag:

System der Verschuldensbegriffe im bürg. Gesetz., 1905, och söker påvisa, att die Folgen »prinzipiell durchaus verschieden» sind, ehuru de såväl som deras förutsättningar mycket ofta kunna vara desamma. »Die Begriffe selber aber sind und bleiben verschieden von einander, wenschon sie beide unter den weiteren Begriff des subjektiv rechtswidrigen Verhaltens einzustellen sind, der sich eben in ausserkontraktliches und kontraktliches Verschulden spaltet», *Weyl*, a. a. s. 267, jfd med s. 62 f. *Weyl* synes emellertid senare möjligen uttala sig något motsägelsefullt, i det att han, s. 320, hävdar, att »der Unterschied zwischen kontraktlichem und ausserkontraktlichem Verschulden . . . ist nicht sowohl ein wegen des Verschuldens selber begrifflicher, wie lediglich ein sich in den Einzelfolgen markierender».

¹ I enlighet härmed använder man också i den svenska jurisprudence ofta terminologien obligatoriskt och utomobligatoriskt skadestånd.

² Se t. ex. *Mauczka*, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes, 1904, som, s. 210 ff., själv understryker den principiella skillnaden.

³ *Stang*, Erstatningsansvar, 1919.

›Skadeståndskravens ställning bland de förmögenhetsrättsliga fordringarne är i flera riktningar egenomlig. — Rättshandlingen är den drivande kraften i det ekonomiska livet; den ombesörjer omsättningen av förmögenhetsgoods. Skadeståndskraven däremot äro återupprättande; deras uppgift är att negera det som redan har skett. Då rättsordningen inte själv kan ombesörja omsättningen av förmögenhetsgoods, måste den överlämna detta åt den enskilde individen. Det är genom rättshandlingar omsättningen sker och gentemot dem förhåller sig rättsordningen huvudsakligen tjänande; den lånar dem sin exekutionsmakt och åstadkommer därigenom trygghet för, att de efterlevas. Gäller det en rättshandling, finnes det alltså en norm utanför rättsordningen, som den hänvisar till. Gäller det däremot skadegörande handlingar och frågas det om ersättning för dem, måste rättsordningen ställa sig över parternas vilja och själv föreskriva, vad som skall ske. Den kan alltså icke hänvisa till en norm, som ligger utanför densamma, utan måste själv skapa normen. — Detta medför att kontraktsrätten och skadeståndsrätten få en väsentligen olikartad hållning. — Kontraktsrätten är, hur rikt nyanserad den än har blivit, i sina huvuddrag en logisk utformning av den enkla satsen, att avtal skola hållas. Den har alltså en fast utgångspunkt, som icke kan rubbas, så länge den nuvarande samhällsordningen består. Dess utformning åstadkommes till stor del av affärlivet, genom kutymer; de arbeta fort, så att ett spörsmål av praktisk betydelse sällan hinner bli gammalt, förrän det är avgjort. De synpunkter, som ligga bakom såväl de bärande grundprinciperna som avgörandena i

det enskilda fallet, äro oftast allmänt tillgängliga eller i allt fall tillgängliga för vissa affärskretsar, så att juristen med fördel kan rådfråga det folkliga rättsmedvetandet eller fackkunskapen, när tvivel uppstå. Både i utgångspunkten och i detaljeringen har alltså kontraktsrätten en betydande säkerhet. — Helt annorlunda är ställningen i skadeståndsläran. Här har ju rättsordningen ingen norm att falla tillbaka på utan måste själv uppställa densamma. Och erfarenheten genom århundraden har visat, att det är vanskligt att skapa den».¹

Det arbete, som inlettts med denna allmänna programförklaring, torde kunna betraktas såsom ett av nordens främsta angående skadestånd i utomkontraktliga fall. Därmed föreligger ett rättsvetenskapligt intresse att visa, att hela programförklaringen — meddelad utan hänvisning till avvikande litteratur och sålunda framstående såsom i det hela varande ett rättsvetenskapens *commune bonum* — icke i någon enda punkt är hållbar.

Tager man till utgångspunkt satsen, att »avtal skola hållas», så måste man — om man icke vill förfalla till godtycklighet — även utgå från en annan sats, nämligen att »man icke får förorsaka annan person någon skada». Den förra »satsen» är alldeles icke någon fastare utgångspunkt än den senare utan tvärtom såsom *utgångspunkt* för rättsvetenskapliga resonemang lika innehållslös och oduglig som denna. Opererar man med sådana abstrakta maximer, blir likväl alltid den *reella* frågan: inträder skadeståndstvång vid från maximerna avvikande handlingssätt eller icke, d. v. s. vilka äro förutsättningarne för skadeståndstvång vid kon-

¹ Genom en tillfällighet citerar jag här *Stang* i svensk översättning.

traktsbrott och vilka för skadestånd i utomkontraktliga förhållanden? Båda maximerna äro intet annat än fraser innefattande ideologiseringar av vissa realiteter, väsentligen bestående däri — om vi nu skola till någon del föregripa resultatet av den kommande utredningen — att, om man handlat på visst sätt och skada uppkommit för annan, så kan man dömas att betala skadestånd. Medvetandet härom inverkar hämmande på människornas handlingssätt gentemot varandra, och en viss trygghet uppstår som idealiseras till rättsliga situationer, vilka anses kunna kränkas. De särskilda ting utöver skadeståndsrätten, som kunna verka hämmande på skadebringande handlingssätt¹, kunna vi i detta sammanhang fullständigt bortse ifrån. Av vad jag utrett i mina föregående »Föreläsningar»² framgår, att avtalet överhuvud *icke kan* producera vare sig någon obligation eller annan rättslig situation, att dess s. k. rättsliga effekt är beroende på rättsmekanismen samt att denna effekt — med bortseende från nyssantydnda ting — icke kan vara någon annan, än att löftesgivaren, om han icke handlar i enlighet med löftet, på löftesmottagarens talan processuellt tvingas att ersätta eventuellt uppkommen skada för denne. Att tala om åsidosättande av någon löftesgivaren åvilande plikt eller obligation är, såsom jag i det

¹ Se därom, såvitt fråga är om »obligationer», mina antydningar i Obligationsbegreppet I, s. 119 ff. Vad där sagts har motsvarighet i utomkontraktliga fall. Med »skadebringande» menas naturligtvis icke, att handlingssättet måste ha varit *kausalt* till skadan utan endast, att det *antingen* varit kausalt till skadan *eller* haft den betydelse för skadan, att denna skulle ha förebyggts genom det motsatta handlingssättet.

² Se Obligationsbegreppet I, 2 och 6 §§, samt i Obligationsbegreppet II vissa partier av kritiken av rättspositivismen.

behöriga sammanhanget påvisade¹, alldeles lika meningslöst, som om man ville hävda, att den utomkontraktliga skadegörelsen bestått i kränkningen av en mellan skadebringaren och den skadade befintlig obligation. När fråga är om ersättning för skada genom kontraktsbrott, har avtalet naturligtvis en ofta mycket stor betydelse. Men det är oomtvärat att *utgå* från, att dess betydelse *principiellt* är någon annan än att ingå i det komplex av fakta, varå domaren liksom vid utomkontraktlig skada har att grunda sitt domslut. Tag t. ex. följande fall: säljaren råkar i mora eller levererar gods, behäftat med fel, eller kontrahent i ett arbetsavtal underlåter att fullgöra åtagen prestation. Utan avtalet skulle naturligtvis de ifrågavarande handlingssätten icke vara skadebringande i rättslig betydelse. Men denna avtalets betydelse är icke principiellt att skilja därifrån, att vid skada å sak i utomobligatoriska förhållanden den s. k. ägaren har exempelvis ärvt saken, köpt den, fått den till skänks eller liknande. Tag bort de fakta, som ligga bakom dylika uttryckssätt och skadegörelsen skulle icke heller nu innefatta skada av rättslig betydelse. — Men, invändes det möjligen, skadegörelse å sak kan *tillika* innefatta kontraktsbrott (t. ex. vid depositum, lega eller lån), varigenom skadeståndsprågan kunde komma i ett särskilt läge. Om skadeståndstvång nu inträder utan den eljest vanliga culpa-förutsättningen, så beror detta antingen därpå, att parterna överenskommit därom, eller också på andra synpunkter. I förra alternativet föreligger ett särskilt faktum att beaktas av domaren och tillhörande ett aktuellt avtal, vadan det icke kan ha någon motsvarighet i utomkontraktliga fall. Därav kan lika litet framgå någon principiell skillnad, som olika utomkontraktliga fall principiellt vore att sinsemellan

¹ Obligationsbegreppet I, s. 51 f.

skilja åt av den anledning, att i en situation förekommer ett rättsligen relevant faktum, som icke enligt sakens natur *kan* förekomma i en annan situation. Vad det senare alternativet angår behöver ju endast anmärkas, att man även i utomkontraktliga fall ofta får betala skadestånd oberoende av culpa. Att under dessa omständigheter *utgå* från att detta strängare »ansvar» i kontraktsförhållanden berodde på någon avtalets särskilda *principiella* betydelse för skadeståndet kan icke vara vetenskapligt hållbart. Faktiskt har emellertid en sådan utgångspunkt menligt influerat både på rättslitteraturen och, åtminstone svensk, rättspraxis.¹

Mot bakgrunden av dessa anmärkningar har man att se *Stangs* tanke i det gjorda citatet, att parterna genom uttrycket av sin gemensamma vilja skapat en norm, som rättsordningen hade att underordna sig. Hela saken är ju den, att partsviljans uttryck beaktas på samma sätt som vilket annat rättsfaktum som helst. Jag hänvisar i sådant avseende till de angivna delarna av Obligationsbegreppet I och II. Den verkliga, alltså icke av chimäriska synpunkter beroende grunden för en rättsmekanism, som fungerar till beivrande av kontraktsbrott, kan icke vara någon annan, än att enligt förhärskande värdering det är av vikt för samhällsekonomien, att parterna så allmänt som möjligt handla i enlighet med sina överenskommelser, alldeles icke att parterna skapat någon norm för rättsordningen. Det är tvärtom så, att partsavtalet får sin betydelse helt och hållet *genom* rättsordningen eller riktigare rättsmaskineriet. Ja, ytterligare något bör märkas. Vid fråga om skadestånd i kontraktsförhållanden beaktas mycket ofta sådant, som varken kommit till uttryck i avtalet eller ens varit av någondera kon-

¹ Nämligen ifråga om ansvar för anlitedes culpa, varom senare.

trahenten påtänkt.¹ Den verkliga grunden för detta är naturligtvis återigen ingen annan, än att det befinnes nyttigt ur den allmänna omsättningens synpunkt. Därav måste så mycket bättre kunna förstås, hur verklighetsfrämmande det är att med *Stang* tala om en genom avtalet given »norm utanför rättsordningen», under det att i motsats härtill »rättsordningen» i utomkontraktliga fall skulle »ställa sig över parternas vilja och själv föreskriva, vad som skall ske». Parterna ha lika litet någon auktoritet att genom avtal »föreskriva vad som skall ske», som det vore på grund av den utanför ett kontraktsförhållande skadades auktoritativa önskan, som han tilldömdes skadestånd. Det är sannerligen aldrig någonsin till respekterande av parternas »föreskrifter», som rättskipningen fungerar. Falskheten i en sådan tanke — vars ohållbara karaktär torde till full evidens framgå av mina utredningar i »Obligationsbegreppet» — har jag i visst sammanhang direkt påvisat.² Det kan visserligen på sitt sätt vara sant, att — såsom *Stang* säger — »rättshandlingen är den drivande kraften i det ekonomiska livet». Men att av *sådan* anledning skilja kontraktsrätten från skadeståndsrätten är så mycket mindre motiverat, som rättshandlingen får sin antydda stora betydelse just *genom skadeståndet*.

Ett exempel på vilken mäktig roll även föga genomtänkta satsar kunna spela i nutida juridisk vetenskap framträder i *Stangs* tro, att juristen i kontraktsförhållanden »med fördel skulle kunna rådfråga det folkliga rättsmedvetandet . . . när tvivel uppstår». Att man inom jurisprudensen faktiskt all-

¹ Därigenom blir talet om skadestånd efter »kontraktsbrott» stundom ett icke fullt adekvat uttryck, som dock i brist på bättre här användes.

² I min kritik av *Fherings* lära på en särskild punkt, Obligationsbegreppet I, s. 101 f.

männeligen bygger på rättsmedvetandets irrationella manifestationer har jag förut i skilda sammanhang påvisat. Vad som gör *Stangs* uttalande intressant är, att han å ena sidan tydligen förbiser, att den »enkla satsen, att avtal skola hållas» icke är något annat än en sådan manifestation, och å andra sidan uppenbarligen tror, att man vid utläggningen av ett avtal enligt denna förment positivrättsliga sats kunde få *verklig* hjälp av rättsmedvetandet, en hjälp så påtaglig, att den kunde *graderas* och sättas i högre klass inom avtalsrätten än därutanför. Detta är väl dock att alltför drastiskt operera med imaginära faktorer. När efter ett avtal bedömandet av den rättsliga situationen just är tvivelaktigt, när kanske både domare och rättsvetenskapsmän få anstränga sig till det yttersta för att komma till någon klarhet — hur skulle väl då det »folkliga rättsmedvetandet» kunna fälla utslaget i frågan? Meningen måste väl vara den, att jurisprudentens ansträngningar framför allt syftade till att utröna det folkliga rättsmedvetandets uppfattning i ämnet. Men då frågas det: hur skall väl i folkmedvetandet någon som helst uppfattning kunna göra sig gällande angående den rättsliga betydelsen av mängden av faktiska omständigheter, som växla med de olika fallen av rättshandel? Tvist uppstår vid ett kontrakt t. ex. angående frågor, huruvida part kan anses ha fullgjort detsamma, huruvida olyckshändelse — som drabbat avtalat gods, för kontraktets fullgörande använda redskap, annan egendom, part eller tredje man — skall lända den ena eller andra parten till nackdel, vilka ekonomiska verkningar, som skola betraktas såsom följder för part av ett visst handlingssätt å den andres sida, huruvida den sålunda beräknade förlusten av denne skall ersättas o. s. v. Nu menar visserligen *Stang*, att icke blott folkmedvetandet utan även den särskilda fackkunskapen vore

att just i avtalsfrågor rådfråga, vilket jag strax skall beröra. Låt oss emellertid antaga, att i de antydda frågorna i ett visst fall intet stode att vinna ur fackkunskapen! *Stang* tycks nu tro, att domarena ha att sitta och fråga efter vad det folkliga rättsmedvetandet säger i alla dessa frågor! En sak för sig är naturligtvis, att en domare ofta handlar under inflytande av vissa vidskepliga rättsföreställningar. Men om han är frigjord från dylika, går han till de lagar, som vare sig mera direkt eller indirekt beröra en föreliggande fråga, och söker tolka dessas innehåll med hjälp av lagmotiv, domstolsavgöranden och annan rättslitteratur. Såväl vid studiet av dessa ting, som när de icke — vare sig på grund av genom rättsskolastik förvirrat innehåll eller av annat skäl — kunna lämna tillräcklig hjälp, går en från skolastiska fördomar frigjord domare till sitt *eget* medvetande om vilket sätt att avdöma fallet med hänsyn till sina konsekvenser stode i bästa överensstämmelse med en ordning, som tillgodosåge det allmänna bästa, sådant som han med sin tids ögon uppfattade detta. Förvisso kommer en sådan domare att taga hänsyn jämväl till det allmänna rättsmedvetandets föreställningar, såvitt han tror sig ha kunskap om dessa. Men detta hänsynstagande är något helt annat än att fråga det allmänna rättsmedvetandet till råds.¹ F. ö. förhåller det sig så, att jämväl en domare, som på grund av sin fångenskap i jurisprudensens läror har den *tron* , att vissa rättsmedvetandets föreställningar vore ett verkligt fundament för rätten, inför det verkliga livets tryck gemenligen i viss grad offerar denna sin tro. Åtminstone omedvetet bryta sig för honom samhällsnyttiga synpunkter igenom de skolastiska utanverken.

¹ Se härom Obligationsbegreppet II, s. 96, 101, 246 f., 252 f., allt jämfört med s. 74 ff.

Han *kan* såsom en förnuftig och reflekterande människa svårligen undgå att låta sig influeras av de konsekvenser, som ett så eller så beskaffat dömande kan få för hela det samhällsliga livet, och sålunda svårligen undgå att själv döma under detta inflytande.¹

Lika ogrundad är emellertid nu *Stangs* tro, att den speciella fackkunskapen *principiellt* finge större betydelse vid kontraktsfrågor än i utomkontraktliga fall. För att belysa detta måste jag ånyo anticipera ett redan nämnt resultat av det följande, nämligen att skadeståndsreaktionen — om man bortser från vissa särskilda kategorier — har sin främsta reella grund däri, att den är ägnad att förebygga eller motverka skadebringande handlingssätt. För att avgöra frågan, om ett visst handlingssätt varit skadebringande, om det samma trots sin riskfullhet i sådant avseende likväl, av andra allmännyttiga hänsyn, lämpligen icke vore att motverka, o. s. v. kan givetvis sakkunnigt biträde i princip vara minst lika erforderligt som vid bedömandet av en rätts-situation efter kontrakt. Jag behöver endast hänvisa till sådana frågor som maskiners beskaffenhet och deras lämpliga hantering ur trafiksynpunkt eller ur industriell synpunkt, vissa varors eldfarlighet eller eldfängdhet och deras med hänsyn därtill lämpliga hantering, effektiviteten av trygghetsanordningar i fabriks-, gatuarbeten o. s. v.

Särskilt anmärkningsvärda te sig de fyra sista punkterna i citatet efter *Stang*, om man aktualiserar för sig de hit-hörande realiteterna. *Avtalets* rättsliga betydelse är ju väsentligen intet annat, än att parterna handla under viss risk av skadeståndstvang. De grunder, efter vilka dylikt bör inträda, ha väl varit ungefärligen lika mycket omdebatterade genom århundradena som grunderna för skadestånd i utom-

¹ Jfr Obligationsbegreppet II, s. 99 ff., 241 ff.

kontraktliga förhållanden. Som förut framhållits, bildar avtalet överhuvud ingen *norm* för rättsverkningar. Men alldeles särskilt bakvänt bleve antagandet, att avtalet bildade norm för förutsättningarna för tvånget å part att betala *skadestånd*. Därom säges i avtalet vanligen ingenting; och vad kontrahenterna *möjligen tänkt* i frågan torde vara en ganska löslig hållpunkt för dess bedömande. Själva avtalet som sådant kan — såsom av det föregående framgår — endast ha den betydelsen att utgöra en betingelse, för att man skall kunna tala om förhandenvaro av sådan skada, vars ersättande kan komma ifråga. Men det är väl icke om *skadans* fakticitet, som man har tvistat genom århundradena. Utan det är *den* delen av grunden för skadeståndstvänget som faller utanför den självfallna förutsättningen, att skada uppstått, som man under århundraden diskuterat. Angående *den* delen av grunden för skadeståndstvänget giver avtalet som sådant icke ringaste ledning.

Till sist må angående citatet från *Stang* endast nämnas, att det givetvis är ett metodiskt missgrepp att — såsom *utgångspunkt* för en undersökning av det utomkontraktliga skadeståndet — deklarerat, att detta vore »återupprättande» och dess uppgift att »negera det som redan har skett». Med denna idé, hävdad utan argumentation och lagd till grund för hela »undersökningen», har denna låsts fast på ett sådant sätt, att en vetenskaplig behandling av ämnet blivit omöjlig. En dylik förutsätter i första hand, att forskandet, frigjort från skolastiska synpunkter, *inriktas just* på frågan, vilken betydelse skadeståndet faktiskt har. Med dylik frigjordhet kan det icke vara fråga om någon annan betydelse av skadeståndet än ur samhällelig synpunkt. Nu skola vi i det följande finna, att den av *Stang* anlagda utgångspunkten bevisligen icke är förenlig med skadeståndets

sociala funktion.¹ Redan därav kan man misstänka, att *Stangs* ifrågavarande arbete måste i sin helhet ur vetenskaplig synpunkt vara mindre tillfredsställande.

Ehuru sålunda icke några verkliga skäl torde kunna påvisas för att *principiellt* — med hänsyn till den rättspolitiska grunden för skadeståndet — skilja mellan kontraktsbrott och utomkontraktliga fall, kan det näppeligen vara tvivelaktigt, att en sådan principskillnad behärskar 1734 års lag. Denna inställning till frågan synes emellertid sammanhänga bl. a. med två ting. Dels var skadestandsfrågan i utomkontraktliga fall i mycket stor utsträckning behandlad i samband med straffet. Dels torde man också böra beakta lagens förhållande till »gemeines Recht». I den romanistiska, gemeinsrättsliga doktrinen kom grunden för skadeståndet vid kontrakt och i utomkontraktliga fall visserligen såtillvida att vara densamma, som i båda fallen culpa i allmänhet utgjorde förutsättning för skadeståndstvånget. Men den gemeinrättsliga doktrinen har helt naturligt icke utövat något inflytande på 1734 års lags *straffrätt*. Det är framför allt dess *kontraktslära*, som influerats. Detta kan då ytterligare förklara, att 1734 års lag behandlat de båda skadeståndskategorierna efter skilda synpunkter.

Fastän, såsom jag nu påpekat, anledning saknas att utgå från antagandet, att skadeståndsläran dirigerades av skilda principer, allteftersom kontraktsbrott föreläge eller utomkontraktliga situationer, är det endast den senare kategorien, som i detta arbete skall göras till föremål för en undersökning. I argumentationssyfte kommer emellertid stundom även skadestånd vid kontraktsbrott att beaktas.

¹ Angående detta begrepp se en not under min följande kritik av *Ussings* ståndpunkt.

Culpa-regeln lämplig utgångspunkt för en undersökning av skadeståndsrätten.

Inom rättskipningen i alla civiliserade länder synes man uppehålla en grundsats av innehåll, att en person tvingas ersätta skada, som drabbat annan genom den förres »kulposa» handlingssätt — »försumlighet», »skuld» el. dyl. — vare sig nu handlingssättet skall involvera kontraktsbrott eller ha begåtts utanför något kontraktsförhållande, vilka olika situationer både i rättsvetenskapen och i allmänhet i lagstiftningen (undantag dock t. ex. Österrikes a. b. G. B.) behandlas skilda åt. I den följande kritiken avses med »culpa-regeln», i enlighet med det nyss sagda, endast utomkontraktliga situationer. Emellertid skall skadeståndstvånget ytterligare förutsätta dels det positiva, att handlingen varit rättstridig, och dels det negativa, att icke den skadade själv (i viss grad) varit vållande till skadan. Denna culpa-regel — *fault-liability*, *deliktische Haftung*, *responsabilité délictuelle* — bildar faktiskt och med direkt stöd i själva lagen en utgångspunkt för skadeståndsdoktrinerna i Frankrike och Italien (och säkerligen även i andra romanska länder), i Tyskland, Österrike, Ungern och Schweiz. Såvitt jag förstår måste detsamma sägas även om U. S. A., ehuru där allmänt lagstadgande i ämnet saknas. Måne annan åsikt bör uttalas i fråga om engelsk rätt? Jag kan icke finna detta. Det rör sig nu icke därom, huruvida *fault-liability* i England i det hela hade fullt samma omfattning och innebörd som culpa-regeln har t. ex. i de nyssnämnda länderna i

Europa, där naturligtvis också culpa-regeln kan något växla alltefter det land, varom fråga är. Vad som här intresserar är framför allt den frågan, om icke culpa-regeln lämpligen bildar utgångspunkten även för en framställning av den engelska skadeståndsläran. Såvitt jag kan se måste denna fråga besvaras jakande. Mina skäl äro följande.¹ *Austin*, den engelska rättsvetenskapens alltjämt största namn, gick på sin tid så långt, att han icke medgav ansvarighet för annan skada, än den som förorsakats genom vållande. »Unlawful intention or inadvertence» är, enligt *Austin*, »of the essence of injury». Denna *Austins* begränsning av ansvaret för injury bör emellertid ses mot bakgrunden av hans konstruktion av en särskild ansvarighet »by virtue of an obligation arising *aliunde*».² *Salmond* uttalar i båda sina bekanta arbeten den regeln att *mens rea* — »a guilty mind», d. v. s. »wrongful intention or culpable negligence» — vore ett väsentligt villkor för skadeståndsskyldighet, låt vara att denna regel hade talrika och betydande undantag.³ Ungefärligen samma åsikt hyses även av *Pollock*. Han hävdar en *allmän* princip, enligt vilken alla samhällsmedlemmar äro förpliktade gentemot sina medmänniskor att icke tillfoga dessa någon skada, »without lawful cause or excuse». Därvid åberopar han sig på *Ulpiani* direkt från stoikerna hämtade sats: *iuris praecepta sunt haec: honeste*

¹ Jag förbigår den av *William Markby*, *Elements of Law* 1871, ch. XVI & XVII, lancerade uppfattningen, en s. k. catalogue view, enligt vilken den engelska skadeståndsrätten överhuvud icke dirigerades av några allmänna principer, utan man endast hade att undersöka, vilka »wrongs» som faktiskt kunde grunda en skadeståndstalan.

² *Austin*, *Jurisprudence*, Lect. XXV.

³ *Salmond*, *Jurisprudence*, 7th ed. s. 424 f., och *Law of Torts*, 5th ed. s. 8 ff.

vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Redan detta tyder på den uppfattningen hos *Pollock*, att *skuld* i princip vore förutsättning för skadeståndstvång. I sin gruppering av olika »wrongs» finner han en grupp utmärkas av »wilfulness» eller »wantoness». I en annan grupp säges ansvarigheten, utom i vissa fall, »spring from some shortcoming in the care and caution to which . . . we deem ourselves entitled at the hands of our fellow-men». Endast ifråga om »wrongs to possession and property», såsom »trespass» och »conversion», finner *Pollock* den handlandes moraliska inställning ovidkommande. Och han medgiver, att ansvarigheten i dessa fall oberoende av culpa kan synas »inelegant if not unjust». Förhållandet vore emellertid, att man här hade att göra med en av den engelska rättens kuriositeter.¹

Det är emellertid icke blott doktrinen utan även de histo-

¹ *Pollock, Law of Torts*, 13th ed. s. 1—12 och s. 21. — Observeras bör naturligtvis, att handlingssättet under alla omständigheter måste vara en »wrong», alltså objektivt rättstridigt, även om den subjektiva inställningen mycket väl kunde vara »rättsenlig». — Med *trespass* menas varje icke rättsenligt inträde på annans mark eller, beträffande lös egendom, varje icke rättsenligt besittningstagande därav eller dess icke rättsenliga hanterande på ett sätt, som är »in itself injurious» för godset ur synpunkten av ägarens intresse. *Conversion* kan innesluta trespass och sker genom »an authorized act which deprives another of his property permanently or for an indefinite time». Exempel på conversion, som icke innefattar trespass: under en persons rättsenliga besittning av annans sak skadas denna eller går förlorad genom en icke rättsenlig handling. Varken trespass eller conversion anses behöva förutsätta något som helst rättstridigt syfte eller ens culpa. Tillkommer rättstridigt syfte, då kan handlingssättet givetvis lätt bli kriminellt. Se om saken t. ex. *Pollock, Law of Torts*, s. 352 ff. Särskilt upplyftande är diskussionen angående aerial trespass, d. v. s. trespass genom att låta föremål gå genom luften över annans mark, a. a. s. 361 ff.

riska synpunkterna — hur delade meningarne om dessa än äro — som utvisa, att s. k. fault-liability är en kärnpunkt i den engelska skadeståndsrätten. Antingen håller man före, att en äldre maxim om »strict liability» (ansvar oberoende av culpa och sålunda motsatsen till fault-liability) successivt hade fått giva med sig till förmån för en nu mera allmänt rådande fault-liability. Eller också menar man, att denna också historiskt varit utgångspunkten men att en fortgående tendens hade varit att låta ansvarigheten bestämmas icke efter den moraliska klandervärdheten utan efter »the detriment which the act has inflicted on the aggrieved party».¹ Även med denna mening överensstämmer det sålunda, att stora områden av den engelska skadeståndsrätten domineras av culpa-regeln och att en vetenskaplig undersökning av skadeståndsrätten i England lämpligen i första hand sysselsätter sig med de reella grunderna bakom denna princip.

¹ Den förra ståndpunkten intages av bl. a. *Wigmore*, Responsibility for tortious acts, i *Essays in Angloamerican Legal History* III, s. 474; *Holdsworth*, History of English Law, III, s. 375 ff., och VIII, s. 446 ff. Man erkänner dock, att tendensen på ett mycket betydande område, nämligen ifråga om husbondes ansvar för sina tjänares handlingar, rör sig från »fault-liability» hän emot »strict liability». *Winfield*, The myth of absolute liability i *Law Quarterly Review* 48, vill visa, att den medeltida doktrinen om »absolute (= strict) liability» är lindrigt talat så fylld med luckor och tvivel, att dogmen »a man acts at his peril» blir vilseledande utan sådana modifikation, att intet kvarstår av densamma. *Allen* menar, att det strider mot allt förnuft att tro, att »the large modern extensions of strict liability are not signs of the times but reversions, apparently quite arbitrary and perverse, to outworn medieval doctrines» (citat från en år 1932 författad, otryckt redogörelse för engelsk skadeståndsrätt). Utom de båda sistnämnda kunna såsom representanter för åsikten om en utveckling från fault-liability till strict liability nämnas *Maine*, *Holmes* och *Pound*, de båda sistnämnda amerikanare.

Vad Sverige och de båda övriga skandinaviska länderna angår äro några särskilda anmärkningar motiverade, bl. a. också därför att våra *lagar* intaga en säregen hållning till frågan. Vi ha i Sverige de allmänna reglerna om skadestånd i *strafflagens* 6 kap. Enligt 6: 1 S. L. synes skadeståndstvänet förutsätta, att skadan uppstått genom *brottslig* handling. Denna i lagen framträdande begränsning måste emellertid förstås historiskt. I 1734 års lag — för att nu icke gå ännu längre tillbaka i tiden — var skillnaden mellan straff och skadestånd och mellan grunderna för det ena och det andra ännu långt ifrån principiellt genomförd. Skadeståndet sågs till stor del under straffets synvinkel, både i missgärningsbalken och i stadganden därutänför. Vid vår nuvarande strafflags tillkomst var visserligen skillnaden mellan straff och skadestånd fullt erkänd och därmed även att skadestånd kunde ha annan faktisk grund än brott. Att 6: 1 S. L. endast nämner brott såsom förutsättning för skadeståndstväng beror endast därpå, att stadgandet har sin plats i *strafflagen*. Att man icke avsett att med detsamma *uttömman* skadeståndsprincipen är självklart, med hänsyn både till 1734 års lags hållning — som ju flerstädes föreskrev skadestånd i situationer, som icke efter 1864 års strafflag (och ofta icke heller efter 1734 års lag) betraktades såsom kriminella, t. ex. B. B. 22, 24 och 28 kapp. — och till den redan före strafflagens tillkomst hos oss erkända culpa-regeln. Ytterligare kan nämnas, att även om 6 kap. S. L. i det hela begränsat sig till skadestånd på grund av brott, så har dock städse dess 6 § varit så formulerad, att därunder måste falla även handlingar, som — också om de begåtts av fullt tillräkneliga — icke betraktades såsom brott. Och att barn och sinnessjuka skulle svara för skada genom handlingar, som — begångna

av fullt tillräkneliga — icke skulle draga skadestånd med sig, kan ju icke ha varit meningen.

Det tydligaste beviset för, att lagstiftaren icke avsett att begränsa den allmänna skadeståndsprincipen till kriminella handlingar, framgår emellertid av följande. I lagkommitténs förslag till handelsbalk av 1826 hette det, att »skada, som någon lidit genom annans vållande, skall gäldas, även i de fall, som ej i lagen utsatte äro», 15 kap. 5 §. Därmed avsågs givetvis att stadfästa culpa-regeln. Stadgandet upptogs på samma plats i lagberedningens bearbetning av förslaget, med det förtydligande likvisst att skada genom *våda* i princip icke grundade anspråk på skadestånd. I sitt straffbalksförslag av 1832 inledde nu *lagkommittén* det däri ingående 8 kapitlet (om skadestånd) med en hänvisning till de grunder, som stadgats angående skadestånd i 15 kap. av förslaget till handelsbalk. När denna hänvisning sedermera bortföll i *lagberedningens* förslag till 8 kap. av straffbalken, hade detta ingalunda sin grund i någon ändrad ståndpunkt i saken utan berodde endast därpå, att man, mycket riktigt, förutsatte, att »förslaget till kriminallag kommer under lagstiftande maktens behandling förr än förslaget till civillag».¹ Skadeståndskapitlet i lagberedningens förslag till straffbalk är förebilden till 6 kap. i 1864 års strafflag. I lagstiftningsarbetet har man sålunda flera decennier före strafflagens tillkomst utgått från culpa-regeln såsom den allmänna skadeståndsprincipen, och det kan icke råda något tvivel om, att detta även var utgångspunkten för vår nuvarande strafflag. Märkas bör emellertid, att culpa-regeln — ehuru den i jämförelse med lagorden i 6: 1 S. L., rent formellt bedömda, innefattar en utvidgning — dock i förhållande till förut rådande doktrin är att betrakta såsom en

¹ Lagberedningens Motiver till förslaget till straffbalk m. m. 1844, s. 18.

inskränkning. Ty jämväl enligt denna doktrin drog *damnum culposum* i princip med sig skadeståndsskyldighet.¹ Det utmärkande för denna doktrin var, att culpa-regeln icke var den enda skadeståndsprincipen.

Culpa-regelns betydelse av egentlig skadeståndsprincip torde i Norden, icke blott i Danmark och Norge, närmast kunna härledas från *Ørsteds* framställningar.² Culpa-regeln i denna mening hävdades från katedern om icke förr så av *Schrevelius* på 1840-talet. Man bör dock lägga märke till, att denne auktor framhäver, att saken är omtvistad och att de finnas, som anse det »tillräckligt, att en person är fysisk orsak till den skada, som en annan lidit».³ Säkerligen syftar *Schrevelius* därvid på den riktning inom naturrätten, som, i början på 1700-talet företrädd av *Thomasius*, hävdade, att *lex Aquilia* icke recipierats i den tyska rätten utan att denna behärskades av den germanrättsliga principen, att skadeståndsskyldigheten inträdde i och med skadans blotta förorsakande. Denna riktning hade framstående förespråkare långt in på 1800-talet.⁴ Det har här sitt intresse att se, hurusom naturrätten sålunda levererade grunder för varandra rakt motsatta ståndpunkter. I bakgrunden för culpa-regeln låg ju den redan av stoikerna såsom *naturlig* hävdade rättvisa, enligt vilken den som icke hade någon skuld icke heller skulle behöva umgälla något. Vid tillämpningen av den germanska skadeståndsprincipen, ofta

¹ Se t. ex. *Tengwall*, Twistemåls Lagfarenheten, 2 uppl. 1802, s. 63.

² *Eunomia*, III, 1819, s. 23 f.; *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, V, 1832, s. 25.

³ *Schrevelius*, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt, II, 2 uppl., s. 393 f.

⁴ Bland de sista var *Hepp*, känd genom sitt för den tiden betydande arbete »Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts», 1838. *Hepp* betraktas dock såsom motståndare till naturrätten.

kallad den objektiva, fann man det »naturligt», att den som dock faktiskt *kränkt* annans *rätt* — låt vara att det skett utan skuld — bleve skyldig betala skadestånd till den senare. Emellertid drogs nu denna princip icke ut i sina konsekvenser. Den praktiska skillnaden mellan de båda principerna framträdde egentligen blott ifråga om skadegörelse av minderåriga och sinnessjuka. Dessas ansvarighet, ehuru skuld icke kunde föreligga, motiverades i den objektiva principen bl. a. på följande sätt: eftersom man hade rätt till nödvärn mot deras angrepp, så borde man även ha rätt till ersättning, när angreppet icke kunnat avvärjas.

Vad som sagts om den svenska lagens inställning till culpa-regeln gäller också ifråga om Danmark och Norge. 26 kap. i 1842 års norska och 31 kap. i 1866 års danska strafflag bilda motsvarigheter till 6 kap. i vår strafflag. Ehuru sålunda en allmän skadeståndsregel endast uttalats i samband med behandlingen av brottet, är det självfallet, att även icke-brottsliga kulposa handlingar vid tiden för dessa lagar medförde skadeståndspåföljd. Å andra sidan var i dessa länder *Ørsteds* auktoritet en borgen för, att den allmänna skadeståndsprincipen skulle begränsas till culpa-regeln. De nya strafflagarne i dessa länder ha naturligtvis härutinnan icke medfört någon förändring.

Till sist torde angående de nordiska länderna för fullständighetens skull den anmärkningen böra göras, att culpa-regelns dominerande betydelse även här givetvis vunnit stöd i *Fherings* utläggningar av frågan, säkerligen den utländske teoretiker som under sista kvartalet av förra århundradet utövat det största inflytandet på svensk rättsvetenskap.¹

¹ I detta sammanhang är det framför allt *Fherings* verk »Das Schuldmoment im römischen Privatrecht», 1867, som bör nämnas.

Efter vad som nu sagts om fakticiteten av culpa-regeln i de olika rättsystemen anser jag mig oförhindrad att betrakta culpa-regeln såsom en utgångspunkt vid undersökningen av skadeståndsrätten. Visserligen har numera skadeståndstvånget oberoende av culpa (i det följande stundom för korthetens skull kallat strikt ansvarighet) skenbarligen en tillnärmelsevis lika stor betydelse som culpa-regeln. Detta sken beror emellertid dels därpå, att culpa-regeln i motsats till det strikta ansvaret anses så självklar, att grunden till densamma icke sysselsätter rättsvetenskapen på samma sätt som grunden till det strikta ansvaret, och dels därpå, att av liknande skäl även rättspraxis får »mera att göra» vid tillämpningen av det strikta ansvaret. I allt fall är det uppenbart, att vill man nu verkligen söka komma till botten med de reella grunder, som kunna vara bestämmande för skadeståndsrätten, så måste man börja i någon ända. Därvid tyder allting på, att man metodiskt vinner mest på att göra början med culpa-regeln. Denna har dock — på grund av romanistiska och naturrättsliga doktriner eller vad nu än orsaken månne vara — faktiskt uppfattats såsom den enda *egentliga* principen under den tid, som den nutida strikta ansvarigheten utbildats. Jag tror mig också sedermera bliva i stånd att påvisa, icke blott att i culpa-regeln inneslutna föreställningar övat inflytande också på de doktriner, som utbildats angående den strikta ansvarigheten, utan även att *realiteterna* väsentligen äro likartade vid culpa-regeln och det *stora* området för det strikta ansvaret. Vid detta förhållande synes all anledning föreligga till att vi först upptaga culpa-regeln till granskning.

Kritik av culpa-regeln sådan den utformats i den tyska civillagen.

Allmänt om culpa-regeln i utlandets lagar.

Culpa-regelns innebörd och de föreställningar, som i avseende därå hävdas av rättsvetenskapen, äro nu i det stora hela desamma i alla rättssystem. Den tillförlitligaste kännedomen om culpa-regeln torde vinnas genom granskning av hithörande lagar, såvitt de avse att uttrycka culpa-regelns allmängiltighet. Sådana lagar finnas nu varken i de nordiska eller de anglosachsiska rättssystemen. Men de finnas t. ex. i code civil, samt Österrikes, Tysklands och Schweiz civillagar. Samtliga dessa äro influerade av de romanistiska doktriner, som utbildats på grundval av den justinianska rätten. Bortsett från österrikiska civillagen är det därvid endast fråga om utomkontraktlig skada. Nämda doktriner föranledde en synnerligen allmängiltig formulering av *deliktet*, det skadeståndsgrundande rekvisitet. I code civil, som bekant rådande även i åtskilliga andra länder än Frankrike, formuleras det sålunda (art. 1382):

»Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

I den följande artikeln säges en person vara ansvarig för skada icke blott »par son fait» utan även »par sa négligence ou par son imprudence», d. v. s. kulpos underlåtelse

skall ha samma betydelse som kulpos positiv handling. — I en ännu äldre lag, Preussens allgemeines Landrecht, betonas uttryckligen rättstridighetsmomentet såsom förutsättning för skadeståndsskyldigheten. Vidare skiljes mellan å ena sidan *dolus* och *culpa lata*, å andra sidan *culpa levis*. I senare fallet svarar man »nur für den daraus entstandenen wirklichen Schaden». I förra fallet måste skadegöraren »vollständige Genugtuung leisten». Denna distinktion torde framför allt ha haft betydelse ifråga om s. k. ideell skada, vilken uttryckligen hänföres till den ersättbara skadan, såsom framgår av följande legala begreppsbestämning:

»Schade heisst jede Verschlimmerung des Zustandes des Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre, oder seines Vermögens».¹

Österrikes a. b. G. B. stadgar i sin 1295 §:

»Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein».

Av den förutgående §-en — som angiver skuldbegreppet såsom innefattande antingen »böse Absicht» eller »Versehen», som förorsakats av »schuldbare Unwissenheit» eller »Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleisses» — framgår, att »Verschulden» innesluter handlingssättets rättstridighet. I 41 art. av Schweiz' O. R. betonas rättstridighetsförutsättningen på ett mera modernt sätt:

»Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet».

¹ Se A. Pr. L. R. I 6, §§ 1, 8, 10 och 12.

Trots begränsningen genom den vare sig tysta (såsom i code civil) eller uttryckliga rättstridighetsförutsättningen, har man, särskilt i den tyska doktrinen, funnit dessa formuleringar alltför allmänt avfattade. Vad som erfordrades, har man menat, vore möjligast detaljerade angivande av det eller de intressen (Güter), som måste vara angripna, för att skadeståndstvång skulle följa. En ansats härtill finner man ju i Pr. Allg. L. R., men denna har icke befunnits tillfredsställande. Och så ha vi då fått det mest utförliga uttrycket för culpa-regeln i Tysklands B. G. B. I obligationsrättens sista titel behandlas här culpa-regeln tillsammans med fallen av strikt ansvarighet under den gemensamma rubriken »Unerlaubte Handlungen». Av dess 31 §-er är det för culpa-regelns vidkommande blott ett mindre antal, som ha intresse, och då i främsta rummet den förststående, 823 §.

Första stycket av 823 § i B. G. B.

823 § 1 st. B. G. B. lyder sålunda:

»Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.»

Vi vilja nu närmare granska detta stadgande. Enligt de flestas mening ansluter sig uttrycket »sonstiges Recht» endast till »Eigenthum» men icke till en persons »Leben, Körper» etc. Dessa skola i motsats till »Eigenthum» icke utgöra »rättigheter» utan endast en persons »Lebensgüter», vilka i sin tur hänföras till s. k. »Rechtsgüter». Till i §-en avsedda rättigheter höra däremot utom äganderätten

övriga sakrätter, författarrätt, uppfinnarrätt, patenträtt, rätt till varumärke och namn m. m. Om en *fordringsrätt* kränkes av gäldenären själv, betraktas detta givetvis icke såsom delikt, d. v. s. såsom en utomkontraktlig skadegörelse, utan såsom kontraktsbrott eller något därmed jämförligt. Men om *tredjeman* vållat, att en fordringsrätt icke fullgöres i behörig ordning, så anse somliga, att detta konstituerar delikt efter 823 §. D. v. s. om en person slår sönder ett fönster i ett hyreshus, så skulle han kunna bli skadeståndsskyldig icke blott gentemot husägaren utan också mot hyresgästen, och om man skadar annan, under det att denne utförde ett uppdrag för någon, så skulle man kunna bli skadeståndsskyldig icke blott gentemot den kroppsligen skadade utan även gentemot uppdragsgivaren på grund av dennes förlust genom hinder i uppdragets kontraktsenliga fullgörande. Rättspraxis liksom den härskande åsikten ogillar emellertid denna ståndpunkt. Synpunkterna å de olika åsiktssidorna (se t. ex. *Örtman*, Schuldverhältnisse, s. 1058 f.) erbjuda gott stoff för kritik men måste här lämnas åsido. Det vanligaste »deliktet» föreligger givetvis, när skadegörelse skett å annans sak, d. v. s. då äganderätten skall hava blivit kränkt. Låt oss nu taga ett sådant vanligt fall av skadegörelse och undersöka, hur det ställer sig enligt 823 §.

Förutsättningarna för skadeståndstvånget skola enligt detta stadgande nu vara, att skadan uppkommit därigenom att 1) äganderätten blivit kränkt samt att 2) detta kränkande skett genom rättstridig handling, som 3) kulpost (vorsätzlich oder fahrlässig) företagits. Samtliga dessa tre förutsättningar — även den sista med hänsyn till den bakom liggande meningen — äro omöjliga, enär de bero på tankefel. Detta skall nu visas.

Äganderättens kränkande såsom förutsättning för skadeståndstvång.

För att äganderätten skulle kunna kränkas, måste den givetvis finnas till. Men nu har det ju utretts, att det finns varken äganderätt eller andra rättigheter.¹ Visserligen dölja sig under rättighetsbegreppet allehanda realiteter, vilka framför allt för den s. k. ägaren ha den betydelsen, att han vinner en viss trygghet i fråga om möjlighet för honom att innehava, disponera över eller på annat sätt utnyttja saken. Det är denna trygghet, som man har missförstått och trott vara ett uttryck av personens äganderätt. Till de realiteter, på vilka tryggheten ifråga beror, hör jämväl uppehållandet i enlighet med den s. k. culpa-regeln av reaktioner i form av skadeståndstvång mot en skadegörare.¹ Då realiteterna i den s. k. äganderätten sålunda *förutsätta* bl. a. culpa-regelns uppehållande, är det ju omöjligt, att skadeståndsreaktionen — som blott är ett utslag av culpa-regeln — kunde förutsätta äganderättens kränkande och därmed äganderätten själv. Då denna sak är utomordentligt viktig, men man synes vägra att vilja förstå densamma trots dess lättfattlighet enligt min mening, skall jag, oaktat utförligheten i de framställningar, till vilka jag nyss hänvisade, här ånyo kortfattat belysa saken i anslutning till ett exempel.

Om A t. ex. köpt sig en cykel, så får han i allmänhet ha densamma i fred för skadegörare och andra inkräktare. Framträder icke redan därmed ganska tydligt hans rättsliga makt över cykeln? frågar man och resonerar så vidare på följande sätt. Om någon utan A:s medgivande tager cykeln

¹ Se härom Obligationsbegreppet I, 3—5 §§, samt II, s. 109—143.

ifrån honom eller i egenskap av lån- eller legotagare till densamma säljer den till en tredje, eller om någon, med eller utan sådan ställning, anställer skada å cykeln, så riskerar han att straffas för rån, stöld, försnillning eller skadegörelse samt att tvingas betala skadestånd till A, det senare jämväl om handlingssättet icke varit straffbart. A har vidare möjlighet att »med lagens hjälp» återvinna besittningen till cykeln från rånaren eller tjuven samt jämväl från den antydda köparen, t. o. m. om denne varit i god tro, i vilken händelse dock cykeln endast kan återfås mot lösen. Alla dessa och liknande iakttagelser äro nu i och för sig visserligen riktiga. Men man vänder upp och ned på hela saken, därest man menar, att rättsföljder av nu angivet slag vore att betrakta såsom reaktioner, föranledda av att A:s äganderätt till cykeln blivit kränkt. Denna mening innefattar ju, att »äganderätten» skulle vara till oberoende av uppehållandet av de regler, enligt vilka ifrågavarande rättsföljder kunde genomföras. Men gör det tankeexperimentet, att dessa rättsregler icke uppehöles! Detta skulle ju betyda, att vem som helst skulle, utan att riskera någon som helst rättslig påföljd av antytt slag, kunna göra vad som helst med A:s cykel. Under sådana omständigheter skulle denna idé, att A såsom »ägare» till cykeln skulle få ha den i fred för andra, förnuftigtvis aldrig kunna uppstå. Vad vore det väl för mening i att tala om en persons äganderätt till en sak, om han kunde rånas på densamma eller om den kunde stjälas, försnillas, skadas, kort sagt, om den kunde behandlas hur som helst av vem som helst utan någon rättslig påföljd? Vore det icke fullkomligt meningslöst att tala om cykeln såsom varande A:s eller överhuvud någon persons tillhörighet? Sådana begrepp som rån, stöld

och försmällning ävensom skada i rättslig mening vore f. ö. otänkbara.

Man finner sålunda, att A:s s. k. äganderätt till cykeln icke *kan* vara något annat än en viss trygg position i avseende å densamma, en position, som är en följd av eller, kanske riktigare¹, förutsätter uppehållandet av nu antydda rättsregler. Å ena sidan äro ju A:s egna handlingar i avseende å cykeln fullkomligt oberörda av dessa regler. Vad A själv gör eller låter göra med densamma medför i och för sig (d. v. s. såvida han icke exempelvis därmed ofredar andra eller åsidosätter trafikregler eller andra ordningsföreskrifter) ingen rättslig påföljd. Å andra sidan angå de ifrågavarande rättsreglerna just *alla andras* handlingar i avseende å cykeln, såvida dessa handlingar icke skett på något sätt med A:s medgivande eller stå i överensstämmelse med särskilda lagbud, avseende t. ex. utmätning eller annan exekution. *Dessa andra* personer riskera rättslig påföljd, om de företaga sig något i avseende å A:s cykel. Det allmänna medvetandet härom (i förbindelse med plikt-känslor och föreställningar, som äro beroende av rättsmekanismen i det hela) avhåller *praktiskt taget* alla människor från att störa A i hans innehav av cykeln. Till detta kommer så, att vindikationsrätten (inklusive sådant som separationsrätt i konkurs) och skadeståndsrätten göra det möjligt för honom att i de undantagsfall, då sådan störning skett, återfå cykeln, respektive erhålla skadestånd.

Den trygghet i en persons faktiska förhållande till ett ting, vilken möjliggjort och underhållet dessa falska föreställningar om en äganderätt, den tryggheten *förutsätter* sålunda bl. a. uppehållandet av den s. k. culpa-regeln. Vid

¹ Med hänsyn till synpunkter, analoga med dem som jag antytt i min Obligationsbegreppet I, s. 119 ff.

detta förhållande måste det, som sagt, anses oresonligt att hävda, att culpa-regelns tillämpning förutsätter, att äganderätten har blivit kränkt.

Handlingssättets rättstridighet såsom förutsättning för skadeståndstvång.

Att det skadebringande handlingssättet skall ha varit rättstridigt, för att kunna draga skadeståndstvång med sig, är lika meningslöst. »Rättstridighet» är endast ett ord utan något som helst tankeinnehåll.¹ Vill man bruka detta ord såsom beteckning för vissa realiteter, så kunna i detta sammanhang inga andra realiteter avses, än att handlingen kan draga skadeståndstvång med sig. Beteckningen ifråga såsom utmärkande en förutsättning för skadeståndstvång innefattar sålunda blott en tom omskrivning: skadeståndstvång såsom reaktion på en handling förutsätter, att handlingen kan draga skadeståndstvång med sig.² »Rättstridighet» såsom förutsättning för en handling straffbarhet kan likaledes realiter icke betyda något annat än det rent meningslösa, att handlingen är straffbar. Av det sagda förstår man, att rättstridighetens användning också blott såsom en beteckning för vissa realiteter är särdeles olämplig. Saken ligger något annorlunda till, när man — såsom sker i detta arbete — för korthetens skull begagnar de i och för sig falska begreppen rättighet, anspråk, rättsregel, ansvarighet, culpa och dyl. såsom beteckning för vissa utredda realiteter.

¹ Se härom mina på *Hägerströms* rättsfilosofi grundade undersökningar i »Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyren», s. 24—74, samt *Obligationsbegreppet II*, s. 39 ff. och s. 195—204, jfda med s. 282—292.

² Se *Obligationsbegreppet II*, s. 200 ff.

Culpa-skuld såsom förutsättning för skadeståndstvång.

Såsom begreppen »vorsätzlich» och »fahrlässig» äro använda i 823 § B. G. B. ha de ingen förnuftig mening. Vore det så, att de endast innefattade ur värderingssynpunkt indifferenta beskrivningar på den subjektiva inställning till det skadebringande handlingssättet, vilken erfordrades för skadeståndsreaktionen, kunde intet anmärkas emot deras angivande såsom förutsättning för denna. Men detta är alldeles icke händelsen. Den med begreppen åsyftade subjektiva inställningen till handlingssättet skall nämligen just avse *detta såsom rättstridigt*. Därigenom kommer inställningen ifråga att innefatta *skuld* och blir skadeståndstvånget ur *rättvisans* synpunkt motiverat såsom en *reaktion på klandervärt* handlingssätt. Detta kan historiskt visas. Under en följd av år har ju culpa-regeln inom rättsvetenskapen betraktats såsom en given princip, under det att det strikta ansvaret endast har ansetts förekomma såsom undantag från principen om culpa-skuld såsom förutsättning för ansvaret. Detta betraktelsesätt har haft sin grund i föreställningar av innebörd, att skadeståndet såsom en för den därav drabbade mer eller mindre menlig tvångsreaktion vore *orättvist*, därest icke personen ifråga hade gjort sig *förtjänt* därav genom sitt klandervärda handlingssätt. Häremot kan icke invändas, att i ännu äldre tider hos t. ex. de germaniska folken (för övrigt även hos både greker och romare) tvångsreaktioner skett oberoende av vad vi kalla skuld. I själva verket var det i dessa äldre tider ävenledes icke fråga om något annat än föreställningar om skuld-vedergällning, men om mera primitiva sådana, i det att blotta orsakssammanhanget — oberoende av den subjektiva inställningen — till skadan troddes involvera skuld (eller annan förorening)

och därmed vedergällningsgrund. Det är senare, så att säga förfinade vedergällningsföreställningar — med tanken att skulden förutsatte orsakssammanhang mellan skadan och gärningsmannens *sinnelag* — som ligga i bakgrunden för hävdandet av culpa-regeln såsom själva principen och det strikta ansvaret såsom undantag från denna princip. Att »Vorsatz» och »Fahrlässigkeit» i 823 § B. G. B. äro uttryck för skuld i denna mening kan icke betvivlas. Det framgår ju för övrigt av ordalagen i §-ens 2:dra stycke, som utan vidare förutsätter, att »Vorsatz» och »Fahrlässigkeit» innefatta *skuld*, liksom av det ofrånkomliga förhållandet, att rättsvetenskapen än i dag ställer culpa-regeln eller »die deliktische Haftung» i motsats till »Haftung ohne Verschulden».

Att denna skuldförutsättning såsom moment i skadeståndsrequisitet är orimlig framgår av utredningar på skilda ställen i mina föregående »Föreläsningar». Den är på det intimaste förbunden med antagandet av rättspliktsvidrighet såsom grund för rättsreaktioner. I enlighet härmed uppställes också allmänt maximen: utan rättstridighet ingen skuld.¹ Skuldläran drabbas därigenom av kritiken av rättstridighetsläran. Den involverar liksom rättstridighetsbegreppet tron på objektiva värden, omöjliga att inplacera i det rumstidliga sammanhanget. Vad ett sådant misstag som detta om personens skuld — avseende grundläggningen av vad som skall vara en huvudprincip och, såvitt jag vet, utmärkande *samtliga* kulturländers skadeståndsrätt — betytt till hinder i utvecklingen av skadeståndsläran som vetenskap skall jag här icke orda om.

Emellertid är det nu tydligt, att skuld-förutsättningen vid

¹ Se t. ex. *Bienenfeld*, Die Haftungen ohne Verschulden, s. 336.

culpa-regeln uppehålls uteslutande av hänsyn till behovet att få skadeståndet *rättfärdigat* såsom en *rättvis* reaktion mot skadegöraren. Man borde dock förstå, att ett sådant syftemål måste vara fullständigt chimäriskt. I verkligheten kan intet vara mera cyniskt än talet om att skadeståndstvånget enligt culpa-regeln vore rättvist. Denna rättvisa måste givetvis varda oss uppenbarad genom våra känslor.¹ Antag nu, att skada för ett värde av några tusen kronor tillfogats annan genom till grad och art fullt överensstämmande culpa i följande två fall: a) av en utfattig person med sjuk hustru och många oförsörjda barn, b) av en mycket rik person i ungarställning och utan vare sig rättslig eller moralisk försörjningsplikt. Antag vidare, att den *skadade* i förra fallet var bottenrik och i senare fallet utfattig. Mellan dessa båda fall äro nu givetvis allehanda gradationer tänkbara. Att nu i *samtliga* fallen tvinga till samma skadestånd — och sådan är tillämpningen av culpa-regeln både i Tyskland och hos oss — kan dock icke vid någon reflexion betraktas såsom ett utslag av *rättvisa!* I *ett* fall kan skadeståndet bli fullkomligt ruinerande för både gärningsmannen och hans familj. I ett *annat* fall behöver det praktiskt taget icke betyda det allra ringaste för honom. Hur skulle normala människor ens genom sina känslor kunna övertygas om att detta vore *rättvist?* Men t. o. m. om man vore så egendomligt beskaffad, att man i sin föreställning om rättvisa ville bortse från nyss antydda omständigheter och endast hålla sig till det kulposa sinnelaget med abstraktion från variationerna i skadeståndets menliga verkan för en skadegörare, måste man förnuftigtvis säga sig, att talet om

¹ I sådant avseende kan hänvisas till bl. a. *Gény, Méthode d'interprétation etc.*, 2 ed., II, 1919, s. 91 f.

skadeståndets rättvisa är rent nonsens. I de flesta länder bestämmes ju skadeståndet blott efter den på visst sätt beräknade *skadans* storlek, likgiltigt vilken *grad* av skuld som föreligger, ja t. o. m. likgiltigt om rent av skadeavsikt förelegat eller blott vårdslöshet. Men även där, såsom t. ex. i Schweiz, man söker taga hänsyn till »die Grösse des Verschuldens» och andra omständigheter (O. R. art. 43), borde man också utan rättsfilosofisk ledning kunna begripa, att *rättvisan* i skadeståndet måste förbli en chimär. Vilken domare skulle väl vara kapabel att från utredningen om skadegörelsen och dess närmare omständigheter sluta sig till den *verkliga* kvaliteten i sinnelaget hos gärningsmannen? En mot sina medmänniskor hänsynslös och för dessas väl eller ve fullkomligt likgiltig person kan ha större behärskningsförmåga och kan ha sina rörelser och andra handlingar bättre i sin hand än en mera altruistiskt lagd människa, som därför också kommer att begå en skadegörelse under omständigheter, vid vilkas förhandenvaro den förre undgår att anställa skada. Ofta kan dessutom den rena slumpen bli avgörande för både den avsiktliga och vårdslösa skadegörelsens inträffande. Men även om vi nu göra det fantastiska antagandet, att domaren *hade* förmågan att rannsaka hjärtan och njurar och att han sålunda kunde bestämma skadeståndets belopp med hänsyn till sinnelagets *verkliga* beskaffenhet, vilken *rättvisa* kunde likväl ligga däri, att en person finge vidkännas menliga *rättsliga* följder av sitt sinnelags yttringar? Både sinnelaget och dess yttringar sammanhånga med personens individualitet. Denna åter beror på vilka föräldrar han haft, uppfostran, miljöförhållanden och dylika omständigheter, över vilka han själv icke varit herre. Rättsviseföreställningen måste här också för den reflekterande lekmannen stranda på synpunkter fullt analoga

med dem som jag i annat sammanhang påpekat angående den falska tron på *straffets* rättvisa.¹

Dessa även för lekmannen lätt begripliga erinringar kunna givetvis icke ha undgått att observeras av rättsvetenskapen, och man föranledes därför att taga i övervägande, huruvida det är allvarligt menat, att *skuld* skall utgöra förutsättning för skadeståndstvånget, eller om icke ordet endast användes såsom en sakligt betydelselös, men formellt ännu icke utmönstrad reminiscens från äldre tiders föreställningar. Detta finns dock ingen anledning att antaga. Ty culpa-regeln fick nytt uppsving under *Jherings* tid. Han underströk på sitt särskilda sätt skuldmomentets betydelse, och de synpunkter, som jag nyss berört, voro lika självfallna då som nu. Att man med skuldkravet tror sig införa ett reallt moment är otvivelaktigt. Å andra sidan *kan* man ju icke vara blind för de nyss framförda och liknande invändningar. Man inlägger därför en *särskild* mening i skuldbegreppet. Detta har visserligen, såvitt jag vet, icke närmare analyserats i skadeståndsläran. Av naturliga skäl har analysen därav omhändertagits av straffrättsteoretikerna.² Låt oss därför se till, hur en tysk straffrättsteoretiker går till väga för att kunna betrakta skulden såsom ett rationellt moment i brottsrekvisitet. En lämpligare författare torde icke kunna väljas än *Mezger*, vars lärobok i straffrätt tillhör den senaste litteraturen i denna genre.³

¹ Se Obligationsbegreppet II, s. 190 f.

² Jfr t. ex. *Brodmann*, Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers, i Arch. f. ziv. Pr. 1906, N. F. Bd 49, s. 367.

³ *Mezger*, Strafrecht, 1 uppl. 1931. 2 uppl., av år 1933, är åtminstone i förevarande avseende oförändrad.

Mezgers skuldbegrepp.

Mezger deklarerar nu, att »strafrechtliche Schuld ist Schuld nicht im ethischen, sondern im juristischen Sinn» (s. 251). Skulle månne det oförnuftiga bli förnuftigt, därför att det vore fråga om juridik? Man kan med fog göra sig den frågan. Ty, om deklARATIONEN skall ha till syfte att förebygga invändningar av nyss berörda slag, då synes den meningslös utifrån varje annan ståndpunkt än den, att just de juridiska begreppen enligt sakens egen natur vore oberörda av förnuftig kritik. Det ser nu verkligen ut, som om *Mezger* fullföljde det nämnda syftet med deklARATIONEN ifråga, ty han tillägger *omedelbart* efter densamma, att den straffrättsliga skulden *därför* vore oberoende av striden om den s. k. viljefriheten. Överhuvud förefaller mig *Mezgers* bok, det sista av mig kända straffrättsliga huvudarbetet, utvisa en stegring ifråga om skolastisk förvirring. Varför icke ett ögonblick dröja vid denna distinktion — som dock icke har *Mezger* till upphovsman — mellan skuld i moralisk och juridisk mening! Skuld är nu för *Mezger* »närmas» det (i regel psykologiska) *sakförhållande*, att skuld föreligger. Men »tillika» skall skulden enligt denne auktor vara ett värdeomdöme över detta »skuldsakförhållande», vilket senare innefattade den s. k. »normative Schuldauffassung» (s. 248). Att häri utleta någon mening torde vara uteslutet, såsom också påvisats av *Kantorowicz*¹. Emellertid skall

¹ *Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933, s. 17. »Das hiesse also», säger *Kantorowicz*, »dass für die normative Schuldauffassung die Schuld ein Urteil über sich selber, und also ein Urteil über ein Urteil u. s. w. in infinitum wäre; es hiesse, dass die Schuld an der unentdeckten Mordtat die Meinung des Täters über seine eigene Handlung wäre; es hiesse, dass die Schuld auch Tausende von Jahren nach dem Verbrechen entstehen oder etwas anderes werden könnte,

först genom detta värdeomdöme (från domarens sida) det psykologiska skuldsakförhållandet »upphöjas» till begreppet skuld. Härmed föreligga särskilda, icke heller av *Kantorowicz* beaktade orimligheter. Skulden skall finnas där såsom sakförhållande men icke såsom begrepp! Och domaren skall genom sin värdering kunna förvandla det förra till det senare! Vad en sådan domarens förmåga — om den nu finnes — skulle tjäna till, är obegripligt.

Emellertid skall nu, enligt *Mezger*, domarens ifrågavarande värdering bestå däri, att skuldsakförhållandet vore att *förebå* gärningsmannen. Klart är att meningen måste vara den, att denna värdering hade objektivt giltig karaktär. Eljest vore den ju, också med utgångspunkt i hela den ifrågavarande skolastiska tankevärlden, utan all praktisk betydelse. Vore det nu fråga om en moralisk värdering, så är det ju uppenbart, att de av mig här ovan antydda synpunkterna, utvisande oförnuftigheten i att laborera med skuldbegreppet i rättsvetenskapen, måste ha tillämpning och omedelbart leda till insikt om ohållbarheten i *Mezgers* ståndpunkt. Emellertid må det frågas: huru vore det väl möjligt, att synpunkterna ifråga skulle kunna undgås därigenom, att värderingen antoges vara juridisk, eller, såsom *Mezger* uttrycker det, därigenom att den straffrättsliga skulden betydde »die Feststellung einer *rechtlich* missbilligten Beziehung der Handlung zur Persönlichkeit des Handelnden».

und dergleichen überraschende Dinge mehr». När emellertid *Kantorowicz* därefter vill bestämma skuld såsom »Gegenstand eines Wirklichkeitsurteils und zugleich eines Werturteils», vecklar han själv in sig i en orimlighet, som dock endast har sin grund i jurisprudentens vanliga brist på insikt om svalet mellan verklighet och värden. Efter behandlingen av *Mezger* skall jag med några ord beröra *Kantorowicz*' skuldlära.

Det måste ju i allt fall icke mindre än vid »Schuld im ethischen Sinn» vara fråga om en *objektivt giltig värdering*, därmed också om något rent fantastiskt. Utan att direkt till bemötande söka upptaga en sådan invändning gör nu *Mezger* ett högst anmärkningsvärt uttalande, som uppenbarligen skall ha till syfte att skydda hans skuldteori mot kritik av nyssnämnda slag. I rak strid med vissa sina påstående och dessutom även med sunt förnuft slungar han plötsligt ut följande:

»Die Frage, ob der Mensch im allgemeinen frei zu handeln in der Lage oder ob auch sein Handeln dem ehernen Zwang des Naturgesetzes unterworfen ist, berührt die strafrechtliche Schuldbeziehung nicht. Denn diese ist *nicht Gewissensschuld*, sondern *lediglich* Zurechnung der Handlung zu einer bestimmten Person als ihrem *Urheber*. Der Streit um die sogenannte Willensfreiheit — um Indeterminismus und Determinismus — berührt den Bestand des strafrechtlichen Schuldbegriffs nicht.» (S. 251, kurs. här.)

Här föreligger endast ett nytt exempel på den av mig ofta påpekade arten av den »moderna» jurisprudensens krav på intellektuell renlighet. Hur vore det väl tänkbart, att skuldbegreppet någonsin upptagits i brottsrekvisitet, om det icke ansetts innefatta en *sådan* värdering av gärningsmannens *personliga* förhållande till handlingen, att han däri-genom befundes ha *rättvisligen gjort sig förtjänt av straffet*. Denna »Zurechnung der Handlung zu einer Person» bleve ju för övrigt redan omedelbart sett alldeles meningslös, om den icke innefattade något annat än blott ett naket konstaterande, att personen står i orsaksförhållande till vad som inträffat. Då ett händelseförlopp alltid måste ha en mängd orsaker, kan man omöjligen komma ifrån frågan,

varför just ett visst orsakande skall tillräknas en person, d. v. s. medföra *hans* straffbarhet. Såsom *Mezger* själv utvecklar handlingsbegreppet, skall handlingen utom »körperliches Verhalten» och »Aussenerfolg» jämväl innefatta den handlandes »inneres Wollen» (s. 95). Fastän *Mezger* i det gjorda citatet tycks ha glömt bort det, skulle det sålunda vara omöjligt att tala om handlingens tillräknande till en person, därest därmed icke åsyftades, att *handlingen hade sin grund i personens sinnelag*. Det är ju också den synpunkten, att brottslingen givit uttryck åt sinnelagets undermåliga beskaffenhet, som historiskt ligger bakom skuld-begreppet och alltjämt giver detsamma dess karaktär och betydelse för straffet. Med den synpunkten måste det vara ren sofistisk att bestrida den straffrättsliga skuldens karaktär av »Gewissensschuld», ävensom att bestrida den straffrättsliga skuldidéns förbindelse med föreställningen om viljans frihet. För övrigt visa en mängd uttalanden av *Mezger* själv, gjorda i sammanhang med citatet från s. 251, att rättslig skuld innefattar ogillande av personens sinnelag. Han inleder skuldkapitlet med följande fettryckta satser:

»Schuldhaft handelt der, dessen Handlung rechtlich missbilligter Ausdruck seiner Persönlichkeit ist. Strafrechtliche Schuld ist damit ein Inbegriff von Voraussetzungen der Strafe, die sich auf die Person des Handelnden beziehen» (den särskilda kursiveringen här).

Såsom redan antytts, skall skulden vidare vara ett sakförhållande, »an dessen Vorhandensein der Vorwurf gegen den Täter und die damit gegen den Täter zu erkennende Strafe anknüpft» (kurs. här). För straffbarhet vore det nämligen icke tillräckligt, att någon handlat »rechtswidrig und tatbestandsmässig; es muss ihm diese Handlung auch persönlich zum Vorwurf gemacht werden können» (kurs.

här). Angående det värdeomdöme över skuldsakförhållandet, som vi förut sett att skulden skall utgöra, heter det ytterligare, att detsamma »knüpft zwar an einen bestimmten Schuldsachverhalt im Täter an, aber es bewertet zugleich diesen Sachverhalt als einen *dem Täter vorwerfbaren Vorgang*» (kurs. här). Exemplan kunna mångfaldigas. Att i omedelbart sammanhang med sådana uttalanden, otvetydigt hänvisande på, att den rättsliga skulden vore ett begrepp för det tadelvärda sinnelaget såsom hörande till handlingen, fälla påståendet, att den straffrättsliga skulden icke innefattade »Gewissensschuld» och att detta skuld-begrepp intet hade att skaffa med frågan om viljans frihet — det synes mig vara en alltför öppen motsägelse för att ens kunna rubriceras såsom sofistisk. Ytterligare bör man kanske beakta följande uttalanden, som *Mezger* gör i en senare del av arbetet, när han avhandlar »die Rechtfertigung der Strafe»:

»*Strafe ist Vergeltung*, d. h. *tatproportionale* Übels-zufügung. Sie ist beherrscht vom *Tat-Prinzip*, das freilich im Schuldgedanken zugleich das *Täter-Prinzip* in sich aufnimmt. Damit sie so wie sie *ist*, auch *gerechtfertigt* sei, muss diese Beziehung der Strafe zur begangenen Tat, muss m. a. W. die Strafe als *Vergeltung* gerechtfertigt werden. Es muss also die *Vergeltung* nicht nur als Begriffsmerkmal, sondern auch als *gerechtfertigter Zweck* der Strafe erwiesen werden. Eine *absolute* Rechtfertigung solcher Vergeltung in dem Sinne, dass diese Vergeltung eine kategorische, unbedingte und nicht weiter zu begründende Forderung darstellt, ist *abzulehnen*. Denn, sollte auch unser ethisches Bewusstsein fordern, dass jeder unrechten Tat die gerechte Vergeltung nachfolgt, so ist damit noch

nicht die Berechtigung des *Staates* erwiesen, solche Vergeltung von sich aus zu üben. Diese Berechtigung kann nur aus den anerkannten *Zwecken* des Staates abgeleitet werden und insofern muss jede Rechtfertigungstheorie der staatlichen Strafe eine *relative* Theorie sein» (s. 514 f., kurs. hos *Mezger*).

Icke heller dessa uttalanden — liksom de föregående innefattande bl. a. att gärningsmannens personliga förhållande till den »rättstridiga», d. v. s. »av samhället ogillade» handlingen måste underkastas en värdering, vars resultat i viss riktning utgjorde betingelse för hans straffbarhet — kunna få någon som helst mening, därest de icke hade avseende just å gärningsmannens s. k. moraliska person, inkluderande både samvete och fri vilja. T. o. m. ensamt de båda sista punkterna, angående den blott relativa karaktären hos straffteorierna, giva vid handen, att straffets rättvisa förutsatte »vårt etiska medvetandes» krav på handlingens bestraffning, låt vara att detta krav ensamt icke rättfärdigade straffet. Redan därmed är det ju uppenbart, att *skuld*värderingen såsom straffbarhetsförutsättning just motiveras av *behovet att i etisk mening rättfärdiga* straffet, alltså en fullkomligt oförnuftig synpunkt. Denna synpunkt genomlyser också citatet i övrigt. Just i *skuldtanken* skall Tat-Prinzip vara upptagen av Täter-Prinzip. Detta kan icke betyda något annat, än att skuldtanken har sin grund i sambandet mellan »Aussenerfolg» och gärningsmannens »inneres Wollen». Och det måste väl vara ofrånkomligt, att det endast är genom detta samband, som det kunde ligga något skenbart förnuftigt i att, såsom *Mezger* gör, karakterisera straffet såsom en rättfärdig vedergällning. En dylik karakterisering av straffet skulle — därest detta bedömdes såsom reaktion blott och bart på »die *Tat*» utan beaktande av dess här-

rörande från en *skuldbelastad* Täter — i själva verket innefatta ett återgående till urprimitiva vedergällningsföreställningar, enligt vilka blotta *orsaken* såsom sådan droge över sig skuld eller annan förorening, som måste utplånas. Dithän vill *Mezger* självfallet icke driva det. Men därmed måste också *gärningsmannens skuld* i meningen av att för »unser ethisches Bewusstsein» *rättfärdiga* straffet vara en kärnpunkt i *Mezgers* teori, såvida han med denna gör anspråk på att framföra en tankegång och icke blott ett virrvarr av påståenden.

Man kan icke resonnera bort orimligheten i skuldteorien genom att beteckna skulden såsom *rättslig* och icke *moralisk*. Menades därmed, att straffrätten själv bestämde den skuld, som skulle rättfärdiga straffet, så rörde man sig i cirkel. Straffet är blott ett uttryck av straffrätten. Följaktligen gällde det just att rättfärdiga *straffrätten*. Man borde då näppeligen kunna mena något annat, än att skulden berodde på en *social* värdering i stället för en *moralisk*. Men detta kunde icke minska skuldteoriens orimlighet. Ty först och främst: en speciellt social värdering måste likaväl som den moraliska sakna objektiv giltighet. Men vidare: det går icke att göra någon principiell skillnad mellan en social och en moralisk värdering. Människornas moraliska föreställningar utbildas nämligen väsentligen just under trycket av rådande sociala förhållanden. — Att komma bort från skuld i moralisk mening genom utbyte av detta ord för »rättslig» är förvisso ogörligt. Ett sådant ordutbyte kunde endast innebära, att fråga vore om personens *moral* på ett visst begränsat område, kallat det rättsliga.¹

¹ Skulden är »durch und durch und ausschliesslich» ett *etiskt* begrepp, *Brodmann* i förut nämnda avhandling i Arch. f. ziv. Praxis 1906, N. F. Bd 49, s. 341.

När emellertid nu *Mezger* (och hans föregångare) är så angelägen om att betona den straffrättsliga skuldens »juridiska» och icke »moraliska» karaktär, så är väl hans tanke att på dylikt, omedvetet sofistiskt, sätt undkomma invändningen om skuldbegreppets oduglighet på grund av moralens subjektiva eller i allt fall otillförlitliga karaktär. Den »rättsliga» värderingen antages förmodligen vara något helt annat ifråga om stabilitet, i det att densamma ju dirigerades av den *objektiva rättens normer*. Att detta är tanken utsäges visserligen icke direkt. Men om icke dessa normer skulle ha betydelse vid den specifikt rättsliga skuldvärderingen, så vore det ju omöjligt att upptäcka någon som helst annan skillnad än i avseende å ordvalet mellan »rättslig» och »moralisk» värdering. Trodde man sig icke kunna falla tillbaka på den »objektiva rätten», kunde man ju omöjligen inbilla sig, att värderingen på det rättsliga området vore något annat än en moralisk värdering. »Das Wert-Urteil des Richtenden», varom *Mezger* talar, är givetvis i och för sig icke att skilja från andra människors värderingar. Emellertid blir nu ett specifikt rättsligt skuldbegrepps etablerande med hjälp av rättsnormerna omöjligt att åstadkomma, redan därför att dessa normer själva icke tillhöra verklighetens utan fantasiens värld. Den särskilda absurditeten i att tro på ett *moraliskt* och därjämte på ett därifrån skilt *rättsligt* »böra» eller »Sollen» har jag i annat sammanhang närmare berört.¹

Kantorowicz' skuldidé.

Man kunde av det föregående föränledas misstänka, att jag utvalt *Mezgers* lära såsom prototypen för det orimliga

¹ Obligationsbegreppet II, s. 289 f.

och för att dymedelst vilja utmåla skolastiken på området i de grellaste färger. Intet har varit mig mera främmande. Jag har utvalt *Mezgers* straffrättsliga lärobok endast därför, att denna, när jag författade min kritik, var den nyaste av mig kända och han själv betraktades såsom en ny stjärna på det straffrättsliga firmamentet. Just nu har emellertid fallit mig i händerna ett ännu senare arbete av en möjligen ännu anseddare författare, den i landsflykt drivne *Kantorowicz*, en av koryféerna för »die freie Rechtsfindung». Blott halvtannat år har gått, sedan han utgav sitt här ovan citerade straffrättsliga arbete »Tat und Schuld». Han tager särskilt avstånd från den gängse uppfattningen, att skulden tillhörde handlingen, och hävdar i stället, att den vore »eine Qualität des Handelnden». Även om detta med utgångspunkt i de skolastiska begreppen vore en mera konsekvent åsikt, är det likväl uppenbart, att min kritik av skuldbegreppet icke kan beröras av åsiktsmotsättningen ifråga. För min kritik har det varit fullkomligt likgiltigt, huruvida skolastiken hänförde skulden till gärningen eller till gärningsmannen. Emellertid förefaller nu *Kantorowicz* vara mindre snirklad och mera rättframt tillkännagiva sin ståndpunkt än *Mezger*. Skuldens innebörd enligt *Kantorowicz* framgår av följande uttalanden, a. a. s. 15 ff.:

»Hingegen kann die Qualität des Handelnden, wenn er *wegen* der Handlung soll bestraft werden können, im »modernem» d. h. ethisierten Strafrecht nur in einer inneren und darum auch persönlichen Beziehung zu eben dieser Handlung, also in seiner *Schuld* gefunden werden. Denn ein Strafrecht ist ethisiert in dem Masse, in dem es die *Schuldidee* verwirklicht, d. h. die Idee, dass bei jedem einzelnen an einer Straftat mitwirkend

Beteiligten sowohl Voraussetzung wie Masstab seiner Bestrafung seine persönliche Schuld sei; wir sprechen von Schuldidee lieber als von Schuldprinzip, weil ihre Verwirklichung niemals restlos geschehen kann, aber immer in Annäherungen zu erstreben ist. Und zwar müssen *alle* Strafzwecklehren die Schuldidee zum Leitstern nehmen. Den schuldlos Handelnden kann die Strafdrohung nicht *abschrecken*, weil er ja die Voraussetzungen nicht kennt oder innezuhalten vermag, unter denen sein Handeln unterbleiben soll; weiter besteht kein Anlass, Ihn aus der Gesellschaft *auszuscheiden*, oder für sie zu *erziehen*, da er ja nicht durch seine Tat gezeigt hat, dass es ihm an der erforderlichen sozialen Gesinnung fehlt; dem Schuldlosen endlich sein Handeln zu *vergeltten*, verbietet der Vergeltungsgedanke selber, weil nicht einmal ein Vorwurf, geschweige denn ein in Strafe gekleideter Vorwurf zu erheben ist. Wir können also getrost und ohne relativistischen Einspruch befürchten zu müssen, im Folgenden stets ein der Schuldidee entsprechendes Ergebnis ein gerechtes bezeichnen. Hingegen können kennzeichnenderweise die sichernden und heilenden Massnahmen auch dem Schuldlosen gegenüber angebracht sein. Der den Vergeltungsgedanken betreffende Satz setzt freilich voraus, dass man einen bestimmten Schuldbegriff anerkennt.

Dieser unser Hauptbegriff Schuld, bei dessen Erörterung wir das geltende deutsche Recht beispielsweise heranziehen wollen, braucht in dieser Skizze nicht nach allen Seiten entfaltet zu werden. Wir brauchen insbesondere keine Stellung zu nehmen zu dem Streite, ob die Schuld als Tatsache, Tatbestand, Vorgang, Eigenschaft, Zustand oder Beziehung zu kennzeichnen

ist, ausser in soweit, als es die Folgerungen aus der richtigen und vorherrschenden *normativen* Schuldlehre zu ziehen gilt. Dies ist die Lehre, die das Wesen der Schuld nicht in ihrer psychologischen Wirklichkeit, sondern in ihrem Widerspruch zu irgend einem Sollen, irgendwelchen Normen erblickt. Die Schuld (im strafrechtlichen Sinne) ist hiernach, ihrer *Nominaldefinition* nach, dasjenige im inneren Verhalten dessen, der einer Strafrechtsnorm zuwider gehandelt hat, woraus ihm persönlich ein *Vorwurf* gemacht werden muss, der Vorwurf nämlich, dass er nicht so gehandelt hat, wie er persönlich zu handeln verpflichtet war. In diesem Sinne gilt der Satz Franks, des Begründers der Lehre: Schuld ist Vorwerfbarkeit, während das Schuldurteil den Vorwurf selber darstellt. . . . Dieser Vorwurf und damit mittelbar die Vorwerfbarkeit ist nur dann begründet, und das macht die *Realdefinition der Schuld* aus, wenn, und in dem Masse als, die drei *Schuldmerkmale* Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und Zumutbarkeit gegeben sind. . . » (Dessa skuldens tre kännetecken betecknas i det följande såsom resp. det biologiska, det psykologiska och det etiska. Kurs. av förf.)

Här ser man ju nu direkt uttalat, att just de moraliska synpunkterna på den *nutida* straffrätten (dennas »etisering») helt och hållet måste bestämmas av skuldidén. Vad har det då för mening att krysta till saken, såsom man så ofta i likhet med *Mezger* gör, med proklamationen, att fråga vore om skuld i rättslig och icke i etisk mening? En sak för sig är, att skulden såsom ingående i grunden för rättsliga tvångsreaktioner skall bestå i åsidosättande av sådan plikt, som alstrats genom rättsliga normer. Men (den sub-

jektiva) pliktvidrigheten — skulden — måste ovillkorligen ses under moralisk synvinkel, därest överhuvud, d. v. s. ens från rättsskolastikens utgångspunkter, något sammanhang mellan skuld och rättsreaktion skall kunna utletas. — Emellertid framträda nu rättviseföreställningarna ohejdat i *Kantorowicz'* uttalanden. I dessa finns uppenbarligen intet, varigenom den föregående kritiken skulle kunna gendrivas. Talet om *skuldidén* är naturligtvis lika verklighetsfrämmande som talet om en *skuldprincip*. Det är just skuldens idé som är vidskeplig. Om man sedan tror, att denna vidskeplighet kunde realiseras fullständigt eller blott till en del, är en fråga, som hör till de skolastiska subtiliteter, som i denna framställning icke kunna ha något intresse. Ett visst dylikt har däremot den särskilda betoningen hos *Kantorowicz* av tanken, att *rättvisan* i (de rättsvetenskapliga) resultaten måste bedömas med hänsyn därtill, om de *mot-svarades av skuldidén* eller icke, en tanke innefattande, såsom man finner av citatet, att *personlig skuld* måste vara såväl förutsättning för straff som måttstocken för dettas utmätande. Därmed framträder ohöljt just det, som jag kritiserar. *Kantorowicz'* uttalanden bekräfta också, att hela skuldläran faller till marken med den kritik av rättstridighetsläran, vartill jag hänvisat.

Ohållbarheten i *Kantorowicz'* argumentation för skuldidéns betydelse som ledstjärna för »alle Strafzwecklehren» faller särskilt starkt i ögonen. De av *Kantorowicz* andragna lärorna höra nämligen själva till den straffrättsskolastik, som vuxit upp i hägnen av skuldidén. På väsentliga områden är straffets sociala betydelse bevisligen icke, att detsamma (d. v. s. straffbudets uppehållande) avskräcker från brottet, och om möjligt ännu mindre den uppenbarligen av *Kantorowicz* tänkta betydelsen, att det avskräcker just den en-

skilde, straffet undergående brottslingen från brottets upp-
reparende.¹ Vad angår syftet att utesluta brottslingen från
samhället, är detta ju endast en *konsekvens* av att skuld-
idén tages till ledstjärna. Argumentationen är m. a. o.
här en *petitio principii*. Den bevisar sålunda intet angå-
ende skuldidéns förträfflighet. Detsamma gäller ifråga om
vedergällningssyftet. Med utgångspunkt i att brottslingen
ådragit sig skuld blir vedergällningsföreställningen en nat-
urlig sak. Borteliminera skuldidé — och det bleve i vår
relativt upplysta tid omöjligt att tala om straffet såsom ve-
dergällning. Att vedergällningsföreställningen på grund
därav, att den innesluter idén om brottseffektens betydelse
för straffbarhet och straffmätning, faktiskt har socialt nyttig
betydelse², är givetvis en sak för sig.

Beträffande slutligen tanken, att straffet syftade till att
uppfostra brottslingen för samhället, tillhör denna säkerligen
det mest fantastiska som framkommit t. o. m. inom rätts-
skolastiken. Denna uppfostran skall uppenbarligen, såsom
också indirekt framgår av *Kantorowicz'* framställning, inne-
fatta brottslingens moraliska höjande och en förbättring av
hans sociala sinnelag. Erfarenheten visar oss nu, att straffet
har den rakt motsatta verkan för brottslingen. Straffet har
en naturlig tendens att moraliskt nedbryta den dömda och
överför honom ofta till en socialt brännmärkt pariasklass.
Just med hänsyn till det med skuldidé kombinerade straf-
fets betydelse att på detta sätt socialt och moraliskt öde-
lägga den straffades liv är det självfallet ett samhällligt
intresse att i görligaste mån söka *motverka* dessa straffets
demoraliserande följder. Inom straffrättsvetenskapen förvri-

¹ Se min Principinledning, s. 22 ff. och s. 44 ff. samt min »Till
frågan om rätten och samhället», s. 105 ff. och s. 12 ff.

² Se min Principinledning, s. 34 ff.

der man detta sammanhang mellan straff och moral därhän, att man proklamerar, att straffet hade till syfte att moraliskt förbättra brottslingen! Det ligger i öppen dag, att skuldidén — liksom den haft en mycket stor betydelse för straffets demoraliserande verkan — även spelat roll i föreställningen, att straffet vore ägnat att socialt och moraliskt uppfostra brottslingen.

Det är sålunda alldeles riktigt, såsom *Kantorowicz* säger, att skuldidén övat inflytande på de olika rådande straffrätts-teorierna. Men det har varit och är alltjämt en olycka både för människorna och rättsvetenskapen, att man trott sig böra »taga skuldidén till ledstjärna» för straffrättsläro- rorna. Situationen är i verkligheten den, att först när man lyckats i grunden rasera skuldidén och alla med densamma förknippade fantasier, kan man vara i stånd att hävda en förnuftig åsikt om straffrättens faktiska betydelse i samhäl- let och om de sociala uppgifter, som med straffrätten kunna tänkas realiserade.

Naturligtvis blir *Kantorowicz*' skuldlära icke mindre ohåll- bar därför, att han tillhör den s. k. frirättsskolan. Emel- lertid äro kanske några ord i detta avseende på sin plats. Då denna skola särskilt har sin uppmärksamhet kritiskt in- ställd gentemot åsikten, att samtliga s. k. rättskällor hade objektivt giltig karaktär, kunde den med saken icke när- mare förtrogne möjligen antaga, att *Kantorowicz*' skuldlära vore mindre orimlig, än det föregående giver vid handen. I motsats till den extrema rättspositivismens åsikt om rätten såsom något absolut lakunfritt — skenbara luckor hade domaren alltid förmågan att utfylla med hjälp av logiska deduktioner utifrån den redan givna rätten — erkänner frirättsskolan, att den objektivt givna rätten icke vore nå- got på detta sätt avslutat helt, utan att den tvärtom måste

kompletteras med delvis blott subjektivt giltiga rättskällor. Den formliga, »bundna» rätten måste utökas genom den »fria» rätten, åstadkommen genom domarens »freie Rechtsfindung». Att anmärkningen mot rättspositivismen för denas menlösa tro på den s. k. objektiva rättens fullständighet är sakligt motiverad, ligger i öppen dag. Detta säger dock icke så mycket i detta sammanhang. Ty i våra dagar är man väl tämligen allmänt på det klara med, att rättspositivismen på denna punkt innefattar en överdrift, en ståndpunkt, som man förvisso till stor del har frirättsskolan att tacka för. Men bortsett härifrån innefattar frirättsskolan sannerligen icke något framsteg framför rättspositivismen. Liksom denna saknar den förståelse för realiteterna i rättsmekanismen och för rättsvetenskapens verklighetsfrämmande karaktär. Den opererar friskt med hela den rättspositivistiska apparaten: lagstiftarens vilja, rättsnormer, rättstridighet, rättigheter, plikter etc. I själva verket ligger saken så till för frirättsskolan, att den fria rätten lika väl som den bundna hade objektiv giltighet. Det är i fråga om den förra blott själva källan, domarens inre, vilken helt naturligt måste ha subjektiv karaktär. Men domaren stode under trycket av särskilda objektiva »Entscheidungsnormen», grundade i rättsmedvetandet. Det är tydligt, att frirättsskolan mera oförblommerat än rättspositivismen betraktar rättsmedvetandet som rättskälla, därvid förbiseende, att rättsmedvetandet har sina nödvändiga stödjepunkter i den s. k. rätten.¹

Vad nu särskilt skulden angår, ha vi ju redan sett, att

¹ Om »Rättspositivismen och rättsmedvetandet» se min framställning i Obligationsbegreppet II, s. 26—102. — Jag har mera ingående behandlat ett par representanter för den »fria» rätten i min »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», 1932, 10 §.

den enligt *Kantorowicz* skall vara »Gegenstand eines Wirklichkeitsurteils», vilket ju måste innebära, att omdömet om dess förhandenvaro vore objektivt giltigt. Emellertid har det sitt nöje att beakta en viss sida av *Kantorowicz*' argumentation för att skulden icke hörde till själva handlingen utan endast vore att såsom en kvalitet hos gärningsmannen betrakta som ett straffbarhetsvillkor. Varje strafflagsbud, säger han, innehåller dels förbudsnormen mot handlingen och dels straffhotet mot densamma. Hörde nu skulden till den förra eller till det senare? Härpå svaras följande. Rättstridigheten (= stridigheten mot förbudsnormen) är objektivt given i och med »der Tatbestandsmässigkeit der Handlung». Därmed föreligger det förbjudna oberoende av gärningsmannens skuld. Vore detta icke riktigt, fortsätter *Kantorowicz*, så skulle det t. ex. icke vara förbjudet att utan uppsåt eller vållande, d. v. s. av våda, döda en människa, vilket utvisade en särskild svaghet i den »objektiva skuldläran».² Nu är ju alltsammans — vare sig skulden skall vara kännetecken på handlingen eller en kvalitet hos gärningsmannen — intet annat än oförnuftiga ordsammanställningar. Men att en person förbjuder (eller befäller) annan något, kan ju, därest personen har den nödiga auktoriteten, medföra högst betydelsefulla realiteter utöver själva förbuds- (eller befallnings)situationens faktum. Det är naturligtvis sådana realiteter, som ligga i bakgrunden och föranleda föreställningen om dessa rättsliga förbud (och befallningar). Men för att förbudet skall ha en sådan betydelse måste föreställningen om detsamma ha någon psykologisk effekt på den förbjudne. Men vilken effekt skulle väl kunna inläggas i *den* föreställningen, att A förbjudit B att av *våda*, d. v. s. genom tillfälligheternas spel,

² *Kantorowicz*, Tat und Schuld, s. 220 f. och s. 13.

utföra en handling? Man ser, till vilka extraordinära orimligheter rättsvetenskapen kan drivas genom sina skolastiska utgångspunkter.

När jag nu på detta sätt berört *Mezgers* och *Kantorowicz'* skuldläror, har detta icke skett därför, att det varit nödvändigt för utredningen av skuldbegreppets oduglighet såsom förutsättning för vare sig straff eller annan rättsreaktion. Skuldbegreppets ifrågavarande oduglighet är, såsom jag i början framhöll, en given konsekvens av min kritik av rättstridighetsläran, vartill ånyo hänvisas.¹ *Kantorowicz'* arbete upptog jag, såsom jag nämnde, endast såsom en komplettering av min kritik av *Mezgers* lära. Denna kritik åter motiverades av min önskan att förebygga, att vissa särskilt lättfattliga synpunkter till bevis för orimligheten i skuldbegreppets användande skulle kunna för en godtrogen läsare förvanskas genom proklamationen, att fråga icke vore om skuld i etisk utan i rättslig mening.²

Så är då också skulden såsom förutsättning för rättslig reaktion den rena orimligheten och vi stå inför det an-

¹ Se ovan s. 41.

² I anledning av *Mezgers* påstående, att den straffrättsliga skuldläran vore oberoende av frågan om viljans frihet, må här följande sägas. Påståendet är riktigt såtillvida, som det vid en djupare granskning av innebörden i tanken, att viljan vore fri, d. v. s. fri orsak till beslutet, blir omöjligt att på viljans frihet kunna grunda skuldidén. Se härom Obligationsbegreppet II, s. 191 f. En sådan granskning har emellertid varit *Mezger* okänd, åtminstone att döma av hans uttalanden angående den gamla stridsfrågan: determinism eller indeterminism?, a. a. s. 251 ff. *Mezgers* påstående synes mig därför från hans egna utgångspunkter vara falskt. Hur skulle väl hos en nutidsmänniska den föreställningen kunna uppehållas, att brottet vore något, som man hade

märkningsvärda förhållandet, att var och en av förutsättningarerna för skadeståndstvånget enligt 823 §, 1:sta st. i

att *personligen förebrå gärningsmannen*, därest hon icke hade den vanliga föreställningen om viljans frihet? Men nu ställer sig *Mezger* på ståndpunkten av en »erkenntniskritischer Determinismus». Och överhuvud förnekas nu indeterminismen av ett mycket stort antal rättslärdar. Detta förklarar de krampaktiga försöken inom rättslitteraturen att krängla sig fri från sammanhanget mellan skuldidén och den vanliga tron på viljans frihet. Då skuldbegreppet är en hörnsten i rättskollastiken förefinnes ett starkt intresse av att det icke råkar i beroende av något så omtvistat som frågan om viljans frihet.

Beaktas mina anmärkningar i Obligationsbegreppet II, s. 191 f., så blir läget följande. Tror man på viljans *frihet*, då måste man uppge tanken, att viljan vore orsak till beslutet, varmed åter skuldidén faller till marken. Medgiver man åter viljans *ofrihet*, då kan viljan visserligen betraktas såsom orsak till beslutet. Men eftersom gärningsmannens vilja med denna ståndpunkt blott är en lekboll i de yttre omständigheternas spel, blir det ju rent oförnuftigt att till straffets motivering »ihm seine Handlung persönlich zum Vorwurf machen», d. v. s. tillräkna honom gärningen såsom skuld. Det är egendomligt, att t. ex. en så på samma gång vidsynt och skarpsinnig författare som *v. Liszt* intager en motsatt ståndpunkt. *v. Liszt* menar, givetvis med fog, att straffets (riktigare strafflagens) brottsprevenerande verkan blott vore att förena med determinismen, men icke med indeterminismen. Men när han vill bringa också skuldbegreppet i samklang med determinismen, synes han alldeles förbise skuldbegreppets av honom själv angivna innebörd av »Verantwortlichkeit für die begangene rechtswidrige Handlung». Skall detta icke vara blott en tom omskrivning för att handlingen är straffbar, så måste det betyda, att gärningsmannen gjort sig förtjänt av straffet, som sålunda är rättvist. Men denna tanke strider direkt däremot, att hans vilja varit ofri, däremot, att han, såsom man säger, icke »kunnat hjälpa det».

Med den vanliga tron på viljans frihet förleades man visserligen till att personligen klandra brottslingen. Men förnuftigtvis måste man upphöra med detta klander, så snart man förstår, att den fria viljan icke ens kan vara orsak till beslutet. Då det emellertid — såsom jag i

B. G. B. — äganderättskränkningen, handlingens rättstridighet och gärningsmannens skuld — visat sig vara tomma ord utan någon mening. Vi se, huru så att säga själva kardinalstadgandet i den tyska skadeståndsrätten upplöser sig i orimligheter, den ena fogad till den andra. Samma orimligheter känneteckna nu culpa-regeln även i de övriga rättsystemen. Därest de icke, såsom t. ex. i de romanska länderna, Schweiz och Österrike framträda i direkta principiella lagstadganden, omhuldade de dock otvivelaktigt av rättsdoktrinen, låt vara möjligen mindre accentuerat i U. S. A.

annat sammanhang visat (»Till frågan om rätten och samhället», s. 52—67) — faktiskt förhåller sig så, att straffreaktion (och för övrigt även skadeståndstvång) kan följa oberoende av om något orsakssammanhang råder mellan den straffades vilja och skadeeffekten, bör det kanske här särskilt betonas, att indeterminismen står i skarpaste strid med för en och var lätt tillgänglig erfarenhet. Det synes mig därvid alldeles överflödigt att ingå på de mångahanda divideringarna för determinism eller indeterminism. Det torde här vara fullt tillräckligt att blott hänvisa till de förut andragna synpunkterna, med vilka jag påvisade orimligheten i att tala om rättvisan i skadeståndstvånget, ävensom till de synpunkter, som jag anfört i Obligationsbegreppet II, s. 190 f., angående rättvisan i tjuvens bestraffning, synpunkter som ha motsvarande tillämpning ifråga om vilket brott — och f. ö. vilken handling — som helst. En »fri vilja» kan för övrigt icke tänkas annorlunda än som existerande oberoende av kroppens funktioner och dessas förutsättningar. Viljelivet kan icke utsöndras från driftlivet, vilket ju på ett särskilt påtagligt sätt är beroende av kroppens fysiska tillstånd. Det är självfallet icke endast viljeytringar ifråga om sådant som mat, dryck och vila, som äro beroende av kroppens tillstånd. Är en person kry och utvilad, så har han i *allmänhet* helt andra önskningar, än om han har oro i nerverna, tandvärk eller ont i magen. En av kroppens tillstånd oberoende och fri vilja åter — jämbördig med »själen» i religiös bemärkelse — förutsätter en tillvaro oberoende av tid och rum. Om en sådan tillvaro kunna vi i den naturliga världen icke bekymra oss, åtminstone icke i det vetenskapliga arbetet.

än annorstädes.¹ Men är det icke överdrift att påstå, att culpa-regeln på detta sätt upplöser sig i orimligheter? Fall-er icke min kritik till marken vid det ovedersägliga förhållandet, att människorna i den civiliserade världen i det stora hela leva i tillfredsställande trygghet gentemot skadegörelser? Ett jakande svar vore förvisso förhastat. Man måste nämligen noga skilja mellan å ena sidan lagarnas mer eller mindre av rättsskolastiken influerade konstruktioner och å andra sidan dömandet. I verkligheten beaktar domaren icke vare sig rättskränkningar, rättstridighet eller skuld. Han *kan* icke göra detta, ty de äro endast ord utan realiserbar mening. Livets tryck tvingar honom i stället med eller mot sin vilja att efter bästa förmåga taga hänsyn till de *realiteter*, som dölja sig under lagens tomma talesätt. I sådant avseende får jag hänvisa till vad jag utvecklat i mina föregående »Föreläsningar».²

¹ I den amerikanska rättslitteraturen är jag föga bevandrad. I förevarande avseende dömer jag framför allt efter en av dr *Schulman* författad, så vitt jag vet, alltjämt otryckt redogörelse över den amerikanska skadeståndsrätten. Denna redogörelse liksom åtskilliga andra specialrapporter angående skadeståndsrätten — bl. a. av proff. *Walton* och *Allen* (engelsk rätt), prof. *Rabel* (tysk rätt), prof. *Swoboda* (östrerr. rätt), prof. *Légal* (fransk rätt), *Robinette B. A.* (kanad. rätt) — hade jag under våren 1932 tillgänglig för utarbetande av en s. k. generalrapport till den rättsvetenskapliga världskongressen i Haag s. å. Mina uppgifter angående utländska förhållanden på skadeståndsrättens område ha till någon del kunnat grundas på dessa redogörelser. Då de med undantag av *Rabels*, såvitt jag vet, icke utgivits av trycket och jag måst lämna dem ifrån mig till kongressen, har jag i allmänhet icke kunnat göra några direkta hänvisningar till dem. *Rabels* rapport är tryckt i »Deutsche Landesreferate zum Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Haag 1932», utg. av Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin und Leipzig 1932.

² Se särskilt Obligationsbegrppet II, bl. a. s. 99 ff. och s. 241 ff.

Objektiv bestämning av culpa?

Emellertid är det nu av stort intresse att iakttaga, huru-
som doktrinen i de olika länderna — samtidigt som den
är synnerligen angelägen att hävda rättvisekravet såsom
grunden för culpa-regeln — bestämmer culpa-begreppet så,
att man också vid yttlig iakttagelse borde kunna begripa,
att talet om skuld, pliktvidrighet och dyl. endast är tomma
ord och att därmed också rättvisekravet måste vara något,
som i verkligheten icke har med saken att göra. Det är
nämligen ett obestriddigt förhållande i germansk, romansk
och anglo-sachsisk både doktrin och praxis, att culpa i all-
mänhet bestämmes, såsom det heter, rent *objektivt*. Culpa
anses föreligga, så snart en viss, *oberoende av den handlan-
des egna* kvalifikationer bestämd *standard of care* (aktsam-
hetsstandard) åsidosatts. Denna standard skall, för att tala
allmänt, vara »fixed by reference to what we should ex-
pect in the like case from a man of ordinary sense, know-
ledge, and prudence».¹ Följaktligen kunde en svarande icke
påyrka ansvarsfrihet på grund av sin individuella egenart
i dylikt avseende. Detta innebär, att man icke bleve fri
från skadeståndstvang därigenom, att man vid tillfället ifråga
gjort allt, vad som stått i ens egen förmåga, för att före-
bygga skadeeffekt och att man *följaktligen icke begått något
fel* i mening av något klandervärt. Man kan visserligen
använda orden, som man behagar, och därför också — om
man så vill och särskilt utmärker den med ordet avsedda
meningen — säga, att personen ifråga är felaktigt beskaffad
i jämförelse med en viss kategori andra individer. Men en
sådan »felaktighet» kan man icke med vanligt språkbruk

¹ *Pollack, Law of Torts, s. 27.*

förebrå personen själv utan endast hans skapare. Det går förnuftigtvis icke att hävda, att den person *begått* ett fel, som handlat på det *bästa* sätt, som varit honom *möjligt*, såvitt man med »fel» avser något, som skulle kunna *förebrås* honom. Men »fel» i denna mening är det enda, som kan bringas i överensstämmelse med skuldidén, med tanken att culpa-regeln skulle vara ett utslag av »justice», av rättvisa. Naturligtvis finns det intet, som hindrar, att man deklarerar, att man med sitt fel-begrepp icke avser fel i nu nämnda utan i objektiv mening. Men opererar man i detta sammanhang med ett objektivt felbegrepp, då gör man som gubben med yxskaften. Skall culpa-fault kunna tänkas rättfärdiga skadeståndstvånget, måste givetvis *svaranden själv* ha handlat klandervärt, och det vore ju något helt ovidkommande, huruvida handlingen, begången av en individ av »ordinary sense, knowledge and prudence», skulle ha betraktats såsom något, vilket kunde ha förebråtts *denne* såsom ett »fault» eller icke. Man frågar: kan skuld anses vila å svaranden! Härpå svarar man: ja, ty handlingen begången av en kanske helt annan människa, nämligen en person av »ordinary sense etc.», skulle hava ådragit denna skuld. Dylikt är ju icke svar på tal.

Det heter i en av de nyssnämnda rapporterna angående engelsk rätt — om i prof. *Waltons* eller prof. *Allens* kan jag icke säga — att »a certain average (medelgod) standard of prudence or probity is the only practical measure by which judges and juries can appraise guilt or innocence». Förvisso är det ofta icke praktiskt möjligt för domstolarna att operera med något annat än en »average standard» vid culpa-regelns tillämpning. Men att med denna »measure» tro sig »appraise guilt or innocence» hos svaranden är en

ren orimlighet, alldeles bortsett från orimligheten i själva skuld-idén såsom sådan.

Härmed har jag alltså givetvis icke avsett att rikta någon kritik just mot den vanliga bestämningen av culpabiliteten såsom avseende det handlande, som icke når upp till medelgod standard. Denna bestämning är tvärtom såtillvida nyttig, som den faktiskt neutraliserar verkningarna av den orimliga skuldläran. Jag har endast velat påvisa, att man av det praktiska livets realiteter tvingas till den omedelbart påvisbara *motsägelse*, som ligger i att å ena sidan tala om skulden såsom en *rättvis* förklaring till skadeståndstväanget, och å andra sidan bestämma skulden »objektivt», d. v. s. efter subjektiva förhållanden, som kunna ha varit gärningsmannen fullkomligt främmande. Jag har m. a. o. endast velat understryka, att just det mera förnuftiga i den härskande skadeståndsläran står i skarpaste strid med hela lärans grundläggning.¹

¹ Denna flagranta motsägelse har naturligtvis på sina håll beaktats inom jurisdudensen. Se t. ex, *Bienenfeld*, *Haftung* ohne *Verschulden*, s. 53 f. och där anmärkt litteratur. Detta beaktande har dock, såvitt jag vet, icke förmått leda till någon mera djupgående kritik av skuldläran. I 276 § B. G. B. säges den handla »fahrlässig», som »die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt». De avgjort flesta auktorerna utlägga detta stadgande så, som jag beskrivit i texten, d. v. s. culpa-frågan avgöres efter abstrakta synpunkter utan hänsyn till gärningsmannens individuella egenskaper. Denna ståndpunkt har också, helt naturligt, intagits av praxis. Ett mindre antal författare, däribland *Zitelmann*, *Cosack* och *Planck*, anse däremot, att gärningsmannens individuella omständigheter skola vara bestämmande. I sin opposition mot den härskande läran skriver *Planck* bl. a., att enligt denna gärningsmannens »Haftung wegen Fahrlässigkeit wäre eine solche ohne Verschulden; die Fahrlässigkeit wäre nur 'in der Regel' ein Verschulden, d. h. ihrem Wesen nach überhaupt kein Verschulden. Es fände sich mitten im Gebiete der Verschuldenshaftung eine Enklave von

Culpa-regelns omfattning.

Allmänt om kompletterande stadganden i B. G. B.

Det tyska huvudstadgandet om culpa-regeln avsåg, såsom vi funno, blott kränkning av »Lebensgüter» och rättigheter. Man kan emellertid, anses det, kulpost tillfoga skada, utan att dylikt varder kränkt. Skadeståndet kan då grunda sig antingen på nästföljande kompletterande §-er eller på föreskrifter i andra delar av lagen. I Sverige ha vi som bekant intet allmänt stadgande om skadestånd på grund av kulpos skadegörelse. Men vi ha 6:1 S. L. Detta stadgande tolkar man, som om där stode, att skada orsakad genom kulpos och rättstridig handling skall ersättas. Genom att denna regel icke begränsas till s. k. angrepp på rättigheter och »livsgods» och överhuvud icke har — bortsett från förutsättningarna culpa och rättstridighet — någon annan begränsning än den som ligger i begreppet »skada»,

Verursachungshaftung die willkürlich und prinziplos abgegrenzt wäre». *Planck* opponerar emot, att den härskande läran skulle ha något stöd i en riktig tolkning av 276 §, och fastslår slutligen, att »ein subjektives Verschulden überhaupt nicht nach einem objektiven Masstabe beurteilt werden kann». Därför hade man att under »Fahrlässigkeit» i den tyska lagen hänföra »die nach dem Masstabe der individuellen Fähigkeit des Täters vermeidliche Ausserachtlassung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt». *Plancks* anmärkningar mot den härskande jurisprudensens ståndpunkt i frågan äro givetvis fullt riktiga. Men hans kritik är ju av rent immanent beskaffenhet. Den syftar till skuldidéns hävdande, icke till att påvisa dess orimlighet. En annan av opponenterna mot den rådande åsikten, den förut citerade *Brodmann*, finner opererandet med culpa in abstracto leda till »jene barbarische Haftung für reine Verursachung, die uns bisher wie etwas Fremdartiges und Unverständliches aus längst verschollener Vorzeit anmutete», Arch. ziv. Pr. N. F. 49, s. 353.

kommer den i det hela att täcka samma område som den tyska lagen med sin mera utförliga behandling av culpa-regeln. Detsamma gäller naturligtvis även de övriga nordiska ländernas rättssystem, som i förevarande avseende överensstämmer med det svenska. Och det måste givetvis även gälla rätten i de länder, som uttryckligen i sina lagar uttala en culpa-regel av ungefärligen den allmänna avfattning, som rättsvetenskap och praxis hos oss, såsom nyss nämnades, ha formulerat på basis av 6:1 S. L., t. ex. i Frankrike (code civil art. 1382 och 1383), Österrike (a. b. G. B. §§ 1293 ff., varest en viss bestämning av skadebegreppet sker) och Schweiz (O. R. art. 41). I det hela torde detsamma även gälla England och U. S. A. Ytterligare märkes följande. Den mera detaljerade utformningen i tysk rätt har givetvis väsentligen bestämts av den rättsvetenskap och praxis, som där hade utbildat sig på basis av en allmänt formulerad culpa-regel, vare sig nu denna ansetts stödja sig på »gemeines Recht» eller partikularrätten. Men denna jurisprudence åter har, lika litet som jurisprudence i andra länder, kunnat undgå att influeras av det praktiska livets behov på området. Detta behov är emellertid i stort sett detsamma i alla länder. Och så blir det då icke så underligt, att Tyskland, trots sina många §§, i det hela icke tillämpar culpa-regeln annorlunda än andra länder, som antingen sakna direkt lag i ämnet eller endast ha mycket allmänt avfattade lagbud därom. Förvisso finnas »luckor» i ett land, som äro utfyllda i ett annat. I t. ex. England ha sådana föranletts av historiska synpunkter och en viss formell inställning till begreppet »law». Hur stort än intresset kan vara att här anställa en komparativ granskning, faller dock en dylik utanför den i dessa föreläsningar utstakade ramen. Det är endast för

att få anknytningspunkter till min kritik av culpa-regeln, som jag har måst göra dessa positivrättsliga erinringar. Detta är också det egentliga syftet, när jag nu åter kastar en blick på den tyska rättens mera utförliga utformning av culpa-regeln.¹

Det springer genast i ögonen, att 1 st. i 823 § icke bland »Lebensgüter» upptager äran, och att sålunda skadeståndstvång på grund av ärekränkning icke framgår av stadgandet ifråga. Såsom rättighetsskolastiken plägar utformas, kan vidare förmögenhet tänkas skadad, t. ex. vid bedrägeri och utpressning, utan att därmed vare sig äganderätt eller »sonstiges Recht» blivit kränkt. Ytterligare förstår man, att, om exempelvis en person bryter av benen på grund av att sandning icke skett å isbelagd trottoar, eller om en arbetare under yrkesutövning lider kroppsskada, enär vissa skyddsföreskrifter icke iakttagits, så måste det även ur rättsskolastisk synpunkt förefalla motbjudande att hävda, det någon hade »widerrechtlich verletzt» annans »Lebensgüter». Dylika »luckor» i stadgandets första stycke skola nu utfyllas genom dess andra stycke, som säger, att skadeståndsplikt också »trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst». Sådan »Verstoss» kan nu tänkas ske antingen med eller ock utan »Verschulden». I stadgandet framhäves nu, att

¹ Dock tror jag det kan vara lämpligt ur ren kunskapssynpunkt, att den svenske juris studeranden — med hänsyn till bristen hos oss på principiella stadganden om skadestånd — får en, om också blott ytlig inblick i, hur man sökt utbygga culpa-regeln i den lag, som utförligast behandlat densamma. Bland de stadganden, jag nu berör, är det blott 826 §, som jag ägnar en mera ingående granskning. De övriga refereras endast ur nyssnämnda lämplighetssynpunkt, d. v. s. för att giva en mera konkret bild av culpa-regelns omfattning, än den som framgår av dess allmänna formulering.

skadeståndsplikten endast inträder »im Falle des Verschuldens».

Sistberörda föreskrift har i detta sammanhang sitt största intresse därigenom, att den osökt inbjuder till reflexioner över tomheten i de rättsskolastiska distinktionerna. Avser icke första stycket likaväl som det andra handlingssätt, som innefatta ett brytande mot lagar, syftande till »den Schutz eines Anderen»? »Lebensgüter» såsom »Rechtsgüter» och sålunda såsom möjliga objekt för »widerrechtliche Verletzung», ävensom »rättigheter» äro ju blott skolastiska beteckningar för situationer, i realiteten framför allt karakteriserade därav, att vissa handlingar, för att nu tala med den tyska lagens ord, »gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstossen». Denna formulering är i sin tur en något mindre utpräglat skolastisk omskrivning för att vissa för A farliga handlingar kunna medföra för den handlande B menliga rättsreaktioner i form av framför allt straff eller skadeståndstvång. Den i 823 § gjorda distinktionen mellan de i de båda styckena avsedda situationerna vore givetvis icke möjlig utan den fantastiska föreställningen, att »Rechtsgüter» och »rättigheter» vore *in abstracto* givna, d. v. s. oberoende av rättsmekanismen bestående förhållanden.

Någon särskild anmärkning finns i detta sammanhang icke att framställa mot huvudföreskriften i 824 §: om skyldighet att ersätta skada, uppkommen genom spridande av osanna meddelanden, ägnade att försvaga annans kredit eller eljest medföra men för honom i hans förvärvsverksamhet, förutsatt att utspridaren insåg eller bort inse falskheten i meddelandet. §-en innehåller emellertid också det undantaget, att meddelaren icke blir ersättningsskyldig, om dels han själv icke kände falskheten i meddelandet och dels

antingen han själv eller mottagaren hade ett »berättigat intresse» av detsamma. Denna föreskrift, bottnande i rättviseföreställningarna, har efter orden ingen mening. En rättslig kvalitet såsom sådan hos intressena ligger helt utanför erfarenhetens värld. Den skulle ju förutsätta möjligheten av värdets objektiva giltighet. Realiter kan intressets karaktär av rättslighet *här* näppeligen framträda på annat sätt, än att meddelaren — oaktat han *bort* inse meddelandets osannfärdighet — *icke* blir skadeståndsskyldig. Därmed torde förstås det meningslösa i lagens resonemang, som rör sig i cirkel. Vad som skall undersökas vid tillämpning av detta stadgande blir därför förnuftigtvis icke den frågan, huruvida intresset är rättsligt, utan den frågan, huruvida det vore nyttigt eller skadligt för ett sunt affärliv att motverka sådana handlingssätt som meddelarens. Vid den frågans besvarande måste naturligtvis särskild vikt fästas därvid, att han icke insåg meddelandets osannfärdighet. Man har vidare att undersöka, huruvida med hänsyn härtill och situationens beskaffenhet i övrigt en hämning av sådan meddelsamhet kunde anses befrämja en för omsättningen nyttig trygghet eller om icke tilläventyrs denna hämning skulle lägga ett i sådant avseende icke gagneligt band på människorna i deras samfärdsel med varandra. Den givna upplysningen kan avse fakta av sådan beskaffenhet, att det ur allmän synpunkt icke kan finnas önskvärt, att folk, av rädsla för rättsreaktion i fall av misstag, bli alltför återhållsamma. Av nu antydd art torde den reella synpunkten vara bakom stadgandets nyansering med hänsyn till »det berättigade intresset». — Enligt 825 § har den som genom list, hot eller missbruk av en kvinnas beroende ställning i förhållande till honom förfört henne till illegitimt könsomgång, att betala där-

igenom uppkommen skada. Uppenbarligen en mycket förnuftig princip. — Om man anställer skada i en tillstånd av medvetlöshet eller eljest på grund av sjuklig störning i själsverksamheten hindrad från fri viljebestämning, så blir man icke »verantwortlich»¹, heter det i 827 §. Men om man själv har genom alkoholhaltiga drycker eller på liknande sätt försatt sig i ett sådant tillstånd och *detta* icke skett »ohne Verschulden», då svarar man för skada, som man i detta tillstånd »rättstridigt förorsakat», *såsom om* man hade kulpost vållat densamma. Föreskriften föranleder i detta sammanhang blott en erinran om den benhårt skolastiska konsekvensen, som framträder i föreställningen, att en medvetlös person kunde handla rättstridigt. Man tycker, att en sådan konsekvens borde kunnat bringa folk till någon besinning och till insikt om intigheten i rättstridighetsbegreppet.

Särskilt om 826 § i B. G. B.

Ännu återstår emellertid ett av de stadganden, med vilka B. G. B. sökt utbygga culpa-regeln, och det är den högtintressanta 826 §, vilkens princip tillmätts så stor betydelse, att den återgivits såväl i ett tillägg till 1295 § i Österrikes a. b. G. B. som i art. 41 i schw. O. R. — 826 § B. G. B. lyder sålunda:

¹ D. v. s. skadeståndstvång på grund av *skuld* föreligger icke i ett sådant fall. Att skadeståndstvång likväl kan ifrågakomma framgår av 829 §. Men det är en sak för sig. Grunderna för skadeståndstvång enligt detta stadgande äro nämligen jämförliga med grunderna för 6:6 i vår strafflag.

»Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.»

Vi skola nu ganska utförligt granska detta, såsom vi småningom skola finna, extraordinärt orimliga stadgande. Också synes det ha satt myror i huvudet t. o. m. på de mest eminenta skolastici. Att handlingssättet, varom fråga är, skall strida »gegen die guten Sitten» är en ordagrann översättning från romarnes »contra bonos mores». Uttrycket har förut använts av B. G. B. i 138 §, där en *rättshandling*, som strider »gegen die guten Sitten», betraktas såsom intig. Detta senare gäller, vare sig personen därvid handlat kulpost icke. Skadeståndsskyldigheten i 826 § förutsätter emellertid, att det moralstridiga handlingssättet varit icke blott kulpost utan att kvalificerad »skuld» till skadan föreligger: man måste *uppsåtligen* ha tillfogat skadan. Emellertid nämnes intet om rättstridighet, och meningen måste vara, att *handlingssättet i sig självt* skall vara på något sätt moralstridigt utan att vara rättstridigt. Ty eljest skulle det handlingsområde, som §-en avser, till väsentlig del redan vara ockuperat av de föregående §-erna, vilka otvivelaktigt samtliga — även där det icke direkt utsäges — skola förutsätta rättstridighet, och därmed naturligtvis även moralstridighet. Ty *i allmänhet* måste det givetvis förhålla sig så, att det, som strede mot rätten, även strede mot moralen. Att de i 823—825 §§ avsedda situationerna härutinnan skulle utgöra undantag finns ingen anledning antaga. Skulle nu jämväl 826 § ha förutsatt handlingens rättstridighet, så skulle stadgandet vara lagtekniskt misslyckat vid det förhållande, att i detsamma icke förbehåll gjorts om dess begränsning till handlingar, som icke redan i de föregående §-erna blivit skadeståndsbelagda.

Skola sålunda blott moralstridiga, icke rättstridiga handlingar falla under 826 §, så ligger det väl närmast att räkna med en moralstridighet, som skulle vara analog med rättstridighet. Därmed stode vi emellertid endast inför en ny orimlighet av med rättstridighetens jämförligt slag. Båda begreppen falla inom de objektiva värdenas kategori och därigenom utanför logiken och den värld vi leva i.¹ Nu synes det emellertid till en början icke alldeles klart, hurvida den tyska jurisprudensen i allmänhet fattade stadgandet såsom avseende en objektivt giltig moralisk värdering. Att detsamma icke avser »seder och bruk», synes allmänt antaget. Vad som kunde synas göra saken tvivelaktig är vissa uttalanden i ämnet, sådana som att »die in der Gesamtheit des Volkes herrschenden Anschauungen», »die herrschenden sittlichen Anschauungen und Anforderungen» eller »die Anschauungen des sozialen Kreises, innerhalb welches das Handeln vor sicht geht», måste bliva bestämmande för vad som vore stridande mot eller överensstämmande med »die guten Sitten».² Emellertid torde sammanhangen, vari sådana uttalanden förekomma, ingalunda innefatta ett avståndstagande från tanken på objektivt giltig moral. Man synes endast avse att betona, att det icke finns någon absolut moral i mening av en allmän och för alla tider giltig.³ Och man synes mena, att vissa moralregler på varje tid hade objektiv giltighet för ett folk eller för en viss krets av ett folk, ehuru denna sålunda objektivt giltiga moral icke kunde utfinnas annorlunda än genom »die herrschenden sittlichen

¹ Se för övrigt Obligationsbegreppet II, s. 203.

² Se *Plancks*, *Oertmanns* och *Staudingers* förklaringar till 138 § B. G. B.

³ Särskilt hos *Staudinger* framträder det tydligt, att fråga vore om en moral av samma objektivitet som rätten.

Anschauungen». Lagparagrafen ifråga bleve emellertid icke mindre oförnuftig, därigenom att den till äventyrs endast skulle avse den mera allmänt rådande subjektiva moralen. Denna kan ju i allt fall icke vara något annat än det s. k. allmänna rättsmedvetandet. Efter vad jag visat är detta något, som måste ha sitt *stöd i rätten*, varför det städse är logiskt odugligt att taga till utgångspunkt såsom *underlag för rätten*.¹ Hur saken än vrides och vändes kan därför hela stadgandet efter sin ordalydelse icke ha någon förnuftig mening. Det hela blir nu ganska komiskt. Vi ha först rättighetskränkning m. m. dylikt och rättstridighet såsom förutsättningar för skadestånd (823—825 §§). Fastän dessa förutsättningar nu äro det rena ingenting och därför kunna användas efter godtycke, tror man likväl dessa skadestandsregler bli alltför snäva och kompletterar dem därför med en regel, som skall ha annan förutsättning — även denna dock intet annat än ett innehållslöst talesätt!

Emellertid kunde man nu tro, att den tyske lagstiftaren hade förbisett den inom jurisprudence städse hävdade skillnaden mellan »rätten» och »moralen», bestående däri, att den senare — åtminstone i förhållandet individerna emellan — icke kunde effektueras medelst statligt tvång. Tappar man bort *den* skillnaden, så finns ju överhuvud ingen anledning ur jurisprudencens egna synpunkter att operera med annat än moral och moralstridighet. Man bör emellertid komma ihåg, vad jag tidigare påpekat², nämligen att jurisprudencens konstruktioner på grund av sin tomhet alltid måste kunna gå ihop. Så även nu. Varför skulle icke, trots allt, det i 826 § beskrivna handlingssättet *också* kunna

¹ Se härom mina anmärkningar i Obligationsbegreppet II, s. 74 ff., särskilt s. 85 ff.

² Obligationsbegreppet I, s. 62.

vara rättstridigt? Man behöver ju blott deklarerera, att »die *vorsätzliche* Zufügung von Schaden» genom *moralstridig* handling gör denna till en rättstridig sådan. D. v. s. bland »rättsnormerna» skulle då helt enkelt finnas en, som säger, att det är förbjudet att *vorsätzlich* skada någon genom att överträda moralen. Däremot funnes det icke någon rättsnorm av innehåll, att det vore förbjudet att blott *fahrlässig* tillfoga skada genom en »gegen die guten Sitten verstossende» handling. Och stödet för att i förra, men givetvis icke i senare, fallet verkligen en *rättslig* norm åsidosatts, skulle ligga just i 826 § själv. Detta är faktiskt den förhärskande meningen¹, företrädd av bl. a. *Planck*, som i frågan uttalar sig sålunda:

¹ Den uppsåtliga men icke den blott enkelt kulposa skadegörelsen skulle sålunda vara rättstridig. Att genom också blott enkel culpa handla moralstridigt måste naturligtvis innefatta »skuld». Emellertid ha vi sett, att rättstridighet väl skall kunna föreligga utan skuld, men aldrig skuld utan rättstridighet. Hur skall detta kunna gå ihop? Naturligtvis så, att den skuld, som i dessa fall föreligger vid enkel culpa, blott vore av etisk och icke rättslig art. Att man med en sådan distinktion endast lurar sig själv har jag i det föregående visat. — Nu finns det emellertid, såsom vi skola se, en riktning, som anser, att handlings sättet i 826 § icke ens genom stadgandets tillkomst bliver att betrakta som rättstridigt. Märk nu, att fråga är om *uppsåtlig moralstridig* skadegörelse. Att *skadeståndsreaktionen* i *dylikt* fall med jurisprudentens allmänna inställning icke skulle förutsätta skuld ur rättens synpunkt, vore ju den rena meningslösheten. Det vore väl alltför uppenbart orimligt också för jurisprudenten själv att likställa denna skadeståndsgrund med grunden vid t. ex. nödhandling eller andra fall »ohne Verschulden». Med den ifrågavarande riktningen, företrädd av bl. a. en så berömd auktor som *Paul Oertmann*, skulle sålunda i 826 §-ens fall föreligga skadeståndsgrundande skuld-handling, som icke vore rättstridig!

»Durch diese Vorschrift wird der Sittenverstoss . . . zum Verstoss gegen die Rechtsordnung, zur Rechtswidrigkeit».¹

Den nordiska jurisprudensen tycks alldeles icke ha något sinne för meningslösheten i dylika hårklyverier. Apropå stadgandet ifråga uttalar sig nämligen *Lassen*, tydligen alldeles oberörd av några tvivelsmål angående förnuftigheten i sina ord, på följande sätt:

»Naar det i Love undertiden hedder, at ogsaa usædelige eller illoyale Handlinger paadrage Ansvar . . . vil dette netop sige, at visse umoralske Handlinger — om hvis retsstridighed der muligvis tidligere var Tvivl — forsaavidt erklæres for retsstridige.»²

Av ett antal författare, däribland *Paul Oertmann*, bestrides emellertid nu, att det i 826 § avsedda handlingssättet ens genom stadgandets tillkomst kunde bliva rättstridigt. Den egentliga anledningen till detta bestridande utgöres därav, att 826 § — därest rättstridighet antages — skulle råka i konflikt med 226 §, som har denna lydelse:

»Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie *nur* den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.»

Att en »Rechtsausübung» är »unzulässig» är detsamma som att den är rättstridig. *Planck* söker lösa kollisionen mellan de båda §-erna så, att han från 826 § undantager de handlingar, som bestå i »Rechtsausübung». Denna utsökta subtilitet i 226 §, att utövandet av min egen *rättighet* skulle kunna vara *rättstridigt*, torde sannerligen slå spets-

¹ *Planck*, Kommentar II, 2, 4 uppl. s. 1701 (Vorbem. 1 a till 823 ff. §§).

² *Lassen*, Haandbog, 27 §, Anm. 3.

fundigheternas rekord. Också var man mycket stolt över denna »nyhets» införande i B. G. B., ehuru man senare funnit densamma vara alltför begränsad för att kunna göra tillräcklig nytta.¹ Emellertid skall nu rättighetsutövandet bli rättstridigt, blott om det *endast* sker i skadesyfte. Under 826 § måste emellertid komma även sådana »Rechtsausübungen», som icke uteslutande skett i skadesyfte. Detta synes nu icke kunna gå ihop på annat sätt än så, att 826 §-ens rekvisit begränsades till icke-rättstridiga handlingar. »Die Rechtsausübungen», som avses i 226 §, skola bestå i sådana ting, som att man på sitt hus bygger »skorstenar», som alls icke äro några skorstenar och icke ens tillkommit i prydnadssyfte utan endast och allenast i syfte att skymma utsikten för grannen, att man bortdriver promenerande publik från sina domäner utan något annat intresse än att förtryta publiken, att man spelar piano i sitt rum blott för att reta grannen, när denne söker taga sig en lur o. s. v. Det är ju också tydligt, att situationen måste vara ganska exklusiv, för att utövandet av *rättighet* skall kunna bli *rättstridigt!* Betänker man nu ytterligare, att begreppet rättighet och följaktligen även »Rechtsausübung» är ren fantasi samt att begreppet »Rechtswidrigkeit» likaledes är ren fantasi, så inses, att denna debatt, huruvida rekvisitet i 826 § med hänsyn till 226 § skulle kunna bestå i rättstridigt handlande eller icke, tillhör jurisprudentens mera kostbara pärlor. Tyvärr har jag icke tid och utrymme att bereda mina läsare nöjet att här följa debatten ifråga.² Men det måste under-

¹ Se t. ex. *Hager*, Schikane und Rechtsmissbrauch, 1913. Något som helst avstånd från skolastiken i hela frågeställningen tages ingalunda av förf.

² Redan 226 § ensam måste ju giva stoff för de mest subtila betraktelser. Tänk oss blott utläggningen av begreppet »Rechtsausübung».

strykas, att *Oertmanns* ståndpunkt icke låter förena sig med jurisprudensens nyssnämnda åtskillnad mellan rätt och moral. Den saken tycks han alldeles förbise. Han åberopar sig för antagandet av icke-rättstridighet därpå, att

»das B. G. B. zahlreiche Fälle einer Ersatzpflicht aus erlaubten, teilweise *ausdrücklich* für erlaubt erklärten Handlungen kennt (s. § 122, 228 Satz 2, 904 Satz 2).» Se *Oertmann*, Kommentar till 826 §, anm. 1.

De ifrågavarande fallen avse bl. a. skadestånd på grund av rättshandlings ogiltighet i anledning av ursäktligt misstag vid dess begående och på grund av nödhandling, och man behöver endast ställa den frågan: äro dessa »erlaubte Handlungen» av lagen också — liksom 826 §-ens fall — betraktade såsom *moralstridiga*? Då den frågan självfallet måste nekande besvaras, blir det fritt från all förnuftig

Den måste ju, såsom *Oertmann* säger i sin kommentar till 226 §, tarva en »ingående undersökning» av rättighetsbegreppet. I övrigt hänvisas till nyssnämnda, särdeles signifikativa skrift av *Hager*, som utom begreppen »Rechtsausübung», »subjektives Recht» och »Rechtswidrigkeit» utreder begreppen »Schikane», »Missbrauch eines Rechtes», »Spezialmissbrauch eines Rechtes», »Spezialmissbrauch bestimmter Inhaltsteile eines Rechtes» och »schikanöser Missbrauch bestimmter Inhaltsteile eines Rechtes». — Det säger sig självt, att detta stadgande endast är ägnat att öka förvirringen i de redan detsamma förutan rikligt flödande skolastiska synpunkterna, föranledda av å ena sidan rättighetsbegreppet och å andra sidan de av den s. k. grannelagsrätten och föreställningarna om rättighetens icke absoluta utan blott relativa karaktär motiverade modifikationerna i själva rättighetsidén. — Till förebyggande av missförstånd av den i texten berörda rättsvetenskapliga kontroversens läge må nämnas, att *Plancks* åsikt — att 826 § icke finge tillämpas å »Rechtsausübung» — ehuru följd av en rad bekanta skriftställare, dock icke godtagits av rättspraxis. Den kritiseras även av *Hager*, s. 112 ff., fastän denne icke ansluter sig till *Oertmanns* ståndpunkt utan menar, att 826 §-ens handling innefattade rättstridighet.

mening att åberopa de ifrågavarande ställena i B. G. B. till stöd för *Oertmanns* uppfattning angående innebörden av 826 § i rättstridighetsavseende.

En annan sak är, att *Oertmann* likväl kan ha ett visst stöd för sin ståndpunkt ur synpunkten av tolkning enligt lagstiftarens mening. Skall 826 § avse rättstridiga handlingar, så synes nämligen vid sidan av detta stadgande 226 § komma att bli ganska betydelselös, alldenstund 826 § med sina allmänna förutsättningar i sig måste innesluta också 226 §-ens rekvisit. Utövändet av en rättighet *blott* för att skada annan måste givetvis både vara moralstridigt och ske uppsåtligt. Läger nu handlingens rättstridighet icke hinder i vägen för tillämpningen av 826 §, så synes ju detta leda till, att skada genom rättsutövning efter 226 § alltid fölle under 826 §. Att 226 § på detta sätt icke skulle få någon egentlig betydelse synes *Oertmann* göra *Plancks* och den vanliga tolkningen så mycket mera oantaglig, som lagstiftaren just genom 226 § velat införa något i eminent mening nytt. Ehuru, som sagt, *Oertmanns* påpekanden angående lagstiftarens intentioner torde få anses väl motiverade, synes det dock obegripligt, hur 226 § skulle kunna få någon praktisk betydelse vid sidan av 826 § ens med *Oertmanns* åsikt, att handlingen i detta senare stadgande icke vore att betrakta såsom rättstridig. Eftersom även 226 §-ens handling, såsom nyss påpekades, alltid måste anses moralstridig, synes den under alla omständigheter inbegripen i 826 §.

I 226 § deklarerar nu visserligen endast helt allmänt, att det angivna handlingssättet är rättstridigt, utan sålunda att de rättsliga reaktionerna angivas. Men med stöd av denna deklaration kan väl näppeligen någon annan rättspåföljd inträda än sådan, som även kunde följa på handling

av i 826 § avsedd art. Enligt 249 § skall skadeståndsskyldighet i första hand innefatta »den Zustand herzustellen». Däremot finns intet stadgande, som direkt utsäger, att situation av skadeståndsskyldighet kunde involvera kärandens s. k. Unterlassungs-Anspruch. Och klart är ju, att detta icke kan ifrågakomma vid skadeståndsskyldighet efter »erlaubte Handlungen», liksom att det å andra sidan alltid — därest omständigheterna i övrigt göra ett sådant anspråk påkallat — vore möjligt vid »rättstridig» handling. Emellertid vore det väl dock alltför orimligt att nu låta frågan, huruvida 826 §-ens handling kunde medföra »Unterlassungs-Anspruch», bero på, om denna handling vore att anse såsom rättstridig eller icke. Kan man åläggas »den Zustand herzustellen», fastän man icke handlat rättstridigt, så borde man väl också kunna vid vite förbjudas att fortsätta med en verksamhet, som ju dock skall vara både uppsåtlig och stridande mot »die guten Sitten». I månget fall torde »Unterlassen» rent av anses täckt av »den Zustand herzustellen». Men om skolastiken i avseende å sådana situationer, där det förra begreppet icke kunde anses inneslutet i det senare, funne sig nödgad driva det därhän, att »Unterlassungs-Anspruch» icke vore möjligt gentemot handlingar efter 826 §, därest dessa blott vore att betrakta såsom moralstridiga, då måste väl — med de skolastiska utgångspunkterna — de ifrågavarande handlingssättens rättstridighet hävdas. Men då blir också 226 § fullständigt intetsägande.¹ Någon reda ur virrvarret synes under alla omständigheter icke vara möjlig att uppnå.

¹ Man märke emellertid, att också med *Oertmanns* ståndpunkt, att 826 §-ens rekvisit låge utom det rättstridigas område, måste enligt det föregående 226 §-ens betydelse vid sidan av 826 § under alla omständigheter vara av en ringhet, som skarpt kontrasterar mot den principiella vikt, som man velat tillmäta 226 §.

Vad nu angår teorien, att 826 § själv konstituerade däri avsedda handlingars rättstridighet (ovan s. 79 f.), är densamma i ovanligt hög grad tanklös. Stadgandet i 826 § säger ju intet annat, än att skadeståndstvång följer under där angivna förutsättningar. Stadgandets uppehållande kan icke innebära något annat, än att det under dessa förutsättningar, såvitt de kunna få en realiserbar tolkning, konsekvent dömes till skadestånd, med den innebörd och betydelse som nu ett sådant dömande innefattar. Tänka vi åter bort skadeståndstvånget, då kvarstår i stadgandet intet annat än ett omnämnande av på visst sätt karakteriserade handlingar. Punkt och slut! D. v. s. med denna abstraktion finns i stadgandet ur rättslig synpunkt endast några innehållslösa ord. Meningen med att betrakta handlingssättet såsom rättstridigt kan emellertid — med hänsyn till jurisprudensens hela sätt att resonera — icke rimligtvis vara någon annan än att därmed karakterisera *handlingen såsom sådan* och dymedelst åstadkomma en grund för tvångsreaktionen, som överensstämmer med grunden för denna i de föregående paragraferna och därmed också med den gängse maximen, att rättsliga tvångsreaktioner icke kunna vara motiverade av handlingarnas *blotta* moralstridighet. Meningen kan ju omöjlig vara, att handlingen först genom sin förbindelse med skadeståndstvånget bleve rättstridig. Rättstridigheten skall ju vara en förutsättning för skadeståndstvånget. Man skall alltså kunna borteliminera skadeståndstvånget och likväl säga, att handlingen varit rättstridig. Men företager man en sådan eliminering, så kvarstår i stadgandet, såsom jag nämnde, ur rättslig synpunkt det rena ingenting. Men kvarstår då icke — genom den plats och det sammanhang, vari orden ifråga meddelats — alltid detta förhållande, att skadeståndstvång *bör*

förenas med handlingen? Nej, sådant är endast ett talesätt, som icke har någon realiserbar mening.¹ Alltså finns det *ingenting* i stadgandet, varigenom handlingen skulle kunna få rättstridig karaktär. En sak för sig är, att hela rättstridighetsbegreppet är en logisk omöjlighet. Därom är det nu icke direkt fråga. Här har det intresse att visa upp den särskilda kortsynthet, som ligger i »tanken», att lagstiftaren genom att i 826 § föreskriva skadeståndstväng på vissa i och för sig icke rättstridiga handlingar skulle ha åstadkommit dessas »rättstridighet». Låt oss en gång för alla göra klart för oss, att sådana tankar icke äro några tankar, enär de strida emot logiken, vilket torde närmare framgå av följande.

Stadgandet innebär ju, såsom vi sett, intet annat, än att, såsom man stundom uttrycker det, lagstiftaren med handlingssättet förbinder skadeståndsreaktionen. *Därigenom* skulle nu ifrågavarande handlingars rättstridighet få konsistens. Men detta måste ju i sin tur innebära, att lagstiftaren själv icke kunde betrakta handlingarne som rättstridiga, när han beslöt stadgandet. Vad har det då för mening, att juristerna efter dess tillkomst deklarerar, att handlingarne äro att betrakta som rättstridiga? Underlåtan- det av den deklARATIONEN kan väl icke komma stadgandet att förlora sin auktoritet för domstolarne.

Jurisprudensen kan emot detta resonemang endast invända, att detsamma såtillvida vore falskt, som lagstiftaren vid beslutet om stadgandets tillkomst i sitt stilla sinne faktiskt själv redan haft den tanken, att det handlingssätt, som nu skulle beläggas med skadeståndstväng, vore rättstridigt, låt vara att han icke gav direkt uttryck åt denna

¹ Framgår av min rättstridighetskritik, vartill ovan hänvisats. Se särskilt Obligationsbegreppet II, s. 282—292.

sin tanke. Häremot inställa sig nu följande erinringar. För det första: det är absolut uteslutet att annorlunda än i fantasien föreställa sig »lagstiftaren» såsom ett enhetligt subjekt för en tanke.¹ För det andra: Även om man logiskt kunde ha föreställningen, att »lagstiftaren» vore ett sådant subjekt, vore det ju ytterst kränkande för honom att tillvita honom en sådan tyckmyckenhet som att utan vidare betrakta ett icke rättstridigt handlingssätt såsom motsatsen, nämligen rättstridigt, för att på denna grund kunna belägga det med skadeståndstväng. För det tredje: En dylik tillvitelse vore icke blott kränkande för lagstiftaren utan vore jämväl falsk, alldenstund grunden för densamma gripits ur luften. För det fjärde: Även om vi likväl antaga, att lagstiftaren verkligen haft denna tanke, att handlingssättet borde betraktas såsom rättstridigt, vad sedan? T. o. m. om lagstiftaren uttalat tanken ifråga, kunde därav handlingssättets karaktär icke beröras. Motsatsen skulle ju förutsätta ordmagi. Hur skulle under sådana omständigheter lagstiftarens blotta, outtalade tanke, att handlingen vore rättstridig, kunna förändra dennas karaktär?

Denna härva av orimligheter² beror naturligtvis på det här ofta påpekade förhållandet, att jurisprudensen i vart steg den tager — tack vare sin rättfärdighetstro — stöder sig på dessa objektiva värden, som stå i strid med hela vår erfarenhet och därför icke kunna inplaceras i den naturliga världen utan tillhöra en särskild rättslig värld,

¹ Se härom *Hägerström*, »Är gällande rätt uttryck av vilja?» i Festschrift för Vitalis Norström, 1916. Kortfattade synpunkter i *Hägerströms »Naturrätt i straffrättsvetenskapen?»* i Sv.J.T. 1920, s. 339 ff.

² Man märke, att det alldeles icke är sådana orimligheter, som förmå en del av jurisprudensen att här icke antaga rättstridighet. Se i sådant avseende det föregående.

som, om den på något sätt existerade, icke kunde ha den ringaste kontakt med den värld vi leva i. Att denna 826 §, i den mån realiserbart innehåll i densamma kan utletas, verkligen tillämpas av domstolarne är helt naturligt icke beroende av en sådan chimär som »rättstridighet» utan endast och allenast därpå, att, därest domare och andra myndighetspersoner i sin tjänst skulle uppsåtligen eller genom vårdslöshet åsidosätta i viss bestämd ordning tillkomna beslut, såsom nu lagar, så bli de avsatta eller på annat sätt straffade, varmed också sammanhänger hela deras moraliska inställning i enlighet med vad jag i min straffrättskritik påpekat.

Såsom exempel på fall, å vilka 826 § skall tillämpas, kunna efter *Oertmann* följande anföras: uppsåtligt prisgivande av andras hemligheter (utan särskilt kvalificerande omständigheter, som skola göra handlingen rättstridig); överlåttande eller förvärfv av en fordran, på det att gäldenären därigenom skulle förlora en invändning emot kravet; Klavierspielen um dem Stubennachbar seine Privatschüler abspenstig zu machen; schnelle Aneignung einer herrenlosen Sache, zu der schon ein anderer Anstalten getroffen hatte; schikanöse Ausübung eines Rechtes (dock givetvis blott utan till annans skadande *begränsat* syfte; i motsatt fall vore ju 226 § tillämplig). Med sådana fall för ögonen förstår man, varför det blivit nödvändigt att fabricera en särskild konstruktion, bestående i att handlingssättet såsom sådant — d. v. s. bortsett från själva stadgandet — vore moralvidrigt men, för all del, icke rättstridigt. Det synes i själva verket vara flera omständigheter, som — därest rättsskolastiken önskar vara konsekvent — bidra till konstruktionen ifråga.

En av dem torde vara, att man ju förstår, att rättig-

hetsbegreppet skulle sättas svårt på det hala, om alla dylika handlingar skulle betraktas såsom Verletzung fremder Rechte. Om icke 826 § funnes, hade man ingen annan möjlighet att söka laglig grund för att dessa handlingar droge skadeståndstvång med sig än i 823 § 1 st., d. v. s. än däri, att de innefattade kränkning av annans rättighet. Man tänke sig t. ex. privatlärarens *rättighet* gentemot grannen bestående i att ställa anspråket på denne att icke spela piano för att förleda lärjungarne att övergiva sin lärare, den ockupationsbereddes *rättighet* före ockupationen gentemot envar annan att icke snabbt förekommas, eller en persons *rättighet* mot annan att denne icke mot den förre chikanöst utövar sin rättighet! Alltså måste ytterligare en § medtagas. Men samma otillfredsställande resultat synes komma att inträda, därest i denna § angivna handlingssätt ansåges såsom sådana vara stridande mot rättsliga och icke blott moraliska normer. Ty om de vore stridande mot rättsnormer, torde det vara mycket svårt för jurisprudensen att avvisa konsekvensen, att de innefattade ingrepp i rättigheter. Ty till sådan stridighet — i olikhet med moralvidrighet — skall höra, att mot handlingssättet reageras med rättsligt tvång. Men detta i sin tur måste innefatta, att den, till vars förmån detta tvång sker, haft rättslig makt över motparten till det motsatta handlingssättet, eller — för att tala med *Fhering* — har haft ett emot denne *rättsligen skyddat intresse*. Med jurisprudensens vanliga utgångspunkter förefaller det m. a. o. ganska kinkigt att komma ifrån, att här föreläge kränkningar av *rättigheter* — om handlingssättet såsom sådant betraktas såsom rättstridigt. Man kan emellertid förmoda, att sådana »rättigheter» för jurisprudensen skulle vara tillnärmelsevis lika litet rekommenderande som antagandet av obligationer i de där allmänna,

på intet sätt individualiserade situationerna, i vilka en person genom sitt handlingssätt kunde ådraga sig skadeståndstvång.¹ Ur detta penibla läge tror man sig förmodligen komma genom att beteckna själva handlingssättet såsom icke rättstridigt utan blott moralvidrigt, vare sig man nu — såsom t. ex. *Planck* och de flesta — låter det på en bakväg, genom tillkomsten av själva stadgandet, bli rättstridigt eller icke.

Emellertid är det nu ytterligare en sak, som synes nödvändiggör för jurisprudenten att betrakta handlingssättet såsom sådant som icke-rättstridigt. Rättstridighet skall ju betyda, att handlingen är (av samhället, »rätten» eller dyl.) förbjuden. Detta är den väg, varpå skadeståndsreaktionen på handlingen blir rättvis. Rättvis blir dock reaktionen endast därigenom, att det rättstridiga i handlingen kan tillräknas gärningsmannen, d. v. s. förebrås honom såsom något klandervärt. Han måste m. a. o. genom sin skuld ha gjort sig förtjänt av skadeståndstväng. Det praktiska livets tryck har här bidragit till utformande av ett skuldbegrepp, som omfattar både *dolus* och *culpa*, det senare innefattande även en mindre försumlighet (*culpa levis*). Resultatet har blivit en *obrytlig* princip om tvång att ersätta skada genom *rättstridig* handling, så snart *dolus* eller nysnämnd *culpa* föreligger. Men nu finner man vid fallen under 826 §, att skadeståndsreaktionen på blott kulpost handlingssätt ofta, långtifrån att vara rättvis, skulle stöta rättskänslan och stundom vara praktiskt olidlig. Skadeståndsreaktionen även på mera lindrig *culpa* synes emellertid ur konsekvensens synpunkt *nödvändig*, om själva handlingen betraktades såsom rättstridig.

Så ser man då vid granskningen av 826 §, hur skade-

¹ Se Obligationsbegreppet I, s. 51 f., jfda med s. 122.

ståndsjuridiken behärskas av det rena konstruktionsraseriet. Vad som lägges till grund för resonemangen är de mest fantastiska begrepp, med vilka det jongleras och argumenteras. Vi ha först »rättstridiga» ingrepp i »rättigheter» genom en persons »Verschulden». Därefter ha vi skadebringande handlingar, som dock icke skola draga skadeståndstvång med sig, om de äro kulposa och bl. a. därför måste konstrueras såsom blott »moralvidriga» och icke »rättstridiga». Men hur skall nu skadeståndsreaktionen på blott moralvidrigt handlingssätt kunna gå ihop med den gängse (och ur rättsskolastikens egen synpunkt nödvändiga) tanken, att på det privaträttsliga området blott rätten men icke moralen »genomföres» med hjälp av statligt tvång? Jo, säga de flesta, genom *föreskriften* om skadeståndstvånget blir ett i sig blott moralvidrigt handlingssätt rättstridigt, ett resonemang innefattande en serie av logiska kulterbyttor. Andra säga, skadeståndstvång efter 826 § kan icke förutsätta »rättstridighet», ty stadgandet innefattar efter orden även skadebringande handlingssätt, som bestå i »Ausübung eines Rechtes». Men jämlikt 226 § blir »Ausübung eines Rechtes» rättstridig endast och allenast »wenn sie *nur* den Zweck haben *kann*, einem Anderen Schaden zuzufügen». Och, fortsätta de, att skadeståndstvånget följer på blott »moralvidrig» men icke »rättstridig» handling är ingen inkonsekvens, ty enligt jurisprudentens läror skola »Erlaubtheit und Ersatzfreiheit eben ganz verschiedene Dinge sein».¹ Därmed förbises emellertid just den motsättning, som för jurisprudenten är och måste vara av vital betydelse, nämligen mellan »moralvidrighet» och »rättstridighet», korresponderande med »moral» contra »rätt», med idealordning i motsats till tvångsordning.

¹ *Oertmann*, Kommentar 826 §, 1.

Tillägg.

Bienenfelds skadeståndslära.

Att närmare ingå på den tyska litteraturen i ämnet torde vara överflödigt efter den kritik, som jag nu utfört. Vid ett par tillfällen i det föregående har jag emellertid hänvisat till *Bienenfelds* arbete »Haftung en ohne Verschulden». Detta är ett av de både mest ingående och nyaste arbeten på skadeståndsrättens område, som jag känner. Det avser visserligen att utreda frågan om skadeståndsskyldighet (och andra »Haftung en») *utanför* culpa-regelns område. Men de föreställningar, som enligt det föregående tillhöra doktrinen syn på culpa-regeln, äro bestämmande för *Bienenfelds* utredningar. Hans arbete blir därför ett gott exempel på, vart det bär hän för vetenskapen, när den med sådana föreställningar till utgångspunkt söker sig ut på forskningar angående »ansvarighet utan skuld». Detta är anledningen till att jag här söker giva en kortfattad bild av *Bienenfelds* teorier.¹

Bienenfelds bok är en jätteprestation, som ej kan förbigås i vetenskapen om skadeståndsrätten. Men detta beror icke på någon dess rättsteoretiska betydelse. Sådan har den icke i högre grad än vilket rättsskolastiskt arbete som helst. Betydelsen av *Bienenfelds* bok ligger i mängden av däri innehållna faktiska upplysningar. Främst bör kanske därvid nämnas det genom sin detaljrikedom högst värdefulla försöket till systematisering av — såsom det heter i bokens undertitel — »die aussergeschäftlichen Obligationen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht». Detta systematiseringsförsök har fått ökad praktisk betydelse genom ett »Anhang», vari under de stora huvudrubrikerna »Sachenrecht», »Immaterialgüterrecht», »Personenrecht», »Allgemeiner Teil», »Familienrecht», »Schuldrecht» och »Öffentliches Recht» meddelas utom kortfattade anmärkningar rikliga hänvisningar till de tre ländernas

¹ Det första, otryckt förblivna utkastet till *Bienenfelds* bok, som går på över 500 sidor, blev enligt förf:s meddelande i förordet »im Jahre 1918 von dem Kuratorium der Anton und Marie Dierl'schen Preisauflagenstiftung in Wien mit dem ersten Preis ausgezeichnet».

lagar och litteratur angående »Haftungen ohne Verschulden». Av stor betydelse för forskaren i detta ämne är också den sällsynt rikhaltiga redogörelsen för hithörande åsikter såväl i utvecklingen under de sista århundradena som i nutidens rättsvetenskap, en redogörelse given dels i förf:s egen »Dogmatik», s. 159—288, och »Theorie», s. 294—434, och dels i hans »Ideengeschichte», s. 11—156. Förf:s lärdom gör, åtminstone på mig, ett imponerande intryck. En faktisk brist är emellertid, att denna massa av litteratur, som förf. rör sig med, begränsar sig till de tre antyddna ländernas, sålunda icke medtager vare sig fransk eller anglo-sachsisk. Jag säger avsiktligt »faktisk». Någon kritik kan alldeles icke i detta avseende riktas mot förf. Boktiteln avser ju blott tysk, österrikisk och schweizisk rätt, och redan med denna begränsning äro dimensionerna i författarens prestation förvånansvärda.

Jag har varit angelägen att på detta sätt uttala min uppskattning av ett verk, som jag samtidigt för mina egna undersökningar angående grundlinjerna i skadeståndsrätten måste beteckna som betydelselöst. Vid en behandling av den speciella skadeståndsläran måste man ha mycken nytta av *Bienenfelds* samlande och ordnande av visst faktiskt material. Men i min förevarande framställning kan jag icke på någon väsentlig punkt ernå annat än en rent negativ kontakt med denne författarens synpunkter. Ehuru ofta kritiskt inställd till den vanliga rättsdogmatiken, vars misstag han än här än där med stöd av allehanda moderna auktorer söker påvisa, förblir hans kritik dock genomgående av s. k. immanent beskaffenhet. Dubbelvärldsteorien¹ — tron på varats och vid sidan därav börats värld — är tydligen ett axiom för *Bienenfeld*, se t. ex. s. 159 f., ehuru han tager avstånd från de särskilda subtiliteter, vartill en *Kelsen* i detta avseende föres, s. 298 ff. För den *positiva* utbildningen av min egen rättsåskådning kan uppenbarligen någon väsentlig betydelse icke tillkomma ett författarskap, vilket såsom något numera obestriddigt utgår ifrån att »der Tatbestand» — »die Rechtsvoraussetzung der Rechtsfolge» enligt bl. a. *Stammlers* terminologi — vore »die Verbindung eines Seintatbestandes mit einer Sollensnorm, die Tatbestandsvoraussetzung der Sollfolge», s. 159 n. 1. Med ett sådant betraktelsesätt är tron på »Rechtsgüter», rättig-

¹ Se min kritik av denna i Obligationsbegreppet II, s. 282 ff.

heter, rättsenlighet och rättstridighet mycket nära förbunden. Det särskilda bidrag, som *Bienenfeld* lämnar till utredning av dessa begrepp, allt under det att han sökt tillgodogöra sig de immanent kritiska anmärkningar, som under det sista halvseket framställtts såväl mot begreppen ifråga som mot jurisprudensens metoder i allmänhet, har utmynnat i en serie subtiliteter, vilkas oduglighet, såvitt det gäller förståelsen av lagar och rättskipning, kort sagt hela det verkliga rättslivet, måste ligga i öppen dag för varje san- sad människa. Ehuru meningslösheten i allt, som *Bienenfeld* på bortåt 150 sidor framställer i kapitlet »Theorie», måste kunna framgå av vad jag negativt och positivt utvecklat i mina föregående »Föreläsningar», skall jag likväl tillåta mig några påpekanden.

Gentemot *Kelsen* hävdar förf., att rätten även rent juridiskt fölle under teleologiska, och icke blott normativa, synpunkter. Den i rättssatsen inneslutna »Sollensnorm» förutsatte nämligen ett »Tatbestand». »Die Bildung und Ordnung der Tatbestände ist aber ein Wert-, kein Sollensproblem», detta så mycket mera som »der Tatbestand» själv ofta — t. ex. vid ansvar utan skuld i motsats till ansvar för culpa — icke innehåller någon »tatbestandliche Sollensnorm». Men också där dylika normer funnes, vore de dock av ett annat slag än »die Rechtsfolgenormen». Dessutom vore att beakta, att *Kelsen* vid utsönrandet av »ändamålet» från den rätts- teoretiska behandlingen konfunderade »die Begriffe des Rechts- satzzweckes und des Zweckes im Tatbestand». Såsom exempel på sistnämnda Zweck-art anföres: Der Rettungszweck der Not- standshandlung, der Zweck des Eisenbahnbaus bei der Enteignung, der Zuleitungszweck bei den direkten Immissionen. Efter kritik av *Fherings* och *Zitelmanns* ändamålsbegrepp konstaterar förf., att detta icke vore ett rent psykologiskt begrepp och att dess *första* och väsentliga kännetecken bestode däri, »dass auch sie eine *Kausalreihe* ist, die Begriffe Mittel-Zweck die der Ursache und Wirkung voraussetzen». Ehuru sålunda *Stammlers* åsikt, att kau- salitet och teleologi stode i olöslig inre motsättning till varandra, vore ohållbar, så finge man likväl icke nöja sig med att endast se det *likartade* och liksom Wienskolan betrakta »die Zweckreihe» såsom *blott* »eine umgekehrte Kausalreihe». Det gällde också att

beakta *skillnaden* mellan kausalitet och teleologi, vilken innefattades i följande av *Bienenfeld* kursiverade ord: »Die Reihe Ursache—Wirkung ist eine wertfreie, die Reihe Mittel—Zweck eine bewertbare und bewertete Kausalreihe». Häri låge nu ändamålsbegreppets *andra* kännetecken (s. 297—312). Emellertid heter det nu ytterligare:

»Das Wesen der teleologischen Reihe ist damit nicht erschöpft, dass sie eine bewertbare und bewertete Kausalreihe, der Zweck kein Sollens-, aber gleichzeitig ein Kausal- und ein Wertbegriff ist. Entscheidend für ihre Abgrenzung und gleichzeitig für die Wertbewegung, die sich in ihr vollzieht, ist *als drittes Merkmal die Erfassung eines Gliedes der Kausalreihe als Endglied*, wodurch dieses zum Zweck erhoben und damit die Reihe zu einer Sinneinheit verbunden wird. Den Akt, durch den dies geschieht, kann man im Anschluss an Th. Lessing den Sinngebungsakt nennen, der als Wertungsakt des Beurteilers sorgfältig von dem individualpsychologischen Akte der Zwecksetzung zu unterscheiden ist. Nur dieses Phänomen macht den Begriff des tatbestandlichen Zweckes, dieses Mittelpunktes im System der zielgerichteten aussergeschäftlichen Tatbestände verständlich» (s. 317 f.).

Även om nu dessa iakttagelser i och för sig angående *begreppet* ändamål till någon del kunde anses träffande — vilken betydelse kunde de likväl ha för *juridiken*? Det förhåller sig med dem på liknande sätt som med spekulationerna över kausalitetsbegreppet¹: de kunna aldrig ha det ringaste gagn för vare sig lagstiftaren eller domaren eller — för en från rättskolastiken bortvänd rättsvetenskap. Dessa ändamåls-utredningar skulle aldrig ifrågakomma inom juridiken, om det icke vore så, att man vore fången i sin övertro på rättsnormerna. Att *Kelsen* med sin normlära likväl utsöndrar ändamålet från rättsvetenskapen beror på de för honom och hans anhängare säregna abstraktionerna.

Emellertid spinner nu *Bienenfeld* hit och dit på sitt Zweckbegrepp. Efter polemik mot *Zitelmann* och *Kelsen* kommer han till följande kursiverade resultat:

¹ Se härom nedan i slutet av min kritik av *Stang*.

»Wille ist die vom Deuter einer als Zweckreihe erfassbaren Kausalreihe einem Zweckträger notwendigerweise zugeschriebene Qualität, jenen Zweck setzen zu können, den der Beurteiler der Reihe als ihr Endglied anzunehmen genötigt ist, damit Sinn sei» (s. 328).

Skillnaden mellan objektivt och subjektivt ändamål skall för rätten vara av största vikt. Denna skillnad berodde på om »die Deutung durch den Beurteiler» skedde på grund av social erfarenhet under bortseende från den individuella viljeakten eller om bedömaren beaktade denna. »Dort», heter det,

»wo das Objekt der Beurteilung einer individuellen Analyse nicht zugänglich ist, erfolgt seine Erfassung stets intersubjektiv und transpersonal und dort ist nur die Feststellung des objektiven Zweckes möglich. Der Beurteiler der Reihen: das Auge dient dem Sehen, die Flügel dem Fliegen, ist, da er sie als Lebenserscheinungen und damit als Zweckreihen auffassen muss, gezwungen anzunehmen, dass das Sehen oder das Fliegen für das Subjekt, dem er das Auge zurechnet, ein Wert und ein Zweck ist, dass sie dessen Begehren, diesem ursprünglich letzten nicht weiter beschreibbaren Phänomen entsprechen. Jede Lebenserscheinung nötigt ihren Deuter einen Zweck anzunehmen und ihn auf den Willen des Subjektes zu beziehen, dem sie auf Grund des äusseren, von ihm als beseelt und zweckerfüllt erkannten Tatbestandes zuzurechnen ist. — Auch jede Äusserung kann demgemäss als zweckgerichtet erfasst und auf den Willen des Erklärenden noch vor Erkenntnis seines individuellen Willensaktes bezogen werden. Wird die Beziehung vom Deuter nach allgemeiner Erfahrung ohne die (vielleicht gar nicht mögliche) Feststellung des individuellen Willensaktes hergestellt, dann wird — wie das Tier und die Pflanze bloss als Gattung — der Zweckträger nur als *Sozialsubjekt* unter Abstraktion von seinen individuellen Qualitäten und Intentionen erfasst: die Erklärung des Kaufmanns X nur als die eines Kaufmanns 'an sich', die Handlung des Unternehmers nur unter Beachtung seiner Eigenschaft als Unternehmer. Sie ist subjektiv, weil sie auf ein

Subjekt bezogen wird, aber nicht *individuell*-, sondern *intersubjektiv* oder — um den gebräuchlichen Ausdruck zu wählen — objektiv, sie hat den Sinn und damit die Existenz, welche der Beurteiler nach allgemeiner Erfahrung dem Kaufmann als Sozialsjekt beilegt. — Der objektive Zweck beschreibt daher nicht weniger eine Realität als der individuell subjektive. Jeder Mensch ist Individuum und Sozialsjekt zugleich und in welcher Eigenschaft er der Beurteilung unterliegt, hängt vom Deuter ab» (s. 331 f.).

Det *subjektiva* ändamålet för en handling skall föreligga, när den handlande själv värderar det objektiva ändamålet såsom sitt ändamål, låt vara icke alltid såsom slutändamål utan blott såsom medeländamål. Blott fastställandet av det subjektiva ändamålet kräver utredning om en individuell viljeakt. Det objektiva ändamålet däremot fattades såsom föremål för viljan hos ett socialsubjekt allenast på grund av gestaltningen av »der objektive Tatbestand». »Eine Reihe», fortsätter förf.,

»von Haftungstypen — eben die zielgerichteten Haftungen ohne Verschulden — erfordern zur Vollendung des Tatbestandes und zur Begründung der Haftung die Feststellung nur des objektiven Zweckes, nur die Konstatierung, *dass* gewollt wurde, andere — die Verschuldenshaftungen — die des objektiven *und* des subjektiven Zweckes, die Konstatierung, *dass und was* der Zweckträger wollte» (s. 333).

Efter ytterligare en del divideringar fastslås så följande resultat:

»Der *Zweck* ist hienach das von einem Beurteiler als zu realisierend vorgestellt, durch einen Sinngebungsakt hervorgehobene (positiv oder negativ) bewertete, auf den Willen eines Zweckträgers bezogene Endglied einer bewertbaren Kausalreihe; objektiver Zweck der auf den Willen eines Sozialsjekts ohne individual-psychologische Analyse auf Grund objektiver Deutung bezogene Zweck; der subjektive Zweck setzt die Übereinstimmung des objektiven Zwecks mit der Zwecksetzung des beurteilten Individuums voraus» (s. 337 f.).

Är det nu *staten*, som skall bedöma en »Zweckreihe», och företager han denna »Sinngiebungsakt», då blir ändamålet därigenom till »tatbestandlicher Zweck», som skall vara

»jenes Kausalglied des objektiven verursachenden zielgerichteten Tatbestandes, das der Staat als bewertender Beurteiler aus der unendlichen Reihe möglicher Zweckglieder als Endglied hervorhebt und bewertet» (s. 350).

Detta statens framhävande av ett visst led i ändamålet, dess ifrågavarande »Sinngiebung und Bewertung» skedde nu ingalunda godtyckligt:

»Nur bestimmte objektive Zwecke einer Zweckreihe — einer Handlung oder eines Zweckobjekts — werden von ihm in typischer Weise zu tatbestandlichen erhoben. *Den verschiedenen dargestellten Typen zielgerichteter Tatbestände, den Haftungen aus missbilligtem Ziel, aus gebilligtem Ziel und gebilligtem Mittel, und aus gebilligtem Ziel und missbilligtem Mittel entspricht eine typische Verschiedenheit des Inhalts tatbestandlicher Zwecke:* sie unterscheiden sich nicht nur durch das formale Moment, dass bei den einen das Ziel oder die Mittel positiv, bei den andern negativ bewertet sind, sondern auch durch den beiden verschiedenen Typen typisch verschiedenen *Zweckinhalt»* (s. 351).

Icke för att kunna förstå — ty alltsammans torde vara obegripligt — utan för fullständighetens skull böra dessa ordsammanställningar ses mot bakgrunden av ovan antydda vidsträckta innebörd i förf:s begrepp »Haftung». Därunder kommer icke blott allt vad vi pläga hänföra till skadestånd på grund av eller oberoende av culpa utan, såvitt jag förstått förf. på denna punkt, vad som helst utanför avtalsrätten, som motsvaras av ett s. k. sakrättsligt, obligationsrättsligt, familjerättsligt, processrättsligt eller offentligträttsligt anspråk på utgivande eller fullgörande av något. Alla dessa »Haftungen» indelas nu i tre grupper:

I. »Haftungen ohne Kausalität» eller »Zustandshaftungen» (såsom motsats till »Erfolghaftungen»). Hit höra t. ex. inkomstskatteplikt och värnplikt, barnets skolplikt, tvivelaktigare tullplikt, ty här

bildar skenbarligen »die rechtmässige Handlung Waren nach erfolgter Meldung über die Grenze zu bringen — und damit eine Kausalreihe — ein haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal», s. 177. Hit höra vidare åtskilliga familjerättsliga alimentationsplikter m. m. Man finge emellertid noga akta sig för att förväxla dessa »Haftungen ohne Kausalität» med »Haftungen ohne Verursachung». Till de senare hörde t. ex. ansvaret hos en »Tierhalter» enligt 833 § B. G. B. Kausalsammanhang måste här alltid föreligga mellan »Die Handlung des Tieres» och skadan. Detta vore alltså ett av kausalitet betingat ansvar, låt vara att kausalsammanhang saknades mellan »Tierhalter» och »die Handlung des Tieres» (s. 172). — De återstående båda grupperna innefattade båda Erfolghaftungen. Här hade man nu först

2. Haftungen på grund av »nichtzielgerichtete verursachende Tatbestände». Under denna rubrik kommer ansvar på grund av »Vermengung und Vermischung» samt »grundlose Vermögenschiebungen», d. v. s. obehörig vinst. Ifrågavarande Tatbestände utmärkte sig därigenom, att de fullständigt saknade all vare sig objektiv eller subjektiv Zweck. Det vore fråga om »ein wertfreier, weder rechtmässiger noch rechtswidriger, sondern rechtloser Vorgang, *eine einer Bewertung nicht unterliegende genetische Kausalreihe*», s. 194. Hela ändamålsläran hade följaktligen sin betydelse blott för den tredje gruppens fall:

3. »Haftungen aus zweckgerichteten verursachenden Tatbeständen». Härunder fölle bl. a. allt som vi i allmänhet avse med skadeståndsskyldighet, vare sig på grund av eller utan culpa. Det är sålunda denna grupp, som ur skadeståndslärans synpunkt skall ha det egentliga intresset. Hit höra *utom culpa-regelns fall* tre olika typer, vilkas uppställande helt skedde i ändamålsbegreppets tecken. *Första typen*: »Haftungen aus gebilligtem Ziel und Mittel». Såsom exempel kunna här nämnas ersättningsskyldighet för skada i vissa fall av användning av annans mark såsom för att återtaga djur eller annan ens tillhörighet, som kommit in därå, för skada genom luftfart, driften av elektricitets-, berg- och vattenverk, automobiltrafik i vissa fall, vid expropriation, genom »rechtmässige Ausübung der Staatsgewalt», genom tredjemans i viss ställning »rechtmässige Handlung». — *Andra typen*: »Haftungen aus gebilligtem Ziel und

missbilligtem Mittel». Såsom exempel kan nämnas ansvarighet för skada genom *felaktig* anläggning eller framställning av en byggnad (B. G. B. 836 §, schw. O. R. 58 art., a. b. G. B. 1319 §), genom objektivet misstag vid rättsärendes avslutande, genom bristfällig beskaffenhet hos ett motorfordon, genom objektivet felaktig inskrivning i fastighetsboken, genom tredjemans »unzweckmässige» men »auf ein gebilligtes Ziel gerichtete Handlung» i vissa fall. Förmodligen skall tredjemans handling i detta fall vara objektivet rättstridig, ehuru detta icke direkt utsäges. *Tredje typen*: »Haftungen aus missbilligtem Ziel». Här bör nu särskilt märkas, att fallen av skuld skola falla utanför de ifrågavarande tre typerna. Vid den tredje typen blir det därför bl. a. fråga om sådana skuldfria fall, som avses i 231 § B. G. B.: man tager t. ex. med våld från annan en sak, som man falskeligen men i god tro förmenar, att denne stulit från en. Vidare skola bl. a. följande fall höra hit: man räddar i nödläge sitt liv på bekostnad av annans liv, eller utövar chikanöst, dock utan skuld, sin rättighet. Den viktigaste »Tatbestand dieser Haftungen» skall tillhöra sakrätten: godtroende förvärvarens skyldighet att lämna ifrån sig rätte ägarens tillhörighet, möjligen för enad med ansvar för obehörig vinst och, enligt österr. rätt, tillfälligtvis även för förlust, som icke komme under detta begrepp.

Slutligen avgränsar förf. dessa tre typer av »Haftungen aus zweckgerichteten Tatbeständen» *dels* mot såväl »Haftungen ohne Kausalität» som »Haftungen aus nichtzielgerichteten Tatbeständen» och *dels* mot »Vershuldenshaftungen». Från de förra, vilka utmärkte sig genom die *Wertfreiheit* des Tatbestandes, skiljde de sig »durch dessen *Bewertung*». Från »Vershuldenshaftungen» skiljde de sig

»dadurch, dass ihr Beziehungstatbestand keinerlei Bewertung unterliegt, *keinerlei Pflichtnorm tatbestandlich* ist, während bei den Vershuldenshaftungen nicht nur der objektive, sondern auch der subjektive Tatbestand durch die Rechtsordnung bewertet wird und die Beziehung des Handelnden zur Handlung *auf einer Pflichtverletzung als haftungsbegründendem Tatbestandsmerkmal* beruht» (s. 287).

Vad nu allt detta skall betyda för belysningen av de grundläggande begreppen i jurisprudensen såsom rättighet, Rechtsgüter,

rättsenlighet och rättstridighet är givetvis obegripligt ur annan synpunkt än de skolastiska konstruktionernas. Den intresserade får här själv söka följa med i alla finesserna, utvecklade å s. 371—431. Följande, innefattande en konsekvens av förf:s Zweck-lära för rättstridighetsfrågan må dock avtryckas:

»Aus der Typenlehre folgt ferner, dass die Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit oder Rechtmässigkeit die *Wertung* des objektiven Tatbestandes durch den Staat enthält: die tautologischen Definitionen, welche die objektive Rechtswidrigkeit als 'Widerspruch gegen das Recht' bezeichnet, sind nicht nur nichtssagend, sondern geradezu falsch. Denn die Rechtswidrigkeit als Wertung eines Tatbestandes kann nur auf Kausalreihen Anwendung finden, die ihrer Natur nach bewertbar sind, daher nur auf teleologische, zweckgerichtete, nicht auf genetisch kausale: daher ist die genetische Kausalreihe, die den verursachenden Tatbestand der nicht zielgerichteten Haftungen — der aussergeschäftlichen Vermögensverschiebung, der unehelichen Zeugung — bildet, weder negativ noch positiv bewertet, weder rechtswidrig noch rechtmässig, sondern wertfrei, obgleich ihr Erfolg: die eingetretene Bereicherung des einen zum Nachteil des andern, die Gesundheitsschädigung der unehelichen Mütter immerhin als 'Widerspruch zur Rechtsordnung' bezeichnet werden kann. Nur die verursachenden Tatbestände der *zielgerichteten* Haftungen, in denen die Kausalglieder als Mittel oder als Ziele einer Bewertung unterliegen, sind rechtmässig oder rechtswidrig: denn nur dort, wo im Begriffe des Zweckes oder des Mittels Wert und Kausalität untrennbar verbunden sind, ist eine positive oder negative Wertung, ist Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit denkbar. Die oft vertretene Meinung, dass Naturereignisse, wenn sie für relevant erklärt sind und den relevanten Erfolg der Rechtsbeschränkung herbeiführen, rechtswidrig sind, ist irrig: sie stehen als genetische Reihen ausserhalb jeder Wertung» (s. 402 f.).

Att den vanliga bestämningen av rättstridighetsbegreppet är tautologiskt och intetsägande är nog sant. Men skall överhuvud

någon förtjänst kunna utletas i en bestämning av rättstridigheten, så måtte det väl just vara, att den är *intetsägande*, eftersom rättstridigheten själv blott är just det rena *ingenting* och sålunda icke kan bestämmas. Ett sådant »fördjupande» av rättstridighetsläran, som *Bienenfeld* inriktat sig på och varav jag här blott kunnat giva svaga antydningar, är endast och allenast ett fördjupande av den renodlade rättsskolastiken men har intet med vetenskaplig forskning att skaffa. Helt utanför denna ligger en sådan tanke, som att *statens värdering* av den faktiska situationen bestämde frågan rättstridighet eller rättsenlighet. Också om man nu bortser från den olyckliga idén om absoluta värderingar, så är ju dock meningen, att dessa begrepp rättstridighet och rättsenlighet skola vara *grundläggande* för rättsordningen. Men hur skulle själva föreställningen om staten vara möjlig, om man därvid tänkte bort rättsordningen? Hade de ifrågavarande begreppen verkligen reell karaktär, så skulle de följaktligen ingå i *betingningarne* för staten själv och alltså icke kunna vara beroende av denna eller dess »värdering».

Vi sågo nyss (ovan s. 98) — och det är ju f. ö. självfallet — att *Bienenfelds* hela ändamålslära måste kulminera däri, att *staten* ur »den oändliga kedjan» griper ut ett visst ändamålsled och värderar detta såsom »Endglied». Endast därigenom kunde »ändamålet» få *rättslig* betydelse såsom »tatbestandlicher Zweck». Utan *denna statens värderande* betydelse måste den *Bienenfeldska* utredningen av ändamålsläran sakna varje intresse för juridiken. Av vad jag nyss nämnde följer emellertid just, att en sådan värdering från statens sida är logiskt omöjlig. Därav måste man i sin tur kunna förstå, att denna ändamålsutredning faktiskt är något, som trots allt skarpsinne, som därvid utvecklats, är den rena meningslösheten i en rättsvetenskaplig avhandling.

Slutligen vill jag erinra om det enligt min mening felaktiga grepp på sitt ämne, som *Bienenfeld* har, när han i början av arbetet såsom sin åsikt betonar, att vid en behandling av »Haftung ohne Verschulden» det *rättsteoretiska* problemet måste vara löst, innan man ger sig in på det *rättspolitiska*, s. 55. Med det förra avses vad vi i allmänhet kalla den faktiska rättsgrunden för en »Haftung». Med det senare avses spörsmålet, »worin der *Recht-*

fertigungsgrund der Haftungen ohne Verschulden besteht, welchen *Zweck* die Rechtsordnung mit ihnen verfolgt», s. 50. Är min teori om samhällsnyttan som princip för lagstiftning och lagtolkning i det väsentliga riktig, så inses, att den *Bienenfeldska* åsikten måste innefatta ett metodiskt missgrepp. Särskilt om vi hålla oss till »ansvaret» skadeståndstvång¹, är det ju tydligt, att man vetenskapligt icke skulle komma ur fläcken, därest man icke — såvitt otvetydig lag eller därmed jämställd praxis saknas — finge anlita rättspolitiska synpunkter för bestämmande av den »faktiska rättsgrunden». Detta torde vara tydligt redan av mina positiva synpunkter här förut på culpa-regeln, i all synnerhet om man jämför dem med vad jag på andra ställen utvecklat om grunderna för skadeståndstvång oberoende av culpa.

Ett referat giver aldrig en tillfredsställande bild av ett arbete. Allraminst i detta fall. Jag har sökt finna och angiva själva tråden i arbetet. Ifråga om exemplen har jag underlåtit att angiva förf:s kommentarer till dem, bestående i strömmar av skolastiska begrepp, termer och vändningar. Kort sagt, jag har endast kunnat giva en synnerligen svag bild av det beklämmande intryck, som detta arbete måste göra på varje läsare, som har den föreställningen, att lagstiftare, domare och rättsvetenskapsmän sysslade med frågor, som angingo människornas liv i samhället.

¹ *Bienenfeld* tager ju, såsom vi sett ovan s. 8 f. och s. 98, »Haftungen ohne Verschulden» i särskilt vidsträckt mening.

Positiva synpunkter på culpa-regeln.

Innan jag övergår till en granskning av den nordiska jurisprudensens uppfattning av culpa-regeln, synas mig till bättre förstående av vissa delar av den i denna granskning meddelade kritiken följande kortfattade anmärkningar vara på sin plats.

Kan culpa-regeln icke förnuftigt motiveras?

Då, såsom förut nämnts, de synpunkter, som i den tyska lagen anläggas på culpa-regeln, i stort äro gemensamma för rättsvetenskapen i hela den civiliserade världen, kan man tryggt påstå, att det rättsvetenskapliga *underlaget* för culpa-regeln genomgående är ohållbart. Därmed är ingalunda sagt, att själva *regeln* bör slopas. Det är tvärtom a priori icke sannolikt, att en regel för mänskligt handlande, som uppehållits i hundratals, ja faktiskt i tusentals år, skulle vara oduglig. Också har jag i det föregående erinrat om, att man vid culpa-regelns tillämpning av livets tryck tvingades att med övergivande av de verklighetsfrämmande konstruktionerna taga en viss hänsyn till de *realiteter*, som kunna dölja sig bakom konstruktionerna. Vad jag nyss nämnde giver oss all anledning förmoda, att det trots de tomma talesätten i lagar och rättsdoktrin faktiskt finns vissa *verklighetstrogn*a grunder för uppehållet av en sådan regel som culpa-regeln. Vilka äro då tilläventyrs dessa grunder?

Vid denna frågas besvarande har man först att beakta, vad jag utvecklat i senare delen av »Obligationsbegreppet» om samhällsnyttan såsom princip för lagstiftning och lagtolkning. Gör man det, skall man finna sig ha alla skäl till den förmodan, att eventuella reella grunder för uppehållandet av en sådan maxim som den i culpa-regeln inneslutna måste stå i samband därmed, att skadeståndstvång i enlighet med en dylik maxim hade betydelse för samhällslivet. Därmed giver sig metoden för undersökningen av sig själv. För att finna svaret på frågan angående möjligen förhandenvarande realiserbara synpunkter på den s. k. culpa-regeln måste man göra ett rent tankeexperiment och ställa sig följande spörsmål: hur skulle det se ut i samhällena, om *icke* en sådan maxim uppehölls? Svaret bleve kortfattat och schematiskt följande.¹

Allmän — vad vi nu kalla — vårdslöshet med annans »egendom» och angelägenheter skulle bliva följden. Uppsåtligen eller av försumlighet skulle man underlåta att fullgöra avtal och andra »förbindelser». Ja, sådana skulle överhuvud icke existera. Ty *rättslig förbindelse* innebär väsentligen icke något annat, än att man blir tvungen betala en penningssumma, om man icke handlar på visst sätt. Må man icke förvånas över, att jag här indrager jämväl s. k. *förbindelser*. Man bör nämligen komma ihåg den föregående utredningen, som visat oss, att det i *princip* icke finns anledning att skilja mellan handlingssätt i och utom kontrakt. Man kan alltså, tills riktigheten därav jävas, beträffande den *allmänna* grunden för culpa-regeln resonera utan åtskillnad mellan kontrakt och utomkontraktliga förhållanden. Resultatet skulle sålunda bli, att man icke hade några omsättningsmedel och icke skulle våga låta folk komma

¹ Jag upprepar nu delvis uttalanden, som jag förut publicerat.

i beröring med ens egendom och ekonomiska angelägenheter. I stället för allmän omsättning skulle råda allmän stagnation. Förutsättningen för all produktion, för både samhälls- och privatekonomi vore borta. Vad vore exempelvis den s. k. äganderätten och dess betydelse såsom produktionsstimulerande faktor, om ens medmänniskor utan risk av menlig påföljd kunde umgås hur vårdslöst som helst med ens s. k. tillhörigheter. Denna »äganderätt» är ju intet annat än den trygghet, som följer av bl. a. skadeståndsrättens och vissa strafföreskrifters uppehållande. Småningom skulle emellertid även straffet med sin preventionsverkan mot brottet upphöra. Ty hur skulle fångelser kunna byggas, hur överhuvud hela straffförvaltningen kunna administreras, om avtalen vore utan betydelse och man kunde utan risk handla fullt godtyckligt. Det civiliserade samhället vore otänkbart. Av hunger och brist på de nödigaste livsbetingelserna skulle huvudparten av jordens civiliserade befolkning småningom försvinna. Återstoden skulle — för att nu fullfölja tankeexperimentet — slutligen irra omkring som barbarer och vildar.¹ Av det sagda måste kunna inses, att det är *nödvändigt* för samhällets icke blott utveckling utan rent av *bestånd*, att medborgarna eggas till att i allmänhet fullgöra kontrakt och vissa andra handlingar, att de förmås att icke åsidosätta ett visst mått av omsorg vid handhavandet av annans »egendom» och angelägenheter samt att de sporras till att i allmänhet iakttaga ett sådant handlingssätt, som i samlevnaden människor emellan framstår såsom för denna oeftergivligt.

En betingelse för allt detta är nu uppehållet av denna s. k. culpa-regel, enligt vilken man löper risken — om man icke iakttagger nyss antydda handlingssätt utan handlar,

¹ Se bl. a. Obligationsbegreppet II, s. 90.

såsom det heter, kulpost¹ — att få betala vad som kallas *skadestånd*, d. v. s. ett penningbelopp, dels utgående till den som genom det »kulposa» handlingssättet lidit förlust och dels beräknat efter denna förlust. Att betalningstvånget på detta sätt blir just till ett *skadestånds*-tvång, har givetvis *social* betydelse. Ty intresset ur samhällslivets synpunkt av de ifrågavarande handlingssättens motverkande är, närmare bestämt, just det intresset, att samhällsmedlemmarne i görligaste mån må kunna handla och vandla i *trygghet* gentemot skada genom medmänniskors bristande åt en viss grad av hänsyn till andra, av omsorg och försiktighet i sina handlingar. Till ett sådant intresse hör icke blott, att hotet om ett betalningstvång så mycket som möjligt avhåller folk från att genom oaktsamma handlingar anställa skador, utan även att detta betalningstvång blir till ett tvång att betala skadestånd: den skada ersättes, som uppstått genom ett handlingssätt av sådant slag, som det ur samhällelig synpunkt är ett intresse att förebygga. Det är av största vikt att göra fullt klart för sig, att culpa-regelns uppehållande sålunda faktiskt på följande *två olika vägar* bidrager till den för samhällslivet, särskilt för produktionen och omsättningen, nödiga allmänna trygghetskänslan:

1:o) Det allmänna medvetandet om tvång att betala ett visst efter skadan beräknat belopp såsom regelmässig reaktion på kulposa skadebringande handlingssätt är ägnat att motverka dylika och nedbringa dem till ett minimum.² Fak-

¹ När jag för egen räkning använder ordet »culpa», avser jag därmed intet annat än ett handlingssätt, varemot preveneras genom uppehållandet av den s. k. culpa-regeln. Se härom nedan, s. 112 ff.

² Här måste nu analogivis beaktas vad som sagts i Obligationsbegreppet I, s. 119 ff., om realiteterna i »obligationen». D. v. s. culpa-

tiskt bli på detta sätt skadegörelserna — sedda mot bakgrunden av ett sakernas tillstånd, vari en sådan motverkande faktor saknades — reducerade till rena undantagsfall. Det kan näppeligen betvivlas, att redan denna preventiva funktion skulle vara tillräcklig för utbildande av en så pass stark allmän trygghetskänsla i avseende å skadegörelser, att en samhällsekonomi, *tillnärmelsevis liknande* den existerande, skulle kunna föras.

2:o) Den sålunda alstrade trygghetskänslan erhåller emellertid nu förstärkning genom det allmänna medvetandet om, att *betalningen* formas till ett *skadestånd*, d. v. s. utgår såsom ersättning åt den skadade och icke fullgöres exempelvis, såsom böter, till statskassan. Medvetandet om denna betalningstvångets *ersättande* funktion åstadkommer för människorna en viss känsla av trygghet även med hänsyn till de undantagsfall, då skadegörelser inträffa i trots av den preventiva funktionen.

Må man nu emellertid med hänsyn till denna så att säga *dubbla* funktion hos skadeståndstvånget efter culpa-regeln märka två ting. Först är att beakta, att den ersättande funktionen principiellt i betydelse är underordnad preventiv funktionen. I jämförelse med det samhällseliga intresset att i görligaste mån *förebygga* själva skadegörelserna och hålla dem nere vid ett minimum, är det ur allmän synpunkt givetvis underordnat, hur det går i de *undantagsfall*, då skada skett. Dock är det likväl tydligt, att denna senare fråga även ur allmän synpunkt får ett tillskott i betydelse

regelns uppehållande är *nödvändigt* för den ifrågavarande effekten. Men till denna samverka därutöver ett komplex av faktorer: allmän lagrespekt, pliktkänslor att respektera andras egendom, moralinstinkter till aktsamhet o. dyl., allt faktorer som i sin tur förutsätta bl. a. lagarnes och särskilt vissa lagars uppehållande.

genom rådande falska rättfärdighetsföreställningar. Det allmänna rättsmedvetandet är ju mycket starkt engagerat för tron, att här försiggått en *rättskränkning*, som i rättfärdighetens namn ropar på satisfaktion. Såsom jag i annat sammanhang utvecklat¹, är det faktiskt ett samhälleligt intresse att till en viss grad respektera rådande rättskänslor, hur irrationellt grundade dessa än kunna vara. Märk, att jag sade, att preventivfunktionen *principiellt* var överordnad ur samhällelig synpunkt. I vissa situationer kan ersättningsfunktionen framstå såsom den väsentliga ur samhällets synpunkt. Men då beror detta på, att den preventiva synpunkten tillgodoses på andra vägar, i vilket avseende man har dels att märka min nyss gjorda hänvisning till Obligationsbegreppet I, s. 119 ff., och dels att särskilda instinkter (självbevarelsedriften oberoende av lagar) motverka handlingssättet. Jag erinrar om vissa situationer av skada genom automobiltrafik. Dock är det betänkligt att, såsom här skett, förbise den preventiva synpunkten.²

Detta var nu det ena, som här skulle beaktas. Det andra, som är särskilt viktigt för förståelsen av min kritik av den rådande skadeståndsrätten, utgöres därav, att ersättningsfunktionen icke har det allra ringaste att skaffa med några rättfärdighets- eller billighetssynpunkter, med något intresse att »av hänsyn till» den skadelidande — enär han »oförskyllt» gjort förlust genom annans »Verschulden» — befria honom från förlusten och »överflytta» denna på skadegöraren. Sådana synpunkter äro, såsom jag flerstädes i det föregående påvisat, endast av imaginär natur. Men det gäller ju att endast söka *realiserbara* synpunkter på grunden för skadeståndsrätten, närmast att se, i vilken mån

¹ Obligationsbegreppet II, s. 250 ff.

² Se därom Obligationsbegreppet II, s. 226 f., ävensom nedan.

culpa-regeln kan motiveras utifrån *sociala* realitetssynpunkter. Och i detta avseende kan det utan vidare såsom obestridligt konstateras, att största möjliga allmänna trygghetskänsla gentemot skadegörelser är av intresse för samhälleligt liv samt att den genom betalningstvångets preventiva verkan alstrade trygghetskänslan ökas genom det allmänna medvetandet, att, när i undantagsfall skadegörelse skett, betalningen i form av skadestånd dirigeras till den skadade. Därigenom blir det visserligen faktiskt så, att skadan överflyttas från den skadelidande till skadegöraren. Men det är ett ödesdigert misstag att därav förledas till den gängse tron, att det realiserbara syftet vore att göra sådan överflyttning. En sådan synpunkt blir det — såsom framgår av det sagda — helt enkelt logiskt omöjligt att anlägga, såvitt man söker grunden till skadeståndet i samhällsintresset. Orimligheten i detta sätt att betrakta skadeståndet ur det enskilda fallets synpunkt ställes i blixtbelysning, om man blott erinrar sig min förut framställda fråga: vad betyder det väl ur samhällets synpunkt, att skadan i dessa undantagsfall, då skada skett, överflyttas på skadegöraren i jämförelse med att i den oräkneliga mängden av fall ingen skada skett? Är man väl inne på denna frågeställning, då kan man icke undgå att förstå, att även reaktionens utformning till ett skadestånd — såvitt samhällets intresse skall ha betydelse — måste ha sin grund i betydelsen därav för den allmänna trygghetskänslan och därmed för samhällsekonomien. Saken kommer givetvis i fortsättningen att närmare beröras.

Det säger sig självt, att en skadeståndsmaxim grundad på nu angivna synpunkter måste innefatta ersättningens begränsning till *beräknelig* skada. Det gäller ju just att åstadkomma en press på folk till att handla med en viss om-

sorg och försiktighet med hänsyn till möjlighet av skada, det gäller sålunda just att egga människor till undvikande av den skada, som en med den eftersträvade graden av aktsamhet handlande person skulle ha *förutsett*, vilket just är det som gemenligen avses med »beräknelig» eller »förutsebar» skada. För att utgöra en sådan psykologisk drivfjäder på handlingssätten behöver skadeståndet givetvis icke omfatta mera än den i nu nämnd mening beräknliga skadan.¹

Doktrinen om culpa-begreppet en *petitio principii*.

Så visar det sig då, att det verkligen går att utan alla dessa *skolastiska* omsvep — rättstridig rättskränkning och skuld — och uteslutande med *realiserbara* grunder motivera den s. k. culpa-regeln. Den ovan, under hänvisning till skäl, uttalade förmodan, att de realiserbara grunderna för skadeståndstvånget vore att hämta från samhällslivets intressen har bekräftat sig, och — torde man nödgas medgiva — på ett sådant sätt, att all anledning saknas att undersöka, huruvida icke skadeståndstvånget ytterligare vore motiverat av utanför samhällsnyttan liggande synpunkter.² Genom de grunder, som nu framträtt, understrykes, synes det mig, mycket starkt ett väsentligt tanke-

¹ Hur den ersättbara skadan är att på ett rationellt sätt närmare bestämma (och om därvid hänsyn lämpligen bör tagas till den *grad*, i vilken skadegöraren avvikit från den såsom önskvärd ansedda aktsamheten) är ett särskilt kapitel, som jag i detta sammanhang avstår från att söka utreda. Min tanke är att upptaga frågan efter min kommande utredning om det strikta ansvaret.

² Jfr i sådant avseende ytterligare min utredning i Obligationsbegreppet II angående samhällsnyttan såsom princip för lagstiftning och lagtolkning bl. a. s. 192 ff. och s. 241 ff.

fel i jurisprudentens syn på denna culpa-regel. Därför att regeln har detta *innehåll*, skadeståndstvång under *förutsättning av culpa*, har man — därvid stödd av sina rättviseföreställningar — trots, att det *kulposa* såsom något hos personen klandervärt utgjorde en inre *rättfärdighetsgrund* till skadeståndstvånget. I stället för att i det kulposa blott se ett faktiskt förhållande har man däri inlagt en moralisk värdering och i denna värdering funnit en »rättsgrund» till skadeståndstvånget. Man har förbisett, att därmed en *petitio principii* föreligger. Ty vari skall väl enligt vanlig doktrin det *klandervärda* bestå, som gjorde skadeståndstvånget *rättvist*? Jo, däri att man underlåtit iakttaga normal aktsamhet. Men låtom oss nu ånyo göra tankeexperimentet, att det icke uppehöles någon culpa-regel! Vid ett sådant sakernas tillstånd skulle det *allmänneligen* handlas — lindrigt talat — på ett vad vi nu kalla vårdslöst sätt. Det som vi nu kalla culpa, vore ju då *normalt*, och vore således icke culpa. Man finner därav, att det culpa-begrepp, som användes, *förutsätter* den s. k. culpa-regelns uppehållande. Därmed är det ju rent oförnuftigt att söka *rättfärdiga* skadeståndstvånget med personens culpa.

Av det anförda framgår, att såvitt jag i det föregående för egen räkning talat om en culpa-regel, har det icke varit fråga om culpa i hävdvunnen mening, innefattande en moralisk värdering av ett handlingssätt. Väl må man använda *ordet* culpa, men då blott som en beteckning för detta, att en person i en viss situation icke handlat på det sätt, som människorna i allmänhet just genom medvetandet om ett regelmässigt skadeståndstvång eggas att i dylika situationer handla. Det gäller alltså, när man bibehåller ordet culpa, att göra fullt klart för sig, att vad som därmed avses är något *sekundärt* i förhållande till skadeståndsrätten såsom

det primära och att det sålunda är logiskt uteslutet att motivera skadeståndsrätten (eller någon del av densamma) därmed, att skadeståndstvånget vore rättvist på grund av skadegörarens kulposa handlingssätt.

Av det nyss sagda inses även, att culpa här såsom uttryck för något förnuftigt kan ha den mest vidsträckta betydelse, i det att därmed kan avses vad som helst, som gör ett skadebringande handlingssätt sådant, att det drager skadeståndstvång med sig enligt culpa-regeln. Under culpa kan sålunda hänföras avsikt att skada, medvetenhet om skadans inträffande utan sådan avsikt eller, även om varken sådan avsikt eller medvetenhet finnes, vilken positiv eller s. k. negativ handling som helst, som faktiskt efter culpa-regeln kan medföra skadeståndstvång. Observeras bör, att den bristande kausaliteten vid negativ handling icke spelar den ringaste roll. Allt skäl saknas att fingera den negativa handlingens kausalitet för att motivera skadeståndstvånget. Fastän den negativa handlingen icke kunnat vara kausal till skadan, föreligger givetvis samma intresse att förebygga negativ handling som skadebringande positiv sådan, därest uteblivandet av den negativa handlingen — d. v. s. dess ersättande med positiv — skulle ha fört till skadans uteblivande.

Även i sådana rättssystem, i vilka »skuldgraden» spelar roll för storleken av skadeståndet, synes ingen anledning att *civilrättsligt* uppehålla den gamla mellan dolus och culpa distingverande terminologien, alldenstund det icke är endast gränsen mellan dolus och culpa — den senare såsom i hävdvunnen mening fallande utanför medveten skadegörelse — som därvid har betydelse, utan man jämväl fäster avseende vid olika grader av culpa i sådan mening. — De ovan berörda exemplen å fall under 826 § i B. G. B. för-

anleda uppmärksamheten därpå, att situationen kan tänkas vara sådan, att förnuftigtvis den regeln uppehålles, att skadeståndstvång *endast* föreligger, när man haft *avsikt* att skada (möjligen också, när man i allt fall varit medveten om att skadan skulle inträffa). En sådan regel kan mycket väl stå i överensstämmelse med de synpunkter, som jag nyss utvecklat till motivering av culpa-regeln. Det förhåller sig i största korthet på följande sätt.

Att man må kunna leva i görligaste mån trygg gentemot skadebringande handlingar från medmänniskors sida är uppenbarligen en allmänt insedd samhällelig angelägenhet. Detta innefattar emellertid icke, att det bör reageras med skadestånd i varje fall då en sådan handling skett. Skulle man kunna dömas till skadestånd, så snart det visades, att man genom ett annat handlingssätt än det iakttagna skulle ha kunnat förebygga skada för annan, då skulle en dylik ordning givetvis medföra en höggradig allmän otrygghetskänsla, som skulle verka som ett omsättningshämmande band på människornas rörelsefrihet. En sådan invändning är emellertid självfallet utesluten beträffande sådana fall, i vilka skadan *avsiktligt* tillfogats. Skadeståndstvång såsom reaktion på *avsiktliga* skadegörelser (givetvis såvitt intet allmänt intresse, såsom t. ex vid exekution, motiverat skadans tillfogande) måste därför vara en samhällelig angelägenhet, som ingen reflekterande människa drager i tvivelsmål. Ställer det sig icke nu på samma sätt ifråga om s. k. blott kulposa handlingar? Nej, icke alldeles. De under det nyssnämnda tyska stadgandet fallande exemplen visa oss detta. Att i dylika fall uppehålla en regel om skadeståndstvång, utan att *avsikt* att skada förelegat, kan i viss grad leda till förfång för den rörelsefrihet, som det just är angeläget att stimulera. Medvetandet om risken av skadeståndstvång i

andra fall än de avsiktliga kan i antydda fall vara ägnat att driva människorna till ett sådant aktgivande på sina handlingar och en sådan kontrollering av sin allmänna livsföring, som ur samhällelig synpunkt vore mindre önskvärd än den genom medvetandet om skadeståndstvånget i fallen ifråga uppkommande känslan av trygghet gentemot skador.

Bör man då icke också säga, att en liknande avvägning av konsekvenserna för det allmänna av det ena eller andra sättet att döma kan leda till olika resultat, allteftersom en högre eller lägre grad av blott försumlighet föreligger? Denna frågeställning är ohållbar, såvitt den avser annat än att, såsom i t. ex. den schweiziska rätten, *gradera* skadan alltefter »die Grösse des Verschuldens». Menar man åter att avvägningen kunde leda till exempelvis, att skadeståndstvång föreläge endast vid *culpa lata* och alls icke vid *culpa levis*, då tappar man bort det verkliga sammanhanget och använder culpa såsom ett uttryck för en ur förnuftig juridisk synpunkt intresselös värdering. Den *skadeståndsfria culpa levis* är nämligen icke culpa i någon ur juridisk synpunkt användbar mening av detta ord. Den som gjort skada genom sådan »kulpos» handling, som man icke ansett böra draga skadeståndstvång med sig, han har just *icke* åsidosatt den grad av aktsamhet, vartill människorna eggas genom culpa-regeln, d. v. s. han har icke åsidosatt s. k. normal aktsamhet. Helt naturligt kan detta icke vara beaktat i doktrinen. När det sålunda i tysk litteratur talas om, att fallen i 826 § B. G. B. medföra skadeståndsskyldighet blott i händelse av »Vorsatz» men icke av »Fahrlässigkeit», begagnar man sig av en rättsvetenskapligt olämplig terminologi. Ty i verkligheten förhåller det sig på ifrågasvarande område av skadeståndsrätten så — för att tala i en

paradox — att den som blott handlat »fahrlässig» iakttagit den ur lagens synpunkt nödiga aktsamheten och sålunda icke handlat »fahrlässig».

Kompletterande synpunkter.¹

1:o. Den bild jag här givit av min *positiva* syn på culpa-regeln är naturligtvis mycket ofullständig. Men jag har endast avsett att giva en framställning, varav måste kunna förstås, att den del av skadeståndsrätten, som här kallats culpa-regeln, *kan förklaras med sakliga synpunkter*, som undanskymts i rättsvetenskapen genom dennas metafysiska inställning. Så mycket torde också ha framgått av min framställning. Men huruvida just *jag* i högre eller lägre grad *lyckats* i mitt försök att angiva sakliga synpunkter i ämnet är i detta arbete av relativt underordnad betydelse. Vad betyder väl det till förringande av min rättsvetenskapliga kritik eller betydelsen av de metoder, som jag hävdar, huruvida *min* uppfattning av ett sakläge, huruvida *mina* värderingar av den eller den maximens betydelse för den allmänna omsättningen och dennas förutsättning, den allmänna tryggheten, huruvida *mina* slutledningar och resonsemang i övrigt varit hållbara eller icke? Även om jag i dessa avseenden begått misstag, så kan ju därav icke förnuftigtvis hämtas något stöd för att en vetenskaplig skadeståndslära måste byggas på bevisligen oförnuftiga begrepp och föreställningar.

2:o. För fullständighetens skull skall här en särskild anmärkning göras. Jag har i det föregående utgått från begreppet skada såsom varande något oberoende av skadeståndsrätten bestämbar. Och jag kommer även i fortsätt-

¹ Även dessa synpunkter har jag förut delvis publicerat.

ningen att på detta sätt begagna mig av uttrycket. Framställningen skulle eljest bli onödigt svårläst. Emellertid giver det utvecklade, såsom den uppmärksamme läsaren förvisso observerat, vid handen, att skadebegreppet i juridiken *förutsätter* skadeståndsrättens uppehållande. Detta torde — för att nu gå utanför culpa-regeln — särskilt tydligt framgå av min framställning av ersättningen vid expropriation.¹ Om den exproprierades rättsliga ställning till fastigheten vore sådan, att denna i och med konstaterade expropriationsförutsättningar utan ersättning vore att övertaga av exproprianten, så betydde ju detta, att fastigheten icke mera tillhör den exproprierades än vilken annans som helst »förmögenhet». Användes detta ord, så kan under det gjorda antagandet sägas, att fastigheten aldrig någonsin på annat sätt ingått i den exproprierades förmögenhet, än att han i och med expropriationsförutsättningarna komme att utan vidare stå till fastigheten i samma förhållande som vilken *tredjeman* som helst. Utginge icke ersättning till den exproprierade, så kunde man faktiskt lika litet tala om den förlust han lider, som man kunde tala exempelvis om tjuvens eller annan »obehörig» innehavares förlust genom godsets utlämnande till »rätte ägaren». Vad som kan vid första påseendet komma detta att verka egendomligt är just den inrotade föreställningen om tillvaron av en äganderätt, d. v. s. om äganderätten såsom verkligen varande något annat än en vilseledande benämning för vissa konsekvenser av rättsmekanismen. Kan man fullständigt frigöra sig från sådana föreställningar, inklusive tron på avtalets obligationsgrundande effekt eller överhuvud existensen av obligationer, och i stället fasthålla vid de hithörande realiteterna, så skall man inse, att det förhåller sig på lik-

¹ Se Obligationsbegreppet I, s. 109 ff.

nande sätt som vid expropriationen även i en mängd andra fall, t. ex. när köparen lidit »förlust» genom att ett leveranskontrakt icke fullgjorts. Beror åter »förlusten» på *skada å sak*, synes det kanske vid första påseendet ställa sig så, som om skadan hade självständig betydelse gentemot skadeståndsrätten. Förlustbegreppet tycks nämligen nu få konsistens redan genom uppehållandet av annat än ersättningsregler, nämligen regler om straff, vindikation m. m. Genom även blott sådana reglers uppehållande synes en person komma i den position till en sak, att dennas skadande eller försämring innefattade en motsvarande minskning i betydelsen för personen av hans position till saken. Detta är emellertid endast en synvilla, vilket i själva verket följer av vad jag redan utvecklat angående den sociala betydelsen av culpa-regeln. Utan *dennas* uppehållande — eller något därmed jämförligt — vore nämligen intet samhällsliv möjligt. Vad särskilt den s. k. äganderätten angår, är det ju tydligt, att det en persons förhållande till saken, som så benämnas, väsentligen får sin betydelse icke blott genom straffrättens och vindikationsrättens utan även just genom skadeståndsrättens, särskilt culpa-regelns, uppehållande. Att resonnera med utgångspunkt i en »äganderätt», som icke innefattade annat än att »egendomen» praktiskt taget icke utsattes för kriminella handlingar ävensom att den i fall av behov kunde vindiceras, men å andra sidan utan risk av skadeståndstväng kunde skadas av vem som helst¹, torde blott få betraktas såsom ett tankeexperiment, särskilt om man tager i betraktande culpa-regelns betydelse för hela samhällslivet. På liknande sätt ställer sig argumentationen i andra fall. Och det torde på dylika grunder kunna påstås, att hela skadebegreppet såsom basis för skadeståndsrätten

¹ Låt vara endast icke-dolöst.

innefattar en *petitio principii*. Skulle man icke finna de nyss antydda synpunkterna beträffande sakskada övertygande, så måste man väl dock medgiva, att bortfallandet jämväl av straff för stöld, försnillning, uppsåtlig skadegörelse m. m. gjorde begreppet skada i juridiskt användbar mening otänkbart. Därmed står det under alla omständigheter fast, att skadebegreppet i jurisprudensens mening är en fiktion.

Det nu sagda är alldeles icke att fatta såsom försök till utredning av ämnet utan, såsom nämndes, endast såsom en för fullständighetens skull i saken gjord anmärkning. Denna anmärkning giver dock vid handen — något som för övrigt har måst framgå både av mina föregående utredningar om rättighets- och obligationsbegreppen och av mina här utförda synpunkter på culpa-regeln — att »skada» inom juridiken är ett ord, som i logiskt korrekt mening blott kan användas såsom beteckning för det, efter vilket beloppet i betalningstvånget bestämmes.

3:o. Av min framställning framgår, att skadeståndstvånget efter culpa-regeln har framför allt preventiv funktion. I anledning därav bli tre anmärkningar till undvikande av missförstånd nödvändiga.

a. Någon skulle möjligen vilja göra den invändningen mot min teori om preventionen såsom den väsentliga grunden för skadeståndstvånget, att densamma måste leda till, att *beräknelig* skada borde tagas i betraktande, vare sig den verkligen inträtt eller icke, så att mot den — om jag så får uttrycka mig — kulposa handlingen såsom sådan, d. v. s. också om skada icke uppstått, rättsligen reagerades med ett visst betalningstvång, som nu finge utövas till förmån för det allmänna. Emellertid är häremot att säga följande. En sådan reaktion skulle först och främst vara ganska överflödig. Regeln, att *inträffad* beräknelig

skada medför skadeståndstvång, utövar ju tillnärmelsevis samma psykologiska tryck på de handlande som en regel om »skadestånd» för beräknelig skada oberoende av om sådan inträffat, eftersom man ju vid *beräknelig* skada i *handlingsögonblicket* räknar med densammans inträffande, icke mindre om skadan sedermera visar sig utebli, än om den inträffar. Och för den allmänna trygghetskänslan, fattad såsom känsla av trygghet i medvetandet om att den *skadade* har utsikt till ersättning, skulle betalningstvång på grund av den blotta culpa, oavsett skadlig effekt¹, naturligtvis vara alldeles betydelselöst. Men också om preventionen skulle anses bli något effektivare, därest culpa såsom sådan ledde till betalningstvång, måste man dock komma ihåg, att betalningstvånget *i och för sig* alltid är något ur det allmännas synpunkt icke önskvärt. Särskilda grunder måste kunna åberopas, för att det skall anses stå i överensstämmelse med samhällets intresse. Och att det ej kan vara av hänsyn till den allmänna tryggheten och omsättningen nödvändigt eller ens i någon avsevärdare mån nyttigt med detta utvidgade betalningstvång framgår av vad som redan sagts. I sådant avseende tillkomma ytterligare två ting. Den syn på saken, som sedan urminnes tider varit rådande, har åstadkommit en så fast utbildad rättsövertygelse om civil »ansvarsfrihet», när skada ej skett, att ett brytande i och för sig mot denna rättsövertygelse vore något ur det allmännas synpunkt mindre nyttigt. Men vidare har denna sålunda utbildade rättsövertygelse utöver det förut sagda ett praktiskt underlag av största betydelse. »Ansvar» för culpa, oavsett inträffad skada, förutsätter till

¹ Med »culpa» skulle då avses en handling, vari åsidosatts den akt-samhetsgrad, som culpa-regeln syftar till att uppamma. Detta endast nämnt till undvikande av missförstånd i anledning av det å s. 113 sagda.

förekommande av godtycklighet en synnerligen svåråtkomlig utredning med hänsyn till såväl tillvaro av culpa som storleken av den beräkneliga, men icke inträffade skadan. Trots ett särdeles betungande arbete i dylikt avseende för både parter och domstol skulle f. ö. grundvalen för en dom icke kunna erhålla nödig tillförlitlighet. Dylika vanskligheter i förening med de särskilda möjligheter, som rättsregeln ifråga erbjöde, till trakasserier för den enskilde genom chikanösa ingrepp i hans enskilda liv skulle leda till en viss allmän osäkerhet. Det är sålunda tydligt, att en rättsregel om rättsreaktion på den blotta culpa svårigen kunde förenas med anläggandet av samhällsnyttan som grund för skadeståndsrätten.¹

b. Jag övergår nu till anmärkningen n:r 2. Skadeståndstvång utdömes ju allmänneligen också vid sidan av de allra strängaste straff. I dylik händelse, ävensom överhuvud då straffet ensamt är ägnat att på fullt tillfredsställande sätt motverka skadebringande handlingssätt, kan man dock icke lämpligen tala om culpa-regelns prevenerande funktion. Möjligheterna i avseende å sådan synas ju vara fullkomligt uttömda redan genom straffet. Alldeles riktigt! I dylik händelse *har* culpa-regeln ur social synpunkt icke någon prevenerande funktion² utan blott den av mig såsom sekundär betraktade, den ersättande funktionen. Detta förhållande säger emellertid slätt intet såsom argument emot att culpa-regeln *i allmänhet* hade dels, primärt, en prevenerande och dels, sekundärt, en

¹ Jfr dock nedan s. 124 n. 1.

² Det är dock naturligtvis icke *uteslutet*, att någon på grund av *individuella* omständigheter avhölles från en ifrågavarande brottslig skadegörelse genom skadeståndshotet, vare sig ensamt eller i förening med straffhotet.

ersättande funktion. Såvitt den prevenerande funktionen helt övertages av straffet, kvarstår för skadeståndstvånget endast den ersättande funktionen. Det är hela saken. Men, invändes det kanske, därav att ett betalningstvång är motiverat såsom fullgörande såväl prevenerande som ersättande funktion, behöver icke följa att det är motiverat, också när det endast verkar ersättande men icke prevenerande. Detta är riktigt men odugligt som invändning emot min uppfattning angående realiserbara synpunkter på culpa-regeln. I fallen ifråga kan det ju näppeligen vara fråga om ett utdömande av endast skadestånd. Rättegångsapparatusens fungerande i dessa fall är alltså nödvändigt redan med hänsyn till avgörandet av strafffrågan. Under sådana omständigheter kan ju ingen anledning utletas till att icke också döma ut skadestånd, då ju detta även här dock *har* en förnuftig funktion. Emellertid föres man härmed in på ett spörsmål av alltför stor räckvidd, för att det skall kunna bli föremål för utredning i detta arbete: spörsmålet om förhållandet mellan straff och skadestånd. Följande reflexioner må dock i ämnet meddelas.

Först bör beaktas, att man icke kan räkna med, att en efter realitetstroga synpunkter utförd boskillnad föreligger mellan straffrätten och skadeståndsrätten. Hur starkt det praktiska livets tryck än gör sig gällande på lagstiftningen i ett land, så är det ju likväl uppenbart, att de allmänt utbredda falska rättsföreställningarna också göra sig gällande. Erinrar man sig ytterligare, att den utomkontraktliga skadeståndsläran mångenstädes i lagstiftningarna tills för knappt ett sekel sedan i avsevärd utsträckning behandlats såsom en del av straffrätten, så är det icke rätt gärna tänkbart, att de olika ländernas rättssystem kunna förete

rationellt genomförda avgränsningar mellan straffrätten och skadeståndsrätten.

Emellertid verkar nu straffet prevenerande på ett helt annat sätt än skadeståndet. Straffets främsta betydelse ligger däri, att det emot brottet, den straffbelagda handlingen, alstrar en allmän oreflekterad moralinstinkt, väsentligen åstadkommen på ett medelbart sätt, genom det socialt-psykiska trycket från den inför brottsfrestelsen stående personens omgivning. Men detta kan endast åstadkommas, genom att straffet har den utpräglade karaktären av ett *personligt* lidande, vilket i det allmänna medvetandet framträder såsom varande med naturlags nödvändighet förbundet med brottet.¹ Nu är emellertid enligt den rådande värderingen i nutida av humanitet besjälade samhällen allt personligt lidande såsom sådant något, som bör motverkas. Ett personligt lidande av straffets art kan därför icke principiellt få tillfogas någon genom det allmännas åtgörande, om det icke för samhällets skull anses nödvändigt. Därav straffets stränga begränsning till vissa bestämda skadliga handlingar. — *Skadeståndet verkar prevenerande med helt andra medel* än straffet. Vid skadeståndet är det framför allt insikten om den menliga ekonomiska påföljden, som omedelbart verkar och återhåller en person från skadebringande handlingssätt. Naturligtvis har genom skadeståndsrättens uppehållande och genom den allmänna respekten för lagar — i vilket avseende straffrättens uppehållande icke minst haft betydelse — också beträffande icke-kriminell skadegörelse uppstått vissa allmänna moraliska föreställningar, att man icke *bör* handla så, att andra få skada därav. Men det tillbakahållande moment, som sådana plikt-

¹ Jfr min »Principinledning», s. 24 ff., och »Till frågan om rätten och samhället», s. 114.

känslor kunna innefatta, är i betydelse icke jämförligt med den allmänna moraliska reaktion, som framträder mot också de ringaste kriminella handlingar. Icke anses det väl i ordets stränga mening ohederligt t. ex. att genom vårdslöshet skada annans egendom eller ens t. ex. att bryta ett kontrakt. Men tag vilken i egentlig mening kriminell handling som helst, straffet må vara aldrig så obetydligt! En person, som är mån om sitt medborgerliga anseende, aktar sig att komma i också den obetydligaste konflikt med allmänna *strafflagen*.

Här måste emellertid till undvikande av missförstånd en invändning pareras: vissa kriminella handlingar äro ju endast belagda med böter, och böter kunna väl ej vara större lidande än skadestånd! Förvisso icke, i den mån bötesstraff finnes å handlingar, som i den allmänna uppfattningen icke framstå såsom *moraliskt* förkastliga.¹ Men där böterna prevenera mot förseelser, som verkligen i den allmänna uppfattningen moraliskt ogillas, där verka de icke endast såsom en penningförlust utan genom sin karaktär att *moraliskt* stämpla handlingssättet. De verka genom sin tillhö-

¹ Här bör kanske för fullständighetens skull observeras, att det naturligtvis finns handlingar, som man förnuftigtvis kan motverka medelst rättslig reaktion, ehuru de å ena sidan icke medföra omedelbar skada för någon, och å andra sidan i det allmänna föreställningssättet icke kunna i moraliskt hänseende få annan karaktär än av civil vårdslöshet. Eftersom nu ingen skada föreligger, blir skadeståndstvånget oanvändbart och måste bötesstraffet tillgripas. Vad som åsyftas är åsidosättandet av vissa förvaltningsrättsliga föreskrifter av underordnad betydelse enligt den allmänna meningen. Det säger sig självt, att mot betalningstvång såsom påföljd på ifrågavarande handlingar icke resa sig några invändningar av det slag, som nyss (ovan s. 120 f.) framhållits gentemot tanken på »skadestånd» såsom reaktion på kulpost handlingssätt såsom sådant, d. v. s. även om skada icke inträtt.

righet till kriminalprocessen såsom en symbol för det egentliga strafflidandet.

Man torde efter det sagda kunna säga, att straffet och skadeståndet komplettera varandra på följande sätt. Dels verkar skadeståndet på hela det område, där straffet ej kommer ifråga. Dels har skadeståndet, när det förekommer vid sidan av straffet, betydelse i två avseenden. Först och främst i samtliga fall, d. v. s. också vid sidan av de strängaste straffen: det ökar den allmänna känslan av trygghet gentemot skadebringande handlingar, i det att det alstrar medvetandet om att, när — trots all prevention — skada likväl skett, ersättningstvång till förmån för den skadelidande inträder. Men vidare. Också om straffet stundom — framförallt vid de grövsta brotten — helt undantränger skadeståndets rent prevenerande betydelse, är det likväl tydligt, att skadeståndet i mängden av fall skall *tillsammans med* straffet fullgöra en rent prevenerande funktion, ibland lika stark som, ibland mindre stark än och ibland starkare än straffets. Ja, det kan naturligtvis också tänkas, att skadeståndet på grund av sin storlek så gott som ensamt verkar prevenerande trots straffet. Detta kan vara fallet — i den mån straffhotet icke verkar avskräckande — vare sig straffet är sådant, att det icke kunnat gripa fatt i den allmänna moralen och rycka denna med sig, eller fråga är om personer, hos vilka ett eljest moralbildande straff icke kunnat alstra någon moralinstinkt mot brottet.

c. Återstår nu den sista av de tre anmärkningarna med hänsyn till min teori om preventionen såsom den väsentliga funktionen hos skadeståndstvånget. Den föranledes av det numera allt oftare använda institutet »ansvarighetsförsäkring». På ett betydande område av skadeståndsrätten,

nämligen skada genom trafik med motorfordon, har man i Sverige liksom i flera andra länder t. o. m. infört *tvungen* »ansvarighetsförsäkring». Hur kan detta gå ihop med skadeståndstvångets prevenerande funktion? Det går alldeles icke ihop därmed! Hela institutet, såsom det utformats, är ett exempel på, hur de falska rättsföreställningarna göra sig gällande även i lagstiftningen, oaktat livets eget tryck här ofta är alltför starkt för att lämna dem fritt spelrum. En god sak är visserligen, att den allmänna trygghetskänslan gentemot ekonomiska skador förstärkes genom ansvarighetsförsäkringen, i det att det betydande otrygghetsmoment, som ligger i den »ansvariges» insolvens, undanrödjes. Men det gäller givetvis att söka åstadkomma detta, *utan* att folk kunna befria sig från det med hänsyn till den allmänna trygghetskänslan i ännu högre grad erforderliga kontrollerande trycket på handlingssätten, som ligger i rättsreaktionen på skadebringande handlingssätt.

Emellertid har nu institutet ansvarighetsförsäkring stundom åberopats såsom bevis för ohållbarheten i min syn på skadeståndstvångets sociala funktion. Se blott, säger man, hur nyttigt institutet är, fastän skadeståndet genom detsamma uppenbarligen måste förlora prevenerande funktion. Genom ansvarighetsförsäkring få de skadade ut ersättning oberoende av den »ansvariges» solvens, och några olägenheter av institutet kunna alldeles icke spåras. Härom är emellertid att säga följande.

I allmänhet innefattar icke försäkringsavtalet befrielse från *all* »ansvarighet», nämligen icke för skada genom grov försumlighet. En viss press, genom skadeståndshot, till aktsamhet i handlandet kvarstår sålunda trots ansvarighetsförsäkringen. Bortsett därifrån är det emellertid tydligt, att bortfallandet av ersättningstvånget på ett visst begrän-

sat handlingsområde icke omedelbart kan leda till en märkbar allmän förslappning i aktsamheten på detta område. Dels verkar alltså en tid framåt den inställning, vartill den förutvarande ersättningspressen bidragit. Dels verka också skadeståndsrätten i övrigt, straffrätten och rättsmekanismen i det hela på sinnen till allmän social inställning, vartill då också hör att taga sig till vara för att tillfoga annan skada. Men gör det antagandet, att man utefter hela linjen faktiskt vore försäkrad mot all ersättningsrisk! Då skulle småningom en sådan försäkringsrörelse av sig själv upphöra, när den vore omöjlig att finansiera på grund av skadegörelsernas utbredning. När nu ansvarighetsförsäkring i hittills förekommande skala icke lett till några *socialt påtagliga* olägenheter, så giver detta ingalunda någon anledning till underskattning av den sociala betydelsen av skadeståndstvängets prevenerande funktion utan endast till reflexionen, att den irrationella anordning, som institutet ifråga innefattar, tillsvidare har en så begränsad omfattning, att dess olägenheter icke allmänt försports.

Vad särskilt angår försäkring mot »ansvarighet» för skada genom trafik med motorfordon, motverkas framträdandet av sociala betänkligheter mot denna försäkring — utöver det redan sagda — därav, att här finnas prevenerande motiv oberoende av skadeståndstväng *dels* i skärpta straffbestämmelser mot vårdslös körning med motorfordon och domstolarnes tendens att så effektivt som möjligt tillämpa dessa, och *dels* i faran till liv eller lem för fordonets förare. Dock verka sådana motiv ingalunda ens här efter hela linjen. Och de kunna naturligtvis alls icke åberopas såsom *principiellt* argument för den allmänna »ansvarighetsförsäkringen».¹

¹ Se även Obligationsbegreppet II, s. 227, särskilt n. 3.

Med det sagda har jag icke velat bestrida, att skadeståndets sekundära funktion kan ha större social betydelse på vissa områden än på andra. Icke heller har jag velat bestrida, att vid vissa handlingar den »beräkneliga» och sålunda ersättbara skadan kan taga sådana proportioner, att det skulle kunna motverka företagarverksamheten, om icke den handlande hade rättslig möjlighet att genom försäkring i viss grad gardera sig mot förlust på grund av tvånget att betala skadestånd. En klok lagstiftare har givetvis att beakta sådana ting men på ett sådant sätt, att vad samhället därigenom skulle vinna icke uppväges av vad det skulle förlora genom eftergift ifråga om skadeståndstvängets prevenerande funktion.

Culpa-regeln i nordisk rättsdoktrin.

Sverige.

Allmänt om den svenska doktrinen.

Att culpa-regeln, inneslutande gärningsmannens skuld och handlingens rättstridighet, hos oss betraktas såsom den »egentliga» skadeståndsprincipen kan icke bestridas.¹ Det är lika otvivelaktigt, att man finner culpa-regeln ha sin grund däri, att skadeståndet i dessa fall är *rättvist*. Någon större affär därav göres icke, men blott av den anledning, att saken befinnes självklar. T. o. m. hos *Winroth*, som ju i allmänhet icke var hågad att undersöka grunderna för rättsreglerna annorlunda än genom beaktande av deras utveckling genom tradition, lagar och rättspraxis, framträder rättviseaxiomet mellan raderna. I sådant avseende kan man icke misstaga sig på ett uttalande som detta:

»Själva ryggraden i den moderna skadeståndsläran bildar alltjämt *actio legis aquiliæ* och därmed ock dess grundsats: utan vållande icke skadeståndsansvar. Avvikelser ha sin grund i *särskilda* billighetsskäl» (kurs. här).²

¹ Se t. ex. *Winroth*, Om skadestånd 1907, s. 82, och *Björling*, Lärobok, 6 uppl., 1930, s. 173 ff.

² *Winroth*, a. a. s. 21. Märk vidare hans uttalande a. a. s. 104, att vållande vore en i den skadegörande handlingen ådagalagd *fel-*

Björlings ståndpunkt är måhända än mera påfallande i förevarande avseende.¹

Liksom i utlandet bestämmes också hos oss skulden såsom ett avvikande från normalmänniskans handlings-sätt, utan att någon uppmärksamhet skänkes åt den flagranta motsägelse, som en sådan ståndpunkt innebär gentemot skuldiden.² I den tyska doktrinen sågo vi, att principen var denna: utan rättstridighet ingen skuld; låt vara att 826 § B. G. B. hos vissa författare syntes leda till rubbning i principen. Och granskar man de svenskrättsliga framställningarne närmare, så visar sig den nämnda principen dominera också hos oss.³ Emellertid synes här en anmärkning kunna vara motiverad, för övrigt icke blott avseende den svenska litteraturen. Man kunde fråga sig, varför man med utgångspunkt i den nämnda principen, är så angelägen att vid sidan av skuldmomentet särskilt betona också rättstridigheten vid angivandet av rekvisitet för culpa-regelns tillämpning. Culpa-förutsättningen skall ju *involvera* handlingens objektiva rättstridighet! Detta märker man emellertid icke alltid i auktorernas behandling av saken. Läste man t. ex. *Winroths* utredning av vållande-momentet ensam för sig, skulle man icke kunna förstå, att meningens

aktig viljebestämning. Se även a. a. t. ex. s. 99 ff., särskilt erinringen därom, att omständigheterna kunna »räknas den handlande till ursäkt». Beaktas må också den sak, som *Winroth* gör av kausalitetskravet, såsom något självfallet, a. a. s. 92 ff., och det så mycket hellre, som kausaliteten vid culpa-regelns tillämpning ofta är rent fiktiv, varom nedan.

¹ Se härom min uppsats »Fiktion eller sanning i juridiken?» i Sv. J. T. 1924, s. 244.

² Se t. ex. *Björling*, Lärobok, 6 uppl., s. 176 f.

³ Se utom framställningarne hos auktorer sådana som *Winroth* och *Björling* även t. ex. *Schrevelius*, Lärobok II, 2 uppl. s. 393 ff.

vore att nödvändigt sätta vållandet i relation till något, som vore rättstridigt. Då nu »vållande» mycket ofta (märk s. k. omedveten culpa) är sådant, att det är meningslöst att anse handlingen, såsom det heter, »täckt av det subjektiva rekvisitet» och sålunda även att anse en förment rättstridig handling täckt därav, så är det tydligt, att man vid närmare reflexion med »vållande» icke kunde avse någon »rättslig» utan just blott moralisk skuld. Det är ju också givet, att skulden såsom innefattande något klandervärt, varigenom personen skall ha gjort sig förtjänt av skadeståndsreaktionen, måste ligga på det moraliska planet. På detta sätt borde objektiv rättstridighet och skuld bli *skilda* moment. Annorlunda när man betecknar skulden såsom innefattande ett »subjektivt rättstridigt» handlingssätt.¹ Då *förutsätter* skuldens förhandenvaro, att handlingen objektivt varit rättstridig, och man förstår icke varför rättstridigheten särskilt upptages i rekvisitet vid sidan av skulden.²

Emellertid måste nu beaktas, att två betydande svenska rättsvetenskapsmän, åtminstone *formellt*, icke velat giva culpa-regeln den dominerande plats, som den eljest intager

¹ Se t. ex. *Weyl*, System der Verschuldensbegriffe, s. 267.

² Skulden såsom innefattande »subjektiv rättstridighet» anses väl ofta vara skuld i spec. *rättslig* mening, angående vars sofistiska karaktär hänvisas till det föregående. Vad nu detta begrepp »subjektiv rättstridighet» angår, så faller det på sin egen extraordinära orimlighet, vare sig det användes i straffrätten eller civilrätten. Både straff och skadestånd utdömas ju, även om personen icke haft någon aning om att han handlade mot ett rättsligt bud! Hur kan man i dylika fall — alldeles bortsett från meningslösheten i hela rättstridighetstanken — säga att han *subjektivt* handlat rättstridigt? Frågan är befogad, vare sig handlingen skett medvetet eller av s. k. försumlighet. Men i senare fallet kan motsägelsen framträda på ett särskilt bryskt sätt, t. ex. om skadeeffekten inträtt därigenom, att man *glömt* att göra något.

i den svenska doktrinen. Jag syftar på *Nordling* och *Sjögren*. Båda söka fastställa ett gemensamt underlag för skadeståndstvång vare sig fråga är om kulpost handlingssätt eller icke. Vad därvid *Nordling* angår, så kan han icke

»antaga annan grund för rätten till skadeersättning än för andra rättigheter, eller den berättigades intresse, vilket vid övervägande av de faktiska omständigheter, som åtfölja detta intresse, framstår såsom relativt förnuftigare än dens intresse på frihet från ansvar för skada, å vilken ersättningskyldigheten vilar, varför vi ock räkna dessa faktiska omständigheter såsom endast stöd för ersättningsrätten och således lika med andra rättsfakta.»¹

Detta uttalande är i själva verket, genom att *Nordling* åberopar sig på sin uppfattning av rättighetsbegreppet, vederlagt i mina föregående »Föreläsningar».² Här skall blott särskilt understrykas, att *Nordling*, när han på detta sätt söker samordna culpa-regeln med det strikta ansvaret, ingalunda avser att taga något avstånd från *rättfärdigheten* såsom det för skadeståndstvånget grundläggande. De »förnuftiga» synpunkter, efter vilka enligt *Nordling* skadeståndsrätten skall bestämmas, bestå nämligen icke i något annat än rättfärdighetssynpunkter. Naturligtvis bestrider icke *Nordling* culpa-regelns giltighet. Men vad är det då som här skall göra skadeståndsanspråket så förnuftigt? Jo, ingenting annat än att den handlande haft den *felaktighet* i viljan, att handlingen kan tillräknas honom såsom *skuld*. »Utan sådant inre förhållande hos den handlande», säger *Nordling*, a. a. s. 249,

¹ *Nordling*, Svensk civilrätt, Allm. D., 1891, s. 244.

² Se särskilt Obligationsbegreppet I, s. 72 ff. och s. 96 f.

»skulle vi, efter avskiljandet av vissa yttre förhållanden, vilka oberoende av fel i handling giva anledning till skadeståndsplikt, sakna giltig grund att med handlingen förbinda skyldigheten till gottgörelse av verkad skada. Till följd härav kan dylik skyldighet komma ifråga endast i händelse handlingen är rättstridig . . .»

De skadeståndsgrundande »yttre förhållanden», som här avskiljas, skola bilda det heterogena område, som går under benämningen »ansvar utan culpa». Uttalandet visar oförtydligt, att skulden hos *Nordling* såsom grund för skadeståndstvånget står lika högt i kurs som hos den vanliga jurisprudensen. Att han inrangerar skuldgrunden under en »större» synpunkt — förnuftigheten i den skadelidandes ersättningsintresse — ändrar därutinnan intet. Det är nämligen blott en ny konstruktion, som gjorts för att nå det eftersträfvade syftet av *gemensam* grund för allt skadestånd och som lider av den hela jurisprudensen utmärkande kortsyntheten att isolera »de enskilda fallen» med förbiseende av rättens väsentliga funktion i samhället.¹

Redan därav måste man kunna förstå, att enligt *Nordling* grunden för skadeståndstvånget utanför culpa-fallen likaledes måste vara bestämd av idel rättfärdighetssynpunkter. Också poängterar han, att skadeståndstvånget oberoende av culpa har sin grund däri, att skadan står i *orsakssammanhang* till fakta, som antingen bestämts av hos den skadeståndsskyldige självständigt verksamma krafter eller ock lämna ett resultat till hans förmån.² I förra fallet finna vi en tydlig återklang från den sannolikt älsta av alla rättfärdighetsföreställningar, nämligen vedergällningsidén. I

¹ Se Obligationsbegreppet I, s. 75 f. och s. 96 f.

² Se om allt detta *Nordling*, a. a. s. 244—249 och jfr s. 181 f.

senare fallet är det uppenbarligen fråga om en rättvisesynpunkt, analog med den som framträder i institutet obehörig vinst.

I anledning av det nyss gjorda citatet från *Nordling* önskar jag för fullständighetens skull påpeka, att konklusionen — avseende culpa-fallen — att handlingen måste vara rättstridig, icke ens utifrån *Nordlings* egna utgångspunkter kan vara fullt riktig. Ty även om handlingssättet endast skulle strida mot »sedelagen» men icke mot »rättslagen», måste man naturligtvis utifrån *Nordlings* allmänna åskådning tala om »fel i viljan hos den handlande, så att handlingen kan tillräknas honom såsom skuld». När *Nordling*, detta oaktat, drager konklusionen ifråga, så måste man fråga sig, med vilket kriterium han identifierar handlingen som rättstridig och icke *blott* moralstridig. Svaret kan förvisso icke bliva något annat (jfr *Nordling*, a. a. s. 2 ff.), än att handlingen varit stridande mot en tvångslag och sålunda mot rättslagen. Men detta kan man ju icke veta, förrän man vet, att handlingen är belagd med tvångspåföljd, som mycket ofta icke kan vara något annat än skadeståndstvang. Då emellertid skadeståndstvangen i förevarande fall just skall motiveras med skuld, rör man sig i cirkel, när man från skulden sluter till rättstridigheten.

Sjögrens teori.

Allmänt om dess metafysiska utgångspunkt.

Större intresse än *Nordling* på själva skadeståndsrättens område tilldrager sig emellertid *Sjögren*, därför nämligen att han gjort ett för nordiska förhållanden mycket ovanligt försök att här plöja på djupet med hjälp av sin tids rättsfilosofiska bildning. Emellertid är det givet, alldenstund

Sjögren själv såsom rättsfilosof endast skarpsinnigt utnyttjade den dåtida rättsfilosofien utan att i sådant avseende bryta nya vägar, att han ifrån början till slut måste vara intagen av uppfattningen, att skadeståndet liksom andra rättsföljder vore bestämt av rättfärdighetssynpunkter. Men *Sjögren* var icke nöjd med den gängse doktrinens ytliga och därigenom inkonsekventa sätt att behandla skadeståndsläran. Under *Fherings* i denna fråga nära nog dominerande inflytande ansåg man tämligen allmänt, att det icke fanns någon annan *verklig rättsgrund* till skadeståndsansvaret än en persons vållande, skuld till skadan. Fallen av strikt ansvar behandlas vanligen som *faktiska* undantag, vilka icke *principiellt* kunde försvaras. Detta förhållande kunde för en allvarlig teoretiker te sig olidligt med hänsyn till den ständigt ökade frekvensen av skador, uppkomna genom driften av järnvägar och andra »farliga» industriella inrättningar. Men å andra sidan kunde dilemmat icke rimligtvis avhjälpas genom att helt enkelt proklamera *skadans blotta orsakande* såsom rättsgrund för skadeståndsansvaret. Såsom orsak betraktades ju bl. a. var och en, som satt en betingning för skadan. Människor i legio kunde sålunda vara orsaker till en och samma skada. På vem skulle ansvaret läggas? En praktikabel avgränsning måste kunna göras. Det är bland försöken i denna riktning, som *Sjögrens* teori framträder. Därvid är hans strävan omisskännlig att för samtliga fall av skadeståndsansvar utfinna ett gemensamt underlag, så beskaffat att det utgjorde rättsgrund i mening av *rättslig orsak* till *skadeståndsskyldigheten*.

En av grundtankarne i *Sjögrens* åsikt är just att rättsföljden står i ett verkligt, låt vara icke fysiskt utan på särskilt sätt beskaffat, kausalitetsförhållande till rättsfaktum, ett kausalitetsförhållande, som skall vara normerat av den

objektiva rätten. Han tager bestämt avstånd från uppfattningen, att rättsfakta och rättsföljder skulle tillhöra skilda världar, en sinnlig och en andlig. Att den helt och hållet i sinnevärlden förlagda kausaliteten mellan rättsfaktum och rättsföljd förbisåges berodde därpå, att man betraktade rättsfakta såsom rena naturtilldragelser. Såsom sådana kunde de givetvis icke vara kausala till rättsföljder utan endast anknytningspunkter för dessa. Härmed kunde man dock icke låta sig nöja, utan »man måste fråga: varför anknyter rätten just *dessa* verkningar vid *dessa* punkter och icke vid punkter av helt och hållet motsatt naturbeskaffenhet?» Och i sådant avseende visade det sig, att rättsfakta förete icke blott en omedelbart uppfattbar *yttre* sida utan jämväl en *inre* sida, som ej kunde direkt varseblivas men vartill man kunde sluta sig genom iakttagande av den yttre sidan. Det vore nu framför allt den inre sidan av ett rättsfaktum, som hade *juridisk relevans*, d. v. s. vore *kausal till rättsföljden*. Och vad det mänskliga handlandet angår såsom rättsfaktum vore det »handlingens inre sida, själva viljebeskaffenheten», som utgjorde »det specifikt förpliktande, den egentliga rättsgrunden».¹ Detta är kortfattat bakgrunden, när *Sjögren* längre fram i arbetet direkt går in på skadeståndet, därvid hävdande att »det kausala moment som ingår i skadegörelsen, måste så bestämmas, att det kan . . . vara orsak (rättsgrund) till just den rättsföljd, som kallas skadeståndsskyldighet» (s. 178). I enlighet härmed poängteras, att frågeställningen icke rör sig därom, »vad kausalitet (sc. till skadan) är, utan vad den orsak är, vars kausalitet äger rättslig relevans (ådrager ansvar)» (s. 182). Och denna särskilda kausalitet till skadan — vilken

¹ *Sjögren*, Om rättstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet, 1894, s. 34—52 (jfr s. 109).

sedan skall bli en »av den objektiva rätten normerad» kausalitet till rättsföljden: ansvarigheten — skall vara »*den mänskliga viljans* kausalitet, d. v. s. kausaliteten hos människan såsom ägande den grad av medvetenhet, som förutsättes för det egentliga viljelivet» (s. 181). Emellertid kunde nu viljan ha betydelse för skadan icke blott såsom en *causa efficiens* (culpa-regelns fall) utan jämväl såsom *causa finalis* (den skadebringande verksamheten har utan att man dolöst eller kulpost orsakat skadan dock varit på särskilt sätt bestämd av personens vilja såsom verksamhetens princip, grund eller ändamål, s. 188). På dessa närmare utförda grunder anser sig *Sjögren* kunna

»bestämma den i skadegörelsen ingående kausaliteten såsom en verksamhet, vilken med hänsyn till sin *causa efficiens* eller *causa finalis* begränsas genom den persons vilja, som genom skadegörelsen framstår såsom damnifikant. Den verksamhet, som ingår såsom rättsgrund i trängre mening i skadegörelsen, är en sådan verksamhet, som har sin princip i damnifikantens vilja. Endast genom möjligheten att på något sätt hänföra skadans orsakande till damnifikantens vilja uppstår den känsla av förpliktelse — visserligen icke tvingande, men 'mystisk' — som är kriteriet på momentets rättsliga relevans, m. a. o. rättsmedvetandet reagerar såsom en fordran på skadegörelseansvar endast vid förhandenvaron av en dylik kausalitet.»¹

I detta sista uttalande syftar »kausalitet» på det *fysiska*² orsakssammanhanget mellan den viljebegränsade verksamheten och skadan. Den »*rättsliga*» kausaliteten mellan den på detta sätt kausalbestämda skadan och rättsföljden be-

¹ A. a. s. 188. — ² Att »*causa finalis*» dock icke är fysisk utan rättslig orsak säger *Sjögren* själv. Se nedan s. 169 f.

tecknas här, liksom i allmänhet under arbetets gång, av *Sjögren* såsom rättsgrund eller rättslig relevans. Men att tanken på den »rättsliga» kausaliteten icke uppgivits är otvivelaktigt.¹ Det är tydligt, när *Sjögren* sålunda vill förklara skadeståndet utefter hela linjen såsom något med hänsyn till den skadeståndsskyldiges viljebeskaffenhet till den grad naturligt, att han rent av finner skadeståndsskyldigheten stå i rättslig *kausalitet* till skadegörelsen, att han därvid endast använder mera »vetenskapliga» omskrivningar för uppfattningen, att skadeståndet måste ha sin grund i *rättvisans* krav. Att han verkligen har denna uppfattning framlyser ju också ofta mellan raderna. Ganska tydlig anspelning därpå göres i det nyss meddelade citatet, och ett annat uttalande, å s. 183, utvisar, att han finner sin motivering för principen om skadeståndsskyldighet vara tillfredsställande ur synpunkten att göra denna princip »tillgänglig för rättsmedvetandet». Märkas bör också, att »nödvändigheten av en verklig samstämmighet mellan rättsfakta och rättsföljder» (s. 191) för *Sjögren* är en viktig sak. Denna samstämmighet innefattar för honom, att rättsfaktum såsom sådant skall såsom rättsgrund i mening av rättslig orsak rättfärdiga rättsföljden. När *Sjögren* utifrån kravet på denna samstämmighet kommer till resultatet, att rättsföljden skadeståndsskyldighet icke ens i culpa-fallen tyder på *skuld* såsom ingående i rättsgrunden, så innebär detta därför ingalunda ett uppgivande av rättsmedvetandets krav på skadeståndsreaktionens rättvisa, utan endast att detta tillgodoses redan därigenom, att den inträffade skadan berott på beskaffenheten av den ansvariges vilja, på vilken beskaffenhet skulden i dessa fall visserligen vore ett symp-

¹ Se utom citat i det föregående bl. a. t. ex. s. 177 f., där jämförelse mellan de fysiska och rättsliga kausalförhållandena anställes.

tom, men också endast ett symptom. Detta sista är särdeles intressant. Varför får skulden blott vara symptom, d. v. s. icke det verkliga rättsfaktumet utan blott ett yttre kriterium på detta (s. 40)? Bl. a. därför, att idén om ett gemensamt fundament för all skadeståndsskyldighet endast kunde tänkas genomförd därigenom, att skulden såsom *rättsgrund* bortelimineras.¹ — För övrigt är det ju tydligt, att *Sjögren* delar den gängse uppfattningen, att skadeståndsskyldigheten motiverades av omständigheterna i det enskilda fallet såsom sådant. Att detta är ett fullkomligt överkligt sätt att betrakta rättslivet på, har jag förut i mina »Föreläsningar» ofta påvisat.² Man stirrar på de relativt sällsynta fall, då skada inträffat, men glömmer bort den oräkneliga mängden av fall, då skada kunnat ske men icke skett, och detta senare endast av den anledning, att en rättsordning, inklusive skadeståndsrätten, upphålles. — Märkas bör även att skadeståndet för *Sjögren* ytterst blir en reaktion mot personen på grund av hans viljas beskaffenhet. Skadan skall på ett eller annat sätt vara att hänföra på den »ansvariges» vilja, sålunda på ett eller annat sätt kunna tillräknas honom. Därmed föreligger, trots alla omskrivningar, vädergällningsidén ganska utpräglad.

F. ö. är ju tankegången lika ohållbar, vare sig vedergällningstanken anses ligga i bakgrunden eller icke. Jag är emellertid angelägen att påpeka, att vedergällningstanken ligger i bakgrunden, därför att detta är det enda som — utifrån de härskande föreställningarna — kan förklara sådana konstruktioner, som *Sjögren* bedrivit. Det rättsliga, d. v. s. det där inre momentet i skadegörelsen — närmare bestämt orsakssammanhanget mellan detta inre moment och

¹ Jfr nedan s. 162 f.

² Se t. ex. Obligationsbegreppet I, s. 94 ff.

skadan — skall ju vara en av den objektiva rätten bestämd *orsak* till skadeståndsskyldigheten såsom följd! Både skadeståndsskyldigheten i sig själv och detta senare orsakssammanhang ligger helt utanför erfarenhetens värld. Det senare synes *Sjögren* själv ha haft någon känsla av. Eljest skulle han icke ha varit så angelägen att betona, att det är fråga om en i sinnevärlden befintlig kausalitet. För att nu emellertid detta icke skall falla på sin orimlighet karakteriseras denna kausalitet såsom något till sin beskaffenhet inåtvänt och därför undandraget vår varseblivning. Att *effekten* i det ifrågavarande orsakssammanhanget, skadeståndsskyldigheten, vore något reellt i sinnevärlden har *Sjögren* utan vidare utgått ifrån.

Rättslig kausalitet.

Härmed skulle jag kunna lämna *Sjögrens* lära åt dess värde. Då emellertid förf., såsom förut antytts, torde kunna anses vara den, som icke blott i Sverige utan i hela Norden lagt sig mest vinn om att gå skadeståndsproblemet på djupet, och hans resonemang inom rättsvetenskapen icke varit föremål för någon riktig granskning¹, anser jag det motiverat, att dessa mera ingående följas från en svensk rättskateder. Må vi då först ett ögonblick uppehålla oss vid *Sjögrens* tanke, att något slags rättslig kausalitet förelåge mellan rättsfaktum (närmare: orsaksförhållandet mellan den av personens vilja begränsade verksamheten och skadan) och rättsföljd. *Sjögren* tror sig ju här helt befinna sig på den naturliga verklighetens mark till skillnad från dem, som till förklarande av en dylik kausalitet se sig

¹ Såsom sådan kan icke *Thyréns* anmälan av arbetet betraktas, T. f. R. 1895, s. 309 ff.

nödgade placera rättsföljden i en från den naturliga världen skild idealvärld. Men *Sjögren* har icke angivit något skäl för möjligheten av en dylik kausalitet i sinnevärlden. Vad som föranlett andra att operera med två världar är givetvis den ifrågavarande rättsföljdens beskaffenhet, som icke på något sätt kan vara gripbar i den naturliga världen. Rättsföljden skall ju här för *Sjögren* vara av samma slag som för de andra, nämligen skadeståndsskyldigheten och andra rent *ideella* förhållanden såsom sådana. *Sjögren* har lika litet som de andra tanke på yttringar av det igångvarande rättsmaskineriet. Hade han detta, bleve det ju genast omöjligt att föreställa sig någon kausalitet mellan faktum och rättsföljd. Denna senares innebörd är ju då nödvändigt betingad av en verksamhet, som utövas av vissa statsorgan än under än utan samverkan med enskilda, vilken verksamhet sker med en viss regelmässighet och därför på förhand mer eller mindre tydligt ingår i människornas medvetande, vilka därigenom påverkas än till iakttagande av vissa handlingssätt än till uppfattningen eller känslan av viss trygghet i handel och vandel. Till detta står det s. k. rättsfaktum icke i något som helst orsakssammanhang, ja, icke ens i det förhållande, att det kan betraktas såsom motiv för den nämnda verksamheten, vilken framdrives av ett komplex av helt andra faktorer. Vad *Sjögren* betraktar såsom rättsföljd är intet annat än det vanliga imaginära, som jurisprudensen i alla tider skjutit in *emellan* faktum och den verkliga s. k. rättsföljden, plikten såsom sådan, motsvarande rättigheten såsom sådan. Den kan aldrig placeras i den rumstidliga världen. *Sjögrens* blotta åsikt, att hans teori icke behöver taga sin tillflykt till en annan värld, kan därvid intet förändra. Härutinnan

får jag hänvisa till mina utredningar i »Obligationsbegreppet» I och II.

Rätt och orätt, rättigheter och rättsliga intressen.

Överhuvud består *Sjögrens* utredning av rättsgrunden till skadeståndet av ett omtumlande med dessa skolastiska begrepp och föreställningar, som sakna allt stöd i vår erfarenhet, ett omtumlande som uppenbarligen sker i det aktningvärda syftet att komma till rätta med dem. Han söker fastställa den civila och kriminella »orättens» begrepp både gentemot varandra och gentemot »rättens» begrepp. Därvid synes han fullt tillräckligt behärska dåtidens rättspositivistiska apparat. För att bestämma »orätten» måste man känna till »rätten». Genom den objektiva rättens verkan kunna levnadsförhållandena bliva till rättsförhållanden, d.v.s. subjektiva rättigheter och rättsplikter. Gentemot de *Thon-Bierlingska* teorierna, att alla rättssatser vore imperativer och följaktligen plikten det primära och för rättigheten bestämmande, erinrar han om den dessförinnan härskande åsikten, enligt vilken rättssatserna vore både berättigande och förpliktande. Självt kommer *Sjögren* till det resultat, att rättssatserna på det straffrättsliga området vore imperativiska och sålunda förpliktande, under det att de inom privaträtten i allmänhet vore berättigande, vadan *rättigheten* här vore det primära, visserligen motsvarad av bundenhet å annans sida, vilken bundenhet dock icke vore att betrakta såsom plikt i egentlig mening, enär detta begrepp för att kunna primärt bestämmas just förutsatte en förpliktande rättssats. Härav följer nu, att den kriminella orätten är en pliktöverträdelse, en rättsstridig *handling*, under det att den civila orätten är en oemotsvarighet mot en rättighet, sålunda ett rättsstridigt *tillstånd*, bestående däri,

»att den berättigade icke har eller får sin rätt: detta tillstånd av orätt kan möjligen hava sin grund i pliktöverträdelse å annans sida, men av förutsättningen — tillvaron av självständiga, berättigande rättssatser, som icke låta härleda sig ur blott förpliktande — följer, att så icke *behöver* vara förhållandet, resp. där det inträffar, icke i allt fall i främsta rummet är relevant.»

Att på privaträttens område rättigheterna vore det primära och plikterna icke egentligen några plikter utan endast en av rättigheten framgående bundenhet skall nu gälla icke blott inom sakrätten utan, trots det motsatta språkbruket (jfr uttrycken »skulder», »obligationer»), även ifråga om fordringsrätterna.¹

Emellertid synes det nu lämpligt att närmare skärskåda *Sjögrens* åsikt om vad rättigheten är för något. Med det redan sagda står det i samklang, att den privata rättigheten måste vara »det faktum, att den objektiva rätten tillerkänner ett rättssubjekt en nyttighet genom en berättigande rättssats». Att denna tanke innesluter samma tro på ordmagi som *Zitelmanns* lära är tydligt.² Det heter emellertid nu vidare hos *Sjögren*:

»Med hänsyn såväl till den objektiva rättens maktkvalitet som till beskaffenheten av de krafter, som innebo i de till grund för den subjektiva rätten liggande naturliga förhållanden, kan detta tillstånd (rättigheten skall nämligen vara ett *opus juris*, tillstånd av rätt, s. 87 f.) självt betecknas såsom en *makt*. Den subjektiva rätten är den makt, som gives av de i rättsfakta inneboende krafter, resp. av den kraft, som inne-

¹ Se till det sagda *Sjögren*, a. a. s. 59—85.

² Angående denna se Obligationsbegreppet II, s. 41 f.

bor i den objektiva rätten. Maktkvaliteten är oskiljaktig från den subjektiva rätten, men den subjektiva rätten är icke makten i rörelse (verksamhet), utan makten i vila (opus operarum).»

Metafysiken i *Sjögrens* rättighetsföreställning framträder här ohöjd; så jämväl i detta skiljande mellan den i vila varande själva rättighetsmakten och makten i rörelse, varmed åsyftas »utövningsakter av subjektiva rättigheter». Dessa utövningsakter måste vara »av den objektiva rätten särskilt sanktionerade» och bliva därigenom »kriterier på rättens tillvaro, men icke nödvändigt på rättens tillvaro såsom den utövan- des rätt, utan på dess tillvaro överhuvud».¹ Att detta är en upp- och nedvändning av verkligheten förstår envar, som tagit del av mina utredningar i Obligationsbegreppet I och II. Men han måste också misstänka något annat, nämligen att den »nutida juridikens» förfinade sätt att operera med rättighetsbegreppet kanske är lika ovetenskapligt. Detta begrepp har ju uråldriga anor. Men *Sjögrens* lära kan ju nära nog sägas falla inom vår egen tid. *Sjögrens* avståndstagande från den rådande imperativteorien kan för metafysiken i rättighetsbegreppet varken göra från eller till. *Sjögrens* utomordentliga skarpsinnighet i förening med hans genuint vetenskapliga läggning borde därför vara en borgen för, att den på av honom angivna sätt metafysiska karaktären i rättighetsbegreppet vore en nödvändig konsekvens av hela grundåskådningen inom jurisprudenten. Behåller man denna grundåskådning — likgiltigt om rättssatserna skola vara blott imperativa eller dels imperativa och dels primärt berättigande — så innefattar avståndstagandet från rättighetsbegreppets metafysiska karaktär en ren motsä-

¹ *Sjögren*, a a. s. 92 f.

gelse.¹ Befriar man sig åter från denna grundåskådning och överhuvud beaktar de hithörande realiteterna, då blir hela rättighetsbegreppet en ren orimlighet.²

En persons rättsinställning *in toto* utgjordes nu, enligt *Sjögren*, så att säga till hälften av summan av hans subjektiva rättigheter. Den andra hälften skulle bestå av intressen, som icke vore bestämda av *berättigande* rättssatser och sålunda icke upphöjda till rättigheter, men som likväl vore skyddade, nämligen genom *förpliktande* rättssatser, som gjorde vissa kränkningar av dessa intressen till pliktöverträdelser. Såsom verkliga pliktöverträdelser finge man emellertid, såsom ovan antytts, icke betrakta åsidosättandet av den bundenhet, som städse utgjorde den passiva sidan i ett rättsförhållande. Denna bundenhet bestämdes nämligen icke av förpliktande rättssatser utan av berättigande rättssatser, vilka, samtidigt som de gåve upphov åt rättigheter, innefattade vissa fordringar »med hänsyn till de faktiska förhållandena». Ehuru sålunda bundenheten ifråga icke vore ett utflöde av den berättigades makt utan hade sin grund i den objektiva rättens fordran, konstituerade likväl denna fordran icke en förpliktelse i sträng mening.³

Dessa distinktioner visa ju omedelbart, att de uppställda

¹ Se härom Obligationsbegreppet II, s. 109—149, särskilt s. 127—142, och s. 292 ff.

² Se Obligationsbegreppet I, 3—5 §§.

³ *Sjögren*, a. a. s. 95. Härtill bör nu även läsas följande not å s. 76: »Med rättsligt intresse förstå vi vad inom den tyska litteraturen kallas Rechtsgut, d. v. s. något, som från rättsordningens synpunkt har det värde, att det skyddas genom rättssatser, normer eller berättigande rättssatser. Av dessa rättsligt skyddade intressen äro endast en del dugliga att bilda innehållet av en subjektiv rätt: de övriga skyddas genom normer, och det är dessa, som vi avse, då vi sätta det rättsligt skyddade intresset i motsats till den subjektiva rätten.»

teorierna sakna all praktisk brukbarhet. Hur skulle man någonsin kunna få svaret på frågan »rättighet eller blott rättsskyddat intresse?» genom att pröva, om rättssatsen vore primärt berättigande eller förpliktande? Det är efter helt andra grunder, som man bestämmer sig för rättighetsbegreppets förhandenvaro eller icke. Och sedan den saken anses klar, tror man sig känna kvaliteten av rättssatsen, ävensom huruvida den »passiva» sidan innefattar endast »bundenhet» eller »förpliktelse i sträng mening». Att resonnemanget sålunda är cirkelartat medgives på visst sätt av *Sjögren*, när han säger, att

»den subjektiva rättens fullständiga definition kan vinnas endast genom en hänvisning till det positiva systemet av rättigheter. . . Likasom de deliktiska handlingarne finnas angivna i strafflagen, på samma sätt de subjektiva rättigheterna i privaträttssystemet, och andra delikt eller subjektiva (privat-)rättigheter gives det icke», s. 100 f.

Men hur skall man nu kunna veta, huruvida ett visst »rättsligt skyddat intresse» verkligen blivit upphöjt till »rättighet»? Det är självfallet — eftersom det bevisligen icke finns några rättigheter och hela frågeställningen är falsk — att resonnemanget här icke kunna bli positivt givande. »Undersöker man», säger *Sjögren*, s. 98 ff.,

»de rättsligt skyddade intressena med hänsyn till frågan, huruvida de utbildats till subjektiva rättigheter eller icke, m. a. o. huruvida de skyddas genom berättigande eller förpliktande rättssatser, så finner man, att å ena sidan just de viktigaste rättsliga intressena — människans liv, frihet, kroppsliga integritet o. s. v. — icke utbildas av rättstekniken till subjektiva rättigheter,

och å andra sidan icke heller den oändliga mängden av vardagliga sysselsättningar och småbestyr: det gives ingen rätt 'zu essen, zu trinken, zu schlafen, zu gehen, überhaupt sich frei zu bewegen, Gedanken und Empfindungen zu äussern, zu sprechen'. Icke heller har ägaren till en sak någon rätt att förstöra densamma, oaktat man stundom i just denna befogenhet sett den privata äganderättens egentliga väsen. Icke heller gives det någon subjektiv rätt till företagande av rättsförvärvs-handlingar, utan endast ett rättsligt skyddat intresse. Den riktiga synpunkten för avgörandet av frågan, huruvida blott ett rättsligt intresse föreligger, är angiven av *Merkel*, då han framhåller, att de i rättsförhållandena skyddade intressena till sin natur äro i olika *grad* föremål för den objektiva rättens reglerande och individualiserande verksamhet, samt att begreppet subjektiv rätt avser en viss högre grad av individualisering av den rättsliga makten. I den individualiserade rättsliga makten ligger då måttet för civil rätt och civil orätt, d. v. s. rättsenligt och rättstridigt tillstånd.»

Denna diskussion rör sig därom, huruvida ett visst objektvt värde — i verkligheten något otänkbart och sålunda av rent fantastisk karaktär — är så eller så beskaffat! Den rör sig vidare därom, huruvida dylika imaginära värden ha att för sin tillkomst tacka rättens befallningar eller rättssatser med ordmagisk kraft att skapa rättigheter, båda alternativen lika orimliga. Något som på denna punkt hos *Sjögren* emellertid är ägnat att väcka förvåning, är att han helt förbigått *Jherings* i Geist d. r. Rechts framställda rättighetslära. Under det att *Sjögren* skiljer mellan rättsligen skyddade intressen och rättigheter, utgjorde ju enligt *Jhering*

själva rättigheten intet annat än just det rättsligen skyddade intresset. Grunden till åsiktsmotsättningen är visserligen tydlig: *Sjögrens* tro på rättsatsernas indelning i normer och berättigande satser. En närmare granskning av *Fherings* lära skulle kanske dock för *Sjögren* ha klargjort ohållbarheten i en sådan indelning och därigenom möjligen ha gjort honom mera skeptisk gentemot rättsvetenskapens själva grundåskådning. — Vad nu det gjorda citatet angår, visar det ju, att man helt negligerar alla hithörande realiteter. Vad har det väl för mening att säga, att min rättsliga makt i avseende å mitt liv, min frihet, kroppsliga integritet eller ära hade en lägre »grad av individualisering» än min »rättsliga makt» i avseende å mina s. k. tillhörigheter? De av rättighetsföreställningen förvanskade *realiteterna* — den genom rättsmaskineriet uppkomna tryggheten för personen — kunna väl icke principiellt sägas vara mindre utpräglade i ena än i andra fallet. Människorna äro väl i allmänhet icke mindre trygga gentemot misshandel och våld än gentemot stöld, försnillning, skadegörelse och annan åverkan. Och om man över huvud använder ordet rättighet, måtte man väl ha lika mycken rätt att utan biljett gå på gator, torg och landsvägar som att mot biljett gå på konsert eller teater. Beaktar man de *realiteter*, som här kunna ifrågakomma, och frigör man sig från de skolastiska begreppen, så blir den gjorda distinktionen mellan rättsliga intressen och rättigheter en subtilitet utan all praktisk betydelse.

Det är ganska egendomligt, att man icke märker, att detta tal om »den rättsliga maktens högre grad av individualisering» faktiskt innefattar en *petitio principii*. Saken är ju den, såsom jag så ofta framhållit, att jurisprudenten icke skulle ha det ringaste gagn av att låta varje slags

rörelsefrihet för människorna vara uttryck för en rättighet, vilket ju skulle innebära, att alla människor hade rättigheter i all oändlighet mot alla människor, som komme i deras väg. Vissa handlingsmöjligheter, s. k. befogenheter, har det — utan att det blivit möjligt att *principiellt* avgränsa dem från den stora mängden — blivit nödvändigt för jurisprudensen, med de utgångspunkter den nu har, att betrakta såsom uttryck för rättigheter. Sedan dessa väl avskiljts — i vissa fall dock oavgjort på grund av stridighet mellan auktorerna — blir situationen den, att den »objektiva rätten» har »reglerat och individualiserat» intressena ifråga så, att de blivit rättigheter. Därmed endast skjuter man undan och lämnar obesvarad den frågan, vad som nu skall vara ett verkligt kriterium på skillnaden mellan dessa blott rättsliga intressen och rättigheter. Att personens trygghet till liv och lem icke betraktas såsom rättighet, under det hans trygghet såsom »ägare» så betraktas, torde sålunda i själva verket icke bero på något annat, än att min »egendom» till skillnad från min person icke tillhör om-sättningslivet och att civiljuridiken för sitt system därför icke har samma slags intresse för den senare som för den förra. Vare därmed emellertid hur som helst. Det *Merkelska* resonnemanget är detsamma som att lyfta sig själv i håret.

Hur realiteterna förbises av *Sjögren* blir särskilt tydligt, om vi nu tänka på den s. k. äganderätten till lös sak. Det vore ju icke mycket bevänt med denna »äganderätt», om vem som helst kunde stjäla saken, försnilla, olovligt begagna eller uppsåtligen skada densamma utan straffpåföljd. Men enligt *Sjögren* skall denna påföljd intet ha med själva rättigheten att skaffa. Handlingssättet ifråga, såvitt påföljden skall inträda, strider icke mot den med rättigheten

korresponderande bundenheten, icke mot det i den *berättigande* rättssatsen liggande kravet, utan det innefattar överträdelse av »förpliktelse i sträng mening», d. v. s. det strider mot en *norm*, som skall vara utan betydelse för själva rättighetens existens och konsistens!

Emellertid får man nu icke därav, att den civila orätten icke förutsätter någon »pliktoverträdelse av den, i vilkens person rättstridigheten föreligger», draga den slutsatsen, att det blotta faktiska tillståndet såsom sådant enligt *Sjögren* kunde innefatta en civil orätt. Om man exempelvis finge någon sin egendom förstörd genom blixten, vore det »orimligt att säga, att ett rättstridigt tillstånd föreligger. Det resultat, som föreligger, är med den subjektiva rätten inkommensurabelt och kan därför icke vara en orätt från denna synpunkt», s. 87. Men även denna restriktion vore icke tillräcklig för att avgränsa den civila orätten. Då ju denna skall vara ett *tillstånd*, som innefattar oemotsvarighet till en *rättighet*, måste dess förutsättning vara, att »den subjektiva rätten *kvarstår* trots oemotsvarigheten mellan faktum och rätt». Ytterligare fordrades för det civila rättstridighetstillståndet, att »rättsföljder av oemotsvarigheten mellan faktum och rätt äro föreskrivna», s. 107. Strax dessförinnan har *Sjögren* emellertid avgivit följande deklARATION:

»Vad genom rättsfakta såsom sådana är givet, framstår närmast såsom en *fordran*, att rättsföljderna också faktiskt skola inträda, m. a. o. att det tillstånd, som är det rätta (är den subjektiva rätten), också skall motsvaras av den empiriska verkligheten. Man finner detta förhållande uttryckt i den satsen, att den, som *har* rätt (en rätt), också bör *få* rätt, d. v. s. *få* den

nyttighet, som den objektiva rätten vill giva honom.»
(s. 106).

Denna deklaration synes icke passa väl ihop med någon av de båda sistnämnda restriktionerna. Den »fordran», varom talas, måste ju för *Sjögren* vara ett rättens ideella krav, vars bristande tillgodoseende motiverar rättspåföljd i princip, även om sådan icke alltid inträdde. Att nu säga, att rättstridighet icke föreligger, när rättspåföljd icke inträder, det blir ju detsamma som att säga, att den ifrågasvarande »fordran» icke föreligger, när icke rättspåföljd inträder. Men då blir ju hela syftet, som väl dock skall vara att giva det teoretiska underlaget för, förklaringen till, rättsföljdernas inträdande, förfelat. Summan av det hela blir ju endast, att rättsföljd inträder i de fall, då sådan inträder. — Likaså synes deklarationens principiella innebörd helt gå förlorad genom den för rättstridighetstillståndet angivna förutsättningen, att rättigheten måste »kvarstå trots oemotsvarigheten mellan faktum och rätt», ett uttryckssätt, som vid det förhållande, att rätt här skall vara = rättighet, innefattar motsägelse.¹

Näraliggande missuppfattning av skadestandsgrunden enligt
Sjögren.

Emellertid återstår det nu att något närmare granska *Sjögrens* inställning till själva skadestandsproblemet. Man bör därvid komma ihåg, dels att den »kriminella orätten» skall vara »till sitt väsen en pliktöverträdelse» och den »civila orätten» det där »tillståndet» av oemotsvarighet

¹ Härom liksom om *Sjögrens* på antagandet av »primärt berättigande rättssatser» vilande åsikt i allmänhet se *Hägerströms* kritik, Stat och rätt, s. 93 ff.

mellan faktum och rättighet (se härom också *Sjögren*, a. a. s. 75 f.), dels ock att icke-kriminell skadegörelse av *Sjögren* icke hänföres till delikt och sålunda måste höra till den »civila orätten». Erinrar man sig detta, tager man hänsyn till bokens titel »Om rättstridighetens former med särskild hänsyn till skadeståndsproblemet» och beaktar man utan en viss så att säga listighet vad som hittills framgått av *Sjögrens* lära, så förefaller det, som om hans grundläggande synpunkter på skadeståndsproblemen skulle kunna sammanfattas sålunda:

Privaträtten deklarerar ett rättsligt böra, i kraft varav vissa nyttigheter tillkomma en person såsom hans rättigheter. Detta böra innefattar en med rättigheten korresponderande bundenhet (icke plikt i egentlig mening) för andra att icke handla så, att oemotvarighet till rättigheten uppstår. Så har annan handlat, alltså i strid med bundenheten ifråga, när oemotvarigheten mellan faktum och rätt uppstått genom hans vilja såsom orsak vare sig som *causa efficiens* eller *causa finalis*. Detta kausalförhållande mellan viljan och den nämnda oemotvarigheten, d. v. s. skadan, utgör *rättslig* orsak till skadeståndsskyldighet såsom rättsföljd.

Denna sammanfattning *förefaller* riktig. Om det finns ett rättsligt böra på rättighetens tillgodonjutande utan hinder av andra, så kan man ju icke gärna föreställa sig, att icke frånvaro av skadegörelse skulle falla under detta böra, så att genom skadegörelsen uppkomme ett rättstridigt *tillstånd* av oemotvarighet mellan faktum och rättighet. Man tycker följaktligen också, att detta rättigheten avseende börat efter skadegörelsen skulle innesluta ett krav på in-

träde i görligaste mån av ett med rättigheten överensstämmande tillstånd, vilket krav i sin tur ledde till skadeståndsanspråket. En ytterligare grund för antagande av en dylik *Sjögrens* inställning till skadeståndsfrågan synes ligga i arbetets för mina ögon starkt framträdande syftning att genom uppställande av detta särskilda begrepp »civil orätt» skaffa ett *av pliktvidrighet oberoende* fundament för skadeståndstvånget. Det gällde ju att åstadkomma ett sådant fundament, *gemensamt för allt* skadestånd i utomkontraktliga förhållanden. Och vid ansvar utan egen culpa synes det ju särskilt motbjudande att uppkonstruera någon pliktvidrighet.

Sjögrens verkliga åsikt oväntat säregen.

Emellertid kan det nu sagda icke vara ett riktigt återgivande av *Sjögrens* åsikt. Redan den omständigheten, att *Sjögren* genomgående utan reservation talar om skadeståndsskyldigheten talar i någon mån härför. Dock kunde detta förklaras så, att, ehuru själva skadegörelsen icke innebure någon pliktöverträdelse utan blott en stridighet mot den med rättigheten korresponderande bundenheten, så härledde sig skadeståndstvånget icke ur denna bundenhet utan berodde på en »norm», som skulle ålägga personen skyldigheten att betala. En annan sak har därför större betydelse, och det är, att *Sjögren* opererar med *både* rättigheter och rättsligen skyddade intressen. Självfallet måste nu »ansvarsbringande» skadegörelse kunna föreligga, när ett sådant intresse var kränkt, ehuru det icke utbildats till rättighet. Men bakom dessa intressen låge inga *berättigande* rätts-satser utan *pliktalstrande* normer (se ovan s. 145, särskilt där i n. 3 meddelade citat från *Sjögren*). I dessa fall *måste* alltså skadegörelsen betraktas såsom »pliktöverträdelse i

sträng mening». Uppenbarligen vore det föga tilltalande att låta skadegörelsen i somliga fall leda till rättstridigt tillstånd, i andra fall innefatta pliktöverträdelse. Faktiskt menar nu också *Sjögren*, att skadegörelsen *städse* är en pliktöverträdelse. Frågan är nu blott, hur detta — t. ex. vid sakskada, där ju icke blott rättsligt intresse utan *rättighet* synes vara kränkt — skall kunna bringas i någon samklang med hans ståndpunkt om berättigande rättssatser och den civila orättens »väsen». Det sker därigenom, att det civila orättstillståndet skall förutsätta rättighetens *kvarstående* trots »oemotsvarighet mellan faktum och rätt». Har saken *tillintetgjorts* genom skadegörelsen, så kan man ju icke längre tala om äganderätten till densamma! Vid partiell förstörelse åter, säger *Sjögren*, har äganderätten icke kränkts, *såvitt* saken finnes i behåll! Och till den del saken genom skadegörelsen icke är i behåll, vore »äganderätten försvunnen»! s. 168. På detta sätt kommer man vid skadeståndsproblemet lätt och lekande ifrån *orättstillståndet*. Å andra sidan kan naturligtvis en skadegörelse icke anses tillåten. Den faller under förbudsnormer och innefattar följaktligen en pliktöverträdelse i sträng mening.

Allt detta förefaller dock ganska egendomligt just utifrån *Sjögrens* grundläggande tanke. Man synes icke kunna komma ifrån, att det i vårt fall dock är äganderätten, som genom skadegörelsen kränkes. Följaktligen tycks det ju ofrånkomligt, att skadegörelsen blott strede mot den där med rättigheten korresponderande bundenheten och icke vore en verklig pliktöverträdelse, vadan icke »normer» utan »berättigande rättssatser» måste komma i betraktande. Även en sådan invändning studsar emellertid tillbaka på den *Sjögrenska* konstruktionsmuren. Det dekretas, att skada såsom föremål för ersättning icke vore skada å fysiska

ting utan *förmögenhetsskada*, s. 144. Med denna utgångspunkt är det icke förmögenhetsrättigheterna utan förmögenhetsintressena, som kränkas, låt vara att dessa intressen i regel vore knutna vid objekt för subjektiva rättigheter, objekt som i regel vore skadegörelsens angreppsobjekt, s. 159 ff.

Det är mycket i denna konstruerade lära, som även utifrån rent skolastiska synpunkter torde vara svårt att begripa. Först och främst förstår man icke, vad den på berättigande rättssatser vilande huvudkonstruktionen om den civila orätten i motsats till den kriminella skall tjäna till, om den icke skall få någon betydelse för lösande av skadeståndsproblemet. Såvitt man kan se, skall nu den *civila orätten* icke kunna föranleda annat anspråk än »på uppfyllelse och restitution», s. 171. T. o. m. rättsskolastiken torde icke ha känt behov av någon särskild konstruktion för avklarandet av sådana relativt enkla ting. — Man kan vidare icke finna någon mening i *Sjögrens* särskilda påpekande av att t. ex. blixstens förstörande av en persons egendom icke ledde till något rättstridigt tillstånd. Faktiskt kommer ju naturkraften i sådant avseende enligt *Sjögren* icke i annan klass än den mänskliga handlingen, eftersom sakens förstörelse även genom dylik enligt honom icke ledde till rättstridigt tillstånd. — Alldeles särskilt förvånad blir man över *Sjögrens* bestridande av att ett rättstridigt tillstånd skulle uppstå genom skadegörelsen, när man beaktar, huru han i det föregående starkt betonat, att den *pliktvridiga handlingen* »prevalerar» vid den *kriminella* orätten, under det att det *rättstridiga tillståndet* »prevalerar» vid den *civila* orätten, s. 75. Detta blir ju fullständigt desorienterande, om den icke-kriminella skadegörelsen — vilken väl kan sägas dominera det civila »orätts»-området — skall vara en pliktvridig handling. Nu är det visserligen sant, att *Sjögren* icke gör någon affär

därför, att skadegörelsen skall innefatta en pliktvidrig handling. Detta är ju också ganska förklarligt, ty det bär väl mycket emot att bygga skadeståndstvånget vid icke-kulpos skadegörelse på pliktöverträdelse, t. ex. på jänvägsinnehavarens pliktvidriga handling att driva järnväg. Men skadegörelsen såsom pliktöverträdelse över hela linjen, oberoende av om den varit kulpos eller icke, är en nödvändig konsekvens av *Sjögrens* föreställning, att något orättstillstånd icke föreligger genom skadegörelsen och att denna icke kränker äganderätten utan endast ett rättsligt förmögenhetsintresse (jfr särskilt principuttalandet i sådant avseende å s. 76 n. 1, citerat å s. 145 ovan). I de icke-kulposa fallen skall pliktöverträdelsen givetvis blott vara objektiv. Men, såsom vi redan sett, t. o. m. den subjektiva pliktöverträdelsen, skulden, skall icke utgöra verklig rättsgrund utan blott ha »symptomatisk» betydelse. Icke förty måste det vara mot bakgrunden av pliktöverträdelse, låt vara objektiv, som man har att se förklaringen till att den av viljan bestämda verksamhetens orsakssammanhang med skadan i sin tur skulle utgöra *rättslig kausalitet* till skadeståndsansvarigheten.¹ På detta sätt framträder vedergällningsföreställningen mera tydligt hos *Sjögren*, än som behövde ha varit fallet, därest han även här hade anlagt konstruktionen rättsstridigt *tillstånd*, d. v. s. konstruktionen om ett tillstånd av »oemotsvarighet mellan faktum och rätt». En sådan konstruktion till förklaring av skadeståndet såsom »rättsföljd» synes något mera ägnad att möjliggöra specifikt sociala synpunkter på skadeståndsfrågan, särskilt av behovet påkallade ifråga om de icke-kulposa fallen.

¹ Utan pliktöverträdelsen såsom bakgrund skulle ju skadegörelsen — eftersom den icke ledde till det där rättsstridiga *tillståndet* — överhuvud icke falla inom (den civila) *orättens* område.

Betydelsen enligt Sjögren av den »ansvariges» viljekausalitet till skadan.

För att sistantytta synpunkter skulle kunna ha kommit till heders, hade det dock varit nödvändigt att övergiva tron på den rättsligen relevanta kausaliteten mellan den »ansvariges» vilja och skadan. Varför skall det komma an på (den fysiska) kausaliteten mellan *viljan* och skadan, varför skall just viljans kausalförhållande till skadan i sin tur motivera den rättsliga kausaliteten mellan skadan och skadeståndsskyldigheten, ja, varför skall överhuvud skadans *orsakande* vara en nödvändig förutsättning för det rättsliga kausalförhållandets (rättsföljdens) inträdande? Något som helst sakligt skäl härför har *Sjögren* icke förebragt utan endast såsom något självfallet utgått från skadans orsakande, och detta genom personens vilja, såsom något för den rättsliga »kausaliteten» nödvändigt. Anledningen härtill kan näppe- ligen vara någon annan än den, att det har stått såsom något självfallet för *Sjögren*, att rättsföljderna måste överensstämma med rättvisa, d. v. s. vara motiverade ur rättsmedvetandets synpunkt. Men rättsmedvetandet domineras mer eller mindre öppet av vedergällningsidén. Och vedergällningen kan endast drabba den, som *orsakat* det onda, i nutida åskådningssätt endast den, som icke blott objektivt utan även subjektivt, d. v. s. genom sin vilja, varit det ondas orsak. Hur omotiverad *Sjögrens* uppfattning angående betydelsen av orsaksförhållandet mellan viljan och skadan är, framträder i *Sjögrens* egen polemik mot en äldre författare vid namn *Heysler*. Denne hade uttalat, att icke blott den förnuftiga (normala) viljan utan viljan överhuvud, på alla stadier, i alla tillstånd, vore en självständigt kausalverkande faktor, fri från den yttre naturens kausalsammanhang. Ofri vore viljan blott »in seinem innerlichen Mecha-

nismus». Härtill anmärker nu *Sjögren*, s. 184, att frågan icke gäller vad som faller inom området för kausallagen utan

»beskaffenheten af vissa orsaker, som gör dem dugliga såsom rättsgrunder för visst slag af rättsligt ansvar. Om så är, måste, då den normala mänskliga viljan ostridigt är en sådan rättsgrund, men icke naturkraften såsom sådan, den, som yrkar, att äfven den abnormala mänskliga viljan eger en viss rättsgrundande förmåga, visa, i hvilket afseende denna skiljer sig från naturkraften och liknar (icke skiljer sig från) den normala mänskliga viljan. En sådan uppgift är icke löst dermed, att man säger, att den 'omogna eller sjuka' viljan dock är en vilja, ty frågan är just, om icke omogenheten innebär, att människans praktiska förmåga i detta tillstånd är en blott naturkraft, resp. om icke sjukdomen (vansinnet) nedsätter henne till en sådan. Då Heyssler icke uppställt, än mindre besvarat *denna* fråga, kommer hans påstående om 'viljans' skilnad från naturkraften att sväfva i luften. Hvad viljans 'omogenhet' beträffar, så måste naturligen medgifvas, att man här kan tala om en (potentiel) vilja, men denna omständighet saknar tydligen relevans för frågan om denna viljas egenskap af rättsfaktum för en viss rättsföljd: från *rättens* synpunkt är den minderåriges viljeyttringar, så framt man afser skuldmomentet, nulliteter, äfven om de af lagen i praktiskabilitetens intresse fixerade åldersgränserna i särskilda fall icke skulle vara träffande etc.»

Detta resonemang är lika litet argumentationskraftigt som *Heysslers*. Det, som framför allt måste styrkas, nämligen att den normala mänskliga viljan utgjorde rättsgrund

för rättsligt ansvar, *förutsättes* såsom hållbart utan förebringande av några som helst bevis. *Sjögrens* mening är tydligtvis, att dylika äro överflödiga, enär saken är »ostri- dig». Härtill är emellertid att säga, att en falsk utgångs- punkt icke blir mindre falsk, därför att den är allmänt an- tagen. Särskilt anmärkningsvärd är *Sjögrens* argumentation för att den »omogna», d. v. s. alltför ungdomliga, viljan i olikhet med den »normala» icke kunde vara rättsgrundande. Argumentet består i en hänvisning till »rättens synpunkt». Därmed kan dock icke menas något annat, än att faktiskt 15-åringen men icke 14-, 13-, 12-åringen o. s. v. blir skadeståndsskyldig enligt s. k. gällande rätt. Detta åter duger ju icke som argument, eftersom det just är rättens ståndpunkt i avseende på personers skadeståndsskyldighet, som skall förklaras. Det enda, som här utvinnes genom en hänvisning till »rättens synpunkt», synes mig därför vara, att — alldenstund 14-åringens vilja ur den naturliga kausalitetens synpunkt principiellt icke är att skilja från 15- åringens — så leder en blick på rätten närmast till upp- fattningen, att viljans kausalitet till skadan *icke* kan motivera skadeståndstvänet såsom rättsföljd på den inträffade ska- dan. Denna uppfattning torde övergå till visshet, om vi närmare granska frågan, en granskning som lämpligen kan anslutas till följande av *Sjögren* uppställda grundsats, näm- ligen att

»den i skadegörelsen ingående till den menskliga viljan såsom princip refererade kausaliteten differentieras på sådant sätt, att dess olika sidor — viljan såsom causa efficiens och viljan såsom causa finalis — framstå såsom rättsgrunder för tvenne särskilda grupper af skadegörelseansvar. För den af viljan såsom causa efficiens bestämda gruppen är handlingens pligtvidrighet

(skuldmomentet) af symptomatisk betydelse. För den andra gruppen är symptomatiskt det objektiva ändamål, som verksamheten är egnad att befordra, för så vidt detta kan anses knyta verksamheten vid en bestämd person. Doktrinen har behandlat den förra gruppen såsom normalfall (*damnum ex culpa*), den senare såsom undantag (skadeståndsskyldighet på 'andra' eller 'objektiva' grunder). Den senare gruppen har man icke lyckats bringa till systematiskhet, d. v. s. uppvisa den till grund för densamma liggande enhetliga principen: de fall, som subsumeras derunder, framstå såsom *obligationes ex variis causarum figuris*. Än mindre har man lyckats uppvisa den till grund för *båda* grupperna liggande principen. Upptäckten af denna princip har hindrats icke blott af den senare gruppens bristande enhetlighet, utan jemväl af det sätt, på hvilket den förra gruppens princip, skuldmomentet, uppfattats.»

Strax efteråt betonas uttryckligen att skuldmomentet i den förra gruppens fall (uppenbarligen täckta av culpa-regeln) ingår »såsom symptomatiskt, icke såsom karakteristiskt moment». Vi skola nu först och huvudsakligen hålla oss till dessa fall men använda i stället för det metafysiska »skuld» uttrycket culpa, därvid begagnande ordet blott såsom en beteckning — i enlighet med vad som förut i annat sammanhang utvecklats — för det rent faktiska, att man handlat på visst, från det i liknande situationer såsom »normalt» ansedda avvikande sätt. *Å ena sidan* är det nu i culpa-fallen otvivelaktigt, att skadeståndstvång icke ådömes, förrän det enligt vissa processuella regler utretts, att en person handlat kulpost (däri naturligtvis inbegripet dolus). Sålunda utgör culpa en nödvändig förutsättning, om vars

förhandenvaro domaren har att i varje fall övertyga sig, innan han bifaller en skadeståndstalan. Culpa-momentet *synes* åtminstone sålunda i dessa fall vara icke mindre karakteristiskt än skade-momentet! Något skäl varför denna syn skulle vara oriktig, har *Sjögren* icke förebragt. *Å andra sidan* är det — om man tar några exempel — lätt att se, att den ansvariges vilja såsom *causa efficiens* i dessa fall icke behöver spela den allra ringaste roll för ansvarigheten.

1) A slår kulpost sönder en B tillhörig pjäs. 2) På grund av materialets dålighet går en pjäs sönder vid en fullt akt-sam undersökning, som A i egenskap av fackman företager på ägaren B:s begäran. 3) En jättestark dåre störtar i vilt raseri emot C, en bräcklig kvinna. A räddar henne genom att slunga en B tillhörig pjäs som projektil i pannan på dåren, varvid pjäsen splittras. 4) A befinnes ha handlat kulpost därutinnan, att han *underlåtit* vidtaga åtgärd, som skulle ha förebyggt skada för B. 5) A lyckas genom sin affärsdriftighet draga större delen av yrkesbrodern B:s kundkrets till sin affär, med påföljd att B måste nedlägga sin verksamhet för att undgå ekonomisk katastrof.

A blir här skadeståndsskyldig i fallen n:r 1 och 4; däremot icke i n:r 2, 3 och 5.¹ Och dock har A just i samtliga dessa sistnämnda *velat* den skadebringande handlingen, under det att detta ingalunda behöver vara fallet i n:r 1, och han i n:r 4 icke ens på något sätt varit kausul till skadan.² I fallen n:r 2 och 3 icke blott har A velat hand-

¹ Huruvida nödhandling utan excess bör leda till skadeståndstvång kan diskuteras. Hos oss brukar man motivera skadeståndet med »obehörig vinst». Detta kan i exemplet n:r 3 endast medföra skadeståndstvång för den räddade kvinnan, men icke för A, det enda som här intresserar.

² Om orimligheten i talet om den »negativa handlingens» kausalitet se min »Till frågan om rätten och samhället», s. 59—66.

lingen, utan han kan också mycket väl ha satt sig in i möjligheten av dess skadebringande verkan för B, ja i fallet n:r 3 rent av ha avvetat denna. I fallet n:r 5 har A velat icke mindre handlingen än dess skadefekt för B.

Sjögrens undanskjutande av skulden som rättsgrund blott ett talesätt.

Redan denna hastiga blick på skadeståndsrätten visar oss sålunda, att detta antagande av *viljans* orsaksförhållande till skadan såsom rättsgrund till skadeståndsskyldigheten icke ens i culpa-regelns fall kan vara något annat än en tom konstruktion. Och det är ju ofrånkomligt, att ansvarigheten i fallen n:r 1 och 4 samt ansvarsfriheten i fallen n:r 2, 3 och 5 just sammanhänger därmed, att de förra hade men de senare saknade detta moment, som vi i nyss nämnd mening kunna kalla culpa. Förstår man realiteterna bakom culpa-regeln — vilka jag i det föregående berört — då inser man även, att det är meningslöst att beteckna culpa såsom ett symptomatiskt men icke karakteristiskt moment i den ifrågavarande skadegörelsen. Den psykologiska förklaringen till *Sjögrens* iver att bestrida culpa-momentets karakteristiska betydelse torde vara tvåfaldig. Den ena har ovan, s. 139, redan angivits. Vore culpa (hos *Sjögren*: skuld) karakteristiskt moment i den kulposa skadegörelsen, då måste den ju även ingå i *rättsgrunden* för skadeståndet. Men därmed skulle den i och för sig välmotiverade strävan, som *Sjögren* gjort sig till talesman för, att söka ett möjligen gemensamt underlag för skadeståndstvånget i culpa-fallen och vissa icke-kulposa fall genast ha tett sig orkeslös. Den andra förklaringen synes *Sjögren* själv giva, när han (s. 191) framhäver den mot den tillämpade skadeståndsrätten stridande konsekvensen av den härskande culpa-regeln,

vilken konsekvens ju logiskt måste föra till att skadeståndets storlek bestämdes efter graden av *skuld* och icke, såsom faktiskt sker, efter graden av inträffad *skada*. Till detta måste emellertid sägas, att culpa väl kan ingå såsom ett karakteristiskt moment i den »ansvarsbringande» skadegörelsen utan att därför ha betydelsen av rättsgrund i *Sjögrens* och den gängse doktrинens mening av *skuld*, d. v. s. utan att betraktas såsom något, vilket i rättsmedvetandets mening rättfärdigade skadeståndsreaktionen, gjorde denna »rättsvis». I detta avseende får jag ånyo hänvisa till mina föregående synpunkter till åstadkommande av en verklig-hetstrogen förklaring till culpa-regelns uppehållande. Av dessa framgår, dels att culpa kan utgöra en förutsättning för skadeståndet, lika nödvändig som skadans inträffande, utan att på något sätt i sig själv bilda någon rättfärdighetsgrund till skadeståndstvånget, dels ock att detta just med hänsyn till sin sociala funktion lämpligen bestämmes efter den s. k. adekvata *skadans* storlek.

Sjögrens reaktion emot skuldmomentets betydelse efter den vanliga läran tangerar sålunda icke ens den sjuka punkten, som tvärtom ingår i hans egen teori likaväl som i den av honom kritiserade åskådningen. Ty det för båda gemensamma kardinalfelet är just detta, att det skall vara fråga om *skuld*, tillräkneligheten av »handlingens pliktvidrighet», och att det gäller att i rättsmedvetandets mening rättfärdiga de juridiska satser, som uppställas. Intager man en sådan ståndpunkt, då finns logiskt ingen anledning att avvisa konsekvensen, att skadeståndets storlek måste rätta sig efter skuldgraden. Försöket att teoretiskt komma ifrån denna konsekvens genom att hävda »skulden» såsom blott symptom på handlingssättet, icke något karakteristiskt för

detta, är orkeslöst, ty det ändrar icke de falska föreställningar, i vilka konsekvensen ifråga bottnar.

Kausalitetskravets ohållbarhet såväl positivt som negativt.

Vid det såsom n:r 4 här ovan exemplifierade fallet berördes antydningssvis en sak, som måste närmare utvecklas till belysning av ohållbarheten i den av *Sjögren* gemensamt med jurisprudenten i övrigt intagna ståndpunkten, att culpa-regeln *överhuvud* förutsatte kausalitet (fysisk) mellan den skadeståndsskyldiges handlingssätt och den inträffade skadan. Meningen är uppenbarligen, att en persons *orsakande* av skadan vore nödvändigt för att hans ansvarighet skulle vila på en verklig rättsgrund. Särskilt *Sjögren*, som vill ha skulden borteliminerad såsom moment i rättsgrunden, ut-sätter sig för lättillgänglig kritik genom sin kausalitetsförutsättning. Man behöver ju blott peka på de under n:r 3 och 5 exemplifierade fallen här ovan. Om någonsin, har ju personens *vilja* i dessa fall varit kausal till skadan. Visserligen är situationen sådan, att jurisprudenten här icke vill applicera något skuldmoment. Men för *Sjögren* kan detta logiskt icke spela någon roll. Ty för honom har skuld-momentet endast symptomatisk betydelse, d. v. s. betydelsen av yttre kriterium på det verkliga rättsfaktum (s. 40). Att dylikt kriterium saknas kan ju förnuftigtvis icke spela den allra minsta roll vid det förhållande, att kausaliteten ifråga — som enligt *Sjögren* skall vara den verkliga rättsgrunden till skadeståndet — likväl är påtagligare än i mångt fall, där skuld anses vara förhanden. Med *Sjögrens* grundläggande tankegång är det uteslutet att låta ansvarsfrihet föreligga i dylika fall. Visserligen skall det i culpa-fallen uppenbarligen vara den *dåliga beskaffenheten* av viljan, som skall motivera skadeståndet. Men detta går icke ihop med

idén, att skulden blott skall vara symptom på rättsgrunden men icke på något sätt ingå i denna, lika litet som med tanken, att det vore kausaliteten mellan viljan och skadan, som över hela linjen utgjorde rättsgrunden till skadeståndet. Mera utpräglad kan ju denna kausalitet icke vara, än den är i exemplen n:r 3 och 5 här ovan. Sannolikt skulle *Sjögren* beträffande n:r 5 vilja säga, att i detta fall några *rättsliga* intressen icke läderats. Men hur vet man detta, om man icke vecklar in sig i den rena cirkeln och låter skadeståndsskyldigheten (eller straffbarheten) vara bestämmande för frågan om intressets rättslighet? En teori, som blott låter sig användas med hjälp av en sådan *petitio principii*, har själfallet ingen vetenskaplig karaktär. Låt oss emellertid icke tvista därom. Exemplet n:r 3 kvarstår ju under alla omständigheter. Att B får sin ägande sak förstörd måtte väl innefatta lädering av rättsliga förmögenhetsintressen. Vilken annan skillnad, för skadestandsfrågans bedömande, mellan sakskadans i n:r 1 och 3 skulle väl med hjälp också av de mest sinnrika konstruktioner kunna utletas, än just denna, att s. k. skuld föreläge i n:r 1 men icke i n:r 3? Men skulden skall ju enligt *Sjögren* icke ha annan betydelse än såsom *symptom* på viljans kausalitet, ett symptom som i fallet n:r 3 är *fullständigt överflödigt* för utrönande av denna kausalitet.

Sedan vi nu på denna linje sett, hur en logiskt nödvändig konsekvens av åsikten om den ifrågavarande kausaliteten såsom rättsgrund för skadeståndet råkar i klar strid med den faktiskt tillämpade skadeståndsrätten, återstår att visa, att kausalitetskravet även på en motsatt linje råkar i öppen konflikt med skadeståndsrätten: man dömes till skadestånd efter culpa-regeln i otaliga fall, fastän man *icke på minsta sätt varit kausal* till skadan, nämligen i alla sådana fall,

som kunna rubriceras under det 4:de exemplet här ovan. Här föreligger s. k. skuld, men något orsaksförhållande mellan den skadeståndsskyldige och skadan kan icke påvisas. Det är ett falskt påstående, när *Sjögren* säger, att »skuld» är symptomatisk för viljans *kausaltitet* såsom *causa efficiens*. Detta måste ju enligt *Sjögren* betyda, att så snart som »skuld» föreligger, så vore därmed ett osvikligt tecken givet därpå, att den skuldbelastades vilja varit kausal till skadan. Som sagt är detta falskt. Yttrar sig »skulden» däri, att personen *underlåtit* att göra något, varigenom skadan skulle ha förhindrats, så har hans handlingssätt icke ens rent objektivt orsakat skadan, vadan allt tal om hans viljas kausalitet måste upphöra. Men också om man genom *positiv* handling ådragit sig »skuld» till skada för annan, så ligger ju saken — om vi bortse från dolus-fallen — vanligen så, att man just *icke velat* åstadkomma *skadan*. Man har ju icke faktiskt insett utan endast bort inse, att handlingen skulle draga skada med sig. Det kan ju nu icke ligga någon mening i att låta ansvaret för *skadan* referera sig till *viljans* kausalitet, om *blott handlingen men icke skadan varit velad*. Gentemot det nu sagda — som drabbar icke blott *Sjögrens* lära utan även den vanliga skuldteorien, även om denna icke uttryckligen på samma sätt som *Sjögren betonar* kausalitetens betydelse — kan man nu i analogi med det orimliga hävdandet av den s. k. negativa handlingens kausalitet vänta sig den invändningen, att personens vilja dock alltid på det sätt måste anses kausal, att — därest densamma icke varit oaktsam utan aktsam — så skulle ingen skadebringande handling ha skett. Därigenom vore det *viljans* felaktiga *beskaffenhet*, som utgjorde *verklig* orsak till skadan. *I förhållande till skadan* är emellertid viljans oaktsamhet endast och allenast ett uttryck för *nega-*

tionen av aktsam vilja, alltså ett uttryck för det rena intet. Men av intet blir intet och alltså icke heller någon skada.¹ Detta är icke en ordstrid utan något av allra största betydelse. Genom insikten däri, att kausalitetens antagande i en mängd fall av ansvar för kulpos skadegörelse är logiskt omöjligt och att det sålunda är falskt åtminstone att i dessa fall betrakta kausaliteten såsom någon slags rättsgrund för ansvaret, nödgas man söka en annan förklaring till detta. Då man likväl icke kan undgå att begripa, att skadeståndet står i samband med skadan såsom varande något, som »bort» undvikas, samt att den även *hade* förebyggts, därest handlingssättet varit på visst sätt annorlunda beskaffat, så kan man näppeligen undgå att komma på den tanken, att skadeståndet åtminstone i de icke kausala fallen kunde ha den betydelsen, att medvetandet om dess hotande eggade folk att iakttaga större försiktighet och dymedelst genom positiv handling förebygga skada, att skadeståndet m. a. o. här hade den betydelsen att *förebygga* kulposa handlingssätt av negativ art. Från denna förståelse är det blott ett tuffjät till insikten om att skadeståndet faktiskt hade denna preventiva betydelse även i de kausala fallen. Insikten om att kausaliteten i en mängd fall endast är en fiktion måste, kort sagt, ovillkorligen bidra till klarläggandet av rättfärdighetsföreställningarnes chimäriska natur, alldenstund dessa föreställningar äro på det intimaste förbundna med fiktionen ifråga.

Viljan såsom *causa finalis* till skadan.

Det är dessutom sannolikt, att insikten om viljekausalitetens fiktiva natur i en mängd av skuld-fallen skulle ha

¹ Se härom min »Till frågan om rätten och samhället», s. 62 f.

gjort *Sjögren* betänksam gentemot åsikten, att viljans kausalitet såsom *causa finalis* vore skadeståndets rättsgrund i den andra gruppens fall. Denna utomordentligt verklig-hetsfrämmande konstruktion har givetvis också sin grund i strävan efter att göra den ifrågavarande skadeståndsskyldigheten till en »naturlig», d. v. s. rättvis följd på den inträffade skadan. *Sjögren* erkänner nu själv, att det här icke är fråga om viljan såsom *verkande* orsak. I själva verket är det här i princip alls icke fråga om något kausal-sammanhang mellan någon av den ansvariges vilja bestämd verksamhet och skadan, såsom man förstår, när man beaktar, att hit hör sådant som ansvar för anlitedes culpa eller järnvägsinnehavarens ansvar för skada genom järnvägens drift. Icke kan väl den anlitedes kulposa handlingssätt såsom regel sägas ha varit velat av principalen! Och om exempelvis skogsbrand uppstår genom eldgnistor från lokomotiv, vilka i sin tur möjliggjorts därigenom, att eldaren, lokomotivföraren eller annan underlåtitt vissa försiktighetsmått, så kan det naturligtvis icke hävdas, att underlåtenheten ifråga skett, *enär* järnvägsinnehavaren velat den. Det är här givetvis fråga om något helt annat än kausalitet, såsom framgår av *Sjögrens* egna resonnemang.

Ansvaret skall här ha sin grund i den viljans kausalitet, som framgår därav, att den i skadegörelsen ingående verksamheten är ägnad att befordra ett objektivt ändamål, som knyter verksamheten vid en bestämd person (s. 190). Detta objektiva ändamål uttryckes även såsom personens intresse, och verksamhetens finalitet säges såsom symptomatisk knyta »skadan, resp. ansvaret för densamma vid den person, i vilkens intresse den verksamhet skett, som i naturlig mening förorsakat skadan» (s. 202). Det är alltså icke fråga om någon kausalitet »i naturlig mening» från den ansvarige

personens sida! Detta blir än tydligare genom följande uttalande:

»En persons verksamhet, begränsad genom objektiva ändamål (hans intressen), bildar en sluten kausalserie, för vilkens verkningar, så vitt de orsaka annan förmögenhetsskada, *han* ansvarar oberoende därav, huruvida just en sådan verkan var, subjektivt sett, hans syfte: det är tillräckligt för ansvar, att skadan orsakats av en verksamhet, som skett i hans intresse, för hans (objektiva) ändamål, m. a. o. att verksamhetens finala sida knyter dess resultat vid hans person såsom rättslig orsak» (s. 210 f.).

Därmed är ju saken fullt klar. »Rättslig orsak» har intet med verklig orsak att skaffa. F. ö. kan hela uttalandet ur saklig synpunkt icke betyda något annat, än att personen faktiskt blir skadeståndsskyldig, och innefattar följaktligen en *petitio principii*, såvitt en förklaring till skadeståndsskyldigheten i uttalandet skall vara given. I den närmare utvecklingen av detsamma deklarerar dess »allmänt teoretiska giltighet» samt säges vidare, att *rättsmedvetandet*

»fordrar, att de ekonomiska nackdelar, vilka träffa andra vid fullföljandet av individualistiska, av rättsordningen till subjektiva rättigheter icke utbildade intressen, skola utjämnas av den, vilkens intresse föranlett verksamheten».

Här ha vi uppenbarligen pudelns kärna. Skadeståndsskyldigheten är här liksom eljest ett rättfärdighetskrav. Men för att detta skall kunna av rätten beaktas, måste ett kausalförhållande bestå mellan den ansvarige och skadan. Då verkligt sådant saknas, betraktas han som *rättslig or-*

sak till densamma.¹ — Parentetiskt märkes att skadan skall ha uppkommit genom fullföljandet av »till subjektiva rättigheter icke utbildade intressen». Varför? Givetvis därför, att »ansvar» för utövande av *rättighet* skulle innefatta motsägelse. Här kan ju icke, åtminstone icke i princip, vara fråga om s. k. chikanöst utövande av rättighet, en fråga som överhuvud icke behandlas av *Sjögren*.²

Norden i övrigt.

Ussing.

Efter vad jag i det föregående dels utvecklat dels genom hänvisningar åberopat mig på, torde det få anses ofrånkomligt, att culpa-begreppets användande i mening av skadeståndet rättfärdigande *skuld* ligger utanför sunt förnuft. Den nordiska jurisprudensen kan emellertid uppvisa författare, vilka synas taga visst avstånd från att betrakta culpa-regeln såsom en skuld-regel. Jag syftar särskilt på dansken *Ussing* i dennes redan 1914 utgivna arbete »Skyld og Skade».³

¹ Se också *Sjögrens* pregnanta uttalande, a. a. s. 231, där uttryckligt avstånd tages från fysisk kausalitet.

² Den *Sjögrenska* teoriens ohållbarhet har visats upp av *Hägerström* redan i dennes »Stat och rätt», s. 93 ff., s. 105 ff., och därefter, med delvis nya synpunkter, i samme förf:s »Till frågan om den objektiva rättens begrepp», s. 145 ff. *Hägerströms* kritik har givetvis haft stor betydelse för min egen ovanstående granskning, som dock med hänsyn till sitt från *Hägerström* avvikande syfte lagts på ett annat sätt. — I vissa delar har jag kunnat följa mina i T. f. R. 1923 gjorda uttalanden ang. *Sjögrens* åsikt.

³ Jag säger en gång för alla ifrån, att jag trots den följande kritiken högt uppskattar denna skrift såsom en mycket både gedigen och skarp-sinnig prestation. Bakom densamma måste ligga ett kolossalt arbete. Det är förf:s allmänna rättsteoretiska underlag och därav föranledda metoder, som kommit avhandlingen ifråga att enligt min mening sakna

Ussing har icke nöjt sig med att på vanligt sätt se saken. Han vill grunda culpa-regeln med preventionssynpunkten: samhällets önskan att förebygga skador. Det kan emellertid nu visas, att denna i och för sig högst realistiska synpunkt i förf:s framställning endast blir ett talesätt, som icke *kan* vila på tillräckligt djupgående penetrering av saken. Av min föregående framställning måste man t. o. m. genast kunna förstå, att ett missförstånd föreligger, när enligt *Ussing* skadeståndets prevenerande funktion ovillkorligen skall förutsätta skadegörelsens rättstridighet. Vore nämligen handlingen icke rättstridig, så vore den ju rättsenlig, d. v. s. »rättsordningen» skulle godkänna handlingen. Men såvitt detta sker, »saa maa den ogsaa tage dens Følger med i Købet — og for saa vidt billige dem».¹ Det bör här märkas, icke blott att man rör sig med bevisligen orimliga begrepp, utan framför allt, att man *använder* dem — begreppen rättstridighet och rättsenlighet — och det på ett sådant sätt, att det blir uteslutet att få något sammanhang i resonsemangen. Rättstridighetsbegreppet är i *Ussings* framställning av fullständigt grundläggande betydelse. Rättstridigheten skall ju innefatta, att handlingen är av rättsordningen förbjuden. Därmed blir den för det rättsliga bedömandet ett fundamentalbegrepp. Hela åskådningen *måste* bestämmas av detta fundamentalbegrepp, så långt som detsamma nu skall ha betydelse. Följaktligen kan preventionssyftet såsom grund för culpa-regeln hos *Ussing*

vetenskaplig karaktär på samma sätt som all övrig litteratur, som jag kritiserat. Att arbetet är över 20 år gammalt torde icke göra kritiken mindre motiverad, då ingen anledning finnes antaga annat, än att förf. alljämt har samma rättsteoretiska underlag och använder samma metoder.

¹ *Ussing*, a. a. s. 31 ff.

aldrig bli något annat än en påklistrad etikett. Förordnar »*rättsordningen*» om skadeståndstvång på handlingar, som den själv skall ha förbjudit, så måste varje annan grund för detta tvång, än just att handlingen av rättsordningen förbjudits, vara både överflödig och meningslös. *Ussing* synes icke ha förstått, att han inplacerar preventionssynpunkten i ett av honom antaget utgångsläge, som innefattar en motsägelse till, att synpunkten ifråga skulle kunna ha någon betydelse för skadeståndet. Det konsekventa skolastiska resonnemanget är följande: handlingens *farlighet* leder till dess *rättstridighet*, som i sin tur — därest culpa förelegat och skada inträffat — föranleder skadeståndstvång. I detta resonnemannang finns ingen plats för preventionssynpunkten.

Innan jag går närmare in på *Ussings* ställning till preventionstanken, bör jag kanske nämna, att han fäster en utomordentligt stor vikt vid rättstridighetsbegreppet. Att han ägnar relativt litet utrymme direkt åt dess behandling, beror endast därpå, att han icke finner det råda något »Tvivl om, at det Retstridighetsbegrep, der er opstillet af den nyere, nordiske Retsvidenskab, i alt væsentligt er rigtigt», s. 10. När han likväl upptager begreppet till behandling, så sker det därför att

»dette er nødvendigt, dels fordi det retlige Skyldbegrep kun kan bestemmes nøjagtigt ved Hjælp af Begrebet Retstridighed, dels fordi allene den rette Opfattelse af Retstridighedsbegrebet gjør det muligt at naa en tilfredstillende Løsning af Problemet Erstatning uden culpa. Og det er naturligt at sætte disse Bemærkninger i Spidsen, da Retstridighedsbegrebet har en Betydning, der rækker langt ud over Erstatningsretten.»

Av *Ussings* bidrag till utredningen av rättstridighetsbegreppet är följande uttalande av ett visst intresse:

»Om en Handling eller Undladelse er retstridig, vil efter det anførte bero paa, om den modvirkes af Retsordenen. Til at fastslaa Retstridighedsbegrebet hører derfor en Undersøgelse af de forskellige Maader, hvorpaa Retsordenen modarbejder Menneskers Handlinger. En retstridig Handling kan nu modarbejdes paa mange Maader. Med Hensyn til de ydre, fysisk fremtrædende Handlinger, som allene interesserer i denne Afhandling, kan det ske paa to Maader. Handlingen kan modarbejdes ved Magtmidler — mekanisk virkende Hindringer — eller ved att skabe Motiver for den paa-gjældende selv og derved bevæge ham til at afholde sig fra den retstridige Handling — kompulsivt virkende Regler —. Det første sker navnlig ved Politi og judicielle Myndigheder samt ved de privates Nød-værge. Det sidste sker først og fremmest ved Truselen om Straf eller Erstatning, men herhen hører ogsaa Forbud og Exektion, forsaavidt der kun benyttes Tvangsmidler af indirekte Art. Om en Handling kan modarbejdes paa en eller flere af disse Maader, er ligegyldigt. Saa snart den kan modarbejdes med et eller andet Middel, er den retstridig», s. 13.

Dessa satser torde vara särskilt ägnade att ådagalägga den skolastiska meningslösheten i det beundrade begreppet. Tag nu t. ex. vilket enkelt fall som helst av skadegörelse å annans sak. Fråga uppstår, om situationen leder till skadeståndstvång för skadegöraren. I ett fall sådant som det föreliggande skall nu härför krävas rättstridighet. Är då skadegörelsen ifråga rättstridig? Detta skall avgöras

genom undersökning, huruvida »den modvirkes af Retsordenen». Skadeståndsreaktionen kan därvid lämnas ur räkningen, eftersom den uppställda frågan just är, om skadeståndstvång föreligger. Man måste därför först fråga, om handlingen motverkas genom straff. Men denna fråga för oss ånyo in i en cirkel, ty enligt doktrinen förutsätter ju också handlingens straffbarhet, att man redan vet, att handlingen är rättstridig. Dessutom är det ju ett faktum, att en handling mycket väl kan vara skadeståndsgrundande utan att vara straffbar. Några »kompulsivt verkande regler» annat än avseende just skadestånd eller straff kunna väl här ej tänkas. Sålunda får man, alltjämt för att bedöma skadeståndsfrågan, undersöka, huruvida nödvärnsrätt mot handlingen förelåg. Men också här uppställer ju doktrinen regeln, att dylik rätt förutsätter handlingens rättstridighet. Även bortsett härifrån finns det naturligtvis ingen reson i att låta skadeståndsreaktionen förutsätta nödvärnsrätt. Skall man då se efter, om polis eller domstolar skulle ha kunnat använda maktmedel såsom ett »mekaniskt verkande hinder» mot handlingen? Dylikt torde ha varit uteslutet i vårt fall, åtminstone *behöver* det ingalunda ha kunnat komma ifråga. Och för övrigt anses väl av rättsvetenskapen varken polis eller andra myndigheter i allmänhet kunna hindra andra handlingar än de rättstridiga, och då ha vi cirkeln där igen. Det är ju tydligt, att hela uttalandet är fullkomligt meningslöst. På sådant sätt löser man inga frågor. Man skjuter endast undan dem. Uttalandet står dessutom i strid med *Ussings* kort förut givna definition av den rättstridiga handlingen såsom stridande mot »Loven» och *därför* motarbetad av denna, s. 12. När motarbetandet från lagens sida skall vara föranlett av rättstridigheten, så kan man ju icke i rak motsats härtill låta

rättstridigheten »bero paa, om den modvirkes af Retsordenen». »Lov» och »Retsorden» skola nämligen i detta sammanhang vara synonyma begrepp.¹

Härefter återgår jag till *Ussings* tal om skadeståndets prevenerande betydelse. Att detta hos honom icke *kan* vara motiverat utan står i strid med själva hans grundåskådning, visar han genom sin uppläggning av hela skadestandsfrågan, d. v. s. utan begränsning till culpa-regeln. Redan på ett mycket tidigt stadium av framställningen uttalas att

»Retsordenen staar her overfor to Parter, og det gælder om at veje og udligne deres Interesser paa den retfærdigste Maade. Det kan derfor ikke a priori erklæres for uretfærdigt at paalægge Erstatningspligt uden Skyld», s. 22.

Lika sant som det är, att den enskilde individens intressen kunna vara något helt annat än samhällets, lika sant är det också, att preventionssynpunkten är absolut oförenlig med den synpunkt — avvägningen av parternas intresse på rättfärdigast möjliga sätt — som så tydligt framträder i detta citat. Särskilt lägga man märke till tanken, att rättfärdigheten i skadeståndstvånget i fallen av *skuld* just *genom* denna vore höjd över allt tvivel. Men det är just i skuldfallen, som *Ussing* anlägger preventions-synpunkten. Motsägelsen är påtaglig. Vidare fixerar *Ussing* följande sats som sin utgångspunkt för behandlingen av skadeståndsläran: *Al Skadeserstatning finder sin Grund i Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning*, s. 26. Med en sådan utgångspunkt kan man självfallet icke heller

¹ Här har jag upprepat mina anmärkningar i min »Kritik av nordiska skadeståndsläror» i T. f. R. 1923, s. 62 f.

på allvar hävda preventionen såsom culpa-regelns sociala funktion.¹ Låt oss emellertid något närmare granska *Ussings* syn på frågorna.

Den allmänna problemställningen, d. v. s. innefattande både culpa-regeln och det strikta ansvaret, är enligt honom följande: Bör den skadelidande definitivt bära förlusten, eller bör han ha rätt att få den täckt av andra, helt eller delvis?, s. 24. Denna problemställning är så ovetenskaplig som möjligt. Såvitt man verkligen menar, huruvida det är *rättvist* eller icke, att förlusten stannar å den skadade, kan ingen vetenskapsman i denna sin egenskap besvara den uppställda frågan. Överhuvud är det tydligt, att intill dess man vunnit klarhet angående skadeståndsrättens faktiska (eller, såvitt man jämväl forskar »de lege ferenda», såsom önskvärd ansedda) sociala funktion, måste varje annan undersökning än den därpå inriktade rinna ut i sanden. Så länge klarhet härutinnan saknas, måste första uppgiften därför vara att skaffa densamma. Detta torde näppeligen kunna ske på annat sätt än så, att man söker aktualisera för sig, hur det skulle se ut i samhället, om icke en skadeståndsrätt uppehöles. Alla till utredningens grundläggning syftande resonemang, som gått förbi en sådan abstraktion, måste mer eller mindre brista i vidsynthet. Sådan bristfällighet är det just, som karakteriserar *Ussings* uppläggning av ämnet. Det gäller först, säger han,

¹ När jag talar om rättens sociala funktion, menar jag de *faktiska* verkningar av en institution, vilka vid värdering ur samhällets synpunkt betraktas såsom varande *för detta* av påtaglig och hög betydelse. Att de samhällsintressen, som därvid beaktas, icke ha något med »objektiva värden» att skaffa är klart av vad jag därom utvecklat i Obligationsbegreppet II. Den intresserade kan jämväl läsa min polemik med *Ross* i SvJT 1932 och 1933.

»at undersøge de Grunde, der kan tale for at lægge Tabet fra den først ramte over paa en eller flere andre. — For at kunne løse dette Spørgsmaal maa man være paa det rene med, hvorledes Retsordenen overhovedet bør stille sig overfor de Skader, der sker. Det er indlysende, at Problemet er af overordentlig stor Betydning for Samfundet. Der lides til Stadighed enorme Tab af Samfundets Medlemmer, og disse Tab interesserer ikke blot de enkelte Skadelidende, for hvem de ofte har en indgripende Betydning, men ogsaa Samfundet som Helhed. Herved sigtes ikke blot til, at Samfundet i og for sig altid rammes, naar et Individ lider Skade, fordi Samfundet er Summen af Individerne. Men den Skade, der i første Linie rammer et Individ, kan ogsaa faa vidtrækkende Følger for en Mængde andre og derigennem for Samfundet som Helhed. Den virker som et Brud paa Samfundsmaskineriet. Desuden kan den i mange Tilfælde ramme det offentlige, f. Eks. hvor den medfører, at den skadelidende bliver ude af Stand til at underholde sig selv. Det er derfor klart, at Samfundsmagten ikke kan forholde sig ligegyldig overfor Ondet, men har et stærkt Kald til at gribe ind derimod, og som Middel hertil kan den først og fremmest benytte Retsregler», s. 25.

Det är i skilda avseenden blott och bart ett *sken*, att i detta uttalande rättens betydelse för samhället beaktas. Det måste ju vara logiskt uteslutet att ha någon verklig föreställning om denna betydelse, därest man *stadigvarande utgår* från det sakläge ifråga om skador, som faktiskt råder och som ju omöjliggen kan vara oberört av det faktum, att en skadeståndsrätt, inkl. culpa-regeln, uppehålls och i

långliga tider uppehållits. Abstrahera från detta och försök att med en sådan abstraktion bedöma »samhällets» tillstånd till jämförelse med den i verkligheten rådande situationen! Detta är en nödvändig förutsättning, därest man skall kunna bilda sig en uppfattning om skadeståndsrättens sociala betydelse. *Ussing* vill med sitt resonnemang lägga grunden till sin redan omnämnda utgångspunkt, att allt skadestånd hade sin grund i behovet att skaffa upprättelse åt den skadade. Vilken roll kunde väl ur *samhällets* synpunkt ett sådant behov spela i jämförelse med intresset för det civiliserade samhällets egen existens! Att denna vore otänkbar, därest skadeståndsrätten utan något sitt surrogat vore borta, har jag sökt påvisa i mina positiva synpunkter på culpa-regeln. Att *Ussings* skildring endast avser de faktiskt rådande skadeförhållandena kan icke betvivlas. Icke med ett ord antydes, hur det skulle se ut, om icke den nutida skadeståndsrätten uppehöles. Det är denna ytlighet, som gör det möjligt för *Ussing* att intaga sin — såsom redan måste ha framgått och vid behandlingen av det strikta ansvaret skall närmare visas — ohållbara utgångspunkt om skadeståndet såsom grundat i behovet av upprättelse åt den skadade.

Emellertid begår *Ussing* i förevarande avseende tvänne tankefel. Det första är, att han, som sagt, bedömer rättens betydelse gentemot skadegörelser blott och bart utifrån det gynnsamma läge ifråga om dessas frekvens, som icke kunnat komma till stånd utan det allmänna medvetandet, sedan sekler tillbaka, om skadeståndsrättens uppehållande. På detta sätt går rättens verkliga betydelse gentemot skadegörelser honom spårlöst förbi.

Eftersom den situation, vartill *Ussing* sålunda från början till slut inskränker sin betraktelse — det ifråga om skade-

görelser *genom* skadeståndsrättens uppehållande till kanske nära nog ett minimum *begränsade* eländet — icke är tänkbar annorlunda än genom skadeståndsrättens uppehållande, vilket åter innebär, att en skadebringande handling medför skadeståndstväng och att sålunda i *Ussings* mening skadan överflyttas från den skadade till annan, så blir ju frågeställningen, *hurvida* sådan överflyttning bör ske, rent meningslös. Den situation, *angående vilken* frågan ställes, förutsätter ju, d. v. s. är logiskt icke tänkbar under annat förhållande än, att denna överflyttning av skador äger rum, vilket ju endast är ett uttryck för att skadeståndsrätten uppehålls. Därmed har jag angivit *Ussings* andra ifrågasvarande tankefel.

Jag tillät mig nyss säga, att det i skilda avseenden endast vore skenbart, som *Ussing* i sitt uttalande beaktade rättens betydelse för *samhället*. Utöver vad därutinnan redan framkommit må nu erinras om hans bakom uttalandet tydligen liggande föreställning, att *summan* av intressena för de enskilda i de olika fallen av skadegörelse — såvitt dessa intressen hade rättfärdigheten för sig (jfr a. a. s. 28) — att få sina förluster avlyftade bleve till ett *samhällets* intresse. Ett sådant åskådningssätt, i vilket man tappar bort det stora sammanhanget och *begränsar* sig till bedömande endast av därur lösryckta isolerade »fall», har jag vid skilda tillfällen kritiserat. Här vill jag blott nämna följande. Det kan, såsom jag sedermera vid behandlingen av det strikta ansvaret skall närmare visa, icke påvisas något *allmänt* intresse av i och för sig detta, att skadan överflyttas från den därav träffade till skadegöraren (eller annan). Detta överflyttande av skadan (d. v. s. den därigenom uppkomna förlusten) är uteslutande att betrakta såsom ett uttryck för *skadeståndsrättens* (d. v. s. viss dels därav) uppehållande.

Frågan kan därför aldrig bli någon annan, än huruvida det allmänna *härav* har något intresse. Det jakande svaret härpå är givet med en hänvisning till betydelsen för den allmänna omsättningen och dess förutsättning, den allmänna känslan av trygghet i handel och vandel, kort sagt för hela samhällsekonomin, av skadeståndsrättens i första hand preventerande och i andra hand ersättande funktion, varvid märkes att även den *ersättande* funktionens betydelse för *samhället* uteslutande ligger däri, att den *allmänna* trygghetskänslan ökas.¹ Detta samhällets intresse har av *Ussing* överhuvud icke beaktats. Vad han tydligen betraktar såsom sådant — summan av individernas isolerade intressen — är raka *motsatsen* till det allmännas intresse. Hans resonemang är fullt analogt med tillitsteoriens falska tro, att »samhandelens Sikkerhed» krävde, att en löftesmottagares tillit skyddades.² *Ussing* menar ju, att skadeståndstvånget uppehålles, därför att det i de olika fallen är *rättfärdigt*, att upprättelse gives. Detta innefattar, att den skadade har ett ideellt krav mot annan, sålunda *individens rättighet*, som icke är tänkbar annorlunda än genom föreställningen om individen såsom ändamål i sig själv, vilket åter *måste* betyda, att det *icke* vore av hänsyn till samhället, som han åtnjöte den ifrågavarande fördelen av ett »skadeståndsanspråk».³ Att nu addera ihop samtliga de ifråga-

¹ Beakta det ovan s. 176 n. 1 sagda. — Jag har här nödgats antecipera ett resultat, som skall utredas i det följande, nämligen att icke blott culpa-regeln utan skadeståndsrätten i det hela — bortsett från ersättning vid expropriation, nödhandling m. m. dyl. — har en social funktion analog med culpa-regelns.

² Se härom mina utredningar i Obligationsbegreppet I och II, och märk i förevarande avseende särskilt II, s. 169 f.

³ Jfr här min kritik av begreppet relativ rättighet i »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», 1932, s. 213—216.

varande på individerna såsom självändamål fotade intressena till ett allmänt intresse i mening av samhällsintresse innebär den skarpast tänkbara motsägelse: genom *mångfalden* av mot samhällsintresset stridiga intressen kan stridigheten icke omvandlas till enhetlighet med samhällsintresset utan endast mångfaldigt ökas i styrka. Skulle verkligen individernas intressen få göra sig gällande på det sätt, som *Ussing* föreställer sig, så bleve de tillsammans som en krutdurk, varigenom hela samhället skulle söndersprängas.

Emellertid är det nu till sist också tydligt, att det med en sådan åskådning som *Ussings* endast blir tomma ord att hävda samhällets önskan att förebygga skadegörelser såsom ett motiv för skadeståndsrätten. Mina positiva anmärkningar angående culpa-regeln torde, som redan sagt, giva vid handen, att skadeståndsrättens preventiva funktion icke kan förstås, därest man icke söker tänka sig in i förhållandena, sådana de skulle gestalta sig i frånvaro av skadeståndsrätten, utan istället endast betraktar det *genom* skadeståndsrätten uppkomna läget. Det är intet annat än ord att angående det allmänna läge i fråga om skadegörelsers frekvens, som *råder tack vare* rättens prevenerande funktion — angående vilken av *Ussing* ingen som helst anmärkning för bristande effektivitet riktas — säga, att detta läge motiverade samhällets önskan att förebygga skadegörelser. *Ussing* har icke förstått skadeståndsrättens faktiska sociala funktion, primärt prevenerande, sekundärt ersättande, och därmed icke heller att den senare funktionen icke kan begripas, bedömd isolerad från den förra. Blott genom sådan isolering kan *Ussing* göra dessa meningslösa uttalanden, att »Samfundet i og for sig altid rammes» genom den enskilda skadegörelsen och att denna »virker som et Brud paa Samfundsmaskineriet». Tankefelet är här det-

samma som, när man inom straffrätten tror, att det enskilda brottet såsom sådant innebure en samhällsfarlighet, vilken motiverade samhällets ingripande genom dess bestraffning.¹

Som sagt måste det vara klart, att det med *Ussings* syn på saken icke finns någon logisk möjlighet att anlägga preventionssynpunkten på culpa-regeln. I den mån han likväl gör detta, uppstår genast motsägelse. Jag har redan påpekat preventivtankens oförenlighet med både rättstridighetsföreställningen, idén om partsintressenas avvägning efter rättvisesynpunkter och utgångspunkten, att skadeståndet syftade till den skadelidandes upprättelse. Motsägelsen mellan denna senare och preventivtanken framträder ohöjld i följande *Ussings* uttalande angående de grundläggande linjerna:

»Spørger man da, hvilke Veje Samfundsmagten skal gaa for at modvirke de Ulemper for Samfundet, Skader medfører, saa frembyder der sig to Veje: Samfundsmagten kan søge 1) at *forebygge Skaden*, at hindre dens Indtræden, og 2) at skaffe den skadelidende *Opretning*, hvor Skade er sket. Som Regel bør Samfundsmagten benytte begge Veje, saaledes at de supplerer hinanden. Præventionen vil blive den første Opgave, og Opretningen kun sibiidiær, for det Tilfælde at det ikke lykkes at afværge Skaden. — Der er dog ogsaa, som vi siden skal se, Tilfælde, hvor Opretning bør finde Sted, selv om Samfundsmagten slet ikke har søgt at hindre Skadens Indtræden, og her faar Opretningen derfor en særlig Betydning. — Hvad det gælder om at fastslaa her, er, at Opretning er noget, der interesserer Samfundet, og

¹ Se min »Till frågan om rätten och samhället», s. 12 ff.

derfor bliver et Formaal for Samfundsmagten; thi Skadeserstatning er, som det ligger i Ordet, en Form for Opretning, ja kan siges at være Hovedformen herfor. *Al Skadeserstatning finder derfor sin Grund i Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning», s. 26.*

Man står verkligen fundersam inför denna motsägelse, flagrant i sig själv och understruken genom sista punktens kursivering. Till en början frestas man bortförklara densamma så, att *Ussing* tänkte sig samhällets strävan att förebygga skador vara något, som till väsentlig del icke skulle realiseras genom skadeståndsrätten utan genom administrativ lagstiftning med föreskrifter om ordning och säkerhetsanordningar av olika slag. Hur skulle han eljest kunna sätta preventionstanken i spetsen men samtidigt deklarerera »Trangen til at skaffe Opretning» åt den skadelidande såsom *grunden* till skadeståndet? Uttalandet kan emellertid icke förklaras på denna linje. Den går nämligen icke ihop med *Ussings* redan berörda uttalanden, att preventionssyftet ledde till skadeståndstväng vid rättstridig handling. Den synes icke heller gå väl ihop med slutorden i det nästföregående citatet, att rättsregler är det, som gentemot skadegörelserna först och främst komme ifråga. Förklaringen är sannolikt den, att *Ussing* isolerar ifrån varandra skadeståndsrätten och skadeståndstväng. Den förra skall så vara prevenerande; det senare intet ha med preventionen att skaffa. En sådan ståndpunkt är dock av ytligaste art, i det att den förbiser, att skadeståndet i det enskilda fallet blott är ett *uttryck för* att på det av fallet berörda området, såsom man säger, *skadeståndsrätten gäller*. I övrigt får jag till bevis för orimligheten i det nu behand-

lade uttalandet hänvisa till de synpunkter, som jag anförde till kritik av *Ussings* nästföregående uttalande.

En bidragande förklaring till att *Ussing* kunnat på detta extraordinära sätt förvirra saken genom inskjutandet av preventivsynpunkten torde kanske kunna sökas i rättstridighetskonstruktionen, vars oförenlighet med preventionssynpunkten icke för *Ussing* kunnat få någon betydelse, eftersom han förbisett densamma. Då en mängd verksamheter, vilka kunna draga skada med sig, som leder till skadeståndstvång enligt skolastiken själv, av denna icke kunna karakteriseras såsom rättstridiga utan tvärtom som *rättsenliga*, går det ju icke att i dylika fall se skadeståndet ur preventiv synpunkt. Därigenom förfaller tanken, att preventionssynpunkten skulle kunna anläggas såsom grund för skadeståndstvånget utanför culpa-regeln. Å andra sidan säger sig *Ussing* icke tro på skulden såsom, enligt vedergällningsidén, rättfärdighetsgrund till culpa-regeln.¹ Därigenom får culpa-förutsättningen, som dock fordras av *Ussing*, icke samma artskiljande betydelse som enligt den vanliga skuldåskådningen, och idén om en gemensam utgångspunkt för allt skadestånd, både culpa-regelns och det strikta ansvarets fall, gör sig gällande. Det resultat *Ussing* därvid kommer till, nämligen att skadeståndet hade sin grund i rättfärdighetsbehovet av den skadades upprättelse, giver sig för honom nära nog av sig självt. Till denna utgångspunkt föres han för culpa-regelns fall genom sin tro på skadegörelsens rättstridighet i förbindelse med det totala förbiseendet av vad skadeståndsrätten faktiskt uträttat och uträttar i samhället. Samma förbiseende föranleder honom att vid bedömandet även i övrigt isolera de enskilda skade-

¹ *Ussing* s. 21 f. Hur *Ussing* härvid bedrager sig själv skall strax visas.

görelserna och uppehålla jurisprudensens vanliga föreställning om att skadeståndet liksom andra rättsreaktioner vore beroende av en avvägning av partsintressena så, att det tillgodosåge rättvisans krav. Faktiskt innebär ju skadeståndet i görligaste mån en reparation av skadan. Och då detta överflyttande av förlusten från den skadelidande till skadegöraren (eller annan) icke kan tänkas ske blott »för ro skull», så kan det för en person, som på grund av nyss angivna föreställningar förhindras att se realiteterna, icke gärna bli fråga om någon annan gemensam grund för skadeståndet, än att *rättvisan* fordrar det, d. v. s. fordrar att den skadelidande får upprättelse. Men å andra sidan kan ju ingen reflekterande människa, även om hon icke inser det verkliga sammanhanget, undgå att åtminstone ha på känn, att utan skadeståndsrättens uppehållande samhället skulle översvämmas av skadegörelser. Den preventiva synpunkten måste sålunda på något sätt komma med. Och då man icke kan tänkas vilja i samhällets intresse förebygga *rättsenliga* handlingar, blir preventivsynpunkten förbehållen de rättstridiga, d. v. s. culpa-regelns fall. På detta sätt insmugglas denna synpunkt i en rättsskolastisk byggnad, vari den endast anställer ytterligare förvirring.

Återstår att beröra *Ussings* ställning till *skuldens* betydelse. Såsom vi sett avvisar han skulden såsom utgörande en rättfärdighetsgrund, enligt vedergällningsidén, för skadeståndstvånget. Att fullständigt söka reda ut de sig varandra skärande idéerna i *Ussings* framställning i förevarande avseende skall jag icke möda mig med. Följande anmärkningar torde här vara tillfyllest. Han uttalar, att preventionssynpunkten, önskan att avvärja skador, just är den bärande tanken i culpa-regeln, s. 39. Detta uttalande måste jag givetvis finna hållbart, då det överensstämmer

med vad jag själv förfäktar. Det står också i fullständig överensstämmelse med hans bestämda avståndstagande från laborerandet med skulden såsom »et etisk Begreb, Begrebet om den *retfærdige Gengældelse*», s. 21. Men sådana uttalanden kunna ju omöjligen gå ihop med rättstridighetsförutsättningen, så mycket mindre som en förutsättning för skadeståndstvånget enligt culpa-regeln skall vara, att rättstridigheten »var *kendelig* for en Mand i den handlendes Situation», s. 32 f. Detta senare bör nu ses mot bakgrunden av *Ussings* avståndstagande från skulden såsom etiskt begrepp, d. v. s. såsom rättfärdig vedergällningsgrund. Det falska i denna föreställning vore, att man *blott* beaktade ena partens skuld och låte rättsordningen ensidigt reagera på denna. Det gällde i stället att förstå, att skadeståndsrätten står inför *tvänne* parter, vilkas intressen vore att avväga på rättfärdigaste sätt, s. 21 f. Detta uttalande göres emellertid med hänsyn till skadeståndsrätten utan åtskillnad mellan culpa-regeln och det strikta ansvaret, och det heter i omedelbar anslutning till detsamma, att det därför icke a priori kan anses »uretfærdigt at paalægge Erstatningspligt uden Skyld» (jfr ovan s. 175). Beaktar man nu, att förhandenvaro av skuld, d. v. s. »Retstridighedens Kendelighed for en Mand i den handlendes Situation», *konsekvent* skall leda till skadeståndstvång, så måste ju det hela innebära, att intresseavvägningen *alltid, så snart* skuld föreligger, i rättfärdighetens namn fäller det utslaget, att den skyldige skall belastas med skadeståndstvång. Skulden å skadegörarens sida skall sålunda konsekvent göra den skadelidandes intresse att få skadestånd av den förre rättfärdigt. Detta måste ju vara ofrånkomligt. Återstår blott frågan, *varför* den enes skuld städse skall göra den andres ersättningsintresse rättfärdigt? Svaret kan icke vara något annat,

än att den förre genom sin skuld till skadan *gjort sig rättvisligen förtjänt* av det mén, som ligger i skadeståndstvånget. Där ha vi då vedergällningstanken lika utpräglad som hos skuldteoriens vanliga anhängare.

Att sedan skulden som rättfärdighetsgrund icke går ihop med en mängd andra uttalanden hos *Ussing* är en sak för sig. Detta gäller i mer eller mindre utpräglad grad om alla skuldteoretiker, självfallet beroende på skuldidéns verklighetsfrämmande karaktär. När *Ussing* sålunda med skuld menar rättstridighetens uppfattbarhet för en man i den handlandes situation — utläggande detta så, att enligt culpa-regeln »Ansvar som Regel bør paalægges en Person, selvom der paa Grund af hans individuelle Egenskaber ikke kan lægges ham noget til Last, forudsat at en normalt udrusted Person i hans Sted vilde have handlet anderledes», s. 38 — så begår han endast samma motsägelse, som enligt vad jag förut i annat sammanhang anført (ovan s. 67 ff.) utmärker skuldteoretikerna i allmänhet, med vissa undantag, inom skadeståndsläran. Och det bör icke lämnas obeaktat, att detta hos *Ussing* är en motsägelse mot själva hans grundåskådning, att skadeståndet hade sin »Grund i Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning», ty denna grundåskådning är direkt byggd på principen om de *individuella* omständigheternas å ömse sidor rättfärdiga avvägning såsom bestämmande för skadeståndstvånget.

Utom den motsägelse, som ligger i preventionstankens insmuggling, föreligger hos *Ussing* möjligen ytterligare en av liknande art, som kanske icke utan risk av missförstånd kan förbigås. Enligt honom skall »Retfærdigheden» blott vara ett uttryck för »hvad bedst tjener Livet, som det former sig hos os i Nutiden», s. 5. Menar han därmed, att rättfärdigheten endast är ett annat ord för *samhällets* in-

tesse, då föreligger därmed en absolut oförenlig motsättning till grundåskådningen om partsintressenas avvägning såsom bestämmande för skadeståndsrätten. Se härom ovan s. 180 f. Menar han åter, att en (»rättvis») avvägning av partsintressena såsom bestämmande för frågan: skadestånd eller icke? vore det som bäst tjänade det nutida livet, då motsäger han för visso icke sig själv på denna punkt, utan har konsekvent hängt sig åt den vanliga rättfärdighetschimären.

Nu framställda anmärkningar mot *Ussings* syn på culpa-regeln hindrar mig ingalunda från att erkänna, att han i sin utformning av »culpa» såsom en praktisk förutsättning för skadeståndstvängt är mycket både skarpsinnig och lärorik. Att här gå in på denna del av *Ussings* framställning faller dock, såsom framgår av förordet, utanför min plan. Emellertid vill jag här inskjuta något, som kanske lämpligare hade sagts redan vid min föregående beröring av den »objektiva» bestämningen av culpa-begreppet (ovan s. 67 ff.). Som jag där nämnde, var det icke min avsikt att opponera mot »objektiveringen» av skulden utan endast att uppvisa motsägelsen. Emellertid vill jag nu för fullständighetens skull framhålla, att, hur viktigt det än är — när man nu genom sitt teoretiska underlag är fången i rättviseföreställningarna — för rättslivet, att man icke forskar efter den »individuella skulden» utan använder ett mera objektivt kriterium, så skulle givetvis tankegången ha blivit en helt annan, om man utifrån en realistisk helåskådning gripit sig an med sin praktiska culpa-bestämning. Resonnementet blir nu, också bortsett från stridigheten mot grundåskådningen, ovetenskapligt. Det går ju ut på, att skadeståndsgrund föreligger, därest handlingssättet icke når upp till den där normalmänniskans i liknande situation. Men det finns

ingen människa, som icke i vilken situation som helst kan tänkas begå en sådan handling, som drager skadestånd med sig efter culpa-regeln. Med andra ord den uppställda »normal-människan» är ett fantom.¹ Icke förty har den dock förvisso bidragit till de hithörande resonnemangens snedvridande. Lika otvivelaktigt är det, att man aldrig skulle ha inriktat sina jämförelser på en sådan opraktisk varelse, om man icke stått i skuldidéns bann. När man nu av livets eget tryck tvungits att övergiva den subjektiva skulden, men det falska teoretiska underlaget likväl krävde skuldidéns vidmakthållande, så fanns ingen annan utväg att få fram ett slags klander-värdhet än att deklarerat, att personen — även om han handlat så gott han utifrån egna resurser kunnat — dock icke handlat *så* bra, som en *bonus vir* skulle ha handlat i en liknande situation. Opererandet med denna »Normal-maalestok» tillhör, såsom vi sett, även *Ussings* åskådning. Därmed finna vi en ny motsägelse till hans påstående, att preventionssynpunkten vore den bärande tanken i culpa-regeln. Ty anlägges verkligen preventionssynpunkten, då finns icke ringaste behov av att i den handlandes ställe insätta »en normalt udrustad Person» och efterforska, huru denne skulle ha handlat. Man undersöker då något helt annat, nämligen — kort och allmänt uttryckt — huruvida med hänsyn till den för omsättningslivet nödiga känslan av trygghet och rörelsefrihet ett handlingssätt av den art som det begångna lämpligen bör motverkas genom skadeståndstvang eller icke. Till praktisk ledning för den frågans besvarande kan givetvis ofta — dock ingalunda alltid —

¹ Jfr t. ex. *Brodmann*, »Über die Haftung für Fahrlässigkeit» etc., i Arch. f. ziv. Pr. N. F. 49, s. 344 f., som utifrån sin uppfattning om skulden såsom genomgående och uteslutande ett etiskt begrepp vänder sig mot skuldobjektivering.

tjäna erfarenheten av, hur vanliga skötsamma människor i allmänhet pläga handla i dylika situationer. Men detta är en helt annan sak än att uppställa en tänkt figur som »Normalmaalestok». Det beror nämligen blott därpå, att — tack vare rättens, särskilt skadeståndsrättens uppehållande sedan sekler tillbaka — på stora områden av det mänskliga livet uppstått en viss allmän för tryggheten och omsättningen nyttig försiktighet i handlingssätten, som domaren helt naturligt använder som jämförelsematerial vid sitt bedömande av, huruvida man i det föreliggande fallet handlat med den ur samhällelig synpunkt såsom önskvärd ansedda aktsamhetsgraden. Emellertid kan det stundom vara angeläget att med culpa-regeln icke blott uppehålla utan *influera* på den vanliga handlingsstandarden till denas höjande. Och när nya verksamhetsgrenar uppstå, kan det vara angeläget att genom culpa-regeln *åstadkomma* en lämplig handlingsstandard, som ännu ej hunnit utbildas. Klarhet i nu berörda frågor har en viss betydelse även för förståelsen av det strikta ansvaret, särskilt dess förhållande till culpa-regeln.

Stang.

Stangs ifrågavarande arbete¹ har i början av dessa »Grundlinjer» berörts. Också denne författare bygger sin skadeståndslära på distinktionen mellan rättstridiga och rättsenliga handlingar. *Stangs* rättstridighetsutredningar träffas givetvis av min allmänna kritik av rättstridighetsbegreppet.² Att här belasta framställningen med en specialkritik av

¹ *Stang*, Erstatningsansvar, Kristiania 1919.

² Hänvisning härom ovan s. 41 n. 1.

Stangs åskådning på området finner jag överflödigt.¹ *Stang* har såtillvida samma falska åsikt om grunden till skadeståndsrätten som *Ussing*, som han finner dess »hovedopgave» vara att överflytta skadan från den skadade till annan. Men han betonar uttryckligen, att han icke finner dess »hovedopgave» vara att »avskrække fra skadetilføielser», förordet s. VII. Detta är givetvis en konsekventare position än *Ussings*, och kritikern slipper åtminstone vid culpa-regeln ifrån besväret att utreda den extraordinära förvirring, som åstadkommes genom preventionssynpunktens insmuggling i de rättsskolastiska doktrinerna.² Och väl är det, ty *Stangs* »radikalism» vållar ändock, att hans framställning överflödar av motsägelser. Låt oss nu först betrakta *Stangs* ställning till skuldförutsättningen. Det minst förvirrade uttrycket för denna finna vi i hans först efter arbetets fullbordande meddelade förord, varest det, s. VI, heter följande:

»I den fremstilling av erstatningslæren, jeg herved gir, forsøker jeg . . . at flytte tyngdepunktet over fra det subjektive, individualistiske, til det objektive. Jeg erkjender fuldt ut, at det var ikke bare en dyp etisk tanke, som førte kravet paa skyld ind i det gamle bøtesystem — det har jeg gitt tilstrækkelig uttryk

¹ Den för frågan särskilt intresserade kan ju läsa min ganska ingående kritik av *Stangs* rättstridighetssynpunkter i T. f. R. 1923, s. 63—80. Ehuru jag numera skulle ha lagt en sådan kritik i någon mån på annat sätt, står jag alltjämt för de där uttalade grundtankarna. I noten å s. 81—83 a. st. har jag berört en annan norsk författares rättstridighetssynpunkter.

² Väl inför *Stang* preventionen såsom »bivirkning, i høiden et biøiemed», s. 54. Men t. o. m. denna obetydliga roll spelar preventionen enligt honom, såvitt man kan se, egentligen endast vid det strikta ansvaret; och även där i försvinnande liten grad.

for i nogen forelæsninger, jeg holdt ved jurisstævnet i Kjøbenhavn, og som nu er offentliggjort — men at det ogsaa var et genialt praktisk grep at gjøre begrepet uagtsomhet til kjernen i det. Bøtesystemet har imidlertid nu spaltet sig i to: den offentlige straf og den civilretslige erstatning. I strafferetten har skyldkravet sikkert evig livsret. I erstatningslæren derimot er dets berettigelse tvilsom eller i hvert fald betinget. Her har man da ogsaa forlængst svækket det, idet man i stor utstrækning anvender et objektivt uagtsomhetsbegrep. Spørsmålet blir saa, om man ikke kan gaa endnu et skridt videre. Kan man ikke i erstatningslæren frigjøre sig helt fra skyldkravet og sætte kravet paa adækvans og — indenfor visse rammer — kravet paa retstrid i steden? Helt frem til det maal har jeg ikke vovet at gaa; men jeg har trukket læren om adækvans saa langt frem, som det har været mig mulig, og skutt skyldkravet længer tilbake, end vanlig er.»

Det avståndstagande, som här möjligen kunde sägas ske från skuldförutsättningen i skadeståndsrätten, har givetvis ingen vetenskaplig karaktär. Det är icke efter egen eller annans utredning om skuldbegreppets orimlighet, som *Stang* tager detta avstånd. Han har överhuvud varken på anförda eller något annat ställe i sin bok anført några ens skenbart sakliga grunder för att gentemot härskande läror reducera skuldens betydelse såsom förutsättning för skadeståndstvång. Å andra sidan visar ju *Stang* här, att han faktiskt icke har något som helst att invända emot skuldbegreppet i och för sig, utan att han rent av med entusiasm hyllar detsamma. Skyldkravet skall bottna i »en

dyp etisk tanke», och det skall ha varit »et genialt praktisk grep at gjøre begrepet uagtsomhet til kjernen i det». Denna djupa etiska tanke är, närmare betraktad, intet annat än rudiment av de primitivaste hämndinstinkter, förskönade genom den vidskepliga tron på något sådant som vedergällningens *rättvisa*. Med en sådan åskådning som *Stangs*, krönt med uttalandet om »skyldkravets sikkert evige livsret i strafferetten» är det uppenbarligen icke möjligt att ha någon förståelse för skuldförutsättningens från början till slut oförnuftiga karaktär. Mera behövde ju egentligen från min sida icke sägas. Med hänsyn till *Stangs* stora auktoritet inom den nordiska juristvärlden anser jag det dock höra till min uppgift att visa, huru genom sin ytlighet förvirrad *Stangs* framställning har blivit såväl i det gjorda citatet som i själva huvudbehandlingen av culpa-regeln.

Har *Stang* någon mening med sin allmänna hyllning av skuldkravet, så går det sannerligen icke ihop att taga vare sig helt eller halvt avstånd från detsamma för skadeståndsrättens del. Att det gamla botsystemet har avlösts av å ena sidan straffet och å andra sidan skadeståndet är intet argument för att »svække» skuldkravet i skadeståndsläran. Ehuru skadeståndstvånget icke, såsom straffet, har omedelbart stämplande och demoraliserande verkan på delinkventen, så är det dock otvivelaktigt en menlig, ofta ytterst kännbar rättsreaktion mot den »ansvarige». Den handling, som i dessa fall skall draga skadestånd med sig, är enligt *Stang* själv lika väl som brottet ett »retsbrud», d. v. s. en rättstridig och sålunda förbjuden handling, a. a. § 8. Om man överhuvud tror på skulden såsom rättvis grund för rättsreaktion — hur skulle man då kunna förneka denna skuldens betydelse vid de »rättstridiga» skadegörelserna, i

all synnerhet som preventionstanken praktiskt taget alls icke anlägges (och ju för övrigt med den givna utgångspunkten förnuftigtvis icke kan anläggas) och skadeståndet skall vara »gjenoprettende»? Det är visserligen sant, att *Stang* i stor utsträckning medger skadestånd även vid handling, som icke är »retsbrud». Men han gör en betydande skillnad i betraktelsesättet, såsom framgår, när han säger det vara *indlysende*, att man icke ens om skadan varit »adækvat» kunde »ubetinget» utdöma skadestånd, därest »skaden er voldt paa retmæssig maate». Skall rättsenlig handling kunna draga skadeståndstvång med sig, måste sålunda *særskilda* betingelser föreligga, som *icke* krävas vid rättstridig handling. Den enda betingelse, som vid denna kunde ifrågakomma, vore just skulden (som dock vore »uthulet» genom att »man i stor utstrækning anvender en objektiv skyldbedømmelse»), s. 51. Här är det nu ej fråga om, att *Stang* faktiskt opererar med »skyldkravet», ty det gör han ju även i citatet från förordet (liksom f. ö. genomgående i framställningen om »retsbrud»). Utan denna jämförelse mellan rättsenliga och rättstridiga handlingar gjordes endast för att kunna fastslå, att *Stang* — med sin bekännelse till »skuldkravets säkerligen eviga livsrätt i straffrätten» och med sin tro på rättstridigheten — måste sakna logisk möjlighet icke endast att helt förneka skulden som förutsättning för skadeståndstvång vid »retsbrud» utan jämväl att här blott »svække» skuldkravet. Också detta måste från hans sida vara en ren godtycklighet, för vilken i hela arbetet icke heller framkommit skynten av ett verkligt argument. Av samma skäl är det naturligtvis från hans sida en flagrant motsägelse att, såsom han åtminstone delvis gör, godkänna ett »objektivt oaktsamhetsbegrepp». Denna motsägelse är dock, som vi veta, icke något för *Stang* utmär-

kande utan kännetecknar skuldteoretikerna inom skadeståndsrätten i allmänhet.

Går man till *Stangs* närmare behandling av skuldkravet vid »retsbrud», så kan man sannerligen icke finna, att han på något särskilt sätt (annat än då och då med vissa ord) skulle ha »sväkket» skuldkravet. Den motsägelse till detta, som ligger i en »objektiv skuldbedömning», är ju som sagt tämligen allmän. Det råder emellertid ifråga om *Stang* ett mycket egendomligt förhållande. Han har sin uppmärksamhet starkt inriktad på det objektiva oaktsamhetsbegreppets stridighet mot skuldkravet. Han skulle — låt vara på logiskt ohållbara grunder — uppenbarligen intet högre önska, om han blott vågade, än att på vissa områden för culpa-regeln slunga hela skuldkravet överbord. Men han står detta oaktat till den grad under skuldkravets inflytande, att han, också då han finner det objektiva culpa-begreppet tillämpligt, aldrig säger rent ut, att skuldförutsättningen icke kan uppställas. I förordet sågo vi, att han blott finner skuldkravet »sväkket» genom det objektiva bedömandet. Nyss funno vi, att detta endast ledde till att skuldkravet var »uthulet». Å sidan 133 uttalas följande:

»Naar et objektivt uagtsomhetsbegrep anvendes, har man frafalt kravet paa skyld *eller* i hvert fald lempet det betydelig. Det er altsaa i virkeligheten et ansvar uten retsbrud, man her staar overfor, *eller* i hvert fald et tilfælde, som ligger ansvar uten retsbrud nær» (kurs här).

Parentetiskt tillåter jag mig först påpeka den motsägelse, som *Stang* här begår, när han ifrågasätter, att »retsbruds»-karaktären skulle försvinna genom användning av ett objektivt oaktsamhetsbegrepp. En handlings *rättstridighet* skall

ju vara objektiv, d. v. s. föreligga helt oberoende av subjektiv inställning. Och varje rättstridig handling måste naturligtvis vara ett »retsbrud». — Man kan emellertid nu med skäl fråga sig, huruvida *Stang* själv avser att i de av uttalandet berörda fallen frångå skuldkravet eller huruvida han icke gör det. Den saken blir man icke klok på.¹ Dock kan det sägas, att han måste fullständigt lägga om hela framställningen i denna fråga, därest han verkligen ville giva uttryck åt, att den objektiva oaktsamheten vore skuld-fri. Han säger upprepade gånger, att begreppet oaktsamhet innefattar »en dadel». Nu kunde ju detta vara att fatta så, att blott den subjektiva oaktsamheten vore något klandervärt. Men detta stämmer icke överens med *Stangs* framställning. Ty därav, att oaktsamheten innefattade »en dadel», drager *Stang* den slutsatsen, att handlingen måste vara rättstridig, s. 130. Och denna rättstridiga karaktär skall orubbad kvarstå, hur »objektivt» än skuldbedömningen sker, s. 134. Alltså måste ju *klandervärdheten också* kvarstå, såvida icke meningen är, att man kan säga vad som

¹ Någon verklig reda utvinnes icke heller genom uttalandet å s. 128 n. 1, vartill han i detta sammanhang hänvisar. Skulden säges här i rättsvetenskapen täcka begreppen uppsåt (såvitt detta är inriktat på »det onde») och oaktsamhet. Det heter vidare: »Av det oprindelige begrep uagtsomhet er det bare det subjektive moment, som gaar ind under begrepet skyld; det objektive (retstriden) falder utenfor... Og sammenhengende hermed er det, at mens man nok uten sproglig anstøt kan si, at man bruker et objektivt uagtsomhetsbegrep, er det selvmotsigende at tale om et objektivt skyldbegrep; det kan bare vare subjektivt. Allikevel bruker jeg undertiden dette uttryk; den selvmotsigelse, det betegner, er nemlig erstatningsretten kommet op i.» Innebörden i detta uttalande, i all synnerhet sett mot bakgrunden av oklarheten i *Stangs* alla hithörande textuttalanden, torde vara, att anspråk på logik i denna kardinalpunkt i skadeståndsläran måste uppgivas.

helst, eftersom kravet på logik i resonnemangen vore oppgivet. Emellertid synes *Stang* nu faktiskt konsekvent finna oaktsamheten klandervärd, utan någon reservation för den »objektiva». När han jämför oaktsamhetsbegreppet med begreppet »adækvans», blir en av olikheterna, »at begreppet uagtsomhet inneholder en dadel, mens begreppet adækvans ikke gjør det», s. 137. Vidare vore hans framställning av »grader i skylden» rent oförnuftig, om icke även den »objektiva» skuldbedömningen av honom ansåges innefatta en moralisk värdering av handlingssättet. Särskilt betydande är följande uttalande av *Stang*, sedan han erinrat om, att man inom skadeståndsrätten i tvivelaktiga fall vore hänvisad till ett »skjøn»:

»Naar saa skjønnen avsiges, gjør uvilkaarlig hensynet til skyldens grad sig gjældende, og det bør kunne gjøre sig gjældende. Er der saaledes tvil om, hvorvidt skaden er adækvat, lar man tvilen gaa ut over skadevolderen, hvis skylden er grov . . . Det er bare, hvor man staar overfor flytende grænselinjer, man paa denne maate kan ta hensyn til graden av skyld. Og det er ikke ubetinget grænsen mellem forsæt og uagtsomhet, man følger; ogsaa gradene av uagtsomhet har betydning», s. 136.

Ingen antydning göres därom, att resonnemanget icke skulle avse »objektiv» oaktsamhet.¹ Man finner sålunda, att *Stang*

¹ Tvärtom, framställningen avser uttryckligen såväl den individuella som den »objektiva» oaktsamheten». *Stang* angiver blott olika metoder, allteftersom fråga är om graden av individuell eller objektiv oaktsamhet: »Bruker man et individuelt uagtsomhetsbegrep, maa man altsaa ta hensyn til den avslappelse, som gjorde sig gjældende hos det paa-gjældende individ; regner man med et mere objektivt (u)agtsomhedsbegrep, maa man ta hensyn til den avslappelse, som antagelig vilde

är genompyrd av föreställningen om den kulposa handlingens klandervärdhet. Detta kan mot bakgrunden av hans hyllning av skulden såsom etisk rättfärdighetsgrund till straffet ävensom hans tro på de ifrågavarande skadegörande handlingarnas karaktär av »retsbrud», icke betyda något annat, än att han i verkligheten håller på skuldkravet i skadeståndsrätten i fullt ut samma grad som de vanliga hithörande skuldteoretikerna. Detta var ju utan vidare klart ifråga om det subjektiva eller individuella oaktsamhetsbegreppet, som skall vara tillämpligt för sinnessjuka i vissa situationer, för barn samt stundom — dock, såvitt jag kan förstå *Stang*, i fullkomligt obestämd utsträckning — för »personer, som lider av en eller anden svækkelse av andelige eller legemlige evner, eller som av andre grunde i

gjort sig gjældende hos et almindelig menneske i den paagjældende situation», s. 135. — Här torde nu först böra märkas ett nytt uttryck för *Stangs* osäkerhet angående vad han vill eller vågar säga: »et mere objektivt agtsomhetsbegrep»! Han tror alltså i verkligheten alls *icke* på en objektiv utan endast på en mer eller mindre *subjektiv* oaktsamhet. Det sunda förnuftet pressar givetvis hårdare på denna punkt, där det gäller att *gradera skulden*. Hur skulle det väl vara möjligt att *gradera* en objektiv skuld, något som genom sin uppenbara motsägelsefullhet måste vara en ren nullitet. Visserligen är begreppet, redan oberoende av gradering, orimligt. Men jurisprudensen är ju van vid att arbeta med fiktioner. Det är blott så att säga den särskilda materialisering av fiktionerna, som ligger i en graderande jämförelse mellan dem, som den dock slutligen drager sig för. Vidare bör beaktas, att *Stang* efter den nu citerade distinktionen uttrycker sig så, att det näppeligen kan vara något tvivel om att — även vid användningen av det »mera objektiva» begreppet — den så eller så bestämda aktsamheten *kräves* av människorna. Och så måste väl då till sist hans innersta mening vara, att även den, som av naturen är en slarver, ådragit sig *subjektiv* skuld, när han avvikit från den »mera objektivt» bestämda aktsamhetsgraden.

handlingsøieblikket var litet rustet til at møte den fare, det gjælder».¹ Vad jag nu velat visa är, att *Stang* i de avgörande punkterna talar tyst om sitt avståndstagande från skuldkravet genom begreppet objektiv oaktsamhet. Framställningen har som helhet resulterat i ett fullkomligt virrvarr.

Utom skuld och rättstridighet har *Stang* till särskild behandling upptagit begreppen kausalitet och »adækvans» (skadans beräknlighet). Då det senare begreppet skall ha sin egentliga praktiska betydelse vid ansvar för skada genom »rättsenlig» handling (vid rättstridig handling skall det vara mindre behövt på grund av culpa-förutsättningen), avstår jag här från mina anmärkningar mot *Stangs* framställning. Däremot tillåter jag mig beröra hans utredning av »aarsaksforholdet», enär denna utredning just synes betingad av hans tro på skuldkravet, även om *Stang* själv icke har detta fullt klart för sig. Man kan nämligen med skäl fråga sig, hur kausalitetslärorna eljest, d. v. s. utifrån

¹ *Stang*, a. a. s. 132 f. — Ifråga om barn och sinnessjuka heter det i en not å s. 133 följande, som jag icke kan neka mig att citera till ytterligare upplysning om *Stangs* inställning till skuldens betydelse inom skadeståndsrätten: »Det er dem, som negter, at der kan være skyld hos sindsyge og barn. En slik opfatning er imidlertid psykologisk ganske ugrundet. Forsæt kan sindsyge og barn ha, hvis de er saa utviklet, at de kan ha bevissthet eller vilje . . . Og uagtsomt optrær de, selv om man tar ordet i rent subjektiv forstand, naar de ikke bruker de evner og kræfter, de har. Som regel gaar da ogsaa lovgivningerne ut fra det standpunkt, jeg her hævder; skal barn og sindsyge være ansvarsfri, siger de det nemlig uttrykkelig. For barns vedkommende er jo ogsaa det aapenbart nødvendig; en lagalder maa jo fastsættes.» En mera substantiell tro på skuldens rettsliga betydelse även inom skadeståndsrätten kan väl icke finnas. Skuldens rättsverkningar skola vara obönhörliga, så länge icke lagstiftaren satt särskilt stopp för dem!

en förnuftig, från skuldidén frigjord åskådning, skulle kunna ha någon som helst betydelse för en jurist. Om man ansluter sig till den eller den filosofiska teorien om orsaksbegreppet, kan i verkligheten icke spela den allra minsta roll för frågan om vare sig skadestånd eller straff. Såvitt skadeståndet förutsätter ett orsaksförhållande mellan viss person och skadan, har juristen sannerligen icke behov av andra kunskaper angående orsaksbegreppet, än vilken förnuftig bonddräng som helst är i besittning av. Det verkar därför uteslutande komiskt, när *Stang* framställer en orsakslära, som skall ha

»sit historiske utgangspunkt i *Stuart Mills* undersøkelser og er i vor ret blit hævdet med stor styrke av *Getz*. Den kan nu siges at være omtrent eneraadende i norsk retsvidenskap», s. 68 f.

Det är den av rättsskolastiken framkallade förvirringen, som föranlett jurisprudensen att laborera med kausaliteten såsom filosofiskt begrepp. I själva verket är det vedergällningsidén, som ligger i bakgrunden. För att man skall ha gjort sig *förtjänt* av straff eller skadeståndstväng såsom vedergällning för skadlig effekt, som drabbat annan, måste man ha *skuld* till denna effekt och det i dubbel mening. Dels måste man ha varit orsak, ja, på ett särskilt föreställt sätt *producerande* orsak (icke blott en »sideordnad aarsak», *Stang*, s. 65) till den skadliga effekten. Dels måste detta orsakande kunna *tillräknas* den »ansvarige» såsom en pliktvidrig handling. Det är det förra, som föranleder jurisprudensen att fördjupa sig i »aarsakslæren». Man tror det vara mycket viktigt, att domaren tillägnar sig en viss åskådning angående den »rättsligen relevanta» kausalitetens art för att sedan undersöka, huruvida sådan kausalitet vore för-

handen. Nu är emellertid saken den, att ännu icke någon domare i denna sin egenskap behövt bry sin hjärna med försök att tillämpa vare sig den eller den kausalitetsläran. Man tycker, att *Stang* skulle ha förstått detta så mycket mera, som han gör följande i förevarande avseende — d. v. s. frånsatt den rättsskolastiska grundåskådning, som däri framträder — förnuftiga uttalande:

»Begreppet aarsak bestemmer logiken, grænsene for ansvaret trækker retsordnen. De grænser, man som regel trækker for ansvaret, er at skaden skal være retstridig, adækvat og uagtsomt voldt. Alle disse grænser hører retsordnen til og ikke aarsakslæren. At trække læren om adækvans ind i aarsakslæren er like-saa galt som at trække læren om retstrid og skyld ind i den, og f. eks. si, at en mand ikke har forarsaket en følge, medmindre han retstridig har forarsaket den», s. 69.

I den följande framställningen »Om aarsakslæren i praktisk anvendelse» och »Aarsak og ansvar» söker man för-gäves efter något samband mellan rättsvetenskapen och någon kausalitetslära. Det skulle ju också ha varit högst egendomligt, om *Stang* hade varit i stånd att utleta ett sådant samband. Hur skulle uppfattningen av kausalitetsbegreppet kunna ha någon betydelse för straff- eller skadeståndsrätten, när man kan bli dömd till både straff och skadestånd för den rena underlåtenheten, s. k. negativ handling, fastän denna bevisligen icke *kan* vara kausal till någon skada.¹ Visserligen anser *Stang* för egen del i likhet

¹ Ånyo hänvisas till min »Till frågan om rätten och samhället», s. 59 ff.

med jurisprudence i allmänhet, att man »kan forårsake gjennom en undlatelse». Han tycks dock hysa visst tvivel, när han tillägger:

»De, som negter, at en undlatelse kan være aarsak, erkjender, at den retslig maa behandles som aarsak», s. 67 n. 5.

Man må här märka, att *Stang* alldeles icke opponerar mot utan synbarligen finner det fullt i sin ordning, att man inom rättsvetenskapen räknar med att ett visst förhållande icke är detta förhållande utan dess motsats, d. v. s. medvetet opererar med osanningar. Det för jurisprudence väsentliga är tydligtvis icke, *hurwida* den rena passiviteten verkligen kan vara orsak till något eller icke, utan *att* densamma, även om den icke *kan* vara orsak, i allt fall *behandlas* inom juridiken *såsom orsak*. Varför är man då så angelägen att *behandla* den rena negationen, såsom om den vore ett positivt faktum? Det gives ingen annan förklaring, än att denna *osanning* är *nödvändig*, för att icke en uppkonstruerad utgångspunkt skall behöva rubbas. Denna utgångspunkt är, att man måste vara kausal till skada för att bli dömd till skadestånd. Men å andra sidan kan man obestriddligen bli dömd därtill på grund av ren passivitet. Detta kan förenas med utgångspunkten, endast om den rena passiviteten kan vara kausal till skada. Därför *antages* denna också kunna vara kausal till dylik, fastän den i verkligheten icke kan vara det. Hade det icke varit vetenskapligt riktigare att resonnera så: eftersom skadeståndstvång kan följa på ren passivitet och denna bevisligen aldrig kan vara kausal, är jurisprudence utgångspunkt angående betydelsen av en persons kausalitet (till skadan) för hans s. k. ansvarighet *bevisligen falsk*?

Vid positiv handling måste det väl då vara av största vikt för juristen att känna kausalitetsläran? Alldeles icke. Ty enligt denna har — såsom *Stang* också utförligt meddelar, s. 65 ff. — varje skada en oändlig mängd orsaker. Det är detta sammanhang, som kausalitetsläran handlar om. Men vilken betydelse har detta för juridiken? Icke den allra minsta, vilket även tydligt framgår av vad *Stang* själv säger, s. 69 f.:

»Spør man, om en begivenhet vilde indtruffet, ogsaa om kjendsgjærningen ikke hadde foreligget, har man alt foretat en tankeoperation. Man har nemlig av den samlede situation, som foreligger, trukket ut to enkelte led, det man kalder begivenheten, og det man kalder kjendsgjærningen, og stillet dem i motsætning til alt andet som foreligger. Man har med andre ord foretat en generalisering (abstraktion), idet man har sat en hel række omstændigheder ut av betragtning. Hvordan denne generalisering skal foretages, *gir aarsakslæren ingen oplysning om* (kurs. av mig); i forhold til den er altsaa generaliseringen valgfri og vilkaarlig. Hvordan den skal foretages, maa bero paa, i hvilket øiemed det er, man stiller aarsaksspørsmålet. Er det i retsanvendelsen det stilles, er det aapenbart de retslig relevante momenter, man trækker frem. I erstatningslæren maa man saaledes paa den ene side søke at finde frem til en kjendsgjærning, der kan tænkes som ansvarsbetingende, og paa den anden side til den begivenhet, som et ansvar kan omfatte, og det er skaden. — Naar man paa denne maate henviser til skaden, opstaar imidlertid et nyt spørsmåal. Det er retslig og avgjøres ikke ved aarsakslæren.»

Vad man här icke riktigt förstår är framhävandet av, att just det i slutet av citatet antydda spørsmålet »ikke avgjøres ved aarsakslæren». Av hela resonnemanget synes ju framgå, att det icke kan finnas någon *enda* fråga av intresse för juridiken, vars besvarande är beroende av kausalitetsläror. Härutinnan ändras intet i fortsättningen. Naturligtvis räknar man med ett visst orsakssammanhang — ett visst *faktiskt* sådant mellan *utförd* positiv handling och *skadlig* effekt eller ett visst *tänkt* sådant mellan *underlåten* positiv handling och *nyttig* effekt — men *för det fall* att teoretisk hjälp skulle vara behöflig för utrönande av sådant orsakssammanhang, får man söka denna inom de olika *fackkunskaperna*. Vad domaren då kan behöva är ett yttrande av en vetenskapligt eller tekniskt utbildad sakkunnig: läkare, kemist, nationalekonom, agronom, ingenjör, maskinist, verkmästare o. dyl. Man kan i det hela säga, att en framställning av kausalitetsteorierna i ett juridiskt arbete är *mindre motiverad* än en framställning av t. ex. anatomi, kirurgi, medicin, kemi, de nationalekonomiska reglerna om prisbildningen, de botaniska angående fröets grobarhet, de tekniska hur en viss maskin är konstruerad, fackmannakunskaper angående hästar och kor, åkerbruk och boskapsskötsel m. m.

Intet finns i *Stangs* framställning, som jävar min kritiks riktighet. Man läse s. 71 f.! Jag skall endast anföra en del av slutet. *Stang* framhåller, att man »aldrig kan gi et sikkert svar» på frågan, vad som utgjort den verkliga orsaken till en skada eller förlust och fortsätter:

»Vistnok kan vort kjendskap til naturlovene og vore erfaringer forøvrig i mange tilfælde tillate os at trække slutninger, som vi selv anser for sikre. I mangfoldige

tilfælde brister imidlertid sikkerheten, og undertiden føres vi over i blotte og bare gjetninger. Vilde fisket i elven gaat ned, om vandstanden ikke var blit ændret? Hvilken fordel vilde køperen hat av tingen, om han hadde faat den i rette tid? Vilde tyven kommet ind, om piken hadde passet paa at lukke døren? Vilde patienten levet, om læge var blit hentet? Hvad vilde falskspilleren vundet, om han hadde spillet ærlig? Den vanskelighet, vi her staar overfor, ligger i aarsaksbegrepet selv og kan aldrig fjernes, saa længe man lar aarsaksforhold være ansvarsbetingelse.»

I den sista punkten framträder särskilt tydligt *Stangs* felsyn på denna fråga. Vad har själva kausalitetsbegreppet att göra med brister i våra erfarenhetskunskaper? Vad har detta begrepp att skaffa med det förhållandet, att vi stundom på grund av bristande erfarenhetskunskap måste stanna vid gissningar med avseende å vilken skada, som verkligen står i sammanhang med en viss händelse!

Vad som vållar indragandet av kausalitetslärorerna i behandlingen av frågan om positiv handlings orsakssammanhang med viss skada, är som sagt skuldidén, som bl. a. förutsätter, att den »ansvarige» varit orsak i särskild mening — varit den *egentliga* orsaken — till skadan. Då nu möjligheten härav kommer i strid med filosofiska kausalitetsteorier om en oändlig mängd av orsaksbetingelser i varje fall, av vilka ingen kan vara *orsaken* såsom sådan, tror man sig ha ett *juridiskt* orsakspöblem att lösa. Och dock visar det sig sakna varje betydelse för domaren vid avgörandet av skadeståndsfrågan!¹

¹ I min kritik av *Stangs* »aarsakslære» har jag delvis följt min framställning i T. f. R. 1923, s. 151 ff.

Då, såsom jag förut antytt, klarhet angående den rättspolitiska grunden till culpa-regeln är av största vikt för förståelsen av skadeståndsrätten utanför culpa-området, kan man göra sig en föreställning om, i vilken grad både *Ussings* och *Stangs* undersökningar av »ansvar for retmæssig handling» eller »ansvar uten retsbrud» måste komma att snedvrída det faktiska läget. En behandling av dessa undersökningar måste givetvis anstå till mitt försök till utredning av grundlinjerna för det strikta ansvaret.¹

Den kritik, som jag nu riktat mot *Ussings* och *Stangs* framställningar av culpa-regeln, angå uteslutande grundläggande punkter i denna. Den omständigheten, att båda författarna göra vissa av s. k. praktisk sans föranledda motsägelser till den skolastiska grundåskådning, som de bekänna sig till, skall säkerligen komma både den teoretiska och praktiska juridikens chronschoughar att betrakta mina anmärkningar som hårklyverier. Man kan ju också väl förstå, att personer, som uppfostrats i rättsskolastikens läror och funnit sin sociala och ekonomiska utkomst under mer eller mindre mödosam strävan med dessa lærors tillämpning, i allmänhet skola finna sig väl tillfreds med en litteratur av den av mig bekämpade arten, därest de nu överhuvud taga någon befattning med rättslitteraturen och däröver anställa reflexioner. Emellertid vågar jag hoppas, att en, låt vara fåtalig, minoritet inom juristvärlden skall kunna begripa, att en litteratur, som utgiver sig för att vara vetenskaplig och sålunda vägledande, bör vara argumentations-

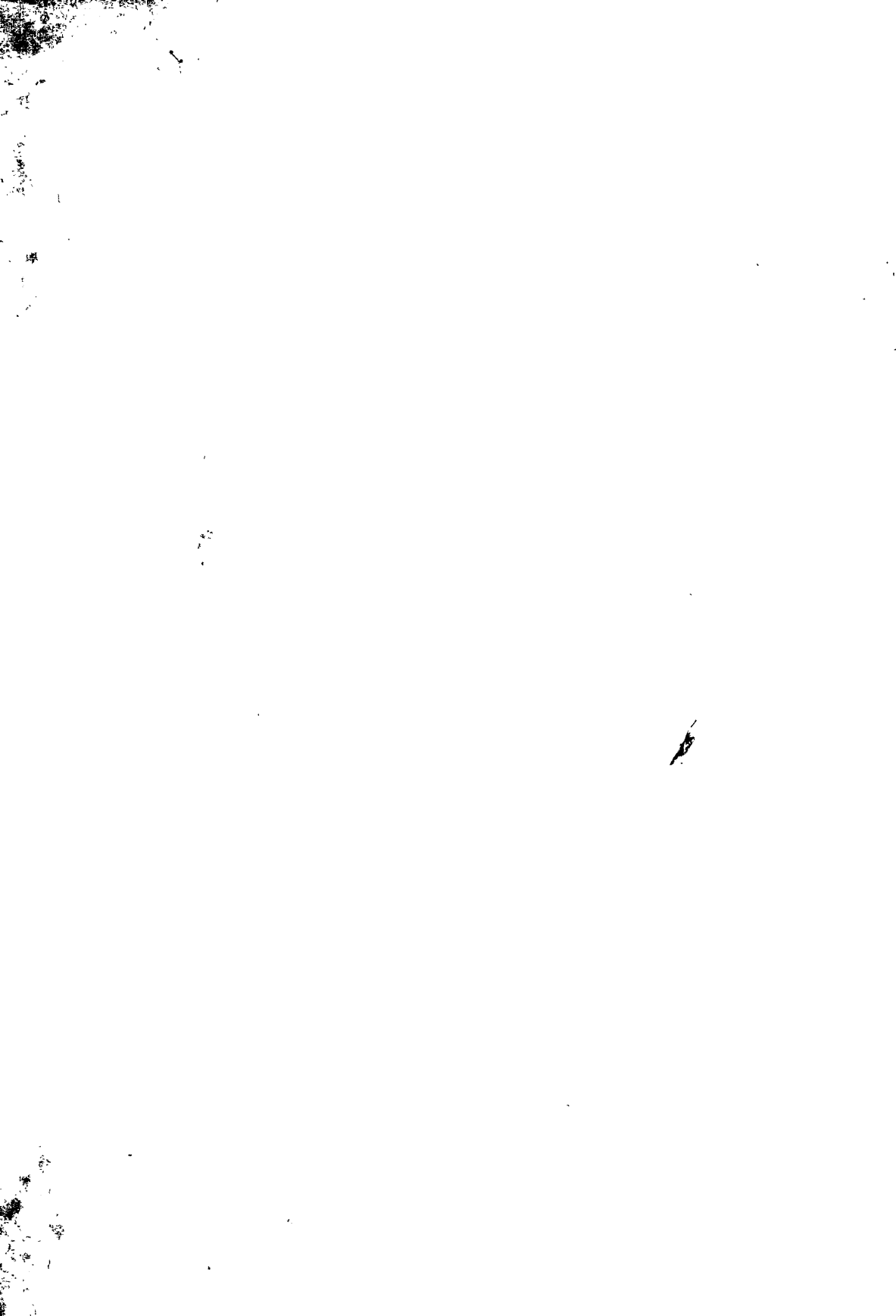
¹ *Ussings* syn på expropriationsersättningen har jag dock berört i Obligationsbegreppet I, s. 109 ff. Vissa *Stangs* läror om »ansvar uten retsbrud» har jag granskat i min »Kritik av nordiska skadeståndsläror» i T. f. R. 1923.

kraftig och icke bestå av godtyckliga påståenden, som motsäga sina auktorers hela grundåskådning. Är dessutom denna själv genomgående ohållbar, så måste ju skenet av en sådan litteratur vetenskapliga och vägledande karaktär vara fullkomligt bedrägligt och det vara en angelägen sak, att ett sådant sken icke längre uppehålls. Även detta skall man kunna inse. Slutligen skall den lilla minoriteten även vara i stånd att fatta, att bekämpandet av en sådan rättslitteratur icke kan *karaktäriseras* såsom en »nedrivande» verksamhet, lika litet som man finner det lämpligt att så beteckna den vanlige byggmästarens yrke, därför att han först måste riva ned det gamla huset, innan han på dess tomt bygger upp ett nytt. Den skall kunna förstå, att företaget att — mitt i en värld, fullproppad med gamla ovetenskapliga åsikter och begrepp, vilkas rötter gå djupt ned i den mänskliga vidskepelsen — söka sätta in en vetenskaplig tankebyggnad, från början vore dödsdömt, därest icke företagaren i första hand inriktade sig på att söka slå den gamla ovetenskapliga föreställningsvärlden i spillror. Med ett ord: åtminstone hos en liten minoritet vågar jag hoppas på resonans för min egen uppfattning, att mitt bekämpande av den ifrågavarande artens rättslitteratur — med hänsyn till den nära nog allena rådande ställning — måste, långt ifrån att anses såsom en blott nedrivande verksamhet, betraktas såsom jämväl vägbrytande och grundläggande för en ny och mera förnuftig skadeståndslära.¹

¹ På omslagets innersidor har jag låtit avtrycka en del uttalanden i utlandet om mina därstädes utkomna arbeten. Detta har skett för att stimulera de svenska juristerna till studiet av mina skrifter. Löjligt nog vågar jag icke blott hysa utan jämväl högt uttala den åsikten, att en större utbredning av de kunskaper, jag meddelar, vore av betydelse

för den framtida rättskipningen i och förvaltningen av vårt land. F. n. torde det emellertid utom Uppsala icke finnas många juris studerande, som ha ens någon ytlig kännedom om innehållet i mina publicerade »Föreläsningar». Sådant är det svenska upplysningsväsendet inom juristvärlden. Därför begagnar jag mig på angivet sätt av det utländska.







Lundstedt, A.V.

Grundlinjer i skadeståndsrätt

culpa-regeln

1935

208 s

ÄO: skadeståndsrätt

HB III a *

