FÖRELÄSNINGAR

ÖVER VALDA DELAR AV OBLIGATIONSRÄTTEN

IV

GRUNDLINJER I SKADESTÅNDSRÄTTEN

SENARE DELEN

STRIKT ANSVAR

BAND 1

AV

A. V. LUNDSTEDT

PROFESSOR VID UPPSALA UNIVERSITET

UPPSALA

A.-B. L. NORBLADS BOKHANDEL

JURIDISKA INSTITUTIONEN
vid Uppsala universitet
FORSKARBIBLIOTEKET

E626 D 30496

Prof. Thore Engströmers donation

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

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

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f45df

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 000442946

GRUNDLINJER I SKADESTÅNDSRÄTTEN

SENARE DELEN, BD 1

Tryckt som manuskript

FÖRELÄSNINGAR
ÖVER VALDA DELAR AV OBLIGATIONSRÄTTEN
IV

GRUNDLINJER I SKADESTÅNDSRÄTTEN

SENARE DELEN

STRIKT ANSVAR

BAND 1

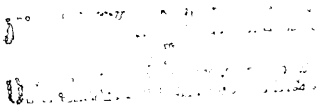
FÖRBEREDANDE UNDERSÖKNINGAR,
HUVUDSAKLIGEN AVSEENDE FRANSK OCH ANGLO-AMERIKANSK SKADESTÅNDSRÄTT SAMT METOD FÖR EN KONSTRUKTIV RÄTTSVETENSKAP

AV

A. V. LUNDSTEDT
PROFESSOR VID UPPSALA UNIVERSITET

UPPSALA
A.-B. L. NORBLADS BOKHANDEL
1944

UTGIVET MED ANSLAG AV STATSMEDEL
OCH FRÅN LÄNGMANSKA KULTURFONDEN



UPPSALA 1944
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI AB
448

TILL MINNET AV MIN LÄRARE

Axel Hägerström

Förord.

Med »ansvar» eller »ansvarighet» menas i mina resonemang intet annat, än att en person lagligen kan dömas till tvånget att betala skadestånd. Termen är sålunda i dessa resonemang helt fri från rättsideologisk innebörd. Med hänsyn till inom vår rättskipning brukliga beteckningar torde det kanske vara lämpligt särskilt påpeka, att »ansvar», såsom framgår av det sagda, i denna framställning hör till civilrätten och icke till straffrätten. Med *strikt* ansvar menar jag ansvar oberoende av den ansvariges egen s. k. culpa, sålunda icke blott ansvar, som alls icke förutsätter någon culpa, utan ock ansvar för andras culpa. Det kan diskuteras, huruvida icke under denna terminologi lämpligen kunde hänföras jämväl sådant ansvar, som icke förutsätter culpa, men varifrån man friar sig genom s. k. exkulpering. Sådan ansvarighet blir ju i realiteten ofta liktydig med ansvarighet oberoende av egen culpa. Emellertid använder jag icke termen i denna vidsträckta betydelse, därmed överensstämmande med anglo-amerikansk doktrin, varifrån jag hämtat uttrycket. »Strict liability» alternerar där med »absolute liability», vilken senare term dock oaktat dess påtagliga överdrift synes brukligare. Uppehållandet av de regler, som åsyftas med termen, innefattar faktiskt icke, att ansvaret är *absolut*. Dels kan ju ansvarigheten förutsätta annans culpa, dels kan sådant som »vis major», »act of stranger» eller »contributory negligence» utesluta ansvarigheten. Att beteckna ansvar oberoende av egen culpa, såsom »strikt ansvar» synes mig i nämnda avseende mindre oegentligt. Jag började icke använda ordet strikt ansvar, trots det att jag då och då mött det i den engelska litteraturen, förrän jag tilltalats av detsamma genom ett par välskrivna rapporter 1931 (av Walton och Allen vill jag minnas) över »civil liability» till en året därpå hållen rättsvetenskaplig kongress i Haag. Sedermera har jag i en artikel av Winfield, The myth of absolute liability i Law Quarterly Review 1926, sett denne författare på goda grunder avvisa »absolute liability», under det han synes tolerera termen »strict liability», som han i sitt senare utkomna arbete över skadeståndsrätten accepterat. (Se Winfield Text-Book s. 525.) Till undvikande av missförstånd må nämnas, att ansvar för annans

culpa (ofta hänfört till »vicarious liability») dock icke, såvitt jag funnit, i allmänhet avses, när man talar om »strict» eller »absolute liability» i anglo-amerikansk rättslitteratur.[1] — Slutligen vill jag påpeka, att »strikt» i min terminologi givetvis har en till den blotta etiketten förtunnad betydelse. Det betecknar endast ett visst område, såsom skilt från ett annat. Det »strikta» området har varken mer eller mindre strikt karaktär än ansvaret efter »culpa»-regeln. Det är överhuvud icke fråga om någon karakterisering utan blott om en rent formell distinktion, fullt jämförlig med t. ex. en numrering. (Jfr nedan s. 262.)

Nu föreliggande band är att betrakta såsom en inledning till ett, efter vad jag hoppas, senare utkommande om strikt ansvar i vårt land. Huvudparten i det nu publicerade bandet innehåller kritiska behandlingar av fransk och anglo-amerikansk rätt på området. Framställningen är såtillvida ofullständig, som jag av utrymmesskäl nödgats utesluta motsvarande behandlingar av tysk rätt och nordisk doktrin. Den vetenskapligt ohållbara karaktären hos dessa på »skuld»-ansvarets område hade jag emellertid ganska ingående visat i »Culpa-Regeln», och jag har i nu förevarande arbete sökt klargöra, att det är uteslutet att med en sådan ovetenskaplig inställning till »skuld»-ansvaret kunna hävda fullt sakliga linjer på det strikta ansvarets område. När nu av utrymmesskäl uteslutningar måste göras, har jag känt mig övertygad om, att dessa uteslutningar i sista hand borde ske på bekostnad av framställningarna angående de oss mera svårtillgängliga franska och anglo-amerikanska rättslärorna på området. Visserligen ha vi i Ussings stora bok »Skyld og Skade» ganska ingående redogörelser för skadeståndsrätten i Frankrike och England, redogörelser som högst avsevärt och förtjänstfullt skilja sig från de dilettantmässiga anmärkningar över »utländsk rätt», som man eljest icke sällan finner i nordisk rättslitteratur. Hur villig jag än är att erkänna gedigenheten i den forskarprestation, som Ussing ådagalagt jämväl i dessa delar av sitt ifrågavarande verk, torde det dock förhålla sig så, att han och jag sett på dessa ting på så skilda sätt, att våra framställningar med hänsyn till de kunskaper de avse att meddela icke kunna ha så mycket gemensamt. Men jag tillstår gärna, att det är Ussings utredningar, som från början väckt mitt egentliga intresse för den franska och engelska rätten på detta område. Principerna för utarbetandet av dessa mina framställningar torde framgå vid läsningen av dem. Här må dock sägas, att jag, med hänsyn till den tillförlitlighet som jag eftersträvat, icke blott i fråga om återgivandet av domsmotiveringar utan även

[1] En annan sak är, att vid en uppräkning av de skilda formerna av »absolute liability» även den s. k. »vicarious liability» medtages; se t. ex. Salmond, s. 17 f.

av meningarna i den vanliga rättslitteraturen låtit auktorerna i största möjliga utsträckning tala på sitt eget språk.[2] Jag har funnit detta så mycket mera av behovet påkallat, som mina redogörelser ganska ofta äro av kritisk art och jag måste räkna med att missförstånd från min sida i de stundom mycket svårbegripliga frågorna alldeles icke kunna vara uteslutna. Vidare vill jag redan här nämna, att jag, ehuru syftet med framställningarna naturligtvis varit att giva en så riktig bild som möjligt av dessa utländska rättsläror, däremot ingalunda haft avsikten att giva en något så när allsidig bild av dem. Detta oaktat tror jag mig ha visat tillräckligt för att verifiera ett enligt min mening viktigt omdöme, nämligen att dessa läror — även om de kunna giva oss många nyttiga kunskaper och bidraga till våra egna frågeställningar — äro präglade av rättsideologiska och följaktligen ovetenskapliga utgångspunkter.

Utöver nämnda redogörelser innehåller föreliggande band, före dem, en komplettering av »Culpa-Regeln» genom bemötande av vissa mot densamma riktade anmärkningar, samt, efter redogörelserna i fråga, dels vissa synpunkter på rättsideologien och dels en utveckling av den metod för konstruktiv rättsvetenskap, som synes nära nog självfallen, så snart man befriats från de rättsideologiska tankegångarna. Framställningen angående rättsideologien, från början avsedd för detta arbete, har redan en gång publicerats, i Festskrift tillägnad Thore Engströmer, 1943. — De synpunkter, som jag å s. 115 ff. meddelar under rubriken »Rättvisemetodens orimlighet», har jag i det väsentliga förut publicerat i min skrift »Det Hägerström—Lundstedtska misstaget» (i Första, Femte och Sjätte föreläsningarna). De utbrötos då ur manuskriptet till föreliggande arbete, till vilket de höra. Jag har haft så mycket mindre anledning att i detta avstå från deras publicering, som icke ens fackrecensenten av den nämnda skriften tycks ha lagt märke till deras existens. (Jfr SvJT 1942, s. 238.)

Grunden för de studier, vilkas resultat nu publiceras, lades redan 1934, då ett väsentligt avbrott under flera år nödvändiggjordes genom annat arbete, som tillsammans med mitt riksdagsuppdrag hindrade mig från att med någon större energi kunna återupptaga dessa studier förrän under de sista åren. På grund av det pågående kriget har det mött stora svårigheter att, när jag sålunda slutligen på allvar återupptog arbetet, kunna skaffa mig all den litteratur, som jag eljest skulle ha funnit önskvärd för min behandling av den utländska rätten. Den franska judikaturen efter 1938 har jag sålunda icke haft tillgång till. Genom »Law

[2] Några få citat, som av någon tillfällighet i översättning influtit i manuskriptet, har jag dock låtit kvarstå i denna form.

Reports» har jag kunnat följa engelsk rättspraxis till och med 1940. Men denna praxis har jag icke velat utnyttja utan någon ledning i rättslitteraturen, och beträffande denna har jag, vad de sista 15 åren angår, varit ganska illa ställd.

När jag för bortåt ett decennium sedan påbörjade behandlingen av ämnet, hade jag naturligtvis icke ens all den nödiga då utkomna litteraturen tillgänglig. Och det har sedermera av sagd anledning varit svårt att göra kompletteringar. Det finns dock vissa grunder för antagandet, att en mera fullständig litteraturgranskning icke skulle ha kunnat förändra den totalbild, jag sökt giva av de franska och anglo-amerikanska rättslärorna. Hithörande frågor diskuterades på den kongress, som augusti 1937 anordnades i Haag av l'Académie Internationale de Droit Comparé. Att döma av rapporterna till denna kongress — författade av framstående rättsvetenskapsmän — hade inom litteraturen intet av särskild vikt för mina undersökningar framkommit, som jag förbisett. Och att rättsvetenskapen på detta område nu under krigsåren skulle ha gjort några avsevärda landvinningar i Frankrike och England är, ehuru naturligtvis möjligt, dock föga troligt, om man dömer av erfarenheterna från förra världskriget.

Emellertid ha de försvårade kommunikationerna med utlandet naturligtvis icke varit gagneliga för mitt arbete. Nästan i sin helhet har den anglo-amerikanska delen måst utarbetas utan hjälp av något senare sammanhängande engelskt arbete över »law of torts» än av år 1929. I början av 1943 gjorda försök att från London införskaffa senare verk förblevo resultatlösa till in i november, då jag fick tillgång till 9 upplagan av Salmond's berömda »Law of torts», utgiven av Stallybrass. Under en del år har jag dock haft tillgång till ett amerikanskt arbete över »law of torts», tryckt så sent som 1938. Och någon månad före mottagandet av nämnda arbete av Salmond-Stallybrass fick jag genom inlåning från Köpenhamn 9 upplagan av Clerk & Lindsell's stora arbete på området av 1937. Dessa båda arbeten kommo mig tillhanda först efter det att jag betraktade den anglo-amerikanska delen av manuskriptet färdigt för tryckning. Ännu senare, först i början av 1944, då en stor del av arbetet redan inlämnats till tryckeriet, mottog jag Winfields »Text-Book of the law of tort» av 1943. Samtliga dessa tre mig så sent tillhandakomna skrifter ha föranlett mig att göra åtskilliga kompletteringar, Salmond-Stallybrass bl. a. att insätta exkursen »Negligence och Culpa» å s. 246—263. Genom arbetena i fråga torde jag också mestadels ha kunnat kontrollera, att jag icke gjort några misstag på grund av föråldrade uttalanden i litteraturen. De rätt få hänvisningar jag gjort

till Halsbury, The laws of England, avse första upplagan av detta arbete. Jag har emellertid på riksdagsbiblioteket kontrollerat, att de uttalanden, till vilka jag hänvisat, antingen återfinnas i där befintliga 2 upplagan av det stora verket eller, i allt fall, icke motsägas av framställningen därstädes, varande de ifrågavarande banden i 2 upplagan tryckta så sent som 1936—1939.

För den engelska rättens förståelse spela ofta äldre »cases» en stor roll. I fråga om sådana före 1865, då de olika serierna av »Law Reports», utgivna av The (incorporated) Council of Law Reporting, taga sin början, har jag — bortsett från den s. k. Rolls edition av Year Books från Edw. I till Edw. III — icke haft tillgång till någon av de många »reports»-samlingarna utan har fått nöja mig med den vanliga rättslitteraturens omnämnanden av fallen, i den mån de icke varit refererade hos Campbell, Ruling Cases, eller Kenny, Cases on the law of torts. Att i dessa tider söka från London införskaffa några av berörda »reports»-samlingar har jag icke ansett kunna ifrågasättas. Beträffande amerikanska »cases» har jag utöver litteraturen fått nöja mig med Burdick's Cases on the law of torts. I enstaka fall har jag haft nytta av referat i Harvard Law Review.

Från början hade jag icke tänkt gå så pass djupt in på den engelska skadeståndsrätten, som jag gjort. Meningen var att ägna största uppmärksamheten åt den franska. Att den engelska framställningen nu kommit att dominera beror framför allt därpå, att den franska skadeståndsrätten, såsom väsentligen kretsande kring vissa bestämda stadganden i C. civ. (artiklarna 1382—1386), enligt sakens natur i sina allmänna linjer kan utvecklas för främlingen på ett enklare sätt än den engelska, vars grunddrag äro av mera heterogen beskaffenhet. Kanske bör jag också nämna, att den engelska skadeståndsrätten fängslat mig på ett helt annat sätt än den franska.

Vad nu särskilt utredningen av engelsk rätt angår, har jag i fråga om min egen kritiska inställning icke sällan nöjt mig med antydningar eller t. o. m. blott med att låta de engelska juristerna tala för sig själva, dock mot bakgrunden av vad jag förmodat, att en mera försigkommen läsare måste ha sig bekant av min kritik av rättsideologien i den förevarande punkten. Varken tid eller utrymme ha räckt till för mig för att i detta avseende alltid kunna närmare utföra saken. — Av samma skäl har jag också måst avstå från en uppgift, som jag eljest känt nog så lockande, nämligen att på vissa punkter anställa jämförelser mellan fransk och engelsk rätt. Framför allt har jag därvid haft i tankarna en jämförelse mellan »la responsabilité du fait d'autrui» (särskilt »commet-

tant»-ansvaret) och »the master's liability for the acts of his servant». Vid närmare eftersinnande förstod jag dock, att ett mera grundligt försök att genomföra endast denna jämförelse skulle ha krävt en oproportionerligt stor myckenhet av tid och utrymme. — Slutligen vill jag i detta sammanhang nämna, att jag icke anser mig ha fått någon riktig rätsida på »negligence»-ansvaret i den nyss berörda exkurs, som jag på föranledning av Salmond-Stallybrass företagit. Om felet uteslutande är mitt eller om bristfälligheten tilläventyrs också kan bero på den ifrågavarande lärans egen oklarhet, får läsaren söka döma om. Emellertid hade jag kanske lyckats bättre, om jag anslagit ett större utrymme åt behandlingen i fråga. Detta har jag emellertid icke kunnat. Vad som framkommit i exkursen har jag icke funnit nödigt låta i någon avsevärd mån influera på vad jag dessförinnan skrivit om »fault-liability» och »negligence» i den redan tryckfärdiga framställningen.

Den »Litteraturförteckning», som jag meddelar i slutet av boken, har egentligen uppgjorts blott för att möjliggöra förkortningar i litteraturhänvisningar under arbetets fortgång. De skrifter, varifrån uttalanden måst åberopas först i andra hand, äro icke upptagna i denna förteckning. — För studiet av den engelskrättsliga delen har jag, likaledes i slutet av boken, upprättat en Index över »cases» med angivande av de sidor i densamma, där de äro berörda. Samtliga i Index omnämnda »cases», som äro refererade i olika serier av Law Reports, utgivna (sedan 1865) av The (incorporated) Council of Law Reporting, har jag studerat direkt i detta verk. De »cases», som ursprungligen refererats i någon av mängden av »Law Reports», utgivna dessförinnan (under 1600-, 1700- och 1800-talet), har jag som redan nämnt aldrig haft tillfälle att läsa i originalreferat. (Year Books, ehuru ett slags »law reports», avses i allmänhet icke med denna term.) När jag på andra vägar lärt känna hithörande »cases», har jag likväl — med hänsyn till möjligheten att nu ifrågavarande del av arbetet kunde komma att läsas av en eller annan jurist i England och Amerika — i allmänhet angivit deras plats i den »reports»-samling, där originalreferatet kan inhämtas.

Varken nu sist berörda prejudikatsamlingar eller de »Law Reports», som sedan 1865 utgivas av The (incorporated) Council of Law Reporting, hava tillkommit ex officio. Vad dessa senare »Law Reports» angår, voro de olika serierna ursprungligen fördelade på fyra, därefter intill 1895 på tre, »editors» under »the general supervision of the Council». Från 1895 under 40 år framåt var Sir Frederick Pollock ensam utgivare av samtliga serierna. Hans roll har därefter övertagits av A. F. Topham. (Jfr till det sagda artikeln »English law reporting» i Pollock, Essays s.

241 ff.) Nämnas må att dessa Law Reports icke äro uttömmande. Vid sidan av dem finnas andra »Reports», innehållande »cases» som icke äro refererade i ifrågavarande Law Reports, t. ex. Law Times Reports och Times Law Reports samt den under senaste decenniet påbörjade serien All England Law Reports. Ingen av dessa har jag haft tillgång till.

De serier av »Law Reports» (under The Council), som i detta arbete tagits i bruk, äro — om jag bortser från en del fall ur serierna Chancery Division och Chancery Appeal Cases — *dels* de, som avse domar, i vilka dömts av resp. Court of Exchequer, Court of Common Pleas, Court of Queen's Bench, och, från 1875, av deras efterträdare, de s. k. divisional courts, vilka 1880 konsoliderades i Queen's (nuvarande King's) Bench Division (vare sig nu målet också dömts av högre instans, Court of Exchequer Chamber eller Court of Appeal, eller icke), *dels* ock serierna av »Appeal Cases», vilka slutligen dömts av House of Lords eller, från 1875, av (the judicial committee of the) Privy Council. Av »Appeal Cases» finnas faktiskt tre och formellt fyra serier. För åren 1866—1875 löpa två serier (avseende blott House of Lords, icke Privy Council) parallellt, den ena för engelska och irländska mål, den andra för »Scotch and divorce cases». För domar, avgivna efter 12 juli 1875, ha vi faktiskt blott en serie »Appeal Cases», ehuru den formellt är delad på två (de numrerade 15 banden 1875—1890 samt den därefter fortgående onumrerade serien). Common Pleas Division och Exchequer Division (efterträdare till Court of Common Pleas och Court of Exchequer) gingo som nämnt 1880 upp i Queen's, sedermera King's, Bench Division. Såvitt »cases» efter sekelskiftet beröras i min framställning, tillhöra de (bortsett möjligen från något fall från chancery-judikaturen) någon av de båda serierna King's Bench (underförstått »Division») och »Appeal Cases».[3] Den citeringsmetod jag använt vid mina hänvisningar till »cases» i dessa »Law Reports» skall jag angiva nedan s. 614 f., efter meddelandet av »Index».

Då jag icke haft tillfälle göra upp något sakregister, har jag avslutat arbetet med en ganska detaljerad innehållsförteckning. Har man väl en gång läst igenom den anglo-amerikanska delen, kan möjligen därefter indexen över dithörande »cases» till en del göra tjänst i stället för sakregister. Även i innehållsförteckningen ha, beträffande vissa partier av den anglo-amerikanska delen, åtskilliga »cases» medtagits för åskådlighetens skull. Vad nu innehållsförteckningen i övrigt angår, har

[3] Jfr till det sagda s. 305 n. 8.

denna naturligtvis måst rätta sig efter rubrikerna. I fråga om dessa måste jag erkänna, att jag icke alltid lyckats med »symmetrien». Så ha t. ex. stundom rubriker samordnats utan att sakligt sett stå i sådant förhållande till varandra. — Arbetet kan säkerligen i formellt hänseende utsättas för många andra anmärkningar. Det har författats på vitt skilda tider och manuskriptet till stora delar ursprungligen skrivits såsom underlag för föreläsningar. Härigenom uppstodo ojämnheter, som jag säkerligen icke fullt tillfredsställande lyckats bortarbeta. Korrekturläsningen har jag, delvis under sjukdom, själv ensam måst ombesörja; detta sagt icke till försvar för utan till förklaring av förmodligen talrika korrekturfel. Då och då stöter man på en del stela vändningar, som tillkommit vid korrigeringar, vilkas formuleringar måst influeras av kostnadssynpunkter. Hänvisningarna till litteratur och judikatur ha ingalunda alltid blivit konsekvent formulerade. Vad hänvisningarna till referaten hos Sirey angår, var meningen, att sista siffran skulle angivas utan föregående s., när fallet i dess helhet avsågs, under det att s. skulle utsättas, när ett visst domsuttalande i referatet var i fråga. Detta missuppfattades så, att s. städse fallit bort. Likaså missförstodos mina anvisningar angående interpunktering i hänvisningarna till andras arbeten. Denna interpunktering har nu blivit olämplig och dessutom inkonsekvent. Dessa och andra liknande inadvertenser kunna stöta ordningssinnet men föranleda, efter vad jag hoppas, icke några sakliga tvivelsmål för läsaren. Emellertid hade en överarbetning varit önskvärd. Att själv utföra denna, därtill hade jag icke tid, och att låta den ombesörjas av annan hade blivit alltför kostsamt. Medvetandet om nu nämnda bristfälligheter önskar jag giva uttryck åt genom att publicera skriften *Tryckt som manuskript.*

Ekonomisk möjlighet att utgiva denna bok har beretts mig genom bidrag från allmänna medel till utgivande av lärda verk m. m., från anslaget till extra utgifter i justitiedepartementet samt från Längmanska Kulturfondens nämnd. För den stora välvilja, som på detta sätt visats mitt arbete, får jag uttala mitt vördsamma tack dels till herr statsrådet och chefen för ecklesiastikdepartementet filosofie doktorn Gösta Bagge, dels till herr statsrådet och chefen för justitiedepartementet Thorwald Bergquist, dels ock till Längmanska Kulturfondens nämnd, vars ordförande, herr kanslern för rikets universitet juris doktorn Östen Undén, haft godheten jämväl utanför nämnden verka till befrämjandet av understöd för arbetets tryckning. Jag önskar också framföra ett hjärtligt tack till dåvarande byråchefen för lagärenden hovrättsrådet Herman Zetterberg för det betydelsefulla intresse han ägnat min avhandling.

En stor del av manuskriptet har professorn i processrätt Karl Olive-

crona gjort mig den uppoffrande väntjänsten att genomläsa. Detta har varit till synnerligt gagn för det resultat, som nu föreligger. Under arbetets gång har jag icke sällan tvivlat på lämpligheten av att framlägga ett alster av denna art inför en svensk och nordisk juristpublik. Professor Olivecronas tillstyrkan undanröjde dessa tvivelsmål och blev därigenom en utomordentligt värdefull uppmuntran för mig. Han har också gjort en del randanmärkningar, vilka jag tagit ad notam. I anledning av viss betänksamhet, som han antytt gentemot min »samhällsnytte»-tes, har jag infört termen »konstruktiv rättsvetenskap» och preciserat vad jag därmed menar. För allt vad professor Olivecrona härigenom gjort för denna skrift riktar jag till honom mitt varma tack. — I en särskild fråga har jag haft förmånen få konferera med professorn i psykologi och pedagogik John Landquist. För det goda stöd han därvid givit mig ber jag härmed att till honom få frambära min stora tacksamhet. — Docenten i praktisk filosofi Martin Fries har låtit mig se korrekturet till sin skrift Verklighetsbegreppet enligt Hägerström. Därav har jag haft stor nytta för noten å s. 122—125. Härför, liksom för det vänskapliga och stimulerande intresse han vid flera tillfällen visat för mitt arbete, tackar jag honom hjärtligt.

Den hjälpsamhet och det tillmötesgående, som jag fått röna från härvarande universitetsbibliotekets sida, har i högsta grad underlättat mina forskningar. Ett stort antal av dess ämbets- och tjänstemän är jag skyldig mycken tacksamhet. I alldeles särskilt stor förbindelse stannar jag till herrar överbibliotekarien filosofie doktorn Anders Grape, förste bibliotekarien Paul Högberg samt andre bibliotekarien Oskar Lundberg. När jag, tyvärr först på ett senare stadium, förstod att bättre än förut taga bibliotekets resurser och tjänstvillighet i anspråk, blev arbetet en källa till särskilt stor glädje för mig.

Uppsala i maj 1944.

V. Lundstedt.

Händelsevis upptäckta korrekturfel:

Å s. 8 och s. 10 står Benzon, läs Bentzon.

Å s. 56 r. 21 står (ingen, läs (exempelvis ingen.

Å s. 107, huvudrubriken, står crée, läs créé.

Å s. 298 r. 7 nerifrån står Hallets & Estate, läs Hallet's Estate.

Konklusionen i n. 4 å s. 331 angående »bailment» bör förtydligas med påpekandet, att saks överlämnande till annan i dennes egenskap av »servant» icke kan innefatta »bailment».

Första avdelningen

Polemiskt angående Culpa-Regeln.

Inledning.

I förra delen, här kallad Culpa-Regeln, motiverade jag mitt tillvägagångssätt att vid försöket att framlägga en skadeståndslära taga den s. k. skuld- eller culparegeln till utgångspunkt och alltså göra början med en undersökning av den rättspolitiska grunden till nämnda regels uppehållande. Undersökningen ledde enligt min mening till framför allt två resultat. Dels ådagalades, med hjälp av hänvisningar till vissa partier i mina föregående arbeten, att den både hos oss och i utlandet gängse behandlingen av den ifrågavarande skadeståndsregeln såsom en *skuld*-regel i bokstavlig mening — d. v. s. av innebörd att man genom sitt *klandervärda* beteende ådragit sig *skuld* och därmed i *rättvisans* namn gjort sig *förtjänt* av skadeståndstvånget — är helt och hållet ovetenskaplig, i det att resonemangen baseras på den ena verklighetsfrämmande föreställningen efter den andra.[1] Dels sökte jag gentemot denna ståndpunkt inställa »culpa-regeln» i en realitetsbetonad ram. Jag sökte framlägga förnuftiga grunder för »culpa-regelns» uppehållande, utvisande dessa att regeln faktiskt utövade betydande sociala funktioner, av mig betecknade såsom prevenerande och ersättande.[2]

Båda resultaten skola visa sig ha betydelse för en behandling av det »strikta ansvaret», varmed jag avser skadeståndstvång som drabbar person oberoende av egen culpa, vare sig nu skadan vållats genom annans culpa eller icke.[3] Man får ett särskilt grepp om jurisprudensens åskåd-

[1] Se Culpa-Regeln, s. 34—69, med där gjorda hänvisningar.

[2] Se Culpa-Regeln, s. 104—128.

[3] Med »ansvar», »ansvarighet» eller »ansvarig» avser jag i det följande endast och allenast det faktiska förhållandet, att en person, därest talan om skadestånd föres mot honom och vissa fakta utredas — nämligen att viss skada föreligger, som betingats av vissa förhållanden av växlande slag, såsom personens egen culpa eller viss annans culpa eller slutligen helt utan avseende å någons culpa — blir dömd att betala skadestånd

ningssätt även beträffande det strikta ansvaret. Man förstår nämligen bättre, vari felet i detta åskådningssätt ligger: att söka härleda skadeståndsreaktionen från förhållanden, som komma densamma att tillfredsställa rättvisans krav. Vidare skola vi finna, att den insikt, vi vunnit angående de sociala realiteterna bakom culpa-regeln, har en, stundom, nära nog direkt befruktande betydelse för förståelsen av den sociala funktionen hos det strikta ansvaret, nogare uttryckt, hos de rättsregler[4], vilkas uppehållande innefattar en persons strikta ansvarighet.

Emellertid har min kritik av culpa-regeln föranlett vissa anmärkningar från andra författare. Jag önskar nu först beröra några anmärkningar, framställda av två av dessa författare.

Martons anmärkningar.

På hösten 1936 utgav jag Band II:1 av »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», vars sista avsnitt innehåller det väsentliga av min syn på culpa-regeln, såsom jag året förut framlagt denna i »Culpa-Regeln». Under förra hälften av 1937 utgav ungraren G. Marton på förlaget Recueil Sirey första delen av sitt arbete »Les fondements». Det kan knappast vara tvivelaktigt, att detta arbete förelegat åtminstone i väsentligen tryckfärdigt skick, när förf. blev bekant med min bok.[5] Skulle förf. verkligen ha gjort sig förtrogen med min ståndpunkt och min metod och låtit detta influera på hans eget verk, skulle detta förvisso ha måst undergå en fullständig, för en i utgivning stående auktor mer eller mindre katastrofal omarbetning. Det torde därför icke ha något med brist på skarpsinnighet hos Marton att skaffa, att han blott kunnat giva uttryck åt en ytlig uppfattning av min inställning till culpa-regeln. Efter att under rubriken »Tentative de construire, à l'usage du droit des

---

(förutsatt naturligtvis att domstolen icke begår misstag eller dylikt). Jag använder dessa ord sålunda endast för korthetens skull såsom beteckningar, termer, absolut frigjorda från de rättsideologiska föreställningar, för vilka de eljest äro uttryck inom juridiken. Det praktiska behovet av dessa beteckningar gör sig ofta starkt gällande vid diskussionen av hithörande skadeståndsproblem. Framställningen skulle ställvis bliva särdeles tung och omständlig, om jag i stället för »ansvar» och dylikt vore nödgad omskriva hela det nyssnämnda förhållandet. Vad termen »culpa» angår se Culpa-Regeln, s. 112 f. Se i övrigt angående terminologien förordet till detta arbete.

[4] Angående termen »rätts-(eller lag-)regler» se noten nedan å s. 527 ff.

[5] Andra delen av Martons arbete utkom först i slutet av 1938, fastän det är uppenbart av hänvisningarna till densamma i förra delen, att även andra delen måste ha varit i manuskript utarbetad, innan första delen gick i press. Marton var vid utgivandet av första delen professor vid juridiska fakulteten i Debrecen; vid utgivandet av andra delen var han professor vid universitetet i Budapest.

réparations, une notion spéciale de faute, composée d'éléments objectifs» ha berört tysken Rümelins och österrikaren Schreiers arbeten skriver Marton:

»C'est enfin à peu près dans le même sens que s'est prononcé tout récemment M. *Lundstedt*, professeur à Upsala, dans son livre consacré à une critique sévère des méthodes de droit de nos jours. Après avoir repoussé comme inconséquente et se contredisant elle-même, la notion objective de la faute, au sens de la doctrine actuelle dominante, M. *Lundstedt*, lui-même, se réfugie derrière une notion toute formelle de faute, qui 'n'ayant aucune nuance morale' ('nicht moralisch gefärbt'), ne consiste qu'en ce simple fait d'avoir agi d'une manière, différente de celle qui est prescrite par la loi, et qui rend responsable. M. *Lundstedt* dénomme cette responsabilité dérivant d'une attitude contraire à la loi, par un terme qui, à mon avis, n'est pas très heureux. Ce terme forgé par lui-même: 'Culpa-Regel', exprime simplement que celui qui agit contrairement au droit ('kulpös'), court le risque d'en être tenu à la réparation. Cette 'Culpa-Regel' qui, pratiquement, englobe, comme M. *Lundstedt* l'avoue formellement, à peu près les mêmes cas de responsabilité que ceux qui rentrent sous le terme 'faute' (culpa) de la doctrine dominante, est donc, comme on le voit, dépourvu de tout contenu réel et dénué de toute valeur pour la théorie.

En face de ces tentatives de caractère objectif, on peut se demander, à quoi pourraient encore servir ces efforts tendant à construire, à tout prix, une notion objective de la faute, et à la faire présider aux éléments de la responsabilité civile? — Evidemment pour sauver l'apparence du régne du vieux dogme, selon lequel il n'y a pas de responsabilité sans faute, et sauver ainsi, par l'usage équivoque du mot 'faute', l'apparence de l'identité de la responsabilité civile avec la responsabilité morale.»

Härtill fogar Marton följande i en not:

»En ce qui concerne spécialement M. *Lundstedt*, il n'adopta la notion susindiquée de faute ('Kulpa-Regel') que parcequ'il partait de la fausse supposition que l'effet préventif de la responsabilité civile ne se manifeste que dans le domaine de la responsabilité de faute. Or, pour M. *Lundstedt*, comme nous le verrons plus bas (nº 109), le principe fondamental de la responsabilité étant la prévention: partout où il y a responsabilité, il doit y avoir aussi, à son avis, une faute quelconque.»[6]

Allt detta är från början till slut ett missförstånd både av vad jag sagt och av vad jag menat. Jag har icke tagit min tillflykt till något som helst »faute»-begrepp. När jag för egen del använt orden »culpa-regel» eller »skuld-regel», har detta städse endast skett såsom beteckning för det område av skadeståndsrätten, inom vilket jurisprudensen motiverar ansvaret med den handlandes skuld. Ansvar på detta område är, såsom jag visat, tillfullo motiverat, ehuru det är ovetenskapligt, ja fullkomligt

[6] Marton I, s. 118 f.

meningslöst att laborera med skuld-föreställning av något slag, vare sig i moralisk eller i juridisk mening. Jag har trots mina utredningar i detta avseende behållit termen »culpa-regeln» — dock vid lämpliga tillfällen med prefixet »s. k.» — därför att området för den ifrågavarande av mig motiverade ansvarsregeln väsentligen *sammanfaller* med området för jurisprudensens »Schuld-Haftung», »faute-liability», »responsabilité de faute» eller, såsom den nordiska ofta uttrycker sig, skuld- eller culpa-regel. Jag har ju här icke pläderat för en *ny* regel utan blott sökt giva en ny *motivering* för en gammal regel, låt vara att denna motiverings erkännande i det långa loppet också måste ha en ganska stor betydelse för sättet att praktiskt tillämpa regeln. Det säger sig ju självt, att resultatet av rättstillämpningen måste bli olika, allteftersom domaren tager till ledstjärna, mer eller mindre, frågan om handlingens klandervärdhet, eller han blott beaktar intresset att motverka handlingssätt av förevarande art på grund av deras onyttighet för samhällsekonomien. Denna sak har jag icke närmare gått in på i min kritik av culpa-regeln, men den finnes där dock både indirekt och mera direkt berörd.[7] Att culpa-regeln fått sin benämning efter de föreställningar, som tillhöra den av mig kritiserade motiveringen, kan ju icke göra det nödvändigt för mig att slopa den gamla traditionella benämningen, då ingen, som verkligen läst vad jag skrivit i ämnet, kan tänkas bliva vilseledd av det gamla namnets bibehållande. I hittillsvarande skrifter har jag dock för egen del icke talat om skuld-regeln utan blott om culpa-regeln. Det latinska ordet har synts mig mindre utmanande än »skuld» såsom bruk för nu berörda terminus technicus. Vad jag nu sagt om »culpa-regeln» har naturligtvis motsvarighet i fråga om »culpa», så vitt jag använt detta uttryck för att benämna visst moment i den rättsfaktumskomplex, vars förhandenvaro utgör förutsättning för tillämpningen av culpa-regeln. (Se Culpa-Regeln, s. 112 f.)

Att, ehuru skuld-föreställningen helt och hållet övergives, detta område likväl vinner särskilt beaktande såsom skilt från skadeståndsrätten i övrigt, är ju motiverat redan därav, att ansvarigheten här förutsätter en annan rättsfaktumskomplex än vid det s. k. strikta ansvaret. Där ingår nämligen i rättsfaktumskomplexen skadans beroende av den ansvariges eget på visst sätt beskaffade handlingssätt in concreto, vilket icke är händelsen vid det strikta ansvaret. Denna särskilda art hos den ansvariges eget handlingssätt såsom faktisk grund för ansvaret har i min teori intet med skuld att skaffa utan utmärkes därav, att handlingssättet enligt rådande värdering i samhället på grund av sin skadlighet icke är

---

[7] Se Culpa-Regeln, s. 113 ff. och s. 189 f.

önskvärt, varigenom ett allmänt intresse föreligger att genom lagliga medel motverka detsamma. Det strikta ansvaret står sålunda efter min åskådning icke i motsättning till något skuld- eller culpa-ansvar, vilket är imaginärt, utan till ansvar för den egna nyss karakteriserade handlingen. Kanske har det varit oklokt av mig — trots alla mina omständliga försök till förebyggande av missförstånd — att behålla termen culpa-regeln, culpa-ansvar och liknande. I stället för culpa-regeln skulle jag naturligtvis ha kunnat skriva »skadeståndsregeln nr 1», »regeln om ansvar för den egna handlingen» eller dylikt, varvid »nr 1» icke utmärkte någon rangordning utan blott att jag av grunder, som jag anfört, först ägnat mig åt den analys, som resulterat i regeln i fråga. Emellertid måste det för envar, som verkligen läst och begrundat min kritik av jurisprudensens culpa-regel, vara så tydligt som helst, att när jag talat om ansvar för culpa i motsättning till strikt ansvar, så har »culpa» intet som helst med skuld (= »faute» eller »guilty mind») och naturligtvis icke heller något som helst med culpa i romersk mening att skaffa.[8] Att jag likväl behållit *ordet* culpa sammanhänger som sagt med att min kritik av culpa-regeln omedelbart blott avsett dennas *motivering* men tillsvidare lämnat dess användningsområde i det hela oberört; vartill kommer svårigheten att finna en annan, tillfredsställande terminologi. Vid dessa förhållanden har jag icke varit övertygad om, att ett termutbyte vore till mera nytta än skada.

Härefter torde man kunna förstå, att Martons ovan citerade uttalanden i själva verket icke ens beröra min ståndpunkt. Någon sakligt grundad uppfattning om denna har Marton helt enkelt icke förmått skaffa sig i hastigheten. Han har — att döma av på skilda ställen i arbetet gjorda citat från och hänvisningar till min framställning av den s. k. culpa-regeln — icke ens märkt, att min åskådning är oförenlig med den rättsskolastiska »grundvalen». Den rättsideologiska apparatens vetenskapliga duglighet har aldrig ifrågasatts av Marton. »L'idée de responsabilité» är, säger Marton, ett komplement till ett föregående, djupare begrepp, nämligen »celle du devoir, de l'obligation». »On est responsable lorsqu'on doit subir les conséquences du manquement à un devoir, à une obligation.»[9]

När en författare har dylika utgångspunkter och citerar mina teorier utan någon antydan om den bottenlösa klyftan mellan våra grundåskådningar, då förstår man lättare, hur han kunnat hysa en sådan uppfattning, som att jag överhuvud skulle laborera med ett skuldbegrepp, låt

[8] Se särskilt Culpa-Regeln, s. 112 f. och Die Unw. der Rechtsw. II: 1, s. 290.
[9] Marton II, s. 251.

vara ett blott formellt, och att under detta skuldbegrepp komme handlingssätt, som vore »contraire à la loi», d. v. s. differerade från vad som vore »föreskrivet av lagen», eller som, såsom Marton också uttrycker det, innebure att handla »contrairement au droit»: misstaget beror helt enkelt därpå, att han aldrig gjort ens något ytligt försök, långt mindre något allvarligt sådant att lära känna mina tankar. De mig i de nyss citerade orden tillagda begreppsföreställningarna utgöra ett av huvudföremålen för den min kritik, som tog sin början för snart 25 år sedan. Att handla »contrairement au droit» är ju detsamma som att handla rättstridigt. Och »contraire à la loi», varmed Marton menar lagstridigt i mening av stridighet emot lagens föreskrifter, drabbas naturligtvis av samma kritik som rättstridighetsbegreppet. Likväl skulle jag nu använda ett »faute»-begrepp i betydelse av handlingens rättstridighet och lagstridighet! Jag medgiver gärna, att om jag verkligen velat fondera culparegeln med ett sådant begrepp, så vore min åsikt blottad på allt reellt innehåll och utan allt värde för teorien. Men *detta* sätt att fondera culparegeln vore då orsaken och icke, såsom Marton synes mena, den omständigheten, att vad jag benämner culpa-regeln väsentligen omfattar samma område som det traditionella skuldansvaret. Ty det säger sig självt, att det icke kan vara ur vetenskaplig synpunkt likgiltigt, huruvida förklaringen till en viss s. k. rättsregel är sakligt hållbar eller icke. Bortsett från vad jag nyss nämnde om betydelsen i det långa loppet för utvecklingen av området för själva culpa-regeln, så måste varje vetenskapsman kunna begripa, att klarhet eller oklarhet på culpa-regelns område *kan* ha återverkningar på andra områden, särskilt det strikta ansvarets.

Marton demonstrerar f. ö. endast sin brist på kunskap om vad han talar, när han hänför mig till dem, som anstränga sig för att »construire, à tout prix, une notion objective de la faute» och som till på köpet skola göra dessa ansträngningar för att rädda skenet av herraväldet för den gamla dogmen om skuld såsom förutsättning för ansvarighet och därmed också skenet av identitet mellan rättsligt och moraliskt ansvar. En radikalare vanställning av min ståndpunkt har väl knappast förekommit, åtminstone om jag bortser från Thyréns desperata försök på sin tid att komma till livs min kritik av straffrättens grundåskådningar.

Detta oaktat kulminerar Martons ovederhäftighet i den not, som han speciellt ägnar min åsikt. Jag säges där utgå från det falska antagandet, att den preventiva effekten av ansvarigheten endast framträdde på området för skuld-ansvarigheten! Var har jag givit uttryck åt ett sådant antagande? Enligt min framställning finns ingen skuld-ansvarighet. Den prevenerande effekten av skadeståndsrättens uppehållande har jag vi-

dare ingalunda begränsat till det område, som jag betecknat med den s. k. culpa-regeln. En annan sak är, att jag i det för Marton tillgängliga arbetet inskränkt framställningen till nämnda område, uttryckligen angivande att det strikta ansvaret skulle göras till föremål för en senare behandling. Vad som emellertid låter Martons ytlighet i denna fråga springa särskilt starkt i ögonen, är att jag direkt uttalat, att jag trodde mig senare bliva i stånd att påvisa, icke blott att de i culpa-regeln inneslutna falska föreställningarna övat inflytande också på de doktriner, som utbildats angående den strikta ansvarigheten, utan även att realiteterna väsentligen vore likartade vid culpa-regeln och det stora området för det strikta ansvaret.[1] Därmed föreligger ju en ganska tydlig erinran om att den preventiva funktionen gjorde sig gällande även på det område, som jag betecknar med det strikta ansvaret. Icke desto mindre är Marton så frigjord från alla dubier i fråga om sitt bedömande av min ståndpunkt, att han på grund av sitt nyssnämnda misstag i förbindelse med sin mindre anmärkningsvärda uppfattning, att preventionen enligt min åsikt vore »le principe fondamental de la responsabilité», kommer till det fullkomligt bakvända resultatet, att min åsikt innefattade, att så snart ansvarighet vore förhanden, så måste det även finnas någon skuld. Sanna förhållandet är ju enligt allt vad jag hävdat, att ansvarigheten aldrig har med någons skuld att skaffa!

Ussings anmärkningar.

Ussing förmenar min karakterisering av jurisprudensens syn på culpa-regeln — innefattande denna syn att skadeståndet vore en rättvis reaktion mot personen på grund av hans skuld — vara »ganske forfejled». Som stöd för denna sin anmärkning hänvisar Ussing till en rad danska författare, däribland också till sitt eget av mig kritiserade arbete »Skyld og Skade», framhävande Ussing att dessa författare lägga stor vikt vid skadeståndets prevenerande betydelse[2], vilket då skall visa, att de icke kunna ha den åskådning, som jag påstått vara innebörden av jurisprudensens ståndpunkt i fråga om culpa-regeln. Härtill må sägas följande.

Också om skuld- eller culpa-regelns uppställande såsom dominerande den nordiska skadeståndsrätten är av relativt sent datum (blott något mer än 100 år sedan), så är skuld-begreppet uråldrigt. Det är detta gamla skuld-begrepp — innefattande att man felat och därigenom ådragit

[1] Se Die Unw. der Rechtsw. II: 1, s. 238; jfr Culpa-Regeln, s. 33.
[2] Se Ussing II, s. 16, s. 82.

JURIDISKA SEMINARIET
VID
UPPSALA UNIVERSITET

sig skuld, till vars sonande rättsreaktionen skedde — som upptagits i culpa-regeln. Denna culpa-regel har ifrån början uppställts och under generationer allt intill den dag som är[3] hävdats med utgångspunkt i *skuld* såsom förutsättande och rättfärdigande skadeståndstvånget. Ingen som laborerar med culpa-skuld såsom förutsättning för skadeståndsreaktion — utan att tillkännagiva att han i strid emot allt hittillsvarande bruk använder ordet »skuld» eller »culpa» blott såsom en teknisk term, fri från varje klandrande värdering och överhuvud från ordets språkliga betydelse — kan fattas annorlunda, än som om han menar, att gärningsmannen genom sin *skuld rättvisligen gjort sig förtjänt* av skadeståndstvånget. Detta påstående är, såvitt jag förstår, invändningsfritt.

Beträffande svensk doktrin har jag anmärkt, att man visserligen icke gör någon större affär av skadeståndstvångets rättvisa karaktär, men detta blott av den anledningen, att saken befinnes självklar.[4] Jag har därefter till särskild granskning uttagit två författare från Sverige, Nordling och Sjögren, vidare Ussing från Danmark och Stang från Norge.[5] Jag avsåg därmed att visa den vetenskapligt ohållbara ståndpunkten hos dessa författare, vilka på ett eller annat sätt synas förmena sig ha tagit avstånd från culpa-regeln i av mig kritiserad innebörd. Jag skulle kunna på liknande sätt ha gått till rätta med de författare, som Ussing nu åberopat sig på till stöd för sin nyss berörda anmärkning, nämligen danskarna Benzon, Hindenburg, Axel Möller, Vinding Kruse och Krabbe. Ingen av dem har tagit *vetenskapligt motiverat* avstånd från vare sig tron på skulden såsom rättfärdighetsgrund för rättsreaktioner eller den därmed förbundna rättsstridighetsläran eller överhuvud den tankevärld, vari dessa föreställningar ha vuxit upp och frodats. Denna iakttagelse, att den s. k. culpa-regeln faktiskt verkar prevenerande, har säkerligen i alla tider gjorts icke blott av rättslärda utan även av lekmän.[6] Att nu plötsligt införa denna iakttagelse i rättsvetenskapen, d. v. s. betrakta den såsom införlivad med vetenskapens syn på culpa-regelns grundläggning, utan att kritiskt taga avstånd från den sedan sekler rådande, *i direkt konflikt med preventionstanken* stående skuldläran har självfallet intet med vetenskap att skaffa. En sådan metod har ingen annan effekt än att ytterligare förvirra begreppen. Nu ligger emellertid, som sagt, saken så

[3] Se t. ex. Marton I, s. 1.

[4] Culpa-Regeln, s. 129.

[5] Culpa-Regeln, s. 132—208.

[6] Må man beakta ett uttalande av Pothier från 1760-talet, som jag nedan berör och vari han giver ett mycket klart uttryck för iakttagelsen i fråga. Likväl har det aldrig fallit någon in att betrakta Pothier såsom någon slags avståndstagare från skuld i rättsideologisk mening såsom grund för ansvaret. Se nedan s. 41 ff.

till, att de av Ussing åberopade författarna lika litet som Ussing själv med någon verklig argumentation tagit avstånd från hela denna rättsideologi, i vilken rättsvetenskapen rör sig. De synas alls icke ha lagt märke till den motsägelse, vari de råka, såvitt de anlägga preventionssynpunkten såsom rättspolitisk grund till skadeståndstvånget.

Emellertid har nu Ussing bland dessa författare även medtagit vissa uttalanden av Cohn, s. 138 ff. Detta synes mig särskilt egendomligt. Dessa uttalanden hava föranletts av min år 1923 publicerade »Kritik av nordiska skadeståndsläror» och äro *i nu förevarande avseenden väsentligen instämmande.* Efter att ha refererat min kritik av jurisprudensens metod att till förfång för preventionssynpunkten stirra sig blind på de enskilda fallen i och för avvägning av partsintressena skriver Cohn, a. st. s. 139:

»Denne Kritik er i Hovedsagen berettiget. Naturligvis kan den herskende Retsbrudslære med formel Ret svare, at den netop medtager det præventive Hensyn i sin Afvejelse, og at man ved at paalægge Erstatningspligt i de Tilfælde, hvor en Handlings Fare overvejer dens Nytte, netop tillige tager Sigte paa at indskrænke disse Handlinger til det mindst mulige. Men dette er kun det gamle Trick at indfortolke det generelle i det konkrete, hvorved man ad en Omvej ophæver den konkrete Afvejelse. Det virkelige Forhold bliver alligevel, at Læren hæfter Blikket paa det enkelte Konfliktstilfælde, og at den derfor kun kan optage Præventionen som et sekundært Hensyn, som derfor heller ikke kan komme til sin fulde Ret. Ved at henvise til Afvejelse af hvert enkelt Tilfælde udelukker man praktisk talt enhver almindelig Regel, undtagen forsaavidt en saadan kan udvindes af Præjudikater.»

Att Cohn, detta oaktat, icke förstått saken i hela dess vidd — så mycket mera ursäktligt, som jag i nämnda tidskriftsavhandling icke kunnat ens tillnärmelsevis fullständigt angiva mina grunder — inses av hans tanke, att »den herskende Retsbrudslære med formel Ret» kunde svara, att den »netop medtager det præventive Hensyn i sin Afvejelse». Ett sådant svar vore för »Retsbrudslæren», såsom jag visat vis à vis Ussing, en logisk omöjlighet. (Se för övrigt nedan s. 20 f.) Sedan Cohn vidare betonat, att »Lundstedt uden Tvivel har Ret i sin Kritik af Retsbrudslæren» övergår han till en opposition mot vad jag har att sätta i stället. Men denna opposition kan uppenbarligen icke av Ussing vara avsedd som stöd för dennes uttalande, att min ifrågavarande kritik av skuld-jurisprudensen vore »ganske forfejled».[7] Det måste bero på misstag av något slag, att Ussing här åberopat sig på Cohn.

[7] Cohn synes icke ha förstått, att mina positiva synpunkter enligt själva sin egen natur blott kunna konstituera en *arbetsmetod*, vars tillämpning jag i min tidskriftskritik blott kunnat antyda. Jag förmodar, att Cohn — därest det tankeexperimentet göres, att

Vad nu de övriga av Ussings författare angår, synes det mig också ganska egendomligt, att han i detta sammanhang hänvisat till dem. Icke kan det väl verkligen vara Ussings innersta mening, att Benzon med sitt över 50 år gamla disputationsarbete »Begrebet Vis Major i romersk och nordisk Ret», vare sig intager någon representativ ställning för den nutida jurisprudensens syn på culpa-regeln, eller på något sätt föregripit min kritik av densamma? Ett närmare ingående på Benzons resonemang, som på grund av dessas karaktär skulle bliva väl omständligt, anser jag mig böra kunna bespara läsaren.

Vad Axel Möller angår finner han visserligen »Oprettelse af den den Skadelidende tilføjede Skade» varken vara »et absolut, ej heller det eneste Hensyn». Men detta kan ju icke motivera Ussings åberopande av honom, så mycket mindre som Möller närmare utvecklar saken sålunda:

»Sagen er den, at ved Siden af Hensynet til den, der har *lidt* Skaden, gør ogsaa Hensynet til den, der eventuelt skal *betale* den, sig gældende. Dette Hensyn vejer stærkere, jo mindre Skylden eller Tilregnelsen er, og mest naturligtvis, hvor subjektiv Skyld ganske mangler. Ogsaa andre Formaal kommer frem ved Siden af det oprettende, saaledes Hensynet til at forebygge Retsbrud og Hensynet til Samfundets almindelige Interesse i, at begaaede Lovovertrædelser drages frem for Dagens Lys, hvorom strax nedenfor. Det kan derfor kun siges, at den almindelige Erstatningsregels *Hoved*formaal er at oprette det den skadelidende retsstridig og tilregnelig tilføjede Tab, *forsaavidt en saadan Oprettelse lader sig forene med Hensynet til den skadegørende.* Dette sidste Hensyn kan baade medføre, *at* den skyldige i visse Tilfælde, hvor Uagtsomheden kun er ringe, helt fritages for Erstatningspligt, *at* visse Følger lades ude af Betragtning og efter nogles Mening endog, *at* Erstatningsansvarets Omfang principielt gøres afhængig af Skyldgraden.»[8]

Möller är sålunda en typisk representant för det slags rättsvetenskap, som jag kritiserat både i Culpa-Regeln och annorstädes. Vad preventionssynpunkten angår, framhäver han dess betydelse vid »ikke-strafbare Retsbrud» och betonar att den endast kan anläggas, när skuld utgör skadeståndsbetingelse.[9] Möller begår sålunda samma misstag, som jag påvisat hos Ussing.

Lika obegripligt synes det mig, att Ussing hänvisat till en uppsats av Hindenburg. Att denne tager visst avstånd från Jherings lära om skul-

---

han då haft tillfälle att taga del av mina senare skrifter, Obligationsbegreppet, särskilt II: 1, s. 91—102 och s. 187—237, samt Culpa-Regeln, bl. a. dess sista sida, ävensom nu föreliggande arbete — icke skulle kunna ha bedömt mina positiva synpunkter så, som han gjort. Detta är dock i förevarande sammanhang utan allt intresse.

[8] Møller, s. 19.

[9] Møller, s. 20.

dens civilrättsliga betydelse är ju intet skäl, eftersom han likväl — långt ifrån att vetenskapligt påvisa ohållbarheten av sådana begrepp som rättstridighet och skuld — själv använder dem med största förnöjsamhet.[1] Gentemot Jhering uttalar han:

»Det turde dog være, at de romerske jurister havde Ret, naar de opfattede Erstatningsforpligtelsen som et Strafansvar. Det er en korrekt Angivelse af det naturlige Forhold, naar det siges, at Paagældende maa *bøde* for sin Uagtsamhed.»[2]

Dessförinnan har han med instämmande citerat ett uttalande av Herman Scheel av innehåll, att man — hur mycket teorien än sökte fasthålla vid den begreppsmässiga skillnaden mellan straff och skadestånd — dock icke kunde komma ifrån att detta utgör ett mycket kännbart ont för den »erstatningspligtige» och att »det er hans *Skyld*, der berettiger til at ramme ham med dette Onde».[3]

Och denna tanke synes Hindenburg vilja driva så konsekvent, att han beträffande husbondens ansvar för tjänarens skadegörelse å tredjeman efter D. L. 3-19-2 — då »ingen Skyld er tilstede» — ogärna använder beteckningen »skadestånd», enär det i verkligheten vore fråga om »försäkring».[4] Överhuvud är det i fråga om vetenskaplig metod — därest om sådan kan talas i detta fall — billighets- och rättfärdighetssynpunkter som dominera.[5] Att i en sådan miljö söka vetenskapligt insätta preventionen som rättspolitisk grund till skadeståndsrätten är, som jag så utförligt har visat, den rena orimligheten. Man kan nu icke heller säga, att Hindenburg gjort något sådant försök. Han gör överhuvud intet nummer av preventionssynpunkten. Han utgår helt enkelt i ett visst sammanhang utan vidare från detta för varje reflekterande både lekman och jurist uppenbara sakförhållande, att skadeståndet har prevenerande verkan.[6] — Det är tydligt av vad jag sagt, att Hindenburg varit helt och hållet fången i den rättsideologi, som jag gjort till föremål för kritik. Hur skulle då hans ståndpunkt rimligen kunna bidraga till omdömet, att denna min kritik vore »ganske forfejled»?

Mera förståeligt är det att Ussing till stöd för detta sitt omdöme har hänvisat till en artikel av Vinding Kruse.[7] Denne har kritiserat Ussings

[1] Hindenburg, t. ex. s. 389, 395, 399 f.
[2] S. 398.
[3] S. 395.
[4] S. 401 f.
[5] S. 398 ff.
[6] S. 398.
[7] Vinding Kruse, Erstatningsansvar, s. 265 ff. Denna artikel är en recension just av Ussings av mig kritiserade arbete Skyld og Skade. Ussing hänvisar nu till s. 270 ff. i Vinding Kruses recension.

rättstridighetsbegrepp och visat, hur Ussing därigenom förletts till att i princip bestrida skadeståndets prevenerande betydelse utanför den s. k. culpa-regelns område.[8] Och han har mycket eftertryckligt och med högst träffande iakttagelser påvisat preventionens rättspolitiska betydelse på stora områden av strikt ansvar.[9] Även nu antaget, att Vinding Kruse själv vore oantastlig för min ifrågavarande kritik, så kunde väl ett sådant förhållande i och för sig icke motivera omdömet, att den varit »ganske forfejled». Vinding Kruse får väl icke identifieras med skadeståndsjurisprudensen i Norden och utlandet. Några år efter Vinding Kruses recension finna vi f. ö. norrmannen Stang publicera sitt stora skadeståndsarbete, varpå Vinding Kruses artikel icke synes ha utövat något som helst inflytande. Men nu förhåller det sig dessutom så, att det icke finns ringaste anledning att undantaga Vinding Kruse från min mot jurisprudensen riktade kritik för dennas inställning till skuldregeln. Vinding Kruse riktar sig visserligen mot Ussings behandling av rättstridighetsbegreppet, men ingalunda mot detta begrepp självt. Tvärtom går hans anmärkningar ut på, att Ussing icke gjort tillräckligt mycket av begreppet. Ussing förebrås för att icke ha »udtømt» rättstridighetens område, i det han förbisett, att det utom rättstridiga handlingar och underlåtelser även finns *rättstridiga viljor*.[1] Ehuru Vinding Kruse intet har att invända mot Ussings bestämning av rättstridigheten såsom en positiv eller negativ handling, »der strider mot Loven og derfor modarbejdes av denne», är han mycket missnöjd med, att Ussing stannat vid denna blott formella definition och icke sakligt gått djupare in på vad som skiljer det rättstridiga från det rättsenliga.[2] Att Vinding Kruse under dessa omständigheter på jurisprudensens vanliga sätt — d. v. s. med den motsägelsefulla föreställningen om skuldens objektivering — antager skuld såsom förutsättning för ansvaret vid rättstridig handling är klart.[3] Vinding Kruse anlägger även på detta område preventionssynpunkten, sålunda vid sidan om förutsättningen rättstridighet-skuld. — Av det sagda torde framgå, att den kritik jag riktat mot både Ussings och jurisprudensens i övrigt inställning till culpa-regeln till stor del även passar in på vad Vinding Kruse låtit komma till uttryck i den artikel, vartill Ussing hänvisat.[4]

---

[8] Vinding Kruse, s. 268 ff.

[9] Särskilt s. 273 f. och s. 278 f.

[1] S. 268 f.

[2] S. 269 ff. — V. Kruse synes härvid möjligen förbise det positiva bidrag som Ussing givit å s. 13 i sin bok och som jag berört i Culpa-Regeln, s. 173 f.

[3] Se t. ex. s. 278.

[4] Detta hindrar mig naturligtvis icke att beundra den skarpsinnighet och självstän-

Det uttalande av Krabbe, som enligt Ussing skall ingå i stödet för dennes omdöme, att min kritik vore »ganske forfejled» lyder sålunda:

»Den *oprettende* Retshaandhævelses umiddelbare Formaal er — gennem Erstatning, Tilbageførelse (Vindikation) og Gennemførelse (Opfyldelsestvang) — objektivt at udligne den stedfundne Retsforstyrrelse; men ved at tillægge den skadelidende et Oprettelseskrav, som kan gennemtvinges ad Rettens Vej, skaber Retsordenen tillige Motiver hos Borgerne til i det hele at afholde sig fra Retskrænkelser, der kan paadrage dem Erstatningsansvar. — Den oprettende Retshaandhævelse faar saaledes jævnsides med sit individuellt oprettende Formaal tillige en generellt forebyggende Funktion. Erstatningsordenen bidrager til at hævde Retsordenens Ukrænkelighed . . .»[5]

Detta uttalande utgör hela det bidrag av Krabbe i denna fråga, som Ussing åberopar emot mig. De nakna påståenden, som däri innefattas, kunna väl icke betraktas som ett vetenskapligt inlägg i frågan om skuldbegreppets ställning i rättsvetenskapen och ha säkerligen icke heller av förf. avsetts att utgöra ett sådant inlägg. Även om Krabbe med dessa uttalanden förmenat sig taga avstånd från den lära, som jag tillskriver jurisprudensen, så kan ju ett sådant avståndstagande icke tillmätas någon som helst rättsvetenskaplig betydelse, då det skett utan någon kritik av det väsentliga i skuld- och rättstridighetslärorna och överhuvud utan någon argumentation. Detta uttalande av Krabbe gör honom självfallet icke till någon representant för jurisprudensens inställning i denna fråga vare sig åt ena eller andra hållet. Icke desto mindre pekar det ganska bestämt på, att förf. för sin del accepterat den traditionella rättsideologien. Annars skulle han icke ha kunnat tala vare sig om rättskränkningar eller om rättsordningens okränkbarhet. Vi behöva emellertid icke sväva i den allra minsta ovisshet om, vart Krabbe är att hänföra. Ty det ifrågavarande arbetet i sin helhet utvisar, att Krabbe fullständigt engagerats av rättsideologien med dess tro på skuld, statsmaktens vilja, objektiv rätt, subjektiv rätt, rättstridighet såsom stridighet emot den objektiva rätten, »Retsgoder» såsom föremål å ena sidan för rättskränkning, för objektivt »Retsbrud», och å andra sidan för skydd genom straffrättskipningen etc.[6] Nödvärn skall vara en »Afværgelse av et retsstridigt Angreb». Denna avvärjelse sker genom »Magtindgreb i Angriberens Retsgoder». Trots detta blir »Magtindgrebet» icke straffbart, ty det skall

dighet, som Vinding Kruse ådagalagt även i den ifrågavarande artikeln, liksom överhuvud hans glänsande framställningskonst i både tal och skrift. Att han icke kommit att utöva något inflytande på mitt eget skriftställarskap beror på, att våra grundåskådningar äro oförenliga med varandra. Se härom nedan noten å s. 122—125.

[5] Krabbe, s. 120.

[6] Se Krabbe, s. 11—18.

icke, såsom det avvärjda angreppet, vara rättstridigt utan »objektivt retmæssig».[7] Allt detta, faktiskt hela den allmänna »rättsvetenskapliga» grundvalen i Krabbes åskådning, är nu intet annat än ingredienser i just den rättsideologi, som framför allt annat gjorts till föremål för kritik i mina skilda skrifter. Om Krabbe icke i detta sitt arbete uttryckligen omtalar, att straffet eller skadeståndet blir rättvist genom gärningsmannens skuld, så vad sen? Varför skulle han omtala en sådan för alla — både jurister och lekmän — självklar sak? Skuld föreligger efter Krabbe, när en rättstridig gärning, d. v. s. en mot den objektiva rättens bud eller befallningar stridande gärning, »kan tilregnes Gerningsmanden til *Skyld*». Denna skuld skall vara en grundbetingelse för straffbarheten. Det vore ju det rena abrakadabra att uppställa en sådan grundbetingelse, om meningen icke just vore, att gärningsmannen, genom att ha gjort sig *skyldig* till *rättstridig* handling, hade gjort sig rättvisligen förtjänt av straffet.

Beträffande nu citatet här ovan, som Ussing hänvisat till, är det ju egentligen blott ett uttryck för samma tänkesätt, som jag påtalat hos Ussing och som måste bero på förbiseendet av att »Opretningsformaalet» och preventionssynpunkten logiskt utesluta varandra.

Hur Ussing resonerat, när han radat upp alla dessa författare på detta, såvitt jag förstår, egendomliga sätt har blivit mig mer och mer oförståeligt ju mer jag reflekterat över saken. Vad nu Ussing själv angår kan jag verkligen icke uttrycka min kritik av hans inställning till culpa-regeln tydligare, än jag gjort i mitt ifrågavarande arbete.[8] Emellertid är, som redan nämnts, Ussing icke nöjd med kritiken. Han menar att jag gått till vissa överdrifter, men han kan dock näppeligen anses ha visat, vari dessa överdrifter skola bestå.[9] Nu hör det till de mest extrema sällsyntheterna inom rättsvetenskapens historia, att en författare helt medgiver riktigheten i en kritik, som omvälver själva grundåskådningen i hans lära. Och det måste nog stå klart för var och en, att sådan är min kritik av rättstridighets- och skuldläran, därest kritiken icke kan vederläggas. Ussing är emellertid icke blott — vad jag förut vid skilda tillfällen tillåtit mig konstatera — en sällsynt gedigen och skarpsinnig forskare, utan han är även en stor gentleman. Därför har han haft ridderligheten göra ganska avsevärda eftergifter för min kritik. Han medgiver

[7] Krabbe, s. 66. Detta är ju identiskt med den Thyrénska rättsskolastiken: »Ett givet angrepp på ett samhällsintresse kan förlora sin *rättstridighet* d. v. s. (icke sin egenskap att angripa enskild rättighet, men väl) sin egenskap att strida mot *rättsordningen* . . .», Principerna II, s. 125.

[8] Se Culpa-Regeln, s. 170 ff.

[9] Se Ussing II, s. 16 f. och s. 83.

sålunda öppet, att hans nuvarande uppfattning av culpa-regelns betydelse »er navnlig paavirket av *Lundstedt*».[1] Han skriver vidare om ett sitt uttalande, vilket jag kritiserat, att han icke vill försvara detsamma. »Jeg erkender», fortsätter han

»at jeg dengang — som det jævnlig er sket ogsaa for andre — var lovlig 'nærsynet' ved Prøvelsen af de reale Hensyn. I Lundstedts kraftige Advarsler imod fortrinsvis at fæste Blikket paa de enkelte Konfliktstilfælde — f. Eks. TfR 1923. 72, 84 f — ser jeg en af hans virkelige Fortjenester, selv om Tanken ikke principielt er ny. At en Del af mine andre Udtalelser i 'Skyld og Skade' kan kritiseres, er jeg ikke blind for. Jeg skylder navnlig Lundstedt, at jeg nu ser noget anderledes paa Betydningen af Genoprettelsen.»[2]

Som härav framgår ser emellertid Ussing efter min kritik endast *något* annorlunda på frågan. Han vill vidare låta påskina, att min tankegång icke »principiellt er ny». Slutligen har han förut angående det av mig kritiserade uttalandet, som han icke vill stå för, sagt, att det korrigeras av andra hans uttalanden. Var och en av dessa tre iakttagelser måste för en person, som fullständigt satt sig in i min åskådning, ådagalägga, att Ussing dock alltjämt icke satt sig riktigt in i denna. Mina protester emot jurisprudensens närsynta stirrande på de enskilda fallen av »rättskonflikter» grunda sig dels på min kritik av jurisprudensens hela rättsideologi och dels på min — i förbindelse med denna kritik meddelade — positiva framställning av de samhällsekonomiska synpunkterna, hänsynen till allmän trygghet, produktion och omsättning, såsom de för skadeståndsrätten realiter bestämmande. Vad den av mig kritiserade rättsideologien angår, har jag förra året givit en visserligen snabb, men likväl, vågar jag hoppas, ganska tydlig karakterisering av vad jag menar med »rättsideologi».[3] Denna innefattar emellertid bl. a. följande föreställningar. 1. Det finns en *materiell* rätt, vilken konstituerar rättigheter och rättsplikter, kort sagt rättsförhållanden, samt handlingars rättstridighet och rättsenlighet. 2. Det finns en *formell* rätt (process- och exekutionsrätten), genom vilken den materiella rätten i fall av behov bliver realiserad. 3. Härvid ifrågakommande tvångsåtgärder, t. ex. skadeståndet, äro att betrakta såsom *rättvisa* reaktioner, icke blott då offret för dem genom rättstridig handling ådragit sig skuld och på detta sätt gjort sig förtjänt av rättsreaktionen utan även eljest, alldenstund denna innefattar *tillgodoseendet av i kraft av den materiella rätten ställda anspråk*. 4. Å andra sidan kan också skadeståndets av partsintressenas avvägning mot var-

[1] Ussing II, s. 15.
[2] Ussing II, s. 16.
[3] Se Det Hägerström-Lundstedtska misstaget, s. 31—41.

andra framgående *rättvisa* karaktär utgöra bevis för att skadeståndsanspråket är grundat i den materiella rätten.[4]

Det kan icke betvivlas, att denna rättsideologi utgör det specifikt »vetenskapliga» fundamentet för undersökningarna i Ussings »Skyld og Skade». Att med detta fundament söka förena uppfattningen om de samhällsekonomiska synpunkterna såsom de i rätten realiter bestämmande är en uppgift, som faller på sin egen logiska omöjlighet.[5] Jurisprudensens metod att söka komma till klarhet genom avvägning av partsintressena i de till bedömande föreliggande konkreta fallen är en nödvändig konsekvens av dess rättsideologi. Min metod att låta de samhälleliga värderingarna vara bestämmande är absolut oförenlig med jurisprudensens rättsideologi.

Härav måste man kunna förstå otillräckligheten i Ussings påstående, att han, influerad av mina framställningar, numera ser »något» annorlunda »paa Betydningen av Genoprettelsen». Hade han verkligen följt tankegången i mina framställningar, så hade han måst antingen gilla den eller förkasta den i dess helhet. I förra fallet hade förnuftigtvis intet annat återstått för honom än att sträcka vapen och medgiva, att de såsom specifikt rättsvetenskapliga avsedda momenten i hans arbete äro ohållbara. I senare fallet hade det varit oeftergivligt, att han ingått i bemötande av min kritik av rättsideologien. Så har icke skett.

---

[4] Kanske mest typiska belägg för sista punkten finner man i den franska rättsvetenskapens tro på rättsreglers fondering enligt riskteorien, vare sig fråga är om ansvar »du fait d'autrui», »du fait des choses» eller för »troubles de voisinage». Må man t. ex. taga del av de synpunkter med vilka en så »modern» författare som Josserand går att hävda ansvar i grannelagsförhållanden oberoende av »faute»; Josserand I, n. 1505. Se även exempelvis s. 47 f. nedan m. fl. — Orimligheten i föreställningen om en materiell rätt å ena sidan och en formell rätt å andra sidan torde för den mera reflekterande framgå redan av min »Kritik av nordiska skadeståndsläror» i T. f. R. 1923, s. 69 ff. Saken måste te sig fullt klar genom min kritik av rättighetsbegreppet och rättspositivismen i de båda delarna av Obligationsbegreppet I och II: 1. Se bl. a. mitt allmänna uttalande om saken å s. 66 i Obligationsbegreppet I, och beakta min exemplifiering å s. 118 f. därstädes ävensom min komplettering av min kritik av rättspositivismen å s. 91 ff. i Obligationsbegreppet II: 1. Olivecrona har, Bevisskyldigheten, s. 140 ff., givit en betydande belysning av ämnet i framställningen av »förhållandet mellan bevisskyldigheten och den materiella rätten». Men framför allt bör nämnas, att han i sitt arbete Om lagen och staten så mästerligt framlagt resultaten av sina undersökningar av vad jag skulle vilja kalla rättsmekanismen, att man måste vara förstockad, om man icke begriper, att denna tro på en materiell rätt är fullkomligt grundlös. Till undvikande av missförstånd vill jag nämna, att detta måste framgå redan av Hägerströms analys av den s. k. objektiva rättens begrepp — men endast för det försvinnande lilla fåtal, som haft nog skarpsinne och andlig energi för att kunna sätta sig in i denna analys.

[5] Se Die Unw. der Rechtsw. I, s. 214—216; se även Obligationsbegreppet II: 1, s. 169 f., och Culpa-Regeln, s. 179—181. Saken skall nedan, bl. a. s. 20 ff., ånyo beröras.

Att Ussing icke satt sig in i det väsentliga av vad jag söker hävda framgår dessutom av hans påstående, att vad jag kritiserat hos honom vore korrigerat genom andra hans uttalanden. Detta är ett erkännande från Ussings sida av att han faktiskt vecklat in sig i motsägelser. Min kritik av hans »Skyld og Skade» går bl. a. också ut på, att han förbisett, att anläggandet av preventionssynpunkten liksom överhuvud av *samhällsekonomiska* synpunkter icke går att förena med det rättsideologiska fundamentet. Hans »korrigeringar» av vissa, med hans rättsideologiska fundament intimt förbundna uttalanden genom nya sådana kunna intet annat bli än på ytan klistrade etiketter.[6] Härigenom har emellertid just det, som skall utgöra det rättsvetenskapliga underlaget för framställningen, blivit fyllt av motsägelser. Jag får verkligen bedja den läsare, som härom icke känner sig övertygad att gå tillbaka till kritiken av Ussing i min Culpa-Regel. Jag har i denna kritik icke sökt utmåla Ussings lära i starkare färger, än han själv tillhandahållit. Emellertid säger han nu, att det är honom ofattligt, hur jag har kunnat vantolka hans uppfattning så, som jag skall ha gjort i Culpa-Regeln, s. 171 f. och s. 175 ff. Några verkliga grunder för sin förvåning har han dock icke anfört. Han påstår, att jag »inlägger alltför mycket» i hans av honom själv kursiverade sats: »Al Skadeserstatning finder derfor sin Grund i Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning.» Han hade »kun villet udtale, at Trangen til Opretning er *een* av Grundene til Erstatning og den eneste som maa antages at være til Stede ved *al* Skadeserstatning».[7] Mot detta påstående mot mig för överdrift behöver jag endast hänvisa till s. 175—185 i Culpa-Regeln. Jag har där, som läsaren torde finna, varit mycket angelägen om att ur den enligt min mening oklara framställningen utleta de tankar, som Ussing kunnat antagas vilja ha uttalat. Icke har jag väl på något sätt fördolt, att Ussing jämväl laborerar med andra grunder för skadeståndet än »Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning». Jag har ju tvärtom sökt utreda, huru motsägelsefullt det hela blivit genom att han till denna grund lägger den med hela hans rättsideologiska underlag absolut oförenliga preventionssynpunkten, vilken han i ena ögonblicket skjuter fram, under det att han i andra ögonblicket uttalar: »*Al Skadeserstatning har sin Grund i Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning.*» (Kursiveringen är som sagt Ussings egen.)

Visserligen förklarar, som vi sett, Ussing i sitt sista arbete uttalandet så, att han blott vill ha sagt, att den enda för allt skadestånd gemensamma grunden är »Trangen til at skaffe den skadelidende Opretning».

[6] Se Culpa-Regeln, s. 171 ff., s. 175 ff.

[7] Ussing II, s. 16.

Ehuru denna förklaring, varom läsaren kan övertyga sig, icke har något stöd i själva uttalandet[8], är den dock av intresse såsom bevis för att Ussing alltjämt icke förmått befria sig från det närsynta betraktelsesätt, vari man söker åstadkomma »rättvisa» mellan parterna, här bestående i att den skadelidande (och sålunda rättskränkte) vinner »Opretning» av skadegöraren. Ser man saken i stort och förstår, att det icke finns andra *reella* synpunkter att anlita än de samhällsekonomiska, så förstår man också, att denna »Trang» till den skadelidandes »Opretning» *aldrig*, vetenskapligt sett, kunde åberopas som rättspolitisk grund till skadeståndsrätten. Att rättsreaktionen i skadeståndsrätten faktiskt alltid består i skadestånd — denna tautologi utsäger naturligtvis intet om vad som vore den rationella grunden till skadeståndsrätten.[9] Även den ersättande funktionen hos betalningstvånget, likgiltigt om denna dess funktion är blott sekundär eller primär[1], har förnuftigtvis sin grund i intresset för samhällsekonomien av allmän trygghetskänsla, i sin tur av betydelse för den allmänna omsättningen. Hänsynen i och för sig till den skadelidandes gottgörelse kan icke i princip antagas vara ett samhälleligt intresse.[2] I den mån »skadeståndsrätten» bestämdes av denna hänsyn skulle kaos råda i stället för regelmässig ordning. Ty både i fråga om culpa-regeln och det strikta ansvaret skulle värderingen av skadeståndets lämplighet eller olämplighet ävensom av dess storlek utfalla olika alltefter bedömandet av allehanda det enskilda fallet karakteriserande omständig-

---

[8] Man bör lägga märke till att Ussing I, s. 26, kursiverat hela uttalandet och icke blott »Al». Ussing nämner visserligen här först preventionen och därefter »Opretningen». Detta är dock icke att fatta som någon rangordning utan snarare såsom en kronologisk ordning, i det att, såsom Ussing ser saken — icke skadeståndsr*egelns* betydelse utan skadeståndets i det konkreta fallet — »Opretningen» icke kan ifrågakomma, förrän det visat sig att prevenerande effekt uteblivit. Ussing betecknar f. ö. senare preventionen uttryckligen blott som ett »Hjælpemotiv», se citatet här nedan å s. 20.

[9] Annorlunda dock, synes det, enligt Ussing. Se citatet i näst-nästa not.

[1] På culpa-regelns område kan skadeståndets sociala funktion principiellt blott sekundärt vara ersättande. Jfr Culpa-Regeln, s. 105—110. På vissa områden av det strikta ansvaret, t. ex. enligt nödrätten, grannelagsrätten m. m., kan skadeståndets ersättande funktion vara den dominerande. Även på sådant område av det strikta ansvaret, där preventionssynpunkten är starkt framträdande, kan — efter vad vi senare skola finna — diskuteras, huruvida icke den ersättande funktionen skjuter sig fram på den prevenerandes bekostnad.

[2] Att detta dock är Ussings mening har han givit expressivt uttryck för i den omedelbara motiveringen till sitt kursiverade, nyss citerade uttalande, vilken motivering lyder sålunda: »Hvad det gælder om at fastslaa her, er, at Opretning er noget, der interesserer Samfundet, og 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», Ussing I, s. 26. — Se angående ståndpunktens ohållbarhet Culpa-Regeln, s. 177—180 jämte hänvisningarna i n. 2 och n. 3 å s. 180; se f. ö. även nedan s. 126—142.

heter.[3] Med sin närmare »förklaring» har Ussing sålunda, som sagt, endast visat att han icke fullt förstått innebörden av vad han, vänligt nog, betecknar såsom »en av hans (Lundstedts) virkelige Fortjenester».

Det sagda står naturligtvis icke i strid med försäkringsrättens principer. I försäkringsrätten rör det sig om avtal just inriktade på en viss enskilds intresse, nämligen på ersättning åt försäkringstagaren för honom möjligen tillfogad skada av i avtalet angivet slag. Sådana avtals giltighet är blott uttryck för uppehållandet av en avtalsrätt, vilken återigen lika litet som skadeståndsrätten torde kunna motiveras med några andra realitetsbetonade synpunkter än samhällsekonomiska hänsyn.[4]

Emellertid har nu Ussing till stöd för sin förebråelse emot mig, att jag i min kritik av ett visst hans uttalande icke beaktade andra hans uttalanden, i vilka han korrigerat det förra, såsom exempel på dessa korrigerande uttalanden hänvisat till s. 28 f. i »Skyld og Skade». Det är sant, att jag i min kritik icke *direkt* berört just dessa sidor. De äro emellertid helt naturligt skrivna så, att de måste läsas i och förstås i hela det övriga sammanhanget. Det finns i dessa sidor *intet*, som kan föranleda den förmodan, att något av det, som jag direkt kritiserat, skulle falla utanför förf:s verkliga mening. Tvärtom stå uttalandena här i full samklang med det av mig kritiserade å s. 22, där Ussing visserligen tager avstånd från vedergällningsidén av den grund, att den ensidigt tager sikte blott på den ena parten, men betonar följande såsom vida klarare i skadeståndsrätten än i straffrätten:

»Retsordenen staar her (i skadeståndsrätten) 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.»

På s. 28 f. hos Ussing I finns nu icke ett ord, som är ägnat att jäva den kritik, som jag i anslutning till Ussings nyss citerade ord — under andragande av andra hans uttalanden, som ådagalägga ohållbarheten i hans åskådning — utfört å s. 175–188. Tanken å s. 28 f. hos Ussing I är, att skadeståndsansvaret bör vara »retfærdigt». Det gäller att finna de omständigheter eller grunder, som kunna »retfærdiggøre, at paalægge Erstatningspligt», d. v. s. »at flytte Tabet fra den skadelidende til en anden Person, der ogsaa staar i Forhold til Skaden». Dessa grunder kunna vara av två slag:

»Grundlaget kan findes i en Afvejelse af de to Parters Interesser — paa lignende Maade som i visse Tilfælde, hvor der tillægges en Person et Krav mod

[3] Jfr bl. a. Culpa-Regeln, s. 44 f.

[4] Jfr Obligationsbegreppet I, s. 135 ff.

en anden, fordi denne er blevet beriget paa hans Bekostning —; men Grunden kan ogsaa være, at Retsordenen samtidig med at skaffe den skadelidende Opretning kan virke for et andet praktisk Formaal. Dette bliver saaledes et Hjælpemotiv, der *i Forening med Opretningsformaalet* fører til at paalægge Erstatning. — Af saadanne Formaal er der et, hvis Betydning er særlig indlysende, og som allerede er berørt ovenfor, nemlig *Prævention*, Forebyggelse af Skaden.»

Allt detta drabbas ju, på alldeles samma sätt som alla de av mig direkt indragna uttalandena, av den kritik som jag utfört i Culpa-Regeln. Här uttalas — jag vet icke för vilken gång i ordningen hos Ussing — att man har att stanna vid det enskilda fallet och väga den skadelidandes och skadegörarens intressen. Vid sidan härav kunde så preventionssynpunkten anläggas såsom ett hjälpmotiv. Men gottgörelsen åt den skadelidande (Opretningsformaalet) skulle uppenbarligen alltid förbliva huvudsaken. Detta är ju nära nog i tillspetsad form det tänkesätt från Ussings bok, som jag kritiserat i Culpa-Regeln.

Som vi förut sågo antyder Ussing, att mina erinringar emot det närsynta stirrandet på de konkreta fallen icke innefattade någon ny tanke. Dessförinnan hade han också, såsom vi sett, påpekat, att preventionssynpunktens stora betydelse vore »allerede langt tidligere fremhævet av andre Forfattere» (sc. än Lundstedt).[5] För att nu hålla oss till det sista, så är detta naturligtvis fullkomligt riktigt, och Ussing har blott behövt tänka på sig själv, som publicerade »Skyld og Skade» flera år, innan jag i tryck offentliggjorde min nya syn på skadeståndsrätten. Men nu ställer jag frågan: har ett sådant betonande av preventionssynpunkten, som Ussing gjort, den allra ringaste beröring med min åskådning i fråga om preventionens betydelse, och har det något som helst vetenskapligt värde? Det har skett utan förståelse för det verkliga sammanhanget. Det har skett under bibehållande av hela den rättsideologiska apparaten. Synpunkten har därigenom blivit till en enda skärande motsägelse till allt det »rättsvetenskapliga» underlag, som använts.

Den är absolut oförenlig med rättstridighetsföreställningen. Har man väl en gång motiverat skadeståndstvånget därmed, att personen begått en handling, förbjuden av den t. o. m. över själva lagarna stående rättsordningen och det under sådana omständigheter, att handlingen kan tillräknas honom såsom skuld, och har man därefter i stället för att vräka denna motivering över bord fortsatt att hävda densamma — då finns det sannerligen icke någon logisk möjlighet att få in preventionssynpunkten i motivläget. — Men vidare. Preventionssynpunkten tager icke särskilt sikte å den i ett visst fall varande skadegöraren utan å miljonerna i ett

[5] Ussing II, s. 15.

land. När skuldförutsättningen anlägges, så är tankegången emellertid den, att man gjort sig förtjänt av skadeståndstvånget och att det därigenom är rättvist att tillgodose den skadelidandes intresse att få sin förlust ersatt. Hur saken än uttryckes, är det sålunda ofrånkomligt, att man genom skuldförutsättningen begränsar horisonten, så att den icke kan sträcka sig längre än till de båda parternas situationer. Men ur synpunkten av skadeståndets prevenerande betydelse äro de två parterna endast försvinnande droppar i det stora folkhavet. Man kan också uttrycka saken så, att preventionen är en *samhällelig* synpunkt och följaktligen står i olöslig konflikt med det av Ussing ideligen betonade »Opretningsformaalet», nödvändigt och intimt förbundet som detta är med föreställningen om kravet på rättvisa genom vägning mot varandra av *de båda parternas i det enskilda fallet intressen.*[6]

Må man ytterligare beakta, att Ussing uppenbarligen bedömer skadeståndsrättens raison d'être utifrån ett sakernas tillstånd, som *förutsätter skadeståndsrättens uppehållande.*[7] Han måste följaktligen, om han vill vara logisk, bedöma behovet av prevention mot skadegörelser utifrån ett läge, som åstadkommits genom bl. a. skadeståndsrättens prevenerande effekt. Då Ussing ingenstädes pläderat för införande av prevention mot skadegörelser utöver den, som skadeståndsrätten utövar, och han icke heller uttalat något missnöje med den rådande skadeståndsrättens prevenerande verkan, så måste det vara logiskt uteslutet för honom att överhuvud tala om något behov av prevention mot skadegörelser. I det utgångsläge han betraktar har ju skadeståndsrätten redan uttömt sin prevenerande kraft. Men trots allt konstruerandet kan Ussing icke ha helt förlorat kontakten med verkligheten. Han har naturligtvis icke varit blind för att skadeståndsrättens uppehållande varit en nödvändig förutsättning just för åstadkommande av det tillstånd, som han förelägger sig till bedömande. Olyckan är, att denna tanke isoleras och icke användes till avslöjande av den verklighetsfrämmande karaktären i de rättsideologiska resonemangen. Följden har blivit, att han fogat preventionsidéen till en konstruktionsbyggnad, på vilken den icke *kan* bli annat än en påklistrad etikett, förvisso dock icke betydelselös, alldenstund den helt naturligt ökar den genom rättsideologien uppkomna förvirringen.

Slutligen bör i anslutning till det sagda ytterligare sägas följande. I fråga om skadans överflyttning från den ene till den andre måste det ju — det är tydligt — vara fråga om betydelsen, icke av skadestånds-

[6] Jfr hänvisningarna i not 5 ovan s. 16. — För en del läsare kan det kanske vara lämpligt att redan här taga del av min kritik av rättvisemetoden, nedan s. 115 ff.

[7] Se Culpa-Regeln, s. 177 ff.

rätten, utan av skadeståndet i det enskilda fallet. Ussing har nu ingenstädes tillkännagivit, att han, beträffande preventionen, hade något annat i sikte än i fråga om »Opretningen». Det är överhuvud icke tvivelaktigt, att han genomgående tänker på skadeståndets, icke skadeståndsrättens, funktion i samhället. Tankefelet är detsamma som inom straffrätten, där man talar om och också menar betydelsen av straffet i stället för strafflagen. Det säger sig emellertid självt, att de enskilda skadeståndena som sådana icke kunna ha någon allmänpreventiv betydelse. Denna beror på det allmänna medvetandet om att en viss skadeståndsrätt uppehålles. Ussing liksom andra ha förbisett, att de enskilda skadeståndens betydelse ur samhällelig synpunkt endast och allenast är den att vara moment i skadeståndsrättens uppehållande, d. v. s. uttryck för att denna är »i gällande kraft».

Vilka författare Ussing åsyftar, när han låter förstå, att tanken i min kritik av jurisprudensens närsynta metod (att begränsa sin syn till den föreliggande situationen, till partskonflikten) »icke principielt er ny» kan jag icke med bestämdhet säga. Han må åsyfta vissa motståndare till vår tids vanliga »billighetsrätt», eller vissa kontroverser med s. k. frirättsskolor, eller — väl det sannolikaste — författare sådana som Duguit och andra, tillhörande s. k. sociologiska riktningar av ena eller andra slaget. Ingen av de författare, som jag råkat på under mina forskningar[8], har likväl före mig framfört en med min på något sätt besläktad kritik av jurisprudensens nämnda metod. »Intet nytt under solen», heter det emellertid, och det säger sig ju självt, att bland det otal reflexioner, som gjorts över temat »rätten, människorna och samhället», måste — och det i en mängd mer eller mindre varierande upplagor — också det påtagliga förhållandet ha blivit rent faktiskt iakttaget, att det framför allt annat är det allmänna medvetandet om uppehållandet av en skadeståndsrätt (och icke domsutslagen i de konkreta processerna annorlunda än som uttryck för att en skadeståndsrätt uppehålles), som verkar i samhället. Denna nakna iakttagelse, som f. ö. kanske gjorts lika mycket av lekmän som av rättslärda, har såsom sådan icke någon rättsvetenskaplig betydelse. Denna beror på dess användning. Så vitt jag känner den rättsvetenskapliga litteraturen, har före mig ingen gjort någon vetenskaplig användning av iakttagelsen i fråga och vad därtill hör. Ingen synes nämligen förut ha förstått, att det icke går att göra något vetenskapligt bruk därav, så länge man icke befriat sig från hela rättsideologien med dennas tro på en »materiell» rätt, som vore att realisera genom »formell» rätt.[9] Lika sant, som

[8] En väsentlig del av dessa ha angivits i Die Unw. der Rechtsw. I, s. 24—26.

[9] Se ovan s. 15 f.

det måste vara, att en vetenskaplig tanke får hela sin individualitet, sin karaktär, genom det sätt, varpå den grundas, och det sammanhang, vari den insättes, lika sant är det, att min ifrågavarande tanke hittills varit fullkomligt främmande för all av mig känd litteratur, som icke påverkats av mina egna skrifter.[1] Det är alldeles icke för att hävda min prioritetsrätt och därmed förbundna författarära[2], som jag är angelägen att konstatera detta, utan därför att detta ideliga tal om att än den ena, än den andra tanken i mina teorier icke vore så ny, som jag föreställde mig, ådagalägger, att man totalt saknar förståelse för vad det i dessa rör sig om. Det är för mina teoriers framgång lika viktigt att avvisa sådant tal som att gendriva en mot dem på falska grunder riktad kritik. Så vitt man identifierar mina teorier med eller i allt fall sätter dem i släktskap med åsikter, med vilka de icke ha någonting gemensamt, utan från vilka de genomgående, alltifrån sin grundläggning, skilja sig — i samma mån saknar man ju kunskap om dem och är urståndsatt att göra något bruk av dem i vetenskapens tjänst. Tyvärr har jag under årens lopp nödgats avsätta en betydande myckenhet av tid och arbete för avvisandet av detta fåkunniga tal om att mina synpunkter lanserats av andra författare längre eller kortare tillbaka i tiden. Man kan härom läsa slutorden i senare delen av mitt arbete om obligationsbegreppet.[3]

När Ussing skall söka klara sig undan mina anmärkningar mot hans ståndpunkt i rättstridighetsfrågan råkar han in i konstiga manövreringar.[4] Att rättstridighetsbegreppet — hur det än vrides och vändes — är fullkomligt tanklöst och att det *aldrig* kan få något förnuftigt bruk har jag visat på de ställen, vartill jag hänvisade i Culpa-Regeln s. 41 n. 1. Ussing kan knappast antagas ha läst dessa mina utredningar så pass noggrant, att han riktigt förstått dem. Att han likväl influerats av min kritik förefaller sannolikt. I sin av mig kritiserade bok hade han en inledande § under titeln »Retstridighedsbegrebet». Där meddelade anmärkningar fann han nödvändiga

»dels fordi det retlige Skyldbegreb kun kan bestemmes nøjagtigt ved Hjælp af Begrebet Retstridighed, dels fordi alene den rette Opfattelse af Retstridighedsbegrebet gør det muligt at naa en tilfredsstillende Løsning af Problemet Erstatning uden Culpa. Og det er naturligt at sætte disse Bemærkninger i Spidsen, da

[1] Jfr Die Unw. der Rechtsw. I, s. 24—29.

[2] Det torde vara tämligen bekant för mina läsare, att jag aldrig sökt dölja den tacksamhetsskuld, i vilken jag står till min store lärare Axel Hägerström för min senare skolning och för de kunskaper, som överhuvud möjliggjort min rättsvetenskapliga inställning efter 1917, då jag började undervisa i mot mitt föregående skriftställarskap kritisk anda.

[3] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 312 f.

[4] Se Ussing II, s. 78 ff.

Retstridighedsbegrebet har en Betydning, der rækker langt ud over Erstatningsretten.»

Att Ussing likväl icke ägnade något större utrymme åt en principundersökning i ämnet motiverade han uttryckligen därmed, att det icke rådde något

»Tvivl om, at det Retstridighedsbegreb, der er opstillet af den nyere, nordiske Retsvidenskab, i alt væsentligt er rigtigt, og at man maa forkaste det Begreb, der er almindeligt i Udlandet, navnlig i Tyskland.»[5]

I sin nya bok börjar han behandlingen av rättstridighetsläran under § 12 med förklaringen, att han i det föregående sökt undgå deduktioner från en spekulativ rättstridighetslära. »Jeg har ikke engang benyttet Ordet Retstridighed til Opbygning af de vigtigste Retsregler, skønt det godt kan forsvares at anvende Udtrykket som en kort Betegnelse for visse Elementer i Culpabetingelsen.»[6] Detta torde — i all synnerhet om det jämföres med de nyss gjorda citaten från Ussings »Skyld og Skade» — kunna betecknas såsom nära nog en uppgivelse av rättstridighetsbegreppet. Orden såsom blott och bart beteckningar får ju var och en använda efter behag, om det också tyder på en egendomlig smak att — just sedan det utretts, att idéen om en handlings stridighet mot rätten är logiskt orimlig — begagna ordet rättstridighet, tydligen efter receptet *lucus a non lucendo*, såsom en beteckning inom rättsvetenskapen, låt vara att det skulle kunna betraktas såsom »et rent videnskabeligt Hjælpebegreb».[7] Ussing medgiver numera öppet, att han allt ifrån början varit på det klara med, att hans rättstridighetsdefinition rört sig i en cirkel och att han avsiktligt strävat efter att »give en tom Terminologidefinition»![8] Dessa och dylika uttalanden kunna icke bringas i samklang med de nyss gjorda citaten från »Skyld og Skade», utvisande att rättstridighetsbegreppet helt enkelt dominerade skadeståndsrätten (och uppenbarligen åtminstone även straffrätten).

I detta sammanhang bör kanske beaktas Ussings strax förut gjorda uttalande, att han ingalunda förkastat »den nordiske Retstridighedslæres praktiske Indhold», som han tvärtom i huvudsak upptagit och sökt föra »videre frem ved mindre Ændringer og Tilføjelser».[9] Det praktiska innehåll i »rättstridighetsläran», som Ussing åsyftar, består i det hela däri, att lagarna icke äro att tolka blott och bart efter sina bokstäver,

[5] Ussing I, s. 10.
[6] Ussing II, s. 78.
[7] Ussing II, s. 84.
[8] Ussing II, s. 83.
[9] Ussing II, s. 79.

sitt ordspråkliga innehåll, utan efter vad man brukar kalla deras »anda»[1], vilket åter — efter vad jag i flera av mina skrifter sökt hävda[2] — betyder att man, såvitt man är frigjord från rättsideologien, anlägger, vad jag med ett kort uttryck betecknat samhällsnyttan, såsom tolkningsmetod. Som sagt, får man ju använda orden som man behagar. Men när man, trots den kritik jag utfört[3], föreställer sig, att dylika synpunkter kunde ha något med rättstridighetsläran att skaffa, då visar man endast, att man icke förstått grunden till uppställandet av rättstridighetsbegreppet och hur djupt detta skär in i jurisprudensens rättsideologiska tankevärld. I själva verket rör det sig i rättstridighetslärans av Ussing avsedda »praktiska innehåll» om förhållandet mellan å ena sidan en handlings bristande överensstämmelse med det språkliga innehållet i skrivet eller oskrivet lagbud, om man så vill, handlingens lagstridighet eller regelstridighet, och å andra sidan dess rättstridighet. Vi ha nu denna rättsregel, som vi med ett i och för sig olämpligt, men hävdvunnet namn kallar för culpa-regeln, jämväl innefattande att den, som uppsåtligen tillfogar annan skada, blir skadeståndsskyldig. Denna regel synes nu logiskt vara tillämplig också t. ex. å den situation, då skada tillfogats en person genom det våld, som myndighet i fullt laga ordning utövat å hans egendom vid husrannsakan, domsexekution eller dylikt. Men naturligtvis kan myndigheten icke lagligen vara ansvarig för denna skada. Jurisprudensen med sin rättstridighetslära förklarar denna ansvarsfrihet därmed, att regeln i fråga blott avser rättstridiga handlingar. Visserligen har, säger man, ett ingrepp skett i personens äganderätt och såtillvida ett samhälleligt intresse angripits och visserligen har man sålunda handlat *lag*stridigt, men då handlingen icke stridit emot *rätten* (enär annat samhällsintresse krävt, att handlingen ägde rum) och den sålunda varit *rättsenlig*, förfaller frågan om ansvar för skadan.[4] Gentemot detta nonsens har jag hävdat, att begreppet lag- eller rättsregel är något annat än resp. formulerings bokstäver. Det är icke dessa utan idéinnehållet, som tillhör s. k. gällande rätt. Hur man åtkommer detta idéinnehåll har jag antytt å s. 51 i Svar till professor Thyrén, en framställning som kompletterats med vissa partier i min utredning i Obligationsbegreppet II:1, s. 187 ff., om »Samhällsnyttans betydelse för lagstiftning och rättstolkning».[5] Med anlitande av

[1] Jfr Ussing II, s. 79 f.

[2] Se följande mina skrifter: Principinledning, s. 21 ff.; Svar till professor Thyrén, s. 105 ff.; Kritik av nordiska skadeståndsläror, T. f. R. 1923, s. 85 ff.; Obligationsbegreppet I, s. 110 ff. och s. 135 ff.; Obligationsbegreppet II: 1, s. 187 ff. och s. 274 ff.

[3] Principinledning, s. 69 ff. och Svar till professor Thyrén, s. 29—51.

[4] Jfr t. ex. citatet från Thyrén, ovan s. 14 n. 7.

[5] Numera hänvisas läsaren till framställningen här nedan, s. 549—603.

denna metod blir det utan vidare uppenbart, att motsättningen lag- eller regelstridighet å ena sidan och rättstridighet å den andra är meningslös, och att i vårt exempel myndighetens ansvarsfrihet enligt den ifrågavarande rättsregeln omedelbart följer därav, att annat icke går att förena med dennas eget idéinnehåll, d. v. s. dess innehåll såsom gällande rätt. Man kan också uttrycka saken så, att en rättssats till sitt såsom lag användbara innehåll bestämmes icke blott av orden utan även av de värderingar och strävanden, utan vilka den överhuvud icke skulle kunna hava någon samhällelig funktion. Ändras de värderingar eller upphöra de strävanden, med hänsyn till vilka en lag fullgör en social funktion, så skulle lagen av sig själv småningom förlora karaktär av gällande lag, därest den icke formellt upphävdes. Men därmed är ju också givet, att en lags innehåll såsom »gällande rätt» måste tolkas med hänsyn till dess sociala funktion. Eftersom, för att uttrycka mig mindre exakt men lättbegripligt, culpa-regeln uppehålles av samhället (genom dettas organ) och förnuftigtvis — såvitt hittills kunnat utrönas — blott för samhällets egen skull, skulle samhället (d. v. s. dess organ) handla vettlöst, om det använde regeln på ett sådant sätt, att den lände till uppenbar skada för samhälleliga intressen, i vårt fall till motverkande av myndighets fullgörande av sina lagstadgade åligganden. Något som helst tryck på samhället eller någon som helst annan bevekelsegrund för dylikt vettlöst handlande kan omöjligen utletas.

En var, som studerat mina hithörande utredningar, måste kunna förstå, att nu antydda innebörd av culpa-regeln är en självfallen och nödvändig konsekvens av metoden att med övergivande av hela den rättsideologiska chimären anlägga »samhällsnyttan»[6] som ledmotiv för lagstiftning och lagtillämpning. Han måste kunna förstå, att förnuftigtvis själva lagstadgandet eller rättsregeln får sitt innehåll först därigenom, att resp. formulering utlägges under beaktande av de sociala intressen, som i sammanhanget kunna komma ifråga. Men därmed måste han ju också kunna förstå, att Ussings försök att hänföra dylikt socialt betraktelsesätt till »Hovedinholdet av den nordiske Retstridighedslære»[7] är den rena sofistiken.

Uppenbarligen tror sig Ussing kunna komma ifrån en sådan anmärkning genom att numera taga rättstridighetsbegreppet såsom »en tom Terminologidefinition». Och han synes tro sig komma på den säkra

[6] D. v. s. de i samhället förhärskande värderingarna av vad som i resp. hänseende är bäst och tjänligast, i enlighet med vad jag på andra ställen utfört, och de i överensstämmelse därmed rådande strävandena. Se särskilt nedan s. 558 ff.

[7] Ussing II, s. 80.

sidan genom att utbyta ordet rättstridig mot »uønskværdig».[8] Han utsätter sig därmed för samma kritik, som jag på min tid riktade emot Thyrén. Jag hänvisar till denna kritik[9] men skall tillåta mig några påpekanden här.

Mina nyss gjorda citat från Ussings »Skyld og Skade» ådagalägga, att Ussing i nämnda skrift fäster en utomordentligt stor vetenskaplig betydelse vid rättstridighetsbegreppet, som därvid fattas på vanligt sätt såsom »stridighet emot rätten». Att nu utan avståndstagande från hela den grundåskådning, utan vilken begreppet aldrig skulle ha kunnat växa fram, i fortsättningen blott använda det såsom en tom etikett har icke mera resonlighet än det gamla »goddag — yxaskaft». När Thyrén försökt denna taktik emot mig, begagnade Hägerström tillfället i en rättsfilosofisk skrift att erinra därom, att rättstridighetsfrågan naturligen icke blott är terminologisk utan berör *straffrättsvetenskapens grundförutsättningar* och leder över till *principspörsmål rörande rättens natur* i det hela.[1] För att rätt förstå denna sak är det nödvändigt att beakta, att rättstridighetsbegreppet har fått sin professionella utbildning icke inom skadeståndsläran utan inom straffrätten. Här står man nu inför det ofrånkomliga förhållandet, att vissa handlingar — t. ex. bödelns, annan exekutionsmyndighets, den agande faderns, den »lojale» kritikerns o. s. v. — icke äro straffbara, ehuru de otvetydigt komma under orden i strafflagens paragrafer om straff för mord, uppsåtlig skadegörelse eller misshandel, förtal eller ärekränkning. Detta måste nu ha sin särskilda förklaring. Varför? Jo därför, att man trott, att själva lagen utgjordes av paragrafernas språklogiska innehåll och icke förstått, att detta icke rimligen kunde utgöra annat än ramen, inom vilken man hade att närmare fastställa det innehåll, som domstolarna hade att tillämpa, d. v. s. som bildade lag i mening av »gällande rätt». Det är härigenom, som för jurisprudensen uppstått föreställningen, att en handling kunde vara strafflagstridig ehuru den icke vore straffbar. Följaktligen måste för handlingens straffbarhet utöver det objektiva rekvisitet efter lagen, utöver handlingens strafflagstridighet, jämväl uppställas en sådan straffbarhetsförutsättning, att ansvarsfriheten i fall som de nyss nämnda låter straffrättsvetenskapligt motivera sig. Men hur skall nu denna ytterligare straffbarhetsförutsättning vara beskaffad? Svaret är i sina schematiska linjer följande.

Antag t. ex. att en person vid ett tillfälle om annan har uppsåtligen

[8] T. ex. s. 57.
[9] Se Svar till professor Thyrén, s. 36 ff.
[1] Hägerström, Naturrätt?, s. 341 n. 1.

meddelat sådana nedsättande påståenden, att 16:8 S.L. efter orden vore tillämplig, men omständigheterna äro sådana, att han likväl (enligt jurisprudensen på grund av bristande rättstridighet) frikännes av domstolen. I detta fall har, tycker man, icke lagen tillämpats utan en oskriven rättsregel. Denna måste uppenbarligen *stå över lagen*. Eljest kunde ju lagen icke nonchaleras. Om också lagen till omedelbar auktoritet har »lagstiftaren», så kan denne dock icke vara auktoritet för den oskrivna över lagen själv stående rättsregeln. Men för att verkligen gälla måste denna ha en auktoritet och uppenbarligen en auktoritet, som är lagstiftaren överordnad. Såsom denna auktoritet antager man en över lagstiftaren själv stående objektiv rätt (den materiella rätten). För att en handling nu skall kunna beläggas med straffreaktion måste handlingen först och främst ha varit stridande emot den objektiva rätten, mot dess normer, dess bud eller befallningar. Det är denna straffbarhetsförutsättning, som benämnes handlingens rättstridighet. Handlingar, som åter stå i överensstämmelse med »rättens normer», kunna icke bestraffas, hur mycket de än stundom kunna strida mot själva det ifrågavarande strafflagsbudet.

Att denna åskådning med sitt krav på handlingens rättstridighet utöver dess överensstämmelse med rekvisitet i den formulerade rättsregeln utpräglats just inom straffrätten torde sammanhänga därmed, att man trott sig på detta sätt kunna förebygga domarens subjektivitet, förebygga att domaren skulle inom strafflagsparagrafens ram godtyckligt kunna bestämma över straffbarheten. När handlingen strider mot rättsnormen lika väl som mot straffbudet, då bindes ju domaren av detta senare. Men när han trots handlingens stridighet emot straffbudet frikänner den tilltalade, då måste han ju också ha tillämpat rätt. Men denna rätt är »oskriven». Jämväl »oskriven rätt» måste för att kunna »gälla» ha någon auktoritet. Denna auktoritet kan dock icke ligga i straffbudet, eftersom straffbudet icke tillämpats, utan auktoriteten anses just ligga i denna över själva lagarna stående rätt, som innefattar att en handling icke kan vara förbjuden och följaktligen icke heller straffbar, om den icke stridit emot denna överordnade rätts bud eller befallningar. Ytterst är det sålunda dessa som ligga i bakgrunden även för själva straffbudet. Men detta, stiftat som det är av statsmakterna, har betydelsen att auktoritativt angiva den ram, inom vilken samhället reagerar med straff på de av den högre rätten förbjudna och alltså rättstridiga handlingarna. Detta torde vara den allmänna tankegången, när rättsvetenskapen utom det subjektiva rekvisitet uppställer, jämsides med varandra, dessa två förutsättningar för straffbarheten: 1. handlingens lagstridighet (= dess hänförlig-

het under det i straffbudet angivna rekvisitet) och 2. dess rättstridighet. Principen för rättstridighetskravets uppställande är naturligtvis densamma inom skadeståndsrätten som inom straffrätten.[2]

Att denna rättstridighetslära utgör ett *fundament* för rättsvetenskapen är omöjligt att slingra sig ifrån. Därmed är det försvar, som Ussing i ena ögonblicket försöker, nämligen att han med hela begreppet blott avsett en »kort Betegnelse» en »tom Terminologidefinition» dömt att misslyckas. I mina skilda kritiker, den första för snart 25 år sedan, har jag visat att hela rättstridighetsläran rör sig om påvens skägg. Därmed torde man kunna värdesätta Ussings påstående, att han — visserligen utan att begagna sig av själva begreppet — i det väsentliga hade upptagit rättstridighetslärans »praktiske Indhold». Rättstridighetsläran *har* intet förnuftigt innehåll. Man bedrager sig själv, om man tror sig genom rättstridighetsläran ha kommit till några »praktiska» resultat. Ha verkligen sådana uppnåtts, måste det ha skett i trots av rättstridighetsläran, utan ringaste hjälp av denna.

Vad jag nu anfört i anledning av Ussings försvar mot min kritik torde utgöra motivering för påståendet, att detta försvar varit »ganske forfejlet».[3]

---

[2] »Utan rättstridighet intet straff» har inom skadeståndsrätten viss motsvarighet i maximen »utan rättstridighet ingen skuld» och följaktligen intet ansvar (sc. efter culparegeln). Här har saken emellertid i och med utsträckningen av det strikta ansvaret blivit extraordinärt tillkrånglad genom införande av figuren: ansvar för *rättsenlig* handling.

[3] Ussing har i sina nu berörda arbeten meddelat en myckenhet av gedigna kunskaper på skadeståndsrättens område. Han har vidare, särskilt i det första av dem, med den honom utmärkande skarpsinnigheten än fullföljt rättsideologiska tankegångar, än sökt lotsa sig fram mellan de rättsideologiska utgångspunkterna, allt med hänsyn till skadeståndsrätten. På detta sätt ha Ussings arbeten blivit ovärderliga kunskapskällor för min egen behandling av detta ämne. I vetenskapliga fejder är det ofta, för att icke säga oftast, så, att den kritiserade starkt förtörnas av kritiken och i sådan affekt bedriver sin polemik, likgiltig för den eventuella sakligheten i de argument, kritikern framfört. För detta slags polemik har jag i mycket hög grad blivit utsatt. Kanske har jag då olyckligtvis föranletts att svara med samma mynt, hur mycket jag än strävat efter att vara saklig. Ussing har emellertid i sådant avseende hävdat sig som den verklige vetenskapsmannen. Han har uppenbarligen utgått från att jag endast önskat bidraga till spridande av klarhet i frågorna. Följaktligen har han icke visat sig på något sätt kränkt av min kritik utan tvärtom, såsom vi sett, såsom svar på denna gjort betydande medgivanden. Jag står sålunda av skilda anledningar i tacksamhetsskuld till Ussing. Man kunde tycka, att jag illa infriar denna, när jag nu fortsatt min kritik av hans ståndpunkt. Hade jag kunnat följa mina känslor, hade jag förvisso upphört att vidare bekämpa honom. Förnuftigtvis har jag dock icke kunnat så förfara. Ussings medgivanden sträcka sig icke till sakens innersta kärna och leda, enligt min mening, icke till någon verkligt vetenskaplig grundval för skadeståndsrätten. Men det är naturligtvis en sådan, som jag eftersträvar. Detta gör självfallet även Ussing. Våra åsikter om vad som duger till en sådan grundval skilja sig emellertid åt. Sådan som situationen är, har jag icke ansett mig kunna nedlägga min värja. Men jag höjer den för en ridderlig motståndare.

Andra avdelningen

Kritiska synpunkter på det strikta ansvaret i utländsk rätt.

Allmän anmärkning.

Överallt har culpa-regeln med dess tro på skulden såsom ur synpunkten av rättvisa och billighet rättfärdigande skadeståndet dominerat skadeståndsrätten ända in i vår tid. När detta oaktat det strikta ansvaret arbetat sig fram på den europeiska kontinenten[1], har detta skett under vidriga förhållanden, som gjort att en mängd skarpsinnighet och en otrolig möda här resulterat i en vetenskap, som knappast synes göra sig förtjänt av detta namn. Dessa förhållanden skulle ha varit undanröjda, om man icke förbisett utan upptäckt realiteterna bakom regeln om en persons »skuld» såsom förutsättning för och rättfärdighetsgrund till skadeståndsreaktionen. Det hade varit obegripligt eller åtminstone i högsta grad förbluffande, om jurisprudensens behandling av det strikta ansvaret skulle kunna ha haft någon vetenskaplig karaktär, så länge den behärskades av rättsideologien på culpa-regelns område och förhindrades att se realiteterna bakom det s. k. skuldansvaret. De rättsideologiska föreställningarna leda ofelbart till den metoden, såsom allmän, att låta rättsreaktionen, här skadeståndstvånget, motiveras av personens i den »materiella rätten» grundade krav på rättvisa, när ett »ingrepp» i hans, likaledes i den »materiella rätten» grundade, »rättighet» har skett. Föreligger »skuld» å »inkräktarens» sida, då är därmed »rättvisan» i skadeståndsanspråket klar (detta dock lämpat efter eventuell »skuld» å den skadelidandes egen sida). När åter »skuld»-faktum icke finns att tillgå, men det likväl icke är uppenbart för sunda förnuftet, att skadeståndsfrågan är ur spelet, blir man nödsakad att i förhållandet mellan parterna finna andra omständigheter, med hänsyn till vilka deras ömsesidiga in-

[1] I England ligger saken till något annorlunda. Culpa-regelns erkännande i *praxis* såsom ett slags huvudprincip är av relativt sen tid, varom nedan s. 211 ff., 245 f., 263 ff.

tressen vägas mot varandra: den skadades intresse av gottgörelse och motpartens intresse att vara fri från bördan att lämna sådan. Allt efter som det förra eller senare intresset faller tyngst i vågskålen, anses ansvaret grundat eller icke grundat i den »materiella rättens» krav på rättvisa.

Denna, om jag så får kalla den, *rättvisemetod* har sin betingelse i samma rättsideologi, vare sig fråga är om området för den s. k. skuldregeln eller området därutanför, det strikta ansvaret. Så länge behandlingen av det förra området domineras av rättsideologien, kan man icke rimligen förvänta sig, att behandlingen av det senare skall vara frigjord därifrån. Så länge rättsideologien skymmer realiteterna på det förra området, gör den det även på det senare, omöjliggör även här en vetenskaplig behandling av skadeståndsrätten. Detta bekräftas, så vitt jag vet, av jurisprudensens inställning till det strikta ansvaret i alla länder. Naturligtvis kan jag här icke gå in på alla länders rättsvetenskap i ämnet. Ett land, som emellertid *måste* beröras är Frankrike. Dess doktrin och jurisprudens (i Frankrike = rättskipning) angående strikt ansvar äro överallt beundrade för sin genialitet. För egen del anser jag i varje fall det sätt, varpå man här tolkat ett visst lagstadgande (C. civ. art. 1384), tillhöra de mest intressanta rättsskolastiska fenomen, som någonsin i vår tid förekommit. Samtidigt tror jag, att en kännedom av hithörande artiklar i C. civ. och grunddragen av deras tolkning kan vara instruktiv för dem, som ha intresse för vår egen rätt på detta område och för dess utveckling.

Efter behandlingen av den franska rätten tänker jag påvisa en del drag i anglo-amerikansk skadeståndsrätt. I min kritik av skuld-ansvaret uppehöll jag mig rätt ingående vid den tyska jurisprudensen och anser mig nu på grund av utrymmesbrist kunna avstå från att ägna någon särskild uppmärksamhet åt den tyska rätten på detta område, så mycket mera som ju denna är vida lättare tillgänglig för svensk publik än fransk och engelsk rätt. Jag hade önskat här komplettera min kritik av Ussing och Stang i Culpa-Regeln genom att närmare gå in på dessas åsikter på det strikta ansvarets område. Av utrymmesskäl nödgas jag dock tyvärr avstå därifrån.

Fransk rätt.

Lagstadganden.

Utöver de i Culpa-Regeln, s. 34 f., berörda artiklarna 1382 och 1383, som konstituera skuldregeln, innehåller C. civ. i kapitlet »Des délits et des quasi-délits» blott tre artiklar, 1384—1386. Då det blir nödvändigt för förståelsen av vissa delar av det följande att känna lydelserna av art. 1382 och 1383, skola dessa nu först meddelas:

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.

Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Det lagstadgande, varom framställningen väsentligen kommer att kretsa är art. 1384. Denna artikel hade *före 1899* följande innehåll:

Art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.[1]

[1] Hur art. 1384 vid skilda tillfällen — 1899, 1922 och 1937 — har kompletterats skall nämnas under framställningens lopp. Numera har stadgandet följande innehåll:

»*Art. 1384.* On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

(L. 7 nov. 1922.) 'Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du Code civil.'

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux;

I jämförelse med detta stadgande äro de två återstående artiklarna av mera periferisk natur. De äro dock långtifrån utan intresse. De lyda som följer:

Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

Art. 1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

(L. 5 avr. 1937.) 'La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance.'»

De båda sista styckena motsvara art. 1 i lagen 5 april 1937. Dennas art. 2 har betydelse såsom på visst sätt privilegierande de statsanställda lärarnas rättsställning i fråga om ansvar på grund av skadegörelse av eller mot deras lärjungar. Artikeln lyder sålunda: »Dans tous les cas où la responsabilité des membres de l'enseignement public est engagée à la suite ou à l'occasion d'un fait dommageable commis, soit par les enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit à ces enfants ou jeunes gens dans les mêmes conditions, la responsabilité de l'Etat sera substituée à celle desdits membres de l'enseignement qui ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants. — Il en sera ainsi toutes les fois que, pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dans un but d'éducation morale ou physique, non interdit par les règlements, les enfants ou jeunes gens confiés ainsi aux membres de l'enseignement public se trouveront sous la surveillance de ces derniers. — L'action récursoire pourra être exercée par l'Etat soit contre l'instituteur, soit contre les tiers, conformément au droit commun. — Dans l'action principale, les membres de l'enseignement public contre lesquels l'Etat pourrait éventuellement exercer l'action récursoire ne pourront être entendus comme témoins. — L'action en responsabilité exercée par la victime, ses parents ou ses ayants droit, intentée contre l'Etat ainsi responsable du dommage, sera portée devant le tribunal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage a été causé et dirigée contre le préfet du département. — La prescription ou ce qui concerne la réparation des dommages prévus par la présente loi sera acquise par trois années à partir du jour où le fait dommageable a été commis.»

Förhållandet mellan 1937 års lag och art. 1384 C. civ. beröres senare, nedan s. 63 f. Slutligen bör art. 1384 C. civ. kompletteras med ytterligare två stadganden. Art. 53 i Code de navigation aérienne har genom lag 31 maj 1924 fått följande innehåll: »L'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détacheraient aux personnes et aux biens situés à la surface. — Cette responsabilité ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime.» Till sist ha vi ytterligare en föreskrift om strikt ansvarighet i fråga om skada genom lufttrafik, meddelad genom en lag den 8 juli 1941: »Le constructeur ou l'exploitant du téléphérique est responsable de plein droit des dommages causés aux personnes et aux biens par le passage des câbles et cabines ou par les objets qui s'en détachent. — Cette responsabilité ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve de la faute de la victime.»

La responsabilité du fait d'autrui.

Både praxis och rättsvetenskap i Frankrike se numera annorlunda på särskilt art. 1384 än de gjort under ungefär ett århundrade alltifrån tillkomsten av C. civ. En ny tolkning av mom. 1 i nämnda artikel spirade något decennium före sekelskiftet och banade sig snart nog fram. Denna tolkning har influerat även på art. 1384 i övrigt och icke heller lämnat art. 1385 och 1386 oberörda. Emellertid är det mom. 1 i art. 1384, som här tilldrager sig det dominerande intresset. Stadgandet föreskriver nu, uppenbarligen i anslutning till och såsom komplettering av den omedelbart föregående regleringen av skuld-ansvaret (i art. 1382 och 1383), att man svarar icke blott för skada, som man förorsakar genom sin *egen* handling utan också för den skada, »som förorsakats genom handling av de personer, för vilka man bör svara, eller (genom handling) av de ting, som man har i sin vård». Stadgandets karaktär av anslutning till de båda föregående artiklarna (1382 och 1383) har också tagit sig uttryck i rättsterminologien, i det att man kallar ansvaret efter dessa för *responsabilité du fait personnel*, under det att ansvaret efter art. 1384 benämnes *responsabilité du fait d'autrui*, resp. *responsabilité du fait des choses*.

Fråga vi nu först, för vilka personers handlingar »on doit répondre», så råder intet tvivel om, att stadgandet självt giver det uttömmande svaret i de tre följande momenten. Det är nästan allmänt antaget, att dessa såtillvida äro att tolka restriktivt[1], vilket ofta synes motiveras därmed, att de samtliga äro grundade på presumtion om den ansvariges skuld[2], bestående hos föräldrar, lärare och hantverkare i bristande åt »le devoir de surveillance», under det att skuldpresumtionen i fråga om husbönder och andra »commettants» hade »un double fondement: le mauvais choix, le défaut de surveillance»[3]. Går man till lagens förarbeten, så visar det

[1] Se Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2938; Colin et Capitant II, s. 388; Planiol II, n. 909 bis; Josserand II, n. 490; Demogue V, n. 819 bis (förf. animerar dock domstolarna till en extensiv tolkning); Fuzier-Herman IV, art. 1384, n. 363 och där antecknade källor; Mazeaud II, n. 712 ff.

[2] Se t. ex. Bonnecarrère II, n. 1298; Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2938; Colin et Capitant II, s. 388; Planiol II, n. 909 bis.

[3] Bonnecarrère II, n. 1299—1302.

sig, att presumtionen i fråga om föräldrar, lärare och hantverkare avser *culpa* såväl *instruendo* som *inspiciendo*, under det att den i fråga om »commettants» blott synes avse *culpa in eligendo*.[4]

Att detta ansvar för »le fait d'autrui» efter lagen faktiskt har sin grund i skuld-presumtion kan inte betvivlas. Lagen säger ju uttryckligen beträffande föräldrar, lärare och hantverkare, att ansvarigheten blott inträder, »därest de icke visa, att de varit ur stånd att förebygga den handling, som föranleder denna ansvarighet» (art. 1384 sista mom.). Tydligare uttryck kan icke givas åt tanken, att ansvarigheten i fråga vilar på lagens presumtion om att skadan skett »par négligence ou imprudence» (art. 1383) å den ansvariges sida, d. v. s. genom hans skuld (art. 1383 jfd med art. 1382).[5] Kan denna presumtion (s. k. praesumptio iuris tantum) motbevisas, då inträder intet ansvar. Det är visserligen sant, att lagstiftaren måste ha förstått, att ansvaret på grund av bevisningssvårigheter måste kunna utdömas även i sådana fall, då faktiskt ingen »skuld» kunde anses föreligga. Men detta har icke kunnat komma den franske lagstiftaren att se saken så, att såtillvida en strikt ansvarighet konstituerades, d. v. s. en ansvarighet, som icke vore grundad på den ansvariges skuld. Ty han rör sig icke med »ansvarighet» blott som ett ord, en kort beteckning för vissa realiteter, utan han använder det såsom ett rättsideologiskt begrepp, innefattande en på den »materiella rätten» grundad ansvarighet som *är att* realisera genom den »formella rätten». Tankegången är därför — när den verkligen fullföljes — att själva ansvarigheten (d. v. s. den »materiella» rättens) alltid förutsätter skuld, men att

---

[4] Så åtminstone närmast enligt Bertrand de Greuilles »Rapport au Tribunat»; se Locré XIII, s. 41—43, delvis cit. nedan s. 39 n. 7 och s. 41. Se även t. ex. Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2898, 2906 och 2911. Onekligen vore det emellertid besynnerligt, om man för commettant-ansvaret vid lagens tillkomst räknat blott med presumtion om »culpa in eligendo» och icke jämväl med presumtion om »culpa instruendo et inspiciendo». Det heter också hos Colin et Capitant II, s. 392, att lagredaktörerna givit två skäl för ansvaret i fråga, dels presumtion om »faute» i valet av »préposé» och dels presumtionen om att »avoir mal surveillé son domestique ou préposé». För det första skälet åberopas det uttalande av Bertrand de Greuille, som citeras här nedan s. 41. För det senare skälet giva Colin et Capitant ingen hänvisning till några förarbeten. Nu kan man naturligtvis i anledning av de Greuilles uttalande om principalens malplacerade förtroende för vårdslösa tjänare säga, att dylikt förtroende kunde yttra sig icke blott däri, att han tog sådana tjänare i sin tjänst utan även däri att han lämnade dem utan tillräcklig tillsyn. Demogue V, n. 882, menar, att denna dubbla grund för ansvaret — »un mauvais choix et un défaut de surveillance» — först givits av Pothier och därefter accepterats av Bertrand de Greuille. Han torde därvid icke kunna åsyfta några andra uttalanden än det nyss berörda av de Greuille samt Pothiers å s. 37 här nedan. — Egendomligt nog talar man ofta också i den senare hithörande litteraturen — vid ansvaret för »commettants» — blott om »mauvais choix», icke även om »le défaut de surveillance».

[5] Se för övrigt näst-nästa not, avseende Pothiers uttalanden.

genom en från det vanliga avvikande anordning av den realiserande »formella rätten» (omkastning av den s. k. bevisbördan) fällande dom stundom kommer att ske, fastän själva den materiellt-rättsliga ansvarigheten icke förelåg. Man kan till jämförelse exempelvis taga 23 § i vår köpelag. *Principen* är här uppenbarligen i lagstiftarens föreställningssätt, att säljarens ansvarighet förutsätter skuld, ehuru av »praktiska skäl» bevisbördan lagts på säljaren i stället för köparen.[6] Och preciseras detta i enlighet med rättsideologien, kan saken uttryckas så, att *materiellt-rättsligt* är skulden en nödvändig ansvarsförutsättning, ehuru detta samband mellan ansvar och skuld på grund av särskild anordning av den formella rätten (bevisningen) försvagades till svarandens nackdel, under det att i vanliga fall sambandet i fråga genom den formella rätten försvagades till svarandens fördel. Den rättsideologiska distinktionen mellan »materiell rätt» och processrätt såsom »formell rätt» icke blott möjliggör utan innefattar med nödvändighet uppfattningen av skulden såsom, materiellt-rättsligt sett, hörande till rekvisitet för skadeståndstvånget, ehuru detta av rent formella grunder kan inträda, även om någon »skuld» faktiskt icke förelegat.

Principalens ansvarighet efter C. civ. och den traditionella doktrinen.

Det är sålunda, för att återgå till art. 1384, tydligt att det är kravet på att skadeståndet skulle vara rättvisligen motiverat, som ligger i bakgrunden för den ifrågavarande modifikationen i föräldrars, lärares och hantverkares ansvarighet.[7] Emellertid finna vi nu, att modifikationen i

[6] Se t. ex. Almén, Om köp och byte I, 2 uppl., s. 320.

[7] Ehuru redan det sagda torde utgöra full motivering för påståendet, vill jag likväl icke underlåta att lämna ett bevis, som ensamt det borde vara övertygande. Pothier angiver i sin »Traité des Obligations», n. 121, såsom exempel på personer, vilka svara för deras skadegörelser, som de ha »sous leur puissance», följande, nämligen: »les pères, mères, tuteurs, précepteurs». Men, tillägger han, de svara icke, om de icke varit i stånd att förebygga handlingen, och till stöd härför åberopar han sig, efter D. 50.17.109, på denna sats: *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest.* (Detta var den av Pothier anlitade läsarten. Numera har det sista *non* strukits.) Och detta skall enligt Pothier gälla t. o. m. om skadegörelsen skett »à leur vu et su», till stöd varför han anför D. 50.17.50: *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.* Tydligare kan icke skuldgrunden bakom det ifrågavarande ansvaret uttryckas. Att det är Pothiers ifrågavarande ståndpunkt, som ligger i bakgrunden för föreskriften i art. 1384, framgår redan av överensstämmelsen i formuleringarna. Pothier säger: »Mais si elles n'ont pu l'empêcher, elles n'en sont poins tenues.» Pothiers auktoritet i hithörande frågor för författarna till C. civ. är obestridlig. Se emellertid t. ex. Mazeaud, n. 923. Pothier dog visserligen redan 1772. Den upplaga av hans arbete, som jag efter rekvisi-

fråga — sista stycket i den ovan s. 32 citerade art. 1384 — *icke* angår husbönders och (andra) uppdragsgivares (maîtres et commettants) ansvarighet. Detta kan dock ingalunda betyda, att lagstiftaren här avsett att uppställa en av rättvisekravet icke motiverad skadeståndsregel, utan endast att han byggt denna på en icke motbevisbar presumtion (s. k. *praesumptio iuris et de iure*) om skuld. Och skuldtanken är ju densamma, vare sig en skuldpresumtion göres motbevisbar eller icke. Men alldeles bortsett härifrån bör man nog icke, ur nu berörda synpunkt, fästa någon större vikt vid att »commettants» i sista momentet av art. 1384 uteslutits från dem, som genom motbevisning av presumtionen kunna fria sig från ansvaret. Man ser stundom den frågan ställd, om icke till äventyrs uteslutningen berott på ren glömska. Så förhåller det sig visserligen icke, men den synes i allt fall delvis ha berott på en tillfällighet.

Lagredaktörernas båda främsta auktoriteter, Domat och Pothier, ha i ämnet haft olika åsikter. Domat gjorde ingen skillnad i förevarande avseende mellan »artisans» och »commettants».[8] Men Pothier satte de senare (d. v. s. »les maîtres») i särklass. Efter att ha uttalat sig så, som vi sett i sista noten om »les pères, mères, tuteurs, précepteurs», fortsätter han:

»On rend aussi les maîtres responsables du tort causé par les délits et quasi-délits de leurs serviteurs ou ouvriers qu'ils emploient à quelque service. Ils le sont même dans le cas auquel il n'auroit pas été en leur pouvoir d'empêcher le délit ou quasi-délit, lors que les délits ou quasi-délits sont commis par lesdits serviteurs ou ouvriers dans l'exercise des fonctions auxquelles ils sont employés par leurs maîtres, quoiqu'en l'absence de leurs maîtres, ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques.»[9]

---

tion från annat bibliotek lyckats ha tillgång till, är emellertid av senare datum än C. civ., och det är av stort intresse till belysande av Pothiers enastående auktoritet för tolkningen av C. civ. att läsa följande ur förläggarens »Avertissement sur cette nouvelle édition», där det heter: »Les Œuvres de Pothier sont les plus usuelles de toutes celles de nos jurisconsultes. Le jeune étudiant vient y puiser les premiers principes du droit, et le jurisconsulte consommé y a aussi recours quand il veut appuyer son opinion d'une autorité grave. — La publication du Code civil en a rendu l'étude plus indispensable encore, puisque presque toutes ses dispositions sur les Obligations et les Contrats y sont copiées mot à mot. Mais les rédacteurs du Code, en posant la règle, ont omis presque toujours les exceptions et les limitations que Pothier y apporte, et dont la connoissance est essentielle pour en saisir le véritable sens et en faire une juste application. Les Traités de Pothier sont donc le vrai et même le seul commentaire du Code, dans cette matière. — Il est à remarquer que les règles fondamentales des Obligations ne sont pas susceptibles de variation, comme celles de plusieurs autres parties de la jurisprudence, parce qu'elles dérivent des premiers principes de la raison et de la justice, qui sont partout les mêmes, et qu'il n'y auroit plus de société là où la violation en seroit permise.»

[8] Mazeaud I, n. 923.

[9] Pothier, n. 121.

Denna divergens mellan Domat och Pothier skall ha kommit redaktörerna att bli tveksamma. Enligt de båda första förslagen kunde såväl föräldrar som »maîtres» och »commettants» fria sig från ansvaret genom exkulpering. Men den dåvarande texten nämnde intet om »les instituteurs et artisans». Dessa tycktes man ha glömt bort.[1] När saken kom inför »la section de législation du Tribunat»[2], skedde en betydande omkastning. Det heter härom hos Locré:

»La section propose de supprimer ces deux mots du cinquième paragraphe: *maîtres et commettans*, et de leur substituer ceux-ci: *instituteurs et artisans.*»

Hos Locré återgivas också motiven för tribunatets ifrågavarande ändringsförslag i följande ord:

»Le motif du changement proposé est que tout ce qu'il était nécessaire de statuer, à l'égard des maîtres et commettans, se trouve dans le troisième paragraphe, dès qu'il y est dit qu'ils ne sont tenus du dommage causé par leurs domestiques et préposés que lorsqu'ils l'ont causé dans les fonctions auxquelles ils ont été employés; et il serait dangereux de laisser subsister, à l'égard des maîtres et commettans, l'exception portée par le cinquième paragraphe; car il pourrait en résulter qu'ils ne seraient point tenus de dommage par cela seul qu'ils n'y auraient pas été présens, même quoiqu'il eût été commis à des fonctions auxquelles les domestiques et préposés auraient été employés; ce qui serait contre l'intention des auteurs du projet de loi. — Mais s'il est à propos de faire disparaître du cinquième paragraphe les maîtres et commettans, il est nécessaire d'y rétablir les *instituteurs* et *artisans*. L'exception établie dans ce cinquième paragraphe, en faveur des père et mère, concerne aussi les *instituteurs* et *artisans*, et elle doit leur être commune.»[3]

Den motivering, som därmed givits, för att utesluta »commettants» från möjligheten att motbevisa skuldpresumtionen förminskar på intet sätt skuld-idéns betydelse såsom bakgrund för »commettant»-ansvaret. Någon idé om en strikt ansvarsprincip torde icke ha föresvävat lagstiftaren, utan tanken har sannolikt varit den, att motbevisningsmöjligheten för en »commettant» lätt skulle kunna leda till hans ansvarsfrihet, fastän han ådragit sig skuld. Det var säkerligen detta, som man i tribunatet icke ville vara med om. Därför gjordes presumtionen oomkullkastlig. Man bör också erinra sig, att presumtionen vid denna kategori enligt förarbetena egentligen blott haft avseende å *culpa in eligendo*.[4] Hur skulle egentligen en sådan presumtion kunna omintetgöras genom bevis om att principalen varit ur stånd att förhindra skadegörelsen från den anställdes sida? Det har, efter vad det synes, med fullt fog hävdats,

[1] Se Mazeaud I, n. 924.
[2] Här behandlades lagstiftningsfrågor, innan de avgjordes av lagstiftande kåren.
[3] Locré XIII, s. 24 f.
[4] Se ovan s. 35.

att förarbetena giva vid handen, att hela detta kapitel om »des délits et quasi-délits» i lagstiftarens ögon dominerats av skuld-idén.[5] Det förefaller mig, som om lagens behandling av »commettant»-ansvaret icke gåve grund till invändning emot denna uppfattning.

Med hänsyn till den av förarbetena framgående arten av den presumerade skulden — »le mauvais choix» i fråga om »commettants»; »le défaut de surveillance» i fråga om de övriga — finns det naturligtvis saklig grund för att beträffande presumtionens motbevisbarhet skilja mellan å ena sidan föräldrar och lärare (till vilken kategori, såsom vi skola se, hantverkarna räknats) och å andra sidan »commettants». Ett skäl för dessa senares strängare ansvarighet kan ju mycket väl ligga däri, att den hos dem presumerade skulden har avseende å ett större handlingsfält: har skadan inträffat genom den anställdes (kulposa) handling, trots det att nödig tillsyn utövats och han mottagit nödiga instruktioner, så ligger det nära till hands att antaga, att han överhuvud varit olämplig för anställningen, vilket principalen hade bort inse. Fastän han sålunda vore i stånd att motbevisa den skuldpresumtion, som antagits vara förhanden hos »les père et mère, instituteurs et artisans», återstode likväl sannolikheten för att han gjort »un mauvais choix», alltså begått en *culpa in eligendo*.[6] På detta sätt måste risken (på grund av uteslutning från motbevisningen), att döma en »oskyldig» ansvarig, vara avsevärt mindre i fråga om »commettants» än de andra kategorierna. Motbevisningens medgivande för dessa leder därför logiskt ingalunda till, att den borde medgivas även för »commettants». Man vet ju icke, hur lagens utformare närmare tänkt, men det är väl såsom förut antytts troligt, att de funnit det våldförande på rättvisekravet, som skedde genom att beträffande »commettants» göra presumtionen »irréfragable», vara alltför obetydligt i jämförelse med det orättfärdiga i en motbevisning, varigenom »le commettant» skulle kunna ha möjlighet att krångla sig ifrån den rättsliga följden av sin skuld. Denna möjlighet understrykes ju därav, att presumtionen, såvitt den avser »mauvaix choix», svårligen kunde vederläggas genom bevisning om att man icke kunnat »empècher le fait qui donne lieu à cette responsabilité».[7]

---

[5] Se härom nedan s. 85.

[6] Jfr Baudry-Lacantinerie et Barde IV, s. 616: »Le Motif de la loi conduit à cette solution, car la circonstance que nous supposons maintenant (att den anställde handlat icke blott principalen ovetande och utan hans befallning utan t. o. m. emot hans mest uttryckliga förbud) ne fait disparaître la faute dont le maître ou le commettant s'est rendu coupable en choisissant mal son domestique ou son préposé.»

[7] Jfr Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 719; Bonnecarrère etc. II, n. 1305. Det särskilda begreppet »artisans» såsom skilt från »commettants» kommer naturligtvis blott

Det kan så mycket mindre vara tvivelaktigt, att husbönders och andra uppdragsgivares (commettants) ansvarighet ansetts vara rättvis framför

---

i fråga vis à vis lärlingars handlingar, däremot icke utbildade arbetares. Jfr nedan s. 64 f. — Anledningen till att »artisans» i motbevisningsfrågan icke fått följa »commettants» utan erhållit den förmånligare placeringen kunde möjligen tänkas sammanhänga med att deras »mauvais choix» icke hade samma dominerande betydelse som en dylik »faute» hos »commettants». Vi sågo emellertid nyss, att Domat icke gjorde någon skillnad mellan »artisans» och »commettants». Varför Pothier vill skärpa ansvaret för »commettants» utan att också göra det för »artisans» framgår ej av hans uttalande. Grunden till den av C. civ. gjorda distinktionen framgår emellertid av följande ur Bertrand de Greuilles redogörelse till tribunatet (enligt Locré XIII, s. 42): »En voici la raison: c'est que les instituteurs ou artisans remplacent alors les parens; c'est que la loi leur délègue une portion d'autorité suffisante pour retenir les enfans et ouvriers qui sont sous leur direction, dans les bornes de la circonspection et du devoir; c'est qu'ils doivent à ces enfans et ouvriers de bonnes instructions et de bons exemples; c'est qu'il faut qu'ils se garantissent de toute faiblesse envers eux; et c'est qu'enfin ils ont la faculté de renvoyer ceux d'entre ces enfans ou ouvriers qui leur paraissent pervers ou incorrigibles.» Här ha vi förklaringen, som blir tydligare, om man uttrycker saken så, att hantverkarna (artisans) i själva verket betraktats såsom ett särskilt slag av *lärare*. Se även nedan s. 65. — Ehuru otvivelaktigt principalen är utesluten från att få direkt motbevisa skuldpresumtionen, kan han tänkas under särskilda omständigheter bli befriad från ansvarighet. Professorerna Bonnecarrère, Laborde-Lacoste och Crémieux påstå i sin för examensstudiet avsedda lärobok, i vilken sålunda inga tvetydigheter borde kunna befaras, att skuldpresumtionen tillintetgöres, så snart principalen »établit que le dommage a sa cause, dans un cas fortuit, une force majeure, la faute d'un tiers ou la faute de la victime» (Bonnecarrère II, n. 1305). Och Bichot låter principalen kunna fria sig genom »la preuve de la cause étrangère», ett tekniskt uttryck för de av Bonnecarrère etc. uppräknade skadeorsakerna. (Bichot, s. 25.) Dylika uttalanden har jag icke funnit hos andra författare. Det framhålles blott, att skuldpresumtionen i fråga är »invincible» eller »irréfragable», möjligen med en erinran om, att den skadades egen skuld naturligtvis kan inverka på principalens ansvarighet. Se Fuzier-Herman IV, art. 1384, n. 562 och 564; jfr t. ex. Demogue V, n. 935; Josserand II, n. 508, 510 och 512; Mazeaud I, n. 924. Denna ståndpunkt synes också vara den naturliga. Visserligen kan det icke förhålla sig så, att principalen skulle vara ansvarig i sådana situationer som de av Bonnecarrère och Bichot angivna. Detta oaktat förefaller det nära nog, som om deras uttalanden hade berott på någon lapsus. Ty, såsom vi sedermera skola finna, förutsätter principalens ansvarighet — det är allmänt antaget — att den anställde i sina funktioner såsom anställd handlat »en faute». Men detta synes oförenligt med att den ansvarsbringande skadan skulle ha haft sin grund i »cas fortuit» eller annan »cause étrangère». Själva den ifrågavarande ansvarigheten, »commettant»-ansvaret, har sådan grund alltså, att det icke blir plats för talet om »cause étrangère» såsom grund för befrielsen från det ifrågavarande ansvaret efter art. 1384. Det enda, som här borde sägas, synes därför vara, att principalens ansvar kan reduceras, möjligen till noll, genom s. k. compensatio culparum, i fall av offrets egen skuld till skadan. — Av vad som sagts framgår, att det här icke varit fråga om någon rent saklig meningsskiljaktighet utan endast om sättet att uttrycka en och samma sak. Men utifrån den rättsideologiska inställning, som är samtliga de ifrågavarande författarnas, och den terminologi, som i anslutning därtill utbildats, är det ologiskt och blir därigenom förvirrande att resonera så, som Bonnecarrère (och Bichot) gjort. Skuldpresumtionen kan ju icke tillintetgöras, innan den ännu har kommit till stånd. Utan den anställdes skuld kommer den aldrig till stånd. Men den anställdes skuld till skadan utesluter i sin tur, att denna kan ha berott på »cas fortuit» eller »force majeure». — Det

allt på grund av deras presumerade skuld, som det i sådant avseende heter i Bertrand de Greuilles redogörelse till tribunatet följande:

»Denna föreskrift (om ansvaret för 'les maîtres et commettants') företer blott något synnerligen billigt. Är det icke i själva verket den tjänstehandling, varav principalen (maître) profiterar, som har producerat den skada, som man dömer honom att reparera? Har han icke sig själv att skylla, när han har givit sitt förtroende åt odugliga, drumliga eller vårdslösa människor? Och skulle det väl vara rättvist, att tredjeman bleve offer för detta lättsinniga förtroende (cette confiance inconsidérée), som är den yttersta orsaken, den verkliga källan till den skada, som de få vidkännas?»[8]

Man bör lägga märke till, huru här den ena rättfärdighetsgrunden till ansvaret — *skulden*, bestående i det »lättsinniga förtroendet» vid valet av tjänare — kumuleras med den andra, i modern litteratur icke sällan uttryckt med den latinska principen *ubi emolumentum ibi onus*: principalen har haft fördel av verksamheten, därför bör han också bära ansvaret för skadan därigenom å tredjeman.

Att Pothier, som utgav sin första upplaga av »Traité des obligations» år 1761, skulle ha haft en från rättvise-chimären frigjord syn just på denna rättsfråga, är uteslutet och påpekas endast till förebyggande av dilettantmässiga reflexioner i anledning av följande slutord i citatet från honom här ovan å s. 37: »Ce qui (d. v. s. la responsabilité des maîtres) a été établi pour rendre les maîtres attentatifs à ne se servir que de bons domestiques.» Detta uttalande kan icke vara att fatta som ett uttryck för uppfattningen, att det ifrågavarande ansvarets *ratio legis* utgjordes av syftet att förebygga husbondens bristande aktsamhet i valet av tjänare. Dylikt var Pothiers samtid liksom författarna till C. civ. främmande. Pothier skulle alldeles lika väl ha kunnat angående den vanliga skuldregeln i art. 1382 och 1383 säga, att dessa stadganden tillkommit för att väcka folks uppmärksamhet, så att de blott handla med erforderlig aktsamhet. Hade han så uttalat sig, så skulle han naturligtvis därmed icke ha tagit avstånd från hela sin rättsideologi, inneslutande skuld såsom

---

är vid ansvarigheten enligt första stycket i art. 1384, som »cas fortuit» eller annan »cause étrangère» har sin naturliga plats som grund för skuld-(eller ansvars-)presumtionens bortfallande. Härom nedan.

[8] Eftersom denna översättning kommit att inflyta i manuskriptet, avstår jag här från den franska texten. Översättningen gjorde jag från ett citat hos Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2911. Sedermera har jag genom Locré vunnit tillgång till de Greuilles fullständiga yttrande, som i omedelbar fortsättning (översatt) lyder sålunda: »Lagen gör alltså här intet annat än bekräftar, vad billigheten fordrar, vad de talrika och alltför ledsamma exemplen göra nödvändigt och vad 'la jurisprudence' i alla tider och i alla länder har bekräftat»; Locré XIII, s. 42 f.

rättens grund till ansvaret.[9] Pothier har naturligtvis icke ens, såsom en del nutida författare, låtit preventionssyftet ingå såsom »hjälpmotiv» till skuld-ansvaret. Vad nu det ifrågavarande uttalandet angår, så är det sant, att Pothier — i olikhet med förarbetena till ansvarsföreskriften i C. civ. och lagens senare uttolkare — icke uttryckligen betonat presumtionen om »le mauvais choix», i sin tur beroende på »cette confiance inconsidérée» (Bertrand de Greuille), såsom rättfärdighetsgrund till principalens ansvarighet. Men själva de citerade orden av Pothier innefatta ju, att ansvaret drabbar sådana husbönder, som faktiskt icke varit »attentifs à ne se servir que de bons domestiques» och sålunda brustit åt nödig aktsamhet. Att denna deras »faute» icke skulle spela rollen av ansvarsgrund i Pothiers lära, vore ett fullkomligt orimligt antagande. Det måste därför förhålla sig så, att detta för alla och envar uppenbara förhållande, att en principals ifrågavarande ansvarighet vore ägnad att bidraga till en viss aktsamhet i valet av tjänare händelsevis kommit att influera på Pothiers formulering av sin åsikt om grunden för ansvaret, som framför allt måste ha utgjorts av den presumerade skulden, bestående i »une mauvais choix». Det finns i verkligheten icke det ringaste stöd för antagandet, att Pothiers insikt om sagda förhållande, alltså om ansvarets betydelse såsom prevenerande mot *culpa in eligendo*, föranlett något hans avståndstagande från det rättsideologiska fundamentet, innefattande att skadeståndstvånget måste vara motiverat därigenom, att man gjort sig rättvisligen förtjänt därav genom sin ifrågavarande culpa. Man bör lägga märke till, att Pothier — alldeles så som art. 1384 senare — begränsat det ifrågavarande ansvaret till skadegörelser, som de anställda begått »dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés par leurs maîtres». Däri kan ligga en erinran, såväl om att husbönderna ju valt tjänarna till de sysslor, vid vilkas utförande skadan skett, som även om det förhållande, varå rättfärdighetssynpunkten »ubi emolumentum ibi onus» fann användning hos Bertrand de Greuille, såsom vi sett i det föregående.

Tanken att Pothier med hänsyn till skadeståndets prevenerande effekt skulle ha godkänt »commettant»-ansvaret, även om han icke funnit detsamma ur *rättvisans* synpunkt motiverat, vore rent absurd. Men för Pothier, liksom för rättsvetenskapen tiderna igenom, har *rättvisan* i en

---

[9] Det saknas naturligtvis all anledning förmoda, att icke Pothier skulle bygga på sin egen tids rättsideologi, i det hela överensstämmande med den nutida jurisprudensens. Går man till hans »Traité des obligations», så finner man också att skulden såsom rättfärdighetsgrund till ansvaret för »des délits et quasi-délits» är något axiomatiskt; se a. a. n. 116—120. Se för övrigt s. 36 n. 7 ovan.

viss rättsregel icke omedelbart bestämts av *nyttan för det allmänna* av en sådan regels uppehållande, utan endast och allenast därav, huruvida dess tillämpning i de enskilda fallen överensstämde med eller kontrasterade emot *rättsideologiska synpunkter*. Preventionssynpunkten måste såsom förnuftig tanke helt och uteslutande tillhöra den förra kategorien; den har intet med rättsideologien att skaffa.

Pothiers nu berörda uttalande är logiskt oförenligt med hela hans rättsvetenskapliga inställning.[1] I samklang med denna skulle han blott ha kunnat konstatera, *att* ansvaret *faktiskt* medförde effekten att »rendre les maîtres attentifs»; däremot icke att ansvaret etablerats »*pour* rendre les maîtres attentifs».

Jag har icke heller någonstädes i den hithörande franska litteraturen funnit Pothiers uttalande beaktat såsom bevis för att han därmed avsett att framföra preventionssynpunkten såsom raison d'être vare sig för det ifrågavarande ansvaret eller för det vanliga skuld-ansvaret. Tvärtom synes man icke ens ha förstått uttalandets stridighet mot den allmänna rättsideologiska inställningen både på Pothiers tid och i våra dagar. Så säger exempelvis Mazeaud, att äldre franska författare i fråga om principalens ansvar för sina anställdas handlingar synas stå på romersk-rättslig grund: »la faute commise par le maître qui a mal choisi ses préposés; c'est du moins la raison donnée par Pothier». Grunden för detta omdöme utgöres just av det Pothiers uttalande, som nu diskuterats.[2] Även Josserand citerar Pothiers ifrågavarande ord till stöd för dennes uppfattning, att ansvaret grundades på principalens skuld.[3]

Så synes det då vara klart, att den franska rättens *responsabilité du fait d'autrui* lika väl som dess ansvar *du fait personnel* (det vanliga skuld-ansvaret efter art. 1382 och 1383) vilar på rättvise-chimärens synpunkter. Det synes också bland detta århundrades författare vara allmänt antaget, att ansvaret för föräldrar, lärare och hantverkare »trouve sa base dans la faute commise», av föräldrarna: »défaut de surveillance ou mauvaise éducation»; av lärarna och hantverkarna: »défaut de surveillance».[4] Flera nutida författare nöja sig även beträffande principalens

[1] Jfr ovan s. 20 ff.

[2] Mazeaud I, n. 929 samt hänvisningen där till n. 878 in fine.

[3] »Une faute commise dans la choix de son préposé, une faute *in eligendo*: ayant mal placé sa confiance — l'événement l'a montré — il doit répondre, vis-à-vis de tiers lésés, de son erreur. C'est l'explication traditionelle, donnée notament par Pothier», varefter dennes ord citeras. Se Josserand II, n. 510. — Liknande även Planiol II, n. 911; Demogue V, n. 882 och flera andra författare.

[4] Citaten från Mazeaud I, n. 780, 826 och 853. Se f. ö. t. ex. Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2898, 2906 och 2911; Baudry-Lacantinerie, Précis II, s. 325; Josserand II, n. 488 och 492; Demogue V, n. 820 och 847; Bonnecarrère II, s. 100—103.

(maître et commettant) ansvar med skuldgrunden, bestående här i »la faute de choix»[5] eller såväl denna som »le défaut de surveillance»[6]. I den av Guyot utgivna 13 uppl. av Baudry-Lacantineries »Precis de droit civil» heter det angående fonderingen av hela denna »responsabilité du fait d'autrui», alltså utan åtskillnad mellan ansvaret för »commettants» och de övriga kategorierna (varvid f. ö. även »la responsabilité du fait des choses» beröres) följande:

»La responsabilité édictée par ce texte a sa source dans un quasidélit. Avec une surveillance plus active, un choix plus scrupuleux, une plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives, nous aurions pu le plus souvent conjurer le préjudice qui a été causé à autrui par les personnes soumises à notre garde, comme nos enfants mineurs, ou celui qui a été causé par certaines personnes, comme nos domestiques, dans l'exercice des fonctions que nous leur avons confiées, ou enfin le dommage occasionné par une chose qui nous appartient, par exemple celui résultant de la chute d'un arbre ou de l'explosion d'une machine. Voilà pourquoi la loi nous en déclare civilement responsables; elle *presume* que le dommage qui a été causé à autrui dans ces conditions est la conséquence au moins indirecte d'une faute ou d'une négligence de notre part. La responsabilité, dite du fait d'autrui, est ainsi elle aussi une responsabilité du fait personnel, mais gouvernée par des présomptions légales. Elle pèse, d'après l'art. 1384, sur les pères et mères, sur les instituteurs et artisans, sur les maîtres et commettants.»[7]

I första hälften av detta citat framträder på varje rad, hurusom den ansvarige, om han handlat med nödig aktsamhet, skulle ha förebyggt den inträffade skadan. Att de hithörande ansvarsreglerna äro ägnade att egga till sådan aktsamhet och dymedelst att prevenera mot skadorna antydes också ganska tydligt. Men i det avgörande ögonblicket sker vändningen: icke preventionssynpunkten utan *skulden* angives som ratio legis till ansvaret. Saken torde få betraktas som synnerligen intressant

---

[5] Se t. ex. Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2911; Bonnecarrère II, n. 1302.

[6] Så Planiol II, n. 911 och, enligt Mazeaud II, s. 785, Beudant Charles, Cours de droit civil français (publié par Robert Beudant), IV n. 1211 (par Henri Capitant). Beudants ifrågavarande verk finns icke komplett på härvarande bibliotek. Del IV har jag emellertid haft tillgång till. Den är dock icke utgiven av Capitant, och däri avhandlas överhuvud icke hithörande frågor. Mazeauds hänvisning måste bero på felskrivning. Möjligen är det del IX, som avses. Denna har jag icke haft tillfälle att se. — Esmein finner »la présomption de mauvais choix» icke räcka till för att »entraîner la responsabilité du maître». Synpunkten »ne peut apparaître que comme une raison secondaire parmi celles qui justifient la responsabilité du commettant». Han är t. o. m. beredd att fullständigt negligera densamma. Vad man framför allt hade att fästa sig vid vore, utom »la dépendance économique du préposé à son égard», det förhållandet att principalen hade »le droit de donner des instructions au préposé et l'obligation de surveillance». Se Esmein, Responsabilité, s. 203—205. Att judikaturen i förgrunden skjutit synpunkten av subordinationsförhållandet mellan den anställde och principalen skola vi sedermera finna.

[7] Baudry-Lacantinerie, Précis II, s. 323.

med hänsyn till vad jag i det föregående visat angående t. ex. Ussings inställning till grunden för ansvaret. Såväl Pothier som Baudry-Lacantinerie äro fullt på det klara med skadeståndets prevenerande betydelse. Men denna synpunkt får intet rum i deras åsikt om *ratio legis* till ansvaret. Voro de då, till skillnad från Ussing, icke tillräckligt skarpsinniga för att draga slutledningen om preventionssynpunkten såsom »hjälpmotiv» till ansvarsreglerna? Möjligt men föga troligt är, att de just på denna punkt varit mindre ologiska än Ussing och förstått, att preventionssynpunktens anlitande skulle ha råkat i oupplöslig konflikt med hela deras rättsvetenskapliga inställning. Därvid kunde då den insikten tänkas ha spelat roll, att preventionssynpunkten aldrig skulle ha kunnat anläggas till motivering av rättsreaktionens utformning just till *skadestånd*. Att *samhällsekonomiska* synpunkter likväl kunde leda till en sådan utformning[8] ha de förmodligen aldrig beaktat, enär dylika synpunkter såsom grund för ansvaret måste ha varit dem främmande, fångna som de voro i rättsideologiska tankebanor.

Principalens ansvarighet enligt la théorie du risque.

Emellertid finner man nu också strävanden att helt komma ifrån skuldfonderingen i fråga om »la responsabilité des commettants». Som vi sedermera skola finna spelar i franska skadeståndsrätten den s. k. *théorie du risque créé* en mycket stor roll. Denna har dock fått sin egentliga utbildning genom kommentarer till den i art. 1384 mom. 1 konstituerade *responsabilité du fait des choses*. Anhängarna av denna teori synas emellertid finna den tillämplig även på frågan om principalens ansvarighet. Bland de mest kända representanterna för riskteorien äro numera Josserand och Demogue. Jämte dessas teorier om »commettant»-ansvaret skall här nedan även beröras Planiols därmed besläktade lära samt Henri och Léon Mazeauds, vilka båda senare intaga en gentemot riskteoretikerna kritisk ståndpunkt.

Josserands teori.

Josserand, jämte Saleilles ansedd som riskteoriens grundläggare, utvecklar icke närmare denna teori på frågan om principalens ansvarighet, men giver likväl tydliga uttryck för, att även denna ansvarighet hade

[8] Jfr Culpa-Regeln, s. 108 ff.

sin grund däri, att principalen genom att utveckla verksamhet med annans biträde skapat fram en särskild risk för tredjeman att bliva skadad. Josserand kritiserar den efter Pothier och Bertrand de Greuille traditionella uppfattningen om principalens *culpa in eligendo* som grund för hans ansvarighet. Denna uppfattning vore genom rättspraxis föråldrad. Till stöd härför anföras domar, enligt vilka en stationsinspektor måste svara för skador genom honom underlydande järnvägspersonal, en kommunal ämbetsman för sina underordnades handlingar och staden Paris för »des fautes commises par les sapeurs-pompiers qui constituent cependant un corps militaire, dépendant du Ministre de la Guerre». I dessa fall hade den ansvarige varken haft tillfälle eller möjlighet att bestämma över valet av den eller de ifrågavarande anställda.[9] Josserand åberopar sig därefter på en numera enhällig praxis, enligt vilken »le pouvoir de contrôle et de direction» å principalens sida över den anställde får betydelse för ansvaret: »c'est parce que le premier a l'autorité sur le second qu'il endosse la responsabilité des dommages causés par celui-ci; qui exerce la direction et le contrôle assume du même coup la responsabilité». Kassationsdomstolen framhåller ständigt, säger Josserand, »pour justifier la responsabilité du commettant, les idées de *surveillance*, de *direction*, de *maîtrise*, d'*autorité*, de *subordination*», ett påstående som belägges med hänvisning till prejudikat.[10]

Josserand synes ha blandat ihop två skilda frågor. Vad Josserand här visat är ingalunda, som han synes förmena, att föreställningen om principalens egen »faute» såsom grund för ansvaret försvunnit, utan endast att »la faute *dans le choix*» icke hade den betydelse, som förut i allmänhet hävdats. Om »skulden» icke ligger i »un mauvais choix», så uteslutes ju därigenom ingalunda, att den kunde ligga just i försummelse vid övervakning, dirigering eller annan användning av auktoriteten.[1]

---

[9] Josserand II, n. 510.

[10] Josserand II, n. 511.

[1] Vi ha redan sett, att Colin et Capitant mena, att presumtion om »culpa in inspiciendo» ifrån början hade betydelse, jämte presumtion om »culpa in eligendo», såsom grund för commettant-ansvaret. I anledning av frågan, varför presumtionen här gjorts oomkullkastelig, utveckla Colin et Capitant II, s. 393, följande resonemang: »On a jugé qu'entre la victime et le maître, c'est l'intérêt du premier qui devait l'emporter. *Il est juste que le maître et le commettant supportent les conséquences dommageables des services dont ils profitent.* De cette dernière observation, on peut être tenté de conclure que l'idée de faute ne joue plus ici qu'un role apparent. En effet, que signifie une présomption de faute dont on ne peut se laver? La notion de faute ainsi comprise ne semble plus qu'un trompe l'œil. La vraie base d'une telle responsabilité n'est-elle pas ailleurs? Ne faut-il pas la chercher dans *l'idée de risque*, et dire que celui qui profite des services du domestique ou de l'employé est tenu des consequences de leurs actes, parce qu'il doit supporter les risques inhérents à l'exercice de leur activité? — Pourtant, cette conception

Emellertid framträder nu i annat sammanhang en förklaring till Josserands resonemang. Han menar att på hela området för ansvaret »du fait d'autrui» är skuldidéen rent imaginär.[2] I Josserands lära saknar emellertid denna iakttagelse vetenskapligt intresse. Trots viss kritisk inställning till skuldbegreppet[3] räknar han dock med skuld såsom grund för »une responsabilité subjective» i motsats till »la responsabilité objective à base de risque»[4] och bygger överhuvud på hela rättsideologien med dess tro på en materiell rätt och därpå grundade rättsförhållanden[5]. Emellertid kan han ju ha visst fog för sitt påstående, att nämnda iakttagelse, när fråga är om principalens ansvarighet, vinner »une force particulière à raison» därigenom, att motbevis icke är tillåtet: »une faute de pure création légale n'est plus une faute». I verkligheten är sålunda allt ansvar »du fait d'autrui», men framför allt principalens, »une responsabilité sans faute», vilket närmare utvecklas sålunda:

»Elle (la responsabilité) est d'ordre objectif, étant basée sur l'idée du *risque*: le commettant, par cela meme qu'il utilise les services, l'activité d'autrui, prolonge sa personnalité et son activité; il crée un risque dont il doit supporter les conséquences; il s'approprie d'avance les actes fonctionnels de son préposé, indé-

n'est pas entièrement admissible; en écartant l'idée de faute commise dans le choix ou la surveillance, elle arriverait à élargir, plus que ne l'ont voulu les rédacteurs du Code, le champ de la responsabilité des maîtres et commettants. Elle conduirait en effet à décider qu'ils sont responsables des fautes de tous ceux qu'ils font travailler. Or, cela ne serait pas exact, car, dans la pensée des rédacteurs du Code, l'article 1384 suppose que le travail est exécuté par des personnes *choisies par le maître et sous son contrôle et sa direction*. L'idée de faute continue donc à régler l'application d'une disposition légale qui, à première vue, paraît en faire une complète abstraction.» — I detta uttalande är det särskilt två saker, som vi böra lägga märke till, nämligen dels att skuld-idén vore ofrånkomligt förenad med commettant-ansvaret och dels att l'idée de risque såsom grund för ansvaret — hur mycket än detta innebure skuld-idéns frånkoppling — likväl skulle betyda, att ansvaret vore baserat på rättvisa.

[2] Josserand II, n. 513.

[3] A. st. n. 422.

[4] A. st. n. 412 och n. 556.

[5] Se Josserand I (alltså icke II), n. 1 ff. Han säger exempelvis i n. 15 angående begreppet »droit civil»: »c'est la branche du droit qui fixe les rapports privés entre Français». Att det här icke är fråga om någon tillfällig olycklig formulering utan om ett koncentrerat uttryck för rättsideologi med dess tro på i en materiell rätt grundade rättsförhållanden är tydligt av Josserands hela »théorie générale du droit et des droits», framställd såsom en »Introduction» på över hundratalet sidor. »Le droit», heter det, »c'est *la conscience et la volonté collectives se substituant aux consciences et aux volontés individuelles pour déterminer les prérogatives, les droits subjectifs de chacun*; définition assez voisine de celle que donnait Kant pour qui le droit était l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord»; Josserand I, n. 2. Angående rätten och moralen säger han, a. st. n. 3: »elles émanent, l'une et l'autre, de la conscience humaine». Emellertid påverka de ständigt varandra. Bl. a. skola rättsreglerna vara, »pour la plupart, empruntées à la morale dans la mesure où elle rêvet un caractère obligatoire». Dessa citat torde vara tillräckliga.

pendamment de toute faute et parce que ces actes sont un prolongement de sa propre activité: il en est, quoi qu'il advienne, l'éditeur responsable.»[6]

Josserand är ju fullt medveten om, att art. 1384 i C. civ. uttryckligen meddelar en regel om principalens ansvarighet. Det är detta stadgande, han har att tolka. Naturligtvis har han grund för sitt påstående, att lagstiftarens skuldpresumtion är en fiktion. Men är det icke lika mycket en Josserands fiktion, att denna principalens legala ansvarighet vore grundad på den risk, som han skapat genom att anlita »préposés»? Det finns ju icke någon som helst grund för antagandet, att lagstiftaren låtit leda sig av någon riskteori, ja man kan bestämt påstå, att det icke förhåller sig så, och följaktligen att det icke är sant, att ansvarigheten i fråga har sin grund i den risk, som principalen skall ha skapat.

Om nu emellertid lagstiftaren skulle ha byggt på den av Josserand angivna grunden, så vore denna sannerligen lika fiktiv som skuldpresumtionen. Hela citatet från Josserand är ju en enda harang av ordflöden, av påståenden icke blott ogrundade utan direkt stridande mot verkligheten. Även om en person stundom kunde sägas skapa en risk för tredjeman genom att taga en tjänare eller anlita ett biträde, så kan ju påståendet omöjligen vara allmängiltigt och torde till stor del uppvägas av påståendet, att man genom att anlita biträden stundom avvärjer risker för tredjeman. Och varför skulle nu — i sådana fall, då en dylik risk kunde sägas vara skapad av principalen — detta medföra hans ansvarighet? Svaret har Josserand icke givit, men det kan likväl icke vara tvivelaktigt, att hans mening är följande: då skulden såsom rättfärdighetsgrund till ansvaret är eliminerad, så måste något annat kunna åberopas »pour justifier la responsabilité du commettant».[7] Detta andra skall då vara den av principalen själv skapade risken, som sålunda skall utgöra en *rättvis* grund just för *hans* ansvarighet. (Jfr citatet från Colin et Capitant i noten här ovan å s. 46 f.) I det följande får jag flera tillfällen att återkomma till denna uppstyltade lära om »le risque créé» såsom grund för ansvaret. Jag vill här ytterligare endast fästa uppmärksamheten på att även föräldraansvaret och läraransvaret enligt Josserand äro att se under riskteoriens synvinkel. De *risker* för tredjeman, som föräldraskapet, resp. undervisningen, skapade, skulle sålunda utgöra grunden för föräldrarnas och lärarnas ifrågavarande ansvarighet! Ett sådant konstruktionsraseri måste ha en drivfjäder, som det är något galet med. Denna drivfjäder utgöres just av rättvisechimären.

---

[6] Josserand II, n. 513.

[7] Josserands egna ord, såsom vi sågo ovan s. 46.

Demogues teori.

Demogue, en annan av riskteoriens mest kända anhängare söker närmare utveckla dess tillämplighet på principalens ansvarighet. »Toute personne», säger han,

»dirigeant un organisme social qui augmente sa puissance, qui l'enrichit, dont elle a le profit, doit répondre des actes délictueux de ses subordonnés qui en sont comme le risque professionnel.»[8]

Det är ju tydligt, att själva stadgandets, angående ansvaret för »commettants», *ordalydelse* giver fria händer att helt bortse från all skuldpresumtion, eftersom »commettants» icke omnämnts bland dem till motbevisning befogade. Härtill komma nu enligt Demogue ytterligare en del omständigheter. Den efter Pothier av B. de Greuille accepterade dubbla grunden för ansvaret »un mauvais choix et un défaut de surveillance» (jfr ovan s. 35 n. 4) vore icke hållbar. Ty dess hållbarhet skulle innebära, *att* principalen finge föra bevisning, om att han gjort sitt bästa för att inhämta upplysningar, innan han anställde personen, *att* han bedragits genom de underrättelser han erhållit om dennes föregående ditintills utmärkta uppförande samt *att* han utövat den bästa eller i allt fall en normal tillsyn. För stadgandets tillämpning vore det av föga vikt, hur den anställde valts, däremot nödvändigt, att han vore »un subordonné et non un simple contractant comme un locataire».[9] Om också B. de Greuille gjort en svag fondering av ansvaret genom »cette double base», så hade han dock å andra sidan, säger Demogue, framhållit, att det var »le service dont le maître profite», som hade frambragt den skada, som man nu dömer husbonden att ersätta. »C'est l'idée de risque implicitement consacrée.»[1] Längre fram tager Demogue ånyo avstånd från ansvarets grundande på »un mauvais choix», tilläggande: »Selon nous, le commettant tirant le principal profit du travail du préposé, étant le bénéficiaire de l'organisation qu'il a établi doit en subir les risques.»[2] Man kan invända, säger Demogue, att den anställde i det företag, som konstituerar organismen, har en förmån: lön. Men härpå svarar han, att principalen har en förmån som är mindre begränsad: »Il a le profit qui peut être très élevé. L'ouvrier a un salaire certain, mais limité.»[3]

[8] Demogue V, n. 882.
[9] Demogue V, n. 882.
[1] Demogue V, n. 881.
[2] Demogue V, n. 941.
[3] Demogue V, n. 882. Man behöver icke vara i tvivelsmål angående Demogues syfte med denna invändning och dess vederläggning. Han har velat förebygga, att den

Såsom grund för stadgandet i art. 1384 om ansvaret för »les maîtres et commettants» torde synpunkter som de nu relaterade få betraktas såsom ganska fantastiska. Men det har ju här icke så stort intresse för oss, hur man anser sig kunna tolka den franska lagen. Vad som framför allt intresserar oss är, huruvida de anlagda synpunkterna överhuvud rättsvetenskapligt sett äro förnuftiga eller icke. Svaret bör icke vara svårt att finna. Vi ha här en tillämpning in amplissima forma av den närsynta metod, efter vilken man söker uppställa rättsregler med hjälp av en avvägning mot varandra av partsintressena, glömsk av att detta är raka motsatsen till den metod, som möjliggör ett beaktande av de sociala intressena. Visserligen förutsättes företagaren skapa en »organisme social», och denna organismens idé säges böra »pénétrer le droit civil à notre époque de réaction contre l'individualisme».[4] Individualism kan här logiskt icke stå i motsättning till något som vore samhälleligt betonat, ty de angivna synpunkterna äro just de, som rättsvetenskapen städse anlägger för att tillgodose den »materiella rättens» krav på rättvisa.[5] Dylika synpunkter bli naturligtvis icke därför mera socialt betonade, att ena parten är t. ex. ett stort industriföretag i stället för en enskild person. F. ö. skola ju synpunkterna icke begränsas till situationer, i vilka bolag eller eljest större företagare äro »commettants» utan ha giltighet, om en person blott håller sig med en enda tjänare. Om nu denne tjänare vid tjänstens utövande tillfogar tredjeman skada, så skall dennes ersättningsanspråk mot husbonden vara motiverat därmed, att husbonden leder en social organism, uppkommen därigenom att han håller sig med tjänare, vilken organism å ena sidan tillför honom profit och å andra sidan innefattar risk för tredjeman att lida skada![6] Men varför skulle detta motivera husbondens ansvarighet? Den frågan har Demogue aldrig direkt upptagit, tydligen därför att svaret vore givet: det är icke mer än *rättvist*,

anställdes lön skulle leda till antagandet, att den skadades anspråk mot principalen icke vore rättvisligen grundat. Det kan vid första påseendet förefalla, som om Demogues resonemang avsåge att motivera det rättvisa i principalens ansvarighet av hänsyn till den *anställde*. Men så kan det icke förhålla sig. Det är ju alls icke fråga om, att den anställde själv skulle vara fri från ansvar. Den skadade kan vända sig direkt mot honom, och principalen har sin regressrätt mot honom, allt efter allmänna regler. Så naturligtvis även enligt Demogue själv, V n. 950 och 953. Följaktligen måste meningen vara, att det av hänsyn till den *skadelidande* vore rättvist, att denne erhölle anspråk också emot principalen, alldenstund den anställdes begränsade lön vore något helt annat än den mindre begränsade, kanske mycket höga profit, som skördades av principalen såsom ledare av det företag, varigenom skadan inträffat.

[4] Demogue V, n. 882.

[5] Se ovan s. 20 f. med noten samt nedan s. 115 ff. och 135 ff.

[6] Jfr Josserands antydan, II n. 557, om grunden till principalens ansvarighet: »le maître supporte le risque domestique comme l'industriel assume le risque professionnel».

att husbonden får betala skada som uppkommit genom en risk som han skapat i sitt eget profitintresse.[7]

Alltsammans är ju bara meningslösa ord och påståenden. En sund rättskänsla skulle säkerligen i många fall finna det högst orättvist, att husbonden finge betala den uppkomna skadan. Han kan ha varit efter vanligt omdöme hart när nödgad att ha en tjänare, ehuru han har det ekonomiskt mycket illa ställt och förlorar i stället för att profitera genom tjänaren. Skadeståndet kan tynga honom vida mera, än tredjeman skulle besväras av att få lida skadan utan dennas ersättande. Det motsvarande kan naturligtvis komma att gälla, även om fråga är om en företagare med flera anställda. Vi stå inför vad som alltid måste bli följden när man söker gripa den »materiella rättens» innehåll och taga sin tillflykt till billighetssynpunkter: de giva utslag i ena fallet till förmån för svaranden, i andra fallet till förmån för käranden, d. v. s. de resa sig upp emot varje försök att etablera en i samtliga fallen användbar regel.[8]

Den rent skolastiska metoden hos Demogue belyses f. ö. ganska bra av ett hans uttalande i ett något senare sammanhang, där han ånyo framhåller subordinationsförhållandets betydelse gentemot idéen om »le mauvais choix»:

»Au contraire, l'idée du subordination a plus de valeur. Il n'y a pas d'organisme sans une discipline, une subordination ou du moins un engrenement des activités comme cela se rencontre dans une association.»[9]

Vi skola sedermera finna, att både valmöjligheten och subordinationsförhållandet äro omständigheter, som av reella, d. v. s. samhällsekonomiska grunder kunna motivera en regel om principalens ifrågavarande strikta ansvarighet.[1] Men icke ens i fråga om subordinationsförhållandets betydelse föreligger något som helst behov att först uppställa begreppet »organisme» för att sedan med hjälp därav deducera sig fram till subordinationsförhållandets betydelse för ansvaret. En dylik metod innefattar intet annat än realiteterna bortvrängande skolastik.

Planiols teori.

Planiol, som icke är anhängare av riskteorien i allmänhet — d. v. s. såsom vid ansvaret »du fait des choses» ersättande skuldgrunden —

[7] Jfr ovan, hur enligt Josserand domstolarnas idéer om »surveillance, direction» etc. hävdades »pour justifier la responsabilité du commettant». Se även uttalandet av Colin et Capitant här ovan s. 46 n. 1.

[8] Närmare härom i kritiken av rättvisemetoden nedan s. 115 ff.

[9] Demogue V, n. 886.

[1] I nästa band. Se emellertid redan nu nedan s. 464 ff.

synes likväl beträffande principalens ansvar resonera ungefär på samma sätt som Demogue. I sina »Etudes sur la responsabilité civile»[2] uttalar han, att *l'idée d'entreprise* vore det enda, som här kunde »fournir à la jurisprudence moderne une base suffisante». Han fortsätter:

»En vue d'un gain à réaliser, une personne se charge de travaux qui dépassent ses forces personnelles. Si elle travaillait seule, elle serait naturellement responsable des accidents qu'elle causerait elle-meme par sa maladresse. Elle emploie un nombre plus ou moins grand d'ouvriers ou d'auxiliaires. Comme tout le profit est pour elle, il paraît *juste également* que le risque total soit aussi pour elle ... La responsabilité ainsi comprise ne repose plus sur la présomption d'une faute personnelle de l'entrepreneur patron, et, par conséquent, cela explique pourquoi elle ne disparaît pas devant la preuve de l'absence de faute: aucune excuse n'est possible pour celui qui supporte un risque, car, s'il est responsable, ce n'est pas pour avoir été fautif ... Il existe donc un principe certain de décision: *quiconque entreprend un travail pour en tirer un profit pécuniaire accepte nécessairement, comme une contrepartie inévitable, le risque des dommages injustes que ce travail peut causer à autrui.* Ce principe est d'une évidence éclatante si la personne travaille seule; il reçoit une extension, dont *l'équité se démontre par le raisonnement,* si la personne qui spécule sur l'exécution du travail en emploie d'autres sous ses ordres pour l'exécuter ... Ce principe, qu'on pourrait appeler la loi de connexité entre le profit et le risque, possède une valeur à la fois économique et *morale.* C'est lui, en réalité, qui est la loi primordiale; c'est lui qui est la base unique de la véritable responsabilité du fait d'autrui; j'estime, jusqu'à ce que le preuve contraire en soit fournie, que l'on ne pourrait pas donner une autre raison satisfaisante pour faire endosser à une personne la responsabilité des actes d'une autre.»

Det är jag, som här till underlättande för läsaren av syftet med återgivandet av detta citat kursiverat vissa ord och rader, som genast låta rättvisechimärens grepp om förf. springa i ögonen. Rättvisechimären florerar i detta uttalande mera öppet än hos Demogue. Citatet torde också kunna betraktas som en utfyllnad av vissa luckor i dennes framställning. Om »patronen» arbetade ensam, skulle han vara ansvarig för de skador, han förorsakade genom sin fumlighet. Anställer han nu folk, då, säger Planiol, synes det lika rättvist, eftersom han har hela profiten, att han också får bära hela risken, d. v. s. nu får svara för de anställdas fumligheter! Kan dylikt anses som argumentation, ens om den närsynta rättvisemetoden eljest vore vetenskapligt acceptabel? Därav att en person, när han arbetar ensam, svarar, men, väl att märka, blott för sin egen fumlighet, d. v. s. sin egen skuld, kan man väl icke

[2] I Revue critique de legislation et de jurisprudence 1909. Denna årgång av tidskriften har jag icke haft tillgänglig och tillåter mig därför citera Planiols ifrågavarande uttalanden från Mazeaud I, s. 787 f.

draga den slutsatsen, att han, när han har biträden, bör svara, utan egen skuld, för biträdenas! Talet om profiten kan icke hjälpa upp saken, ty det var i förra fallet icke hans profit utan hans skuld, varpå ansvaret grundades! Det blir därför ren sofistik, när Planiol, utnyttjande antydda slutledningskonst, proklamerar, att den av honom angivna riskprincipen »est d'une évidence éclatante si la personne travaille seule». Vad nu denna princip angår skulle man vilja veta, vad Planiol stöder det påståendet på, att varje ekonomisk företagare, med eller utan biträden, med nödvändighet, såsom en oundviklig »contre-partie», accepterar risken för de »orättvisa skador» som genom arbetet förorsakas tredjeman. Med dessa skador måste Planiol avse kulpost vållade, ty eljest skulle proklamationen om »une evidence éclatante» i fråga om den ensamme företagaren vara direkt falsk. Dennes ansvar för sådan skada är ju blott en tillämpning av culpa-regeln, såsom ju för övrigt framgår av Planiols egen föregående framställning, enligt vilken skada förorsakad »par sa maladresse» ledde till personens ansvarighet. Men för tillämpning av det vanliga culpa-ansvaret kan den där riskaccepten icke ha någon betydelse, följaktligen icke heller någon mening. Nu är det ju uppenbart, att denna »oundvikliga accept» överhuvud icke kan vara annat än en i fantasien uppgjord konstruktion. Men icke ens en utpräglad rättsideolog gör en sådan, om han icke behöver den. För ansvaret efter culpa-regeln är den obehövlig. Planiol har sålunda behov av den blott för att rättfärdiga entreprenörens ansvar för sina biträdens culpa. Man kan därför vara fullkomligt övertygad om att, därest nu icke denna regel om principalens ansvarighet faktiskt hade gällt och Planiol icke heller haft något annat skäl att »rättsvetenskapligt» motivera en dylik ansvarighet, så skulle konstruktionen aldrig ha kommit till stånd. Det är alltså fråga om en metod, efter vilken man i själva verket utgår ifrån en viss ståndpunkt och sedan lagar ihop en argumentation för denna ståndpunkt! Denna »rättsvetenskapliga» metod lanseras år 1909[3] och upptages till allvarlig diskussion i ett berömt franskt arbete av 1934! — Emellertid skall nu rättvisan i principalens ansvarighet för skada genom anställdas culpa »se démontrer par le raisonnement». Principen innefattar ju bl. a., att företagaren »nécessairement, comme une contre-partie inévitable» accepterar att stå risken för skadorna. Hur skall man nu kunna »resonera sig» till, att det är rättvist, att med hänsyn till antagandet av förhandenvaron av en sådan accept låta företagaren

[3] Enligt Mazeaud förekomma uttalanden »dans le même sens» i 11 uppl. (alltså år 1925) av Planiol et Ripert: Traité élémentaire de droit civil.

svara, när man vet, att antagandet i fråga saknar all faktisk grund och sålunda är falskt?

Emellertid synes Planiol framför de professionella anhängarna av riskteorien möjligen ha förtjänsten att vara något konsekventare än dessa i användningen av rättvisemetoden. Profiten »rättfärdigar» enligt honom principalens övertagande av risken och därmed ansvaret, uppenbarligen blott ur synpunkten av »l'entreprise» i ekonomisk mening. Så måste man nämligen fatta hans uttalanden i »Traité élémentaire». Han säger här, att »commettant»-ansvaret i vissa fall av dess tillämpning är »véritablement inique». Han har härvid framför allt familjetjänaren i sikte. »Un domestique», säger han, »est une personne qui gagne sa vie par son travail, à ses risques et périls.» Varför skulle hans husbonde vara ansvarig för honom mera än han för husbonden? Det är sannerligen orättvist, fortsätter han, att på detta sätt göra en person ansvarig för andras handling utan bevisad skuld å den ansvariges sida, låt vara att »nos tribunaux le fassent tous les jours sans scrupules».[4] Man kan möjligen säga, att detta innefattar en viss logik utifrån Planiols allmänna metod och åskådning. Denna är och förblir dock det rena konstruerandet, ett konstruerande utan mening och betydelse, när man tager hithörande realiteter i betraktande, något som vi längre fram skola helt och fullt förstå. (Se hänvisningen nedan å s. 56 n. 2.)

Mazeauds teori.

Ehuru Mazeaud icke synes ha alltifrån grunden genomskådat lösligheten i dessa »riskteorier», såsom applicerade på föreliggande fråga, framför han dock däremot tre invändningar, av vilka i synnerhet den första är dräpande:

»D'abord, si la responsabilité était une responsabilité basée sur le risque créé par le commettant en faisant exercer une activité par un préposé, sur le profit qu'il retire de cette activité, on ne comprendrait pas pourquoi la victime, afin d'obtenir réparation, devrait prouver la faute du préposé. Ce sont les actes normaux du préposé, non ses actes fautifs, qui profitent au commettant. Pourquoi donc serait-il responsable des seconds et non des premiers?

La théorie du risque conduit à décider que le commettant est celui qui a une personne sous sa dépendance économique. Tel n'est pas le critère adopté par la jurisprudence (= judikaturen), qui se fonde sur le droit de donner des ordres.

Enfin, lorsqu'une personne loue à une autre les services de son préposé, elles

[4] Planiol II, n. 911. Resonemanget gillas av Mazeaud I, n. 933, som säger, att också om profitsynpunkten kunde anläggas, när biträdena ha att utföra »un travail qui lui (principalen) a été commandé», så vore detta svårare att göra, när de anställts »pour son service personnel».

profitent toutes les deux de ce préposé; elles devraient donc être l'une et l'autre responsables; or, on a toujours admis qu'une seule était tenue. M. Demogue est lui-meme obligé de convenir que, dans ce cas 'du coté économique, on ne voit pas de solution nette'.»[5]

Mazeaud slutar sina invändningar med uttalandet att, om principalen icke svarar på grund av sin skuld, så är han lika litet ansvarig, enär han skapat en risk eller enär han profiterar av sitt biträde. Vad Mazeauds egen ståndpunkt angår, bottnar denna visserligen i genuin skolastik. Måste man, säger han, avvisa både principalens skuld och risken såsom grunder för ansvaret, så återstår dock en tredje förklaring såsom möjlig att bygga detta på: den *anställdes* skuld. Detta erhölle stöd i lagens egen anordning. Principalens ansvarighet skilde sig nämligen ifrån de övriga ansvarigas efter art. 1384 (föräldrarna, lärarna och hantverkarna) i två avseenden. Å ena sidan vore den skadade nödgad att bevisa den *anställdes* skuld[6]; å andra sidan vore det efter dylikt bevis omöjligt för principalen att undgå ansvarigheten, ens om han själv kunde fritagas från all skuld. Om principalen (till skillnad från övriga i art. 1384) kunde man därför i egentlig mening säga, att han vore »responsable pour autrui».[7] Häri ligger — det förstås tydligare av Mazeauds närmare utveckling av ämnet — att Mazeaud direkt bygger ansvaret på skuldideologien. Han menar, att för tredjeman inträder en »confusion» mellan principalen och den anställde, som gör att den förre gentemot tredjeman substitueras i den senares ställe och sålunda (såsom substitut) får svara för dennes skuld. Denna substitutionsidé betraktar han som tillhörande själva grunden för principalens ansvarighet.[8] Sin syn på saken åskådliggör han mycket tydligt:

»Celui qui recourt aux services d'un préposé ne fait que prolonger son activité propre; le préposé n'est qu'un instrument entre ses mains, de telle sorte que, quand le préposé agit, tout se passe exactement comme si le commettant agissait lui-meme. A l'égard des tiers, il y a véritable confusion entre le commettant et le préposé, de telle sorte que, pour les tiers, l'acte du préposé est acte du commettant. Le préposé n'est pas autre chose que le bras du commettant; il serait aussi absurde de la part du commettant de refuser de répondre des actes de son préposé que de refuser de répondre de l'un de ses actes en prétendant que cet acte est l'oeuvre de sa main, non de lui-meme.»

[5] Mazeaud I, n. 933.

[6] Art. 1384 tolkas som förut nämnts så, att föräldrars etc. ansvarighet icke förutsätter barnets, elevens eller lärlingens skuld, under det att principalens ansvarighet förutsätter den anställdes skuld, varom nedan s. 72 f.

[7] Mazeaud I, n. 934.

[8] Mazeaud I, n. 935 ff. Denna tanke — *qui facit per alium facit per se* — är mycket gammal men alltjämt på visst sätt aktuell i den engelska läran om »master's liability for the acts of his servant», varom utförligt senare.

Att vidare uppehålla mig vid denna Mazeauds visserligen hederliga men lika fullt orimliga skolastik kan icke ha något ändamål. Jag tillåter mig endast bedja läsaren stanna ett ögonblick inför densamma såsom ett praktexempel på, varthän intellektuellt renhåriga vetenskapsmän kunna drivas, när de icke frigjort sig från rättsideologiens tankebanor. »Den anställde är ingenting annat än principalens arm!»[9] Så försökte romarna med sin skolastik förklara vissa rättseffekter för en »dominus» av slavens handlingar.[1] Men »le préposé» intager ju icke, rättsligt, slavens ställning. Kan man frigöra sig från den verkligheten förvridande rättsideologien och den därpå vilande rättvisechimären, så försvinner allt behov av konstruktioner, både av denna art och av de typer vi finna under risk- och liknande teoriers täckmantel. Så mycket skall åtminstone framgå av de synpunkter, som jag sedermera i andra sammanhang framlägger på denna fråga.[2]

Lagstiftarens självbedrägeri.

Vad nu själva det lagstadgande angår, som föranlett de diskussioner som här senast berörts — art. 1384 angående ansvaret för »les maîtres et les commettants» — så måste visserligen sägas, att det efter orden innefattar en regel om strikt ansvar. Men också om man bortser från den kritik, som väl skulle kunna göras på grund av det alltför vidsträckta område (ingen skillnad mellan den anställdes culpa och dolus, varom nedan s. 489 n. 2), som dessa lagens ord omfatta, kvarstår alltid det med hänsyn till tiden för stadgandets tillkomst helt naturliga för att icke säga nödvändiga förhållandet, att den franske lagstiftaren omedelbart letts av rättsideologiska, följaktligen chimäriska och icke verklighetstrogna synpunkter. Det kan utan tvivel anses utrett, att stadgandet i lagstiftarens föreställning framför allt vilat på en, visserligen icke motbevisbar, presumtion om principalens skuld. Men även i den mån idéen om profitens betydelse för ansvaret här också spelat in efter maximen *ubi emolumentum ibi onus*, är det ju likväl icke fråga om annat än bundenhet vid

[9] Man skall dock icke tro, att riskteoretikerna se saken mindre grovt. Josserand motiverar principalens frihet från ansvar, när den anställde handlat »en dehors des fonctions», därmed, att denne nu icke längre vore »l'instrument du commettant», II n. 512. Jfr också hans uttalande ovan s. 47 f.

[1] Se Hägerström, Obligationsbegriff I, s. 108.

[2] Se nedan min framställning om »Rättvisemetodens orimlighet», s. 115 ff., och »Om metod för en från rättsideologien frigjord konstruktiv rättsvetenskap», s. 549 ff., ävensom »Rättspolitiska synpunkter på frågan om principalens ansvarighet för anställdas culpa», s. 464 ff.

den gamla rättsideologien med dess »materiella rätt» och därpå grundade ideella rättsförhållanden, vilkas kränkande i rättvisans namn föranledde ett likaledes ideellt krav på gottgörelse. Skuldpresumtionen såsom dominant i bakgrunden blottar emellertid en särskild konsekvens av de rättsideologiska föreställningarna, nämligen bristen på förståelse för lagars karaktär och betydelse i samhället. Denna »présomption légale de faute» förutsätter, att lagstiftaren — naturligtvis på grund av den »materiella rättens» makt över honom — skulle vara förhindrad att ärligt se saken sådan, som den är i verkligheten, och därefter meddela det stadgande, som han finner lämpligt. Han vill här ha fram ett stadgande om strikt ansvar, d. v. s. ett ansvar oberoende av all bevisning om den ansvariges skuld. Han meddelar också detta stadgande. Men för att våga sig på denna lagstiftningsakt måste han först presumera skuld vara förhanden, fastän han vet, att den icke alltid vore förhanden. Han vet detta så mycket mera, som han just formulerar stadgandet så, att även fallen av icke-skuld omfattas av detsamma. D. v. s. lagstiftaren skulle för att kunna stifta den lag, han önskade, först vara nödgad falskeligen antaga något och därigenom förläna stadgandet en lögnaktig *ratio legis!* Något annat skäl till ett så egendomligt förfaringssätt kan icke utletas, än att lagstiftaren därigenom ville söka behålla skenet av att foga sig i den »materiella rättens» bud: utan skuld intet ansvar.

Summarisk översikt av innehållet enligt nutida tolkning i den franska rätten om »la responsabilité du fait d'autrui».

Hur missriktat Frankrikes rättsvetenskap i föreliggande fråga än varit inställd, har denna dock kanske varit mera uppmärksammad här, både i judikaturen och litteraturen, än i flertalet andra länder. Och då det samhälleliga livets intressen indirekt alltid öva sitt tryck, trots alla dessa intressen beslöjande rättsideologiska föreställningar, så torde det vara av viss vikt för oss att känna den franska rätten på detta område med hänsyn till vår egen utveckling av skadeståndsrätten. Hur långt den franska rätten sträcker ansvaret, kan ha betydelse till ledning för och möjligen också till varning för oss själva, när vi syssla med hithörande frågor. Den översikt, som nu gives, är närmast avsedd för de juris studerande, till dessas allmänna orientering, men kan kanske även i övrigt vara nyttig såsom en antydan om, att en stor mängd synpunkter framträtt i den franskrättsliga behandlingen av ämnet. Jag är emellertid angelägen om att få framhäva, att det här blott är fråga om en rent

refererande översikt. Det är sålunda varken fråga om en kritisk framställning eller överhuvud om en bearbetning i vetenskaplig mening. Detta oaktat har denna översikt blivit oproportionerligt tidsödande, beroende på att de franska auktorernas behandlingar av det intrikata ämnet icke alltid, åtminstone i mina ögon, varit fullt klara. Säkerligen har jag icke heller kunnat undgå att någon gång missuppfatta dem. Självfallet gör denna översikt icke heller anspråk på att vara på något sätt fullständig. Vad som eftersträvats har varit att få fram vissa väsentliga drag av den franska rätten på detta högintressanta område.

Faders, resp. moders ansvar.

»Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.»

Genom ett efterföljande stycke (»La responsabilité ci-dessus . . . lieu à cette responsabilité», se ovan s. 32 n. 1) kan, såsom vi förut sett, frågan om ansvar förfalla efter viss bevisning å faderns eller moderns sida. *Numera* kan denna bevisning icke sägas vara fullgjord blott därigenom, att skuldpresumtionen varder motbevisad, d. v. s. att föräldrarna (fadern, resp. modern) exkulpera sig. Ursprungligen tolkades stadgandet visserligen så, att de friades, om de lyckades utreda, att den skadebringande handlingen icke berott på någon »faute de surveillance» å deras sida. Numera har detta genom judikaturen förändrats. Om föräldrarna faktiskt ha varit frånvarande, när skadan skedde, och denna frånvaro, med hänsyn till dess kortvarighet eller barnets relativt höga ålder eller förståndsutveckling m. m., på intet sätt skulle kunna karakteriseras såsom ett bristande åt normal aktsamhet, så borde ju den i stadgandet angivna exonereringsgrunden — att de varit urståndsatta att hindra den skadebringande handlingen — vara förhanden. Men så tolkas numera icke lagen. T. o. m. om föräldrarna varit »légitiment obligés de s'absenter et de laisser seuls leurs enfants», uteslutes därmed icke, att de kunna dömas ansvariga för skadan efter 1384 art.[3] Vad som tillkommit, i jämförelse med den äldre

[3] Se Bichot, s. 26. Förf. hänvisar till en dom av Cass.-Req. 31 okt. 1921. I denna sägs, att föräldrarna, som icke voro i barnets närvaro vid skadegörelsen, »ne sauraient être, vu leur profession de travailleurs agricoles et l'usage de la campagne, toujours astreints à compagner, ni à faire accompagner leurs enfants à l'école». När ansvaret icke desto mindre utdömdes, så berodde detta enligt domen därpå, att å ena sidan en befrielse från ansvaret endast skulle kunna motiveras därmed, att det varit omöjligt att förebygga skadan, men å andra sidan att »cette impossibilité ne résulte en rien du fait légitime peut-être, mais certainement volontaire d'un éloignement momentané». — Detta fall finns icke refererat hos Sirey; men väl i Dalloz' samling. Se D. 1922.1.12.

tidens uppfattning, torde kunna sägas vara, att föräldrarna till sin befrielse måste bevisa icke blott frånvaro av »faute de surveillance» utan också att ingen försumlighet förelegat i fråga om barnets *uppfostran*.[4] Denna bevisning måste självfallet enligt sakens egen natur vara särdeles maktpåliggande, i all synnerhet som det icke synes vara tillräckligt, att svaranden med allmänna skäl och grunder gör sannolikt, att han i sin uppfostran av barnet handlat som en bonus pater familias. Domstolen synes nämligen stundom betrakta den skadebringande handlingen, med hänsyn till dennas art, såsom bevis om försumlig uppfostran såsom anledning till barnets handling.[5] Dylikt torde ofta bli detsamma som att *fingera* ett sammanhang mellan skadan och den kulposa uppfostran. Det finns nu emellertid också domar, i vilka man anlägger en annan synpunkt, som — även rent formellt — utesluter varje försök från svarandens sida att genom exkulpering befrias från ansvaret. Förutsättningen för nu ifrågavarande synpunkts anläggande är, att skadan utförts, när barnet ägnade sig åt handlingar, som kunde sägas på något sätt vara *auktoriserade* av fadern eller modern. En intressant belysning av sättet att resonera med hjälp av denna synpunkt finner man i motiveringen till en dom av appellationsdomstolen i Rouen.[6] Det framgår av densamma, att föräldrars bortovaro från barnet vid tiden för skadans inträffande icke kunde innefatta, att det varit omöjligt för dem att förhindra skadan och att följaktligen ansvarigheten måste falla bort, såvida icke skadan varit en följd av en av föräldrarna *förbjuden* handling eller i allt fall av en handling *ignoré d'eux*. Eljest vore skadan förorsakad av handlingssätt, som auktoriserats av föräldrarna. Låt vara att handlingssättet i och för sig varit fullt normalt och fritt från klander — såsom cykelåkning eller bilkörning — vore likväl accepterandet av »les risques inhérents à ces exercices» att betrakta som »la conséquence nécessaire de l'autorisation donnée, voire même d'une simple tolérance».[7] En så-

[4] »Le responsabilité des père et mère repose sur un manquement présumé à leurs devoirs d'éducation et de surveillance», Dalloz II, s. 363. — I själva verket hade redan Bertrand de Greuille i sin redogörelse »au Tribunat» framhållit, att föräldraansvaret stode i samband med bl. a. de plikter, som lagen »leur impose pour la perfection de leur éducation»; Locré XIII, s. 41.

[5] »Le juge, en effet, estime parfois, que la mauvaise éducation résulte de l'acte même», Bichot, s. 27. Förf. hänvisar till ett par domar. Appellationsdomstolen i Lyon uttalade, 27 febr. 1909, att svarandens dotter skulle ha förstått faran och aldrig begått skadegörelsen (kastandet av ett hårt föremål), om svaranden hade uppfostrat henne »suffisament». Tribunalet i Brest dömde, den 8 november 1915, en fader ansvarig »à raison de la négligence qu'il a mise à donner une bonne éducation à sa fille et à lui faire connaître les inconvénients, le préjudice et les conséquences qui résultent des écarts diffamatoires».

[6] Den 30 december 1913, Sirey 1914.2.223.

[7] Bichot, s. 27, hänvisar till denna dom såsom stöd för påståendet, att man — med

dan dom måste ju i realiteten betraktas såsom uttryck för faderns strikta ansvarighet under de angivna förutsättningarna, beträffande vilka bevisskyldigheten uppenbarligen vilade å honom, så att han hade att visa, att de icke vore förhanden.

Ansvaret vilar emellertid nu principiellt på *fadern*, så länge makarna leva tillsammans, eljest på den av dem, som haft vårdnaden om det skadebringande barnet, alltså på *modern* icke blott såsom änka utan även efter skilsmässa eller »separation de corps», såvitt domstolen anförtrott vårdnaden av barnet åt henne.[8] Även vid faderns försvinnande eller hans mistning av »la puissance paternelle» övergår vårdnaden och därmed ansvaret i fråga på modern. Lagen anses tillämplig, jämväl om föräldrarna icke äro vigda, förutsatt att föräldraskapet lagligen fastställts, och ansvaret vilar då å den av dem, som utövar föräldramakten.[9] Likaså drabbas adoptivföräldrar av ansvaret efter art. 1384.[1]

Minderårigheten upphör vid fyllda 21 år, C. civ. art. 388. Emellertid kan ett barn »emanciperas» efter fyllda 15 år, C. civ. art. 477. Den kanske vanligaste åsikten, stödd av en dom, går nu ut på att den uttryckliga emancipationen icke befriar från ansvaret utan endast den emancipation, som automatiskt inträder genom giftermål (art. 476).[2]

Lagens tillämpning å förmyndare, som ha andras barn i sin vård synes vara avvisad av domstolarna. Samma ståndpunkt synes också vara intagen i litteraturen.[3]

Vad angår förutsättningen för detta ansvar, att *barnet bor hos föräldrarna*, kan resultatet av domsutslagen kort karakteriseras sålunda. Attributet »habitant avec eux» måste ha varit användbart samma dag, som skadegörelsen skedde.[4] — Hade barnet tjänst som tjänare eller var intaget som pensionär i en skola förfaller naturligtvis föräldraansvaret. Men stadgandet blir tillämpligt, om bortovaron från hemmet är följden

---

hänsyn till lösligheten i kausalsammanhanget mellan skadan och den bristfälliga uppfostran — icke borde förvåna sig över att »certaines décisions, pour se justifier, aient, de préférence, fait appel à la théorie du risque».

[8] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 369 f.; Josserand II, n. 495; Bonnecarrère II, n. 1299; Colin et Capitant II, s. 390.

[9] Fuzier-Herman a. st. n. 371; jfr Josserand II, n. 495; Dalloz II, s. 363.

[1] Fuzier-Herman a. st. n. 373.

[2] Fuzier-Herman a. st. n. 379. Bland dem, som uttalat sig emot denna åsikt är Josserand II, n. 495.

[3] Fuzier-Herman a. st. n. 375. Colin et Capitant II, s. 390, erinrar om att förmyndaren har »la garde et la surveillance du pupille» och att han därför borde vara likställd med »les père et mère». Så bedömdes också frågan av de äldre auktorerna, varvid Pothier nämnes. (Se Pothier, n. 121.) »Mais l'article 1384 ne parle pas du tuteur, et il n'est pas permis d'en étendre le texte, bien que pourtant rien ne justifie son silence.»

[4] Se prejudikatet nedan s. 66 n. 3.

av en »défaut de surveillance»: fadern låter t. ex. sin minderårige son hyra särskilt rum.[5]

En fråga, som man här stundom ser ingående diskuterad är, huruvida ansvaret förutsätter skadans tillfogande genom barnets skuld. Nu är det ju tydligt, att det praktiska syftet med stadgandet skulle väsentligen förfelas, om ansvaret begränsades till fall av barnets »skuld». Mången anser ju att barnet under en viss ålder icke kan ha rättslig skuld. Andra att den ifrågakommer först på ett visst utvecklingsstadium. Men det är tydligt, att föräldraansvaret i fråga bl. a. tillkommit just med hänsyn till skadegörelser av barn under skuld-åldern, alldenstund »c'est précisément à ce moment que le devoir de surveillance incombe particulièrement aux parents». Man tvekar icke heller vare sig i praxis eller litteraturen att låta föräldrar svara även för barn, som icke nått »l'âge de raison» (liksom även för dementa barn).[6]

I själva verket synes man i allmänhet överhuvud icke uppställa denna förutsättning för ansvaret, att barnet ådragit sig skuld, alltså icke heller när fråga är om tillräckligt vuxna och psykiskt friska barn.[7] Därigenom uppstår emellertid ett behov att på något annat sätt begränsa området för föräldraansvaret. Både rättspraxis och doktrin inse väl, säger Mazeaud, att det är omöjligt att tillämpa regeln om föräldrarnas ansvar »chaque fois qu'un prejudice est causé par l'enfant». Demogue fordrar i sådant begränsningsavseende, att barnets handling skall ha varit »objectivement illicite»[8], d. v. s. objektivt rättsstridig. Mazeaud finner denna bestämning innehållslös, och menar för egen del att, i det man kräver föräldrarnas skuld, »on exige par là-même indirectement celle de l'enfant». Detta kan väl icke vara riktigt: lagen kräver ingalunda föräldrarnas skuld för deras ansvarighet. Ett sådant krav innefattas naturligtvis icke realiter i den s. k. skuldpresumtionen, låt vara att denna är *tantum iuris*. Emellertid kommer Mazeaud nu till resultatet, att ehuru kravet på barnets skuld föreligger, så är denna (la faute de l'enfant) likväl icke »une condition autonome de la responsabilité des parents; elle resulte seulement de la nécessité pour les parents d'être en faute».[9] Härav skall emellertid följa, att presumtionen om föräldrarnas skuld

[5] Fuzier-Herman a. st. n. 381—384 och 386. Se även Dalloz II, s. 363, där det påpekas med stöd av en dom, att föräldrarna, trots barnets frånvaro från hemmet, bli ansvariga, om skadegörelsen anses ha »son origine dans la mauvaise éducation donnée par ses parents». Liknande Colin et Capitant II, s. 389.

[6] Mazeaud I, n. 763. Se även t. ex. Colin et Capitant II, s. 388 f.

[7] Fuzier-Herman a. st. n. 397.

[8] Demogue V, n. 820.

[9] Mazeaud I, n. 764.

innefattar presumtionen om barnets skuld. Följaktligen slipper den skadade att bevisa denna, som det i stället är föräldrarnas sak att motbevisa. Lyckas de härmed, så ha de även motbevisat presumtionen om sin egen skuld.[1] Kuriöst eller hur?

Lärares och hantverkares ansvar.

»Les instituteurs et les artisans (sc. sont responsables), du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.»

Genom efterföljande stycket (»La responsabilité ci-dessus ... lieu à cette responsabilité», se ovan s. 32 n. 1) förfaller även frågan om detta ansvar, därest skuldpresumtionen motbevisas. I stycket, som intill år 1937 talade (utom om »les père et mère») om »instituteurs et artisans», har numera »instituteurs» uteslutits, varom strax.

Ehuru det citerade ansvarsmomentet oförändrat kvarstår i art. 1384, äro ansvarsreglerna fullkomligt skilda åt, alltefter som det är fråga om »instituteurs» eller »artisans». Vad som ursprungligen givit själva karaktären åt både förevarande moment och det nyss berörda om »le père et la mère» var ju det stycke, som lät »la responsabilité ci-dessus» inträda, »med mindre de visa, att de varit ur stånd att förebygga den handling, som föranleder denna ansvarighet». Numera, sedan 1937, har som nämnts »instituteurs» strukits ur detta stycke, som sålunda begränsas till föräldrar och hantverkare. Detta betyder emellertid icke, att lärarna ställts i samma stränga klass som »les commettants» utan tvärtom, att de helt befriats från denna »la responsabilité du fait d'autrui», från ansvar på grund av skuld-presumtion och sålunda från annat ansvar än skuld-ansvaret efter »le droit commun» (d. v. s. art. 1382 och 1383). Utom det att »instituteurs» strukits ur stycket i fråga har nämligen följande tillägg gjorts:

»En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable devront être prouvées conformément au droit commun par le demandeur à l'instance.»

Det är emellertid icke nog med denna fördel för lärarna. En del av dem ha blivit favoriserade på ett särskilt sätt. För att förstå denna sak äro några anmärkningar nödvändiga. Först bör sålunda observeras, att termen »instituteur» här icke omfattar dem, som tillhöra det högre undervisningsväsendet (universitet och högskolor), men å andra sidan icke begränsar sig till »les instituteurs primaires» (folkskollärarna). För

[1] Mazeaud I, n. 768.

domstolarna har synpunkten — i enlighet med det ifrågavarande ansvarets raison d'être — varit, huruvida »l'instituteur» haft, utom själva undervisningen, att uppfostra och övervaka barnen eller ungdomarna eller icke. Följaktligen ha utom folkskollärarna hit hänförts föreståndare för internatskolor och fångvårdsanstalter, rektorer för »collèges» och »lycées» m. fl.[2] Universitetsprofessorerna åter ha blott »la fonction de l'instructeur» och falla därför utanför begreppet i stadgandets mening.[3]

Emellertid funno sig »les instituteurs publics», d. v. s. de som tillhörde det offentliga undervisningsväsendet (framför allt folkskollärarna), alltför hårt behandlade genom ansvaret efter art. 1384. De hade, sade man, till skillnad från »les instituteurs privés», ingen bestämmanderätt vare sig i fråga om platsen för undervisningen, eller i fråga om vilka lärjungar de skulle undervisa, eller i fråga om medhjälpare, vilka förordnades utan deras tillfrågan. Man gjorde dem sålunda ansvariga *de plano* för ett sakernas tillstånd, som de själva icke hade gjort något för att framskapa.[4] En våldsam presskampanj synes ha förts i syfte att få till stånd en ändring. Ett par domar fingo slutligen stor betydelse genom sina upprörande konsekvenser. I ett av dessa fall blev den dömde läraren vansinnig. Under trycket av allt detta tillfogades genom en lag den 20 juli 1899[5] följande såsom sista moment till art. 1384:

»Toutefois, la responsabilité civil de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public.»

Tillkomsten av detta moment föranledde ingen ändring i stadgandets dittillsvarande sista stycke: »La responsabilité ci-dessus» etc. Dels berördes ju icke »les instituteurs privés» av reformen, dels skulle enligt denna statens ansvar blott substitueras, vadan ansvaret för »les instituteurs publics» enligt gamla ordningen alltjämt måste kunna konstateras. Detta var f. ö. en av anledningarna till den bristande tillfredsställelsen med reformen: 1899 års lag hindrade nämligen icke, att de statsanställda lärarna alltjämt inblandades och stundom skandaliserades i rättegångar

---

[2] Josserand II, n. 499. De av Josserand åberopade prejudikaten synas i fråga om de sistnämnda skolorna ha avsett blott rektorerna. Men det finns ingen grund antaga att övriga lärare fölle utanför stadgandet. Se t. ex. Demogue V, n. 850. Huruvida även föreståndare för välgörenhetsinrättningar, som gratis taga hand om barn, kunna falla under begreppet »instituteur» i art. 1384, är föremål för delade meningar. Nekande t. ex. Demogue V, n. 851 och Mazeaud I, n. 801; jakande Josserand II, n. 500.

[3] Bonnecarrère II, n. 1300.

[4] Josserand II, n. 501.

[5] Se Mazeaud I, n. 829; Josserand II, n. 501; Bonnecarrère II, n. 1300. På sistnämnda stället heter det, att lagen voterades »au lendemain de la folie suivie de mort d'un instituteur condamné».

om ansvar efter art. 1384. Jag skall icke gå in på övriga skäl, som ledde till att 1899 års lag upphävdes år 1937. Som vi redan sett, undanröjdes då skuldpresumtionen för både statsanställda och privata lärare, som därefter samtliga endast svara efter den allmänna skuld-regeln. Detta skedde genom art. 1 i 1937 års lag. Denna innehåller emellertid också en artikel nr 2, begränsad till »membres de l'enseignement public». Enligt denna artikel substitueras statens ansvar i stället för dessas numera blott till culpa »conformément au droit commun» reducerade ansvar, när skadegörelse har begåtts, »soit *par* les enfants ou jeunes gens qui leur sont confiés à raison de leurs fonctions, soit *à* ces enfants ou jeunes gens dans les mêmes conditions».[6] De ifrågavarande lärarna »ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victim ou ses représentants». Det blir statens sak att i särskild aktion mot den kulpose läraren göra sin regressrätt gällande. Allt detta har detaljerats i den ifrågavarande artikeln i 1937 års lag.[7]

Det är sålunda blott för en »artisan», som enligt nu ifrågavarande moment ett ansvar kvarstår »du fait d'autrui». Det är därvid fråga om skada, som genom någon av hans lärlingar tillfogats tredjeman. Såsom tredjeman måste emellertid därvid räknas icke blott utanförstående utan även annan lärling eller arbetare, anställd hos hantverkaren. Har åter lärlingen skadat sig själv, då träder lagstiftningen om *accidents du travail* i funktion.[8]

Vad som här tilldrager sig huvudintresset är, att hantverkarens ansvar för sina lärlingar kommer i annan klass, än en arbetsgivares för sina arbetare. I senare fallet är det fråga om »la responsabilité d'un commettant du fait de son préposé», ett ansvar vida strängare eftersom exone-

---

[6] Art. 2 i 1937 års lag har återgivits i noten s. 33. Den avser ett rekvisit, som går utanför art. 1384 C. civ. Denna sistnämnda gäller, i fråga om skada å lärjunge, blott sådan som tillfogats av annan lärjunge. Art. 2 i 1937 års lag omfattar därutöver lärares ansvar för skada som åsamkats lärjunge genom denne själv eller genom handling av tredjeman, som icke är under läraren sorterande lärjunge. Även för sådan skada kan läraren vara ansvarig »conformément au droit commun», vilket är anledningen till dess omnämnande i art. 2 av 1937 års lag. Men lärares ifrågavarande ansvarighet faller ju under ansvaret efter art. 1382 och 1383 och icke efter art. 1384 C. civ. I den stora kommentaren till C. civ. av Fuzier-Herman, 1938, har emellertid icke blott art. 1 utan även art. 2 i 1937 års lag införlivats med lagtexten under art. 1384 i C. civ. Detta förefaller oformligt. I Dalloz' edition (Petite Collection Dalloz) av C. civ. har art. 1384 den lydelse, som återgivits å s. 32 n. 1 här ovan. Det är sålunda blott art. 1 i 1937 års lag, som intagits under art. 1384 i C. civ.

[7] Se lydelsen av denna artikel i noten å s. 33 här ovan.

[8] Detta måste också vara Josserands mening, II n. 506, ehuru han uttrycker sig så, att man först frestas tro, att han menade, att ansvaret efter art. 1384 icke inträdde, om lärling skadat annan lärling hos samma hantverkare.

rering är utesluten. Det är sålunda av vikt att avgränsa förhållandet mellan »artisan» och »apprenti» från en vanlig »contrat de travail»* (= »louage de services»). Det förra förhållandet får sin belysning därigenom, att det samordnats med förhållandet mellan lärare och elev. Detta beror icke på någon tillfällighet, alldenstund förarbetena till C. civ. här genomgående talat om lärarna och hantverkarna på samma gång. I själva verket förutsätter också begreppen »artisan» och »apprenti», att den förre icke blott är den senares arbetsgivare, utan att de också stå till varandra i förhållandet av lärare och lärjunge: »l'artisan est un instituteur: il apprend un métier à l'apprenti, qui est son élève».[9] Mazeaud menar t. o. m. att, även om »les artisans» icke varit nämnda i art. 1384, så skulle likväl deras ifrågavarande ansvarighet ha varit lärarens och icke det, som föreskrivits för »les commettants». Att de nu uttryckligen nämnts hade dock sin särskilda betydelse, alldenstund »les artisans», samtidigt som de äro »instituteurs» också äro »commettants». Genom att nu likställa dem med »les instituteurs» hade lagstiftaren markerat sin vilja att på dem tillämpa reglerna för »les instituteurs» och icke dem, som gälla för »les commettants». Därigenom hade man avgjort ett problem, vars lösning eljest skulle kunna ha föranlett tvivelsmål.[1]

Emellertid är det nu så, att lärlingsavtalet (le contrat d'apprentissage) är särskilt reglerat i Code de travail I, art. 1—3, sådana dessa lyda genom en lag den 20 mars 1928. Här gives dels en viss begreppsbestämning av detta avtal, dels föreskrives också viss form för detsamma, ävensom att vissa uppgifter däri skola meddelas. Nu uppstår frågan, om begreppet »apprenti» i art. 1384 vore att bestämma i enlighet härmed, så att artikeln i fråga icke vore tillämplig, därest lärlingsavtalet icke överensstämde med bestämmelserna i Code de travail. Den frågan synes man besvara nekande: begreppet »apprenti» i art. 1384 kunde icke ändra karaktär genom ett stadgande, som föreskrev villkor, som voro helt och hållet främmande för de synpunkter, som inspirerat art. 1384. Så snart man meddelade undervisning och utövade tillsyn över sin elev, vore det rättvist att låta en presumtion om skuld vila på honom; huruvida ett regelrätt lärlingsavtal förelåge eller icke hade därvid föga betydelse.[2]

Hantverkaren svarar för lärlingens skadegörelse, blott om denna utförts under den tid, då lärlingen stod under hans tillsyn. Detta tillstånd

[9] Mazeaud I, n. 855. Liknande hos Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 454, där det tillägges: »Pour être artisan, comme pour être instituteur, il faut joindre à la condition de donner un enseignement celle d'avoir la surveillance de celui à qui on donne cet enseignement.» Se även s. 39 n. 7 här ovan.

[1] Mazeaud I, n. 852.

[2] Mazeaud I, n. 856. Se även Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 455.

fortgår dock oavbrutet, så länge lärlingen faktiskt har sin bostad hos hantverkaren. Men det avbrytes också, om lärlingen blott över t. ex. söndagen bor hemma hos sina föräldrar. Begår han under denna tid en skadegörelse, så svarar icke hantverkaren utan fadern eller modern, såvitt lärlingen ännu är en »mineur».[3] — Hantverkarens ansvar förutsätter icke, att lärlingen ådragit sig skuld, men väl att hans handling varit »objectivement illicite». Här anläggas i övrigt samma synpunkter som på föräldraansvaret.[4]

Husbönders och andra »uppdragsgivares» ansvar.

»Les maîtres et les commettants (sc. sont responsables), du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.»

Som vi förut sett är situationen här en helt annan än vid de förut nämndas ansvar. »Maîtres et commettants» äro icke nämnda i det efterföljande stycket (»La responsabilité ci-dessus etc.») och sålunda uteslutna från möjligheten att befria sig från ansvaret genom utredning om sin egen frihet från skuld (culpa in eligendo etc.).

»Maître» faller under begreppet »commettant»; »domestique» under begreppet »préposé». Följaktligen gäller det att söka angiva, vilka situationer som kunna vara att hänföra under förhållandet mellan en »commettant» och hans »préposé».[5] Då, såsom vi förut sett, ansvaret i fråga efter lagstiftarens intentioner ansetts grunda sig på (åtminstone jämväl) »un mauvais choix», har rättspraxis också för stadgandets tillämpning fordrat, att den ansvarige (själv eller genom annan) hade *valt* den eller de anställda. Men praxis har med tiden lagt särskild vikt vid den förutsättningen, att ett sådant subordinationsförhållande rådde mellan dem, att »le commettant» hade rätten att giva befallningar och in-

---

[3] Härom finns en dom av Cass.-Req. den 9 januari 1934; Sirey 1934.1.104. En 17-årig charkuterilärling hade en söndag deltagit i en cykeltävling och därvid kört emot och skadat kärandens bil. »Le juge de la paix» hade dömt lärlingens fader att ersätta skadan. Såsom skäl angavs i domen att olyckan inträffat en söndag och att den minderårige lärlingen, som eljest hade mat och logi hos sin »patron», den dagen icke stod under dennes tillsyn, enär han gått hem till sin familj, varest han då bodde, »se trouvant durant ce temps sous la garde de son père». Denna ståndpunkt godkändes av la Cour de Cassation.

[4] Mazeaud hävdar sålunda även här sin ovan s. 61 berörda obegripliga ståndpunkt, I n. 852, jfd med n. 811.

[5] »Tout le mond reconnaît que les domestiques ne sont qu'une catégorie de préposés. Il est donc inutile de les étudier séparément», Fuzier-Herman IV, n. 459 bis.

struktioner till sin »préposé» angående dennes verksamhet.[6] Emellertid har kravet på val från den ansvariges sida icke ens före riskteoriens uppsegling varit undantagslöst. Det fall om stationsinspektorens ansvarighet, varom vi ovan s. 46 sett Josserand erinra, daterar sig från 1866, och i Fuzier-Hermans kommentar heter det att »l'idée de choix est de plus en plus abandonnée par la jurisprudence» (= rättspraxis).[7]

Grundläggningen av det i förevarande moment av art. 1384 avsedda förhållandet — »la préposition» — anses icke nödvändigt vara ett avtal utan betecknas såsom en faktisk situation[8], »dérivant du choix par le préposant et de son autorité»[9]. Hur situationen skall kunna betecknas såsom blott faktisk (i motsats till rättslig) är dock svårt att förstå. Josserand synes då uttrycka saken bättre, när han formulerar den så:

»La préposition est une notion fort compréhensive; ce n'est pas un contrat déterminé, mais un rapport juridique *générique*, une *situation juridique* résultant de toute convention par laquelle une personne en *commet* une autre à l'exercice d'une fonction, d'une entreprise, d'une tache quelconque.»[1]

Såsom exempel från judikaturen på hithörande förhållanden anför Josserand därefter: arbetsgivaren och hans arbetare, affärsinnehavaren och hans anställda, husbonden och hans tjänare, husägaren och hans portvakt, mandanten och hans mandatar, fattigvården och den »fosterfar», till vilken ett omhändertaget barn har anförtrotts. Såsom en allmän »in dubio»-regel kan tydligen hävdas, att arbetstagaren i vilken tjänstelega som helst är att betrakta som »préposé».[2] Däremot kan en mandatar icke principiellt betraktas såsom mandantens »préposé»[3], även om han i särskilda situationer kan så betraktas. Självfallet är icke heller arbetstagaren (entreprenören) i vad vi kalla arbetsbeting i princip att

---

[6] Se Demogue V, n. 886 och där meddelade prejudikathänvisningar samt nedan s. 69.

[7] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 469. Dalloz II, s. 363: »La jurisprudence actuelle semble nier cette nécessité» (nämligen att en person skall ha anställts »par le commettant lui-même» för att ha ställning av »préposé»). — Jfr dock Mazeauds uttalande nedan s. 70.

[8] Fuzier-Herman a. st. n. 468.

[9] Demogue V, n. 914. Jfr Mazeaud I, n. 876.

[1] Josserand II, n. 508.

[2] Svårigheterna vid bestämning av »préposé»-begreppet reduceras till ett minimum »pour les personnes ayant, d'après la jurisprudence, la qualité de locateur de services. En cette qualité, elles sont en effet soumises à la direction de leur employeur»; Dalloz II, s. 364.

[3] Enligt den dominerande judikaturen svarar mandanten icke för mandatarens »fautes délictuelles», såvida icke mandataren samtidigt har »la qualité de locateur de services»; Dalloz II, s. 364. Detta bekräftas av en dom av Cass.-Civ. den 16 juni 1936, vari det sägs, att »l'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement, entre les parties, d'un rapport de commettant à préposé». Sirey 1936.1.324.

betrakta som »préposé»; tvärtom. Beträffande s. k. ackordsarbetare synes praxis icke vara fullt bestämd.[4]

Allmänt antaget är, att det är likgiltigt för ansvarsfrågan, huruvida den anlitade uppbär vederlag i ena eller andra formen för sina tjänster och t. o. m. huruvida han utför dem helt gratis eller icke.[5] Det är vidare likgiltigt, huruvida ställningen såsom »préposé» är mer eller mindre permanent, ja t. o. m. huruvida den är rent tillfällig eller icke.[6] Sålunda har i praxis den betraktats såsom en bilägares »préposé», vilken blott i egenskap av den förres vän har fört bilen.[7] Vidare kan en person anses som »préposé», även om han har »une mission tout à fait spéciale et limitée».[8]

Mannen kan, på grund av »l'autorité maritale», icke vara sin hustrus »préposé», men väl hustrun mannens; liksom också föräldrar och barn kunna vara sonens, resp. faderns, »préposés» i förevarande stadgandes mening. Om det till någon tjänst av fadern anlitade barnet är en »mineur» och bor i hemmet, så kunde det synas tvivelaktigt, huruvida fadern nu hade ansvar »du fait de son enfant» eller »du fait de son préposé», d. v. s. huruvida skuldpresumtionen vore motbevisbar eller icke. Något bestämt uttalande därom kan jag icke erinra mig, men vanlig lagtolkning synes böra leda till det senare alternativet.[9] Här tillkommer ju något mera än blott och bart förhållandet mellan far och barn, nämligen det som gör barnet till faderns »préposé».

För tillämpligheten av begreppet »préposé» förutsättes alltid, att personen står »under annans order». Därigenom kommer man stundom till

[4] Se Dalloz II, s. 364. Det rör sig om »les petits ouvriers . . ., par exemple, cassant des cailloux au mètre cub, ou coupant du bois pour un prix fixé au stère». Med hänsyn till sådana »entreprenörers» underordnade ställning socialt och ekonomiskt betraktas de i praxis ofta som »préposés». För övrigt, tillägger Dalloz, utesluter entreprenörställningen egenskapen att vara »préposé», blott »si l'entrepreneur travaille dans l'interêt de son entreprise; s'il rend un service gratuit ou étranger à cette entreprise, il peut avoir la qualité de préposé». Man torde väl allmänt kunna säga, att om blott subordinationsförhållande råder med hänsyn till arbetets utförande, så inträder »préposé»-ställning, hur mycket än arbetsavtalet i övrigt må kunna hänföras till kategorien arbetsbeting.

[5] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 460 och 461.

[6] A. st. n. 463.

[7] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 461. Jfr Dalloz II, s. 364. Annorlunda dock om vännen får föra bilen för sina egna behov och utan ägarens instruktioner, Fuzier-Herman a. st. n. 499.

[8] Demogue V, n. 898: »Ainsi un locataire de terrain répond de la maladresse d'un charretier qu'il invite à amener chez lui la terre qu'il conduisait, si celui-ci accroche la porte. Une personne répond de celui qui . . . pour quelques instants surveillait une chose lui appartenant.»

[9] Möjligen ligger detta i ett såtillvida oklart uttalande av Demogue V, n. 889.

egendomliga distinktioner. En läkare, som är anställd vid en fabrik, är »préposé», såvitt det är fråga om att infinna sig hos den sjuke fabriksarbetaren. Ty detta gör han på fabrikens order. Men diagnosens ställande, ordinationen och operationen ske icke på order. I sådana avseenden befinner sig läkaren på ett område, där han »doit avoir plein indépendance».[1] En arkitekt, som tillkallas av fastighetsägaren för utförande av ett arbete, där han har yrkeskunskaper, står icke under ägarens order och är följaktligen icke hans »préposé». På samma sätt förhåller det sig som vi redan sett i allmänhet med entreprenören. En underentreprenör däremot »placé sous l'autorité d'un entrepreneur principal peut être son préposé». — Försäkringsinspektören och -agenten äro »des préposés» såsom »susceptibles de recevoir des ordres».[2] En vanlig mäklare däremot, som förmedlar affärer och tager betalt för var och en särskilt, är i allmänhet icke en »préposé».[3]

Såsom komplettering till det sagda bör framhållas, att begreppet »la préposition» endast är tillämpligt, i den mån man har rätten att fullständigt dirigera den anställde i utförandet av det arbete, som han åtagit sig; han får icke »jouir d'aucune indépendance dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées». Det var i enlighet med denna princip, som en domstol år 1929 avgjorde, att en kyrkoherde icke är »le préposé de son évêque».[4] Principen i fråga torde ha stor betydelse genom mängden av fall, då personer åtaga sig arbete för annan, visserligen såsom entreprenörer men likväl med möjlighet för beställaren att giva en del direktiv för arbetets utförande.

Beträffande det subordinationsförhållande, som måste råda mellan »préposé» och »commettant», för att den senare jämlikt art. 1384 skall kunna bli ansvarig, har kassationsdomstolen i ett stort antal domar uttalat sig så, att detta ansvar förutsatte, att »le commettant»

»a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé. C'est ce droit qui fond l'autorité et la subordination sans laquelle il n'existe pas de véritable commettant.»[5]

---

[1] Fuzier-Herman a. st. n. 465. Jfr Demogue V, n. 903.

[2] Jfr dock vad som ovan s. 67 sagts om mandataren.

[3] Demogue V, n. 900—903.

[4] Mazeaud I, n. 892 f. Mazeauds framställning återgives hos Fuzier-Herman a. st. n. 494 f.

[5] Citatet efter Fuzier-Herman a. st. n. 475. Till stöd för uttalandet åberopas ett tiotal domar av kassationsdomstolen. Den sista av dessa är Cass.-Civ. den 16 juni 1936. Här heter det, att ansvaret förutsätter att principalen gent emot den anlitade »possède un droit de direction, de surveillance et de contrôle». Sirey 1936.1.324. Josserand har redogjort för fallet i en utförlig not, a. st. s. 322 f.

Dessa formuleringar äro ju långt ifrån exakta och måste helt naturligt föranleda tolkningssvårigheter.[6] Emellertid innefatta de, sägs det i Fuzier-Hermans kommentar under hänvisning till domsutslag, att icke blott »ouvriers et employés» komma att betraktas såsom »préposés» utan även »les clercs d'un officier ministériel».[7] (Dessa biträden äro tydligen icke tillsatta av tjänstemannen.) Ehuru, såsom vi förut sett, en av förutsättningarna enligt »la jurisprudence» (= rättsskipningen) för »commettant»-ansvaret — att den ansvarige har själv anställt (choisi) sin »préposé» — faktiskt kan frångås, så ligger det dock i sakens natur, att den i allmänhet måste vara förhanden. Angående hur domstolarna numera tolka denna förutsättning, finnes följande uttalande hos Mazeaud:

»L'idée qui paraît dominer la jurisprudence actuelle est la suivante: Chaque fois qu'une personne fait exercer ou même laisse exercer par une autre une fonction qui est dans son cercle d'activité, on peut dire qu'elle l'a choisie. Sans doute ne l'a-t-elle pas toujours désignée elle-meme; mais elle ratifie la désignation faite par un autre en laissant agir la personne désignée. Cette ratification tacite, équivalant à un choix véritable, existe certainement lorsque le commettant a lui-même sollicité la désignation du préposé: ainsi celui qui demande des soldats à l'autorité militaire ou un pilote pour diriger son navire. La question est plus délicate lorsque la désignation est faite en dehors de toute intervention du commettant; mais, même alors, les arrêts découvrent une ratification dans le fait d'avoir donné des ordres à la personne nommée, de l'avoir placée sous sa subordination. Ainsi, sans supprimer en droit la condition de choix, la jurisprudence l'absorbe dans la condition de subordination, de telle sorte qu'en fait seule cette dernière est exigée: toute personne qui en a une autre sous sa subordination est censée l'avoir 'choisie'. Voilà pourquoi, aujourd'hui, de plus en plus, les arrêts passent sous silence la nécessité d'un choix.»[8]

Om den av principalen anlitade skaffar sig hjälp för att utföra uppdraget (detta ord i vidsträckt mening) eller helt låter detta utföras av en annan, så uteslutes därigenom icke, att också denne betraktas såsom principalens »préposé», nämligen hans »sous préposé», och att principalen sålunda svarar för hans eventuella skadegörelse. Men i vilken utsträckning detta gäller är tvivelaktigt. Har den ursprungligen anlitade haft principalens uppdrag att skaffa »le sous préposé», så är saken klar.[9] Emellertid kan sådant uppdrag betraktas såsom »tyst» givet.[1] Det

[6] Därom heter det hos Dalloz II, s. 364: »Ces formules, qui se trouvent dans presque tous les arrêts, laissent subsister de nombreuses difficultés pratiques, pour la solution desquelles la Cour de cassation laisse un large pouvoir d'appréciation aux juges du fait.»

[7] Fuzier-Herman a. st. n. 485.

[8] Mazeaud I, n. 880. Se även Fuzier-Herman a. st. n. 474.

[9] Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2913; Demogue V, n. 892.

[1] Demogue a. st.

resonemanget har också förts, att »le préposé» icke alls behövde ha haft någon befogenhet att utse »sous préposé», för att principalen skulle ansvara för dennes handling. »Si le préposé nomme sans droits un sous préposé on pourrait dire: il commet une faute contractuelle.» Att på en sådan skuld-grund bygga principalens ansvarighet för »le sous préposé» anses dock vara att gå för långt.[2] Men om anställningen av »le sous préposé» berott på »une mauvais choix», då synes domstolarna se saken så, att »le préposé» (nr 1) genom »une faute» indirekt vållat den omedelbart genom »le sous préposé» å tredjeman anställda skadan, med påföljd att principalen svarade för denna. Ansvaret skulle m. a. o. bero på, om »la faute», involverad i anställandet av »le sous préposé», vore »délictuelle» eller blott »contractuelle».[3]

Att stat och kommun genom sina förvaltningsorgan kunna vara »commettants» och svara för anställda enligt art. 1384 synes icke tvivelaktigt.[4] Saken är emellertid icke så enkel. Man kommer här in på svåra frågor om avgränsningen mellan civilrättsliga och förvaltningsrättsliga områden. Henri och Léon Mazeaud säga sig i sitt arbete, kanske det mest ingående på området för »la responsabilité civile», icke ämna behandla »la responsabilité susceptible d'incomber aux personnes morales en qualité de commettants». Vad särskilt angår ansvaret för »une personne morale publique du chef de ses agents», löde detta under förvaltningsrätten. Mazeaud berör det sedermera i ett helt annat sammanhang nämligen i fråga om domstolskompetensen.[5] En viss allmän inblick i situationen erhålles genom följande uttalande av Josserand:

»Il est à noter que, pour les juridictions administratives tout au moins, l'article 1384 ne régit pas les rapports de l'Etat, des départements ou des communes, avec leurs fonctionnaires, agents ou employés, chargés d'un service public; le droit dit 'civiliste' serait ici hors de mise . . . La jurisprudence judiciaire est moins nettement fixée: si la Chambre civile se prononce également pour l'interprétation restrictive (30 déc. 1930, S. 1931, 1, 17, note Bonnard), la Chambre criminelle de la Cour de cassation pose en principe que la disposition de l'art. 1384 a une valeur générale et qu'application doit donc en être faite aux administrations publiques responsables du fait de leurs agents, notamment au cours de l'accomplissement des services de police . . . Le conflit est donc assez net, sur ce point important

---

[2] Demogue a. st.

[3] Jfr Demogue a. st. (s. 84 vid fotnot 2, jfd med s. 85). Möjligen har jag missförstått saken.

[4] »D'un autre côte l'Etat, les communes et les administrations publiques sont des commettants et, comme tels, civilement responsables des actes de leurs agents», Planiol II, n. 911 bis. Vissa svårigheter »pour l'Etat sur la question de principe et sur la competence» antydas dock.

[5] Mazeaud I, n. 872 jfd med n. 12 samt III, särskilt n. 2008.

et délicat, entre la jurisprudence administrative et une partie de la jurisprudence judiciaire, comme aussi entre les chambres civile et criminelle de la Cour suprème.»[6]

En undersökning av nu berörda fråga, uppenbarligen mycket svårhanterlig — i all synnerhet för en främling — måste jag av tidsbrist avstå ifrån.

Utöver innebörden i »la préposition» har man — för bestämmande av området för den ifrågavarande ansvarigheten enligt art. 1384 — att fästa särskild vikt vid lagens ord, att skadan skall ha förorsakats »dans les fonctions auxquelles ils (les commettants) les (les préposés) ont employés». Innan dessa ord beröras, må ett par påpekanden göras. Stadgandet säger intet, angående *vilkens* skada, som faller under ansvaret. Bortsett från skada å principalens eller den anställdes egen person eller egendom, är sålunda skada, som drabbar vem som helst, ersättbar efter stadgandet. Icke blott tredjeman i mest egentliga mening utan även annan i principalens tjänst varande person än skadevållaren kan sålunda här vara kärande.[7] Den praktiska betydelsen av det sista minskas naturligtvis därigenom, att den stora mängden av »préposés» numera ha skadeståndsanspråk i enlighet med den alltsedan 1898 sig utvecklande lagstiftningen angående olycksfall i arbete.

Det är allmänt erkänt, trots tystnaden därom i C. civ., att principalens ansvarighet förutsätter, att skadan tillfogats tredjeman genom den anställdes *faute*.[8] Härvid är det icke fråga blott om skuldpresumtion, utan bevisskyldigheten beträffande »la faute du préposé» vilar å den skadelidande.[9] I fråga om grunden till den anställdes *faute* såsom en förutsättning för principalens ansvarighet, uttalar man sig på något olika sätt. Mazeaud uttrycker sig sålunda:

»L'exigence de cette faute du préposé, à laquelle il n'est fait allusion ni dans le texte, ni dans les travaux préparatoires, parait de prime abord incomprehensible. Mais elle s'explique très bien dès qu'on connait le fondement de la responsabilité des commettants: ceux-ci sont simplement substitués à leurs préposés; ils ne peuvent donc répondre que dans les cas où les préposés sont eux-memes tenus conformément au droit commun.»[1]

Detta uttalande står i full överensstämmelse med Mazeauds ovan s. 55 berörda synpunkter (utvecklade under kritik av Planiol och de

[6] Josserand II, n. 509.

[7] Se t. ex. Mazeaud I, n. 904; Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 532.

[8] Colin et Capitant II, s. 395; Demogue V, n. 928; Josserand II, n. 512 bis; Mazeaud I, n. 916; Bonnecarrère etc. II, n. 1302 A; Fuzier-Herman art. 1384, n. 557.

[9] Mazeaud a. st.; Fuzier-Herman a. st.; Dalloz II, s. 363 n. 50.

[1] Mazeaud I, n. 917; liknande Colin et Capitant II, s. 395.

egentliga riskteoretikerna) om grunden till »commettant»-ansvaret. — Demogue säger, att man måste medgiva, att lagen i detta fall lika litet som i övriga i art. 1384 avsett att till tredjemans förmån »consacrer un droit général à indemnité»; någon rätt till skadestånd mot »le commettant» funnes blott, såvitt som den förelåge gentemot »le préposé».[2] — Hos Josserand heter det:

»Incontestablement, la responsabilité du commettant implique que le préposé a commis un acte de nature à engager sa propre responsabilité: on n'imagine pas qu'un acte, licite chez le préposé, puisse devenir illicite au regard du préposant; la responsabilité pour autrui est d'abord, en pareille matière, une responsabilité pour soi-meme.»[3]

De sista orden kunna synas oklara. De stå dock icke i strid med, att situationen, som grundar ansvaret för »le commettant», först och främst måste grunda ansvar för »le préposé» själv. Och denne svarar ju endast »conformément au droit commun», d. v. s. enligt art. 1382 och 1383.

Emellertid måste nu, som vi sett, skadan ha vållats av den anställde under utövandet av hans funktioner såsom anställd. Praxis, följd av de flesta författarna, går emellertid utanför denna begränsning, som man kan förstå av följande formulering, som kassationsdomstolen använder i sina hithörande domar:

»Les maîtres et commettants sont responsables non seulement du dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans l'exercice normal et régulier des fonctions auxquelles ceux-ci sont employés, mais encore de celui qui résulte de l'abus de ces fonctions.»[4]

T. o. m. om man tolkade lagorden restriktivt skulle man icke kunna följa dem så bokstavligt, att man icke tillämpade stadgandet, när den anställde i stället för att *fullgöra* sina åtaganden *vanskötte* dem. Detta skulle ju för övrigt illa rimma sig med förutsättningen av »faute» å den anställdes sida.[5] En situation i vilken det å andra sidan måste vara höjt över allt tvivel, att art. 1384 om »commettant»-ansvaret *icke* kan vara tillämplig, föreligger enligt Mazeaud, då skadegörelsen skett *helt och hållet utanför arbetstiden.* Som exempel anföras, att tjänaren på sin

---

[2] Demogue V, n. 928.

[3] Josserand II, n. 512 bis.

[4] Se Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 534 och Mazeaud I, n. 905.

[5] Att ansvaret inträder även vid »une mauvaise exécution des ordres» anses väl också såsom tämligen självklart. Se t. ex. Demogue V, n. 918; Mazeaud I, n. 906. Man anför dock exempel från judikaturen.

ledighetstid tillfogar en tredje person skada eller att en arbetare gör så, väl utkommen från arbetet i fabriken.[6]

Som vi sågo, finner kassationsdomstolen »commettant»-ansvaret tillämpligt, t. o. m. om skadan tillfogats tredjeman av den anställde, när denne långt ifrån att i behörig ordning utföra sina åligganden i stället rent av *missbrukade* dessa (sina »fonctions»). Med anledning härav ställer man i litteraturen upp begreppet »à l'occasion des fonctions» och hävdar, att ansvaret i fråga inträder, icke blott när skadan tillfogats av den anställde »dans l'exercise même des fonctions», utan även när den skett »à l'occasion des fonctions». Detta senare synes emellertid icke blott innefatta situationer, då den anställde »aurait abusé de ses fonctions» utan vara vidsträcktare, i det att därunder torde falla även, att den anställde blott »serait sorti de ses fonctions» (gått ifrån sina sysslor). Huruvida även detta senare kan anses implicerat i kassationsdomstolens uttalanden, synes väl diskutabelt.

Har nu skadan inträffat »à l'occasion des fonctions», så måste den ju i allmänhet också ha inträffat å den för den anställdes arbete bestämda tiden. Är då icke »pendant le temps des fonctions» detsamma som »à l'occasion des fonctions»? Frågan är befogad, i synnerhet på grund av en tillstötande omständighet. I 1898 års lag om olycksfall i arbete användes begreppet »à l'occasion du travail», och en viss tendens synes ha framträtt att låta detta begrepp influera å begreppet »à l'occasion des fonctions».

Under det förra intolkas varje olyckshändelse som inträffar »au temps et au lieu du travail». Det anses nu av mången ligga nära till hands att tolka det ifrågavarande stadgandet i art. 1384 såsom avseende »tout fait au temps et au lieu de la fonction». Under det att Demogue finner det naturligt att städse giva samma innebörd åt ordet: *à l'occasion*[7], säger Mazeaud, att »les deux responsabilités» äro grundade på helt och hållet åtskilda principer, och erinrar om att det är erkänt både i doktrin och praxis, att icke alla skadegörelser »pendant le temps des fonctions» falla inom principalens ansvarighet[8]. Emellertid framgår av Mazeauds egen framställning, att sådana situationer, i vilka skada inträffat under tiden för »les fonctions du préposé» och vilka likväl *otvivelaktigt* skulle

[6] Se Mazeaud I, n. 907, som åberopar prejudikat för båda exemplen. Se även Josserand II, n. 512 och Fuzier-Herman a. st. n. 535. — Man beakte dock ett sådant fall som det nedan å s. 76 vid n. 4 nämnda. Skadegörelsen faller där helt utanför arbetstiden; likväl är principalen ansvarig. Man torde alltså böra tillägga: och föreligger icke missbruk av »les fonctions».

[7] Demogue V, n. 820.

[8] Mazeaud I, n. 908.

falla utanför »commettant»-ansvaret, blott *mycket sällan* kunde inträffa, nämligen endast såvitt »le préposé» ägnat sig åt en sysselsättning »absolument differente, non seulement n'ayant aucun lien avec ses fonctions, mais dont ses fonctions ne lui ont même pas fourni l'occasion».[9]

Emellertid synes det nu vara tydligt att, om den skadelidande vetat, att den anställde åsidosatte sina åligganden, så kan principalen icke bli ansvarig för skadan. Härom har kassationsdomstolen uttalat, att ansvarigheten upphör, »lorsque le préposé a été envisagé par la victime comme ayant agi non pour le compte de son commettant, mais pour son compte personnel».[1] I enlighet härmed uppställes det kravet för principalens ansvarighet, »qu'il y ait eu apparence de l'exercise des fonctions». Detta krav hänföres under »la théorie de l'apparence».[2] Föreligger emellertid detta sken av »l'exercise des fonctions», så kan varken principalens ovetskap om eller ens hans förbud emot den skadebringande handlingen leda till hans befrielse från ansvaret.[3]

Bland mängden av varierande situationer, i vilka domstolarna synas ha funnit det erforderliga sambandet mellan »le fait dommageable» och den anställdes »fonctions» vara förhanden, så att den förra åtminstone

---

[9] Mazeaud I, n. 909. Mazeaud hör nu till den minoritet, som anser, att man misstolkat lagen, när man gått så långt som att utsträcka ansvaret till skador »causés simplement 'à l'occasion des fonctions'», I, n. 911 och 912. Liknande Esmein, Responsabilité, s. 201. För den utsträckta tolkningen — utom »la jurisprudence»: Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2914; Demogue V, n. 920; Josserand II, n. 512; Bonnecarrère II, n. 1302 C m. fl.

[1] Se Mazeaud I, n. 914; Demogue V, n. 820; Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 544. Belysande är här en dom av appellationsdomstolen i Dijon den 6 juni 1933, Sirey 1933.2.213. En viss Léger, som i sin principal Schlimpers uppdrag hade att med bil företaga en del varuleveranser, åtföljdes därvid av några kamrater, bland dem Dufour. Kamraterna övertalade Léger efter uppdragets fullgörande »à se rendre à Autun, au lieu de rentrer au domicile de Schlimper». Dufour hade hört Schlimpers order till Léger att köra försiktigt och »de ne pas s'écarter du parcours régulier et d'être rentré pour 7 heures du soir». Först efter kl. 1 på natten återvände de från Autun, och då inträffade bilolyckan »par la faute de Léger», varvid Dufour skadades. Underrätten fann Schlimper civilrättsligt ansvarig för den genom Légers »faute» uppkomna skadan. Léger själv dömdes efter strafflagen. Schlimper överklagade för sin del domen, som såtillvida upphävdes av appellationsdomstolen, vilken därvid bland skälen anförde följande: »Attendu que Dufour, qui a été blessé, savait que Léger, en le conduisant à Autun et en le ramenant, agissait contre le gré de son patron; qu'il s'était lui-même associé à cette désobéissance, en la sollicitant, la provoquant ou l'acceptant, de telle sorte qu'il avait pleine connaissance que Léger, sorti de l'exercice normal et régulier de ses fonctions, ne pouvait agir à son égard pour le compte de son patron, mais pour le sien propre; qu'en conséquence, à son égard, Schlimper ne peut revêtir la qualité de commettant et n'est pas, par suite, responsable du dommage causé.»

[2] Josserand II, n. 512; Mazeaud I, n. 914.

[3] Jfr t. ex. Demogue V, n. 920.

kunde sägas ha skett »à l'occasion des fonctions» eller genom »l'abus des fonctions» och följaktligen art. 1384 angående »commettant»-ansvaret vore tillämplig, må här ett antal nämnas efter litteraturen i ämnet (varvid märkes att det här naturligtvis alltid — även när »le préposé» har begått brott — blott kan vara fråga om principalens *civila* ansvarighet):

En privatchaufför begagnar utanför sin tjänstetid »patronens» bil för egen eller annans (dock icke »patronens») räkning, varunder tredjeman skadas. Ehuru han här icke handlat under utövande av sina tjänstefunktioner, så skulle han dock icke ha haft tillgång till åkdonet, om han icke hade haft anställningen, varför principalen blir ansvarig för eventuell skada å tredjeman.[4] En kusk stjäl i åkdonet kvarglömda reseffekter: principalen blir ansvarig.[5] Hotellägaren svarar för en resandes förlust, uppkommen därigenom att den senare till förvaring överlämnat en penningsumma till en av personalen, som missbrukade förtroendet och som, den resande ovetande, icke var kvalificerad för ett sådant uppdrag.[6] Vid lastningen av en lastbil lägger chauffören för sin egen räkning in ett honom tillhörigt farligt föremål, varigenom på destinationsorten arbetare skadas vid avlastningen. Chaufförens principal blir ansvarig.[7] En kusk förgriper sig på ett barn, som han hade uppdraget att skjutsa. Principalen blir ansvarig.[8] Likaså om en anställd, under utförande av uppdraget att befordra viss korrespondens, öppnar ett av de honom anförtrodda breven.[9] Järnvägsbolaget svarar om en lokomotivförare insmugglar tobakspaketer, gömda i tendern.[1] Om arbetare under sitt arbete förfölja råttor, som gömt sig under materialier, som de flyttade undan, och därvid en arbetare skadas av en annan, blir principalen ansvarig.[2] Ett järnvägsbolag svarar för skada, som den anställde vållat, när han åtagit sig en uppgift, som inte »précisément» faller under hans tjänst: en järnvägsarbetare har t. ex. åtagit sig vården av en resandes bagage.[3] En lantarbetare sätter genom cigarrettrökning eld på annans halm: hans

---

[4] Mazeaud I, n. 910 och 915. Ansvaret inträder även om åkningen skett utan principalens vetskap (Josserand II, n. 512) eller t. o. m. emot hans förbud (Demogue V, n. 820).

[5] Demogue V, n. 920; Fuzier-Herman a. st. n. 539.

[6] Josserand II, n. 512.

[7] Mazeaud I, n. 910 och 915.

[8] Mazeaud a. st.

[9] Mazeaud a. st.

[1] Demogue V, n. 920; Fuzier-Herman a. st. n. 538. Fallet beröres närmare nedan s. 79 n. 7.

[2] Demogue V, n. 920.

[3] Josserand II, n. 512.

husbonde kan bli ansvarig.[4] En arbetare, anställd hos ett bolag, tänder under ett kort men icke reglementsenligt avbrott i arbetet en cigarrett, trots förbud att röka på platsen och trots verkmästarens förbud. Eldsvåda uppstod och bolaget blev ansvarigt.[5] Slutligen anför jag efter Demogue följande fall:

»Un propriétaire est de même (såsom havande varit la cause occasionnelle de l'acte du préposé) responsable si son concierge faisant visiter un appartement diffame le propriétaire d'un autre immeuble également à louer, ou si le concierge profite de sa fonction pour faciliter la débauche d'une mineure habitant la maison, ou pour faciliter une escroquerie, ou pour faire étendre abusivement la vente des meubles d'un locataire. Si l'employé chargé par une société des rapports avec l'imprimeur de ses titres en profite pour émettre de faux titres, comme il avait une fonction sans laquelle il n'eut pu commettre l'acte domageable, la société est responsable.»[6]

Rätt livlig diskussion synes ha föranletts av en dom, efter vilken ägaren av ett handelshus är ansvarig »du délit de chasse en automobile sur le terrain d'autrui commis par un employé au cours d'une tournée que celui-ci affectuait pour le compte de la maison».[7] Mazeaud ogillar den ifrågavarande domen icke blott därför, att han finner att judikaturen överhuvud har slagit in på en felaktig, extensiv tolkning, utan jämväl utifrån den tolkningsprincip, som judikaturen själv angivit. Han säger, att det finns icke något slags samband mellan bilförarens funktion i denna hans egenskap och hans handling att — efter att hava stannat bilen på vägen — döda en fasan, som visade sig på det angränsande fältet: »même dans la théorie extensive, le commettant ne peut être tenu des conséquences civiles du délit de chasse ainsi commis».[8] —

---

[4] Mazeaud I, n. 915.

[5] Fuzier-Herman a. st. n. 540.

[6] Demogue V, n. 920. Jag har icke i Sireys samlingar kunnat återfinna något enda av de fall, till vilka Demogue här hänvisar. Detta är skada, då man känner behov av ytterligare ledning för fulla förståelsen av vad som praktiskt åsyftas med en del av det citerade uttalandet.

[7] Sammanfattningen gjord av Josserand II, n. 512. — Domen gavs 23 nov. 1928 av Cass.-Crim. Sirey 1931.1.153.

[8] Det framgår av referatet, att det var två »préposés» i bilen. När de fingo syn på fasanen stannade den ene av dem bilen, och den andre sköt fågeln *utan att ha gått ur bilen*. Detta tycks man tillmäta en viss betydelse såsom moment i ansvarsrekvisitet. Hos Dalloz II anföres nämligen detta fall bland andra till belysning av påståendet, att »la jurisprudence a tendence à considérer comme faits dans l'exercise des fonctions du préposé, les actes qu'il accomplit au temps de son travail avec les outils ou le matériel du patron». Ett annat exempel till belysning av samma påstående skall utgöras av kusken, som stal i åkdonet kvarglömda effekter; ett tredje av en »préposé»-chaufför, som (under tjänsten) i sin välvilja tager upp en medpassagerare. Om en sådan handling icke ens »tacitement» kan anses förbjuden i anställningsavtalet, tillhör den »l'exercise de ses

Andra fall, angående vilka Mazeaud synes anse, att praxis gått utanför sin egen »théorie extensive»: en chaufför har begått en sedlighetssårande handling i principalens åkdon mot en person, som han mött på vägen. Mazeaud pläderar för principalens ansvarsfrihet, under det att en domstol här gjort honom ansvarig. Likaså när en dräng hos en arrendator anlagt mordbrand.[9] — Emellertid har i en dom av 1929 uttalats, att »commettant»-ansvaret icke finner tillämpning, om icke den skadebringande handlingen »se rattache par aucun lien à l'exécution du mandat confié au préposé».[10] Detta torde dock icke vara att fatta annorlunda än såsom uttryck för vad man uppfattat såsom dittillsvarande judikaturens ståndpunkt.

Bland exempel på principalens frihet i praxis från ansvar av den anledning, att det nödiga sambandet mellan »les fonctions» och »le fait dommageable» icke varit förhanden — trots det att skadan inträffat »pendant le temps des fonctions» — kunna följande anföras:

En anställd chaufför slår till en cyklist under en diskussion, föranledd av chaufförens oförsiktighet vid omkörning av cyklisten.[1] En anställd översköterska försnillar penningar, som frivilligt anförtrotts henne av sköterskorna.[2] En tjänare, som avbryter sitt arbete för att leka med barn, anses under lektiden icke vara i utövning av sina funktioner[3], och följaktligen husbonden icke ansvarig för skada, som han under leken kan vålla. Demogue anför, under hänvisning till domar, bl. a. dessa båda fall av principalens ansvarsfrihet:

»Le cas, si pendant les heures de travail à l'atelier, un ouvrier en blesse un autre à la suite d'une dispute survenue sans rapport avec le travail. De même si un domestique, sans être appelé dans une chambre, y pénètre, y prend un fusil et des cartouches, et blesse un tiers, son maitre n'est pas responsable.»[4]

Det säger sig självt, att denna fråga om det erforderliga sambandet mellan »les fonctions du préposé» och »le fait dommageable» är en omdömesfråga, i vilken ofta motsatta meningar måste kunna förekomma. Judikaturen strävar naturligtvis dock efter största möjliga enhetlighet. Alltid kan den dock icke vinnas. Som ett exempel kan tagas den först

---

fonctions». Annorlunda däremot, om det skedde utom arbetstiden »et contrairement à l'esprit de son contrat». Se Dalloz II, s. 363 n. 67, jfd med n. 65.

[9] Mazeaud, n. 915.

[10] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 549.

[1] Mazeaud I, n. 910 och 915.

[2] Mazeaud I, n. 915.

[3] Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 541.

[4] Demogue V, n. 924. Angående det senare av de båda fallen, se även Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2915, I.

här ovan s. 76 nämnda situationen, i vilken en anställd chaufför använder principalens bil för sin egen räkning. Här finner man två domar (år 1932 och 1933) anförda till stöd för att sambandet i fråga vore för handen, under det att en dom (år 1929) omnämnes, som går i motsatt riktning.[5]

Egendomligt nog synes det icke ha varit någon diskussionsfråga i Frankrike, huruvida den »faute de préposé», för vilken principalen svarar enligt reglerna för »la responsabilité du fait d'autrui», begränsar sig till *culpa* eller jämväl omfattar *dolus*. När intet därom sägs måste detta betyda, att ordet tages i vanlig oinskränkt mening, avseende alltså såväl »délit» (art. 1382) som »quasi-délit» (art. 1383), innefattande det förra »intention de nuire», det senare »culpa» i egentlig mening.[6] Den omständigheten sålunda, att »le préposé» begått avsiktlig skadegörelse, hindrar icke, att principalen blir ansvarig för densamma, såvitt den faller inom »les fonctions, auxquelles» principalen har anställt »le préposé». I flertalet av de nyss berörda fallen av principalens ansvarighet har det ju också varit fråga om med berått mod förövade handlingar.[7]

---

[5] Se Mazeaud I, n. 915, fotnot 6. Fallen finnas icke i Sireys samlingar. De äro refererade på mig oåtkomliga ställen.

[6] Se härom nedan s. 82.

[7] Så stölden av kvarglömda effekter i åkdonet, kuskens förgripelse på barnet, brevöppnandet, tobakssmugglingen av lokomotivföraren, portvaktens excesser samt fasanjakten. Tyvärr är det blott domarna i det sist nämnda av dessa fall samt smugglingsfallet, som jag haft tillfälle taga närmare del av. Domen i jaktfallet har jag redan berört. Den andra domen gavs den 22 mars 1907, likaledes av Cass.-Crim.; Sirey 1907.1.473. Här avvisades besvären över appellationsdomstolens i Besançon dom, vari järnvägsbolaget dömts ansvarigt. Det heter, att domstolen i Besançon »a fait une exacte application de l'art. 1384 C. civ.». Lika litet här som i jaktfallet (Sirey 1931.1.153) framträder någon tvekan angående principalens ansvarighet med hänsyn till handlingens uppsåtliga och brottsliga karaktär. I 1907 års fall hade »le préposé» (lokomotivföraren) under mer än ett år bedrivit smuggleri och därvid handlat i samförstånd med flera delaktiga. Icke desto mindre förklarade kassationsdomstolen, att alla hans handlingar hade »été commis par lui dans l'exercise des fonctions auxquelles il était préposé par la Compagnie de chemins de fer qui l'employait». I 1931 års fall betonades att ansvarigheten »du fait d'autrui» också sträcker sig till skada »résultant de l'abus de ces fonctions». Det var under denna synvinkel som bolaget ansågs ansvarigt, varför domen i appellationsdomstolen, som friat principalen från ansvarighet, kasserades.

La responsabilité du fait des choses.

Innebörden av uttalandet i art. 1384 om ansvar »du fait des choses».

Det är här fråga om tolkningen av den egendomliga satsen i första stycket av art. 1384, att man jämväl är ansvarig för den skada »som förorsakas genom gärning ... av de ting, som man har i sin vård». Detta »tingens gärning» eller »handling» står, så tydligt man kan önska sig, i motsats till den ansvarige *personens* eller andra *personers* gärning. Därmed måste också stå fast, att de citerade orden äro så vanvettiga som möjligt. Ty de förutsätta något, som är otänkbart, nämligen att ett ting som sådant kan företaga handlingar. Minst utmanande mot logiken skulle kanske den tanken bakom orden vara, att det rörde sig om skada, föranledd av djur, ävensom av sådant som jordbävning, ras, översvämning, fallande träd, eldsvåda genom blixt eller självantändning, kort sagt om skada, som icke kunnat utrönas härleda sig från människas handling. Därnäst skulle kanske komma skada, omedelbart föranledd av t. ex. sådant som vätskor eller gaser, vilka tagit sig ut från sina behållare. Anmärkningen mot uttryckssättet skulle då kunna reduceras till den terminologiska, att man mot vanligt språkbruk icke begränsade handlingsbegreppet till att blott avse människoyttringar, utan därunder hänförde dels djurens rörelser och dels s. a. s. quasi-yttringar av tingen. Men alldeles så kan det icke förhålla sig. Enligt orden är det fråga om handling av vilket som helst ting, som man har »sous sa garde». Läser man »par le fait des choses» såsom liktydigt med »par les choses», så skulle stadgandet kunna tänkas redan ifrån början ha haft avseende å vilka fall som helst, i vilka skadan uppstått genom *människors hantering eller handhavande* av döda ting eller djur. Så kunna möjligen de nutida franska juristerna, mycket allmänt taget, i sitt innersta hjärta tänkas se på saken. Men utåt känna de sig i allt fall mer eller mindre bundna av den egendomliga förutsättningen i lagen, att skadan skall vara förorsakad »par le *fait* des choses». Genom naturvetenskaperna och i samband därmed stående uppfinningar har emellertid stadgandet fått en utomordentligt stor betydelse. Under detsamma falla faktiskt enligt nu-

tida tolkning bl. a. allehanda skadeolyckor genom elektrisk drift, automobiltrafik, trafik över huvud, explosioner, maskiner av ena eller andra slaget o. s. v. Men icke nog härmed. Stadgandet anses därutöver ha ett omfattande tillämpningsområde. Så snart överhuvud en sak kommer med i spelet — den må i sig betraktas såsom på något sätt farlig eller icke — uppstår frågan, om icke det gamla skuld-ansvaret får vika för »la responsabilité du fait des choses». I samtliga fallen torde man dock kunna spåra människohandling bakom skadorna, och det kvarstår i ordet »skada orsakad genom handling av ting» intet annat än den rena absurditeten.[1] Vad den »moderna» juridikens tolkning av stadgandet angår, har denna emellertid intet med lagstiftarens intentioner att skaffa. För att förstå dessa och därmed idéinnehållet i de åtminstone skenbart meningslösa och därför otolkbara orden är det av särskild vikt, att det sammanhang beaktas, vari orden äro insatta. Sker så kan man med bestämdhet fastställa, att även ansvaret »du fait des choses» enligt lagstiftarens mening har sin grund i den ansvariges »skuld», bestående i bristfällig vårdnad av saken. Om enligt denna lagstiftarens mening den skadelidande måste ådagalägga skulden eller om den skall »presumeras» vara förhanden, är en fråga, som kan vara tvivelaktig. Ehuru dess besvarande icke har särskilt intresse för denna undersökning, skall saken dock här beröras, när jag nu, såsom stöd för påståendet, att den ansvariges skuld ligger i bakgrunden för stadgandet — trots det att dess kuriösa formulering intet därom antyder — tillåter mig anföra följande.

Stadgandet ingår under rubriken »Des délits et des quasi-délits». Nu

---

[1] Man synes länge faktiskt ha mera bokstavligt godtagit detta underliga begrepp »le fait d'une chose». Och doktrinen känner sig alltjämt på ett egendomligt sätt bunden av lagens tal om ansvar »du fait de la chose» i motsats till ansvar »du fait de l'homme», fastän man väl, åtminstone i allmänhet, numera är på det klara med, att en »fait de la chose» av annan sak än djur är otänkbar. Djuret saknar visserligen, säger man, personlighet men har dock »un activité». Men beträffande orimligheten i att tala om »un fait», begången av andra saker än djur, är det likväl mera sällsynt (se dock Esmeins uttalande, nedan s. 86 n. 6), att man uttrycker sig så pass oförblommerat som Ripert, Règle morale, n. 124: »Il y a des choses qui paraissent avoir un dynamisme personnel; la machine, 'la bête humaine', agit parfois comme un animal furieux: elle fait explosion, communique l'incendie, blesse ou tue; mais c'est pure apparence que ce fait de la chose, puisque la chose n'a pas de vie, puisque sa force interne est une création de l'homme. C'est l'homme qui produit la vapeur, capte l'électricité, conduit la flamme, mélange les gaz. La chose est l'instrument du dommage, elle ne peut en être la cause.» Mazeaud II, n. 1226, t. ex. godtager ingalunda slutsatsen om »l'impossibilité d'un 'fait de la chose'». Också om uttrycket icke har den innebörd, som man förr givit detsamma, så kan det ha en annan innebörd, säger han, och går att söka visa »qu'il y a 'fait de la chose' au sens de l'art. 1384, § 1, de même qu'il y a 'fait de l'animal' au sens d l'art. 1385, chaque fois que la chose échappe au contrôle de l'homme, chaque fois que l'homme est dépassé par le mouvement qu'il a donné à la chose, par la force qu'il a mise en elle».

är det visserligen sant, att det för svenska juristförhållanden ligger närmast att antaga quasi-deliktet vara något fritt från skuld. Så förhåller det sig emellertid icke i den franska rättsterminologien. »Quasi-délit» är ungefärligen detsamma som vårt »culpa» till skillnad från »dolus». Det är sant, att C. civ. själv icke direkt definierar dessa begrepp. Saken är ändock icke tvivelaktig. Pothier, dåtidens främsta auktoritet, meddelar följande definitioner:

»On appelle *délit*, le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre.

Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre.»[2]

Än idag låter man båda begreppen ha avseende å rättstridiga handlingar (faits illicites) och skiljer dem åt allteftersom »intention de nuire» är förhanden eller icke. »Ainsi entendu», säger Planiol,

»le quasi-délit comprend *tous les actes dommageables non intentionnels*, quelque faible que soit la faute commise, du moment où la responsabilité de son auteur est engagée: l'imprudence la plus légère est un quasi-délit, et c'est en effet ce qui résulte des dispositions de la loi (art. 1382 et 1383).»[3]

Slutorden i detta citat, åsyftande att art. 1382 avsåge »délit» och art. 1383 »quasi-délit», synas dock en utländsk jurist näppeligen vara självfallet riktiga. Intet i art. 1382 tyder på att endast »le fait délictuel» och icke även »le fait quasi-délictuel» vore däri inbegripen. Art. 1383 beaktar ju efter sina ord »négligence ou imprudence» såsom motsättning till »le fait». Därmed synes det vara naturligast att låta »négligence ou imprudence» begränsas till *underlåtenhet* och följaktligen låta även »le *fait* non-intentionnel» och alltså »quasi-délictuel» falla under begreppet »tout fait *quelquonque*» i art. 1382. Art. 1383 vore därefter blott att fatta såsom förklaring i visst avseende till art. 1382: skulden behöver icke taga sig uttryck i »handling», uraktlåtenhet är tillräcklig.[4] Emellertid synes den hos Planiol till uttryck komna uppfattningen vara allmän bland de franska författarna.[5]

---

[2] Pothier, n. 116.

[3] Planiol II, n. 823; jfr ib. n. 815. Se även Capitant, Vocabulaire, vid »Délit» och »Faute».

[4] Att på detta sätt *underlåtenhet*, som är *avsiktlig*, lämnats onämnd, vore visserligen en inadvertens, men, synes det, mindre påfallande än att förutsätta, att den blott kulposa men dock positiva handlingen fölle utanför begreppet »tout fait quelconque de l'homme».

[5] Se bland dem som rätt ingående uppehåller sig vid ämnet Mazeaud I, n. 47 och n. 370. Han säger på sista stället beträffande art. 1383: »Il va de soi que le mot 'fait'

Vare sig denna min anmärkning är befogad eller icke, är det emellertid ofrånkomligt, att art. 1383 blott är att fatta såsom en kompletterande förklaring till art. 1382. Liknande synes nu också vara att säga om första stycket i art. 1384. Jämväl detta förefaller utgöra ett slags kommentar till art. 1382: man svarar icke blott för »son propre fait», man har också ansvar »du fait d'autrui» liksom »du fait des choses», underförstått alltså, att man har begått en »faute». Att denna måste kunna föreligga också här utan handling, blott genom uraktlåtenhet, har efter kommenterandet av art. 1382 genom art. 1383, icke behövt framhållas i art. 1384.

Man finner sålunda, att första stycket i art. 1384 närmast måste giva vid handen, att »la responsabilité du fait des choses» (liksom den »du fait d'autrui») förutsatte skuld »conformément au droit commun», d. v. s. med bevisskyldigheten vilande på käranden.[6] Även om detta skulle antagas råka i motsägelse till formuleringen av art. 1385, särskilt med hänsyn till den omständigheten att det där berörda ansvaret för skada genom djur i det ursprungliga förslaget var indraget i art. 1384, så kan likväl intet tvivel råda därom, att åtminstone presumtion om skuld hos »le gardien» (sak-vårdaren) ligger i bakgrunden för ansvaret »du fait des choses». Att det emellertid blott vore fråga om vanligt skuld-ansvar synes närmast framgå av Treilhards (en av lag-redaktörerna) uttalanden. Sedan han fastställt principen, att skuldansvaret icke förutsatte »malice» utan att det var tillräckligt med »negligence ou imprudence», säger han:

»Le principe une fois établi, nous n'avons eu qu'une disposition à ajouter: c'est qu'on est responsable, non seulement du dommage qu'on a causé par son propre fait, mais encore de celui qui a été causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde . . .»[7]

---

ne peut signifier ici que 'fait volontaire', sinon le texte n'aurait aucun sens.» Detta är dock riktigt blott under förutsättning, att man icke låter »fait» ha sin vanliga betydelse av positiv handling. Gör man det, då får artikeln mening genom att »negligence ou imprudence» fattas såsom kulpos uraktlåtenhet. Detta är visserligen återigen icke fullt motiverat, då »imprudence» torde innesluta både göranden och låtanden. Därifrån utgår väl Mazeaud i sitt påstående.

[6] Bichot, L'autonomie, s. 10, menar att art. 1384 är olycklig i sin formulering, när den i samma plan ställer »le fait personnel, le fait d'autrui et le fait des choses» och därmed synes antyda, att artiklarna 1382 och 1383, som definierade »le fait personnel», vore främmande för de båda andra källorna till ansvarigheten. »En réalité», fortsätter han, »le mot fait personnel n'a pas le même sens dans les arts. 1382 et 1383, et dans l'art. 1384. Dans le premier cas, il signifie tout acte fautif qui, même indirectement par l'intermédiaire d'autrui ou d'une chose est la cause du préjudice. Dans le second cas, il est considéré comme étant l'agent direct du dommage par opposition au fait d'autrui et au fait des choses. Pour n'avoir pas précisé leur pensée sur ce point, les rédacteurs du Code sont responsables de l'incertitude des solutions actuelles en matière de responsabilité.»

[7] Locré XIII, s. 31.

Emellertid kunna, som redan antytts och strax skall närmare utvecklas, grunder anföras för att ansvaret »du fait des choses» i art. 1384 icke, lika litet som »du fait d'autrui» därstädes, blott vore en tillämpning av den *vanliga* skuldregeln. Icke desto mindre har den allmänna meningen både inom judikaturen och teorien i långliga tider varit, att man för skada genom hantering av annan sak än djur (art. 1385) och byggnad (art. 1386) eller för skada, som i allt fall, omedelbart sett, härletts från en »chose inanimée» (annan än byggnad i art. 1386), som man haft »sous sa garde», blott svarade efter den vanliga culpa-regeln. Denna allmänna mening står dock i bästa överensstämmelse med, att art. 1384 fölle utanför den vanliga culpa-regeln. Ty den åberopade sig alls icke på art. 1384 utan förde ansvaret »du fait des choses inanimées» — bortsett från art. 1386 — under art. 1382 och 1383.[8] Denna tolkning utgick följaktligen därifrån, att första stycket i art. 1384 i fråga om »le fait des choses» *icke själv gav någon ansvarsregel* utan endast förebådade antingen blott art. 1385 eller såväl denna som art. 1386.

Numera synes emellertid både inom doktrin och praxis den uppfattningen vara förhärskande, att första stycket i art. 1384 utöver förebådandet av ansvaret »du fait d'autrui», konstituerade »une responsabilité de plein droit (d. v. s. av skuldförutsättning oberoende och sålunda strikt ansvar) du fait des choses». I enlighet härmed står då också åsikten, att art. 1385 och 1386 äro att betrakta såsom särskilt reglerade fall av det i första stycket av art. 1384 angivna ansvaret. Som sagt upptäckte man icke detta innehåll i art. 1384, förrän stadgandet hade varit lag i ungefär tre kvarts sekel. Detta förefaller litet misstänkt.

En sak för sig är, att art. 1385 och 1386 åtminstone med hänsyn till sina ord kunna förmodas konstituera ett strikt ansvar under däri angivna omständigheter. Formuleringarna i dessa artiklar[9] böra emellertid nu jämföras med ordalydelsen i första stycket av art. 1384: »On est responsable non-seulement» etc. Detta tyder, såsom redan berörts,

---

[8] Se t. ex. Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2966: »Under nästan tre kvarts sekel har ansvarigheten på grund av själlösa mobila ting av doktrin och praxis förbundits med art. 1382 i C. civ. Ansvarigheten för skada genom vår sak reglerades sålunda genom samma princip som ansvarigheten för skada direkt orsakad genom vår person. Följden därav blev, att ägaren till saken eller den som hade densamma i sin vård förklarades ansvarig blott i den mån hans skuld vart fastställd, och bevisningen för skulden vilade på offret för skadan.» Se även Planiol II, n. 931; Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique VI, n. 612; och jfr citatet här ovan s. 83 n. 6 från Bichot. Principen har uttalats av kassationsdomstolen så sent som 1870; andra domstolar hava givit uttryck däråt ända till slutet av 1890-talet, se Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2966, fotnot 2, och n. 2867, fotnot 3 (å s. 555).

[9] Se ovan s. 33.

närmast på att fråga vore om anslutning till art. 1382. Artiklarna 1385 och 1386 ha däremot icke på något sätt genom *formulering* förbundits med det föregående, icke heller alltså med första stycket i art. 1384. Följaktligen skulle de kunna antagas för sina särskilda fall avgiva regler om ansvar, fritt från idéen om den ansvariges skuld. Att lagstiftaren emellertid varit fylld av föreställningen om att även dessa stadganden vore rättfärdigade såsom avseende reaktioner på skuldbelastade handlingssätt framgår först och främst av förarbetena till behandlingen av hela kapitlet om »des délits et des quasi-délits», genom vilken behandling skuldförutsättningen går som en röd tråd utan avbrott i något avseende för tanken på ett därifrån frigjort ansvar.[1] Det är förvisso ingen överdrift, när Mazeaud slutar sitt referat av dessa förarbeten sålunda:

»Ainsi, dans l'intention des rédacteurs, l'ensemble de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle est gouverné par l'idée de faute; c'est là 'le trait du C. civ. en cette matière sur lequel il importe surtout d'insister'.»[2]

Vad nu särskilt angår art. 1385 och 1386 heter det om grunden till dem i Bertrand de Greuilles rapport till tribunatet:

»Le projet prévoit ensuite les cas où animal, guidé par quelqu'un, ou échappé de ses mains, ou simplement égaré, aurait causé quelque tort. Dans les deux premières hypothèses, il veut que celui qui s'en servait, et dans la troisième, il ordonne que celui qui en est le propriétaire, soient tenus de la réparation du dommage, parce qu'alors ce dommage doit être imputé, soit au défaut de garde et de vigilance de la part du maître, soit à la témérité, à la maladresse ou au peu d'attention de celui qui s'est servi de l'animal, et parce que d'ailleurs, dans la thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre. — C'est encore par suite de cette incontestable vérité que le projet décide que le propriétaire d'un batiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par le défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Cette décision est bien moins rigoureuse et plus équitable que la disposition qui se trouve dans la loi romaine . . .; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation, s'il est établi que la négligence du maître à entretenir son batiment, ou l'ignorance des ouvriers qu'il a employés à sa construction en ont déterminé la chute.»[3]

Dessa uttalanden ådagalägga, att lagstiftaren själv i allt fall trott sig vara dirigerad av skuld-idéen beträffande artiklarna i fråga. Emellertid finns det ett mycket intimt, ehuru numera osynligt, band mellan art. 1384 st. 1 och innehållet i art. 1385. Det ursprungliga förslaget upptog

[1] Se Mazeauds redogörelse I, n. 43—49.

[2] Mazeaud I, n. 49. De sista orden äro citerade från Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français.

[3] Locré XIII, s. 43 f. De borttransumerade orden återfinnas i annat sammanhang, nedan s. 89.

nämligen i ett enda stadgande (art. 19) *dels* innehållet i art. 1384 (se ovan s. 32) och *dels* såsom ett sista moment vad som slutligen bildade innehållet i art. 1385.[4] Det var först i sista förslaget, som detta moment utbröts till en särskild artikel, en utbrytning som icke skall ha haft någon som helst saklig betydelse utan blott förestavats av syftet att »scinder un texte qui était trop long».[5] Liksom ansvaret »du fait d'autrui» uttömdes genom de särskilt angivna kategorierna — föräldrar och barn, principaler och anställda, lärare och lärjungar — så uttömdes också ansvaret »du fait des choses» genom det ifrågavarande ansvaret för skada genom djur. M. a. o. djur skulle vara de enda saker, vilkas »handling» är avsedd i första stycket av art. 1384. Genom detta sätt att se på saken faller onekligen en viss förståelse över detta egendomliga uttryck: »le *fait* des choses».[6] Denna uppfattning, att stycket, i fråga om nämnda uttryck, endast och allenast »annonserade» ansvaret för skada genom djur har, såvitt jag vet, senast hävdats — och detta på ett, synes det mig, övertygande sätt — av Mazeaud.[7]

Genom utbrytningen av innehållet i art. 1385 ur den föregående artikeln har denna kommit att s. a. s. halta och därigenom blivit obegriplig för den oinvigde: skada genom »le fait d'autrui» har fått sin närmare bestämning i stadgandets egen fortsättning, under det att det, som i själva verket blott skall vara en bestämning av skada genom »le fait des choses», utbrutits ur art. 1384 och fått bilda en självständig artikel, fri från varje antydan om sin betydelse för tolkningen av art. 1384 och sitt inre sammanhang med denna artikel.[8]

---

[4] Se Locré XIII, s. 16.

[5] Mazeaud II, n. 1075.

[6] Gentemot utnyttjandet av art. 1384 i fråga om ansvaret »du fait des choses» till förmån för »la théorie du risque créé» hävdade Esmein redan i början mycket bestämt, att lagstiftaren använt det egendomliga uttryckssättet uteslutande med avseende å djur och följaktligen för att förebåda art. 1385. Han framhåller att själva uttryckssättet blott — såvida man icke förutsätter »le langage le plus barbare» — kan användas »aux actes des animaux». Lagstiftaren hade med varandra likställt skada »par le fait des choses» och skada »par le fait des personnes». Följaktligen är den »fait», varom det rör sig i båda fallen, »un mouvement actif et propre qui ne peut émaner que d'un être vivant. Les animaux sont les seules choses qui présentent ce caractère . . .» Se Esmein, Not 1. — Jfr även Mazeaud II, n. 1071: »L'animal agit en dehors de l'homme; il n'est pas un simple instrument entre les mains de ce dernier.»

[7] Mazeaud II, n. 1075 och 1144 med där gjorda hänvisningar. — Den vanliga åsikten är, att den ursprungliga innebörden av art. 1384 med hänsyn till ansvaret »du fait des choses» begränsats till att »annonsera» både art. 1385 och art. 1386. Se t. ex. Planiol et Ripert VI, n. 612, m. fl. Demogue säger i sin Rapport, att de ifrågavarande orden i art. 1384 länge uppfattats »comme annonçant simplement les cas limités prévus dans les articles suivants: responsabilité du fait des animaux ou des bâtiments».

[8] Jfr Mazeaud II, n. 1075.

Härigenom klarnar innebörden av art. 1384 — såsom lagstadgande och icke såsom föremål för »modern» tolkning — i fråga om ansvar »du fait des choses»: detta ansvar är nära nog genomgående analogt med där stadgade ansvar »du fait d'autrui». Liksom detta är begränsat till i artikeln angivna situationer, så är ansvaret »du fait des choses» *begränsat till skada genom djur* under i art. 1385 angivna omständigheter. Och liksom ansvaret »du fait d'autrui» grundats på presumtion om den ansvariges skuld — bestående i »le défaut de surveillance» eller »le mauvais choix» — synes också ansvaret »du fait des choses» ha grundats på presumtion om den ansvariges skuld — bestående i »le défaut de garde».[9] Att ur själva innehållet i art. 1385, som man då har att tänka sig inryckt i art. 1384, utläsa, huruvida vid ansvaret »du fait des choses» skuldpresumtionen vore motbevisbar eller icke, är hopplöst. I själva verket skulle man genom analys blott av det kombinerade innehållet i art. 1384 och 1385 ha dessa tre möjligheter att välja på. 1. Icke alls presumtion utan vanligt skuld-ansvar: med hänsyn till det förut sagda om anslutningen av art. 1384 till art. 1382, i förbindelse med, att all motsvarighet till stycket »La responsabilité ci-dessus a lieu» etc. saknas i fråga om ansvaret för djur. 2. *Praesumptio iuris et de iure*, d. v. s. icke motbevisbar presumtion: på grund av ansvarets formulering utan sådan restriktion i ansvaret, som givits genom stycket »La responsabilité ci-dessus» etc. 3. *Praesumptio iuris tantum:* av den anledning att situationen dock skiljer sig från den som föreligger vid »commettant»-ansvaret. *Dels* hade i förarbetena uttryckligen tillkännagivits, att skuld-presumtionen vid »commettant»-ansvaret icke finge motbevisas. *Dels* markeras denna sak på ett särskilt sätt därigenom, att »les commettants» demonstrativt uteslutits i stycket »La responsabilité ci-dessus a lieu» etc. Motsvarigheter härtill finnas icke i fråga om ansvaret för djur. Dessa spekulationer äro dock överflödiga för det nu uppställda syftet. Det finns nämligen ingen anledning för oss att betvivla riktigheten i följande uttalande av en sådan auktoritet på detta område som Mazeaud:

»Ce texte ne dit pas qu'il est dérogé aux règles générales de la responsabilité. On n'a pas hésité cependant à admettre, dès le lendemain de la promulgation du Code, que le responsable du fait de l'animal était présumé en faute; la charge de la preuve se trouvait ainsi renversée; il incombait au propriétaire ou à l'usager de démontrer qu'il n'avait commis aucune faute. C'était déjà faciliter beaucoup l'action de la victime.»[1]

---

[9] Jfr Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2940, ävensom uttalandet här ovan s. 85 av Bertrand de Greuille.

[1] Mazeaud II, n. 1073.

Man har alltså ifrån början betraktat detta ansvar såsom byggt på en motbevisbar skuld-presumtion. Mazeauds ord tyda på, att det eljest — uppenbarligen med hänsyn till hela bakgrunden för kapitlet »Des délits et des quasi-délits» — hade legat närmast till hands att tillämpa skuld-ansvaret »conformément au droit commun».[2]

Allmänt om grunden till art. 1386.

Vad art. 1386 angår[3] synes väl nu stadgandet från början ha uppfattats så, att ägaren av byggnaden icke hade möjlighet att exkulpera sig gentemot en skadeståndstalan. Att stadgandet, som förutsätter, att raset av byggnaden härleder sig antingen från dess bristfälliga underhåll eller från byggnadsfel, tillkommit i skuldmotiveringens tecken synes ganska tydligt framgå av Bertrand de Greuilles nyss citerade ord (ovan s. 85). Domaren, säger han, dömer ut skadestånd, om det fastställes, att byggnadens fall berott på ägarens vårdslösa underhåll av densamma eller på okunnighet hos de arbetare »qu'il a employés à sa construction», d. v. s. på ägarens dåliga val av arbetare. Det kan se ut, som om han i sin motivering förbigått bl. a. den situation, att å ena sidan byggnadens »ruine» berott på »un vice de sa construction» och å andra sidan nuvarande ägaren intet haft med byggnadens uppförande att skaffa. Men i hans ord kan också ligga detta, att det tillhör ett oklanderligt underhåll av byggnaden att avhjälpa förut begångna fel, vem som än var ägare, när dessa fel begingos.[4] Skuld-presumtion synes därför ligga i bakgrunden för detta stadgande lika mycket som för stadgandet om »commettant»-ansvaret.[5]

Men även om detta icke vore riktigt, så är det tydligt, att stadgandet icke kan ha någon betydelse såsom uttryck för en från rättsideologien frigjord linje på skadeståndsrättens område. Det är nämligen otvivelaktigt, att stadgandet har en viss relation till det romerska institutet *cautio damni infecti*.[6] Om en person vårdslösade underhållet av sitt

---

[2] Angående nutida praxis och doktrin i frågan se nedan noten å s. 100 f.

[3] Stadgandets lydelse se ovan s. 33.

[4] Jfr nedan s. 90.

[5] Detta är dock icke den allmänna meningen. Planiol II, n. 924, säger t. ex. att ansvaret här uteslutande är byggt på den ansvariges egenskap av ägare och är »étrangère à toute idée de faute». Detta kan dock icke gå ihop med förarbetena vare sig i allmänhet till artiklarna under »des délits et quasi-délits» eller speciellt till art. 1386. Se även uttalandet av Cour de Paris, nedan s. 93.

[6] Se Mazeaud II, n. 1019 och 1045; Planiol II, n. 925.

hus, så att fara uppstod för grannen, att huset skulle rasa ned på hans egendom, så kunde i Rom prätorn på grannens framställning ålägga ägaren att stipulationsvis utfästa sig att ersätta den eventuellt inträffande skadan. Ville ägaren icke foga sig häri, föranstaltades av prätorn om en *missio in possessionem*, d. v. s. grannen auktoriserades att sätta sig i besittning av huset och göra de nödiga reparationerna på ägarens bekostnad. Vägrades honom tillträde, och skadan så inträffade, möjliggjorde prätorn för honom att föra talan mot ägaren, såsom om stipulationen hade kommit till stånd.[7] Om grannen däremot hade underlåtit att på detta sätt på förhand söka skydda sig, kunde ägaren av det fallfärdiga huset, därest detta sedan störtade in på den förres fastighet, bli fri från varje efterräkning genom att blott avstå från sin äganderätt till de på grannens område befintliga spillrorna.[8] I den äldre franska rätten synes detta institut ha avspeglat sig så, att — om ägaren vägrade att sätta den farliga byggnaden i stånd — grannen visserligen icke fick sätta sig i regelrätt besittning av huset men väl kunde bemyndigas att låta reparera detsamma på ägarens bekostnad. Underlät grannen att på detta sätt förebygga olyckan och rasade byggnaden eller en del därav ned till förfång för honom, hade han anspråk på skadestånd; dock, synes det, med den romerskrättsliga möjligheten bibehållen för ägaren av byggnaden att komma ifrån skadeståndet genom att uppgiva sin rätt till spillrorna.[9]

Dessa omnämnanden ha varit nödvändiga för att man skall kunna förstå följande uttalande, som Bertrand de Greuille gjort (i sin redogörelse till Tribunatet) till närmare motivering av art. 1386:

»Cette décision est bien moins rigoureuse et plus équitable que la disposition qui se trouve dans la loi romaine. Celle-ci autorisait l'individu dont le batiment pouvait être endommagé par la chute d'un autre qui était en péril de ruine, à se mettre en possession de cet héritage voisin, si le propriétaire ne lui donnait des suretés pour le dommage qu'on était fondé à craindre. Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action, et pouvait opérer la dépossession: le projet, au contraire, veut avant tout que le mal soit constant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé, et déterminer une condamnation à son profit. C'est après cet écroulement qu'il est permis d'examiner le dommage, de fixer son importance; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation.»[1]

---

[7] Jfr t. ex. Cuq, s. 574 f.
[8] D. 39.2.6.
[9] Mazeaud II, n. 1045.
[1] Locré XIII, s. 43 f. Detta citat innehåller vad som borttransumerats från citatet å s. 85 ovan.

Det framgår av dessa ord, såsom Mazeaud säger, att lagens författare icke blott, i likhet med äldre rätt, velat förbjuda en motsvarighet till den prätoriska *missio in possessionem*, utan även att de åsyftat att avskaffa det surrogat, som den äldre rätten godtagit i möjligheten för den hotade grannen att få reparera den fallfärdiga byggnaden på dess ägares bekostnad.

Det sagda visar tydligt, att art. 1386 icke kan vara uttryck för någon avancerad princip på skadeståndsrättens område. Förvisso har det icke varit fråga om hävdandet av en från rättvisemetoden frigjord princip om strikt ansvar. Man skulle snarare kunna säga, att stadgandet blott innefattar ett avståndstagande från det inflytande, som ett gammalt romerskt rättsinstitut synes ha haft på äldre fransk rätt. Av allt att döma har man fattat skuldpresumtionen som stadgandets egentliga grund. Emellertid har det i förevarande sammanhang mindre intresse, huruvida art. 1386 fått sin tillvaro motiverad genom skuld-idén eller icke. Stadgandet sitter likväl fast i den gamla rättsideologien med dennas föreställningar om rättvisan i rättsreaktionerna. Det har nämligen i allt fall, såsom en framstående kommentator säger, baserats på den *obligation*, »som åvilar ägaren, att försäkra sig om att hans fastighet har uppbyggts i enlighet med alla konstens regler och att den har på lämpligt sätt underhållits».[2]

Man tänker sig sålunda, att en plikt åsidosatts, varigenom handlingssättet blivit åtminstone »objectivement illicite». Huruvida man nu presumerar eller icke, att det också varit subjektivt rättstridigt, d. v. s. att skuld städse föreligger — en presumtion som då vore *iuris et de iure*, d. v. s. icke motvisbar — är för påvisande av den skolastiska arten att resonera likgiltigt.

Hur man än vill tolka art. 1386, måste det av vad som sagts framgå, att stadgandet har sin *raison d'être* varken i syftet att modifiera skuldens dominerande betydelse i skadeståndsrätten eller i syftet att just för situationen i fråga införa en ansvarsprincip, byggd på från rättsideologien frigjorda och i denna mening verklighetstrogna synpunkter.

Resultat beträffande innebörden av uttalandet i art. 1384.

Återgå vi nu till det egendomliga uttrycket i första stycket av art. 1384 — att man är ansvarig »du dommage qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde» — så blir resultatet ettdera av följande

[2] Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2956. Jfr Planiol II, n. 930, som beträffande ansvaret över huvud »du fait des choses» finner det i och för sig »très raisonnable et très juste» att å varje ägare lägga »l'obligation légal d'entretenir sa chose».

alternativ. *Antingen* är det blott en komplettering till art. 1382 och 1383, betonande att man är ansvarig även »du fait des choses» och icke blott »du fait personnel». Detta betonande berör då icke alls skuldförutsättningen, beträffande vilken sålunda genom uttrycket i fråga ingen ändring göres från skuld-ansvaret enligt de båda föregående artiklarna »conformément au droit commun». *Eller* ock — och detta synes ha de avgjort starkaste skälen för sig — säger uttrycket i rättsligt avseende ingenting utan är blott ett förebådande av art. 1385 (möjligen också av art. 1386).[3]

Den moderna tolkningen av »la responsabilité du fait des choses» i art. 1384.

Jag har varit angelägen att konstatera det sist sagda, när jag nu går att allmänt belysa det sätt, varpå man numera — med egentlig början under 1890-talet — utlägger orden i art. 1384 om ansvar för skada, orsakad »par le fait d'une chose». Vi skola därvid finna, att en vetenskaplig åskådning är lika främmande för dessa moderna författare, som om de hade känt sig bundna av skuldförutsättningen. Emellertid skall nu först den franska judikaturen beröras.

Allmän anmärkning.

Frankrike stod under sista kvartseklet av 1800-talet liksom alla länder i ett prekärt läge med hänsyn till skadeståndsrätten. Det hade blott dessa artiklar 1382—1386 att tillgå. Dock var det genom »commettant»-ansvaret bättre rustat åtminstone än vårt land. Men detta var likväl icke tillräckligt. Maskinteknikens uppsving, medförande en omvälvning av förhållandena på kommunikationsväsendets, industriens och andra företagarverksamheters områden, ställde samhället inför skadeståndsproblem, som icke kunde tillfredsställande lösas blott efter artiklarna i C. civ. Vad var nu att göra?

Låt oss först ett ögonblick se efter, hur vi i Sverige mött denna fråga; icke därför att vi löst den, men därför att ju också vi nödgas brottas med densamma. Vi införde först 1886 års lag om ansvar för skada genom järnvägsdrift och har sedan fortsatt med andra liknande lagar,

[3] Såsom förebådande blott art. 1385 kan dock uttryckets anslutning till art. 1382 och 1383 antagas ersätta tystnaden i art. 1385 angående skuld-grunden för ansvaret i detta stadgande.

enligt vilka en person kan bli ansvarig utan egen culpa, varjämte naturligtvis måste nämnas vår lagstiftning om ersättning för skada i följd av olycksfall i arbete. På området utanför antydda lagar ha våra domstolar dessutom tillämpat vissa principer om strikt ansvar. Vad man än må kunna säga om grundlaget för dessa principer, så giva sig domstolarna dock vid deras användning i allmänhet icke skenet av att tillämpa skriven lag. Har det likväl då och då skett, så har det skett på indirekt väg genom culpa-fiktion[4], men man har icke i något lagstadgande inlagt innebörden av en viss ansvarsregel, när det varit uppenbart, att stadgandet icke kunde ha sådan innebörd. Det är detta, som man däremot har gjort i Frankrike. Även där skred man — och före oss — till lagstiftning om ersättning för skada genom olycksfall i arbetet, men någon motsvarighet till våra lagar om ersättning för skada i följd av järnvägsdrift, automobiltrafik etc. finns icke i Frankrike. Sådana skadeståndsfrågor liksom i allmänhet utanför ansvar »du fait d'autrui» fallande situationer av skada, som svaranden icke varit vållande till, pressas — när art. 1385 och 1386 icke komma i fråga — in till bedömande under detta uttryck i art. 1384, att man svarar för skada orsakad »par le fait des choses que l'on a sous sa garde»[5], ett uttryck som endast kan förstås mot bakgrunden av förarbetena och insatt i sitt sammanhang, men som, lösryckt härifrån och generaliserat, är rent meningslöst och, även frånsett detta, icke kan betraktas såsom en verklig föreskrift om ansvar. Nu är det visserligen sant, att frestelsen till ett sådant förfaringssätt — ehuru det förefaller egendomligt att däri kunna finna något frestande — varit en annan i Frankrike än hos oss, som svårligen skulle ha kunnat utleta något skenbarligen användbart stadgande för ändamålet.[6] Jag nämner därför icke heller saken såsom en vår förtjänst utan endast till bevis för att, hur trängande behovet än kan vara för rättspraxis — på grund av en större eller mindre helt naturlig tröghet i lagstiftningens förmåga att anpassa sig efter nya förhållanden — att så att säga på eget bevåg ackommodera sig efter dessa förhållanden, så kan det icke vara nödvändigt för till-

[4] Culpa-regeln är visserligen icke utanför straffbarhetsområdet skriven lag i bokstavlig mening, men den kan i detta sammanhang helt likställas med skriven lag. Se Culpa-Regeln, s. 29 f. och beakta de många spridda lagstadganden, vilka uppenbarligen utgå från culpa-regeln såsom gällande lag.

[5] För fullständighetens skull vill jag dock erinra om lagarna 31 maj 1924 och 8 juli 1941 om ansvarighet »de plein droit» för skada genom lufttrafik. Dessa lagar ha återgivits i noten å s. 33 ovan.

[6] Man skulle visserligen ha kunnat reflektera på vissa §§ i 1886 års lag om ansvar för skada i följd av järnvägsdrift. Men *dels* var denna en speciallag, *dels* var den särskilt på den tiden, när extensionen skulle ha ifrågasatts, alltför ny för att dess grund skulle kunna ha helt och hållet vantolkats.

godoseende av detta behov att förfalska innehållet i stiftad lag. Det är emellertid just detta, som har skett i Frankrike. Det kan nämligen här icke sägas, att man bedrivit en extensiv tolkning på laganalogiens väg. Ty detta förutsätter att man — om man också går utanför orden — likväl håller sig inom vad som kan på ett eller annat sätt fastslås såsom varande »ratio legis». I Frankrike har man icke gått till väga på detta sätt, snarare på ett motsatt. Ty det slutliga resultatet har blivit, att man pressat de i och för sig i sin isolering obegripliga orden i första stycket av art. 1384 för att därur vinna en rättsprincip, som icke har ens det mest avlägsna samband med »ratio legis» för dessa ord.

Extensionen av art. 1386.

Början synes emellertid ha gjorts med ett försök att utnyttja art. 1386. Det skedde i en dom av appellationsdomstolen i Paris den 20 augusti 1877. Här dömdes en stad såsom ägare av mark (därmed också av å marken växande träd) att ersätta en arbetare, som skadats »par la chute d'un arbre». I domen fastslås först, att ansvaret efter art. 1386 vore bundet vid äganderätten »comme sanction de la négligence et de l'incurie du propriétaire». Jag citerar dessa ord ur domen till belysning av skuldföreställningens makt över domstolarna ännu så sent även beträffande detta mera exklusiva stadgande. Då en person nu i egenskap av ägare av en byggnad svarar under i artikeln angivna förutsättningar, så bör han, heter det vidare, »par application du même principe, être responsable du dommage causé aux tiers par la chute d'un arbre qui lui appartient, lorsqu'elle est le résultat de la vétusté et du vice propre du tronc».[7] Detta sätt att analogisera synes mig näppeligen kunna försvaras därmed, att det i detta fall — låt vara att saken icke bestod av en »bâtiment» — dock rörde sig om »un immeuble par nature».[8] Man kan dock icke komma ifrån, dels att artikeln klart och tydligt efter orden begränsar sig till skada genom »la ruine d'un bâtiment» och dels att förarbetena utvisa ett mycket begränsat syfte med artikeln, nämligen att reagera mot den äldre rättens reminiscenser av romarnas *cautio damni infecti*.[9]

Djärvheten i den nämnda analogien förbleknar dock emot en dom, återigen av Cour de Paris, den 19 maj 1893. En maskinarbetare vid

[7] Sirey 12.2.99.
[8] Jfr Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2967.
[9] Se ovan s. 88 ff.

namn Teffaine på en bogserångare skadades till döds genom ångpannans explosion. Maskinen var byggd av en viss Oriolle. Ångaren ägdes av Guissez et Cousin, vilka — frikända av tribunaldomstolen — efter änkans appell till Cour de Paris av denna dömdes ansvariga med en motivering, i vilken det efter konstaterande av vissa fakta, bl. a. Teffaines egen frihet från all skuld, heter följande:

»Considérant que si, dans l'espèce, une clause spéciale garantissant le mécanicien contre une explosion de sa machine ou un échappement de vapeur n'a pas été insérée en la convention, il y a lieu de faire application de l'art. 1160, C. civ., et de suppléer, dans le contrat, la clause qui est d'usage, et qui est ici de toute nécessité; — Considérant, en outre, que le propriétaire d'un batiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par un vice de construction (art. 1386, C. civ.); que, par analogie, il est juste de décider qu'en confiant à Teffaine une machine, Guissez et Cousin sont responsables du dommage qui a été occasionné par un vice de construction de ladite machine; que, par application de ces principes, Guissez et Cousin son responsables de l'accident dont s'agit, et doivent à la veuve et aux héritiers Teffaine une indemnité . . .»[1]

Detta är blott konstruerandet i det blå. Med en sådan metod kan vilket önskvärt domslut som helst finna stöd i artiklar i C. civ. Art. 1160 säger: »On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.» Därest klausulen om arbetsgivarens ansvar för skada å arbetaren genom dylika olyckor verkligen hört till bruket i arbetsavtalen och följaktligen arbetsgivaren i dylika fall *alltid* vore ansvarig — antingen avtalsmässigt eller enligt art. 1160 — hur skulle de dåtida nödropen på en lagstiftning om ersättning åt arbetare för skada genom olycksfall ha kunnat vara så allmänna och högljudda och hur skulle då just denna dom jämte kassationsdomstolens senare inställning till densamma ha kunnat betraktas som föranledd av »le mouvement d'opinion en faveur de la réparation par les employeurs du dommage subi par les victimes d'accidents du travail»?[2] Och hur skulle överhuvud ansvarets utdömande i detta fall ha kunnat betraktas såsom en fullkomlig nyhet i den franska rätten? Slutligen: om man verkligen varit övertygad om tillämpligheten av art. 1160 i detta fall — varför skulle man då åberopa sig på ytterligare en »princip», till på köpet en så hasardartad som analogi från art. 1386? Hela saken är mycket intressant: det starka behovet av en sådan rättsregel som den i fallet använda framdriver en höggradig önskan där-

[1] Sirey 19.1.212.

[2] Att detta låg bakom domen synes vara otvivelaktigt, se Planiol et Ripert VI, n. 612. Se även Planiol II, n. 931.

efter, som i sin tur föranleder konstruktionen av regeln, dock blott i fantasien, efter som intet annat tillkommit än en stegring av — känslan av behovet av regeln. I sin kommentar till domen har också Esmein framhållit att art. 1160 blott kunde tillämpas, om den supplerade klausulen *med säkerhet* tillhörde det ifrågavarande arbetsavtalets *natur*. Godkändes icke denna förutsättning, bleve resultatet, att man skulle tillåta domaren att genom parternas tystnad i frågan vid avtalet införa en klausul i detta, varigenom den allmänna rätten ändrades, något som vore omöjligt, hur bruklig än klausulen kunde vara i praktiken.[3]

När domstolen därefter finner det rättvist att göra svaranden ansvarig genom analogisk användning av art. 1386, så måste ju detta i förevarande fall vara, om möjligt, ännu mindre motiverat än i 1877 års dom. En orörlig byggnad, som hotar grannen genom sin fallfärdighet, är dock något helt annat än ångmaskinen på en båt! Man tager väl icke miste, om man förmodar, att indragandet av art. 1386 i dessa båda fall har berott på Demolombes auktoritet. Denne uttalade nämligen, dock utan någon som helst argumentation, att dispositionen i art. 1386, liksom för övrigt även i art. 1385, vore grundad på den principen »que chacun est responsable des défauts inhérents à sa chose».[4] Påståendet bottnar naturligtvis i rättvisechimären liksom Bertrand de Greuilles (i samband med motiveringen för ansvaret för djur, ovan s. 85), att intet, som tillhörde någon, kunde »impunément» få skada annan.

---

[3] Esmein, Not 1 s. 209. — Till belysning av hur subjektiv den ifrågavarande konstruktionen är kan citeras ett i rakt motsatt riktning gående uttalande av kassationsdomstolen i Belgien den 28 mars 1889: »Attendu qu'aucun texte de loi ne définit ni ne précise la garantie qui peut éventuellement être due par le maître à l'ouvrier; que cette garantie n'est donc pas de l'essence du contrat de louage de services, et qu'elle n'en est même pas la conséquence naturelle et normale»; Sirey 16.4.3 (s. 5 sp. 1).

[4] Demolombe, Cours, n. 656; i franska upplagan: XXXI n. 656. Emellertid synes det vara Demolombes mening, att jämväl bakom bestämmelsen i art. 1386 ligger en skuld-presumtion, låt vara i detta fall — till skillnad från art. 1385 — »irréfragable». Man synes komma härtill genom jämförelse mellan n. 656 och n. 638. Se också Planiol II, n. 930. — Parisdomstolens konstruktiva »tillämpning» av art. 1160 och 1384 beror på rättsideologien och den med denna förbundna föreställningen, att domen städse är en tillämpning av givna rättsregler, d. v. s. satser tillhörande den materiella rätten. Domaren måste följaktligen före dömandet vara på det klara med vad den materiella rätten säger i frågan. Finns det då icke otvetydig lag eller praxis, så tror domaren likväl, att den eller de maximer, han efter visst psykologiskt förlopp beslutar sig för att använda i fallet, tillhöra den materiella rätten, d. v. s. varit och äro gällande rätt. Emellertid kan ju nu ensamt domarens uppfattning, att maximen är lämplig att döma efter, icke utgöra ett nöjaktigt kriterium på dess karaktär att verkligen tillhöra rätten. Detta kriterium tror man sig däremot kunna anskaffa genom sådana fiktiva laganalogier som Parisdomstolen företagit sig.

Den moderna tolkningen etc. (forts.): Judikaturens inställning.

Cass.-Civ. den 16 juni 1896.

Låt oss emellertid återgå till Paris-domen 1893. Såväl Guissez et Cousin som Oriolle, konstruktören, besvärade sig mot denna. Kassationsdomstolen avslog besvären men kom med en motivering, som synes bilda första egentliga plattformen för den berömda »théorie du risque créé» i den franska skadeståndsrätten. Den celebra domen, av den 16 juni 1896, motiverades sålunda:

»Attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur à vapeur Marie, qui a causé la mort de Teffaine, est due à un vice de construction; qu'aux termes de l'art 1384, C. civ., cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur, sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant, soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé; — D'où il suit qu'en condamnant Guissez et Cousin, propriétaires du remorqueur Marie, à payer des dommages et intérets à la veuve et aux enfants de Teffaine, ledit arrêt, d'ailleurs motivé, n'a violé aucun des articles (bl. a. art. 1160) visés au pourvoi.»[5]

Här skjutes nu fram art. 1384 såsom rättsgrund för ansvaret. Den motvädjade domen står sig, heter det, i betraktande av att det däri gjorda konstaterandet av sambandet mellan konstruktionsfelet och olyckan i enlighet med orden i art. 1384 etablerar ägarens ansvarighet. Med den konstiga formuleringen tages avstånd såväl från antagandet av kontraktsenligt ansvar som från användningen av art. 1386.[6] Att det här icke kan vara fråga om tolkning av lag måste framgå av det föregående.

Nu synes emellertid art. 1384 redan någon kortare tid före berörda dom ha varit använd i fråga om ansvar »du fait des choses», men stadgandet har då ansetts blott grunda en motbevisbar presumtion mot sakvårdaren om dennes skuld.[7] Det är möjligen med anledning härav, som i förevarande dom den slutsatsen drages, att explosionens härflytande av konstruktionsfelet utesluter »le cas fortuit et la force majeur», uppenbarligen de enda grunder — utöver den skadades egen skuld[8] — som en ägare enligt domen skulle kunna åberopa till sin

[5] Sirey 19.1.212.

[6] Sirey 19.1.208, den redaktionella noten, och 210, noten av Esmein.

[7] Se den redaktionella noten hos Sirey 19.1.208.

[8] Det har naturligtvis aldrig bestritts i någon dom, att »la faute de victime» kunde befria svaranden från ansvar. Motsatsen har däremot ofta framhållits. Se t. ex. domen 19 jan. 1914 av Cass.-Req., berörd nedan s. 99 n. 7. Att så icke skett i förevarande dom

befrielse från ansvaret. Dessa grunder utgöra dock en begränsning för ansvaret. Denna begränsning har icke i senare domar överskridits. Vad de båda grunderna i verkligheten innefatta är kanske icke lätt att principiellt avgöra. Denna dom giver därutinnan dock negativ ledning i två avseenden. Sådant som skadans förorsakande genom konstruktionsfel å saken är under inga omständigheter att betrakta som »cas fortuit» eller »force majeur», hur omöjligt det än må ha varit för ägaren (eller vårdaren) av saken att ana sig till konstruktionsfelets existens. Detta tydliggöres genom framhävandet av att ägaren icke kan undandraga sig ansvaret genom att visa, att felet berott på maskinkonstruktörens skuld eller att det haft »le caractère occulte». Härigenom kan man också draga den slutsatsen, att blott detta, att ägaren kunnat fullständigt utreda sin egen frihet från skuld, icke innefattar utredning om förhandenvaro av »cas fortuit» eller »force majeure».[9] Saken skall emellertid senare ånyo beröras.[1]

Labbés uttalanden.

Genom den nu berörda domen hade judikaturen lämnat ett betydande bidrag till den berömda läran om strikt ansvar, den s. k. »théorie du risque créé», till vilken ett par sedermera namnkunniga teoretiker, Saleilles och Josserand, kort efteråt anses ha lagt den teoretiska grunden.[2] Ehuru dessa båda sålunda betraktas som teoriens grundläggare hade tankarna i denna dock redan kommit till uttryck i den store »arrêtisten» Labbés domskommentarer.[3] Egendomligt nog hade han dryftat dessa tankar, innan han själv gillade dem. Han hade nämligen redan i en »note» till en dom av Cass.-Civ. den 19 juli 1870 diskuterat och avvisat riskteoriens synpunkter. Domen, som avsåg talan mot ägaren av en ångpanna om ersättning för skada, som tillfogats tredjeman genom pan-

kan sammanhänga med, att det i detta fall varit överflödigt, då Cour de Paris konstaterat ostridiga grunder för den skadelidandes skuldfrihet.

[9] Jfr Sirey 19.1.209, den redaktionella noten.

[1] S. 100 n. 2 och 102 ff.

[2] Det är dessa båda arbeten, som åsyftas: Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile; och Josserand, La responsabilité du fait des choses inanimées; båda arbetena 1897. Saleilles hade dock uttalat sig i ämnet ett par år dessförinnan nämligen i Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1894 s. 659. Jag har tyvärr icke haft tillgång till någon av de båda förstnämnda arbetena; de finnas icke på något svenskt bibliotek.

[3] Titeln »arrêtiste» hade Labbé, som under flera decennier var professor i juridik i Paris, förvärvat genom mängden av sina domskommentarer i »notes» i Sireys prejudikatsamling under åren 1861—1894. Bibliografi över dessa »notes» av Labbé finns hos bl. a. Cohendy, Thèse, s. VIII.

nans explosion, utgår från principen, att bifall till dylik talan förutsätter, att svaranden överbevisas om sin skuld.[4] Labbé anslöt sig till domen. Dessförinnan skildrade han emellertid följande »système», som enligt honom »est vaguement au fond de beaucoup d'esprits» och bestode däri, att

»le propriétaire répond du dommage causé par sa chose, non parce qu'il est en faute, mais par cela seul qu'il est propriétaire. Voici comment ce système se motive: Vous avez une chose en propre, vous l'utilisez, vous en avez tout le profit; si elle est nuisible à autrui, vous en devez réparation. Vous introduisez ou vous entretenez, au sein de la société, un animal d'une impétuosité ou d'une voracité redoutable; vous construisez, vous employez un instrument, un moteur d'une grande puissance; vous le faites à vos risques et périls. Si les tiers en éprouvent un dommage, vous qui avez retiré de la chose tous les avantages de son emploi, vous devez subir la charge de l'indemnité qui est due aux tiers. Les dommages et intérêts sont dus par la propriété, plutôt que par l'homme. L'homme doit prélever sur la valeur de la chose et sur les profits qu'il en a retirés de quoi indemniser les tiers à qui la chose a nui.»[5]

Som sagt avvisade Labbé då ett sådant »système» för den franska rättens del. »Ingen är ansvarig för en olyckshändelse, om han icke är i skuld: så kan man återgiva art. 1382», säger han, tilläggande att även om icke samtliga art. 1382—1386 upprepa ordet »skuld», så domineras de dock i detta avseende av den princip som inskrivits i art. 1382.[5] Tjugo år därefter blev han emellertid ångerköpt över sin ståndpunkt. Han tillkännagav detta i sin kommentar till den i en not härovan, s. 95, berörda domen den 28 mars 1889 av belgiska kassationsdomstolen, en kommentar, som han avslutar sålunda:

»Nous avons, en 1870, émis une opinion contraire; nous avons lié essentiellement la responsabilité à une faute. Mais, après une réflexion plus profonde, une étude plus attentive de la rédaction de la loi, plus touché que nous ne l'avions été de la corrélation entre les chances bonnes ou mauvaises d'une opération volontaire, entre les profits et les risques d'une entreprise, nous changeons de sentiment, et nous accordons en équité notre adhésion à ce principe que celui qui perçoit les émoluments procurés par l'emploi d'une machine susceptible de nuire aux tiers, doit s'attendre à réparer les préjudices que cette machine causera. C'est sous sa responsabilité que l'on introduit pour son intérêt dans l'humanité une cause d'accidents et d'infortunes.»[6]

Saleilles och Josserand tilldelar man »l'honneur d'avoir édifié la théorie de la responsabilité du fait des choses». Detta kan väl vara riktigt, om man lägger tonvikten på »édifié». Men »grundtankarna» i ämnet hade

[4] Sirey 10.1.750 f.
[5] Labbés not hos Sirey 10.1.751.
[6] Labbés not hos Sirey 16.4.4.

på uppmärksammad plats redan 1870 diskuterats och 1890 accepterats av Labbé. Honom tillkommer, i allt fall framför Saleilles och Josserand, den — såsom vi skola finna — kanske något tvivelaktiga äran att ha grundlagt denna berömda »théorie du risque créé».

Allmänt om judikaturen efter domen den 16 juni 1896.

Jag har trott det vara av särskilt intresse att få kännedom om judikaturens inställning just vid tiden för omslaget i »tolkningen» av art. 1384 angående »la responsabilité du fait des choses», och därför har jag så pass ingående uppehållit mig vid det fall, som slutligen avgjordes av Cass.-Civ. den 16 juni 1896, ävensom vid Labbés uttalanden dessförinnan i anslutning till eller opposition mot föregående domar. Då, som förut antytts, kassationsdomstolens nya tolkning av art. 1384 ansetts influerad av behovet av ersättningsanspråk för arbetare på grund av olycksfall i arbetet, förmodades på många håll, att tolkningen i fråga skulle upphöra efter införandet av lagen den 9 april 1898 om ersättning på grund av olycksfall i arbete. Så har dock icke skett. Flera domar av samma art som domen den 16 juni 1896 ha följt på denna. Ända till år 1930 har därvid i bakgrunden legat föreställningen, att svarandens ansvarighet berodde därpå, att art. 1384 etablerade en presumtion om *skuld* hos ägaren i vårdnaden av saken eller hos den, till vilken vårdnaden av saken övergått.[7] I fråga om presumtionens motbevisbarhet sågo vi i 1896 års dom, att svaranden icke kunde fria sig från ansvaret genom att visa sin egen frihet från »skuld» utan blott genom att ådagalägga skadans beroende av »cas fortuit» eller »force majeure». Under mer än halvannat decennium därefter synes man dock ha dragit sig för att verkligen tillämpa denna ståndpunkt, i det att man faktiskt använt sådana formuleringar, att svaranden hade möjlighet att fria sig från ansvarigheten genom att ådagalägga sin egen skuldfrihet.[8] Den första dom av kassationsdomstolen, som återgick till den ursprungliga, 1896 intagna stånd-

[7] Detta framträder ofta direkt i domen. Så heter det i domen av Cass.-Req. den 19 januari 1914, att »cette disposition de la loi (nämligen art. 1384) implique, au gardien de la chose, une présomption de faute, qui ne peut être detruite que si celui-ci fait la preuve que l'accident a eu pour cause un cas fortuit ou de force majeure, ou la faute de la victime», Sirey 1914.1.128.

[8] Se kassationsdomstolens domar 30 mars 1897 (Sirey 19.1.441), 31 juli 1905 (Sirey 1909.1.143) och 29 april 1913. (Domarna kort refererade hos Ussing I, s. 482, 485 och 492.) Jfr Planiol et Ripert VI, n. 620; Josserand II, n. 546 och i synnerhet Mazeaud II, n. 1297. Se även Bichot, som, s. 24, påvisar att domsavgörandena i frågan under denna tid stredo mot varandra.

punkten, synes ha varit den nyss berörda av 19 jan. 1914. Men därefter torde ingen ändring i förevarande avseende ha skett.

Man har jämfört utvecklingen här med den, som skedde i fråga om ansvaret för djur efter art. 1385.[9] Som vi förut sett, betraktades ifrån början skuldpresumtionen efter art. 1385 såsom en vanlig »praesumptio iuris tantum».[1] Det var mångdubblingen av trafikolyckorna, som föranledde praxis att här »se montrer plus favorable à la victime». Det var med hänsyn härtill och under inflytandet av Aubrys och Raus arbete »Cours de droit civil», som kassationsdomstolen alltifrån 1885 hävdat, att skuldpresumtionen i art. 1385 endast viker »devant la preuve soit d'un cas fortuit, soit d'une faute commise par la partie lésée».[2] På lik-

[9] Se t. ex. Mazeaud II, n. 1297 och Bichot, s. 24 f.

[1] Ovan s. 87 f.

[2] Mazeaud II, n. 1132. Formuleringen hämtad från domen av Cass.-Civ. 27 okt. 1885. Sirey 14.1.829. Liknande formuleringar återfinnas i flera senare domar av kassationsdomstolen, t. ex. 9 mars 1886, Sirey 15.1.64; 11 mars och 29 maj 1902, Sirey 1902.1.309; 28 nov. 1904, Sirey 1906.1.488. I samtliga dessa domar talas, egendomligt nog, blott om »cas fortuit» icke om »force majeure». »Cas fortuit» täcker här uppenbarligen även »cas de force majeure»; jfr t. ex. domen av Cass.-Req. 16 maj 1887, Sirey 15.1.415. Här sägs att de av käranden vidtagna försiktighetsmåtten »éloignent par elles-mêmes toute idée que cet accident puisse être attribué à un cas de force majeure». Här synes »force majeure» täcka »cas de fortuit». Först i domen av Cass.-Civ. 19 jan. 1910, Sirey 1910.1.375, få vi, beträffande ansvar för skada genom djur, uttrycket »cas fortuit ou de force majeure», nämligen i domstolens citat ur appellationsinstansens motivering. Slutligen heter det i kassationsdomen 17 juli 1917, att den i art. 1385 föreskrivna skuldpresumtionen försvinner »devant la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une faute de la victime», Sirey 1918—1919.1.8 (domen i 1er espèce). Dessa domar, avseende ansvar för skada genom djur, bekräfta tydligen uppfattningen, att någon egentlig distinktion icke göres mellan »cas fortuit» och »force majeure» (jfr nedan s. 103). Enligt Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 724, skulle »gällande rätt» alltjämt innefatta, att djurets ägare (resp. brukare) kunde fria sig från ansvaret genom att blott ådagalägga frånvaro av skuld. Han nämner icke de hithörande prejudikaten och för följande resonemang. Art. 1385 bygger på presumtion om djurägarens skuld. Denna presumtion *får* motbevisas, till stöd varför åberopas (andra mom. i) art. 1352 C. civ. Djurets ägare »devrait donc» undgå ansvarigheten »en prouvant l'absence de faute». Nödvändigheten för honom att ådagalägga »cas fortuit» etc. antydes icke. — Baudry-Lacantinerie et Barde IV, n. 2946, avvisar emellertid en sådan ståndpunkt och säger sig följa den mening, som fordrar »une preuve directe et précise», d. v. s. bevis »qu'il y a eu cas de force majeure ou faute de la victime». Man betvivlar dock här icke ett ögonblick, att stadgandet bygger på presumtion om den ansvariges skuld. Detta göra däremot de egentliga riskteoretikerna. Josserand t. ex. resonerar, II n. 520—523, på följande sätt. I de fall då svaranden frikännes — vid »le cas de force majeure ou la faute de victime» — har skadan i själva verket icke skett »par le fait d'un animal». Följaktligen befinner man sig icke längre »dans les termes ou dans l'esprit de l'article 1385, qui prévoit que le dommage a été causé par l'animal». Konsekvensen härav blir nu att — såvitt som det överhuvud är fråga om området för art. 1385 — svaranden aldrig kan undkomma ansvaret. Följaktligen är skuld-presumtionen absolut, en *praesumtio iuris et de iure*. Men skuld som presumeras utan tillåtlighet av motbevisning är blott och bart en fiktion. »En vérité», fortsätter han, »la responsabilité du gardien d'un animal est d'ordre objectif:

nande sätt förhölle det sig nu i fråga om ansvaret för skada genom ting efter art. 1384: »les accidents causés par les choses inanimées se multiplièrent . . . la victime d'une pareille chose avait besoin d'une protection tout aussi efficace que la victime d'un animal . . .».[3] Därför såg man sig nödsakad återgå till den 1896 intagna ståndpunkten.

Kassationsdomstolen har emellertid något mera preciserat de ansvarsfriande grunderna än som skedde i 1896 års dom. I domen 19 jan. 1914 hade, som vi sågo, uttryckligen fastslagits, att svaranden friades genom bevisning om »offrets» egen skuld. Sedermera ha en del domar givit vid handen, att vilken som helst »cause étrangère», som föranlett skadan och icke kunnat tillräknas svaranden, kommer ansvaret att förfalla. Denna sak synes ha fått sin alltjämt[4] gällande formulering i domen av Cass.-Civ. den 21 februari 1927, som inleder sina domsskäl på följande sätt:

»Attendu que la présomption de faute établie par cet article (l'art. 1384 alin. 1er C. civ.) à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose mobilière inanimée, qui a causé un dommage à autrui, ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue.»[5]

Formuleringen »une cause étrangère» innesluter naturligtvis såsom grund för ansvarsfrihet utom bl. a. den skadades egen skuld, jämväl *handling av tredjeman*, dock blott såvitt den icke kan »tillräknas» sva-

---

elle procède de l'idée de risque; celui qui crée un risque, en introduisant dans la société un élément virtuel de dommage, doit, si ce risque se réalise, en supporter le poids.» För att på detta sätt få användning för riskteoriens speciella rättvise-metod, har Josserand sålunda måst göra »vetenskaplig» användning av ett såsom rättsfaktum så orimligt begrepp som »le fait d'animal». Skuldidéen är alltid orimlig. Den blir det i förevarande fall icke mer eller mindre, allteftersom den s. k. skuldpresumtionen i art. 1385 anses »oövervinnelig» eller icke. Ehuru detta icke beaktats av Josserand, är naturligtvis den isolerade iakttagelsen av honom riktig, att en *praesumtio iuris et de iure* blott är en fiktion. — En sak för sig är emellertid, att, som sagt, begreppet »le fait d'animal» icke kan tagas till utgångspunkt för rättsvetenskapliga resonemang. Men när nu ordet — på grund av relationen mellan art. 1385 och första stycket i art. 1384 — indragits i resonemangen, så måste den distinktion, som Josserand, efter vad vi sågo, inlåtit sig på, genom sin fullständiga godtycklighet vara meningslös. Antag att en person stångats av en ilsken tjur. En sådan skadeorsak är otvivelaktigt avsedd med termen »le fait d'un animal». Denna betydelse av ordet kan väl icke rubbas därigenom, att skadans timande möjliggjorts endast genom den skadades egen skuld eller genom att tjuren av ren olyckshändelse sluppit lös! Skadan har väl även i dessa båda fall direkt skett genom stångning av tjuren, alltså »par le fait d'un animal».

[3] Mazeaud II, n. 1297.

[4] Åtminstone intill 1938, ty senare prejudikat känner jag icke.

[5] Sirey 1927.1.137.

randen. Sin största praktiska betydelse torde sistnämnda inskränkning få genom ansvaret »du fait d'autrui» efter art. 1384, framför allt »commettant»-ansvaret. Om nu skadan visas härleda sig från handling av svarandens »préposé», men denna handling befinnes icke ha skett »dans les fonctions» eller ens »à l'occasion des fonctions», för vilka han anställts, synes svaranden ha ådagalagt ansvarsfriande »cause étrangère».[6] Men eljest är handling av en préposé just något, som enligt den franska rätten måste anses vara svaranden »imputable». Jag berör senare i helt annat sammanhang ett fall, i vilket tredjemans handling ansågs vara svaranden »imputable», ehuru tredjeman icke var hans préposé.[7] Men ett kontraktsförhållande mellan dem förelåg dock, varigenom tredjeman beträffande handlingen i fråga ansågs — liksom en préposé — stå under svarandens »contrôle et direction».

Den nyss berörda domsformuleringen anför de tre begreppen — »cas fortuit, force majeure, cause étrangère» — såsom vore de sidoordnade med varandra. Detta kan näppeligen vara riktigt och verkar, liksom hela sammanställningen, ganska förvirrande. Både »cas fortuit» och »force majeure» måste, jämte andra möjligheter, vara underordnade begreppet »cause étrangère».[8] Man kan ju även tycka, att »force majeure» vore innefattat i »cas fortuit». Men, bortsett därifrån, vad är skillnaden mellan dessa båda? C. civ. använder uttrycken i skilda artiklar både tillsammans och isolerade men låter ingenstädes deras respektive betydelser klart framträda. Allmänt kan naturligtvis sägas, att efter orden avser »force majeure» något, som är »insurmontable de l'obstacle», och »cas fortuit» något som är oförutsett.[9] Konsekvensen härav kan dock

[6] Avvikande mening möjligen dock hos Planiol et Ripert VI, n. 620, fotnot 3, där det kort och gott heter: »Mais le préposé du gardien n'est pas un tiers.» Kanske menar man blott »le préposé» i hans egenskap av fungerande »préposé».

[7] Nedan s. 194 n. 2.

[8] Senare finner man också stundom formuleringen »toute *autre* cause étrangère»; så t. ex. i en dom av Cass.-Civ. 21 juni 1937; Sirey 1938.1.16.

[9] Se t. ex. Planiol et Ripert VI, n. 382. — Josserand har sin särskilda syn på denna fråga. Han gör begreppsdistinktionen i samband med sin behandling av skuld-ansvaret. Endast »cas de force majeure» utgjorde »un fait étranger à la personne du défendeur»; blott därmed förstodes en »cause extérieure au prétendu responsable». I motsats härtill karakteriserar han »cas fortuit» såsom en »événement anonyme qui se produit à l'intérieur de l'entreprise, d'une façon plus générale, à l'intérieur du cercle obligatoire»; Josserand II, n. 451. Såsom exempel på force majeure anföres: storm, översvämning, en »trombe d'eau», handling av tredjeman m. m. Se Josserand II, n. 451. Han menar så, vid behandlingen av ansvaret »du fait des choses», a. st. n. 547, att blott »force majeure» men icke »cas fortuit» kunde fria svaranden från ansvaret. Såsom exempel på »cas fortuit» anför han bl. a. ångpanneexplosion, bristning av vevstake eller bildäck, explosion av slangen, kullkörning, slirning, vägbanans dåliga tillstånd eller dess beskaffenhet att hindra föraren från fri sikt. Denna distinktion är sålunda blott terminologisk: Josse-

näppeligen anses uppehållen i judikaturen. Om t. ex. en ångpanna exploderar på grund av ett helt förborgat konstruktionsfel, så synes ju enligt nu gjorda bestämning händelsen komma under »cas fortuit»; ja varför icke också under »force majeure», då det var en oemotståndlig naturkraft som verkade? Enligt den förut berörda domen 16 juni 1896 utgör händelsen dock varken det ena eller andra. Kanske resonerar man så, att i ett dylikt fall en verklig orsak till skadan har förblivit *okänd*. Det är tydligt, att man genom att pressa denna synpunkt skall kunna väsentligen kringskära området för ansvarsfrihet på grund av »cas fortuit» och »force majeure». — I själva verket bekräftar emellertid judikaturen, att praktiskt taget ingen skillnad är att göra mellan »cas fortuit» och »force majeure», i det att begreppen användas som liktydiga »sauf dans de très rares décisions».[1] Vad litteraturen angår böra författarna, säger Bichot,

»être classés en deux catégories: les uns voient dans les deux membres de l'expression, l'indication de deux series de cas; ceux de cas fortuits et ceux de force majeure. Les autres estiment qu'il ne s'agit que d'une simple redondance. Les premiers ont d'ailleurs beaucoup de peine à préciser leur pensée.»[2]

Ett djupare inträngande i denna materia från min sida skulle förutsätta en möda, kanske alltför stor i förhållande till vad som därigenom kunde utvinnas av rättsvetenskapligt intresse för oss. Jag vill endast tillägga, att samtliga dessa »causes d'exonérations» av domstolarna i fortsättningen synas ha bedömts mer och mer rigoröst gentemot svaranden.[3] Även i detta avseende är den från domen den 21 febr. 1927 nyss citerade formuleringen belysande. Det förefaller, efter vad som förut påpekats, som om man under tiden närmast efter domen den 16 juni 1896 i sak tagit avstånd från den där till uttryck komna stränga principen emot svaranden — enligt vilken en exkulpering icke skulle fria honom — genom en så vidsträckt tolkning som möjligt av »cas fortuit», sålunda utan att formellt råka i konflikt med denna dom. Man synes nämligen ha anlitat utvägen att låta den omständigheten, att orsaken till olyckan

---

rand hänför här till »cas fortuit» faktorer, som judikaturen uppenbarligen bedömer såsom varken »cas fortuit» eller »force majeure». Även »cas fortuit» skall — och det torde även vara litteraturens i allmänhet mening — ju utgöra en »cause étrangère».

[1] Mazeaud II, n. 1551; se också ovan s. 100 n. 2. Icke blott i fråga om ansvar för skada genom djur utan även vid ansvar »du fait des choses inanimées» finner man i judikaturen, dock mera sällan, uttrycket »cas fortuit» ensamt utan nämnandet av »force majeure». Se t. ex. domen av la Cour d'Appel i Douai 13 okt. 1930, berörd nedan s. 180 n. 3.

[2] Bichot, s. 32. — Mazeaud uppehåller sig utförligt vid uppgiften att visa svårigheterna med att skilja mellan de båda begreppen och andrager därvid även doktrinhistoriska skäl. Se Mazeaud II, n. 1553—1561.

[3] Se t. ex. Bichot, s. 31.

ej kunnat utredas, innebära, att »cas fortuit» förelåge.[4] Det är i allt fall uppenbarligen till förebyggande av en sådan tolkning, som 1927 års dom — f. ö. efter mönstret av tidigare domar[5] — uttryckligen betonar, att svaranden icke kunde fria sig genom att bevisa, vare sig att han icke begått någon »faute» eller att skadeorsaken förblivit okänd.

Den helt nyss citerade formuleringen ur 1927 års dom återgives nästan ordagrant i den efter 1896 års dom väl mest berömda av hithörande domar, nämligen den av Cass.-Réun. meddelade domen den 13 febr. 1930. Dock blott nästan ordagrant; avvikelserna äro två. Den ena, för oss i detta sammanhang av mindre intresse, består däri, att »la chose inanimée» befriats från den inskränkande bestämningen »mobilière».[6] Den

[4] Se domen 30 mars 1897 av Cass.-Req. En person, anställd på en paketångare, hade skadats till döds genom en explosion »produite dans le foyer bâbord de la chaudière tribord». Underrätten och därefter la Cour d'Appel i Aix hade ogillat änkans skadeståndstalan mot ångbåtsbolaget. Men då förelåg ännu icke domen av Cass.-Civ. den 16 juni 1896. Emellertid godkände nu Cass.-Req. domstolarnas ståndpunkt och avvisade änkans besvär. Bl. a. upptog kassationsdomstolen därvid de båda domstolarnas konstaterande, att sakkunniga undersökningar ådagalagt, att postångarens »foyers et chaudières étaient construits conformément aux règles de l'art, en bon état d'entretien, et qu'il leur (de sakkunnige) est impossible de déterminer la cause d'un accident qui doit rentrer dans la catégorie des accidents fortuits déjouant toute prévision et ne pouvant engager aucune responsabilité». Planiol II, s. 318 n. 3, hänvisar till denna dom, tilläggande: »Par là la jurisprudence facilite beaucoup la preuve d'absence de faute exigée du propriétaire.»

[5] Se t. ex. domen av Cass.-Req. 28 juni 1920, Sirey 1920.1.367.

[6] I och för sig är saken dock av största intresse. Genom strykningen av »mobilière» göres nämligen klart, att även skada genom »handling» av *fastighet* eller delar därav medför ansvarighet efter art. 1384. Detta drager i själva verket med sig den konsekvensen, att den som skadats »par la ruine d'un bâtiment» i allmänhet kan åberopa sig på art. 1384 och därigenom slipper att för sin talan styrka någon av de båda förutsättningarna i art. 1386, bristfälligt underhåll av byggnaden eller byggnadsfel. Därmed kan en egendomlighet påpekas. Judikaturen började att slå in på det strikta ansvarets väg genom en »analogisk» extension av art. 1386. Se 1877 och 1893 års här ovan s. 93 ff. berörda domar av la Cour de Paris. Den har numera kommit dithän att i stället låta art. 1384, om ansvar »du fait des choses» — som man då av fullt tillräckliga skäl förstod vara oanvändbar till och med i fråga om mobilier — nära nog konsumera art. 1386, nämligen såvitt byggnaden i fråga är »sous la garde du propriétaire», vilket naturligtvis är det vanliga. — Emellertid bör nämnas, att »extensionen» i fråga kommit till uttryck i tidigare domar och att den — gent emot 1927 års dom — icke inaugurerades genom nu berörda dom utan redan genom domen av Cass.-Req. den 6 mars 1928, Sirey 1928.1.225. Denna förklarar nämligen, att »la disposition du § 1er de l'art. 1384 est d'une généralité absolue» och att den utan åtskillnad gäller skada förorsakad av »toute chose», som är i behov av vård på grund av farlighet för andra. (Även denna senare begränsning har sedermera hävts; redan genom 1930 års plenardom; se även domen av Cass.-Civ. den 7 dec. 1931; Sirey 1932.1.55, varom strax nedan.) Vad nu angår extensionen av art. 1384 mom. 1 till att även gälla immobilier åberopar sig 1928 års dom även på det andra moment i art. 1384, som tillfogades genom lagen den 7 nov. 1922, vilken betraktas såsom »interprétative» i domen. Denna lag, som för skada å tredjeman genom eldsvåda i fastighet eller i däri befintliga lösören gör ägaren ansvarig blott om

andra avvikelsen utgöres emellertid därav, att »la présomption de *faute*» har utbytts emot »la présomption de *responsabilité*».

Först icke motbevisbar (1896), därefter i vissa situationer realiter motbevisbar (1897—1913) och sedan ånyo (alltifrån 1914) icke motbevisbar, har presumtionen om svarandens »skuld» dominerat domstolarna ända till denna dom den 13 febr. 1930. Från denna tidpunkt utgå de i sina domar från presumtionen om svarandens »ansvarighet». Jag återkommer senare till denna intressanta skolastik, här blott nämnande, att riskteoretikerna inkasserat omformuleringen såsom en betydande seger för sin lära. De se däri ett uttryck för att

»la cour a voulu dépasser sa formule primitive et affirmer que cette responsabilité ne pouvait donner lieu à exonération que dans les cas limités qu'elle énonce et par là elle s'est avancée dans la voie de la responsabilité pour risque créé».[7]

Andra se mera nyktert på saken.[8] — Domen den 13 februari 1930 har emellertid vunnit sin berömdhet icke blott genom detta utbyte av skolastiska termer utan även med hänsyn till en mera praktisk princip, som den fastställer, och som vi sedermera skola beröra. Överhuvud kommer jag att i samband med min nu följande granskning av riskteorien i litteraturen ånyo få tillfälle beröra judikaturen. Innan jag upptager denna granskning må det dock vara lämpligt att något fullständiga framställningen av, vad för saker det enligt den hittillsvarande judikaturen är, för vilkas »handling» man svarar efter art. 1384. De kunna nu, som vi sett, visserligen vara både fastigheter och lösa ting. Men det måste alltid vara fråga om en »chose inanimée». Detta betyder emellertid intet annat, än att skada genom djur är undantagen art. 1384 och att ansvaret för dylik alltjämt bedömes efter art. 1385. Finns då ingen annan allmäntbegreppslig begränsning? Nej, såvitt jag förstår, icke numera. 1928 års dom förklarade dispositionen i fråga i art. 1384 vara av »en absolut allmänlighet», och att den gällde »toute chose», men — här följde ju dock en begränsning till saker av på visst sätt farlig karaktär.[9] Det är sant, att principen för denna begränsning hade året förut fastställts

---

hans egen eller underordnades skuld utredes, är nämligen att betrakta såsom undantag från den uppkonstruerade satsen om ansvaret »du fait des choses» i art. 1384. Domstolen säger nu, att 1922 års lag gör undantag från satsen i fråga beträffande både fast och lös egendom och att detta skulle sakna »raison d'être», om icke satsen själv avsåge både fast och lös egendom. — Angående 1922 års lag se nedan s. 110 f.

[7] Demogue i sin Rapport. — Jfr Josserand II, n. 553.

[8] Capitant, Arrêts, anmärker, s. 228, helt torrt: »Il semble bien que, dans la pensée de la Cour, les deux expressions sont synonymes.»

[9] Se n. 6 här ovan.

just i den här ovan ur annan synpunkt redan berörda domen 21 februari 1927. I denna sägs, att det är likgiltigt, om den skadebringande saken var eller icke var »actionnée par le main de l'homme». Det vore tillräckligt, »qu'il s'agit d'une chose soumise à la nécessité d'une 'garde' en raison des dangers qu'elle peut faire courire à autrui». Det är detta uttalande, som går igen i 1928 års dom. Och det är tydligt, att man genom denna formulering avsett att skaffa en utväg till förebyggande av abderitiska konsekvenser av denna så verklighetsfrämmande formulering av ansvaret i art. 1384. Utan någon begränsning av förevarande slag måste t. ex. en person, som av ren våda vidrör annans sak med handen eller trampar på den och därvid, i båda fallen, skadar saken, bli ansvarig, resp. fri från ansvar, enligt art. 1384, allteftersom han haft, resp. icke haft, handske på handen eller sko på foten. Detta synes vara en nödvändig konsekvens, sedan man — för att överhuvud ha någon egentlig praktisk nytta av sin konstruktion, t. ex. vid skada genom biltrafik — förklarat det utan betydelse om saken »aktioneras» av en människa eller icke.[1] Men olyckligtvis har uppdelningen av tingen med hänsyn till deras farlighet vid närmare eftersinnande visat sig omöjlig att upprätthålla. Genom snart sagt vilket som helst »i sig ofarligt» ting kan man förorsaka skada. Följden har därför blivit, att den 1927 inaugurerade farlighets-begränsningen fallit bort. Detta skedde genom domen av Cass.-Réun. 13 febr. 1930. Om förändringen vittnar tydligt domen av Cass.-Civ. 7 dec. 1931.[2] Alltså skall numera »chose» i art. 1384 innefatta »toute chose inanimée», d. v. s. *alla* ting — lösa som fasta — utom djur. Emellertid skola vi senare finna, att man dock försökt sig på — i syfte att begränsa ansvaret — att göra distinktioner angående sakens betydelse eller s. a. s. funktion *in concreto*.

[1] Jfr nedan s. 172 ff. samt s. 185 f.

[2] Sirey 1932.1.55. Här sägs kort och gott, att art. 1384 förordnar om ansvarighets-presumtion »à l'encontre du propriétaire d'une chose inanimée, dont il a la garde et qui a causé le domage». Redan i plenardomen 13 febr. 1930 hade uttryckligen sagts ifrån, att art. 1384 är tillämplig oberoende av sakens farlighet. Se slutet av denna dom, nedan s. 177 f.

La théorie du risque crée.

Riskteoriens konflikt med art. 1382 och 1383.

Riskteoretikerna utlägga art. 1384 st. 1 så, som om däri meddelats en princip — karakteriserad än som absolut, än som objektiv — om ansvar för skada, omedelbart sett åstadkommen genom sak, som man hade »sous sa garde». Genom formuleringen »la responsabilité du fait des choses» befinner man sig i tydlig samklang med lagens ord, enär i dessa utmärkes, att fråga är om strikt ansvarighet i den mening, att den är lösgjord från varje samband med den ansvariges subjektiva inställning till skadan. När man emellertid går till riskteoretikernas sätt att »justifiera» denna ansvarighet, så förstår man, att även de, trots allt, icke kunna komma ifrån, att det till sist även här *blir* fråga om ett ansvar »du fait personnel». Jag tänker härvid icke på det, som synes ligga närmast till hands, nämligen att saken ju måste befinna sig i svarandens *vård*, och att alltså den ansvarsbringande skadan kunde tänkas vara begränsad till vad som härflutit ur svarandens handlingssätt, bestående i att bristfälligt ha vårdat saken. Ty i själva verket synes lagfrasen i det avseendet icke ha utnyttjats på annat sätt, än att den tagits till intäkt för en begränsning (dock såsom vi sett numera uppgiven) av ansvaret till skada genom ting, som äro farliga och därför behöva vårdas. Det är visserligen sant, att 1930 års dom uttryckligen framhäver, att art. 1384 knyter ansvaret »à la garde de la chose, non à la chose elle-même». Men detta har jag aldrig funnit lägga hinder i vägen för någon att alltjämt hävda ansvaret såsom avseende skada »par le fait des choses». Vad jag avser är i stället, att ansvarigheten ju skall rättfärdigas genom en annan den *ansvariges egen verksamhet*, bestående i att ha skapat en risk för tredjeman att bliva skadad genom saken. Ehuru man såsom lagens idé söker föra fram detta ansvar »du fait des choses», kommer man sålunda icke ifrån att det, åtminstone jämväl, är fråga om ett ansvar »du fait personnel». Men därmed har den frågan uppstått, om ett sådant ansvar efter C. civ. överhuvud vore möjligt annorlunda än »à base de faute». Man synes sålunda, hur mycket man än åberopar sig på art. 1384, likvisst medgiva ett visst samband med art. 1382 och 1383. Men

hur då kunna komma förbi, att genom dessa all ansvarighet för den ansvariges egen verksamhet förutsätter dennes skuld? Man har i sådant avseende försökt sig på skilda vägar.

Man satte sig till en början över de historiska fakta, däribland lagens förarbeten, och sökte hävda, att art. 1382 själv helt enkelt icke byggde ansvaret på skulden såsom en nödvändig förutsättning. Det var Saleilles, som här tog ledningen. Kontentan av hans lära på denna punkt var, att begreppet *faute* i art. 1382 innefattade icke blott dolus och culpa, det senare såväl i subjektiv mening som objektiv, utan jämväl varje handling, som i sig själv framstår såsom ägnad att medföra risker, varje handling av fri vilja, som har åstadkommit skada. Ordet »faute» i art. 1382 skulle sålunda, såsom en författare, Bettremieux, säger, icke giva uttryck åt något annat än ett orsakssammanhang mellan viljeyttring och skada.[1] Och Mazeaud säger, att med Saleilles' lära finge ordet »faute» i art. 1382 ingen annan betydelse än »un fait générateur de dommages», vilket dock vore att »faire par trop abstraction et de la volonté des redacteurs et de la lettre même du texte».[2] Emellertid trodde sig Saleilles i allt fall undkomma all motsägelse mellan art. 1382 å ena sidan och å andra sidan art. 1384, den sista såsom avseende »le fait de la chose». Han hävdade, »que l'art. 1384 ne consacre ni une présomption ni une fiction et qu'il n'est que l'application pure et simple de l'art. 1382». — Léon Michel gick året därpå ännu längre, i det att han icke blott »abstraherade» utan även lade till en del.[3] Han deklarerade, att man vid redaktionen av art. 1382 hade velat framställa den principen, att »tout fait quelconque engage la responsabilité», varav de tre första orden i artikeln också härleda sig. Emellertid bragtes redaktörerna i förlägenhet vid avfattningen. Det var nödvändigt att ha ett uttryck för, vem som vore den ansvarige, och man kunde inte skriva: »Tout *fait* quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le *fait* duquel il est arrivé à le réparer.» En sådan upprepning av ordet »fait» hade varit »inélégante». Därför utbyttes det andra gången mot »faute». Argumentationen är, som Mazeaud säger, värdelös, då man ju, om man avsett vad Michel påstår, kunde ha skrivit sålunda: »Tout fait quelconque de

[1] Bettremieux, Thèse, s. 20 f. — Saleilles utvecklade sin sensationella uppfattning i broschyren »Les accidents du travail et la responsabilité civile», 1897. Denna skrift har jag icke sett. I föreliggande fråga finns emellertid ett referat i Bettremieux' skrift, s. 19 ff.

[2] Mazeaud I, n. 72.

[3] Detta skedde i en framställning, av den då nytillkomna olycksfallslagen den 9 april 1898, i Révue critique de législation et de jurisprudence 1901. Denna årgång av tidskriften har jag icke haft tillfälle se. Referat finns hos Mazeaud I, n. 369 och Bettremieux, Thèse, s. 26 f.

l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige son auteur à le réparer.»[4]

Numera bestrider väl näppeligen någon, att art. 1382 och 1383 äro helt och hållet byggda på skuldföreställningen. Man söker därför förena dessa stadganden med möjligheten av ett ansvar efter art. 1384, byggt på »le risque créé», genom följande resonemang. Låt vara att C. civ. positivt binder ett ansvar (för den egna handlingen) vid den skadebringande skulden, så utesluter den därmed icke formellt varje annan ansvarsprincip, och ingenstädes förklarar den, att det vore något oomkullkastligt, att risken skulle vila å det direkt angripna offret, så snart tanken på skuld vore utesluten.[5] Demogue uttrycker saken så: »Le Code a dit que l'on répondait de sa faute mais il ne dit pas que l'on ne répond que de sa faute.»[6] Detta slags argumentation har med fog betecknats såsom »spécieuse», d. v. s. bestickande men falskt. Det leder till förnekandet av all rimlig mening med art. 1382 och 1383:

»Du moment où l'on reconnaît que ces textes ont pour but de déclarer responsables celui qui a commis une faute, il faut nécessairement admettre que seul celui-là peut être responsable: si la responsabilité existait en dehors de toute faute, à quoi donc aurait servi de proclamer que la faute engage la responsabilité?»[7]

Det förefaller mig — som dock självfallet icke kan göra anspråk på att här ha någon på djupet gående kunskap — som om det icke vore möjligt att komma ifrån, att den franska civillagen vore helt främmande för annat ansvar »du fait personnel», än det som har »skuld» till förutsättning.[8] Är detta riktigt, då följer därav, att riskteoretikerna med sin mot lagintentionen i art. 1384 stridande tolkning av detta stadgande samtidigt göra våld på innebörden av art. 1382 och 1383.

---

[4] Se Mazeaud I, n. 369. — Michel var en framstående professor i Paris. Det är med hänsyn härtill jag anfört det kuriösa resonemanget. Det visar, till vilka vettlösa konstruktioner man kan föras, när man, inklämd i rättsskolastiken, med dess förvända föreställningar också om lagars innebörd, resonerar under trycket av det praktiska livets realiteter.

[5] Gény, Risques et responsabilité i Revue trimestrielle de droit civil, 1902, s. 846, citerad efter Laborde-Lacoste, Thèse, s. 216.

[6] Demogue III, n. 293.

[7] Mazeaud I, n. 377.

[8] Må man taga del av de båda Mazeauds framställning i detta avseende, I n. 378. Dessa författare — vilkas strävan här så omisskännligen letts av intet annat än intresset att utröna ståndpunkten hos C. civ. — avsluta sin framställning sålunda: »On peut donc conclure sans hésitation: la faute est une condition nécessaire de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle du fait personnel.» Riskteoretikerna ledas, helt naturligt för övrigt, icke på samma sätt av detta intresse. Det torde också ha framgått av framställningen här ovan.

Här måste emellertid en viktig anmärkning insättas. Vad som sagts om riskteoriens brist på stöd i C. civ. tarvar *numera*, efter lagen den 7 nov. 1922 en mycket väsentlig modifikation. Det kan nämligen rent av ifrågasättas, huruvida icke efter sagda tid art. 1384 om ansvaret »du fait des choses» måste tolkas såtillvida i riskteoriens anda, att stadgandet måste anses giva grund för ett regelrätt strikt ansvar. Genom nämnda lag insattes nämligen i art. 1384 ett nytt stycke omedelbart efter det första av innehåll, att innehavaren av egendom, fast eller lös, i vilken eldsvåda har brutit ut (»pris naissance»), svarar för skada som genom denna eldsvåda förorsakas tredjeman, endast om det ådagalägges, att eldsvådan bör tillskrivas hans skuld eller deras skuld för vilka han är ansvarig.[9] Att detta stadgande kan ha betydelse för tolkningen av det första — oförändrat från 1804 kvarstående — stycket av art. 1384, såvitt detta avser »la responsabilité du fait des choses» förstår man därav, att tillkomsten av det nya andra stycket haft till syfte att »réagir contre la jurisprudence admettant trop largement la théorie du risque».[1] Anledningen till denna reaktion var följande.

På hamnbangården i Bordeaux hade några tjärfat fattat eld, som därefter angrep några bangården tillhöriga byggnader. Från dessa spred sig elden till en grannfastighet, som tillhörde ett spårvägsbolag. Detta förde talan mot järnvägsbolaget om skadestånd, åberopande sig på ansvaret »du fait des choses» enligt första stycket i art. 1384. Talan godkändes och domen stod sig inför kassationsdomstolen.[2] Detta satte skräck i brandförsäkringsbolagen: Under det att grannfastighetsägaren förr nästan aldrig — med hänsyn till kravet på skuldbevisning — kunde vinna någon regresstalan emot ägaren till den först antända byggnaden, skulle han hädanefter alltid komma att ha framgång med sin aktion. Den mot förlust på grund av dylik regresstalan vanligen meddelade försäkringen hotade följaktligen att bli en tung börda för försäkringsbolagen.[3] Det är detta som ligger i bakgrunden för tillkomsten genom 1922 års lag av andra stycket i art. 1384. Hur skarpt klander som än från skilda håll riktats såväl mot formuleringen som mot fonderingen av detsamma i rättslitteraturen synes man icke kunna komma ifrån, att lagstiftaren därmed faktiskt kommit att såsom med lagen överensstämmande stadfästa den tolkning av första stycket i art. 1384, som rättspraxis hade

[9] Angående ordalydelsen se ovan s. 32. Stadgandet skall icke ha tillämpning på förhållandet mellan en fastighetsägare och hans hyresgäst, vilket alltjämt regleras efter art. 1733 och 1734.

[1] Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 702.

[2] Cass.-Civ. 16 nov. 1920, Sirey 1922.1.97.

[3] Se Mazeaud II, n. 1331.

påbörjat 1896 och, efter vissa modifikationer under ett antal år, återupptagit 1914. »En apportant», säger Mazeaud om 1922 års lag,

»dans un cas déterminé, une exception au principe posé par l'article 1384, § 1, elle consacre ce principe; désormais la jurisprudence qui, donnant une portée indépendante à l'article 1384, § 1, y voit une présomption de responsabilité édictée contre le gardien d'une chose inanimée, est inattaquable.»[4]

Före 1922 års lag var det stadgad praxis, att »le gardien» av en tröskmaskin eller lokomobil svarade enligt art. 1384 för från dem emanerande skador, även om dessa bestode i eldsvådor.[5] Det hade nu varit tänkbart, att 1922 års lag skulle ha ansetts lägga hinder i vägen för denna tillämpning i fortsättningen. Så har den emellertid icke tolkats i judikaturen.[6] Vad nu sagts om eld från lokomobiler måste naturligtvis också gälla sådan från järnvägslokomotiv.[7]

---

[4] Mazeaud II, n. 1335; se även n. 1145 och n. 1334. Märk också domen 6 mars 1928, där 1922 års lag uttryckligen betecknas såsom »interprétative» för tolkningen av första stycket i art. 1384; se ovan s. 104 n. 6. — Se f. ö. t. ex. Baudry-Lacantinerie, Précis II, s. 332, och Josserand II, n. 533 och n. 549.

[5] Detta var ju helt naturligt efter utbildningen av »la responsabilité du fait des choses». Se emellertid Besson, s. 120.

[6] Se Besson, s. 121 f.

[7] Se Besson, s. 122 f. Här erinras om förordningen av 11 november 1917, enligt vilken bolagen måste förse lokomotiven med vissa säkerhetsinrättningar mot bl. a. eldfara. Även om detta iakttagits och allt tal om »skuld» till skadegörelsen är uteslutet, blir bolaget ansvarigt. Egendomligt nog har jag icke träffat på något rättsfall angående ansvar efter art. 1384 för skogsbrand eller dylikt, härledande sig från gnistor från järnvägslokomotiv. I domen av Cass.-Civ. 21 januari 1919 var det fråga om skadegörelse genom explosion av ett på bangården stående lokomotiv. Orsaken till olyckan hade »restée inconnue». Men domstolen säger, att det till befrielse från bolagets ansvarighet efter art. 1384 icke vore tillräckligt att visa, vare sig att ingen »faute» begåtts eller att skadeorsaken förblivit okänd. Den ansvaret betingande skuldpresumtionen kunde endast tillintetgöras »par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure, ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable». Sirey 1922.1.265. Det finns ingen anledning förmoda, att icke art. 1384 vid den tiden (både före och efter 1922 års lag) skulle ha fått motsvarande tillämpning i fall av t. ex. skogsbrand, härledande sig från lokomotiv. Emellertid förhåller det sig möjligen så, att man på ett tidigare stadium av tillämpningen av »la responsabilité du fait des choses» dragit sig för att åberopa sig på art. 1384 i fråga om skadegörelse genom gnistor från lokomotiv. I ett dylikt fall — underrättens och appellationsdomstolens domar av år 1903 och 1904 — avslog Cass.-Req. järnvägsbolagets besvär (24 juli 1905). Bolaget blev här ansvarigt, utan att art. 1384 åberopats av någon instans. Det synes icke uteslutet, att bolagets culpa här fingerats såsom grund för ansvaret, ehuru materialet för denna frågas bedömande är alltför otillräckligt i referatet hos Sirey 1908.1.539. — Besson erinrar s. 122 om att gnistor och kolstybb mycket ofta strömma ut till och med om maskinerna synas vara i mest förträffliga skick, tilläggande Besson dessa ord: »malgré l'impossibilité pour la science actuelle de fournir les moyens propres à éviter de tels accidents, les exploitants sont obligés d'indemniser les propriétaires incendies, car 'le dommage nécessaire occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie'». I en not hänvisar han till flera rätts-

Riskteoriens ohållbarhet ur vetenskaplig synpunkt.

Inledande anmärkning.

En sak för sig är nu, att försöket att hävda stöd för riskteorien i första stycket av art. 1384 såsom sådant, d. v. s. oavsett den »interpretativa» lagen av 1922, är misslyckat. En sak för sig är också frågan, om det strikta ansvar, som judikaturen redan före nämnda lag ansett etablerat genom första stycket i art. 1384, bör betraktas såsom ett utslag av riskteorien. Hur än härmed förhåller sig, måste det vara av intresse att veta, om denna teori innefattar en lära, som är vetenskapligt grundad och därför t. ex. för ett land som vårt kunde vara värd att diskuteras ur synpunkten av »de lege ferenda». Vi skola nu undersöka, huru det förhåller sig härmed.

När man inser ohållbarheten i det gängse försöket att förklara det s. k. skuld-ansvaret därmed, att vederbörande genom rättstridighet-skuld gjort sig förtjänt av att få betala gottgörelse, och söker en med verklighetstrogna synpunkter förenlig bakgrund för »skuld»-skadeståndsrätten, kan man näppeligen vara i tvivelsmål därom, att, såsom förut antytts, någon annan sådan bakgrund icke kan utletas än det samhälleliga intresset att med uppehållandet av rätten i fråga dels inverka på handlingssätten till skadegörelsernas förebyggande och dels ytterligare stärka den allmänna trygghetskänslan (till stimulering av företagsamhet av alla slag) genom åstadkommande av den bilden i människornas medvetande, att skadegörelser — när de trots nämnda preventionssträvanden likväl, låt vara relativt sällan, inträffa — draga s. k. ansvarighet med sig.[8] Detta har jag för korthetens skull betecknat såsom »skuld»- eller »culpa»-regelns dubbla sociala funktion, nämligen att vara dels prevenerande, dels ersättande. Utan att här kunna närmare utföra saken måste jag nämna, att också det strikta ansvaret, om vi bortse t. ex. från skada genom expropriation och nödhandling samt i vissa grannelagsförhållanden, rimligtvis måste antagas ha liknande bakgrund. D. v. s. skadeståndsrättens sociala funktion synes även här vara dels prevenerande, dels ersättande.

Vad nu riskteorien angår, är det väl sant, att denna såsom en lära

---

fall. Det förefaller, som om de intressanta apostroferade orden i slutet hämtats från en dom i något av dessa fall, sannolikt en dom av Cass.-Civ. 20 november 1866. Blott ett av de många i noten nämnda fallen har jag kunnat identifiera i Sireys samling.

[8] Se härom min bok Culpa-Regeln, s. 104 ff., och jfr min framställning nedan »Om metod ... konstruktiv rättsvetenskap».

om ansvar »de plein droit» (= blott och bart i rätten grundat ansvar, d. v. s. ett ansvar oberoende av egen skuld, alltså strikt ansvar) helt och fullt tar avstånd från tanken på skulden som grund till ansvaret — men, väl att märka, blott på det område, som omfattas av teorien, alltså blott på området för det strikta ansvaret. Avståndstagandet från skuld-förutsättningen betyder alltså ingalunda någon kritisk inställning till skuldansvaret. Tvärtom; riskteorien tänkes i allmänhet ha giltighet vid sidan av skuld-ansvaret »conformément au droit commun», d. v. s. av den vanliga culpa-regeln.[9] Redan detta betyder, att flertalet riskteoretiker själva måste vara gripna av den vanliga rättsideologien. Faktiskt känner jag ingen, som är frigjord därifrån. Att man anser sig kunna på ovan angivet sätt borttolka skulden såsom nödvändig förutsättning för ansvaret efter art. 1382 och 1383 innebär icke i och för sig, icke ens i någon grad, att man uppgivit tron på rättigheter och plikter samt dessas underlag i en materiell rätt. För övrigt tror jag knappast, att det numera finns någon riskteoretiker, som bestrider, att art. 1382 och 1383 endast grunda vanligt skuld-ansvar. Det är nu otänkbart, att en rättsvetenskapsman på ett område av skadeståndsrätten skulle kunna stå på rättsideologisk grund men på ett annat område vara frigjord från densamma. Det synes därför a priori vara uteslutet, att riskteoretikerna kunde ha en vetenskapligt grundad inställning till frågan om det strikta ansvaret. Den rättsideologiska inställningen med sin tro på rättigheter och skyldigheter leder med nödvändighet till rättvise-metoder och därmed också till undersökningens begränsning, under abstraktion från de stora sammanhangen, till det enskilda fallet. Ty det är blott här, som rättigheter och skyldigheter kunna realiseras. Må man för övrigt beakta följande.

Tron på skulden såsom ur synpunkten av rättvisa och billighet rättfärdigande skadeståndstvånget är logiskt oförenlig med de synpunkter på den s. k. culpa-regeln, som leda till antagandet, att dennas sociala funktion är prevenerande och ersättande. Saknar man åter insikt om dessa synpunkters betydelse såsom den realistiska bakgrunden till culpa-regelns uppehållande och om deras oförenlighet med skuld-förutsättningen, så är det helt enkelt uteslutet, att man skulle vara i stånd att värdera synpunkterna i fråga såsom ledande på stora områden av det strikta ansvaret eller att överhuvud framlägga en vetenskapligt grundad lära om strikt ansvar. Å andra sidan är situationen den, att man näppe-

[9] »La plupart des théoriciens du risque admettent que les art. 1382—1383 (responsabilité du fait personnel) reposent sur la faute ... certains d'entre eux consentent à reconnaître que la responsabilité du fait d'autrui (art. 1384, § 2 et s.) est, elle aussi, une responsabilité à base de faute», Mazeaud II, n. 1303.

ligen skulle kunna ha en från skuld-idéen frigjord och verklighetsbetonad syn på »culpa»-regeln, utan att i omedelbart sammanhang därmed nödgas förstå den intima släktskapen mellan de synpunkter, som vetenskapligt äro att anlägga på å ena sidan »skuld»-ansvaret, å andra sidan det strikta ansvaret. Det är detta, som jag åsyftar, när jag ofta sagt och nu upprepar, att *rättvise-skuld-föreställningen på skadeståndsrättens område förbindrat en sund utveckling av det s. k. strikta ansvaret.*

Detta påstående få vi nu verifierat, när vi övergå till en granskning av riskteorien. I det föregående ha vi sett, huru jämväl ansvaret »du fait d'autrui» av en del författare motiverats med riskteorien. Emellertid har denna egentligen tillkommit för att förklara, icke principalens ansvarighet för sina anställdas handlingar, utan »sakvårdarens» ansvarighet för skada genom sakens »handling». Jag håller mig därför i det följande till riskteorien, framför allt såsom avseende »la responsabilité du fait des choses». Att riskteorien nu vilar på dessa ovetenskapliga föreställningar, enligt vilka även det strikta ansvaret hade sin grund i rättvisans krav, är lätt att visa. Teoriens resonemang kan enligt en berömd fransk lärobok sammanfattas på följande sätt:

> Att låta offret för en olyckshändelse, förorsakad genom en sak, begagna sig blott av art. 1382 (den vanliga skuldregeln), det är att pålägga detsamma den ofta omöjliga bevisningen om annans skuld, det är t. o. m. att paralysera offrets talan. I jämförelse mellan offret och sakens ägare är det offret, som bör ha företrädet. Den som till eget nöje eller gagn i samhället inför en farlig sak, låter därmed sina medmänniskor löpa en viss risk. Sålunda kan en ångmaskin explodera och därvid såra eller döda någon, utan att någon »faute», ja utan att ens någon »imprudence» kan läggas den till last, som äger maskinen eller har denna i sin vård. Den egentliga orsaken till olyckshändelsen kan alltjämt förbliva okänd. Är det nu icke rättvist, att denna risk får ligga den till last, som givit upphov till densamma, d. v. s. den som begagnat sig av saken, i överensstämmelse med regeln *ubi emolumentum ibi onus*?[10]

---

[10] Baudry-Lacantinerie, Précis II, n. 729. (Praktiskt taget ordagrann översättning.) — Förf. är emellertid själv motståndare till riskteorien och menar, att detta tillskapande av risken i stället för skulden såsom grund till ansvarigheten står i strid med hela andan i C. civ. Att förf. likväl icke givit en förvänd bild av riskteorien inses, när man beaktar åsikten hos dennas grundläggare, sådana som Labbé och Saleilles. Den förre åberopade sig, såsom vi sett ovan, s. 98, därpå, att »c'est sous sa responsabilité que l'on introduit pour son intérêt dans l'humanité une cause d'accidents et d'infortunes». Saleilles: »L'art. 1384 est fondé sur cette idée simple, équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une enterprise, doît en supporter les risques. C'est la pensée qui a inspiré l'art. 1384 . . .» Tydligen med starkt gillande erinrar Josserand, Cours II, n. 558, om dessa uttalanden. Se f. ö. Labbés uttalanden ovan s. 97 f. Jfr också uttalandet här ovan s. 46 n. 1 av Colin et Capitant.

Riskteoriens ohållbarhet: Rättvisemetodens orimlighet.

En rättsideologisk inställning såsom utgångspunkt för juridiska resonemang leder med nödvändighet till att man i dessa låter sig bestämmas därav, huruvida något — en diskuterad maxim eller dess tillämpning — är rättvist eller icke. Detta måste ju vara tydligt redan därav, att den normativa materiella rätten — kärnpunkten i hela rättsideologien — blott är det »rättsvetenskapliga» uttrycket för det allmänna rättsmedvetandets föreställning om existensen av en över alla rättsliga skeenden stående och dessa auktoriserande rättvisa.[1] I det följande har jag blott maximer om tvångsreaktioner mot den enskilde i sikte, alltså om straff och skadestånd. Denna framställning faller visserligen utanför straffrätten. Men föreliggande fråga kommer icke i sin rätta belysning, om man icke beaktar skuld-idéens betydelse såsom motivering för rättsreaktioner. Och denna idé torde kunna sägas ha sin egentliga hemort inom straffrätten. Rättvise-omdömet är, såsom strax skall beröras, uttrycket för en känsla. Och det är tydligt, att ingenstädes reagerar denna känsla starkare än vis à vis tvångsingrepp mot en person, varvid naturligtvis straffet — d. v. s. straffet såsom tvångsingrepp mot den fysiska friheten — träder i förgrunden. Därmed är ingalunda sagt, att ens frihets- eller kroppsstraffet såsom moment i uppehållen samhällsordning i alla tider hos alla folk har betraktats såsom något rättvist. Religions-, kultur- och rättshistoriska forskningar kunna möjligen uppdaga, att sådana föreställningar varit förknippade med straffkravet, att just denna — också de mest primitiva resonemang karakteriserande — idé, att personen rättvisligen gjort sig förtjänt av att bliva straffad, icke trängt sig fram, vare sig den så att säga absorberats av kraftigare dominerande faktorer[2] eller icke. Straffet har kunnat betraktas blott ur den straffkrävande sidans synpunkt, helt med bortseende från dess motivering ur offrets synpunkt.[3] Men så snart straffet betraktas såsom hämnd eller vedergällning — i anslutning till föreställningar sådana som »öga för öga, tand för tand» och senare tiders förfinade variationer av dem — blir straffet

[1] Jfr nedan s. 534 ff.

[2] Detta torde kunna sägas vara händelsen i det äldre romerska samhället. Jfr Hägerström, Obligationsbegriff I, bl. a. s. 464 ff. och s. 590 ff. — Vad den tvångsreaktion angår, som vi kalla skadestånd, betraktades icke heller denna i det äldre Rom såsom motiverad i namn av rättvisa. Obligationen ansågs där icke innefatta en gäldenärens plikt utan hans beroende av borgenärens makt, ur vilken han kunde lösa sig genom en prestation, vare sig denna var sådan, som vi rubricera som skadestånd, eller icke. Jfr min bok Obligationsbegreppet I, s. 9—20; s. 25—41.

[3] Ett intressant arbete i detta ämne har nyligen publicerats av en svensk författare: Folke Ström, On the sacral origin of the Germanic death penalties. Lund 1942.

också, just i sin vedergällande karaktär, något som delinkventen i rättvisans namn gjort sig förtjänt av.

I själva verket har denna karaktär hos straffet att vara rättvist ur vedergällningens synpunkt trots sin primitivitet uppehållits intill den dag som är. Det primitiva i åskådningssättet tror man sig ha kommit ifrån genom vissa formuleringar, varigenom straffets rättvisa karaktär skall framstå såsom ett humanitärt och därmed också modernt krav. En av humanism genomsyrad samhällsåskådning, säger man, kan icke tillåta, att samhället får använda individen (brottslingen) utan vidare såsom medel för sina syften. Detta får icke ske, såvida icke individen genom brottet, en rättstridig handling, har ådragit sig skuld. Men har så skett, då har han gjort sig förtjänt av straffet, som följaktligen är rättvist.

Det är egentligen först vid sista sekelskiftet, som några allmänna teorier om linjer för skadeståndstvång utan den ansvariges skuld börjat utvecklas. Ditintills dominerades skadeståndsansvaret av skuld- eller culparegeln. Det är emellertid nu tills vidare blott skuld-ansvaret jag har i sikte. Beträffande detta är resonemanget detsamma som i fråga om straffet. Även vid skuldregelns tillämpning anses den parollen gälla: utan rättstridighet ingen skuld! Skadeståndstvånget blir här följaktligen en reaktion på ett handlingssätt, varigenom man underlåtit att hörsamma rättsmaktens befallning i ett visst avseende och följaktligen överträtt en rättslig plikt. Genom denna klandervärdhet — som ytterligare förutsätter viss subjektiv inställning från personens sida, varigenom skuldfaktum fullbordats — har man gjort sig förtjänt av att tvingas betala skadestånd. Skulden utgör m. a. o. en grund i rättvisans namn även till skadeståndstvånget.

Dessa resonemang sakna vetenskaplig karaktär. Detta framgår av min kritik av rättstridighets- och skuldbegreppen, ävensom av min belysning av rättsmedvetandets inställning i samhällsmaskineriet, allt meddelat i mina föregående arbeten. Emellertid framgår den vetenskapliga ohållbarheten av resonemangen i fråga redan genom en erinring av mera generell natur: omdömena, att en handling är rättstridig, att en person ådragit sig skuld eller att en tvångsreaktion är rättvis — alla sådana omdömen äro inga omdömen i egentlig mening, d. v. s. de utsäga intet angående verkligheten utan äro blott uttryck för omdömesgivarens känslor. Vid denna erinring stöder jag mig på Hägerströms värdeteori. Jag finner det därför lämpligt att här framlägga en kortfattad redogörelse för innebörden av denna med särskild hänsyn till dess betydelse ur rättsvetenskaplig synpunkt.

Det rör sig här om en rad »omdömen», »påståenden», »antaganden»

och dylikt angående personers handlingar, stundom också angående uppkomst av »anspråk» och liknande. Med hänsyn till de ifrågavarande satsernas språkliga form kan man mycket väl hänföra dem till omdömenas etc. klass. Men på grund av vad jag nu går att visa är det lämpligt att vetenskapligt reservera den terminologien för andra omdömen etc. och beteckna de nu på tal varande såsom blott oegentliga omdömen etc. I själva verket kallar man dem, såsom jag gör, mycket ofta för *värdeomdömen*. Såsom de viktigaste exemplen kan jag anföra följande tre satser: »Denna handling är av beskaffenhet att *böra* göras»; »Genom denna handling har han ådragit sig *skuld*»; »Det är *rättvist*, att A erhåller ett skadeståndsanspråk mot B». I själva verket kunna samtliga de värdeomdömen, varom i juridiken är fråga, anses vara karakteriserade genom dessa tre: böra-omdömet, skuld-omdömet och rättvise-omdömet. Visserligen förekomma åtskilliga andra värdeomdömen inom juridiken, t. ex. en handlings karakterisering som pliktenlig, pliktvidrig, orätt eller rättstridig. *Pliktenlig* handling är emellertid = böra-handlingen; *pliktvidrig* handling är = den böra-handlingen motsatta handlingen, som dessutom förutsättes i skuldomdömet. Vad åter *rättstridig* och *orätt* angår betyda dessa ord visserligen närmast, att handlingen »står i strid med» rättsbefallning, men då den rättsbefallda handlingen samtidigt alltid skall vara en böra-handling, så blir den rättstridiga eller orätta handlingen = underlåtelsen att företaga böra-handlingen; det är därigenom som handlingens karakterisering såsom rättstridig eller orätt faller under värdeomdömena.

Ett faktum är nu, att rättsvetenskapen i sina resonemang bygger på dessa värdeomdömen. Men förutsättningen för att de skulle vara på detta sätt vetenskapligt användbara är givetvis, att de utgjorde sanna utsagor om verkligheten. Men detta kan icke vara fallet, eftersom de överhuvud intet utsäga om verkligheten. Därav följer naturligtvis, att de icke heller kunna vara falska. De äro alltså *varken sanna eller falska*.

Värdeomdömena skilja sig från egentliga omdömen därigenom, att de äro beroende på bedömarens *känsla* av ett värde i positiv eller negativ riktning. En rent teoretisk granskning, som — helt frigjord från varje känsloinslag — blott konstaterade fakta, skulle aldrig kunna leda till, att något borde göras, att någon ådragit sig skuld eller att något vore rättvist. Begreppen »böra», »skuld» eller »rättvisa» skulle m. a. o. vara fullkomligt obegripliga för en människa, som vore renons på känslor — därest nu en sådan varelse, den rena tankemaskinen, funnes. Detta ligger i formuleringen, att böra-omdömet, skuld-omdömet och rättvise-omdömet äro subjektiva och följaktligen icke kunna vara objektiva,

d. v. s. icke kunna ha någon teoretisk mening, alltså icke kunna vara vare sig sanna eller falska. Närmare utfört förhåller det sig med denna sak på följande sätt.

Ur nu berörda synpunkt stå dessa omdömen i samma klass som t. ex. omdömena, att en sak är vacker eller ful, en människa eller hennes handling god eller dålig. Det säger sig självt, att dylika omdömen skulle vara rent nonsens, om icke personen *kände* detta, att saken var vacker eller ful etc. Denna känsla av ett värde beror emellertid icke omedelbart på själva den sak, den person eller den handling, som man tror sig bedöma, utan på *föreställningen* eller *medvetandet*[4] om densamma. Härav följer nu, att den åsikten är ologisk, som hävdar, att värdeomdömet avsåge en egenskap hos saken själv (resp. personen eller handlingen själv). Det är helt enkelt omöjligt att fälla ett värdeomdöme *direkt* om saken (personen eller handlingen), d. v. s. oberoende av föreställningen om densamma. Hur skulle man t. ex. kunna uppfatta en viss byggnad som vacker eller ful, en viss person som sympatisk eller osympatisk, en viss handling som korrekt eller klandervärd, om man icke gjort någon iakttagelse av dem eller åtminstone bildat sig en föreställning om dem?[5] Men, invändes det, det är dock ett faktum, att vi applicera våra värdeomdömen *direkt* på saken, personen eller handlingen och att vi, åtminstone ofta, också *mena* oss just göra en direkt värdering[6] av dessa. Icke desto mindre äro vi ur stånd att göra denna värdering, ty den är logiskt omöjlig. Vi taga i det dagliga livet miste på, vad som verkligen sker, och förväxla i vår värdekänsla *föreställningen* med *föremålet* för föreställningen. Det är därför, som värdeomdömet — uttrycket för den genom föreställningen om saken (personen eller handlingen) väckta känslan — för oss framstår såsom avseende saken etc. själv och icke blott föreställningen därom.

Till undvikande av missförstånd, som uppstått i anledning av min liknande framställning i ett tyskt arbete, bör kanske påpekas, att all analogisering av värdeomdömet med t. ex. uttrycket för vår uppfattning av färger är utesluten, därför att i senare fallet psykologiskt *intet annat* föreligger än *föreställningen om saken* såsom havande den eller den bestämningen. I förra fallet, t. ex. när jag säger, att saken är vacker, föreligger psykologiskt icke blott en föreställning om saken, utan därtill knyter sig en av föreställningen beroende värde-*känsla*, varåt satsen »saken är vacker» ger uttryck. Men satsen »saken är röd» uttrycker

[4] Jag använder i det följande blott ordet »föreställning», däri inkluderande jämväl det omedelbart på varseblivning beroende medvetandet.

[5] Se för övrigt Hägerström, Värdepsykologien, s. 17 ff.

[6] Värdering här = värdeomdöme.

alls ingen känsla utan just föreställningen om saken såsom röd. Den är följaktligen ett omdöme om verkligheten och alltså antingen sann eller falsk. Den färgblindes omdöme om den röda saken såsom grön kan vara fullkomligt sant, ehuru det erhållit en för icke färgblinda vilseledande formulering. Hans omdöme kan vara sant, ty det uttrycker föreställningen, att saken har den färgegenskap, som på hans öga gör grönt intryck. Och denna föreställning om sakens färg kan överensstämma med verkligheten. För den färgblinde lika väl som för den normale rör det sig *blott* om en föreställning och, naturligtvis, en föreställning *om själva saken*. Men vid ett värdeomdöme kommer något nytt med, nämligen känslan. Och den känsla, som sålunda fungerar, har omedelbart väckts till liv, icke av *saken* utan av personens *föreställning* om *saken*.

Åsikten att det skulle finnas *objektiva* värden — t. ex. att en viss handling »verkligen» är god eller ond eller att den faller under ett »objektivt giltigt» böra eller att något »faktiskt» är rättvist — har sålunda endast kunnat uppstå därigenom, att man icke förstått, hur det tillgår, när vi fälla värdeomdömen. Förloppet är emellertid i korthet följande. Föreställningen om en handling eller någon annan verklighet väcker vissa känslor hos oss. Värdeomdömet är vårt uttryck för dessa känslor. Men känslorna i fråga utgöra *icke*, lika litet som andra känslor, själva *några iakttagelser*; de innehålla själva *icke någon föreställning* (eller något medvetande) *om verkligheten*. Det är därför som de varken kunna vara sanna eller falska, en karakterisering, som logiskt måste förbehållas sådana omdömen (i egentlig mening), som *direkt* uttrycka föreställningen om en verklighet.[7]

Ytterligare torde här knappast något behöva tilläggas. Att detta — att en handling *bör* företagas eller underlåtas, därmed också att handlingen eller underlåtelsen därav är min *plikt* — är ett värdeomdöme och sålunda uttryck för en känsla torde numera näppeligen bestridas inom filosofien. Men man behöver förvisso icke vara filosofiskt utbildad för att resonera sig till förhållandet. Vore omdömet, att en viss handling bör företagas, ett egentligt omdöme, då skulle man kunna konstatera, d. v. s. teoretiskt eller kunskapskritiskt fastställa, antingen att det är sant eller ock att det är falskt. Men ett sådant konstaterande är logiskt omöjligt. Låt oss antaga, att den av böra-omdömet berörda handlingen utgöres av betalning från A:s sida av ett visst belopp till B. Vad är det, som man här kan konstatera? Intet annat än att vissa så eller så beskaffade omständigheter föreligga, t. ex. att ett avtal slutits mellan A och B jämte åt-

[7] Beträffande omöjligheten att antaga, att känslan kunde innefatta någon iakttagelse av eller föreställning om något, hänvisas till Hägerström, Värdepsykologien, s. 20 ff.

skilliga därmed sammanhängande detaljer, eller att vissa andra fakta av ett eller annat slag äro förhanden, såsom att B är en behövande vän till A och hänvänt sig till denne, som är en förmögen man o. s. v. Man kan vidare konstatera, huruvida situationen är sådan, att A — därest han icke betalar — kan bli dömd betalningsskyldig efter lagen eller hurudan situationen är med hänsyn till omdömet om andra konsekvensers inträffande i anledning av hans underlåtenhet att betala beloppet, såsom minskat socialt anseende, repressalier i någon form från B:s sida, andra personers ovänskap eller ogillande omdömen, A:s egna samvetsagg o. s. v. Efter dylika konstateranden drar man kanske slutsatsen, att A bör betala eller att han icke bör betala eller att hans betalning är indifferent ur böra-synpunkt. Men sannheten eller falskheten i det omdöme i böra-avseende, vartill man sålunda slutit, kan aldrig konstateras, därför att den slutledning, som resulterat i omdömet, *icke är en logisk slutledning* utan varit bestämd av bedömarens *subjektiva inställning* till, d. v. s. hans *värdering* av nu antydda konsekvensers nackdelar i jämförelse med fördelarna av ett betalningsuppskov eller av att helt komma ifrån betalningen eller av tillfredsställelsen över att hävda sin självständighet och sätta sig över andras omdömen o. s. v.

Allt detta är nu sagt för att påvisa, att det — även om böra-omdömet kan framstå som en slutsats från egentliga omdömen — dock aldrig kan vara en logisk slutledning, som här föreligger, alldenstund »slutledningen» endast möjliggjorts genom den värdekänsla, som väckts till liv av föreställningen om vissa fakta. Denna känsla innefattar lika litet som andra känslor någon (iakttagelse av eller) föreställning om verkligheten. Avgörande för »slutledningen» har sålunda varit något annat än föreställningen om verkligheten. Följaktligen kan »slutledningen» själv icke leda till någon föreställning om och sålunda icke heller något omdöme om verkligheten. — Vad nu böra-omdömet angår i fråga om sådant som kriminaliserade handlingar, kontraktsbrott och vårdslösa skadegörelser, så fälles omdömet, att sådana handlingar icke böra ske, naturligtvis i allmänhet rent slentrianmässigt utan andra konstateranden än att handlingen är straffbar etc. Den schematisering eller likriktning, som sålunda äger rum[8] beträffande böra-omdömet i dylika fall, har här småningom lett till en begreppsförvirring, i vars tecken man trott sig kunna uppställa ett specifikt *rättsligt* böra, som till skillnad från det blott moraliska börat skulle ha objektiv kvalitet. Detta »objektivt giltiga» böra-omdöme är blott en meningslös sammanställning av ord. Då böra-omdömet är uttryck för *känslan* av ett böra, *kan* det icke vara objektivt. Ty endast det

[8] Vad den i sin tur beror på kan jag nu icke dryfta.

är objektivt, som kan konstateras oberoende av våra känslor. Det *objektiva* (rättsliga) *böra-omdömet* — denna våldsamma för att icke säga monstruösa konstruktion, innefattande i två ord den mest radikala motsägelse — *utgör kvintessansen i hela rättsideologien.*

Hur detta problem än angripes, måste man kunna förstå, att böra-omdömet icke är tänkbart, utan att det uppbäres av en värdekänsla av moralisk eller annan art. Handlingen måste ju alltid ha något visst syfte, med hänsyn vartill den befinnes böra eller icke böra ske. Detta syfte kan icke vara objektivt bestämbart. Motsatsen skulle innefatta tron på absoluta värden, alltså tron på något översinnligt, något som icke kan inplaceras i verklighetens värld. Det för böra-omdömet bestämmande syftet med handlingen *måste* följaktligen bestämmas av bedömarens subjektiva inställning, av dennes egen värdering. Utan hans värdekänsla bakom böra-omdömet bleve detta ett tomt ord utan all mening. Men den kunskapskritiska undersökningen är endast och allenast konstaterande. Detta innebär, att den fungerar fullständigt oberoende av alla känslor. Därför kan den aldrig fastställa, att något *bör* vara eller *bör* ske, blott att något *är* eller *har* skett.[9]

Emellertid skall jag nu med några ord beröra skuld- och rättvise-omdömena. *Skuld*-omdömet uttrycker lika litet som böra-omdömet någon föreställning om verkligheten, ty det är uttryck för känslan, att något hade *bort* ske, som icke har skett, och såsom följd därav också uttryck för känslan av ogillande, d. v. s. värdering i negativ riktning, av den handling, som skett i stället för böra-handlingen. Kortare uttryckt: skuld-omdömet är uttryck för värde-känslan av en handling såsom pliktvidrig. Denna känsla är naturligtvis blott så att säga en annan sida av känslan för det motsatta, det åsidosatta handlingssättet såsom *pliktmässigt*. Huruvida nu en värdering av detta slag verkligen sker — hos den handlande själv eller annan — d. v. s. huruvida den *känsla* av handlingens negativa värde, som tager sig uttryck i påståendet, att handlingen varit pliktvidrig och följaktligen ådragit personen skuld, verkligen uppstår, *måste* enligt det sagda med logisk nödvändighet bero på *vars och ens egna känslor*, alltså på helt och hållet *individuella* omständigheter. Hur ärliga dessa känslor än äro, kan det omdöme, som de utlösa — att skuld föreligger, resp. icke föreligger — likväl *aldrig* vara sant (och icke heller falskt), ty detta omdöme utsäger aldrig något angående verkligheten. Häri kan naturligtvis ingen ändring ske av den anledning, att omdömet, såvitt man känner, till äventyrs delades av alla, som blivit insatta i saken, och såtillvida vore enhälligt. Skulden är och förblir sub-

[9] Jfr till det sagda Obligationsbegreppet II: 1, s. 282 ff. och s. 287 ff.

jektiv. Den kan aldrig vara objektiv, ty den kan aldrig konstateras annorlunda än genom våra känslor.

Vad *rättvise*-omdömet angår, kompliceras saken något därigenom, att det mycket ofta är ett *anspråk*, som säges vara rättvist. Detta innefattar såtillvida en tautologi, som anspråket — av jurisprudensen helt naturligt använt i sin naturliga mening såsom en rättsideologisk faktor — skall ha sin grund i den materiella rätten[1], och allt som är däri grundat uppenbarligen måste vara rättvist. Men rättsvetenskapen står icke sällan inför situationen att nödgas avgöra, huruvida ett visst anspråk skall anses föreligga, alltså verkligen vara ett anspråk, och sålunda grundat i den materiella rätten eller icke. Denna fråga besvarar man då jakande, om man kan påvisa, att det är *rättvist*, att ett anspråk av ifrågavarande art kommer till stånd. Det är framför allt på skadeståndsrättens område, som rättviseomdömet på detta sätt »praktiskt» anlitas av jurisprudensen. Man väger mot varandra å ena sidan den skadelidandes intresse att få anspråk på skadestånd, å andra sidan svarandens[2] intresse att varda fri från skadeståndstvång. I vågskålarna kastas därvid å ömse sidor vissa omständigheter, allteftersom de värderas till förmån för den ena eller andra partens intresse.[3] Rättviseomdömets karaktär av värdeomdöme är sålunda uppenbart. Om detta värdeomdöme gäller naturligtvis nu detsamma som om alla andra värdeomdömen: det är och förblir ett uttryck för *känslan* av ett värde och är följaktligen bestämt av vars och ens känsloinställning, alltså subjektivt. Det utsäger intet om verkligheten, kan alltså aldrig vara sant, aldrig vara objektivt, eftersom det sanna, det objektiva just karakteriseras av att endast kunna fastställas oberoende av varje känsloinställning.[4]

---

[1] Vad som menas med »rättsideologisk» och »materiell rätt» har berörts ovan s. 15.

[2] Med »svarande» menar jag den, vars ansvarighet är i fråga, vare sig rättegång föreligger eller icke. Man kan icke kalla honom »skadegöraren», eftersom han kan bli ansvarig, även om han icke förorsakat skadan.

[3] Saken belyses nedan s. 127 ff.

[4] Jfr till det anförda utom Hägerström, Värdepsykologien, även hans avhandling Rudimenter etc. Se också Fries, Grunddragen, s. 18 ff. — Från den nu framlagda värdeläran har avstånd helt nyligen tagits av Vinding Kruse. Han skriver, Videnskabens Begrundelse, s. 52 f., följande: »Idet den nyere Videnskab med Rette afviste ældre Etiks og Religions aprioriske, absolute Moralbud, og idet Videnskab kun syntes at være: at konstatere, at noget er, ovennævnte Viden 1, (eller har været, Viden 2), slutter den herskende Retning i Nutidens etiske og retslige Undersøgelser saaledes: om enhver Paastand, at noget er (eller har været), kan vi sige, at den enten er sand eller falsk; men om den Paastand, at vi bør eller skal eller maa handle saaledes og saaledes, kan vi hverken sige, at den er sand eller falsk; følgelig er denne Paastand logisk meningsløs; de moralske og retslige Paastande maa derfor antages kun at være Følelsesudbrud uden nogen videnskabelig Mening. Følgelig kan Moralen og Retten ikke videnskabelig

Det är sålunda uppenbart, att rättvisemetoden icke *kan* vara verklighetstrogen, följaktligen icke heller vetenskaplig. Men det är ju rättvise-

begrundes, men maa nærmest antages at bero paa en logisk uforstaaelig Mystik.» Bortsett från sista punkten ligger häri, som man förstår, en sammanfattning av den värdelära, jag i texten sökt belysa. Man får emellertid av Vinding Kruses framställning närmast den uppfattningen, att denna värdelära inginge som allmänt antagen princip i nutidens filosofi. Så förhåller det sig dock icke. Hägerström synes vara »den förste i filosofiens historia, som påvisat, att värdet saknar all verklighetskaraktär». (Fries, Grunddragen, s. 19.) Vinding Kruse har möjligen förbisett, att värdesubjektivisterna tro på värdet såsom en verklighet, tillbliven genom värderingen. (Se härom och kritiken därav Jonson, s. 70—104.) — Den sista punkten i citatet från Vinding Kruse kan icke vara riktig. Förvisso följer av böra-omdömets karaktär av värdeomdöme, att »Moralen ikke kan videnskabelig begrundes». Men varför skulle icke *rätten* kunna så »begrundes»? Det är rätten såsom »materiell» eller »objektiv rätt», vilken med sina böra-satser ligger utanför vetenskapens råmärken — det är rätten i denna rättsideologiens och därmed den vanliga rättsvetenskapens mening, som icke kan »videnskabelig begrundes». Men rätten i mening av samhällets organisation är självfallet något verkligt och sålunda föremål för vår kunskap. Vi leva dock icke faktiskt i spöksamhällen, även om gängse rättsteorier synas betingade av en dylik föreställning. — Allt detta nu sagt blott parentetiskt och för redans skull. I förevarande sammanhang viktigare är, att Vinding Kruse omedelbart efter sina ovan citerade ord karakteriserar »hele denne Betragtning» som en »videnskabelig Tankefejl», beroende därpå, att »man icke har tænkt Problemet igennem tilbunds». Vinding Kruse har emellertid så mycket mindre kunnat visa upp något »Tankefejl», som han överhuvud alls icke gått in på tankegången, d. v. s. argumentationen för att värdeomdömet icke kan ha något med verkligheten att skaffa och följaktligen varken kan vara sant eller falskt. Vinding Kruses uppfattning sammanhänger med den nya kunskapslära, som han anser sig kunna framlägga och som domineras av vad han betecknar som tankeform 4: »den vurderende Experimentalviden». De övriga tre tankeformerna skola vara konstaterande av (1): vad som är; (2) vad som var; och (3): vad som kommer att vara. Är tankeform 4 »den vurderende Experimentalviden», så skall det i tankeform 3 röra sig om »det konstaterande Experiment». (Videnskabens Begrundelse, s. 42 ff.) Det skall, säger förf., vara av vikt, att tankeform 4 icke jämföres med nr 1 utan med nr 3. — Såvitt jag förstår, föreligger här en förvirring av frågorna, en förblandning av frågor angående å ena sidan vår *kunskap* och å andra sidan våra *syften* och *strävanden*. Detta kan hos en så starkt intellektuell kraft som Vinding Kruse omöjligen bero på bristande skarpsinnighet utan måste ha sin grund i att han behärskats av någon särskild strävan, varvid det synes ligga närmast till hands att tänka på ett möjligt intresse hos honom att hävda den *genomgående vetenskapliga* karaktären hos den verksamhet, som han själv utövar, rättsvetenskapen. Det är emellertid logiskt omöjligt att komma ifrån, att rättsvetenskapen, såsom den utövas — och väl också rimligtvis bör utövas — vid de juridiska fakulteterna, är icke blott vetenskap i kunskapskritisk mening utan även vad jag kallar konstruktiv rättsvetenskap (varom nedan s. 549 ff.). »Det vurderende Experiment», varom Vinding Kruse talar — såsom skilt från »det konstaterende Experiment» — har intet med vetenskaplig verksamhet i begreppslig mening att skaffa, såvitt man verkligen bortser från de konstaterande moment, som väl vanligen måste ingå däri och till vilka jag då hänför också logiska slutledningar från konstaterade premisser. »Det vurderende experiment» upplöser sig då i dels värderande verksamheter och dels fysiska, t. ex. skapande av redskap och dessas användning. En sak för sig är, att dessa verksamheter kunna vara högst nödvändiga för både individuella och samhälleliga strävanden och därigenom stå i högsta kurs. Men uppskattningen av dem minskas väl icke därför, att man hänför dem dit de begreppsligen höra och icke betraktar dem som vetenskapliga verksamheter. »Den

metoden, som jurisprudensen på hithörande områden arbetar med, och man frestas fråga, hur det kan vara möjligt att bedriva fortsatt arbete

vurderende Experimentalviden» förlorar självfallet intet av sin betydelse för vare sig individen eller samhället, därför att däri ingående värdeomdömen betraktas såsom sådana och icke såsom uttryck för kunskap om verkligheten. Jag hänvisar i detta avseende till vad jag nedan s. 549—558 utvecklar om vad jag kallar konstruktiv rättsvetenskap. Jag föreställer mig, att läsaren av dessa sidor skall kunna förstå, att Vinding Kruses strävan att få »den vurderende Experimentalviden» till vetenskap icke på något sätt kan vara ägnad att låta denna »Viden» komma mera till heders i samhället än den gör dylika strävanden förutan. En sak för sig är, att man i vissa fall, där värderande verksamhet ansluter sig till självständig vetenskaplig verksamhet i kunskapskritisk mening, kan för enkelhetens skull beteckna verksamheten i sin helhet såsom vetenskap. Det är i denna mening, som jag talar om konstruktiv rättsvetenskap, därmed avseende den verksamhet, som i allmänhet måste utövas vid de juridiska fakulteterna och som utöver vetenskap i kunskapskritisk mening jämväl består av värderande verksamhet.

Här är icke platsen att gå in på Vinding Kruses kunskapslära. Ett par ord må dock tillåtas. Vinding Kruse hade året före sin »Videnskabens Begrundelse» framlagt sin kunskapsteoretiska ståndpunkt i arbetet »Erkendelse og Vurdering». Här sammanställer han bl. a. linjerna hos de »fire store Erkendelseskritiker» — Locke, Berkeley, Hume och Kant — samt söker visa, att senare filosofer ända in i vår tid nödgats nöja sig med det negativa resultat, som följer utifrån grundlaget för de »fyra storas» läror, nämligen »Selverkendelsen»: människorna sakna förmåga av kunskap om den yttre verkligheten. (A. a. s. 79 ff.) Den egna upplevelsen i varje ögonblick vore den enda uppfattbara verkligheten. Vinding Kruse refererar till belysning av absurditeten i denna subjektivistiska filosofi till Russels uttalande, att det icke vore omöjligt och icke kunde motbevisas, att hela världen skapades för några få minuter sedan! Det är begripligt, att Vinding Kruse slungar sitt anatema över en nutida filosofi, som för fram sådana galenskaper, och att han vill angripa den eller de metoder, som äro orsaken därtill. Men det är mindre begripligt, att han kunnat sväva i ovetskap om, att hela denna filosofi — med hänsyn till sin grundtanke karakteriserad som subjektivism — gjorts till föremål för genomgripande kritik i hans grannland. Detta kan han nämligen icke förmodas ha känt till, eftersom han skriver: »Erkendelseslærerne, baade i 18, 19 og 20 Aarhundrede, har glemt att underkaste deres egen erkendelseskritiske Tankeproces en Undersøgelse og kritisk Prøvelse», a. st. s. 85. Gentemot ett sådant uttalande är det nödvändigt att konstatera, att subjektivismen gjorts till föremål för kritik av Hägerström i en serie skrifter, som äro följande (varvid de viktigaste ställena angivas): Prinzip der Wissenschaft, 1908, s. 8 ff., 28 f., 68 f., 76 f.; Botanisten och filosofen, 1910, s. 44—58; Kritiska punkter i värdespsykologien, 1910, s. 21—23; Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen, 1927, s. 116 f., 121 f., 142 f.; Über die Gleichungen der speziellen Relativitätstheorie (i Adolf Phalén in Memoriam), s. 157—161. (Även några av Hägerströms lärjungar, särskilt Phalén, ha kritiskt behandlat subjektivismen.) Vad nu särskilt »de fyra stora» angår, har Hägerström genom sin penetrerande kritik av empirismen (i sin Prinzip der Wissenschaft) undanröjt de misstag, varpå Lockes filosofi byggts, och väsentligen också grunden för Berkeleys och Humes sensualism, som i själva verket utgör en mera stringent konsekvens av Lockes grundåskådning än denne själv hävdade. Hägerströms kritik av empirismen utgör självfallet också en betydande förberedelse för hans kritik av Kants kriticism, i vilket avseende jag särskilt kan hänvisa till Selbstdarstellung, s. 114, 116 och 129. En viss tankegång i Kants kriticism behandlas för övrigt direkt i Prinzip der Wissenschaft, s. 38 f. Men dessutom är det ju tydligt, att samtliga de nämnda tänkarnas kunskapsläror drabbas av den kritik i det hela, som Hägerström och hans lärjungar riktat mot subjektivismen i dess olika former.

Eftersom jag anförde Vinding Kruses referat av ett uttalande av Russel, vill jag nämna,

efter en verklighetsfrämmande metod. Metodens falskhet måste ju avslöja sig under användningen och komma densamma att för sina egna

att Hägerström, såvitt jag vet, icke tagit upp Russels sensualism till behandling i sina tryckta skrifter. Genom studium av korrekturet till ett under utgivning varande arbete av Martin Fries, *Verklighetsbegreppet enligt Hägerström*, finner jag emellertid, att Hägerström i en kort före sin död 1939 fullbordad men alltjämt icke publicerad avhandling om Einsteins speciella relativitetsteori upptagit ett arbete av Russel (Our knowledge of the external world, 1926) till kritik. Citerande ett uttalande av Russel går Hägerström att visa, »till vilka förvridningar av fakta man kommer med ett genomfört sensualistiskt betraktelsesätt». Russel hade tagit exemplet, att vi gå runt kring ett bord, och påstått, att vi nu icke kunna erfara något annat än vissa muskelsensationer och andra sensationer. När vi säga, att vi »gå runt bordet», beror detta blott på en *hypotes* angående bordet såsom verkligt. Men vi skulle, hur mycket vi än med våra sinnen kunna iakttaga bordet, aldrig kunna ha någon kunskap om dettas existens såsom ett verkligt föremål i yttervärlden. (Russel, a. a., s. 84.) Gentemot denna kuriösa filosofem skriver nu Hägerström: »Vilka äro dessa 'vi', som veta det angivna? Dessa antagas ju här — där det gäller framställandet av resultatet av en befrielse från hypotesen om en yttre värld — såsom verkliga: *we know*... De kunna sålunda ej vara antagna på grund av hypotesen. Är då dessa *'vi'*, som uppenbart kunna tala, själva endast muskelsensationer eller en förbindelse av sådana och andra? Sensationer, som kunna tala? 'Vi' är ju dock pluralis. Men vad avsöndrar det respektive sensationsknippe, som vardera iakttagaren för sig är, från andra sådana knippen? Huru skall Russel själv såsom iakttagare kunna skilja sig från andra iakttagare, t. ex. kineser, utan att förlägga dem till ett annat rum? Och hur skall överhuvud det ena sensationsknippet kunna ha någon kännedom om andra sådana, vilket Russel dock förutsätter, om han dock talar om 'vi'? Huru skall slutligen sensationsknippet Russel kunna konstatera andra sensationer hos sig? Men om 'vi' äro levande människor, höra vi ju till en yttre värld. Och då är en sådan värld förutsatt i framställningen om vad som skulle vara förhanden, om vi befriade oss från hypotesen. Så visar sig då, att man vid talet om särskilda iakttagare förutsätter just det, som man skulle i framställningen avskilja såsom något i erfarenheten icke givet.» Hägerström tager därefter vidare fasta på, att Russel själv säger, att »our visual sensations change in a continuos way», allt under det »we have those muscular and other sensations which make us say we are walking». Vi konstatera sålunda, säger nu Hägerström, »icke blott sensationer, utan också en *viss följd* av sensationer. Men det sätt varpå sensationerna följa på varandra, kan icke självt vara en sensation. Dess konstaterande betyder då, att något annat är förhanden än de blotta sensationerna — något objektivt, som antages självt vara förhanden. Därmed förfaller hela den subjektivistiska basen för resonemanget...» (Fries, a. a., s. 80—83.) — För övrigt får jag hänvisa till ett Hägerströms brev till Arnold Sölvén, skrivet i januari 1931 och publicerat i Tiden, nr 2, 1940. Detta är för den, som icke är filosof av facket, säkerligen Hägerströms bästa framställning av sin uppgörelse med subjektivismen. Den, som önskar djupare inträngа i Hägerströms kritik av subjektivismen och uppfattning av verklighetsbegreppet, hänvisas emellertid till den ledning, som Martin Fries giver i sitt nyss berörda arbete. — Genom sin kritik av subjektivismen kom Hägerström till klarhet angående den logiska omöjligheten att antaga någon som helst objektivitet hos värdet, en ståndpunkt som självfallet varit av betydelse för den värdelära, som han utvecklade efter sitt första huvudangrepp mot subjektivismen. (Jfr för övrigt hans Värdepsykologien, s. 20 ff.) Därför torde dessa erinringar om hans kritik av subjektivismen få anses motiverade i förevarande sammanhang.

Vad jag i denna not anfört ändrar intet i min ovan, s. 12 n. 4, uttryckta beundran för Vinding Kruses författarskap. Till denna beundran har jämväl den fängslande framställningskonsten i hans här berörda skrifter bidragit.

utövare framstå såsom oduglig. Icke kan väl någon vetenskapsman eller f. ö. vem som helst fortsätta att arbeta efter en metod, som visat sig vara oduglig? Jag kommer nu till något, vars understrykande jag vågar påstå vara av utomordentlig vikt, därför att det borde vara ägnat att förebygga all intellektuell möjlighet att vidbliva tillvägagångssättet under åberopande av »praktiska synpunkter», grundade på de tillfredsställande resultat, som dock med detsamma visat sig kunna vinnas. *Ty dessa resultat bero på att man faktiskt uppgivit metoden och sålunda handlat inkonsekvent*, låt vara att man därvid letts av ett visst praktiskt syfte och därigenom kommit att iakttaga en viss metod i inkonsekvenserna. Det förhåller sig på följande sätt.

Såvitt man verkligen toge sig för att tillämpa rättvisemetoden, kunde man icke beakta intresset av straff-*rättens* eller skadestånds-*rättens* såsom sådana funktioner i samhället. Också om vi försökte bortse från rättvise-omdömets subjektiva karaktär, som ju a priori måste göra det fullkomligt odugligt såsom grund för uppställandet av några som helst maximer för regelmässiga tvångsreaktioner, så bleve ju likväl frågan »rättvist eller orättvist?» något, som man endast kunde få svar på genom att inrikta blicken på tvångsreaktionen i det till bedömande föreliggande fallet och de omständigheter, som med detta vore förknippade. Endast därigenom kan det avgöras, huruvida personen gjort sig rättvisligen förtjänt av att få lida den ifrågavarande tvångsreaktionen. Hålla vi oss nu först till straffet, så springer den gängse metodens ohållbarhet kanske icke omedelbart så bjärt i ögonen, enär partsställningen här är egenartad. Den tilltalade står här icke som part emot annan individ: åklagaren företräder icke egna intressen utan det allmännas. Han skulle emellertid aldrig reellt kunna företräda samhällets intressen med sin strafftalan, om han verkligen läte sig ledas av rättvisesynpunkterna. Ty detta betydde, att han endast frågade därefter, om och i vilken grad den tilltalade hade gjort sig rättvisligen förtjänt av straffreaktionen eller icke, en fråga som, även när hela rekvisitet för ett straffbud utretts vara förhanden, alltefter omständigheterna måste besvaras än si än så, ja, som utifrån deterministisk åskådning städse måste besvaras nekande. I allt fall bleve det med en sådan frågeställning uteslutet, att en straffrättslig ordning kunde uppehållas. Men det är uppenbarligen en sådan ordning, som faktiskt eftersträvas av dem, som i förevarande avseende bevaka samhällets intressen.

Saken belyses i första hand bättre vid skadeståndet, eftersom situationen här är den, allmänt bedömd, att två parter stå blott såsom indivi-

der och processuellt jämnspelta mot varandra. Den förmenta rättvisan kan nu icke åstadkommas annorlunda än därigenom, att man mot varandra väger å ena sidan de grunder, som tala för svarandes intresse att varda fri från skadeståndstvånget, och å andra sidan de grunder, som tala för den skadelidandes intresse att få gottgörelse för skadan. Det säger sig självt, att man genom ett sådant tillvägagångssätt — genom att inskränka sin betraktelse till det enskilda fallet i stället för att överskåda det stora sammanhang, i vilket det enskilda fallet blott är en liten obetydlig episod — så att säga avskär hela horisonten från sin blick. Man berövar sig helt enkelt den logiska möjligheten att beakta de samhälleliga intressena, ty samhället är sannerligen något helt annat än de två parterna. Vad betyder väl det ur samhällets synpunkt, huruvida en skadad i det enskilda fallet får ersättning eller icke, vad betyder väl detta ur samhällets synpunkt i jämförelse med den oräkneliga mängd av skadegörelser som kunnat inträffa men som icke ha inträffat — tack vare den s. k. skuldregelns uppehållande? Vad betyder väl det ur samhällets synpunkt, att skadan i ett enskilt fall så att säga ekonomiskt överflyttas från den skadelidande till skadegöraren, vad betyder väl detta ur samhällets synpunkt i jämförelse med vikten av, att det sker i *alla* fall, d. v. s. att *allmänheten* kan blicka framåt och känna trygghet gentemot s. k. kulposa skadegörelser dels därigenom, att dessa i stället för att florera i samhället faktiskt nedbringas till, relativt sett, en sällsynthet, och dels därigenom, att den på förhand vet, att ersättning på rättslig väg kan utkrävas, när i dessa sällsynta fall en skadegörelse har skett? Denna trygghet åstadkommes icke genom skadeståndstvång i det enskilda fallet, utan denna trygghet åstadkommes genom den ifrågavarande skadestånds-*rättens* uppehållande och det allmänna medvetandet därom. Detta, som naturligtvis måste betraktas såsom den allt annat överskuggande synpunkten, är det logiskt omöjligt att beakta, såvitt som man tillämpar rättvisemetoden.

Det samhälleliga livets eget tryck på både rättsvetenskap i egentlig mening och rättskipning är emellertid så starkt, att man faktiskt — ehuru man icke tycks märka det och i allt fall icke erkänner det — underlåter att draga ut konsekvenserna av sin med rättviseidéen förknippade utgångspunkt. Detta senare är nu icke så egendomligt, som det kan förefalla, ty konsekvensernas utdragande skulle faktiskt, såsom redan sagts, leda till skadeståndsrättens upphävande. Fullföljde man verkligen intresseavvägningens och den därigenom förmedlade rättvisans linje, skulle någon skadeståndsrätt i mening av en regelmässigt uppehållen ordning icke kunna åstadkommas. Skadeståndet skulle blott sporadiskt

utdömas. Detta skulle resultera i ett allmänt kaos på området. Kort skisserat förhåller det sig på följande sätt.

De mot varandra stående partsintressenas vikt i jämförelse med varandra kan ju icke utrönas annorlunda än genom ett beaktande av samtliga kända omständigheter i fallet; de må tala än till förmån för svarandens intresse att bli fri från tvångsreaktionen, än till den skadelidandes intresse att få ersättning. Förfore man nu verkligen så, då skulle emellertid, som sagt, någon regel om skadestånd såsom följd på vissa bestämda handlingssätt icke kunna uppställas. Om på grund av omständigheterna i fallet skadeståndets börda vore oproportionerligt mycket tyngre för svaranden än den oersatt förblivna skadans börda för den skadelidande, då kan det ju icke av en människa med normala känslor anses *rättvist* att låta den förre få betala skadestånd. Vi kunna exempelvis, för att få en skarp belysning av saken, antaga, att svaranden är en fattig familjeförsörjare med sjuk hustru och många barn, under det att käranden är en förmögen ungkarl: skadan, låt oss säga några tusen kronors förlust, skulle knappast märkas i den skadelidande rike ungkarlens budget, under det att skadeståndets uttagande bleve katastrofalt för den fattige familjeförsörjaren. Hur skulle under sådana omständigheter skadeståndskravet kunna anses grundat på rättvisa? Mellan detta fall och dess radikala motpol — svaranden stormrik och käranden utfattig — ligga självfallet allehanda graderingar, som måste göra skadeståndstvånget än mer eller mindre orättvist än mer eller mindre rättvist för ett känsligt samvete, som icke låter kommendera sig utan reagerar i enlighet med sin natur.

Må man ytterligare beakta, att den vårdslöshet, som skulden här skall involvera, kan bero på medfödd fumlighet eller medfödd nervös och orolig läggning, som personen icke, som det heter, kan rå för. T. o. m. om vårdslösheten befunnits vara av grövre art, skulle den ofta kunna tänkas ursäktad med att personen fötts av de och de föräldrarna, uppfostrats eller eljest tvungits att leva i den och den miljön m. m. Skulle alla sådana och liknande omständigheter, såvitt de äro kända, beaktas, då måste följden bli upphävandet av skadeståndets regelmässighet, d. v. s. av skadeståndsrätten. — För fullständighetens skull må påpekas, att resultatet ur skuld-rättvisans synpunkt för en deterministisk ståndpunkt synes vara, att skadeståndstvånget aldrig kunde vara motiverat.

Naturligtvis förhåller det sig på liknande sätt på det straffrättsliga området. Då jag finner det särdeles instruktivt, upprepar jag här det exempel med stölden, som jag vid flera föregående tillfällen använt. Ginge man i fråga om tjuvens bestraffning verkligen på skuld-rättvise-

linjen, då finge stöldstraffet helt upphävas, åtminstone såvitt bedömaren hade s. k. deterministisk inställning. Ty är det icke obestridligt, att det i allmänhet är de fattiga men icke de rika som stjäla? Är det icke också uppenbart, *varför* det i allmänhet är de fattiga men icke de rika som stjäla? Kan en normal människa finna det rättvist, att en fattig person skall få lida för en handling, som han icke skulle ha kunnat begå, om han icke varit fattig? Nu vill man emellertid säga, att det icke är alla fattiga som stjäla. Det är sant. Men det, som inom de fattigare lagren skiljer kategorierna åt och driver den ena till brottet, är omständigheter, över vilka en människa på intet sätt kan vara herre: levnadsmiljö, uppfostran, intellektuell förmåga att värdesätta en handlings sociala karaktär och överblicka dess konsekvenser samt moralisk kraft att motstå frestelsen, sålunda dels påtvingade yttre omständigheter och dels ärvda anlag på intellektets och känslans områden. Man måste ju kunna förstå, att det är något galet med en *rättvisa*, som kräver, att man skall straffas för en handling, som kanske icke beror på annat, än att man haft de eller de föräldrarna, kanske icke på annat, än att man fötts och vuxit upp i storstädernas sämsta fattigkvarter, kanske icke på annat, än att man alltifrån barndomen av föräldrar eller andra handledare skickats ut att uppsnoka vad ätbart som helst för att stilla sin hunger, ja att i nödfall söka och taga ur andras fickor och gömmor; för en handling, som kanske icke beror på annat än att man genomgående uppfostrats av och tillsammans med förbrytare och annat slödder. Vad nu sagts om stölden har sin motsvarighet i fråga om alla brott. — Men även om man bortser från vad jag nu påpekat, är det ju ofrånkomligt, att hela den kriminalrättsliga reaktionen, inklusive proceduren med delinkventens dragande inför skranket, verkar högst väsentligt *olika* plågande eller nedbrytande på *olika* individer, alltefter deras fysiska och psykiska krafter, ävensom efter deras sociala och ekonomiska förhållanden. Också ur denna synpunkt måste straffet för reflekterande människor med normala känslor framstå såsom ett lidande, vilket påtvingas vederbörande, utan att det vore möjligt att betrakta det såsom ett utslag av *aequitas*, d. v. s. en *lika* och följaktligen *rättvis* behandling.

Härtill kommer så, särskilt i fråga om straffrätten, att det mycket väl kan inträffa, att gärningsmannen känt sig av sin plikt driven att begå brottet; att stjäla för att kunna hjälpa en nödställd, mörda för att befria landet från en förbrytare eller sina medmänniskor från en ondskefull girigbuk o. s. v. — för att icke tala om de i egentlig mening politiska morden, vare sig nu förövaren av dem var en fanatiker eller i allt fall besjälad av plikten att fullgöra en mission. Hur skulle straffet i sådana

fall kunna motiveras såsom rättvist på grund av genom pliktöverträdelse ådragen skuld? Gärningsmannen har ju så långt ifrån överträtt pliktens bud, att han tvärtom därav drivits till sin gärning.

Att rättviselinjen måste på detta sätt leda till upplösning av all regelmässig tvångsordning torde icke kunna bestridas. Det ligger ju i sakens natur, att *om* rättvisan skall vara utslagsgivande, så *skall* den det också. Rättvisan kan icke, medvetet för dem som skola utöva densamma, vara blott halv. De rättviseomdömet influerande omständigheterna måste, såvitt de äro kända, beaktas helt och fullständigt. Rättvisan slår över i sin motsats, om man blott tager hänsyn till en del av alla de kända omständigheter, som ha betydelsen att influera på normala människors värdering därav, huruvida personen gjort sig »rättvisligen förtjänt» av skadestånd, straff eller någon annan tvångsreaktion.

Hur skall man då kunna förklara å ena sidan, att rättvisemetoden hyllas och å andra sidan att likväl en straff-*rätt* och skadeståndsrätt verkligen kan uppehållas? Svaret är, såsom jag redan låtit påskina, att jurisprudensen förvränger sin egen metod på ett sådant sätt att den faktiskt uppgives. Den nödgas härtill av metodens uppenbara odugglighet för samhällsorganisationens behov. Vad vore det för bevänt med, i bästa fall, en »straffrätt» eller »skadeståndsrätt», efter vilka samma slags handlingssätt ena gången drager reaktionen med sig, andra gången icke, efter vilka man dömer än si än så?[5] Vilken betydelse kunde väl sådana »lagar» ha som rättesnöre för människors handlingar? En rättsvetenskap, som utmynnade i dylik absurditet, skulle naturligtvis gå under. Faktiskt går man nu så tillväga, att man vid vägningen av partsintressena abstraherar från allt annat, som kan vara ägnat att inverka på människors värdering av rättvist och orättvist, än något som man en gång för alla fixerat. Detta något är skuld, bestämd såsom överträdelse av rättsplikt och viss subjektiv inställning till handlingseffekten.[6] Det som med hänsyn till människors uppfattning av en tvångsreaktion såsom rättvis eller orättvis giver skulden dess karaktär är plikt-överträdelsen. Men rättsplikt-överträdelse är en rättsideologisk konstruktion[7], som anbringas fullkomligt

---

[5] Jag säger »i bästa fall», därmed åsyftande en indeterministiskt inställd jurisprudens. Utifrån deterministisk ståndpunkt skulle väl varken kriminellt eller civilrättsligt skulden någonsin i rättvisans namn kunna åberopas såsom grund för tvångsreaktion.

[6] Hur på skuld-regelns område man ytterligare »utspäder» rättvisekravet genom skuldens s. k. objektivering — så att skuld skall anses kunna föreligga också utan varje subjektiv inställning till skadegörelsen — behöver jag här icke gå in på. Se emellertid Culpa-Regeln, s. 67 f. och s. 188 ff., och jfr nedan s. 260 f.

[7] Se härom mina föregående utredningar, angivna i Culpa-Regeln, s. 41 n. 1. Se även Det Hägerström-Lundstedtska misstaget, Tredje föreläsningen.

oberoende därav, huruvida vare sig gärningsmannen själv eller andra bedömare av hans gärning verkligen uppfattat eller uppfatta det åsidosatta handlingssättet som en plikt. Därigenom har då det resultat vunnits, att i realiteten själva skuld-förutsättningen avkopplats från rättviseidéen. Denna reduceras så ytterligare därigenom, att man som sagt låter skulden — i realiteten sålunda avkopplad från rättviseidéen — bli ensamt dominerande i hithörande situationer för frågan om det rättvisa eller orättvisa i tvångsreaktionen, och det givetvis så, att denna betraktas som rättvis, blott om denna konstruerade skuld föreligger. Utom från frågan om delinkventen följt eller icke följt pliktens bud, samvetets röst, har man sålunda bortsett från bl. a. växlingarna, alltefter olika individer, i fysisk, psykisk eller ekonomisk motståndskraft mot tvångsreaktionen, växlingar, som göra, att denna kan drabba den ene väsentligen hårdare än den andre, följaktligen på ett sätt som måste karakteriseras som motsatsen till vad man föreställer sig med ordet lika och rättvist. Utan nämnda såväl konstruktion som abstraktion — vilka faktiskt göra rättviseomdömet till blott och bart en påklistrad etikett i både straffrätten och skadeståndsrätten — skulle rättvisemetoden ha grävt både sin egen och den genom metoden representerade jurisprudensens grav.

Förvisso är det rättvisemetoden, med sin idé om tvångsreaktionen såsom motiverad därav, att personen gjort sig »förtjänt» av densamma, som ligger i bakgrunden. Men de rättsupplösande konsekvenserna av rättvisemetodens användning motar man genom att — faktiskt icke använda densamma. Detta tillgår så — jag nämner det än en gång — att man tror sig kunna låsa fast tvångsreaktionens rättvisa vid en viss förutsättning — skulden. Denna konstruerar man dessutom såsom överträdelse av en rätts-plikt, d. v. s. en objektiv plikt, under det att rättviseomdömet står i relation till känslan av plikt. Denna »sammankoppling» av rättviseidéen med blott en viss faktor — skulden, som man dessutom låter innefatta överträdelsen av en objektiv plikt — betyder i verkligheten rättviseidéens frånkoppling. Vi stå inför den inom rättsvetenskapen så vanliga företeelsen, att man söker motverka de oantagliga konsekvenserna av en verklighetsfrämmande tanke eller konstruktion med en eller flera nya sådana, alltså naturligtvis falska även de.

Rättviseidéen — d. v. s. idéen, att offret för tvångsreaktionen blott får vad det förtjänat — har, som jag nämnde, sedan gammalt legat i bakgrunden för tvångsreaktionerna. Men det är först i nutiden, genom den utvidgade betydelsen av det strikta ansvaret, som rättvisan i mera vidsträckt mening framträder såsom en förment grund för tvångsreaktionerna. Förr, då icke blott straff utan även skadeståndstvång i princip

förutsatte personens skuld, behövde man icke uttryckligen tala om rättvisan såsom det ledande motivet. Skuld-förutsättningen för tvångsreaktionen innefattar ju, att denna är motiverad genom vedergällningens rättvisa. Och inom straffrätten är det alltjämt blott fråga om vedergällningens rättvisa.[8] Men genom den stora betydelse, som numera den utanför skuld-idéen gående rättvisan fått på skadeståndsrättens område, finns det ingen anledning att icke också för straffrättens del betona, hurusom där den vidsträcktare *rättvise*-idéen »bundits» genom det absoluta sammankopplandet med *skuld*-idéen.

Vad nu det *strikta* ansvaret angår och dess behandling genom riskteorien, finna vi av den franska lärobokens sammanfattning här ovan s. 114, att det blott är »skulden» som utmönstras, under det att man behåller hela rättvisechimären med dennas inriktning på jämförelse mellan och avvägning mot varandra av partsintressena. Därmed måste det även stå klart, att resonemanget i nämnda sammanfattning icke kan betraktas såsom någon argumentering. Det innefattar i verkligheten blott en vädjan till vår känsla av vad som kan vara rättvist eller icke. Som vanligt vid dylik vädjan koncentrerar man blicken på situationen in concreto och väger följaktligen parternas intressen mot varandra för att avgöra, vilkenderas som vore tyngst ur billighetssynpunkt. Resultatet av en sådan avvägning måste alltid vara beroende av känslan, sålunda av något subjektivt. Samtidigt som man betraktar den enskilda situationen isolerad, gör man emellertid våldsamma abstraktioner. Situationen blir naturligtvis analog med vad jag nyss utvecklat härovan å s. 126 ff. Men låt mig likväl få beröra saken även här. Abstraktionerna bli nödvändiga för att kunna åstadkomma en generalisering, en *regel*. I själva verket begår man sålunda här en flagrant motsägelse. *Å ena sidan* vill man ju bygga på billigheten, rättvisan. Här kan utslaget endast givas genom känslan. Men känslan kan blott reagera inför en jämförelse i det enskilda fallet mellan de omständigheter, som tala än till förmån än till nackdel för än den skadade än hans motpart. Hos människor med normal känsloutbildning bestämmes rättskänslan till förmån för den ene eller andre genom *samtliga* i ett visst fall föreliggande och kända omständigheter. Då dessa för de olika konkreta fallen variera och följaktligen rättskänslan i verkligheten giver utslag i ena fallet till förmån för den skadade i andra fallet till förmån för motparten, är det logiskt orimligt att grunda en *regel* om skadestånd på rättskänslan, d. v. s. känslan vad som är rättvist. *Å andra sidan* är det dock just en *regel*,

[8] »Strafe ist Vergeltung, d. h. eine den Täter treffende Entziehung von Rechtsgütern nach Massgabe der schuldhaften Tat», Mezger, Strafrecht, 1933, s. 483.

som skall åstadkommas. Och denna åstadkommes nu genom — av abstraktionen förorsakad — generalisering och därmed förvanskning av de enskilda situationer, som man har i tankarna: Man generaliserar dels på det sätt, att man fastslår, att en ägare (eller annan brukare av saken) städse har egen nytta eller eget nöje av saken, vare sig han verkligen har detta eller icke, och vare sig han haft sådant syfte med densamma eller icke; dels också på det sätt, att man helt enkelt utesluter alla andra i dessa situationer tänkbara omständigheter än just detta, att svaranden haft nytta eller nöje av en sak, varigenom käranden skadats! Man abstraherar exempelvis sålunda från för känslan så betydelsefulla frågor som dem, huruvida icke svaranden tilläventyrs haft andra bevekelsegrunder för sitt innehav av den skadebringande saken än den egna nyttan eller nöjet — exempelvis syftet att gagna vetenskapen, att skaffa arbetstillfällen, att lindra nöden för andra, att livnära sig och sin familj för att dymedelst möjliggöra eget arbete i samhällets tjänst och familjemedlemmars uppfostran till dylikt arbete, eller för att i allt fall förebygga att falla samhällets fattigvård till last; kort och gott överhuvud syftet att vara till social nytta. Man abstraherar vidare från en sådan, likaledes för känsloinställningen betydelsefull fråga som, hur hårt skadeståndet skulle drabba svaranden i jämförelse med den skadelidandes ekonomiska förmåga att bära förlusten. Rättvisekänslan nöjer sig icke med ett så abstrakt och ofullständigt betraktelsesätt. Uppställandet av en regel är följaktligen motsatsen till att låta rättvisan fälla utslaget. Detta senare skulle leda till kaos i stället för rättslig ordning.[9]

Bortsett från den kritik av rättvisemetoden, som omedelbart grundar sig på falskheten i hela det rättsideologiska underlaget, har nu i det föregående dess ovetenskaplighet påvisats i tvenne avseenden. *Dels* tror man på rättvisan såsom något objektivt, något sant. Denna tro faller på det förhållandet, att rättviseomdömet är ett värdeomdöme och liksom andra sådana dirigerat av individens vanliga känslor, följaktligen varken sant eller falskt, d. v. s. subjektivt och icke objektivt. *Dels* möjliggöres upprätthållandet av denna tro därigenom, att man våldför sig på den faktiskt föreliggande situationen genom verklighetsfientliga konstruk-

[9] Jag fäster än en gång uppmärksamheten på, att jag i den förestående exemplifieringen gjort en högst väsentlig abstraktion till rättvisemetodens favör, i det att jag resonerat, som om rättvisekänslan hos alla normala människor, följaktligen också hos alla domare och i lagstiftningsarbetet deltagande, fungerade och reagerade fullkomligt likformigt, d. v. s. på identiskt samma sätt, inför en viss vilken som helst handling, förutsatt naturligtvis att alla hade exakt samma kunskaper angående handlingens närmare detaljer och omständigheter. Trots denna uppenbart falska hypotes till rättvisemetodens favör vågar jag likväl förmena, att dess oduglighet ådagalagts genom min framställning.

tioner och abstraktioner och dymedelst blir i stånd att åberopa sig på ett skenbarligen enhetligt rättviseomdöme, som sålunda kan läggas till grund för en *regel*, d. v. s. bli »objektivt normerande».

Demogues syn på la responsabilité du fait des choses.

Det resonemang till angivande av riskteoriens innebörd och därmed till förklaring av det strikta ansvaret »du fait des choses», som jag i det föregående berört, angav endast själva huvudtanken. Naturligtvis finns det åtskilliga mer eller mindre utförliga variationer av densamma. En av dessa, den sista jag känner, härleder sig från Demogue, kanske en av Frankrikes största på obligationsrättens område. I sin förut berörda Rapport framställer han saken på följande sätt:

»D'une façon plus profonde cette responsabilité de plein droit du fait des choses répond à une transformation de la société depuis un siècle et demi. Alors qu'une grande partie du XIXº siècle avait été dominé par l'individualisme, les esprits voient aujourd'hui les questions sous un aspect plus social, c'est à dire qu'ils se rendent compte que l'homme n'a pas simplement des droits, mais qu'il faut pour fixer sa situation active et passive se rendre compte qu'il vit dans un milieu où l'acte de chacun doit être apprécié d'après les intérêts de tous. Cette conception devait réagir sur le problème de la responsabilité. Dans une civilisation imprégnée d'individualisme il était naturel que l'homme ne fût pas en principe responsable des dommages qu'il causait à autrui. Le cas de faute prouvée à son encontre devait être seul accepté, car alors il était matériellement sorti de son droit et ayant en conscience d'une pareille situation, il méritait peu la protection. Sa victime au contraire la méritait beaucoup plus. Au contraire, dans notre civilisation actuelle, non seulement il y a une sorte de poussée en vertu de laquelle on supporte beaucoup moins aisément un dommage sans en obtenir au moins une réparation partielle, de l'Etat ou de l'auteur de ce préjudice, mais on se tourne plus volontiers du côté de l'auteur du dommage si celui-ci a en quelque sorte multiplié la possibilité du nuire qu'il avait, par une chose qui était plus ou moins dans sa dépendance. En outre souvent cette chose est couteuse, celui qui s'en sert en tire profit. Il peut donc souvent supporter le dommage plus facilement que la victime. Enfin il sera, par sa condition sociale, souvent plus à même de s'assurer. L'assurance permettra alors finalement de ne lui faire supporter pour le préjudice qu'il cause que le poids relativement léger d'une prime annuelle.»

Denna framställning är icke djuptänkt. Demogue må väl vara en man med skarpsinnighet. Men här synes denna vara nedlagd på reflexioner utifrån alltför ytliga utgångspunkter och därigenom bortslösad. Det förefaller, som om Demogue själv icke funnit det löna mödan att verkligen söka få någon klarhet, angående vilka tankar som skulle kunna bära upp den teori, som han anslutit sig till. Det torde ha ett avsevärt in-

tresse att i detalj uppvisa, att detta påstående icke innefattar någon överdrift.

En särskild vikt vill Demogue uppenbarligen lägga på motsättningen mellan ett individualistiskt och ett mera socialt betonat samhälle.[1] Vad han i sådant avseende vill säga kan kortfattat uttryckas sålunda: Att skuldregeln förut tillämpats även vid skada »par le fait des choses» beror på den in i en del av det 19:e århundradet dominerande individualismen. Med den nutida, mera socialt betonade åskådningen inser man, att människan icke blott har rättigheter, utan att dessa måste utövas med beaktande av att hon lever i ett samhälle och att därför viss hänsyn måste tagas till medmänniskornas intressen.

Inför min kritik av skuldregeln kan detta resonemang icke stå sig. Ty denna kritik är oberörd därav, huruvida samhällsåskådningen är, såsom Demogue säger, mera individualistiskt eller mera socialt inställd. Rättsideologien är och förblir lika verklighetsfrämmande och fantastisk. Och om min tes om samhällsnyttan[2] är i det väsentliga riktig, kunde den med samma fog anbringas i rättsideologiens ställe för något hundratal år sedan som i nutiden. Det mer eller mindre omedvetna underlaget även för den mera »individualistiska» rättsinställningen har utgjorts av de tongivande värderingarna av vad som vore det bästa för samhället. En sak för sig är, att dessa värderingar i flydda tider kunna hava varit väsentligen andra än nutidens. Självfallet äro samhällsvärderingarna beroende av hela den rådande föreställningsvärlden, i sin tur influerad av den ifrågavarande tidens inställning i religiöst, moraliskt, rättsligt och intellektuellt avseende. Denna inställning har i sin tur på varje tid betingats av den påverkan människorna både fysiskt och psykiskt utsatts för genom sina erfarenheter av allehanda slag under samhällets fortgång genom tiderna. Till väsentlig del sammanhänga dessa erfarenheter med själva samhällsorganisationen, dennas uppehållande genom lagar och rättskipning, alltså med vad jag plägar kalla samhällsmaskineriets funktionering. Här finns därför anledning att erinra om den växelverkan, som ständigt äger rum mellan å ena sidan rättsmaskineriets funktionering, och å andra sidan det allmänna rättsmedvetandet.[3] I stora drag blir det

[1] Denna motsättning ha vi förut, ovan s. 50, sett honom framhäva i de grunder, varmed han vill motivera »commettant»-ansvaret.

[2] Varom nedan s. 549 ff.

[3] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 74 ff. särskilt s. 83—91. — »Allmänna rättsmedvetandet» kan korteligen beskrivas såsom folks i allmänhet uppfattning om vad som i den eller den frågan är rättvist eller orättvist. Ehuru det sålunda rör sig om allmänhetens *rätts*föreställningar, säger det sig dock självt, att dessa äro influerade av den allmänna kulturella (religiösa och moraliska) inställningen samt av den allmänna intellektuella nivån.

allmänna rättsmedvetandet i sin tur bestämmande också för rättsideologiens utformning. Jag har ofta visat, hur rättsideologien genom kontrakonstruktioner och dito formuleringar låter sig kramas och modelleras i viss proportion till ändrade värderingar i fråga om de skilda rättsinstitutens betydelse för samhället. Senast gjorde jag det i mina föreläsningar för något år sedan.[4] Men det sociala intresset — d. v. s. de på varje tid förhärskande föreställningarna om samhällets syften och med hänsyn härtill rådande värdering av det bästa för samhället — detta sociala intresse torde ha haft ungefärligen samma betydelse för rätten, för lagstiftningen såväl som för lagtolkningen, före mitten av 1800-talet som efter detsamma. Redan därför måste kritiken av skuldregeln ha samma giltighet, vare sig man utgår från förhållandena före eller efter nämnda tidpunkt. Det reella som Demogue har i sikte — när han framhäver motsättningen mellan en äldre tids mera individualistiskt och en senare tids mera socialt betonade samhälle — kan icke vara något annat, än att nyssnämnda föreställningar och värderingar helt naturligt undergått och undergå förändringar genom tiderna. Det finns följaktligen ingenting, som tyder på, att icke Demogues ifrågavarande åskådning är inpassad inom den vanliga rättsideologiska ramen.

Vad som först kanske ter sig blott såsom en förmodan övergår emellertid till visshet, när man närmare granskar Demogues ord. Hans uttalande — angående nödvändigheten för ett rättighetssubjekt att göra klart för sig, hur begränsad rättighetsmakten är av hänsyn till andras intressen — visar oss nämligen med mest önskvärda tydlighet, att hans ståndpunkt har sin grund i den rättspositivistiska tron på s. k. relativa rättigheter i motsats till absoluta sådana. Har man förstått min kritik av rättighetsbegreppet[5], så förstår man också, att tron på relativa rättigheter är lika oförnuftig som tron på absoluta. Denna sak har jag visserligen utvecklat på annat ställe[6] men önskar därom här säga följande.

Rättighetens relativitet.

Det grundfalska i metoden — som är och förblir den vanliga, av mig s. k. rättvisemetoden — förändras icke i ringaste mån genom denna mera öppna övergång[7] från absoluta till relativa rättigheter. Undersökningen

[4] Se Det Hägerström-Lundstedtska misstaget, s. 124 ff.

[5] I Obligationsbegreppet I och II: 1. Se även nedan s. 518 ff.

[6] Die Unw. der Rechtsw. I, s. 127—129 och s. 213—216.

[7] Jag menar att också på den tiden, när rättigheten i princip betraktades som absolut, tvangs man naturligtvis ständigt att uppgiva konsekvenserna av ett sådant betraktelsesätt.

blir icke desto mindre — varom Demogues uttalanden också bära slående vittnesbörd — begränsad till den ur det större sammanhanget lösryckta partssituationen. Detta missgrepp måste bli ödesdigert. Ty man avskäres därigenom med logisk nödvändighet från möjligheten att anlägga synpunkter, som bottna i rättsreglernas betydelse för samhället och dettas intresse av rättsreglernas innehåll. De båda parterna utgöra ju endast en liten försvinnande bråkdel av den människomängd, som bildar vad man kallar samhället!

När man via rättighetsföreställningarna och följaktligen under begränsning av horisonten till partssituationen kommer fram till resultatet ansvarighet, så sker detta på följande sätt. Man utgår från ett visst antaget rättighets-läge. Med denna utgångspunkt beaktar man vissa till partssituationen anknutna omständigheter, som man menar vara av beskaffenhet att tala å ena sidan till förmån för den skadelidandes anspråk på ersättning, å andra sidan till förmån för svarandens frihet från ansvar.[8] Vid denna avvägning finner man de förra falla tyngre i vågskålen än de senare. Detta leder så till att den skadelidande anses »förtjäna» att få skadestånd och motparten följaktligen att få betala dylikt.[9]

Först och främst är utgångspunkten falsk. Vare sig utgångsläget betraktas såsom rättigheter eller rättsliga intressen (en labil distinktion, som vi här icke behöva gå in på) förbiser man, att vad som avses i realiteten icke existerar. De situationer, som man har i sikte med dessa begrepp äro städse endast konsekvenser av en viss uniformitet i människornas handlingssätt, en uniformitet som i sin tur är beroende bl. a. på vissa rättsreglers, framför allt tillhörande straff- och skadeståndsrätten, uppehållande. Att motivera en rättsregel med utgångspunkt i rättighetslägen eller rättsliga intresselägen är och förblir därför den rena absurditeten.

Emellertid är det nu uppenbarligen relativiteten i »sakvårdarens» rät-

[8] Att en godtycklig begränsning av de under övervägande tagna omständigheterna äger rum till möjliggörande av generalisering i och för en regels uppställande har ovan, s. 132 f., visats och kan nu för enkelhetens skull lämnas åsido.

[9] Att detta är Demogues sätt att resonera är tydligt. Att han exempelvis utgår från den skadelidandes äganderätt till den skadade saken och betraktar skadan såsom ett ingrepp i denna äganderätt sägs visserligen icke här men framgår indirekt av hans tro på rättigheter, ävensom av hans uttalande om den kulpose skadegöraren, vilken hade »matériellement sorti de son droit». Vad angår avvägningen av partsomständigheterna å ömse sidor, så är Demogues mening uppenbarligen den, att det just gäller att med hänsyn till en sådan avvägning bestämma vilkens intresse som bör avgå med segern, den skadelidandes att få ersättning eller svarandens att slippa betala dylik. Skillnaden mellan förr och nu vore blott den, att numera icke blott svarandens skuld utan även andra omständigheter kunde förminska tyngden i dennes intresse att gå fri och följaktligen giva vikt åt den skadelidandes intresse att få ersättning.

tighet att bruka saken, som skall bidraga till att låta hans ansvarighet framstå som plausibel, ehuru han icke ådragit sig någon skuld. Det är härigenom som de till den skadelidandes förmån talande omständigheterna skola få övervikt och leda till en ideell skyldighet för svaranden, d. v. s. en i den materiella rätten grundad skyldighet för honom, att betala skadestånd och till ett häremot svarande ideellt krav, d. v. s. en på den materiella rätten grundad rättighet, för den skadelidande mot svaranden. Att avvägningen av omständigheterna i fråga skulle leda till uppkomsten av detta ideella rättsförhållande kan icke ha någon annan förklaring, än att saken synes överensstämma med rättsmedvetandet och dettas föreställning om rättvisa, vilket av rättsvetenskapen så gives en särskild fondering genom antagandet, att rättsförhållandet hade sin grund i den materiella rätten. Det är följaktligen denna, som i de olika fallen skall utgöra den rättsliga grunden för den skadelidandes ideella krav mot svaranden, själva skadeståndsanspråket, som sedermera, i fall av behov, göres till föremål för process.[1]

Med denna åskådning, som — efter allt vad jag utrett i Obligationsbegreppet I och II:1 — torde få betraktas som den rena fantasien, är det uteslutet att komma i direkt kontakt med de hithörande sociala realiteterna. Att det med densamma är logiskt omöjligt att låta sig influeras av samhälleliga intressen har jag redan påpekat men vill ytterligare erinra om följande, förut framhävt på andra ställen.[2] »Rättvisan» yttrar sig däri, att en person för sin egen räkning och i sitt eget intresse skall ha ett ideellt krav mot en annan och följaktligen skall kunna av hänsyn till sig själv ställa ett anspråk på den andre. »Rättvisa» *förutsätter* sålunda just detta, att *individen* vore ett *ändamål i sig själv*. Det är denna förutsättning, som bildar den allmänna bakgrunden för uppfattningen om »rättvisa» och om i överensstämmelse med denna rättvisa existerande ideella, d. v. s. på den »materiella rätten» grundade, s. k. rättigheter och rättsförhållanden. Men om det är därför, att han är ett ändamål i sig själv, som individen kommer i åtnjutande av de fördelar, som skola vara inneslutna i hans »rättigheter», så är det uteslutet, att han åtnjöte dem av hänsyn till samhället.

Detta kommer man nu icke ifrån genom några »positivrättsliga» betraktelsesätt om rättigheternas egenskap att icke vara absoluta utan blott relativa. Detta betraktelsesätt gör ingalunda rättighetsbegreppet mindre orimligt. Det utgår från den skenbart förtroendeingivande satsen,

[1] Jag upprepar, att jag använder termen »svaranden» såsom benämning för den skadelidandes motpart, oavsett om process inletts eller icke.

[2] Obligationsbegreppet II: 1, s. 169 f. och Culpa-Regeln, s. 180.

att det blott är i sin egenskap av led eller lemmar i den statliga organismen som människorna kunna vara subjekt för rättigheter.[3] Härav skall nu följa, att individernas rättigheter såväl beträffande sin uppkomst som ock sin natur måste vara sådana, att deras existens och utövning överhuvud icke kunde råka i motsats till betingelserna för statens bestånd och önskvärda utveckling. De absoluta rättigheterna råkade emellertid i denna motsägelse. Deras antagande måste därför a priori vara uteslutet. Vad särskilt Jellineks lära angår, kan man sammanfatta den på följande sätt. Då individernas rättigheter blott kunna ha existens, såvitt som staten erkänner dem, och då staten naturligtvis icke kan vilja erkänna sådant som motverkar själva statsidén och följaktligen icke kan vilja erkänna de absoluta rättigheterna, så kunna dylika icke finnas till.[4]

Allt detta kan omedelbart sett låta plausibelt under förutsättning, att man icke låtit rubba sig i sin rättspositivistiska tro av sådan kritik, som jag framfört mot rättspositivismen och överhuvud mot rättighetsföreställningarna. Men t. o. m. oberoende av denna kritik och med bibehållna utgångspunkter i allehanda rättspositivistiska teorier måste den refererade åskådningen vid närmare eftersinnande visa sig vara logiskt ohåll-

---

[3] Så t. ex. Jellinek, Allg. Staatslehre, s. 384, 408 ff.; Josserand, Droits, s. 319 ff. Jfr också skilda arbeten av Duguit, t. ex. Les transformations, s. 17 f.

[4] Liknande tankegång återfinnes t. ex. hos Josserand. Enligt denne förf. äro rättigheterna att betrakta som »des produits sociaux». De »supposent un consentement de la communauté sociale, soit que ce consentement émane expressément des pouvoirs publics, comme c'est le cas ordinaire, soit qu'il se dégage directement et instinctivement de la conscience collective qui devient ou qui reste son propre législateur»; Josserand, n. 236. Emellertid skola nu rättigheterna vara sociala icke blott »par leur source et par leur genèse» utan även »par leur *finalité*». Människan såsom isolerad varelse skulle icke kunna ha några rättigheter i juridisk mening; »c'est seulement en tant que membre de la communauté qu'il acquiert une personnalité et qu'il devient aussitôt le sujet et le centre de rapports obligatoires; n'étant pas une fin en soi, il ne saurait excercer ses prérogatives en vue d'une fin exclusivement personnelle...»; Josserand, n. 237. Å samma ställe skriver Josserand vidare bl. a.: »le propriétaire et, d'une façon plus générale, le titulaire d'un droit quelconque peut bien mettre ses prérogatives au service de ses intérêts, mais à la condition que ceux-ci ne soient pas en opposition avec les intérêts vitaux de la communauté dont il ne constitue qu'une cellule, à la condition qu'il demeure dans l'esprit de l'institution... Tout droit a une fonction dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a nom: l'abus du droit.» Detta sista begrepp (»missbruk av rättigheten», som är föremål för lagstadganden i B. G. B. § 226, Schw. Z. G. B. Art. 2 samt Ö. A. B. G. B. § 1295) är ett praktfullt utflöde ur rättighetsskolastiken. I Frankrike har det visserligen intet allmänt lagrum bakom sig men spelar en stor roll i den franska läran om »la responsabilité délictuelle de droit commun» (d. v. s. tillämpningen av art. 1382 och 1383). — Josserands rättighetsåskådning är starkt influerad av Duguits rättslära, ehuru Duguit bestrider existensen av rättigheter. Att detta bestridande icke är grundat på kunskap om hithörande realiteter torde framgå av min kritik av Duguits läror, varom se Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928, s. 84 ff. (samt mitt arbete Die Unw. der Rechtsw. I, s. 276 ff.).

bar. Ty det är icke blott tron på de absoluta rättigheterna utan tron på rättighetsbegreppet överhuvud, som råkar i oupplöslig motsägelse till åsikten, att det blott vore i deras egenskap av lemmar i den statliga organisationen, som individerna kunde åberopa sig på något i rättsligt avseende. Ty rättighetsbegreppet innefattar — vare sig det skall vara blott relativt eller absolut — att individen står såsom *självständigt* subjekt för rättigheter, och detta lika mycket när rättigheten antages vara riktad mot annan enskild, som när den antages kunna göras gällande mot staten. Intet av dessa antaganden är förenligt med uppfattningen, att rättigheten tillkommer individen blott i hans egenskap av led i statsorganisationen. Vare sig fråga är om s. k. relativa eller absoluta rättigheter innefattar rättighetsbegreppet, att man kan ställa anspråk såsom rättighetssubjekt, d. v. s. under sådana förhållanden, att det vore *orättvist mot subjektet självt* i fråga, om det hindrades från utövandet av sin rättighet. Det är m. a. o. uppenbart, att rättigheten — och lika mycket den relativa som den absoluta — skall tillkomma personen just såsom utgörande ett ändamål i sig själv, och sålunda icke *kan* tillkomma honom blott såsom ett led i samhället. Att människorna å ena sidan i rättsligt avseende icke kunna betraktas såsom isolerade individer utan endast såsom lemmar i staten, och att de å andra sidan äro subjekt för rättigheter — detta är och förblir intet annat än meningslösa ord, alldenstund det ena står i ofrånkomlig motsägelse till det andra.

Må ytterligare några anmärkningar finna plats angående hopplösheten i bl. a. rättspositivismens försök att klara sig genom konstruktionen om rättighetens relativitet. Beakte man först, hur rättspositivismen råkar i motsägelse till sin ståndpunkt om rättighetens relativitet, när den befinner sig på folkrättens område. Här, i förhållandet mellan staterna, är det ju från början uteslutet — för positivisterna likaväl som för andra — att tala om något annat än »absoluta rättigheter». Staternas »absoluta rättigheter» taga sig nämligen alltför övertygande uttryck, för att kunna bortresoneras med några positivistiska spetsfundigheter, när staten-rättssubjektet går att, väpnad till tänderna, själv hävda och realisera sin eller sina rättigheter. Då den saken är både uppenbar och allmänt erkänd, att den »internationella rätten» icke kan »be enforced by external power» så blir följden att

»the States have to take the law into their own hands. Self-help, and intervention on the part of other States which sympathise with the wronged one, are the means by which the rules of the Law of Nations can be and actually are enforced.»[5]

[5] Oppenheim I, s. 14.

Men *inom* staten finns det en »external (d. v. s. utanför rättssubjektet självt befintlig) power», som håller de absoluta rättigheterna i schack. Där går det inte för rättighetshavaren att själv vare sig ensam eller i allians med förbundna sympatisörer med våld exekvera rättighetsmakten. Så mycket borde verkligen de rättsvetenskapliga juristerna känna till angående elementen i sin egen rättsideologi. Men detta göra de tydligen icke; de förstå icke, hur den inomstatliga rättsmekanismen betvingar de »absoluta rättigheterna», utan de låta denna deras betvingning dölja för sig »rättigheternas» i sig själva absoluta karaktär och möjliggöra denna extraordinärt krystade uppfattning, att »rättigheterna» till sin »natur» vore blott sådana, som de tillstädjas genom rättsmekanismen, d. v. s. vore blott relativa.

Att man på detta sätt låtit lura sig, är så mycket mera egendomligt, som ju rättigheterna åtminstone såtillvida skola existera in abstracto, att de skola vara till oberoende av vad jag plägar kalla rättsmekanismens uppehållande. Detta skall ju i förhållande till rättigheten vara något sekundärt, som man föreställer sig vara av behovet framkallat endast därför att den s. k. självhjälpen inom ett land, med eller utan sympatisörers allians, skulle bliva ödesdiger för människorna.[6] Men därigenom finns icke någon som helst saklig grund för att den inomstatliga rättigheten såsom sådan skulle ha någon annan natur än den internationella rättigheten och sålunda icke vara absolut.

Beaktar man nu ytterligare, att allt faktiskt underlag saknas för antagandet av rättigheter såsom utgörande föremål för process och exekution, dessa rättigheter må betecknas som absoluta eller relativa, så är det ju uppenbart, att rättspositivismen här blott övertagit den gamla ohöljda naturrättens eller det allmänna rättsmedvetandets rättighetsföreställningar, låt vara med rättighetens jämkning från absolut till relativ. Men därmed står man i själva verket inför en ny mystik. Hur har rättigheten i rättspositivismens hand plötsligt kunnat bliva blott relativ? Något som helst nytt faktum, som på detta sätt kunde komma rättighetens karaktär att förändras, har man aldrig ens gjort ett försök att påvisa. Följaktligen finnas till förklaring av rättspositivismens tillvägagångssätt endast två alternativ. Enligt det ena alternativet måste relativiteten vara något för rättighetsbegreppets natur helt främmande, vilket man dock trott sig kunna tillägga detsamma, naturligtvis av den anledning att man eljest

---

[6] Undén har försökt hävda, det man numera inom juridiken icke på detta sätt betraktade rättighetsbegreppet. Härom får jag hänvisa till min kritik av Undéns uttalanden, Obligationsbegreppet II: 1, s. 109—149.

icke kunde komma till rätta med begreppet för sina »rättsvetenskapliga» syften. Vi stode sålunda inför det vanliga rättsskolastiska fenomenet av en ny i fantasien uppgjord nödkonstruktion för att mota de misshagliga konsekvenserna av den grundläggande konstruktionen.[7]

Enligt det andra alternativet måste rättspositivismen mena, att dess föregångare under årtusendenas lopp visserligen icke misstagit sig i sin tro på rättighetens existens men väl tagit fel i fråga om rättighetsmaktens omfång, i det att de icke insett, att rättigheten icke vore absolut utan blott relativ. Denna insikt tillhörde först vår tid. En sådan mening synes uteslutande löjlig, liksom det alltid måste ha komisk verkan att nedlägga skarpsinne på utformningen av närmare detaljer i något, som blott och bart kan existera i fantasiens värld.

Vilken stor erfarenhet jurisprudensen än har i att genom konstruktioner omforma och modellera begreppen efter sina syften, så förbiser den dock, att »rättigheten» icke kan på detta godtyckliga sätt hanteras. Rättigheten är nämligen i all sin övernaturlighet dock såtillvida att förlikna vid en gråsten, som den icke låter sig uppmjukas på ett sådant sätt, att den blir användbar för samhället och därmed en faktor att räkna med för en verklig samhällsvetenskap. Rättighetsbegreppets hela idé är sådan, att begreppet *måste* råka i harnesk med själva samhällsidén. »Rättighetens» förhållandevis oskadliga karaktär *inom* en stat beror på det faktiska upprätthållandet av en viss ordning, varigenom rättighetsfantasien hålles i tygeln och människorna hindras att till fördärv för samhället och därmed för sig själva hävda rättigheterna i dessas abstrakta och därmed ödesdigra kvalitet. När rättsvetenskapen söker komma ifrån rättighetens i sig absoluta och därmed farliga karaktär under hänvisning till rättigheternas infogning såsom led i samhällsordningen och därav följande »relativitet», så är detta lika meningslöst, som om en naturvetenskapsman försäkrade, att de blodtörstigaste vilddjur vore ofarliga för människorna och såsom stöd för denna sin försäkring hänvisade dem till ett menageri, där de kunde övertyga sig om djurens ofarlighet genom att beskåda dem mellan spjälorna i burarnas galler.[8]

---

[7] Jfr Obligationsbegreppet I, s. 64 f.

[8] Vad jag här ovan utvecklat i anledning av talet om rättigheternas »relativitet» har jag, som antytts, förut framställt i min bok Die Unw. der Rechtsw. Det är delvis att fatta som en komplettering av min kritik av rättighetsbegreppet i Obligationsbegreppet I, §§ 2—5, samt II: 2, s. 109—149. Rättighetsbegreppet har jag även i förevarande skrift behandlat, se nedan s. 518—533. På skilda ställen, bl. a. s. 7 ff. i min lilla skrift »Folkrätten — en livsfara för folken», har jag i korta drag sökt angiva den av mig så kallade »dubbelförfalskning», å vilken »folkrätten» har byggts upp.

Demogues syn etc. (Forts.)

Vi återgå härefter till det ovan s. 134 citerade uttalandet av Demogue. Påståendet att man i våra dagar på grund av »une sorte de poussée» mindre lätt kunde uthärda en skada utan att erhålla någon ersättning synes bero på en lapsus, såvitt som det skall utgöra stöd för ansvar »du fait des choses que l'on a sous sa garde». Den sociala omvårdnaden (i inskränkt mening) har numera en helt annan betydelse än förr. Följaktligen vore snarare det motsatta påståendet motiverat, att individen i våra dagar lättare än förr kunde bära en skada utan att av den enskilde[9] utfå skadestånd. Ju större omsorger staten (l'Etat) påtager sig gentemot den enskilde, ju mindre blir behovet av hjälp genom anspråk för den enskilde mot annan individ. Det synes därför helt meningslöst att på det sätt, som Demogue gjort, sammanställa »l'Etat» med »l'auteur de ce préjudice».

Omedelbart därefter uttrycker han tanken, att man vore ännu villigare att låta »l'auteur du dommage» betala skadestånd, såvida denne på något sätt mångdubblat faran för skada genom en sak, som mer eller mindre stod i beroende av honom. Denna förutsättning skall uppenbarligen vara förhanden vid ansvar »du fait des choses que l'on a sous sa garde». Tanken i fråga — själva kärnpunkten i riskteorien, sedan den allmänna grunden för densamma lagts genom betonandet av den »mera sociala aspekten» gentemot »individualismen» — är ingen genomtänkt tanke. Situationen är ju ingalunda den, att användningen av alla dessa ting — djur, byggnader, verktyg, redskap, åkdon, maskiner av alla möjliga slag m. m. — enligt den allmänna värderingen i samhället anses böra förhindras. De anses tvärtom mer eller mindre oumbärliga för hela samhällsekonomien. Kostbara utbildningsanstalter finnas inrättade av samhället, syftande bl. a. till befrämjandet, än av produktionen av dessa ting, än av deras sakkunniga hantering. Det är samma samhälle, som stiftar lagarna. Om nu samhället finner användningen av tingen i fråga så nyttig och nödvändig, hur skall då denna användning ur samhällets egen synpunkt kunna karakteriseras såsom innefattande en mångdubbling av skademöjligheterna och hur skall man ur samhällets synpunkt kunna därmed motivera ansvaret å brukaren av dessa ting för skada genom dem, fastän brukaren använt dem på bästa och skickligaste sätt? Nyttan för samhället av deras användning anses ju dock — det utvisas av alla hithörande omständigheter — i mångfaldernas mångfald överväga skadorna! Demogue har ingen logisk rätt att frånse detta förhållande,

[9] Och därom rör det sig ju i riskteorien.

ty det gäller för honom att visa, varthän »meriterna» leda i fråga om skadeståndsanspråk eller ansvarsfrihet. Demogue avvisar varje tanke på skuld-presumtion såsom grund till det ifrågavarande ansvaret. Vi kunna alltså utgå från, att svaranden, i Demogues resonemang, är utan all skuld. Att nu likväl efter rättvisemetoden komma fram till hans ansvarighet torde vara omöjligt, annorlunda än genom en förfalskning av den faktiska till bedömande föreliggande situationen. I allt fall begår Demogue här en flagrant sådan i sin entusiasm för riskteorien: han nämner sakens *farlighet*, men underlåter att påpeka dess, farligheten helt överskuggande, *nyttighet*. Framhäves även denna, torde det vara uteslutet för personer med normala känslor att göra den värderingen, att den skadelidande »förtjänade», att få skadeståndsanspråk mot »le gardien de la chose».

Förvisso famlar man här efter en realitet, men som vanligt undanskymd av de rättsideologiska föreställningarna, vilka obönhörligen leda till rättvisemetodens användning, vare sig man har tillgång till skuld-faktum eller icke. Men det är tydligt, att om man hade insett falskheten i det gängse resonemanget bakom den s. k. skuldregeln och haft förståelse för dess verkliga betydelse i samhället, då skulle man samtidigt ha befriats från rättsideologiens slöjor och med ledning just av sin kunskap om skuldregelns sociala funktion funnit reella synpunkter att anlägga även på denna skadeståndsfråga. Samhället kan ju icke rimligtvis vilja med rättsliga reaktioner drabba användningen såsom sådan av dessa ting, eftersom användningen av dem för samhället självt är mer eller mindre oumbärlig. Det är ju blott en viss användning eller hantering av dem, nämligen sådan som åstadkommit skada, vilken kan diskuteras medföra svarandens ansvarighet. Men därmed snubblar man vid synpunkter, som här verkligen kunna ha social betydelse till motivering av skadeståndet: kanske *har* svaranden, fastän saken just i fallet icke kunnat utredas, varit mindre aktsam, än som ur samhällets synpunkt är önskligt, i hanteringen av saken eller i fråga om valet av andra, som han låtit hantera saken, eller i fråga om instruktioner till dessa eller övervakning av deras arbete. Blott detta att skada faktiskt inträffat »par le fait de la chose» kan i själva verket tyda på att det brustit någonstans i »företagets» organisation eller ledning. Erfarenheten torde mycket ofta i vissa slag av hithörande situationer giva vid handen, att skadan kunnat undvikas genom att svaranden iakttagit ett annat handlingssätt än han gjort. Ur samhällets synpunkt är det naturligtvis angeläget, att detta andra handlingssätt i dylika situationer iakttages.

Med hänsyn till denna mer eller mindre åt sannolikhet tenderande möj-

lighet av skadans beroende av svarandens underlåtenhet att i fråga om sakens hantering iakttaga ett annat handlingssätt än det skedda, kan en regel om hans strikta ansvarighet tänkas ha en social funktion, jämförlig med culpa-regelns både såsom prevenerande och ersättande.[1] Man kan visserligen diskutera, huruvida icke i vissa hithörande situationskategorier relationen mellan den prevenerande och ersättande funktionen undergår någon förskjutning till den senares förmån. Men detta betyder ingalunda en eftergift för några »rättvise»-synpunkter och står i full överensstämmelse med uppfattningen, att endast samhälleliga synpunkter — hänsyn till allmän företagsamhet, produktion och omsättning samt till dessas förutsättning, en allmän trygghet i samfärdseln människorna emellan — kunna bilda en verklighetsbetonad motivering för reglerna på skadeståndsrättens område.[2]

T. o. m. i sådana fall, där skadeståndet icke alls kan tänkas fullgöra någon prevenerande funktion utan blott ersättande, kan det för en realitetsbetonad uppfattning aldrig vara fråga om tillgodoseendet av rättvisan i hävdvunnen och alltså rättsideologisk mening. Utan situationen är då — såsom strax skall ytterligare påpekas — att uppehållandet av en regel om skadans ersättande befinnes tillgodose ett samhälleligt intresse av viss ekonomisk trygghet i samfärdseln mellan människorna. Om man nu talade om »social rättvisa», så kunde detta visserligen blott ske under inflytande av reminiscenser från de rättsideologiska föreställningarna, men kunde likväl intet ha med rättvisa i rättsideologisk mening att skaffa. Ty denna har blott avseende å tillgodoseendet av krav, som den enskilde ställer i denna sin egenskap, såsom självändamål, och alldeles icke å maximer, som uppställas för tillvaratagandet av sociala intressen. »Social rättvisa» kan därför i detta sammanhang blott vara en särdeles olämplig beteckning i stället för »samhällsnyttan» eller liknande.

Såvitt nu emellertid i hithörande fall av strikt ansvar skadeståndets prevenerande funktion gör sig gällande må parentetiskt en anmärkning till förebyggande av missförstånd göras. Svaranden får ju — enligt utgångspunkten — betala skadestånd, fastän han icke handlat »kulpost», alltså fastän han icke brustit åt s. k. normal aktsamhet. Genom denna ansvarighet kommer faktiskt — det måste följa av skadeståndets prevenerande funktion — aktsamhetsgraden i hithörande handlingssätt att skärpas. Betraktar man nu den före det strikta ansvarets tillämpning vanligen iakttagna aktsamhetsgraden såsom normal aktsamhet, bleve ju

[1] Jfr nedan s. 464 ff.

[2] Se Culpa-Regeln, s. 108—110 och jämför framställningen nedan s. 549 ff.

då konsekvensen, att det önskvärda handlingssätt, vartill man genom den strikta skadeståndsregeln varder eggad, måste anses framgå ur en strängare aktsamhet än normal aktsamhet. Detta får naturligtvis icke distrahera oss. Genomsnittsstandarden för handlingssätten på olika områden är naturligtvis beroende av de linjer, som uppehållas i fråga om persons ansvarighet för skada. Innan en regel om strikt ansvar har hunnit att influera på standarden, kan man säga, att dess uppehållande är ägnat att egga till handlingssätt, som är ännu omsorgsfullare än iakttagande av normal aktsamhet. Men med tiden, alltefter som regeln har hunnit fullgöra sin funktion genom ingående i det allmänna medvetandet hos personkategorien i fråga, kommer denna högre aktsamhetsgrad att gälla som uttrycket för »normal aktsamhet».[3] På detta sätt ha vi endast fått en ny belysning av det bakvända i föreställningssättet om det kulposa i handlingen såsom rättfärdighetsgrund till skadeståndet. Culpa och normal aktsamhet äro begrepp, sekundära i förhållande till skadeståndsregeln. — Och vad nu den saken angår att man genom införandet av en regel om strikt ansvarighet faktiskt kommer att låta folk i hithörande situationer känna kravet på en mera rigorös aktsamhet än dittillsvarande s. k. normalaktsamhet, så är det just detta som man (d. v. s. en upplyst lagstiftare) strävar efter att åstadkomma. Den hittillsvarande standarden har i situationerna i fråga befunnits otillräcklig, varför man just syftar till att höja densamma, vilket småningom åstadkommes genom det skärpta ansvaret.

Demogues tal om att »le gardien de la chose» ofta kunde lättare än den skadelidande bära förlusten på grund av sakens dyrbarhet kan näppeligen fattas såsom ett vetenskapligt inslag. Det säger oss överhuvud intet angående en *regel* om ansvar »du fait des choses». Det förhåller sig nämligen också »ofta» tvärtom så, att bördan av förlusten hårdare eller lika hårt skulle drabba »le gardien» som den skadelidande. Detta kommer i skarp relief, om vi taga ett sådant exempel, som att annans *sak* har blivit skadad och att denna sak är dyrare än den sak, varifrån skadan härleder sig. Ehuru Demogues synpunkt sålunda måste anses värdelös ur argumentationssynpunkt, bestrides ingalunda, att det väl kan vara skäl att jämväl undersöka, vilken betydelse för skadeståndsrätten denna fråga kunde ha: varest bör i överensstämmelse med samhälleliga synpunkter den slutliga förlusten på grund av en skadegörelse stanna, när situationen icke är sådan, att den nyss berörda hänsynen till allmän trygghet, produktion och omsättning blivit klart utslagsgivande för skadeståndsfrågan? Då kan det likväl tänkas, att det s. a. s. ur socialt

[3] Jfr Culpa-Regeln, s. 190.

administrativ synpunkt vore lämpligt uppehålla en regel, enligt vilken den skadelidande helt eller delvis finge sin ekonomiska förlust ersatt från ett håll, där å ena sidan densamma allmänt sett måste anses vara lättare att bära än för den skadelidande individen, och där å andra sidan utbetalningen av ersättningen icke motsäges av andra lämplighetssynpunkter. Det kan icke heller här vara fråga om en på billighet eller rättvisa grundad synpunkt utan en samhällelig sådan. Ty det säger sig självt, att det värderas som ett samhälleligt intresse, att de ekonomiska bördorna — så vitt en sådan anordning kunde ske utan att föranleda särskilda olägenheter — bli så litet tryckande som möjligt och att den enskilde må kunna leva så trygg som möjligt gentemot alltför tyngande ekonomiska bördor. Synpunkten i fråga kan tänkas leda till att staten ekonomiskt medverkar till den skadelidandes befrielse helt eller delvis från förlusten. Så har faktiskt skett hos oss genom 1916 års lag om försäkring för olycksfall i arbete, där en särskild organisation kommit till stånd för uppkomna skadors ersättande efter vissa maximer. Synpunkten har säkerligen också varit av medverkande betydelse för lagstiftaren vid tillkomsten av sådana stadganden som t. ex. 2, 3, 5 och 6 §§ i 1886 års lag om ersättning för skada i följd av järnvägstrafik. Hur man då än kan ha resonerat angående grunden för dessa stadganden, finns det i själva verket flera förnuftiga skäl till järnvägsinnehavarens ansvarighet i sådana fall. Dels är hans ansvarighet ägnad att stimulera till största möjliga omsorg och aktsamhet till förebyggande av olyckorna. Dels kan här ofta verkligen sägas, att järnvägsinnehavaren i princip borde lättare än den enskilde skadelidande kunna bära skadan. Detta kan så mycket hellre sägas, som dessa järnvägens förluster då komma att ingå i driftskostnaderna och sålunda efter vissa kalkyler i mån av behov kunna återverka på tarifferna för gods- och personbefordringen.

Att sålunda den samhälleliga synpunkten om lämpligheten av hänsyn till rådande förmögenhetsförhållanden att helt eller delvis befria den skadelidande från förlusten i situationer av vissa slag kan tänkas vara av för skadeståndsfrågan avgörande eller i allt fall bidragande betydelse är nu en sak för sig. En helt annan sak är det, att såsom Demogue gör insätta en sådan synpunkt såsom bidragande motivering på hela området för detta ansvar »du fait des choses», att binda den vid sakens dyrbarhet och att låta den ingå såsom moment i en rättvisemetod, varav ju teorien om »le risque créé» är en tillämpning. Dylikt har som sagt intet med vetenskaplig argumentation att skaffa.

Det samma måste sägas om Demogues sätt att skjuta in möjligheten för »le gardien de la chose» att taga försäkring för täckande av förlust

på grund av ansvarigheten. En sådan synpunkt kan givetvis anläggas på ett vetenskapligt sätt. Men det säger sig självt, att den blott kan vara användbar såsom motivering till ansvaret under särskilda förhållanden. Ansvaret »du fait des choses» kommer i fråga vid skada genom vilken sak som helst. Det måste sålunda också kunna ifrågakomma i en otalig mängd av växlande situationer, samtliga av den art att ansvarsförsäkring beträffande ingen av dem kan ha någon praktisk betydelse. Därigenom blir det meningslöst att orda om denna försäkringsmöjlighet såsom en förklaringsgrund till ansvaret »du fait des choses». Sådant ordande är också ur andra synpunkter ovetenskapligt. Detta ansvar var ju utbildat i både teori och judikatur långt innan ansvarighetsförsäkringen hade någon praktisk betydelse och utan någon tanke på det blivande uppsvinget av sådan försäkring. Man förbiser vidare vid ordandet om denna försäkringsmöjlighet frågan, om icke även ansvaret »du fait des choses», liksom det s. k. skuldansvaret, åtminstone i viss mån kunde vara motiverat genom den mot skadegörelse prevenerande betydelsen av uppehållandet av ansvarsregeln, eller om icke sådan betydelse därav i allt fall kunde spåras i vissa på särskilt sätt karakteriserade situationer. Såvitt som en sådan fråga måste jakande besvaras måste det självfallet vara ett missgrepp att utan vidare motivera ansvaret därmed, att man är i stånd att praktiskt befria sig från detsamma genom att taga försäkring däremot. Ytterligare önskar jag i denna fråga tillägga följande.

Det är ett faktum, att detta institut ansvarighetsförsäkring har trängt sig fram och legaliserats utan hänsyn till någon ingående analys av skadeståndets sociala funktion. Därigenom kan institutet komma att motverka denna. Nu är det emellertid tydligt, att ansvarighetsförsäkringen mycket ofta kan ha en högst nyttig betydelse ur samhällelig synpunkt. Detta är först och främst händelsen, när det kan påvisas, att skadeståndet icke alls har någon prevenerande funktion. Å andra sidan behöver skadeståndets prevenerande betydelse icke nödvändigt göra ansvarighetsförsäkringen onyttig ur social synpunkt. Det kan tänkas, att skadeståndets prevenerande funktion i vissa situationer framträder mindre starkt. Detta sammanhänger då därmed, att den ersättande funktionen av särskilda grunder skjuter sig fram på bekostnad av den prevenerande.[4] I dylika situationer torde ansvarighetsförsäkringen understundom kunna tänkas bibehållen på vanligt sätt. Understundom

[4] Detta kan t. o. m. förekomma på culpa-regelns område, i det att utöver skadeståndsrisken andra prevenerande faktorer äro förhanden såsom straffrisk, risk för liv och lem m. m.

torde åter den anordningen kunna anses lämplig, att ett regressanspråk från försäkringsgivarens sida i viss utsträckning komme till stånd eller att på annat sätt en fördelning mellan dem av ansvaret ägde rum. Detta synes mig också vara den riktiga lösningen i sådana fall — likgiltigt om culpa-ansvar eller strikt ansvar är å bane — då väl skadeståndets prevenerande funktion har primär rang men detsamma på grund av de principer, som åtminstone hos oss tillämpas för dess beräkning, med hänsyn till omständigheterna kan gå upp till sådan storlek, att det oavkortat skulle drabba svaranden på ett alltför överväldigande sätt. Även i dylika fall torde sålunda den prevenerande synpunkten kunna tillgodoses genom en viss fördelning av ansvaret mellan försäkringsgivaren och svaranden.

Allt detta innefattar frågor, vilkas lösning både ur teoretisk och den praktiska genomförbarhetens synpunkt torde få betraktas såsom ofantligt svår. En sak synes klar: lösning annorlunda än genom att lämna betydande rum åt diskretionär prövning tycks icke kunna ske. Detta är i och för sig intet gott. Men hela problemställningen är sådan, att en lösning, som icke är behäftad med avigsidor, förefaller mig ligga utom möjlighetens område. Jag har emellertid med ovanstående antydningar endast velat påpeka, att dessa frågor finnas där och att de ligga till på ett sådant sätt, att det icke kan anses vetenskapligt, att utan deras ingående beaktande motivera någon skadeståndsregel med den möjlighet, som står svaranden till buds, att genom försäkring avbörda sig ansvaret. Jag tror också, att det vore en lämplig metod, i fråga om det som hör till den franska rättens »responsabilité du fait des choses» (liksom för övrigt även dess »responsabilité du fait d'autrui»), att *först* söka bedöma grunderna för och emot en ansvarsregel under fullständig abstraktion från tillgången till institutet ansvarighetsförsäkring.

Josserands synpunkter.

Som vi förut sett, anse riskteoretikerna, att även ansvaret »du fait d'autrui» (framför allt »commettant»-ansvaret) vore ett utslag av »la théorie du risque créé». Lagstiftaren anses också i åtskilliga speciallagar ha sanktionerat »la responsabilité fondée sur la matière du risque». Bland andra sådana lagar nämner Josserand dem om ersättning för olycksfall i arbete; om statens ansvar för skada å tredjeman genom för statliga ändamål förvarade explosiva, frätande eller giftiga varor; om statens och kommunens delade ansvar för skada å person eller egendom

genom våldshandlingar »par des attroupements ou rassemblements»; om statens ansvar gentemot oskyldiga dömda; om den statens ansvarighet, som substituerats »à celle des membres de l'enseignement public» m. m.[5] Nu skola såsom ratio legis för ansvaret efter såväl stadgandena i art. 1384 som dessa lagar utanför C. civ. ligga begrepp sådana som »risque professionnel» (den industriella eller kommersiella företagarens ansvar vare sig »du fait des choses» eller såsom »commettant» eller enligt olycksfallslagstiftningen), »risque domestique» (husbondens ansvarighet), »risque social» (statens och kommunens ansvarighet för skada genom »des attroupements ou rassemblements»), »risque judiciaire» (statens ansvarighet gentemot oskyldiga dömda), »risque universitaire» (statens för vissa lärares substituerade ansvarighet) o. s. v. Alldeles som om icke lagstiftaren skulle kunna låta sig ledas av vad han betraktar såsom sociala intressen utan att behöva stödja sig på dessa tomma klichéer, vars enda raison d'être är, att de kunna inpassas i denna rättsskolastiska doktrin, som kallas »la théorie du risque créé»! Emellertid drager nu Josserand — sedan han låtit alla dessa »risker» passera revy — följande »conclusions»:

»En somme, le principe que le créatur d'un risque doit assumer les conséquences de sa réalisation, réçoit, dès maintenant, une fréquente application: le directeur d'un rouage industriel, commercial, administratif, judiciaire, universitaire, est constitué par la loi *son propre assureur* à raison des risques qu'il a créés; l'idée de mérite ou de démérite n'a rien à voir en cette affaire; à chacun selon ses actes et selon ses initiatives; à chacun la responsabilité que lui attirent logiquement l'autorité et le contrôle dont il dispose; ce sont ces idées simples qui sont à la base de la responsabilité moderne, faite à la mesure d'une société agissante et en l'absence de laquelle les faibles risqueraient d'être broyés, sans recours effectif possible, par les forts: c'est le *fait* tout court qui tend à se substituer, non pas partout, mais dans des domaines de plus en plus nombreux et comme élément générateur de responsabilité, au *fait fautif* du droit romain et de l'article 1382; ce n'est plus en tant que coupables que nous devenons responsables, mais en tant que 'faiseurs d'actes'; en dehors de cette directive, il n'y a plus, à notre époque, d'équilibre possible des droits et des intérêts rivaux sans cesse en friction. Labbé l'avait émise à maintes reprises, estimant que 'c'est sous sa responsabilité que l'on introduit pour son intérêt dans l'humanité une cause d'accidents et d'infortunes'; Saleilles la reprenait et la développait avec sa maîtrise habituelle; et il est symptomatique que, dans ses savantes conclusions, qui servirent de prélude à l'arrêt du 13 fév. 1930, M. le procureur général P. Matter rappelait, en s'y associant évidemment, ces lignes caractéristiques du grand civiliste: 'L'art. 1384 est fondé sur cette idée simple, équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise, doit en supporter les risques. C'est la pensée qui a inspiré l'art. 1384 . . .' — L'idée est donc en marche, dans le prétoire comme à l'école, et le

[5] Se t. ex. Josserand II, n. 557.

concept du risque, sans expulser celui de la faute, s'installe à coté de lui en vue de la réalisation d'un plus satisfaisant équilibre des intérêts et des droits.»[6]

Liksom Demogues förut berörda uttalande synes även detta vara föga genomtänkt. De antydningar om realiteter, som ingå däri, sakna vetenskaplig karaktär på grund av sin ytlighet. Motsägelsefullheten i de uttalade tankarna tyder på, att Josserand själv icke är på det klara med, att hans metod är och förblir rättvisemetodens, hur mycket än han här tager avstånd från skulden som grund för ansvaret.

I uttalandet säges nu först i skilda vändningar, att det är tillskapandet av risken som motiverar ansvarighet, ja gör att vederbörande »doit assumer les conséquences de sa réalisation». Omedelbart därefter heter det att »l'idée de mérite ou de démérite» icke skall ha någon betydelse. Orden om riskskapandets betydelse såsom grund för ansvaret bli emellertid det nakna, meningslösa påståendet, om icke tanken just skall vara, att det genom riskskapandet i det egna intresset blir »rättvist», att man får betala skadan och att man följaktligen »förtjänar» att få bära ansvarets börda. Ehuru svaranden icke ådragit sig skuld och av den anledning förtjänar att få bära ansvaret, förtjänar han det av annan anledning: han har själv för sina syften och intressen skapat risken.[7] Detta betraktelsesätt är för övrigt det enda, som kan bringas i överensstämmelse med de uttalanden av Labbé och Saleilles, som Josserand uppenbarligen med starkt gillande återgivit. När Labbé säger, att det är på sitt ansvar, som man i sitt intresse introducerar en orsak till olyckshändelser, så vill han ju därmed icke formulera en skadeståndsregel utan blott motivera den. Redan därför kunna hans ord icke innebära något annat, än att det under de angivna förhållandena icke är mer än rättvist, att svaranden får betala skadestånd. Nu har emellertid Labbé, såsom vi förut sett[8], närmare förklarat tanken i de av Josserand citerade orden. Han har därvid sagt, att han »en équité» ansluter sig till principen, att den, som tager inkomsterna på användningen av en maskin, som kan vara farlig för tredjeman, »bör räkna med» att få betala de skador, som maskinen kan förorsaka. *Varför* bör han räkna därmed? Svaret kan icke vara, att han bör veta, att en sådan rättsregel gäller, ty den gällde då ännu icke. Följaktligen kan svaret icke bli något annat, än att han såsom profite-

---

[6] Josserand II, n. 558. Se även vissa hans uttalanden, citerade nedan s. 206.

[7] Josserand uttrycker sig själv på andra ställen i sådana ordalag, att rättvisemetoden mera ohöljt framträder. Se nedan, s. 206, citatet från hans »Droits», där han direkt för in rättfärdighetsmaximen: »ubi emolumentum ibi et onus esse debet». Se även Cours II, n. 544.

[8] Ovan s. 98.

rande av maskinen borde förstå, att det icke är mera än rättvist, att han finge ersätta den skada å annan, som uppstått genom maskinen. — Saleilles går redan i de av Josserand citerade orden mera direkt på rättviselinjen: art. 1384 skall vara »grundad på denna enkla, rättvisa idé, att den, som driver ett företag, bör bära riskerna för detsamma».

När Josserand trots vad som sålunda kan visas angående innebörden i hans uttalanden likväl tager avstånd från tillämpningen av »l'idée de mérite ou de démérite», så kan han med dessa ord icke ha i sikte något annat än den frågan, huruvida personen genom *klandervärt* beteende har gjort sig förtjänt av att få betala skadestånd eller icke. Skuld-läran har på detta område till den grad dominerat resonemangen, att man icke förstått rättsideologiens makt över tänkesätten utanför skuld-idén, utan trott sig vara på realiteternas mark, så snart man tagit avstånd från skuld-idén. Man har m. a. o. icke förstått, att skuldansvaret blott är *ett* av uttrycken för den i rättsideologien bottnande rättvisemetoden på skadeståndsrättens område. Resonerar man överhuvud så, som Josserand gör, då måste man, om man har något sinne för logik, hysa den meningen, att riskteorien hade sin självfallna grund i rättvisans krav, enligt vilket svaranden med hänsyn till de föreliggande omständigheterna gjort sig »förtjänt» av att få ersätta tredjeman den lidna skadan. För övrigt, om det icke vore fråga om tillämpning av rättvisemetod — vilka synpunkter skulle man då ha i sikte såsom motivering för det ifrågavarande ansvaret? Så som man här lägger upp materialet, begränsar sig ju detta till följande: svarandens skapande av risk för annan genom företag, varå den förre profiterar; risken har utlösts i skada å annan. På basen av detta material kan ingen annan frågeställning uppstå än denna: vilkens intresse bör avgå med segern, den skadelidandes att få ett ersättningsanspråk mot svaranden eller dennes intresse att vara fri från ansvar? Även om man icke medgiver, att denna frågeställning är ett uttryck för rättvisemetod, så måste det dock stå fast, att den avskär synvidden från det stora sammanhanget och gör det logiskt omöjligt att verkligen beakta samhällets intresse i ämnet. Naturligtvis kan man, såsom vi sågo att Demogue gjorde, vitt och brett orda om den sociala synpunkten. Men detta ordande är och förblir med logisk nödvändighet intet annat än de tomma orden, så länge horisonten begränsas till den ur det sociala sammanhanget lösryckta parts-situationen.

För övrigt är det icke tänkbart, att man med öppen blick för den samhälleliga inställningen till förevarande ansvarsfrågor skulle kunna undgå att giva särskild akt på ansvarets betydelse på stora hithörande områden att motverka skadegörelser. Denna skadeståndets prevenerande

funktion finnes icke någonstädes direkt angiven hos Josserand, och detta fastän han ofta gör uttalanden, som — om han blott tillade ett »varför?» — skulle föra honom in på denna tankelinje.[9] Överhuvud finns intet hos Josserand nämnt om ansvarets på hithörande områden betydelse för uppammandet och underhållandet av den allmänna trygghetskänsla, som är av så essentiell betydelse för all företagsamhet i samhället, för produktionen och omsättningen därinom. Detta är ju också helt naturligt, när väl en gång den synpunkten anlagts som grundläggande för ansvaret, att en person för främjande av egna intressen framskapat risker för andra. Hade nyssantydda samhällsekonomiska intresse verkligen beaktats, så hade hela riskteorien måst uppgivas.[10] Ett sådant beaktande här av samhällsnyttans betydelse för rätten hade emellertid måst förutsätta en särskild sak: genomskådandet av det s. k. skuld-ansvarets sociala betydelse, dess prevenerande och dess ersättande funktion. Riskteorien har vuxit upp vid sidan av och alltså med bibehållande av den gamla skuld-ideologien, av idén att svarandens skuld gjorde honom i rättvisans namn förtjänt av ansvaret. Någon på verklig förståelse för hithörande realiteter grundad attack mot skuld-ansvaret i traditionell mening förmådde man icke vid den »vetenskapliga» grundläggningen av det strikta ansvaret »du fait des choses». Och än i dag finna vi, hur — såsom Josserand säger — riskteorien icke undanträngер skuldläran utan installerar sig vid sidan av denna. Har man icke förståelse för »skuld»-regelns prevenerande funktion — hur skulle man då kunna komma på idén, att det strikta ansvaret kunde ha sådan social funktion? Som jag så ofta framhållit, kan en vetenskapligt grundad uppfattning om samhälleliga synpunkter såsom bestämmande för utbildningen av det strikta ansvaret icke vara möjlig för den, som tror på rättstridighet-skuld såsom motivering för det s. k. skuld-ansvaret. Så länge man har denna tro, kan man icke vara tillgänglig för andra impulser beträffande undersökningen av det strikta ansvaret, än sådana som harmoniera med användningen av en på rättvise-synpunkter baserad undersökningsmetod.

I allt fall förhåller det sig nu så, att riskteorien av sina upphovsmän logiskt icke kan motiveras med samhälleliga synpunkter. Därmed torde någon annan möjlighet icke finnas än att motivera teorien med dess överensstämmelse med rättvisans krav. Det är också detta som faktiskt

[9] Jag tänker särskilt på Josserands upprepade uttalanden om »le pouvoir de direction et de contrôle» såsom förutsättning för ansvaret.

[10] Anläggas samhällsekonomiska synpunkter, då inställer sig av sig själv en sådan tanke, som att ansvaret kunde vara motiverat av svarandens »pouvoir de direction et de contrôle». Men denna tanke har med riskteorien intet naturligt utan blott genom påklistring åstadkommet sammanhang.

skett i den franska doktrinen, såvitt man överhuvud här kan tala om någon motivering och icke blott om allehanda påståenden av innebörd att riskteorien gäller. I den mån Josserands egen framställning innefattar en motivering för riskteorien, är det uppenbarligen en motivering enligt rättvisemetoden, och han råkar följaktligen i motsägelse med sig själv, när han tager avstånd från »l'idée de mérite ou de démérite». Sannolikt avser han därmed dock, som förut nämnts, blott »förtjänst» i moralisk mening och sålunda blott skulden som »merit» för ansvaret. En sådan åsikt visar då endast, att Josserand icke förstått, att rättvise-synpunkternas anläggande metodiskt är lika ovetenskapligt, vare sig skuld kommer med i bedömandet eller icke; att han icke förstått, att rättvise-metoden överhuvud är vetenskapligt ohållbar, utgående, som den är, ifrån den gängse rättsideologien med tron på en över det hela stående materiell rätt.

Men låt oss återgå till Josserands uttalanden utan att ha uppmärksamheten direkt inriktad på deras sammanhang med den rättsideologiska fonderingen av riskteorien. Deras ovetenskaplighet framgår likväl, stundom ganska drastiskt. Detta senare är fallet med de olika slagen av »risker», som han vill lägga på svaranden till ansvarighetens motivering. »Le risque judiciaire» skall sålunda utgöra grunden till statens ansvarighet för skada, som en person lider genom att ha blivit oskyldig dömd.[1] Statens ansvarighet skulle alltså motiveras därmed, att staten genom sin domstolsorganisation hade tillskapat risker för människorna i samhället att bliva, ehuru oskyldiga, dömda till straff! En ytligare tanke torde aldrig ha sett dagen i ett professionellt arbete. Själva begreppet nutida samhälle implierar en domstolsorganisation. Ja, t. o. m. den rättsregel, som på detta sätt skall varda motiverad, förutsätter förhandenvaron av domstolar, som skola tillämpa den! Det är ju självklart, att om det icke funnes några domstolar, så skulle ingen kunna dömas och alltså icke heller någon oskyldig dömas. Att då icke kunna hitta på någon annan motivering för statens åtagande att betala skadestånd till den oskyldig dömde, än att staten genom sina domstolar utsätter folk för risker av detta slag, det är förvisso att ha låst fast sin fantasi i begreppens tvångströjor. Det ligger här sannerligen icke så till, att angelägenheten av gottgörelse åt den, ehuru oskyldig, dömde minskades eller ökades i propor-

[1] Vad Josserand här har i sikte är 3 kap. i andra boken under titel III i Code d'instruction criminelle — des demandes en revision et des indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires — så som detta 3 kap. lyder enligt lagen 8 juni 1895. Det rör sig här om ersättning åt oskyldiga, som dömts för mord, andra »crimes» samt »délits» i straffrättslig mening.

tion till minskningen eller ökningen av risken för sådana domar. Snarare tvärtom; ju mera sällsynta sådana domar äro, desto kännbarare torde kränkningen bli för den dömde i det enskilda fallet. Och här föreligger en sådan situation, då det enskilda fallet omfattas av ett allmänt, socialt intresse, i det att rättskänslan hos allmänheten engagerar sig för den dömdes sak. Varpå detta beror finns ingen anledning att nu närmare dryfta. Jag påpekar blott, att grunden sammanhänger därmed, att det ifrågavarande ansvaret blott avser *straff*-rättskipningen, ehuru »risken» för oriktiga civildomar enligt sakens natur är vida större. Men vid dessa saknas just det, som här motiverat statens ansvarighet. Att detta icke kan bestå däri, att staten skapat risker för oriktiga straffdomar, torde icke vidare behöva ordas om. Absurditeten i en sådan tanke kommer dock ytterligare att framgå av vad som nedan sägs.

På liknande sätt förhåller det sig med »le risque universitaire» såsom grund för statens för lärarnas substituerade ansvar efter art. 1384.[2] Att motivera statens övertagande av lärarnas ansvarighet (för den skada, som en skolpojke tillfogat en annan skolpojke eller tredjeman) därmed, att staten framskapat risker för dylika skador genom sitt undervisningsväsende — denna »tankeoperation» strider i all sin torftighet mot klara historiska data: staten övertog ansvaret på grund av den starka oppositionen mot att lärarna skulle betungas därmed!

Icke minst kuriös är »le risque social» såsom motivering för statens (och kommunens?) ansvarighet »des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence, sur le territoire d'une commune, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés».[3] Saken blir icke mindre löjlig, därför att lagstiftaren själv åberopat sig på detta begrepp.[4] Tanken måste nu vara den, att staten (och kommunen?) framskapat denna sociala risk och därför också bör få bära de ekonomiska följderna därav. Vore tanken riktig, så skulle staten (ensam eller tillsammans med kommun) få ersätta varenda skada som drabbar en människa, därför nämligen, att här sker i det hela *ingenting*

[2] Josserands uttalanden gåvos före 1937 och följaktligen med hänsyn till det genom lagen 20 juli 1899 tillkomna stycket, varom ovan s. 63 f.

[3] Art. 106 i »la loi municipale» 5 april 1884. Enligt denna lag var det kommunerna, som voro skadeståndsskyldiga. I art. 108 av denna lag infördes emellertid genom en lag 16 april 1914 följande bestämmelse: »L'État contribue pour moitié, en vertu du risque social, au payment des dommages-intérêts et frais visés par l'article 106.» Det synes icke uteslutet, att Josserand menade, att blott statens, icke kommunens, ansvarighet hade sin grund i den ansvariges framskapande av en »risque social». Han säger i allt fall, II s. 306 f.: »C'est le législateur lui-même qui se réfère à cette notion et qui détermine l'incidence définitive du risque qu'il prévoit.»

[4] Se föregående not.

genom mänsklig handling, som skulle ha skett, även om intet samhälle funnes. Med andra ord, varenda risk för skada, som finns för människorna i samhället, är — om vi bortse från sådan »vis maior» som åsknedslag, jordbävning m. m. under särskilda omständigheter — betingad av samhället på samma sätt som denna »risque sociale», liksom naturligtvis även som »risque judiciaire» och »risque universitaire» m. m.

Den ringaste eftertanke borde dock öppna vår blick för orimligheten i försöket att på detta sätt »rättfärdiga», d. v. s. med rättvisesynpunkter motivera, samhällets ansvarighet: samhället har skapat risken, må det då också stå ansvaret för skadan! Det är nu icke själva rättvisemetodens såsom sådan vetenskapliga oduglighet, som jag har i sikte, utan det extraordinära sätt, varpå den här användes. Vad utgör icke samhället av oumbärlighet och nytta för oss enligt allas våra värderingar! Man kan ju söka föreställa sig, hur pass högt man utifrån vår tids värderingar skulle uppskatta människornas liv, sådant detta i vår fantasi skulle gestalta sig utan samhället och dess institutioner, betingande kulturellt liv och dess utveckling i alla sina faser, möjliggörande också allt sådant (inkluderande livet i stad och på landsbygd), som i sin tur bildar förutsättning för dessa »attroupements ou rassemblements» som Josserand nämner. Hans tanke — och detta gäller vare sig fråga är om *risque judiciaire, risque universitaire* eller *risque sociale* — är lika orimlig, som om man läte den, som räddat en människa i sjönöd, bli ansvarig för en knäskada, som den räddade ådrog sig genom uppdragningen över båtens reling, och det med den motiveringen, att räddaren genom att gå ut i båten till den nödställde skapat en särskild risk för denne att bli skadad genom båten. Märk väl, att det alls icke är fråga om att någon vårdslöshet skulle ha begåtts vid räddningen.

Med »risque professionnel» skall den industrielle eller kommersielle företagarens ansvar för allehanda skador vara motiverat. Dessa »risker» har i yttersta hand samhället självt skapat genom sin allmänna ordning till dylika företags möjliggörande och befrämjande, varvid särskilt bör märkas dess befrämjande av den tekniska och maskinella utveckling, som möjliggör företagens i fråga intensifiering och effektivitet. Alltså borde ju samhället vara ansvarigt jämväl för hithörande skador! — om Josserands resonemang i fråga om de tre förut berörda »riskerna» vore hållbart. Vad nu emellertid angår företagarens ansvarighet, så måste ju denna vara beroende på de lagar eller rättsregler, som av samhället uppehållas. Frågan blir därför om bevekelsegrunden för samhället att uppehålla regler om företagarens ansvarighet. Därvid måste beaktas att, åtminstone med det rådande s. k. kapitalistiska systemet, denna företa-

garverksamhet är oumbärlig för den samhällsekonomiska hushållningen. Självfallet är det därför för samhället en angelägen sak att uppehålla sådana lagar, att företagarandan stimuleras. Därmed blir det ur lagstiftningens synpunkt logiskt omöjligt att se saken så, att dessa *företags* riskfullhet kunde motivera företagarens strikta ansvarighet. En stimulerande inställning till företagarverksamheten kan ju icke taga sig uttryck i den negativa karakteriseringen av företagen såsom riskfulla och i därpå grundade lagar om företagarens ansvarighet. Naturligtvis kan det ur samhällets synpunkt visa sig erforderligt, att företagaren blir strikt ansvarig för vissa skador, genom företagets drift, vare sig å personalen eller å tredjeman. Men däri ligger då, att ansvaret har en förnuftig motivering, vad denna nu närmare utförd än kan bestå i. Den kan icke utgöras därav, att företagaren givit sig till att »professionellt» skapa »risker» för människorna, eftersom företagets riskfullhet ur samhällelig synpunkt i det hela icke är värd att nämnas i jämförelse med dess nyttighet.[5]

Slutligen behöver jag blott peka på det komiska i att man skulle skapa en »risque domestique» för tredjeman därigenom, att man håller sig med ett hembiträde eller annat tjänstefolk. Snarare skulle kunna sägas, att t. ex. en lantbrukare genom att snåla in på tjänstepersonalen kunde utsätta tredjeman för risker (genom otillräcklig eftersyn av både djur och annat). Då tanken icke kan vara, att människor, som taga tjänst hos andra, äro särskilt farliga, så måste meningen bli, att just det samarbete, som etableras mellan en husbonde och hans tjänare, innebure särskilda risker för tredjeman. Dylikt är naturligtvis i denna generella avfattning blott ett tomt talesätt. Detta hindrar icke, att en regel om husbondens ansvarighet i viss utsträckning för skada å tredjeman genom tjänarens culpa kan visa sig vara ur social synpunkt motiverad. Man känner kanske på sig, att en sådan rättsregel är av behovet påkallad. Men man vet icke, hur det verkligen hänger ihop, och så för man in saken under riskteorien. Denna kan ju enligt sin egen beskaffenhet aldrig mankera. Ty så snart en skadegörelse föreligger, kan man alltid säga, att en viss risk funnits för den inträffade skadan. När tjänaren vållade skadan, förefanns en »risque domestique». Detta torde emellertid få betraktas som ett mera lättfattligt än övertygande argument.

Det är efter påvisandet, huru alla dessa olika »risker» motivera ansvar för »le créateur du risque», som Josserand bland sina »conclusions» såsom den ledande idén för »la responsabilité moderne» gör denna for-

---

[5] Jfr kritiken av Demogue ovan s. 143 f.

mulering: »För en var i enlighet med hans handlingar och initiativ; för envar den ansvarighet, som den auktoritet och den kontroll, varöver han förfogar, logiskt för med sig.»[6] Därigenom måste man också kunna förstå, att formuleringen icke kan vara uttryck för en vetenskapligt hållbar tanke. Att Josserand står mitt uppe i den vanliga rättsideologien ådagalägger han ju för övrigt genom sina upprepade framhävanden av, att riskteorien är ägnad att åstadkomma en mera tillfredsställande jämvikt mellan en persons rättigheter och andras intressen. Detta är ju blott uttryck för hans förut berörda uppfattning om rättigheternas relativa karaktär.[7] Redan därav måste framgå, att den antydan han synes vilja giva om det ifrågavarande strikta ansvarets fondering i sociala hänsyn icke kan bero på vetenskapligt hållbar åskådning. En sådan antydan torde ligga i påståendet, att utan denna »responsabilité moderne» skulle de svaga riskera att brytas ned av de starka. Är meningen, att därmed angiva en »ratio legis» för ansvaret i fråga, kan den dock icke anses vetenskapligt grundad (också med bortseende från att den skär sig med det rättsideologiska underlaget). Och det av två skäl.

Även om man i åtskilliga situationskategorier skulle kunna säga, att ansvaret i fråga utgjorde ett stöd för de svagare emot de starkare — t. ex. arbetsgivarens ansvarighet för skada å arbetare genom olycksfall i arbetet — så kan det dock omöjligen generellt hävdas med hänsyn till hela mängden av de skilda kategorier, vilka komma under riskteorien såsom skolande vara sanktionerad av art. 1384 och specialstadgandena i art. 1385 och 1386. Vare sig den skadebringande bilen äges av rik eller fattig och vare sig fattig eller rik kommer till skada, tillämpas samma regel. Därför att man har ett verktyg eller annan obetydlig sak, varmed annan skadats till person eller egendom, eller därför att man äger en ko, som stångat en människa, eller ett fallfärdigt hus som störtat in på grannens fastighet — därför behöver man ju på intet sätt tillhöra ett skikt av människor, som skilja sig från samtliga eller från majoriteten av de skadelidande i fråga genom sin (ekonomiska) överlägsenhet över dessa!

Men även såvitt förhållandet nu vore det, att de skadelidande på vissa av dessa områden i det hela vore att betrakta såsom ekonomiskt så svaga, att ett allmänt intresse fördenskull funnes att förebygga deras nedbrytande genom att låta dem få sina skador ersatta, så vore ju därmed på intet sätt denna »responsabilité moderne» motiverad. Ty *därmed* funnes intet bindande skäl för att »le gardien de la chose» eller »le commettant» eller eljest företagaren skulle betala ersättningen. Jag behöver i

[6] Se citatet ovan s. 150.
[7] Se ovan s. 139 n. 4.

sådant avseende endast ånyo erinra om, hur vi i vårt land ordnat ersättningen för skada genom olycksfall i arbete. Den frågan återstår sålunda alltid att undersöka, om och i vilken mån de svagas nedbrytande lämpligen förebygges genom »la responsabilité moderne» eller genom annan anordning. Josserand finner visserligen »l'autorité et le contrôle» hos de ifrågavarande personerna logiskt medföra dessas ansvarighet. Men detta är ju blott ord. Även om han kunde utveckla betydelsen i förevarande avseende av dessa ord, så kan väl denna näppeligen begränsas till motivering av ansvaret blott emot de svaga! Svagheten å de skadelidandes sida och »le pouvoir de direction et de contrôle» å den ansvariges sida måste, synes det, vara helt skilda grunder för ersättningar åt de skadelidande.

Rättvisemystikens inflytande på tolkningen av C. civ.

En sak för sig är nu att hela denna riskteori byggts upp i enlighet med rättvisemetoden. En annan sak, som här skall något beröras, är att rättvisemystiken också på det sätt synes ha utövat inflytande, att man förletts av sin bundenhet vid densamma att låta denna riskteori sammankopplas med en »responsabilité du fait des choses» och sålunda giva den skenet av att ha *laglig* grund i första stycket av art. 1384 C. civ. På detta sätt har rättvisemystiken blivit bestämmande för själva tolkningen av vissa ord i ett lagstadgande. Härom är nu att säga följande.

Denna tolkning av art. 1384 synes vara direkt osannfärdig. En sak för sig är, att tolkningen ledde till införandet av ett stycke nr 2 genom 1922 års lag och att därigenom, sålunda lagstiftningsvägen, nytt innehåll möjligen kan sägas vara inlagt i artikelns första stycke. Jag bortser nu från detta förhållande. Artikeln giver, såsom vi sett i det föregående, intet stöd för någon allmän »responsabilité du fait des choses». Själva orden i stadgandet kunna icke åberopas. Det minsta, som måste förutsättas hos något för att kunna tala om dess »handling», är, att detta något är levande och har rörelsefrihet. Utanför människor och djur blir det orimligt att tala om handling. Förarbetena till lagen giva, såsom vi sett, icke heller något stöd för att en dylik orimlighet i någon instans i eller på något stadium av förarbetena varit avsedd. Vid dessa förhållanden måste det vara uteslutet — vilka möjliga principer för lagtolkning som man än ansluter sig till — att för denna riskteori eller överhuvud för en allmän regel om strikt ansvar finna något som helst stöd i stadgandet i fråga. Antagandet av en sådan regel råkar också i strid med hela andan i C. civ. på detta område.

Den nu berörda ovetenskapligheten i själva lagtolkningen torde, som jag nämnde, bero därpå, att man stått under rättviseföreställningarnas tryck. Då ju svaranden — enligt själva utgångspunkten — icke skall ha gjort sig skyldig till något klandervärt, och rättsmedvetandet under sekler varit inställt på, att en rättslig tvångsreaktion mot en person i allmänhet förutsätter, att denne har gjort sig skyldig till något klandervärt, så måste det strikta ansvaret i många situationer kunna befaras te sig såsom innefattande en mer eller mindre godtycklig reaktion, såsom ett domstolens övergrepp och därigenom såsom något orättrådigt. Denna karaktär försvinner, åtminstone till väsentlig del, såvitt ansvaret i fråga skulle kunna stödja sig på uttrycklig lag. Just i föreliggande fall — där i Frankrike skulden såsom nödvändig förutsättning för skadeståndsreaktionen i långliga tider ansetts ha haft sitt stöd i uttrycklig lag — måste det ha befunnits vara av särskild betydelse för framgången åt riskteoriens förkämpar att kunna påvisa, att den gamla rättsuppfattningen icke i den utsträckning som man föreställde sig haft lagen på sin sida, utan att denna vid sidan av skuldansvaret jämväl legaliserade det strikta ansvaret i enlighet med riskteoriens utläggning av detsamma. Då det gällde att i betydande mån bryta mot en rättsuppfattning angående skulden såsom förutsättning för och därmed såsom rättfärdigande skadeståndstvånget, måste det för vindicerande av åsikten, att jämväl det utöver skuldansvaret utsträckta skadeståndstvånget var bestämt av rättvisa, ha varit av vikt att påvisa, att det sålunda utanför skulden liggande ansvaret icke råkade i konflikt med lagen utan tvärtom, liksom skuldansvaret, vore grundat just på lagen. Det ligger i sakens natur, att denna drivfjäder för riskteoretikernas tolkning av de ifrågavarande orden i art. 1384 icke kunnat öppet framträda. Men å andra sidan måste deras oförvägenhet att tolka stadgandets ord om en persons ansvarighet för skada »par le fait des choses» på detta, icke djärva, det vore för litet sagt, utan drastiskt överdrivna sätt ha haft en mycket stark drivfjäder. Förvisso torde någon annan sådan icke kunna utletas än det dominerande inflytande, som utövats av rättvisechimären: behovet att genom uttryckligt stöd i lagen stärka den i teorien inneslutna regelns rättvisa karaktär.

Om nu dessa reflexioner äro grundade — varom jag för egen del är fullt övertygad — kan man säga, att rättvisechimären redan blott därigenom, att den förlett den franska jurisprudensen till denna egendomliga lagtolkning, har bundit utvecklingen av den franska skadeståndsläran, såvitt man anser, att denna bort få utvecklas såsom erfarenhetsvetenskap. Det är uteslutet att utifrån denna tolkning kunna bringa skadeståndsläran i full överensstämmelse med det praktiska livets in-

tressen. Ett fritt och otvunget hänsynstagande, till vad som anses vara det bästa för stimuleringen av den allmänna företagsamheten och omsättningen och för åstadkommande av den härför erforderliga tryggheten i samfärdseln mellan människorna — ett sådant hänsynstagande måste ju vara uteslutet, om man känner sig nödgad pressa in fallen under ett lagstadgande, som helt oförnuftigt föreskriver, att man svarar för skada »par le fait des choses que l'on a sous sa garde».

Man kan svårligen tänka sig ett mera expressivt uttryck för motsatsen till förnuftig åskådning — motsatsen till vad som giver sig nära nog av sig självt genom kunskap om realiteterna bakom den s. k. skuldregeln — än detta begrepp skada »par le fait des choses». Alldeles såsom om icke skadeståndsrätten även på hithörande område hade den sociala funktionen att inverka på *människornas* handlingssätt, ävensom att jämväl i övrigt bidraga till uppkomsten och underhållandet av en allmän trygghetskänsla i samhället! Om man vet, att ansvaret för skada genom *vårdslös* hantering av en maskin har en dels prevenerande dels ersättande social funktion och att »skulden» såsom rättfärdighetsgrund till skadeståndstvånget är den rena fiktionen, då kan man väl näppeligen undgå att säga sig, att en regel om ansvar för skada genom maskinen *oberoende av egen culpa*, d. v. s. en regel om strikt ansvar, faktiskt måste fullgöra liknande social funktion, blott på ett mera effektivt sätt. Men därmed giver sig den förmodan av sig själv, att också en regel om strikt ansvar i dessa fall måste ha sin förnuftiga förklaring och därmed sin motivering i denna sin betydelse för det allmänna.

En sak är emellertid den ovetenskapliga karaktären i den nu kritiserade lagtolkningsmetoden, en annan sak är, att denna tolkning dock genomförts på ett sådant sätt, att art. 1384 småningom blivit ett faktiskt stöd för »la responsabilité de plein droit du fait des choses». Detta hade artikeln blivit redan före tillägget genom 1922 års lagändring, vilket ifrån början betraktades såsom »une exception étroite»[8] från huvudregeln om ansvar »du fait des choses».

[8] Demogue, Rapport.

Ytterligare om den franska begreppsskolastiken på området.

Allmän anmärkning.

Som jag vid flerfaldiga tillfällen i mitt författarskap framhållit, är det uteslutet för en rättsvetenskapsman och kanske i ännu högre grad för en domare att vara så bunden av sina rättsideologiska föreställningar, att han icke influeras av konsekvenserna för samhällslivet av tillämpningen, i förra fallet av de teorier, som han uppställer, och i senare fallet av de maximer, efter vilka han dömer. Detta inflytande tager sig icke blott uttryck i allehanda jongleringar med de rättsideologiska begreppen och »justeringar» av förut givna konstruktioner eller begrepp genom nya sådana konstruktioner och begrepp. Det yttrar sig även, såsom nu på detta område, däri, att man fixerar situationen för ansvarigheten med sådant som den ansvariges »pouvoir de direction et contrôle», att den ansvarige gjort »un mauvais choix» eller att den omedelbart handlande stått under den ansvariges »ordres ou ses instructions» och sålunda »sous sa subordination». Och när lagen för principalens ansvarighet förutsätter, att skadan inträffat vid den anställdes utövande av vissa »fonctions», utvidgas ansvaret till att jämväl avse skada genom »l'abus de ces fonctions». Den berömda domen av Cass.-Réun. 13 febr. 1930 understryker på ett särskilt sätt betydelsen av viss formulering i art. 1384, hävdande, att stadgandet »rattache la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même».[1] Genom alla dessa och andra bestämningar föres det strikta ansvaret in i sådana fåror, att det i det hela torde få anses bli samhället till gagn. Samtliga nu antydda restriktioner eller andra bestämningar kunna motiveras med den samhälleliga synpunkten, att en regel om strikt ansvar i de sålunda bestämda situationerna är ägnad att influera på deras egna handlingssätt, som kunna bliva

[1] De citerade orden ha förekommit dessförinnan, i dom av la Chambre civile den 16 nov. 1920, berörd ovan s. 110 och nedan s. 171. Orden i fråga ha dock ingalunda fått den betydelse för en förnuftig metod på området, som de skulle ha kunnat få genom att befria tolkarna från det orimliga påhänget: »le fait de la chose». Domstolarna synas överhuvud icke direkt ha haft detta syfte med orden i fråga. Åtminstone ha de icke i sådan anda utnyttjats i litteraturen. 1930 års plenardom finnes återgiven nedan s. 177 f.

ansvariga efter regeln i fråga, så att dessa i sin ledande eller vårdande verksamhet äro så förutseende och aktsamma som möjligt och deras verksamhet därigenom, så långt som det ligger i deras makt, blir av betydelse till förebyggande av skador av hithörande slag. Men detta finner man ingenstädes vetenskapligt utnyttjat, lika litet som någon annan i samhällsekonomiska hänsyn grundad synpunkt. »Vetenskapligt» är det de i rättsideologien förankrade argumenten, som taga ledningen. Och annat är icke möjligt, så länge riskteorien omhuldas. Denna vore otänkbar utan det rättsideologiska fundamentet, låt vara att man i riskteorien sökt moderera detsamma genom en skenbar motsättning mellan ett förflutet »individualistiskt» system å ena sidan och det nuvarande »socialt» betonade å den andra. Skulle verkligen de sociala synpunkter, som i all hemlighet ligga bakom de franska juristernas bestämningar av nyss berörda art, ha fått vara vetenskapligt bestämmande i den hithörande diskussionen, då skulle riskteorien liksom överhuvud hela rättvisechimären på skadeståndsrättens område ha blivit lämnad åt sitt värde. När sålunda i detta ämne samhälleliga synpunkter faktiskt kommit att, låt vara indirekt, influera de uppställda maximerna, utan att dessa synpunkter vunnit vetenskapligt beaktande, så är detta en bekräftelse på vad jag sagt och säger, nämligen att rättsvetenskapens (häri innesluten även domarverksamheten) utövare icke kunna undgå att låta sina åsikter — i rak strid med de »logiska» slutledningarna utifrån det rättsideologiska fundamentet — mer eller mindre influeras av det tryck, som städse vilar å dem såsom verksamma i samhällets tjänst och nödgar dem att i högre eller lägre grad beakta konsekvenserna för detta av tillämpningen av under diskussion varande rättsgrundsatser.

Även om sålunda de reella, de samhälleliga synpunkterna gjort sig gällande och influerat på den franska jurisprudensen i detta ämne, så är det tydligt av vad jag i det föregående visat, att detta inflytande icke har något samband med vetenskaplig metod. Till sådan hör att man frankt och öppet, icke i smyg eller mer eller mindre omedvetet, låter sig ledas av realiteterna på området. Såsom det nu förhåller sig ha dessa faktiskt klätts in i allehanda begreppsdräkter, vilka nu ytterligare skola bli föremål för någon granskning.

Presumtion om ansvarighet i stället för skuld.

Som vi förut sett intogo domstolarna intill 1930 den attityden, att första stycket i art. 1384 etablerade en presumtion om svarandens *skuld*,

en presumtion som — med viss modifikation under halvannat decennium efter 1896 — blott kunde motbevisas genom särskilda omständigheter såsom »cas fortuit», »force majeure» etc. Detta ändrades genom den bekanta domen av Cass.-Réun. den 13 febr. 1930. Här sägs för första gången, att 1384 art. innefattade »la présomption de *responsabilité*» (alltså icke »de *faute*»). Denna ansvarspresumtion kunde endast motbevisas genom samma omständigheter som förut skuldpresumtionen.[2]

Denna tanke, att lagen skulle etablera en ansvarspresumtion är naturligtvis helt ovetenskaplig. Den föranledes emellertid av denna metod att inpressa det strikta ansvaret, utanför ansvaret »du fait d'autrui», under första stycket i art. 1384. Man vill ju varken i judikaturen eller i doktrinen ha det så, att ansvaret skall vara absolut strikt, utan man vill ha vissa s. a. s. säkerhetsventiler (undantag för »cas fortuit, force majeure» etc.). Skulle nu verkligen ett lagrum kunna åberopas till stöd för en sådan ansvarsregel — vars lämplighet åtminstone i viss utsträckning torde ha skäl för sig, om man befriade det från detta meningslösa »fait des choses» — så måste lagrummet i fråga ha ett motsvarande innehåll. Men stadgandets bokstav har ingalunda detta innehåll; det har icke heller, så vitt man vet, av lagstiftaren tänkts skola ha detta innehåll. Man sålunda endast lurar sig, när man intolkar innehållet i fråga i lagrummet.

Intolkningen i fråga skulle emellertid icke ha kunnat ske, om man icke haft sin tro på »ansvarighet» såsom varande något i rättsideologisk mening, analogt med rättighet och rättsplikt. Det är ju tydligt, att kassationsdomstolen icke kan ha använt »ansvarighet» såsom ett ord eller beteckning för en situation, som uppfyller de lagliga förutsättningarna för skadeståndsdom mot svaranden, det vill praktiskt taget säga en situation, i vilken domstolen faktiskt kommer att döma svaranden till skadestånd. Med en sådan innebörd i uttrycket »ansvarighet» skulle domsmotiveringen innefatta en grotesk meningslöshet: domstolen dömer på visst sätt, alldenstund lagen i all hemlighet presumerar, att domstolarna komma att döma på detta sätt! Det är överhuvud otänkbart att låta domstolen åsyfta något annat än ansvarighet i rättsideologisk mening. Saken är i själva verket synnerligen intressant såsom bekräftelse på riktigheten i vad jag hävdar gentemot den franska rättsvetenskapen. Den ådagalägger, hurusom domstolarna — när de nu skola frigöra sig från skuldidéen på detta område — likväl äro fångna i den rättsideologiska föreställningsvärlden, som ovillkorligen medför undersökningens begräns-

[2] Se till det sagda ovan s. 99 och s. 104 f. I fråga om presumtionens motbevisning återger 1930 års dom samma formuleringar som 1927 års, varom se ovan s. 101. Domen 1930 är för övrigt avtryckt här nedan s. 177 f.

ning till det enskilda fallet, i vilket rättvisa skall skipas. Ty denna svarandens ansvarighet är blott ett annat uttryck för, att svaranden i rättsideologisk mening *bör* betala skadestånd. Varför åter »bör» han göra detta? Endast och allenast därför, att han »bör» göra det, d. v. s. därför att den »materiella rätten» fordrar det.[3] Hur vet man då, att detta fordras av den »materiella rätten»? Detta är en delikat fråga, ty i själva verket vet man det icke. Man endast »presumerar» det. Och detta åter gör man blott därför, att lagen, efter vad judikaturen säger, föreskriver, att man skall »presumera» det. Det är uteslutet att låta domstolen grunda ansvarigheten på art. 1384. Detta stadgande »etablerar» blott en presumtion om ansvarighet. Betydelsen av art. 1384 måste enligt 1930 års dom vara, att artikeln avgiver en legal presumtion för att omständigheterna äro sådana, att den skadelidande erhållit ett i den materiella rätten grundat anspråk på ersättning mot »le gardien de la chose».

Denna »utveckling» från »présomption de faute» till »présomption de responsabilité» är därför nog icke så mycket att vara stolt över. (Jfr Demogues uttalande ovan s. 105.) Vad som skett är följande. Under sista kvartalet av förra seklet gjorde sig behovet av ett mera strikt ansvar på åtskilliga områden gällande. Det rättsvetenskapliga stödet för ett dylikt levereras genom riskteorien, som vill på detta område helt frigöra ansvaret från skuldidén. Judikaturen följer *till effekten* med, men den lyckas under de bortåt fyra första decennierna icke frigöra sig från skuldidén. Detta sker först 1930, och det med en formulering, som icke kan innebära något annat, än att riskteoriens rättvise-maximer numera anses komplettera skuldlärans rättvise-maximer och jämte dessa ingå i den »materiella rätten».[4] Ett kineseri av detta eller liknande slag kommer

---

[3] Varje annan förklaring till den »ansvarighet», som domstolen sålunda räknar med, måste vara utesluten. Övergången från skuld-presumtion till ansvars-presumtion kan ju icke innebära, att man frigjort sig från den gamla rättsideologien. »Ansvarigheten» tillhör denna likaväl som »skulden». För övrigt ha vi ju förut, ovan s. 105, sett hurusom ansvarspresumtionen blott uppfattats såsom en »depassering» av skuldpresumtionen. Men vidare; om det icke vore fråga om det vanliga rättsideologiska »börat», varå skulle »börat» då grunda sig? Det funnes väl intet annat svar på den frågan än: samhällsnyttans krav. Detta vore dock icke mera vetenskapligt än det gamla åskådningssättet. Samhällsnyttans krav såsom ledande till ett objektivt böra, vore naturligtvis endast metafysik. Och det skulle leda till en rättsideologi, analog med och fullt lika ovetenskaplig som den gamla. »Samhällsnyttan» bleve blott ett tomt ord, vars verkliga innebörd skulle förkvävas av det objektiva »börat», som ovillkorligen droge med sig de rättsideologiska föreställningarna om rättigheter och plikter och därmed sammanhängande, till det enskilda fallet sig knytande rättvise-reaktioner.

[4] Josserand II, s. 303 f., anger utvecklingsgången sålunda: »après la faute prouvée, la faute présumée: après la présomption de faute, la présomption de responsabilité. Enfin, après la presomption de responsabilité, le risque créé, source de la responsabilité objec-

alltid att förbliva nödvändigt, så länge man bindes av sina rättsideologiska föreställningar och följaktligen hindras från att låta sina teorier ohöljt och fördomsfritt bestämmas direkt av de samhälleliga synpunkterna, av uppfattningen om det bästa för den allmänna produktionen och omsättningen och dessas förutsättning, den allmänna tryggheten.

Farliga och ofarliga ting.

Intill början av förra årtiondet hade den frågan diskuterats, huruvida ansvaret »du fait des choses» förutsatte, att det ting, som förorsakat skadan, måste kunna karakteriseras såsom farligt, eller icke. Ripert har med stor energi hävdat det förra alternativet. Man hade, menade Ripert, att bygga den nödvändiga distinktionen mellan skuld-ansvaret och ansvaret »du fait des choses» på den farliga karaktären hos den sak, som är i en människas vård. För varje skada skola domstolarna hava »à dire si le gardien peut être présumé en faute à raison du danger que la chose gardée présentait pour les tiers».[5] Vi ha förut[6] sett, att Ripert tillfullo genomskådat fantasifullheten i idén om »responsabilité du fait des choses». Dock synes han själv i detta uttryck inlägga något av egen dikt. Det utmärker helt enkelt, säger han, att man vid undersökningen av ansvarsfrågan för offret underlättar bevisningen om skadevållarens skuld, i det att man tillåter honom attackera person som — kanske utan att ha skapat någon fara — likväl har »la garde de la chose dangereuse». Det är icke därför att saken utgör orsak till skadan, som »gardien» blir ansvarig. Detta blir han därför, att skadans art omedelbart tyder på skuld hos »le gardien de la chose». Antagandet att sådan skuld verkligen förelegat måste dock förutsätta tillvaron av »une obligation particulière de garder la chose». Att skuldpresumtionen mot »le gardien» gjorts »irrefragable» rättfärdigas just därigenom, att skadan endast kunnat inträffa genom att »le gardien a manqué à son obligation». Denna obligation måste sålunda vara förhanden. Men den existerar blott om det föreligger »un devoir particulier de garder la chose à raison des dangers possibles qu'elle présente».[7] Som man finner, står denna upp-

tive.» Med den sista etappen, som säges vara »déja en partie parcourue», torde åsyftas, att ansvarigheten vore en omedelbar följd av framskapandet av risken utan hjälp av någon ansvarspresumtion.

[5] Not i mig icke tillgängliga Dalloz, Recueil périodique et critique de la jurisprudence, 1925.1.5. (Mazeaud II, n. 1227.)

[6] Ovan s. 81 n. 1.

[7] Ripert, Règle morale, n. 124. Jfr nedan s. 172 n. 7 samt, ang. Besson, s. 207 f.

fattning i viss konsekvens med den av domstolarna intill 1930 hävdade ståndpunkten, att ansvarigheten berodde på en genom art. 1384 etablerad presumtion om skuld hos »le gardien». Efter vad vi förut (ovan s. 80 ff.) sett angående tillkomsten av art. 1384 kunna väl eljest Riperts uttalanden näppeligen ha något stöd i detta stadgande, och hans tal om den särskilda vårdnadsplikten med hänsyn till sakens farlighet såsom förutsättning för skuldpresumtionen måste betraktas såsom fri konstruktion. Men onekligen kan man säga, att — eftersom skulden städse (bortsett från »cas fortuit» etc.) skall antagas vara förhanden, oberoende av de närmare omständigheterna — kan ett sådant antagande synas ha mindre fiktiv karaktär, om det begränsas till skada genom såsom in abstracto farliga ansedda ting, än om även skada genom in abstracto ofarliga ting medtages. Ty farligheten manar en normalt aktsam människa till särskild försiktighet vid bruket av tinget. Inträder icke desto mindre skada, så utgör detta allmänt sett ett indicium på att nödig försiktighet icke iakttagits. Å andra sidan kunde ju häremot invändas, att om skada inträtt genom in abstracto ofarligt ting, så tyder också detta på sitt sätt på olämplig hantering vid bruket av detsamma! Att detta icke beaktas av Ripert torde just sammanhänga därmed, att han fattar begreppet »garde» i art. 1384 såsom blott avseende sådan vårdnad, som är direkt av behovet påkallad med hänsyn till sakens farlighet in abstracto. Har skada nu uppstått genom hantering av ofarlig sak, så kunde denna hantering icke ha innefattat ett mankerande av den i art. 1384 förutsatta vårdnads-plikten och följaktligen skuldpresumtionen icke få användning — detta torde vara en visserligen icke direkt uttalad innebörd i Riperts resonemang. Ett visst stöd för att begränsa »garde»-begreppet i art. 1384 på detta sätt kan möjligen utletas i det förhållandet, att formuleringen i stadgandet med en till visshet gränsande sannolikhet från början endast och allenast haft avseende å ett visst slags ting, nämligen djur. De djur, som därvid ha motiverat stadgandet, torde just ha varit sådana, som utan vård kunna befaras åsamka skada för andra. En analogisk utvidgning av stadgandet borde följaktligen hållas inom ramen för sådana »choses inanimées», som på grund av sin farlighet kräva vård. Detta argument kan jag dock icke erinra mig, att jag mött i den hithörande litteraturen och det måste väl i allt fall sakna betydelse efter tillkomsten av 2. st. i art. 1384 genom 1922 års lag, som ju tillägges »interpretativ» betydelse (jfr ovan s. 104, n. 6).

Emellertid har nu den åsikten varit ganska utbredd, att art. 1384 begränsade ansvaret »du fait des choses» till skada genom farliga ting, varvid man delvis i överensstämmelse med Ripert synes ha resonerat på

följande sätt. Då stadgandet bygger på vårdnadsbegreppet, kunde inga andra saker vara avsedda än de, som äro farliga och därför i behov av vård och övervakning. Därigenom uteslutas fullt oförargliga ting, vilka så att säga vårda sig själva.[8] Härtill har genmälts, att lagrummet talar om »garde» uteslutande för att angiva att ansvaret drabbar vårdaren och icke ägaren.[9] Denna invändning är som sådan här intetsägande. Icke desto mindre är den av intresse, ty den visar, hur man går förbi just den enda realitetsbetonade synpunkt, som föranledes av lagformuleringen. Vilken sak som helst, vare sig den såsom sådan kräver vård eller icke, kan man ju alltid sägas ha »sous sa garde», när man hanterar den för dess brukande. Därmed kommer in ett moment, som måste vara av vikt för ett förnuftigt bedömande av hela denna ansvarsfråga, nämligen hanteringen av saken, alltså handlingssättet från dens sida, vars ansvarighet är i fråga, helt oavsett om handlingssättet kan sägas ha skett under utövande (inkl. åsidosättande) av en »garde», som varit av behovet påkallad eller icke. Att detta handlingssätt kan medföra skada för annan, vare sig saken vore att betrakta såsom in abstracto farlig eller ofarlig säger sig självt.

Ehuru motståndarna till distinktionen farlig och ofarlig sak liksom dennas anhängare — samtliga mer eller mindre fångna i föreställningen, att här förelåge ett ansvar »du fait des choses» såsom motsättning till »la responsabilité du fait personnel» — förbise den ifrågavarande ansvarsregelns betydelse såsom drivfjäder på människornas handlingssätt, inse dock de förra, att distinktionen såsom den hävdats är ohållbar. »Le caractère dangereux d'une chose est une question de degré et en même temps une question relative: une chose pouvant devenir dangereux à raison du lieu où on l'a placé», säger Demogue i sin Rapport. Och Josserand erinrar om att exempelvis en blomkruka, som — »intrinséquement» betraktad — är ofarlig, blir farlig om den placeras på balkongen (förmodligen har han balkongbalustraden i tanken) till 5:e våningen i ett hus. Denna utmärkta illustration borde vara ägnad att avslöja begreppsskolastiken i talet såväl om »sakens» farlighet såsom grund för ansvaret som om skadans förorsakande »par le fait des choses» i motsättning till »le fait personnel». Diskussionen om blomkrukan såsom en farlig eller ofarlig sak är helt steril och talet om skadans inträffande »par le fait de la chose» är en tom ordsammanställning. *Människors hantering* av blomkrukan kan däremot rimligen karakteriseras än såsom ofarlig, än såsom mer eller mindre farlig. Och om skada sker

[8] Jfr sammanfattningen hos Josserand II, n. 538, som dock avvisar distinktionen.
[9] Se t. ex. Josserand II, n. 539.

därigenom, att blomkrukan faller ned från 5:e våningens balkong, då har den skadan orsakats icke »par le fait du pot de fleurs», men väl, åtminstone medelbart, »par un fait personnel», bestående i att placera blomkrukan på balkongbalustraden.

Såsom man i fransk doktrin hävdat skillnaden mellan farliga och ofarliga ting, torde denna icke kunna tillmätas vetenskaplig betydelse. Därmed är emellertid icke sagt, att det nödvändigt vore ovetenskapligt att låta frågan in abstracto om den större eller mindre farligheten i hanteringen av tingen influera på utformningen av skadeståndsrätten på hithörande område. Det strikta ansvaret — d. v. s. ansvar oavsett om den ansvarige på ett särskilt sätt, s. k. kulpost, förorsakat skadan — har så att säga två sidor, en nyttig och en onyttig ur det allmännas synpunkt. Samtidigt som det är ägnat att stärka allmänhetens känsla av trygghet gentemot skaderisker, är det också ägnat att försvaga allmänhetens trygghetskänsla genom att skapa vissa risker för folk att få betala andras skador, uppkomna helt utan, såsom det heter, den ansvariges egen förskyllan. Denna ur samhällsnyttans synpunkt om jag så får säga tveeggade natur hos det strikta ansvaret kan ingen lagstiftare lämna obeaktad. En princip om absolut strikt ansvarighet torde näppeligen på något område av civilrätten vara genomfört (om man undantager sådant som ersättning vid expropriation, handling i nöd och annat därmed ur vissa synpunkter jämförligt). Vad det *legala* strikta ansvaret hos oss angår, uteslutes det i vissa fall genom grov vårdslöshet å den skadelidandes sida (t. ex. lag 12 mars 1886, 3 och 6 §§; lag 27 juni 1902, 4 och 7 §§), i andra fall kan det uteslutas redan genom enkel culpa å hans sida (t. ex. lag 12 mars 1886, 3 § jfd med 6:1 S.L.; lag 30 juni 1916, 2 §; lag 26 maj 1922, 1 §). Vi ha vidare i det föregående sett, hur den franska judikaturen från ansvaret »du fait des choses» uteslutit, utom fall av den skadelidandes egen culpa, jämväl dem, i vilka skadan utretts bero på »cas fortuit, force majeure ou cause étrangère». På liknande sätt måste man anse bilägarens ansvarighet begränsad efter vår lag (2 § i 1916 års lag). Dessa begränsningar i det förekommande strikta ansvaret äro förvisso sakligt väl motiverade. Nämnas bör kanske i detta sammanhang också den allestädes uppehållna begränsningen av den ersättbara skadan till s. k. adekvat sådan.

När man nu, såsom hos oss, icke kan sägas ha lagstiftningsvis antagit några allmänna grundsatser om strikt ansvar, utan det gäller att taga ställning till den frågan, hur långt man kan gå i fråga om hävdandet av dylika grundsatser — d. v. s. vilket eller vilka områden av mänskligt handlingssätt som böra omfattas av dessa grundsatser — gäller det att

städse ha uppmärksamheten på den nyssberörda tveeggade naturen hos det ifrågavarande ansvaret. Vid de värderingar, som här komma i fråga, måste man självfallet vara angelägen om att vara på säkra sidan, betänkt på att icke uppställa sådana regler, att den allmänna företagsamhetsandan klavbindes genom deras tillämpning. Skulle nu den frågan hos oss upptagas om införandet av strikt ansvar för skada, som förorsakats annan genom bruket eller hanteringen i övrigt av saker och ting, som tillhöra eller i allt fall nyttjas av svaranden, så måste man ju genast säga sig, att en sådan ansvarsregel ur samhällsbehovets synpunkt vore bättre motiverad beträffande vissa ting än beträffande andra, liksom också att dess hävdande beträffande samtliga ting utan åtskillnad *prima facie* synes betänkligt med hänsyn till menliga verkningar för den personliga rörelsefriheten i fråga om tingens användning. I och för den begränsning, man sålunda måste eftertrakta, kan ingenting vara naturligare än att åtminstone preliminärt diskutera att till det strikta ansvarets område endast hänföra skada genom hanteringen av vissa slags ting, nämligen sådana vilkas användning kan *in abstracto* karakteriseras såsom medförande en viss, mera utpräglad fara för andras skadande. Huruvida denna distinktion på ett för praxis brukbart sätt skulle kunna genomföras är en sak för sig, som jag nu icke går in på. Den nu berörda distinktionen mellan farlighet och ofarlighet har intet med skolastik att göra. Jag yttrar mig icke därom, huruvida den — om praktiskt möjlig att åstadkomma — verkligen bör genomföras eller icke. Jag endast hävdar — utifrån den gjorda frågeställningen — att det tillhörde vetenskaplig metod att väga skälen för och emot en sådan distinktion. För densamma skulle två omständigheter tala. Dels vunne man ju faktiskt en begränsning av det ifrågavarande strikta området, varigenom betänkligheterna mot detsamma i fråga om rörelsefrihetens klavbindande genom oberäkneliga betalningsrisker skulle minskas. Dels måste det strikta ansvaret i fallen, tillhörande det sålunda begränsade området, ha större betydelse för den allmänna tryggheten gentemot skade-risker, än det skulle ha i de »ofarliga» fallen. I detta avseende påpekar jag följande.

Ju större farlighet för andra, som man principiellt sett, d. v. s. in abstracto, finner vara förknippad med användningen eller hanteringen i övrigt av en sak av det eller det slaget, desto mera angeläget måste det vara — av hänsyn till den allmänna trygghetskänslans betydelse för det samhälleliga livet — att de, som ha med sakens hantering att skaffa, därvid iakttaga ett sådant handlingssätt, positivt eller negativt, som är ägnat att förebygga, att farligheten utlöser sig i skadebringande effekt. Uppehållandet av en regel om strikt ansvarighet — enligt vilken ju sva-

randen icke ens genom sin exkulpering kunde fria sig från ansvaret — är helt naturligt vida effektivare såsom eggelse till dylikt handlingssätt än blott culpa-regelns tillämpning. Härtill kommer så betydelsen för den allmänna tryggheten av den *ersättande* funktionen hos en regel om strikt ansvar. Denna funktion kan här stundom — med hänsyn till den särskilt stora farligheten av sakens hantering — rimligtvis böra beaktas, helt oavsett om man kan räkna med någon mera utpräglad prevenerande funktion hos skadeståndsregeln i fråga. Ty det säger sig självt, att gentemot den särskilda fara för allmänheten, som ligger i hanteringen av vissa ting, en viss grad av trygghet för denna allmänhet kommer till stånd genom en skadeståndsregel, vars uppehållande innefattar en väsentlig minskning i den i faran inneslutna ekonomiska risken; och detta, som sagt, även om ansvaret i fråga icke skulle ha någon betydelse såsom eggelse till skador förebyggande handlingssätt.

Dessa påpekanden om en reell betydelse av distinktionen farlighet ./. ofarlighet har jag meddelat blott till undvikande av missförstånd av mina anmärkningar mot den franska rättslitteraturens särskiljande mellan farliga och ofarliga ting. Numera måste denna distinktion anses vara övergiven, sedan judikaturen intagit en mera bestämd ståndpunkt emot densamma.[1] Egentligen har den, såvitt jag funnit, i de sista decennierna blott under några få år haft klart stöd hos domstolarna, nämligen åren 1927—1929. Dessförinnan hade person befunnits ansvarig exempelvis för skada genom »i sig» så ofarliga ting som löv, som synas ha fallit ned och tillstoppat ledningar till grannens hus.[2] Den 16 nov. 1920 förklarade Cass.-Civ., att ansvaret efter art. 1384 för skada »par le fait des choses» icke förutsatte »que la chose ait un vice inhérent à sa nature, susceptible de causer le dommage», i det att stadgandet hänförde ansvarigheten »à la garde de la chose, non à la chose elle-même».[3] Denna formulering återupptogs sedan i den bekanta plenardomen den 13 febr. 1930.[4] Denna måste tillmätas särskild betydelse icke blott därför, att den meddelats av Chambres réunies, utan jämväl därför att formuleringen

[1] Se Mazeaud II, n. 1233; Josserand II, n. 539.

[2] Se Josserand II, n. 536 och n. 539. Det är högst beklagligt, att tillgång saknas till Dalloz' prejudikatsamlingar. Fallet i fråga, avdömt den 20 juni 1921 av appellationsdomstolen i Limoges, är refererat i Dalloz, Receuil périodique etc. 1922.2.49.

[3] Sirey 1922.1.97. Det var denna dom, som föranledde tillkomsten av 2 st. i art. 1384 genom 1922 års lag. Se ovan s. 110. — När å andra sidan ett lokomotiv hade anställt skada genom explosion, godkände Cass.-Civ. den 21 januari 1919 den dom, varigenom järnvägsbolaget dömdes ansvarigt efter art. 1384, utan att åberopa någon i saken inneboende farlighet såsom ett motiv för domen; Sirey 1922.1.265. Angående detta fall se ovan s. 111 n. 7.

[4] Sirey 1930.1.121. Domsmotiveringen avtryckt här nedan s. 177 f.

måste betraktas såsom ett avståndstagande från den uppfattning, som kommit till uttryck i domen av Cass.-Civ. den 21 febr. 1927 och några därpå följande domar. Åren närmast före 1927 års dom synes rättskipningen — på grund av oklarhet i en dom av Cass.-Civ. 29 juli 1924 — ha delat upp sig i två läger i fråga om tolkningen av art. 1384 i förevarande avseende beträffande bilolyckor.[5] I 1927 års dom hävdades så, att ansvarigheten efter art. 1384 förutsatte, att saken vore underkastad »la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui».[6] Det är med denna dom för ögonen, som plenardomen 13 febr. 1930 får sin otvetydiga innebörd att utdöma farligheten såsom kriterium på de ting, för vilkas »handling» man svarade efter art. 1384.[7] Hur kassationsdomstolen året efteråt uttalade sig, uppenbarligen som en konsekvens av 1930 års plenardom, har förut visats.[8]

Skada genom handling av ting.

Hade man i Frankrike haft sin uppmärksamhet inriktad på frågan icke om tingens utan om hanteringens av dem större eller mindre farlighet eller ofarlighet, så skulle man naturligtvis också ha undvikit den sterila diskussionen om innebörden av begreppet »le fait de la chose», detta rent meningslösa »verk» eller »handling» av döda ting. Tingets verk står ju i stadgandet såsom motsättning till människoverk, »le fait de l'homme». Man har därav dragit den slutsatsen, att skadan skall ha härlett sig ur tinget såsom i skadeavseende »autonomt», varmed åter avses, att skadan icke får ha berott på tingets dirigerande av människohand utan på tingets eget »autonoma verk». Härvid bör nu beaktas, att man i Frankrike icke har någon motsvarighet till vår lag om ansvar för skada genom automobiltrafik. Skall dylikt ansvar gå utanför culparegeln, så anses ingen annan rättsgrund för detsamma finnas än art. 1384 med dess

[5] Se Mazeaud II, n. 1218. Det den 29 juli 1924 avdömda fallet beröres strax här nedan i annat sammanhang.

[6] Sirey 1927.1.137.

[7] Ripert ville dock icke medgiva denna domens betydelse utan vidhöll sin ståndpunkt om sakens farlighet såsom förutsättning för ansvaret »du fait des choses» enligt art. 1384. Han menade, att också efter domen den 13 febr. 1930 måste det vara fråga om skada »par une chose soumise à la nécessité d'une garde», samt att en »obligation legale de garde» förelåge endast beträffande »les choses susceptibles de causer un dommage à autrui» (Not, enligt Mazeaud, i Dalloz, Receuil périodique et critique, 1930.1.58). Detta resonemang har dock intet stöd i domsuttalandet och måste såsom domstolkning betraktas som fri konstruktion.

[8] Se ovan s. 106 n. 2.

»responsabilité du fait des choses» (ävensom naturligtvis dess ansvar du fait d'autrui). Förutsätter nu detta ansvar, att tingets verk är autonomt, då kan ju något ansvar för skada å annan genom själva bilkörningen — t. ex. vid bilkollisioner, överkörning av fotgängare m. m. — icke ifrågakomma efter art. 1384 (mom. 1), ty bilen har dirigerats av föraren och sålunda icke verkat »autonomt». Denna ståndpunkt är visserligen numera övervunnen, men klart först efter 1930 års plenardom, som även i detta avseende hade betydelse.[9] Det skolastiska resone-

[9] Bilisternas till det vanliga skuldansvaret begränsade ansvarighet hade redan i seklets första decennium väckt opposition. Ett lagförslag synes ha utarbetats av la Société d'études législatives och gjorts till föremål för en »rapport remarquable» av Ambroise Colin i samfundets Bulletin 1907. Parlamentet tog emellertid större intryck av »les partisans de l'automobile» och nöjde sig med »d'instituer le délit de fuit», d. v. s. med att införa straff för en bilist, som vid olyckshändelse icke stannar utan försöker komma undan ansvaret. Genom ett dekret av 31 dec. 1922, »Code de la route», ville man reglementera »la circulation des véhicules, principalements des automobiles» för att på detta sätt bidraga till förebyggandet av olyckshändelser. Men alltjämt finns ingen lag om en bilägares utöver skuld-ansvaret gående ansvarighet, i den mån icke art. 1384 användes. Se till det sagda Besson, s. 128 ff. och Esmein, Not 2. Emellertid inträffade ett fall, som åter livade upp diskussionen. I juli 1918 stod en fru Bessières i sin butik och sysslade på vanligt sätt, då i följd av en häftig gir en bil korsade trottoaren och trängde in i butiken, tillfogande henne allvarliga skador. Bilen ägdes av ett åkeribolag och kördes av dess chaufför, visserligen i krigstjänst men nu på permission. Mot chauffören hade talan förts inför »le conseil de guerre», som förklarat, att han icke haft någon skuld till den ifrågavarande olyckshändelsen. Makarna Bessières förde emellertid skadeståndstalan mot åkeribolaget, vilken ogillades såväl av tribunaldomstolen som av la Cour de Paris. Då det visat sig att »les boulons» brutits, lät den senare domstolen expertisen yttra sig om orsaken därtill. Den utlät sig så, att »la cassure des boulons» varit en *följd* av, alltså icke *orsak* till olyckan. Beträffande frågan om chaufförens skuld fann domstolen denna vara »res iudicata» genom domen av »le conseil de guerre», som frikänt honom därifrån. I sina besvär hävdade makarna Bessières, dels att domstolen brutit mot art. 1384 och dels att den kränkt art. 1351, avseende rättskraftens omfång. Domen kasserades också av Cass.-Civ. den 29 juli 1924, av båda skälen. I fråga om art. 1351 sade domstolen, att den princip, enligt vilken kriminaljusticen hade rättskraft på det civila området, borde så förstås, att den civile domaren icke kunde »méconnaître», vad som dömts av kriminaldomstolen. »Le conseil de guerre» hade emellertid blott uttalat sig »en ce qui concerne la culpabilité». Därför borde dess dom icke ha utgjort något hinder för Cour de Paris att undersöka, »si les faits ne constituaient pas un quasi-délit» (som tydligen fölle utanför »culpabilité» i domstolens terminologi). Vad så våldförandet på art. 1384 angår, citerar kassationsdomstolen vad Cour de Paris sagt därom, att — eftersom olyckan icke berott på att bilen befunnit sig i dåligt skick — ingen »faute» kunde läggas åkeribolaget till last, vilket tillintetgjorde »la présomption de faute pesant sur elle (bolaget) aux termes de l'art. 1384 alin. 1er, C. civ.»; tilläggande kassationsdomstolen, att Cour de Paris därigenom hade »violé l'article susvisé» (d. v. s. första st. av art. 1384). Se angående fallet Sirey 1924.1.321. Vad domstolen här velat säga, måste vara, att skuld-presumtionen i art. 1384 icke försvinner genom vanlig exkulpering. Det intressanta synes emellertid vara, att både Cass.-Civ. och Cour de Paris utgått från den principiella tillämpligheten av »la responsabilité du fait des choses» även å »en marche» varande bilar, alltså icke gjort någon skillnad mellan tingen, alltefter som de »aktionerats» eller icke av människohand. Tribunaldomstolen däremot hade funnit,

mang, som låg till grund för ståndpunkten, är intressant, och jag anför det därför, såsom det återgivits av Josserand, själv motståndare till detsamma:

»Un parti important soutient — ou soutenait — qu'il faut distinguer entre les accidents déterminés par la voiture elle-même, considérée abstraitement de son conducteur — rupture d'une pièce, automobile à l'arrêt qui est mise en mouvement par la déclivité du sol — et les accidents survenus alors que le véhicule se trouvait sous l'impulsion du conducteur et à raison de cette impulsion; dans la première éventualité seulement il y aurait vraiment fait de la chose, donc applicabilité de l'article 1384, § 1; dans la deuxième, il y aurait fait de l'homme, donc applicabilité des articles 1382 et 1383. Pendant la marche, dit-on, l'automobile n'est pas seulement sous la *garde* du chauffeur, mais, ce qui est different, sous sa *direction*, la responsabilité ne peut plus être que celle du fait personnel de l'homme, non celle de la chose qui devient un simple instrument, un prolongement de son cerveau et de son bras.»[1]

Det rättsfall, vars slutliga avgörande gjorde slut på denna kontrovers till förmån för ansvarighet »du fait des choses», även om saken icke

---

att art. 1384 överhuvud icke kunde vara tillämplig å fallet. — Flera domstolar följde den av Cass.-Civ. intagna ståndpunkten; andra åter gingo emot densamma. Man synes i skilda avseenden ha missförstått motiveringen; se Prudhomme, s. 224 f., Besson, s. 131 f. och Mazeaud II, n. 1218. I en del fall gjordes skillnad allteftersom bilen vid olycksfallet befann sig »en marche» eller »à l'arrêt». Blott i sistnämnda händelse komme ansvar efter art. 1384 i fråga. Situationen var, såsom Prudhomme säger, sådan, att man kunde hoppas »que bientôt les Chambres Réunies seront appelées à intervenir». Denna förhoppning infriades 5 år efter uttalandet, genom domen av Cass.-Réun. 13 febr. 1930. Men fallet Jand'heur (varom nedan), som slutligen ledde till denna dom, inträffade ungefär samtidigt som Prudhommes artikel publicerades. — Till domen av Cass.-Civ. 29 juli 1924 har Esmein skrivit en lång not, i vilken han (Sirey 1924.1.321—323), bl. a. ger en historisk redogörelse för diskussionen av frågan om ansvaret vid bilolyckor. Han belyser också närmare den ifrågavarande domen och upptager därvid även den frågan, huruvida »garde»-begreppet hade modifierats och domstolen avsett att »déclarer le propriétaire responsable comme tel et cumulativement avec l'actuel et véritable gardien». Ditintills hade kassationsdomstolen avvisat »ces responsabilités cumulatives, implicitement pour la responsabilité du fait des choses, explicitement, à plusieurs reprises, pour la responsabilité du fait des animaux». Esmain är icke fullt övertygad om, att domstolen nu velat göra ändring i denna ståndpunkt. (Såvitt jag förstått, har det alltjämt i judikaturen icke varit fråga om att införa »ces responsabilités cumulatives»; jfr nedan s. 195 ff.) — Parentetiskt må nämnas, att Esmein i sin ifrågavarande not har gjort följande allmänna uttalande: »Mais le droit n'est pas une science de pure logique. Les règles de droit et les institutions ont un but et un esprit dont il convient de s'inspirer dans l'interprétation et dans l'application.» Esmeins mening torde vara, att den stränga rättsideologiskt uppbyggda begreppsjurisprudensen vore en »science de pure logique» men att juridiken, såvitt den för praktiskt bruk sökte frigöra sig från begreppsjurisprudensens absurditeter, icke vore rent logisk. I detta senare har han otvivelaktigt rätt. Men menar han verkligen det förra, då vet han inte vad han talar om. — Angående det berörda fallet och av detta föranledda frågor får jag för övrigt hänvisa till Prudhommes artikel.

[1] Josserand II, n. 541.

verkat »autonomt», inträffade i april 1925. En ung flicka — Lise Jand'heur, som givit det intressanta fallet sitt namn i litteraturen — överkördes av en ett bolag tillhörig lastbil, när hon korsade gatan. Underdomstolen beslöt, att vittnesförhör skulle anställas till utrönande av frågan, huruvida icke olyckshändelsen berott uteslutande på offrets egen »skuld», i vilken händelse bilägaren skulle frias från ansvarighet. Detta beslut har uppenbarligen utgått ifrån tillämpligheten i fallet av den i art. 1384 »etablerade» skuld-presumtionen, gentemot vilken, såsom vi sett, bevisning av svaranden kunde föras om skadans förorsakande genom offrets egen skuld. Bolaget hade emellertid naturligtvis intresse av att blott skuld-ansvar (alltså icke ansvar på grund av skuld-presumtion) skulle kunna komma i fråga och överklagade följaktligen beslutet, varpå appellationsdomstolen i Besançon den 29 dec. 1925 korrigerade detsamma på den grund, att lastbilen vid olyckshändelsen vore »actionné de son conducteur», och sålunda icke art. 1384 utan art. 1382 (vanliga skuldansvaret) vore att tillämpa i fallet.[2] Detta betydde, att skadeståndstalan endast kunde bifallas, om förarens skuld utreddes. En sådan utredning skulle ha medfört förarens ansvarighet efter skuld-regeln (art. 1382 och 1383) och bolagets ansvarighet jämlikt art. 1384 i avseende å »la responsabilité du fait d'autrui», d. v. s. såsom »commettant» i förhållande till föraren såsom »preposé». På kärandesidans talan kasserades appellationsdomstolens nämnda beslut av Cass.-Civ. den 21 febr. 1927, enär art. 1384 för tillämpning av den presumtion, som den föreskriver, »ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme».[3] Vi ha förut sett, att domstolen i sådant avseende fann det tillräckligt, att saken behövde vårdas på grund av sin farlighet för andra. Härefter »renvoyerades» målet för avdömande till appellationsdomstolen i Lyon (alltså icke i Besançon), där kärandens skadeståndstalan den 7 juli 1927 ogillades. Domstolen ställde sig nämligen på samma ståndpunkt som domstolen i Besançon. Dess motivering är belysande för den franska skolastiken på området, och skall därför delvis refereras.

Det heter först, att det är otvivelaktigt, att redaktörerna av C. civ. vid regleringen av rekvisiten för delikt och quasi-delikt ha till grund för ansvarigheten

---

[2] Se Capitant, Les grands arrêts, s. 226. — När man i fransk litteratur talar om det vanliga skuldansvaret i motsats till ansvaret efter art. 1384, hänvisar man egendomligt nog ofta blott till art. 1382, ehuru man uppenbarligen därmed menar art. 1382 et. s. (d. v. s. »et art. 1383»).

[3] Sirey 1927.1.137. Domen har i andra avseenden redan berörts, ovan s. 101 ff. och s. 172.

velat lägga dens skuld, mot vilken skadeståndstalan föres. Därefter sägs att »dans le droit commun» den direkta skulden följaktligen vore enda alstrare av deliktisk och quasi-deliktisk imputabilitet. Med hänsyn till dessa överväganden, heter det fortsättningsvis, framgår det »d'une façon générale», att den quasi-deliktiska ansvarigheten i art. 1384 icke kan följa av sådan skada, som härrör sig från en organism, som satts i rörelse eller förts av människohand, i det att den utförda dirigeringen i varje ögonblick och under hela sträckan medgiver nödiga försiktighetsåtgärder till trygghet för andra[4], utan endast av sådan skada, som åstadkommits genom en viss felaktighet i maskinen, för vilken skada man icke desto mindre[5] kan vara ansvarig. Följaktligen reserveras den legala skuldpresumtionen (alltså tillämpningen av art. 1384) till det fall, vari skadan åstadkommits direkt genom saken, under abstraktion »de l'activité présente de l'homme», varvid dock »apparaît la notion de prévisibilité constante du danger, le gardien de la chose étant légalement ténu de se prémunir contre les périls auxquels elle peut exposer les tiers par son dynamisme apparent et ses énergies latentes» . . .[6]

Värre kan man väl näppeligen krysta till det och förvrida de hithörande realiteterna. Den olyckliga idén om »le fait de la chose» tages här uppenbarligen på fullaste allvar, såsom synes av de sist citerade orden om abstraktion från människohandling och om sakens uppenbara dynamism och dess dolda krafter. Å andra sidan kommer ju däri en utomordentlig redbarhet till uttryck: att icke vilja gå utanför den i lagorden gjorda begränsningen — skada genom handling av ting — och därför söka påvisa, hurusom ett dött ting verkligen kunde handla. Redbarhetsivern synes dock ha kommit domstolen att förbise, att de ifrågavarande lagorden äro oförnuftiga och följaktligen orealiserbara. Domstolen utgår tydligen ifrån distinktionen farliga och ofarliga ting, såsom denna kommit till uttryck i kassationsdomen den 21 febr. 1927. När det i samband med denna utgångspunkt erinras om sakvårdarens »legala bundenhet» till förebyggande åtgärder mot de från saken emanerande farorna, så kan därmed icke åsyftas något annat än hans vanliga skuldansvarighet.

När saken emellertid nu på kärandesidans talan ånyo kom inför kassationsdomstolens prövning var den uppenbarligen mogen för en behandling av Chambres réunies. Appellationsdomstolen i Lyon hade ju — i strid med domen av Chambre civile den 21 febr. 1927 — intagit samma ståndpunkt som appellationsdomstolen i Besançon. Chambres réunies kasserade Lyondomen i sin meromtalade dom den 13 febr. 1930,

[4] Varför det måste vara fråga om ansvar »du fait personnel», alltså vanligt skuldansvar.

[5] D. v. s. fastän någon »fait personnel» icke förorsakat skadan.

[6] Referat efter Capitant, Les grands arrêts, s. 226. Fallet är emellertid refererat i Dalloz, Recueil hebdomadaire de la Jurisprudence générale 1927.423.

sägande liksom Cass.-Civ. 1927, att lagen för tillämpningen av den däri föreskrivna presumtionen icke gör någon skillnad, allteftersom saken var eller icke var igångsatt av människohand.

Denna dom har sålunda — efter vad vi nu och i det föregående sett — principiell betydelse i icke mindre än fyra avseenden: 1. Art. 1384 etablerar en presumtion om »ansvar» icke om »skuld».[7] 2. Art. 1384 har avseende å varje »chose inanimée», icke blott å den som är »mobilière».[8] 3. Art. 1384 förutsätter icke, att saken har »un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage».[9] 4. Art 1384 har samma betydelse, vare sig saken var eller icke var »actionnée par la main de l'homme».

Domen har naturligtvis också betydelse med hänsyn till området för den »etablerade» presumtionens motbevisbarhet, men kan väl i sådant avseende endast betraktas såsom tillämpande redan klart godtagen grundsats. Dock skulle möjligen kunna sägas att även härutinnan domen har prejudicierande betydelse, alldenstund föregående domars uttalanden angående motbevisbarheten avsett en »présomption de faute», under det att 1930 års dom rör en »présomption de responsabilité». Domens stora betydelse och dess omnämnande upprepade gånger i det föregående torde göra det lämpligt att här i dess sammanhang återgiva motiveringen:

»... Attendu que la présomption de responsabilité établie par l'art. 1384, alin. 1er C. civ., à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue; — Attendu que, le 22 avril 1925, un camion automobile appartenant à la société *Aux Galeries belfortaises* a renversé et blessé la mineure Lise Jand'heur; que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte sus-visé par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde, dans les termes de l'art. 1384, § 1er, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; — Mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas, suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa

[7] Jfr ovan s. 104 f. samt s. 163 ff.
[8] Jfr ovan s. 104 n. 1.
[9] Jfr ovan s. 171 f.

nature et susceptible de causer le dommage, l'art 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même ... Par ces motifs, casse ...»[1]

Emellertid står det nu fast, att ansvaret »du fait des choses» icke är bundet vid skada genom tinget såsom havande »autonomt» förorsakat densamma. Genom denna utsträckning av ansvaret borde ju kunna inses, att det alls icke är fråga om ansvar »du fait des choses» i någon som helst mening och att det följaktligen blott är inbillning, att man gör någon tillämpning av lagorden i art. 1384. Vad som i verkligheten på detta område är bestämmande för domstolarna är uppenbarligen deras uppfattning om vad som bäst gagnar den allmänna samfärdseln, närmast dess förutsättning den allmänna tryggheten — deras uppfattning härom, såvitt som den icke av de rättsideologiska föreställningarna hindras från att göra sig gällande. Vare sig ansvaret i art. 1384 »du fait des choses» skall avse skada genom biltrafik, cykelåkning, gevärshantering å jakt, kullfallet trafikspärrande träd, utskjutande trädgrenar, olämpligt placerade attiraljer, ångpanneexplosioner, andra maskiner eller vilket verktyg som helst, kan det likväl aldrig vara fråga om skada »par le fait *des choses*» utan om sådan på ett eller annat sätt, positivt eller negativt, genom *människo*-verk. I vad mån de resultat, som kassationsdomstolen kommit till, kunna anses vara de lämpligaste ur social synpunkt, skall här icke dryftas. Jag invänder här intet mot resultaten utan mot tillvägagångssättet. Vad jag i detta sammanhang finner anmärkningsvärt, det är, att man icke riktigt synes veta, vad man gör, utan tycks tro sig tillämpa för ändamålet fullkomligt odugliga lagord, när man i själva verket, om också icke med öppen blick därför, låter sig ledas av sin uppfattning om vad som vore gagneligt för samhället. Josserand, som är anhängare av den mest vidsträckta tillämpning av »la responsabilité du fait des choses», gör ett ur flera synpunkter intressant uttalande i ämnet. Han säger först, att det vore paradoxalt, om ansvaret hos »le gardien d'une automobile» (= bilens ägare eller brukare) skulle minskas i det ögonblick, då bilen sattes igång, d. v. s. då saken blir särskilt farlig. Varför detta vore paradoxalt nämner han icke. Men förklaringen kan ju inte vara någon annan än den, att en sådan ansvarsregel stode i uppenbar strid med intresset hos det samhälle, med hänsyn till vars ordning det just gäller att diskutera, vilka regler som lämpligen böra upprätthållas. Denna helt avgörande synpunkt lämnas i Josserands resonemang åsido. Har man väl satt upp denna »responsabilité du fait des choses» i enlighet med vissa ord i första stycket av art. 1384, så kan det

[1] Sirey 1930.1.121; Capitant, Les grands arrêts, s. 227 f.

väl icke vara det av Josserand såsom paradoxalt karakteriserade sättet att bestämma ansvarigheten, som vore paradoxalt. Detta sätt står ju i full konsekvens med konstruktionen av ansvaret såsom grundande sig på dessa såsom isolerade fullkomligt meningslösa bokstäver om att man svarade »du fait des choses». Den omedelbara roten till det onda ligger i denna sterila konstruktion, som söker förkväva i det levande livet framsprungna synpunkter. — Det är gott och väl, att Josserand betecknar det såsom en rent skolastisk uppfinning, när man tror, att en »transformation du gardien en conducteur» skulle försiggå blott genom kopplingen (av maskineriet). Men han själv är föga saklig, när han säger, att »le fait du conducteur s'intègre dans celui de la méchanique ou dans celui de la chose», tilläggande — uppenbarligen med gillande — att det är detta, som i åtskilliga rättsfall varit bestämmande för ansvarigheten för de olyckor, som härröra exempelvis från en mekanisk tröskmaskin i funktion, ett lokomotiv i gång, ett fartyg under navigation o. s. v.[2] Ett dylikt betraktelsesätt undanskymmer de realiteter, som en rättsvetenskap här synes ha att beakta. Det kan aldrig bli annat än skolastik, när man ävlas att pressa in företeelserna under ett stadgande, som intet har att skaffa med dem.

Redan före kassationsdomstolens plenardom 1930 måste man uppenbarligen ha kunnat betrakta en »gardien» av skjutvapen såsom ansvarig efter art. 1384. Visserligen kunde skadan här uppstå endast därigenom,

---

[2] Josserand II, n. 542. När han också nämner tennisboll, så synes denna komma i samma klass som t. ex. den vanliga cykeln, varom strax nedan, vilken ju icke ens skenbart kan röra sig utan omedelbar påverkan av människokraft. Men bortsett härifrån är det mig icke begripligt att Josserand här nämnt tennisbollen. Ty i den dom, vartill han hänvisar, spelar bollen såsom blott och bart slagen av svaranden ingen grund för ansvaret. Vid tennisspel träffades en dam helt utanför tennisplanen av en boll i ögat. Svaranden hade gjort en våldsam »smash», som kommit bollen att med stor häftighet studsa ut över inhägnaden. Det konstateras i domen, att svaranden icke begått någon »faute», som kunde medföra hans ansvarighet, utan endast följt spelreglerna. Men vissa bristfälligheter befunnos föreligga i *tennisbanans konstruktion:* bl. a. var inhägnaden för låg och på olämpligt avstånd från baslinjen. Det är i själva verket icke bollen som i domen utgör den sak, om vars »fait» fråga är. Det var icke ens i och för sig detta, att svaranden gjort denna olycksdigra »smash», som ledde till hans ersättningsskyldighet. Utan det var i hans egenskap av »locataire de ce court de tennis défectueusement aménegé», som han befanns »responsable vis-à vis de la dame Cordier de l'usage qu'on il a fait d'une chose dont le vice de construction a été la cause de l'accident». Domen fälldes 25 okt. 1926 av appellationsdomstolen i Poitiers. Se Sirey 1927.2.73. — Med detta rättsfall bör jämföras fallet hos Sirey 1935.1.28, behandlat nedan s. 193 ff. Där betraktades pistolen, icke kulan, såsom »la chose». I enlighet härmed borde *racketen* ha betraktats såsom »la chose», icke, såsom av Josserand, *bollen.* Nu betraktades, som vi sågo, av domstolen varken den ena eller andra så, utan tennisbanan. Med ett sådant åskådningssätt borde i fallet hos Sirey 1935 varken kulan eller pistolen utan skjutbanan ha betraktats som »la chose», varom nedan s. 195.

att saken aktionerades genom människohand, men vi sågo, att detta enligt kassationsdomen den 21 febr. 1927 icke spelade någon roll, utan att det var tillräckligt för ansvarigheten, att saken på grund av sin farlighet krävde »garde».[3]

Ett särskilt crux synes skada orsakad genom cykelåkning ha vållat både doktrin och praxis. Hur skall i dylika fall skadan kunna sägas ens skenbart vara en följd av »le fait de la chose». Här har ju icke blott en människas händer utan framför allt hennes ben varit i full verksamhet. Eliminera bort denna, och vi ha i varje tänkbart avseende blott det absolut döda tinget. Här finns ju intet maskineri, som genom några latenta krafter eller andra naturkrafter skulle kunna explodera eller eljest sättas i gång. Josserand medgiver också, att frågan här är mer delikat än beträffande automobilen, eftersom »le fait du bicycliste peut paraître dominer le fait de la chose». Han tillägger, att man därför kan förstå, att doktrinen och judikaturen ställa sig tveksamma inför tillämpningen på cyklisten av »la responsabilité de plein droit de l'article 1384». Dock funnes en sig stegrande tendens hos domstolarna att även här använda nämnda lagrum.[4] Så länge man levde på distinktionen »le fait de l'homme» och »le fait autonome de la chose», säger Mazeaud, hade man ingen tanke på att låta cyklisten svara efter art. 1384. Skadan framstod här ännu mera som människoverk än vid bilolycka.[5] Emellertid bör man beakta, att underdomstolarna icke heller före domarna av resp. Cass.-Civ. 21 febr. 1927 och Cass.-Réun. 13 febr. 1930 konsekvent uppehållit den nämnda distinktionen. I fråga om cyklister synes man, när man varit oberörd av frågan om sakens autonoma eller icke autonoma handling, ha gått på linjen att undersöka, huruvida cykeln var en »chose dangereuse» eller »inoffensive». Blott de domstolar, som kommo till förra resultatet, tillämpade det strikta ansvaret. Mazeaud menar, att flertalet av de domstolar, som funno cykeln »inoffensive», förvredo farlighetskriteriet till »le critère du dynamisme propre». De avvisade art. 1384, enär cykeln, till skillnad från automobilen, »ne recèle aucune force en elle-même».[6]

[3] Ett senare rättsfall angående skjutvapen, Sirey 1935.1.28, beröres nedan s. 193 ff. I ett annat fall gjorde appellationsdomstolen i Douai 13 okt. 1930 följande uttalande angående ansvar för olycka vid en kaninjakt: »Il est bien vrai que tout chasseur a la garde de son fusil, et qu'il est responsable, à ce titre, par application de l'art. 1384 C. civ., des accidents causés par son arme, à moins qu'il n'établisse la faute de la victime ou l'existence d'un cas fortuit»; Sirey 1931.2.40. Fallet har förut berörts, ovan s. 103 n. 1.

[4] Josserand II, n. 543.

[5] Mazeaud II, n. 1265.

[6] Mazeaud II, n. 1265. — Besson, som skrev sitt arbete 1927, men likväl haft kännedom om domen av Cass.-Civ. 21 febr. 1927 (redan enligt denna var, som vi sett, ansva-

Numera, efter plenardomen 13 febr. 1930 — som definitivt utdömde både den autonoma karaktären hos »le fait de la chose» och sakens farlighet såsom förutsättningar för ansvarspresumtionen efter art. 1384 — finns ingen anledning räkna med annat, än att skador genom cykelåkning kunna föranleda tillämpning av sagda artikel. Detta torde också vara den mening, som judikaturen numera ansluter sig till.[7] I allt fall har den kommit till uttryck i motiveringen till domen av Cass.-Civ. den 18 nov. 1930.[8] Hur man ett par år förut kunnat krysta till motiveringen för tillämpningen av art. 1384 å cyklister visar en dom av appellationsinstansen i Dijon den 16 okt. 1928.

Domstolen — som hade att bedöma ett fall av kollision mellan cykel och bil — ställde sig på samma ståndpunkt som Cass.-Civ. i domen den 21 febr. 1927, nämligen att saken för artikelns tillämpning väl kunde vara »actionnée par la main de l'homme», men att den måste vara i behov av vård på grund av sin farlighet för andra. Detta senare innebure emellertid icke, heter det i domen, att saken nödvändigt måste innehålla »un principe de dynamisme propre», utan vore det tillräckligt att den i sig själv eller genom de omständigheter, vari den finnes placerad, konstituerar »une aggravation de risque pour les tiers», vare sig saken döljer en fara, som spontant uppenbarar sig, när saken träffar tredjeman, eller dess farliga karaktär visserligen otvivelaktigt härflyter från människohandling men »se prolonge» i följd av saken själv, så att »le gardien» nödgas handla för att hindra den att göra skada. Om en cykel likaväl som en bil, så snart den satts i rörelse, i allmänhet icke upphör att vara orörlig annorlunda än under aktivt inflytande av människan, så fordrar den en särskilt vaksam »garde» för att upphöra att vara farlig. Det är just nödvändigheten av denna »garde», som utgör grunden till den legala presumtionen i art. 1384, i det att lagen betraktar beviset om bristen på vaksamhet såsom meddelat genom själva det faktum, att saken har bragt skada. Det heter därefter till sist i förevarande del av motiveringen, att cykeln är en sak, som nödvändiggör »une garde» eftersom den, en gång satt i rörelse av människan, vars förmåga till kraft och snabbhet den mångdubblar, blir »par elle-même et pour les tiers» källa till risker, som blott kan försvinna genom mänsklig mellankomst. Cykelns »gardien» är därför underkastad den legala presumtionen i art. 1384, första stycket.[9]

---

ret »du fait des choses» oberoende av om saken var eller icke var »actionnée par la main de l'homme») finner väl »garde»-begreppet i art. 1384 tillämpligt »à tous les modes de transports mus par un moteur, tels que les motocyclettes» men anser frågan tvivelaktig med hänsyn till vanliga cyklar. Han erinrar dock om, att cykeln är »un instrument qui accroît la puissance de l'homme en étendue et en vitesse». Han säger vidare, att cyklisten ofta, »lorsqu'il est lancé, n'est pas maître de sa machine d'une façon parfaite; a cet égard, la présomption de l'article 1384 peut peut-être se justifier»; Besson, s. 135.

[7] Så Mazeaud II, n. 1265. Liknande Demogue, Rapport. Se även nyssberörda uttalande av Josserand.

[8] Sirey 1931.1.32.

[9] Sirey 1929.2.27. Jag har återgivit denna motivering på svenska, då franskan i densamma torde vara särskilt svårbegriplig för den, som icke känner de hithörande

Hela denna uppstyltade harang torde få anses tala för sig själv. Om några beaktansvärda realiteter föresvävat domstolen, så kunna dessa förvisso icke ha bestått i annat, än att cyklistens strikta ansvarighet är ägnad att i högre grad än hans »skuld»-ansvarighet öka den allmänna tryggheten gentemot faran för skada från cyklisters sida, en trygghetsökning beroende dels och framför allt på den ifrågavarande ansvarighetens inflytande till befrämjande av deras aktsamma framfart, dels ock på dess betydelse för människorna genom medvetandet om att de i fall av skadors inträffande erhålla ersättningsanspråk. Ingenstädes har emellertid detta funnit något logiskt eller i allt fall otvetydigt uttryck. Har det likväl — såsom nyss antyddes — på något sätt påverkat domstolens resonemang, så har det skett i allehanda meningslösa inkapslingar. Har man de reella synpunkterna klara framför sig, måste det te sig rent oförnuftigt att diskutera frågan om nödvändigheten av att saken skulle innesluta »en grund till egen dynamism», eller att förutsätta att saken konstituerade en riskskärpning för tredjeman, vare sig såsom behäftad med dold fara eller såsom »prolongerande» en av människohandling härflytande farlighet. Slutet av den refererade motiveringen — om saken såsom mångdubblande personens kraft och snabbhet och utgörande en riskkälla, som blott kunde försvinna genom mänsklig intervention — torde förklaras av den ståndpunkt domstolen trott sig bunden att intaga, nämligen att art. 1384 etablerade en presumtion om »skuld» hos »le gardien». Den legala »ansvars»-presumtionen kom först något år senare in i judikaturen.

Med stöd av judikaturen såsom den utvecklats, uttalar Demogue, Rapport, beträffande frågan om vad som krävdes för ansvarighet efter art. 1384, d. v. s. »du fait des choses», att densamma hade tillämpning »à toutes les choses dont l'homme a la direction même complète ou à peu près complète». Med detta egendomliga uttalande torde han vilja ha sagt att det visserligen icke är så noga med kravet på »fait» från sakens sida, men att åtminstone något om än obetydligt måste finnas i situationen, som gör, att man dock kan säga, att skadan orsakats »par le fait de la chose». Detta bekräftas av hans tillägg, att »la responsabilité pour faute prouvée», d. v. s. det vanliga skuldansvaret, endast komme i fråga, »lorsque la force humaine seule est intervenue sans être renforcée par

---

tankebanorna. — En artikel av Savatier, Les accidents de bicyclette et l'article 1384, C. civ., skall finnas hos Dalloz, Receuil hebdomadaire de la jurisprudence générale 1929. Tyvärr har jag varken haft denna eller, såsom förut anmärkts, Dalloz, Receuil périodique et critique de la jurispr. gén. tillgänglig. I den senare synas för 1927 och 1929 cykelrättsfall vara refererade med noter av resp. Savatier och Josserand.

l'usage d'une chose». Emellertid har det nu sitt intresse, hur man skall kunna karakterisera detta något, som gjorde att, oaktat »la force humaine est intervenue», ansvaret likväl skulle vara »du fait des choses». Ehuru man i lagformuleringens begränsning till »choses que l'on a sous sa garde» icke längre ser ett krav på en sakens farlighet, som skulle nödvändiggöra vårdnaden, synes man dock anse, att formuleringen förutsätter att saken måste ha »un rôle actif».[1] Detta betyder icke blott, att art. 1384 icke kan åberopas, »si une chose inanimée n'est pas intervenue dans la réalisation du préjudice». Denna förutsättning är självklar och har aldrig diskuterats, säger Mazeaud.[2] Utan det betyder, att en aktiv och icke en blott passiv »intervention de la chose» måste ha ägt rum. Om en i gång varande bil kolliderat med en parkerad bil, då har visserligen skadan uppstått genom »intervention» från båda bilarnas sida. Men endast den förras »intervention» har varit aktiv, den senares blott passiv; följaktligen kan art. 1384 blott tillämpas gentemot den förra bilens »gardien».[3] »Aktivt» anses saken vidare ha »intervenerat» till

---

[1] Demogue, Rapport, synes hålla särskilt strängt på denna förutsättning. Se även hänvisningar i det följande till hans uttalanden på andra ställen.

[2] Mazeaud II, n. 1211—2.

[3] Demogue, Rapport; Mazeaud II, n. 1211-3 och 1531. Mazeaud säger, att saken med fog bekräftas av judikaturen. Emellertid kan resultatet enligt denna bli det motsatta, om den parkerade bilen stått i gatukanten utan belysning, såsom framgår av domen av Cass.-Req. 28 april 1931. Se Sirey 1931.1.246. — Fuzier-Herman IV, art. 1384 n. 79, anför fallet bland exempel på tillämpligheten av art. 1384 jämväl »au dommage causé par des objets inertes». Av domsmotiveringen framgår visserligen att bilen stod där »sans éclairage». Men domen svarar faktiskt icke ens indirekt på frågan, huruvida art. 1384 tilläventyrs skulle ha varit tillämplig, även om belysningen funnits eller varit obehövlig. Detta fall synes mig tala emot Demogues och Mazeauds uttalanden. Frånvaro av något (belysning eller vad det vara månde), den rena negationen sålunda, borde väl icke kunna komma den stillastående bilens »intervention» att ändras från »passiv» till »aktiv». Om frånvaron av belysning skulle influera på det rättsliga bedömandet, synes det endast kunna ske på det sätt, att därigenom personens »faute» vore indicerad och följaktligen ansvar efter art. 1382 eller 1383 komme i fråga. Det synes egendomligt, att Mazeaud, som på denna punkt är mycket bestämd — se också Henri Mazeaud, Not — icke tager ställning till denna dom den 28 april 1931, som icke ens i Henri Mazeauds not finnes berörd. Vad nu denna not angår ansluter den sig till en dom av Cass.-Civ. 20 mars 1933, vari det bl. a. heter, att ansvarspresumtionen enligt art. 1384 emot vårdaren av saken är underkastad det enda villkoret, att skadan hade »été causé par le fait de celle-ci (= de la chose)». På samma sätt hade kassationsdomstolen uttalat sig förut: Sirey 1932.1.141; se även Sirey 1928.1.177 och 1931.1.121. Det torde vara dessa fall, som Mazeaud II åsyftat, när det sägs, att judikaturen bekräftar vårdarens av den parkerade bilen frihet från ansvar efter art. 1384. Visserligen måste ju Henri Mazeaud medgiva, att även denna bil i kollisionsögonblicket genom sin kofångare och sin tyngd har »intervenerat» till skadan å den kolliderande bilen. Men för att kunna tala om »le *fait* de la chose» vore det icke tillräckligt med en »intervention» vilken som helst: »le véhicule doit être intervenu 'activement'». Se närmare Mazeaud, Not. — Demogue, som synes vara mycket noga med att art. 1384 icke tillämpas å skada genom

skadans förorsakande, när denna omedelbart beror på t. ex. en exploderande maskin, en vätska som flutit ut från en reservoir, en gas som strömmat ut från sin behållare. Har man i dylika fall däremot kommit till skada genom flykt undan förödelsen, så ha dessa ting blott haft en »passiv» roll för skadan, vadan ansvaret icke kommer i fråga. Likaså t. ex. om en person för att rädda sig undan en framfarande bil eller annat nödgas kasta sig i diket och därvid bryter en lem. Nu kan något ansvar endast ifrågakomma efter den vanliga skuld-regeln, med bevisbördan angående »skulden» å offrets sida. Detta måste vara innebörden i Demogues ord i hans Rapport, att saken hade en blott passiv roll »à celui qui a été victime de l'accident à l'éviter». Detta synes dock vara att ställa frågan i öster och svaret i väster. En sak för sig är, att det strikta ansvaret i dylika fall icke kunde utdömas, om offret självt genom sin omdömeslöshet eller oförsiktighet föranlett skadan. Men att, bortsett därifrån, göra denna gruppering för resp. strikt ansvar och vanligt skuldansvar torde icke kunna med förnuftiga skäl motiveras. Icke heller ligger det rent formellt någon konsekvens med hänsyn till den intagna utgångspunkten — ansvar »du fait de la chose» — i att så förfara. Då det vanliga skuldansvaret »du fait personnel» tillämpas även vid mera indirekt skada, kunde man ju tycka, att motsvarighet borde råda vid ansvaret »du fait des choses». Att denna likformighet icke upprätthålles, ehuru den, såsom nyss påvisats, skulle leda till mera acceptabla resultat, torde just bero på, att det orimliga i att låta »le fait de la chose» utgöra en särskild ansvarsgrund i motsättning till »le fait de l'homme» mera bjärt framträder vid dessa indirekta skador.

Emellertid skall nu, såsom vi sett, skadan väl kunna ha uppstått genom direkt kontakt med saken, men dennas »intervention» likväl vara att anse såsom blott passiv och följaktligen icke leda till ansvar för »le

---

ting, som blott spelat »un rôle passif», ställer sig skeptisk i fråga om domen av Cass.-Req. 28 april 1931. Se hans artikelserie till den franska judikaturen »Obligations et contrats spéciaux» i Revue trimestrielle de droit civil 1931, s. 880. I en tidigare period av samma serie och årgång erinrar Demogue, s. 397 f., om en dom av la Cour de Paris 21 nov. 1930, i vilken det rörde sig »du cas classique de collision entre véhicules», i detta fall dock med en särskild omständighet: en bil kom körande på normalt sätt, då en mötande motorcyklist vände framför den men icke hann förbi, vadan det blev kollision. Domstolen, som hade att räkna med »le *fait* de la chose» i art. 1384, uttalade sig sålunda: »La collision a été causée par le fait de la motocyclette et non par le fait de l'automobile; dès lors, aucune présomption de faute ne pèse sur le gardien de cette automobile, c'est au contraire sur le gardien de la motocyclette, en l'espèce la victime de l'accident, que pèse tout entière la présomption de responsabilité édictée par l'article 1384.» Här har tydligen »la chose» å ömse sidor spelat en aktiv roll, alltså begått »un fait». Men blott den ena sakens, motorcykelns, »fait» hade utgjort orsak till olyckshändelsen! Detta är en ny fiktion, av annat slag visserligen än fiktionen om »le fait de la chose».

gardien» efter art. 1384. Jag har redan nämnt den skada, som uppstår å kolliderande bil genom motståndet från en parkerad sådan, ehuru det dock med hänsyn till kassationsdomstolens dom 28 april 1931 (berörd i sista noten) synes vara så, att även »le gardien» av en parkerad bil kan bli ansvarig »du fait de la chose». Emellertid blev enligt uppgift av Demogue en talan om sådant ansvar ogillad av appellationsdomstolen i Paris den 18 mars 1936, vilken talan grundade sig därpå, att en kund vid besök i ett varuhus snubblat mot foten till en klädhängare och fallit och slagit sig illa.[4] Fallet anföres av Demogue såsom uttryck för att det strikta ansvaret icke kommer i fråga, när saken blott spelat en passiv roll. Dock, tillägger han, »sur la non responsabilité en cas de rôle passif de la chose, il y a encore des hésitations et des discussions».[5] Härtill kommer ytterligare, säger Demogue, att själva begreppet »fait passif» stundom är tvivelaktigt. Kanske mera träffande hade han kunnat säga, att hela distinktionen alltid innefattar steril skolastik. Som exempel anför han nu emellertid följande kinkiga fall: En person vill taga sig fram på en skenbart säker planka (lame de plancher); denna brister (s'affaise) och personen kommer till skada. Har saken haft en aktiv eller blott en passiv roll? Därom kunna de lärde tvista. Man kan ju resonera så, att plankan endast har legat där och blott genom offret självt satts i rörelse — alltså passiv roll och följaktligen intet strikt ansvar. Men nu vill man väl i ett sådant fall just ha grund för strikt ansvar, och detta synes då vara anledningen till, att man, såsom Demogue gör, säger, att saken icke blott och bart haft en passiv roll, alldenstund den ju skulle bära den person, som ville passera.[6] Är det icke riktigt, som jag säger, att man här bedriver ren skolastik, som leder in resonemangen på vägar, fjärran från de realiteter, som det rimligtvis gällde att beakta?

Men när man väl en gång har råkat in på denna olyckliga väg att inpressa det strikta ansvaret i hithörande fall under den ur sådan synpunkt meningslösa formuleringen i art. 1384 om ansvar »du fait des choses», så måste någon distinktion mellan olika ting försökas. Eljest skulle ju t. ex. icke sådana uppenbara vanvettigheter kunna undgås, som att frågan om strikt ansvar eller skuld-ansvar i särskilda fall gjordes beroende av om personen haft eller icke haft handske på handen och sko på foten. Utan något särskilt kriterium för ansvaret, skulle i förra men

[4] Jag känner icke fallet närmare. Jag har icke funnit det i Sireys prejudikatsamling. Demogue har hämtat det från Dalloz, Receuil hebdomadaire 1936, p. 309.

[5] Kanske har han därvid bl. a. domen av Cass.-Req. 28 april 1931 (ovan nästsista noten) i tankarna, ehuru han dock icke nämnt detta fall i sin Rapport.

[6] Demogue, Rapport.

icke i senare fallet föreligga »la responsabilité du fait des choses».[7] När nu förutsättningen »chose dangereuse» har uppgivits och likaså kravet på att saken måste ha verkat »autonomt», d. v. s. icke finge ha varit »actionée par la main de l'homme», då återstod alltid att begränsa ansvarsområdet genom att fordra att tinget likväl spelat en »aktiv» roll, varigenom man också lättare kunde uppehålla en skenbar möjlighet att tala om »le *fait* de la chose». Men alldeles bortsett från det stundom högst dubiösa i denna skillnad mellan sakens aktiva och passiva roll synes densamma icke ens skenbart uppehållen i judikaturen. Icke sällan har art. 1384 tillämpats på skador genom »choses inertes», ting som varit i fullkomligt orörligt tillstånd vid tillfället, och saknat all förmåga att då komma i rörelse eller giva någon yttring ifrån sig annorlunda än genom människohand. I dylika fall måste det — hur det än vrides och vändes — vara uteslutet att tala om tingets aktiva roll. Ett exempel icke desto mindre på ansvarighet efter artikeln i dessa fall ha vi redan sett, ovan s. 183 n. 3. Såsom ytterligare exempel på att ansvar efter första stycket av art. 1384 kunde komma i fråga vid »choses inertes» kunna, enligt domar i skilda instanser, anföras: skada genom ett rakblad, som blivit liggande under en tvål i ett toalettrum (tribunaldomstolen i Seine 19 dec. 1929; Gazette du Palais 1930.1.431); en trädkrona sträcker sig ut över vägen, varigenom huven på en bil rives upp (Appell. Caen 8 nov. 1928; Gaz. Pal. 1929.1.9); genom en för varuskyltning använd stång med en bruten ända har passerande person skadats i ögat (Cass.-Req. 22 jan. 1928; Dalloz, Receuil périodique 1928.1.217); ett rör exploderar på grund av köld eller rost, vilket orsakar föroreningar hos grannen (Appell. Paris 16 jan. 1930; Rev. Gaz. Trib. 1930, 1er sem., 2.272); sedan ett träd fallit över vägbanan, kolliderar en bilist mot detsamma och kommer till skada (Appell. Bordeaux 17 dec. 1931).[8] Detta sista fall är något berört i en serieartikel av Demogue i Revue trimestrielle de

---

[7] Jfr ovan s. 106.

[8] Ingen av dessa domar har jag haft tillgång till i utförligare referat. De finnas antecknade hos Fuzier-Herman, a. st. n. 79. Här upptages såsom exempel på ansvar »du fait des choses inertes» också en dom av Cour de Paris 25 april 1931, avseende att en marmorplatta i en trappuppgång fallit ned och skadat en hyresgäst. Men i detta fall kan man väl icke säga, att skadan skedde genom »une chose inerte» — om man nu utgår ifrån att en sådan distinktion överhuvud vore förnuftig i annan mening än såsom avseende döda ting i motsats till levande. Marmorplattan har ju dock genom samverkande faktorer satts i rörelse. Och här vore väl just ett tillfälle att tala om sakens »aktiva» roll — därest man nu överhuvud beträffande döda ting söker skilja mellan sådana med aktiv och blott passiv »intervention». Den sakens »dolda energi», varom här stundom talas, finns väl på sitt sätt hos marmorplattan likaväl som hos en exploderande maskin: personen skadades ju också genom den lossnande och fallande plattan.

droit civil 1932 s. 422 f. Visserligen förlorade bilisten sin skadeståndstalan i detta fall, men det berodde uppenbarligen på »la faute de victime». Demogue sympatiserar icke med domstolens ståndpunkt:

»Si une chose a un rôle passif, on ne peut parler de son fait, le propriétaire n'est pas responsable en vertu de l'article 1384. Sans doute il y a eu un fait antérieur de l'arbre: sa chute, mais l'accident n'en est pas la cause directe. De même, si une palissade est placée sur la voie publique autour de travaux, il n'y a pas responsabilité du fait des choses si un automobiliste se jette sur elle.»[9]

Om nu också denna distinktion såsom sådan mellan sakens »aktiva» och »passiva intervention» skulle kunna genomföras, så bleve den ju uppenbarligen likväl här oanvändbar. Ty det finns väl ingen möjlighet att komma ifrån, att saken i samtliga dessa fall spelat en utpräglat passiv roll. Icke desto mindre skulle ansvar »du fait des choses» här kunna inträda! — Demogue säger, visserligen icke i samband med sakens aktiva roll såsom förutsättning för ansvaret »du fait de la chose», att detta synes vinna insteg bl. a. vid »les accidents causés par le maniement d'un simple outil». Han åberopar sig därvid på en dom av appellationsdomstolen i Poitiers 3 juli 1935.[1] Det är beklagligt, att vi skola sakna tillgång till närmare kunskap om denna dom, som kan tänkas ha stort intresse.[2] Det är svårt att bringa Demogues uttalande i samklang med kravet på sakens »aktiva intervention» såsom orsak till skadan. Avser domen ett fall, vari skadan har skett under verktygets hantering av »le gardien», och skulle därigenom sakens aktiva roll anses ha kommit till stånd, då hade man ju fullständigt uppgivit allt sken av att skadan föranletts »par le fait de la chose». Och den egendomliga situation skulle föreligga, att — under det att man så sent som under 20-talet trott det ifrågavarande ansvaret jämlikt lagorden förutsätta, att saken *icke* varit »actionnée par la main de l'homme» — så skulle man nu beträffande vissa »choses» för tillämpningen av art. 1384 rent av kräva, just att saken så »aktionerats», d. v. s. man skulle för ansvar »du fait de la chose» fordra, att skadan tillkommit genom »un fait de l'homme».

Det går icke — redan på grund av de oantagliga konsekvenserna — att verkligen genomföra *någon* av de begreppsliga förutsättningar för

[9] Till stöd för det sista påståendet hänvisar Demogue till en dom av la Cour de Paris 17 juni 1931, berörd å s. 164 f. i samma årgång av tidskriften. Se även Demogue, Responsabilité, s. 354 f.

[1] Ref. hos Dalloz, Recueil hebdomadaire 1935, s. 502.

[2] Fallet har kanske dock icke någon större principiell räckvidd. Det är nämligen anmärkningsvärt, att Demogue icke — såvitt jag kunnat finna — behandlat detsamma i sina periodiska översikter i artikelserien »Obligations et contrats spéciaux» under rubriken »Jurisprudence en matière de droit civil» i Revue trimestrielle de droit civil.

ansvaret, som här uppställts. Det må vara fråga om sakens farlighet i sig, om dess egen »dynamisme», om dess aktionering utan människohand eller om dess aktiva roll — vid ingen av dem har judikaturen kunnat hålla fast såsom en verklig princip. Detta visar ju på sitt sätt, att det ligger något fel i själva den metod, efter vilken man gripit sig an med hela detta problem om det strikta ansvaret, en metod som icke hesiterat för att i denna olyckliga lagformulering om ansvar för skada »par le fait des choses» söka stöd för en vidsträckt grundsats om strikt ansvarighet. Det är också tydligt, att man icke skulle så förfarit och att följaktligen denna begreppsskolastik icke skulle ha kommit till stånd, om man icke varit fången i rättviseföreställningarna och den därpå byggda riskteorien med dess kortsynta inställning till de isolerade fallen. Begreppet skada »par le fait des choses» skulle icke kunna ha fått någon som helst betydelse, om man i stället för att bygga på denna olyckliga rättvisemetod klart och tydligt hade ställt framför sig nyttan eller skadan ur samhällets synpunkt[3] av en regel om strikt ansvar, resp. skuld-ansvar i de olika situationerna och tagit i betraktande konsekvenserna ur allmän trygghetssynpunkt, både med hänsyn till de allmänna handlingssätten och med hänsyn till annat, av att i ett till bedömande föreliggande fall låta svaranden bli ansvarig eller frikänna honom från ansvar. I stället för exempelvis denna sterila fråga, huruvida den brustna plankan spelat en aktiv eller passiv roll, hade man bort fästa sig vid omständigheterna, under vilka den låg där, för att därefter fråga sig, om det icke tilläventyrs ur den allmänna omsättningens synpunkt vore önskvärt, att den passerande i dylika situationer skulle kunna lita på plankans hållbarhet och sålunda slippa ifrån att själv göra undersökning i sådant avseende. Ett jakande svar skulle då innebära, att annan — den som ombesörjt plankans utläggning eller senare inträtt i sådan persons ställe — rimligtvis hade att här utöva eller låta utöva den nödiga kontrollen. Hans strikta ansvarighet för tredjemans skada är ägnad att utgöra en drivfjäder på honom till sådan kontrollutövning. Dylik ansvarighet vore ägnad att öka de passerandes trygghet också på det sätt, att de ju då alltid visste, att de, även om plankan olyckligtvis bruste, hade regressrätt för sin skada mot den ansvarige. Jag säger ingalunda, att det städse förhåller sig så, att den strikta ansvarigheten för en plankas bristande har denna betydelse ur allmän trygghetssynpunkt. Men situationen kan här tänkas vara av sådan art, att en regel om strikt ansvar verkligen hade den ifrågavarande effekten. För sådana situationer synes det finnas anledning att hävda ansvarsregeln, eljest icke.

[3] Varom nedan s. 549 ff.

Le gardien de la chose.

Enligt art. 1384 vilar ansvaret »du fait des choses» på den person, som har saken »sous sa garde». Stadgandet »rattache» därmed, såsom 1930 års plenardom (dock föregången av domen av Cass.-Civ. 16 nov. 1920, Sirey 1922.1.97) uttrycker det, ansvarigheten »à la garde de la chose, non à la chose elle-même», vilket i förevarande avseende betyder, att det är »le gardien», icke »le propriétaire», som är rätte svaranden i dessa tvister. Emellertid äro sakvårdaren i lagens mening och ägaren naturligtvis i allmänhet en och samma person. Därför betraktas ägaren in dubio också såsom vårdaren. Och det är, i fall av behov, ägarens sak att utreda de fakta, som göra, att saken icke varit i hans utan i annans vård.[4] Vad det nu är för fakta, som därvid skola ha betydelse, kan stundom vara tvivelaktigt. Domstolarna giva i det hela ingen annan ledning, än att det måste vara fråga om en »garde juridique».[5] Vid kritiska tillfällen giver detta emellertid ingen ledning alls utan kan i sådant avseende innefatta en petitio principii. Det visar sig nämligen, att man ofta för fastställande av vårdens juridiska karaktär såsom förutsättning för ansvaret faktiskt icke har något annat att gå efter än just de synpunkter, som man finner böra vara bestämmande för frågan, om personen — därest förutsättningarna i övrigt för tillämpning av art. 1384 mom. 1 äro förhanden — bör vara ansvarig efter stadgandet eller icke. Så låter exempelvis Josserand »la garde juridique» framgå av följande synpunkter:

»Ce qui est décisif, c'est *le pouvoir de direction et de contrôle*; le principe est le même que pour les responsabilités du fait d'autrui et du fait des animaux: là où résident le pouvoir, la direction, là s'affirme la responsabilité; nous devons conserver le contrôle des choses dont nous sommes les maîtres, sinon nous devenons responsables de leurs débordements, des ravages qu'elles causent sur la route où nous les avons laissé s'engager: qui crée le risque et le dirige doit le supporter.»[6]

För att »la garde juridique» skall kunna antagas måste man enligt detta uttalande redan veta, att personen är ansvarig såsom »gardien» och gör sålunda intet bruk av begreppet »garde juridique». Härom är intet att säga, ty begreppet blir här stundom blott ett tomt ord. Vad Josserands synpunkter angår, är det naturligtvis riktigt att betona »le

[4] Cass.-Civ. 12 dec. 1933: »... le propriétaire d'une automobile est réputé en avoir juridiquement la garde, sauf preuve contraire ...»; Sirey 1934.1.72.

[5] Se dock den intressanta Besançon-domen 25 febr. 1937, nedan s. 193.

[6] Josserand II, n. 544.

pouvoir de direction et de contrôle». Men såsom jag förut anmärkt[7], underlåter Josserand att angiva något acceptabelt sammanhang mellan denna »pouvoir» och ansvaret. Vad han säger är blott ett uttryck för rättsideologien och den därpå byggda riskteorien, i vilket senare avseende må nämnas, att han strax förut i sammanhanget erinrat om profitidéns betydelse: *ubi emolumentum ibi et onus esse debet.*[8]

---

[7] Ovan s. 153 och 162 f.

[8] Josserand II, n. 544; se även ovan s. 151 f. samt Josserand, Droits, s. 21. Liknande Demogue V, n. 1128. — Mazeaud åter tar avstånd från riskteoretikernas betonande av profitsynpunkten. Alla synas emellertid vara ense om, att detentio icke vore liktydig med »la garde». Denna kunde föreligga utan detentio, liksom man kunde vara detentor utan att vara »gardien». En vanlig uppfattning synes vara, att man för bestämmande av »garde»-begreppet måste taga ledning av art. 1385 angående skada genom djur, enligt vilket stadgande antingen djurets ägare eller den som använder djuret (»s'en sert») är ansvarig under den tid djuret »est à son usage». Se bl. a. Besson, s. 29 ff. Särskild betydelse tillmätes därvid kassationsdomstolens tolkning av detta stadgande: den är ansvarig »comme se servant de l'animal» enligt art. 1385, vilken, »par lui-même où par ses préposés, en fait l'usage que comporte l'exercise de sa profession» (Cass.-Civ., 2 maj 1911; Sirey 1913.1.11). Mazeaud II, n. 1160, jfd med n. 1107, gör stor affär av denna formulering som utlägges så, att »garde»-begreppet icke finge förblandas med »la détention matérielle» och innefattade »un droit de direction» över saken. Denna rätt kunde »le gardien» utöva själv eller genom sin »préposé». Ja han behövde icke utöva den alls: »Il suffit qu'il ait un pouvoir juridique sur la chose, sans qu'on ait à rechercher s'il en use, ni comment il en use.» Att åtminstone en »simple préposé» aldrig utövade egen utan blott principalens »garde» och sålunda aldrig svarar »du fait de la chose» tycks vara allmänt antaget. (Se utom Mazeaud bl. a. Josserand II, n. 544; Demogue V, n. 1128; överensstämmande dennes Rapport. Jfr dock nedan s. 197 f.) Men varför? Den frågan besvaras med intetsägande ord. Man anför i själva verket icke något, som har annan argumentationskraft än det blotta påståendet, att principalen har »la garde juridique». Såsom specialist på hithörande frågor måste Besson betraktas. Han har noga taget intet annat att komma med än rena frasmakeriet: »le commettant a toujours la garde juridique»; han utövar densamma genom förmedling av »le préposé qui n'est que son prolongement, un simple agent d'exécution; c'est lui (= le commettant) qui a sur la chose le droit de commandement et le devoir de surveillance», Besson, s. 36. De sista orden (»droit» och »devoir») förmenas innefatta kriteriet på skillnaden mellan »la garde matérielle» och »la garde juridique». *All* »garde» karakteriserades av »ces deux idées, maîtrise et surveillance», även den blott materiella »garde», s. 31—33. Vad som gjorde »la garde» till en »juridisk» sådan vore »le pouvoir juridique» hos »le gardien», yttrande sig däri, att han hade »le devoir de surveillance», Besson, s. 34 f. Härmed kan endast åsyftas det rena ingenting i form av en på visst sätt i fantasien utformad rättsideologisk effekt. Ty eljest måste det ju vara uppenbart för var och en, att t. ex. den anställde privatchauffören på grund av sin ställning är, såsom det plägar uttryckas, »förpliktad» att framför varje annan »surveiller l'automobile». Såsom vad man kallar »ansvarig» både för bilens skötsel och dess framfart utövar han naturligtvis också, i vida högre grad än sin principal, en s. k. »droit de commandement» över bilen. (Emellertid tycks det, enligt Besson, egentligen endast vara »le devoir de surveillance» som behövdes för att göra »la garde» till en juridisk sådan.) När man nu bestrider denna specifikt juridiska kvalitet i den »garde», som utövas av en »préposé», så sker det därför, att det just gäller att i sådana fall få ägaren ansvarig »du fait des choses» och att följaktligen bestämma »garde»-begreppet »juridiskt» så, att »le commettant» och icke

Om saken innehas av en usufruktuar eller usuar (C. civ. art. 578 ff. och 625 ff.), legotagare eller låntagare, anses dylik innehavare i allmänhet ha »garde juridique».[9] Tager man i sin egen bil lektioner för att lära sig köra, då är det läraren och icke ägaren som anses ha »garde juridique».[1] Uppenbarligen är situationen densamma i en mängd andra fall, då personen har befattning med saken utan att vara ägare. I det ovan s. 183 n. 3 berörda fallet, då art. 1384 befanns tillämplig gent emot vårdaren av en parkerad bil, betraktades icke ägaren utan den bilfirma, som sålt bilen till honom, såsom den ansvarige »gardien». Men det betonas i domen, att köparen helt nyligen förvärvat bilen, och situationen var den, att firman låtit ställa bilen i kanten av gatan för att utföra justeringsarbeten samt att påkörningen ägde rum under dessa arbeten. Domen förefaller i detta avseende väl motiverad: var art. 1384 överhuvud tillämplig, så vore det skäligen meningslöst att låta köparen och icke säljare-firman bli ansvarig. Det är ju dennas handlingssätt, icke köparens, som utgjort en orsak till den ifrågavarande kollisionen — men detta påståendes riktighet är naturligtvis helt oberoende därav, huruvida den ene eller andra betraktas såsom »le gardien», och det vare sig i juridisk eller någon annan mening.

Emellertid kan det också inträffa, att man nödgas utmanövrera sådana personer från »la garde juridique», vilka man eljest skulle ha förmodat inneha sådan. Besson säger, att en hyresgäst i princip blott har »une garde matérielle». Fastän denne vore »en fait seul à même de surveiller» är det likväl ägaren som behåller »la garde juridique de l'immeuble». De rättsfall, som härför åberopas, synas — såvitt man kan förstå av de knapphändiga referaten[2] — egentligen icke visa något annat, än att frågan om »la garde» vore »juridique» eller icke bestämdes av svaret på frågan, å vem ansvaret »du fait des choses» lämpligen läggas, i detta fall å hyresgästen eller husägaren[3]. Att för en persons ansvarighet

»le préposé» betraktas såsom »le gardien». — Varför vill man då ha »garde»-begreppet på detta sätt bestämt? Här ligger naturligtvis ytterst i bakgrunden hela detta tryck från det sociala livet, som överhuvud framtvingat våldförandet på art. 1384 C. civ., så att en strikt ansvarsregel av viss generell natur skulle kunna åstadkommas. Men härom sägs i detta sammanhang intet utan man låtsas, som om den gjorda bestämningen av »la garde juridique» blott vore en naturlig konsekvens av en fördomsfri undersökning ur strängt »juridisk» synpunkt. I själva verket torde det dock förhålla sig så, att undersökningens resultat bestämts före undersökningen och metoden för denna bestämts av det på förhand givna resultatet.

[9] Jfr Josserand II, n. 544; Demogue V, n. 1128. — Depositaren nämnes icke av någondera, sannolikt beroende på profit-synpunkten.

[1] Så Josserand, åberopande prejudikat.

[2] Besson, s. 36. I utförligare referat känner jag icke dessa fall.

[3] I åtminstone ett av fallen var det fråga om husägarens ansvarighet gentemot hy-

»du fait des choses» förutsätta hans innehav av »la garde *juridique*» är rena spegelfäkteriet. I alla kritiska situationer måste man först ha bestämt sig för hans ansvarighet, innan man kan våga påståendet, att han innehaft »la garde juridique». T. o. m. när den juridiska »garde»-frågan synes på förhand fullt klar, är det icke givet, att det var en ur ansvarssynpunkt fullt duglig »garde». Besson giver här ett exempel. Det händer ofta, såsom Besson säger, att en garagist hyr ut en bil utan att ställa chaufför till förfogande. Nu måste ju legotagaren ha »la garde juridique» över bilen. Men garagisten blir ansvarig efter art. 1384 för olyckshändelser, föranledda av bristfällighet i maskineriet. Men hur skall detta kunna förklaras? Legotagaren hade ju vunnit »la garde juridique» över bilen. Jo, garagisten »conserve un pouvoir juridique, un droit de direction sur les organes dont le locataire ignore les défauts et auxquels il ne peut toucher».[4] Jag har intet att invända emot möjligheten av garagistens ansvarighet. Men denna kunde ju efter en förnuftig ordning tänkas inträda utan fiktionen om en hans »garde», som uppenbarligen icke existerar.

Särskilt bakvänt och sterilt synes det vara att för tillämpningen av ansvaret diskutera »gardien»-frågan i sådana fall, då en person utan något rättsligt fog innehar saken, vare sig han har vetskap om sin obehörighet eller icke. Förblir ägaren nu alltjämt »gardien» eller icke? Däröver skulle en rättslärd säkerligen stundom kunna vitt och brett utbreda sig, än i jakande än i nekande riktning. Men att sedan låta detta resultat bli bestämmande för ansvarsfrågan kan dock icke ha något med vetenskaplig metod att skaffa. Här föreligger ett rättsfall, som med allt fog synes ha tilldragit sig en ovanlig uppmärksamhet. En minderårig (d. v. s. ännu icke 21-årig) son, som med sin fader dr Francks tillstånd körde dennes bil, hade parkerat bilen på gatan utanför en restaurant, som han besökte. Bilen stals och tjuven hade i sin våldsamma framfart kört över en person, vars arvingar förde talan mot dr Franck om skadestånd.[5] Appellationsdomstolen i Nancy ogillade i dom 10 juli 1931 denna talan. Domen kasserades (av Cass.-Civ. 3 mars 1936), enär den strede emot art. 1384 om ansvar för »le gardien de la chose». Trots stölden ansågs nämligen dr Franck alltjämt icke »légalement» ha upphört att inneha »la garde» över bilen, och stölden såsom sådan kunde icke betraktas såsom ansvarsfriande »cas fortuit ou de force

resgästen. Bestämmer sig domstolen för sådan ansvarighet, då betyder detta, att husägaren och icke hyresgästen hade »la garde juridique».

[4] Besson, s. 37.

[5] En fader betraktas såsom »gardien», när hans omyndige son med faderns tillstånd kör dennes bil.

majeure».[6] Denna dom väckte både förvåning och motstånd.[7] Emellertid »renvoyerades» saken efter kassationen till appellationsdomstolen i Besançon, som ingalunda böjde sig för kassationsdomstolens synpunkter utan den 25 februari 1937 konfirmerade Nancy-domstolens ansvarsfriande dom. Det heter i motiveringen bl. a. följande:

»La garde d'une chose» består i att bevara och övervaka saken. Man upphör därför att ha egenskapen av »gardien d'une chose», när övervakandet av saken har blivit en absolut omöjlighet. Adjektivet »juridique», som man tillfogade ordet »garde» kunde icke ändra dennas innebörd: »la garde est par essence un fait matériel et ne peut être par cette adjonction[8] transformée en une entité juridique sans violer sa définition même».

Detta låter ju synnerligen förnuftigt. Men det torde få betraktas såsom ganska signifikativt för hela läget, att dessa Besançon-domstolens enkla påpekanden gjorts erforderliga genom en dom i högsta instans, som låtit den bestulne ägaren svara såsom »gardien» för skada genom tjuvarnas hantering av bilen miltals borta ur både bilägarens och hans sons åsyn.[9]

Härefter skall jag beröra ytterligare några fall, som belysa de franska domstolarnas sätt att resonera i ämnet. En skjutbana, tydligen en sådan som plägar finnas på marknader och dyl., ägdes och drevs av Gary. En kund lossade ett skott och kulan, som måste ha rikoschetterat[1], träffade ynglingen Pierre i armen. Denne stod och hängde vid skjutbanedisken. Kunden dömdes av tribunal correctionnel för vårdslöshet till böter. Domen vann laga kraft. För Pierre fördes talan mot Gary vid tribunal civil, som dömde honom såsom skjutbanans ägare och »exploi-

[6] Sirey 1937.1.109. Formuleringen var följande: »... le vol d'une automobile abandonnée sur la voie publique ne saurait, à défaut d'autres circonstances, constituer un cas fortuit où de force majeure exonérant des conséquences de l'accident causé par ce véhicule celui qui légalement n'a pas cessé d'en avoir la garde».

[7] Durand, Not.

[8] Syftar på tillfogandet av »juridique»; jfr den berörda kassationsdomen, enligt vilken dr Franck trots stölden »légalement» förblev innehavare av »la garde».

[9] Kassationsdomstolen har dock i sin ifrågavarande ståndpunkt haft föregångare både i tribunal- och appellationsinstanser, såsom framgår av motiveringen till en dom 29 juni 1938 av Tribunal de Saint-Palais, Sirey 1938.2.172. Icke heller i denna dom har man varit imponerad av kassationsdomstolens avgörande den 3 mars 1936. Fallen voro likartade, ehuru bilen i det sista fallet icke stulits utan blott »lånats» för en nöjestur av ett par personer, som sett bilföraren (bilägarens son) gå in på restauranten. I domen citeras Besançon-domens ord om garde-begreppet och sägs att garde-plikten vilar icke på ägaren utan på besittaren, denne må vara i god eller ond tro. Dessförinnan hade i domen den principen uttalats, att man icke kunde betrakta den person såsom havande »la garde» över en sak, vilken saken »a été soustraite par violence ou fraud».

[1] Detta framgår icke klart av referatet hos Sirey, men jag har sett det uppgivet hos Demogue, som hänvisar till mig icke tillgängliga Gazette du Palais 1934.2.376.

tant» till visst skadestånd. Denna dom upphävdes av appellationsinstansen av två skäl, av vilka i detta sammanhang blott det ena har intresse: skjutbanans innehavare hade genom att överlämna vapnet till kunden »cessé d'en être le gardien». Men kassationsdomstolen var av annan mening och yttrade bl. a.:

»Gary, exploitant du tir, bien qu'ayant remis le pistolet chargé aux mains de son client, n'avait pas cessé d'en avoir la garde, les excercises de sa clientèle ne s'exécutant, dans son établissement, que sous son contrôle et sa surveillance.»[2]

Naturligtvis måste man med vanligt språkbruk säga, att kunden har pistolen i sin »garde» under hanteringen av densamma. När nu kassationsdomstolen kommer till resultatet, att Gary har vapnet i sin »garde», så kan man vara förvissad om, att domstolens uppfattning är påverkad därav, att Garys ansvarighet efter art. 1384 — som domstolen uppenbarligen finner det angeläget att i ett sådant fall kunna tillämpa — förutsätter, att han varit »le gardien». Att kundernas skjutövningar skedde under Garys »contrôle et surveillance» kan på intet sätt utesluta, att kunden likväl hade pistolen i sin »garde». Att Gary betraktas såsom »gardien» kan aldrig vara ett sakligt skäl för hans ansvarighet. Att han hade »le contrôle et la surveillance» låter en saklig grund för hans ansvarighet indirekt framskymta, såtillvida som det tyder på att Gary möjligen haft i sin makt att förebygga olyckan, varifrån nästa steg då är, att uppehållandet av en regel, efter vilken han blir ansvarig, är ägnat att stimulera personer i Garys situation till dylika förebyggande handlingssätt. Emellertid synes det nu — också med utgångspunkt i domstolens

[2] Cass.-Civ. den 19 juni 1934; Sirey 1935.1.28. — Det andra skälet i appellationsdomen för Garys friande utgjordes därav, att det i laga kraftvunnen dom fastställts, att olyckan berott »à l'imprudence et à la maladresse du tireur (d. v. s. kunden)». Har man sinne för vad av sociala realiteter, som kan ligga i bakgrunden för detta ansvar »du fait des choses», då kan sådant ansvar för Gary på intet sätt motverkas av kundens ansvar efter den s. k. skuld-regeln. Just därför att en kunds oförsiktighet lätteligen kunde bliva ödesdiger för andra, är det angeläget, att Gary, »l'exploitant du tir» iaktttager dubbel försiktighet, vartill han naturligtvis i sin mån eggas genom uppehållandet av en regel om strikt ansvarighet. Även den ersättande funktionen hos en sådan regel måste vara oberörd därav om tilläventyrs annan (här kunden) blir ansvarig efter skuldregeln. Appellationsdomstolens ifrågavarande synpunkt ogillades också av kassationsdomstolen men det skedde i tät anslutning till judikaturens tolkning av art. 1384: »le gardien» kunde befrias från den i artikeln etablerade ansvarspresumtionen endast under förutsättning att han visade, att olyckan »provient d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable». Tredjemans (här kundens) kulposa vållande till offrets skada kan naturligtvis — såsom vi sett ovan s. 101 f. — utgöra en sådan, befriande »cause étrangère». Men i detta fall ansågs den icke vara det, ty, säger domstolen, tredjemans handling får karaktär av sådan »cause étrangère» till skadan, endast om varken densamma kunnat förutses eller dess konsekvenser kunnat förhindras. Detta åter hade Gary, såvitt domen i appellationsinstansen gav vid handen, icke visat.

bundenhet vid »gardien»-begreppet — egendomligt, att man krystat till det med påståendet om *pistolen* i Garys vård. Varför icke då hellre säga något — som är mindre tvivelaktigt och mera i linje med den indirekt sakliga synpunkten om »contrôle et surveillance» — nämligen att *skjutbanan* var i Garys vård? Det synes icke ha varit något fel på pistolen men väl på »la construction du tir», eftersom olyckshändelsen inträffade genom kulans rikoschettering, varvid den tog riktning mot och sårade ynglingen. Nu gjorda reflexion föranledes icke minst av kunskapen om den ovan, s. 179 n. 2, berörda domen angående ansvar för skada genom tennisbollen. Där dömdes personen ansvarig icke för bollen eller racketen utan såsom innehavare (i egenskap av »locataire») av den illa konstruerade tennisbanan. Analogien mellan de båda fallen i förevarande avseende synes mig påtaglig.

Då det förefaller ofrånkomligt, att i det nu behandlade fallet kunden, under det han hanterade pistolen och lossade skottet, efter vanligt språkbruk hade pistolen i sin »garde», och kassationsdomstolen fann, att Gary var »gardien», så kunde detta möjligen innefatta, att både Gary och kunden, var och en på sitt sätt, samtidigt hade pistolen i sin vård. Detta skulle då betyda, att både Gary och kunden vore strikt ansvariga för skadan genom den ifrågavarande olyckshändelsen. Så tolkas dock säkerligen icke art. 1384. Detta kan man sluta till av flera rättsfall, bland vilka följande även i annat avseende har intresse.

För en kraftfoderfabriks räkning förfärdigades av en entreprenör ett jäsningskar av armerad cement. Innan arbetet mottagits av fabriken såsom färdigt, hade denna till entreprenören överlämnat vissa skadliga vätskor (des vinasses), avsedda att av entreprenören användas för prövning av karets hållfasthet. Under dessa prov gick karet sönder, »donnant libre cours au liquide nocif qui a pollué les eaux de la Scape et de la Deule et empoisonné le poisson». Appellationsdomstolen ogillade emellertid en mot *fabriken* av ett fiskerisyndikat förd talan, enär *entreprenören* haft »la garde» i fråga om vätskorna. Detta godkändes av kassationsdomstolen av den anledning »qu'au cours d'une expérience qu'il commandait, d'une manière indépendante, l'entrepreneur avait acquis un droit de surveillance et de direction sur les vinasses causes du dommage».[3] Innebörden av dessa domar är i förevarande sammanhang sålunda, att entreprenörens »garde» utesluter fabriken-beställarens, ehuru denne var innehavare av vätskorna och utlämnat dem till den förre, och att sålunda det strikta ansvaret efter art. 1384 endast kunde ifråga-

[3] Cass.-Req. den 30 april 1934; Sirey 1934.1.383.

komma gentemot entreprenören men icke gentemot fabrikören. Hade man här icke känt sig bunden av »gardien»-begreppet, är det väl icke uteslutet, att man sagt sig, att det i dylika fall kanske vore lika om icke mera angeläget ur samhällelig synpunkt, att det strikta ansvaret vilade å beställaren, än å entreprenören. Och detta föranleder mig att göra ett särskilt observandum gentemot metoden att bygga på »gardien»-begreppet: det måste i vissa situationer förhålla sig så, att beställarens, legogivarens (deponentens) och långivarens strikta ansvarighet har större betydelse för den allmänna tryggheten och omsättningen än resp. entreprenörens, legotagarens (depositarens) och låntagarens; och detta hur mycket än de senare men icke de förra kunde anses ha »la garde juridique» över saken. Oavsett om dessa äro »gardiens» eller icke, kan det likväl vara angeläget att genom en regel om deras strikta ansvarighet stimulera dem till särskild försiktighet vid utlämnandet till annan av vissa ting, d. v. s. vid det handlingssätt varigenom de just *befria sig* från »la garde juridique» och låta denna uppstå för annan. Därav ser man tydligt, hurusom det kan vara direkt till hinder för sociala realiteters beaktande att här för ansvaret förutsätta, att personen var »gardien», när skadan inträffade.

Emellertid finns det ett annat rättsfall, där principalen befunnits vara ansvarig efter art. 1384 såsom »gardien», fastän saken (en maskin med cylindrar) obestridligen sköttes av en anställd person. Denne hade fått armen krossad genom cylindrarna, och då det hände i Dakar, där lagen om olycksfall i arbete icke var promulgerad, hade han grundat en skadeståndstalan mot principalen på art. 1384. Appellationsdomstolen (i franska Västafrika) ogillade denna talan, sägande att den i artikeln etablerade presumtionen endast existerade till förmån för tredjeman, som är »la victime passive de la chose d'autrui», men icke till förmån för den, som använder saken i kraft av en tjänstelega. Kassationsdomstolen tog avstånd från denna ståndpunkt, hävdande att lagen icke skiljer mellan, att offret är tredjeman och att det är en person lierad med »le gardien» genom kontrakt, om blott icke detta kontrakt reglerar ansvarsfrågan. Fastän, fortsatte domstolen, den skadebringande saken anförtrotts åt en »préposé» med hänsyn till dennes verksamhet, så har icke desto mindre principalen (»le patron ou le commettant») »conservé la garde et la responsabilité exclusive».[4]

Detta fall överensstämmer såtillvida med det föregående, att det synes giva uttryck åt principen, att »la garde» icke samtidigt kan utövas av

[4] Cass.-Civ. 27.2.1929; Sirey 1929.1.297.

personer med skilda relationer till saken, alltså icke t. ex. både av den arbetsgivande och den arbetstagande sidan. Men i förra fallet uteslöt *arbetstagarens* »garde» sådan hos beställaren; i sist berörda fallet uteslöt *arbetsgivarens* »garde», att arbetstagaren kunde betraktas såsom »gardien». Varför skall nu entreprenören i förra rättsfallet anses ha de av beställaren utlämnade vätskorna i sin »garde», men arbetaren i det senare fallet icke anses ha den av honom skötta cylindermaskinen i sin »garde»? Jag tror icke, att något acceptabelt svar kan givas på den frågan. Det är sant, att i princip anses arbetsbetinget giva arbetstagaren en självständigare ställning än tjänstelegan gör. Men begreppet »garde» är till sin naturliga innebörd sådant, att det ej borde kunna vara beroende av några dylika abstrakta principer utan i stället borde bestämmas av de faktiska förhållandena, och det naturligtvis även om det skall användas såsom särskilt rättsfaktum. Hur osjälvständig en arbetare i en tjänstelega än skall anses vara, så är det ju tydligt att, om han har till uppgift att sköta en viss maskin, så är den faktiska situationen sådan, att han har maskinen *i sin vård*, åtminstone under den tid han är utan uppsikt från överordnads sida. I det nyss refererade fallet från Dakar angives situationen så, att käranden hade fått vänstra armen krossad »par les cylindres d'un broyeur dont il assurait le fonctionnement». Att då bestrida, att han hade maskinen i sin »garde», synes mig svårligen kunna betraktas som annat än begreppsskolastik, vare sig nu drivfjädern i detta fall verkligen varit föreställningar om principskillnad mellan arbetsbeting och tjänstelega eller önskan att kunna tillämpa art. 1384, för vilket ändamål det ju var nödvändigt att principalen och icke arbetaren betraktades såsom »gardien». Ett särskilt intresse att gentemot den förre kunna använda art. 1384 förelåg just i detta fall av den anledning, att lagstiftningen om ansvar »des accidents du travail» icke gällde i Senegal, vadan arbetaren utan hjälp av nämnda artikel skulle ha stått där »rättslös».

Med hänsyn till det sist sagda kan det möjligen synas tvivelaktigt, huruvida judikaturen drager ut konsekvensen av domen i fråga och låter principalen svara såsom »gardien», även om *tredjeman* skulle ha kommit till skada genom hanteringen av en maskin eller annat redskap, som anförtrotts åt en »préposé». Har denne därvid handlat kulpost, så är det visserligen klart, att principalen blir ansvarig. Men detta är icke ett ansvar »du fait des choses» utan »du fait d'autrui». Konsekvensen i fråga av domen skulle innebära, att principalen svarade för skadan å tredjeman, även om »le préposé» icke hade brustit åt s. k. normal aktsamhet och sålunda varit fri från all »faute». Emot nu antydda tvivelsmål står dock vad som framgår av det ovan s. 190 n. 8 sagda, nämligen

att det synes allmänt antaget, att åtminstone en »simple préposé» aldrig utövade egen utan blott principalens »garde». Å andra sidan måste den nämnda konsekvensen av Dakar-domen ju faktiskt innebära en högst väsentlig inskränkning i regeln, att principalen vid »la résponsabilité du fait d'autrui» blott svarade i fall av den anställdes culpa, alltså en högst väsentlig utvidgning av principalens ansvar »du fait d'autrui», och man borde ha funnit en anmärkning härom i litteraturen vid behandlingen av detta ansvar. Sådan anmärkning har jag dock icke funnit, icke heller något fall, i vilket praxis tagit ställning till den nu berörda frågan.

Om det nu emellertid är motiverat att — såsom den franska judikaturen uppenbarligen gör — betrakta blott den ena *eller* den andra (beställaren eller arbetstagaren; skjutbaneägaren eller kunden; o. s. v.[5]) såsom »gardien», så framträder därmed en särskild grund till anmärkning emot att sammankoppla det ifrågavarande strikta ansvaret med »garde»-begreppet. Ty därmed avskär man möjligheten att diskutera, huruvida icke tilläventyrs i vissa slags situationer både den ene och den andre lämpligen bleve strikt ansvariga. Om nu t. ex. i fallet med jäsningskaret entreprenören måste bli skadeståndsskyldig oberoende av culpa, så behövde ju detta icke nödvändigt utesluta, att även fabrikören-beställaren, som utlämnat de fördärvbringande vätskorna, svarade på samma sätt. Det är ju möjligt att goda grunder kunna anföras till stöd för att den enes strikta ansvarighet uteslöte den andres. Men dessa grunder kunna icke à priori antagas stå i samband därmed, att blott en av dem kan anses ha saken i sin »garde».

---

[5] I fråga om »commettant» och »préposé» synes dock uppfattningen som vi sett vara den, att »préposé» i denna sin egenskap icke kunde utöva sin egen »garde» över principalens egendom utan blott dennes; åtminstone om han blott är en enkel arbetare.

Slutanmärkning till kritiken av la responsabilité du fait des choses.

Principerna för »la responsabilité du fait des choses», såvitt de fastställts genom 1930 års plenardom, synas alltjämt stå sig. Av kända skäl begränsas kunskapsmöjligheterna här till prejudikat, som icke äro från senare tid än sommaren eller hösten 1938. I en dom av Cass.-Civ. den 21 juni 1937 anses art. 1384 alltjämt »édicter la présomption de responsabilité» samt ha avseende å skada genom varje »chose inanimée», som svaranden hade »sous sa garde», utan begränsning sålunda till lös sak. Presumtionen kan endast omintetgöras genom bevisning om »cas fortuit», »force majeure» eller »toute autre cause étrangère qui ne lui (le gardien) soit pas imputable».[1] — En dom av Cass.-Civ. 29 april 1938 gör i sista avseendet uttryckligen det tillägget, att le gardien icke kommer ifrån ansvarighetspresumtionen genom att visa, att han icke har begått någon »faute».[2] Däremot påpekas icke — såsom i 1930 års dom — att man icke kan komma presumtionen att upphöra genom att visa, att orsaken till skadegörelsen förblivit obekant. Både detta och exkulperingens oanvändbarhet för svaranden äro emellertid endast förtydliganden av principen för presumtionens omintetgörande. Att dessa förtydliganden medtogos i 1930 års dom torde sammanhänga med dennas särskilda vägledande betydelse såsom given av Chambres réunies. Eljest synas de göras, blott om det föreliggande fallet giver särskild anledning därtill. Något slags avståndstagande från plenardomen föreligger förvisso icke och skulle väl för övrigt icke ha kommit i fråga annorlunda än på förenade kamrar.[3]

Att presumtionen emellertid kan omintetgöras genom bevisning om »cas fortuit» etc. och att sålunda detta ansvar »de plein droit» icke är absolut strikt är naturligtvis väl motiverat. Med den tveeggade karaktär ur effektens synpunkt, som efter vad jag påpekat[4], det strikta ansvaret

---

[1] Sirey 1938.1.16.

[2] Sirey 1938.1.262.

[3] Någon dom av Chambres réunies angående tolkningen av första stycket i art. 1384 torde icke ha förekommit efter 1930 intill senare delen av 1938.

[4] Ovan s. 169 f.

kan ha, måste det alltid göras mer eller mindre begränsat. Att den franska judikaturen gått för långt i denna begränsning genom de nu nämnda möjligheterna för svaranden att få »ansvarspresumtionen» undanröjd torde icke generellt kunna påstås. Snarare torde motsatsen kunna göras gällande, när man beaktar vilka mångskiftande områden, som skola domineras av detta ansvar »du fait des choses». I detta avseende torde följande allmänna anmärkning kunna framställas.

Om i sociala hänsyn grundade synpunkter genomgående skulle ha varit dominerande, så skulle det säkerligen ha visat sig, att dessa synpunkter såsom motivering för ett strikt ansvar icke alltid skulle ha fällt samma utslag, utan att de i sådant avseende skulle ha kunnat variera allt efter skilda situationskategorier. På åtminstone vissa områden, där den prevenerande synpunkten med styrka gör sig gällande, hade man nog kunnat diskutera, huruvida icke svaranden borde ha större möjligheter att freda sig från ansvaret.

Å andra sidan kunde det kanske ifrågasättas, huruvida icke beträffande vissa sådana situationer, i vilka skadeståndets ersättande funktion är den dominerande synpunkten, det samhälleliga intresset skulle bäst tillgodoses genom ett rigorösare strikt ansvar än den franska judikaturen har tillämpat, så att svaranden skulle få fria sig t. ex. blott genom att visa, att skadan uppkommit endast genom den skadelidandes egen vårdslöshet, i särskilt markanta situationer kanske t. o. m. att den uppstått endast genom dennes grova vårdslöshet.

Slutligen står man frågande efter en förnuftig förklaring till att den vanliga skuldregeln undanträngts i den vidsträckta omfattning som skett. Varför skall blott och bart den omständigheten, att en sak kommit med i spelet och förmedlat skadegörelsen, leda till att den gamla beprövade regeln om bristande aktsamhet såsom förutsättning för skadeståndstvånget uppgives? Talet om den framskapade risken kan det ligga något i — men näppeligen sedan man utdömt distinktionen mellan farliga och ofarliga ting.[5] Kan något mera krystat utfunderas, än att t. ex. en jordägare genom att träd växa på hans mark skapat risker för andra att bli skadade genom trädens kullfallande eller genom att med sina åkdon törna emot ett kullfallet träd? Varje vuxen människa har väl för övrigt i allmänhet åtskilliga tillhörigheter, som om olyckan är framme kan komma att bringas i det läge, att annans person eller egendom därigenom kommer till skada. Inte kan det ha någon mening att nu hävda, att vi alla på detta sätt ha skapat flera eller färre risker för andra, varigenom detta vidsträckta ansvar »du fait des choses» finge sin motivering?

[5] Jfr ovan s. 168 ff.

De ting, som vi använda i det dagliga livet, och de sätt, varpå vi bruka dem, äro naturligtvis betingade av vårt liv såsom samhällsvarelser. Följaktligen vore det samhället, som framskapade riskerna i fråga, och vi skulle hamna i detta orimliga, att samhället finge betala alla dessa skador, som de enskilda tillfogades genom andras ting![6]

Med dessa anmärkningar har jag velat påvisa, hurusom man redan genom att skära hela detta vittfamnande och heterogena område över en kam under lösensordet »responsabilité du fait des choses» hindrats ifrån eller i allt fall faktiskt underlåtit att verkligen analysera de föreliggande situationerna och söka göra reda och klart för sig, vilken maxim — det vanliga culpa-ansvaret, culpa-ansvar med exkulperingsmöjlighet eller det strikta ansvaret, och i sista fallet, huruvida mera eller mindre vittgående restriktioner i ansvaret borde göras — som i situationer av den eller den arten bäst tillgodosåge det eller de syften, som man föreställde sig med rättsreglerna på detta område. Hade man icke behärskats av rättvisemetoden utan låtit hänsynen till det samhälleliga livets intressen direkt och obeslöjat vara utslagsgivande, då skulle man aldrig ha kunnat gå så till väga, att man samlat alla dessa heterogena ting under gemensam rubrik, till på köpet så oförnuftig som »ansvarighet för tingens handling».[7]

Vad nu angår det strikta ansvarets uteblivande efter utredning om en »cause étrangère» såsom orsak till skadan, så menar man uppenbarligen, att detta ansvar liksom skuld-ansvaret förutsatte »un lien de causalité» mellan den inträffade skadan och något visst annat. Under det att detta vid skuld-ansvaret är »la faute», så måste det i förevarande fall vara »le fait de la chose». Men kausalsammanhanget mellan skadan och »le fait de la chose» brister, menar man tydligen, därest skadan är en följd av »cause étrangère».[8] Också om det icke direkt utsäges, att den genom

[6] Jfr vad jag ovan påpekat angående de av Josserand uppställda »risque social», »risque judiciaire» o. s. v.

[7] Förklaringen till det underliga tillvägagångssättet torde man kunna sammanfatta på följande sätt. Under senare decennierna av förra seklet överväldigades man av skadeståndsproblemet inför de genom industrialismens och kommunikationernas utveckling sig hopande skadeolyckorna. I sitt nödläge fann man denna av lagstiftaren fullkomligt oanade räddningsplanka i de till sitt ursprungliga syfte helt menlösa orden om ansvar jämväl »du fait des choses». Men felet var att denna räddningsplanka, väl apterad, enligt sin art måste bli omåttligt bred. På den drogs också in rubb och stubb utan gallring och urskillning. Man tappade bort själva det egentliga problemet och dess svårigheter: att möta den nya situation, som hade skapats genom den tekniska utvecklingen. Uppmärksamheten har mäst inriktas på manövreringen av denna ansvarsregel, som aldrig var en sådan utan genom förkonstling gjordes därtill, på försöken att bemästra dessa såsom uttryck för en ansvarsregel fullkomligt monstruösa lagord.

[8] D. v. s. »cas fortuit», »force majeure», »fait des tiers» eller »faute de la victime».

mellankomsten av »cause étrangère» brustna kausaliteten rörde skadan och »le fait de la chose», så måste detta likväl avses, enär resonemanget eljest skulle vara meningslöst.[9] Den nu berörda motiveringen för ansvarsfrihet på grund av »cause étrangère» är emellertid logiskt omöjlig. Ty »le fait de la chose» är och förblir lika mycket eller lika litet orsak till skadan, vare sig denna också betingats av en »cause étrangère» eller icke. En skadegörelse har alltid flera betingelser, vilka var och en är »orsak» till hela skadan. Begreppet »le fait d'une chose» har, hur orimligt det än är, aldrig kunnat bestämmas så, att det bleve mera odugligt, därför att en »cause étrangère» hade tillstött och betingat skadan. »Le fait de la chose» skall ju, som vi sett, innefatta »l'intervention active» från sakens sida till skadans realiserande. Detta samband måste överhuvud vara utrett, innan frågan om en ansvarsbefriande »cause étrangère» kunde få någon betydelse. Utredningen om tillvaron av en sådan kan följaktligen icke afficiera det nämnda sambandet.

Nu förhåller det sig emellertid i allmänhet så, att man icke bryr sin hjärna med någon särskild förklaring till ansvarets förfallande i fall av »cause étrangère». Man känner tydligen på sig, att det icke kunde vara riktigt att i sådana fall döma svaranden betalningsskyldig. Och därmed inpassas ståndpunkten så att säga automatiskt i rättviseschemat. Väl vore det rättvist, att man under normala förhållanden finge betala för skada å andra genom den sak, man använder för sitt yrke eller eljest för sin egen profit eller sitt eget nöje. Men det kunde aldrig vara rättvist, om skadan betingats av en tillstötande »cause étrangère». Varför icke? Hade icke A gjort den ifrågavarande bilturen för sina ekonomiska intressens eller sitt nöjes skull, så skulle den föreliggande olyckan icke ha skett — detta kan sägas lika mycket vare sig kausalitet från en »cause étrangère» tillstöter eller icke. Denna reflexion är blott ett annat uttryck för det nyss påvisade, att »le lien de causalité» mellan skadan och »le fait de la chose» föreligger lika mycket (eller lika litet), vare sig en »cause étrangère» inträffat eller icke. Kausaliteten mellan skadan och den ifrågavarande saken är naturligtvis en nödvändig förutsättning för föreställningen om rättvisan i ansvaret för »le gardien». Det är därför man tror ansvarsfriheten vara avklarad genom »cause étrangère», vilken skulle ha kommit den nämnda kausaliteten att brista eller avbrytas, hur

[9] Jfr Mazeaud II, n. 1417 ff. och n. 1429 ff. Ansvarighetspresumtionen i art. 1384 säges i själva verket vara »une présomption de causalité» och intet annat. På detta område funnes nämligen ingen skuldpresumtion: »la faute est prouvée, non présumée». Detta har otvivelaktigt varit en av anledningarna för »Chambres Réunies» att i sin dom 13 febr. 1930 utbyta uttrycket »présomption de faute» mot »présomption de responsabilité». Mazeaud II, n. 1435.

man nu uttrycker det. Men så enkelt är det icke, ty den för ansvarigheten förutsatta kausaliteten beröres icke av, om en »cause étrangère» inträffar eller icke. — Även i förevarande avseende är det med andra ord uteslutet att komma till någon klarhet annorlunda än genom att beakta det ifrågavarande ansvarets sociala funktion, varvid det, såvitt den prevenerande funktionen är i fråga, måste vara skadans samband med »le fait de l'*homme*» och icke med »le fait de la *chose*», som göres till föremål för undersökning.

Det torde vara sant, att den franska rättsdoktrinen i mindre grad än den tyska har fördjupat sig i den filosofiska kausalitetslärans mysterier för att därur hämta synpunkter. Men detta beror ingalunda på någon insikt om orimligheten i att här indraga dessa mysterier.[1] Synpunkter av den art, som jag i detta hänseende på annat ställe utvecklat[2], äro, såvitt jag kunnat finna, den franska doktrinen främmande.

Den i det föregående givna utredningen av »la responsabilité du fait des choses» har icke givit någon fullständig bild av den franska civilrättens lära på detta område. Den har icke heller syftat till att giva en sådan bild. Den har framför allt syftat till att giva en kritisk framställning av grunddragen i judikaturen och rättsvetenskapen på området. Och så mycket torde därvid ha framkommit, att det påståendet är motiverat, att dessa grunddrag sakna direkt kontakt med realiteterna och följaktligen vetenskaplig karaktär. De äro bundna vid rättsideologiska utgångspunkter. Då man aldrig gått till en realistisk analys av skuld-regeln och sålunda icke förstått realiteterna bakom denna, har man heller aldrig blivit klart medveten därom, att skadeståndsrätten även i fråga om skada »par le fait des choses» eller »d'autrui» förnuftigtvis, åtminstone på stora områden, måste vara så bestämd, att den kunde fullgöra en efter rådande sociala värderingar eftersträvansvärd prevenerande och ersättande funktion och på så sätt lämna bidrag till uppkomst och underhållande av den allmänna trygghetskänsla, som i sin tur är en nödvändig förutsättning för produktionen och omsättningen i samhället.

---

[1] Se t. ex. Mazeaud II, n. 1438 ff. Det kan icke betraktas såsom uttryck för sådan insikt, när Mazeaud avvisar den av tysken v. Kries grundlagda teorien om adekvat kausalitet såsom varande »trop philosophique et trop complexe pour pouvoir servir à trancher les problèmes juridiques de responsabilité». Han, liksom de flesta andra franska författarna, ansluter sig i stället till den — likaledes i Tyskland framsprungna — teorien om »l'équivalence des conditions» eller, såsom den också kallas, *conditio sine qua non*-teorien; Mazeaud II, n. 1440 ff.

[2] Se Culpa-Regeln, s. 199 ff., samt Die Unw. der Rechtsw. II, s. 78 f.

När man detta oaktat kan medgiva, att de franska domstolarna arbetat fram en möjligen i det hela ganska tillfredsställande praxis, i vissa avseenden kanske överlägsen andra länders, så beror detta därpå, att de icke kunnat undgå trycket från samhällslivets behov. En ansvarskännande domare måste, såsom jag så ofta tillåtit mig säga, i sin verksamhet influeras av de praktiska konsekvenserna för samhällsekonomien av tillämpningen av den grundsats, efter vilken han står i begrepp att döma. Detta realiteternas eget tryck bryter mer eller mindre starkt igenom de sterila konstruktionerna och neutraliserar i viss grad dessas skadliga verkningar. Men man måste likväl kunna förstå, att ett tillvägagångssätt, som förvanskar de realiteter, varom det hela förnuftigtvis måste röra sig, genom en serie verklighetsfrämmande konstruktioner, intet har med vetenskaplig metod att skaffa. När trots förvanskningen då och då vissa inblickar i realiteterna möjliggöras, kan det dock icke bli några klara inblickar. Och när så i diskussionen hänsyn skall tagas till de sålunda blott suddigt framträdande realiteterna, kan det endast ske på omvägar, genom nya konstruktioner, som försvaga eller upphäva de grundläggande rättsideologiska utgångspunkterna.

Dock; såsom jag antydde, ha de franska domstolarna förvisso gjort vad de kunnat för att på dessa svårframkomliga stigar söka tillgodose samhällsekonomiska intressen. Vad man på detta område skulle våga önska få en annan inriktning, det är den franska rättsvetenskapen i egentlig mening. Denna synes ha alltför mycket låtit domstolarna taga ledningen. Fången, liksom andra länders jurisprudens, i sin tro på en »materiell rätt» med allt vad därtill hör, har den varit oförmögen till en utveckling efter vetenskapliga, d. v. s. verklighetstrogna linjer och därigenom blivit urståndsatt att fullgöra uppgiften att vägleda rättstillämpningen.

* * *

Mitt syftemål med framställningen av den franska skadeståndsrätten har varit att belysa art. 1384—1386, särskilt art. 1384. Detta står också i överensstämmelse därmed, att jag haft att taga sikte på det strikta ansvaret. Emellertid torde läsaren ha lagt märke till, att jag helt utelämnat en fråga, som man kunnat förmoda vara hänförlig till »la responsabilité du fait des choses», nämligen om visst ansvar i s. k. grannelagsförhållanden, d. v. s. för skada genom vad som hos oss stundom, efter en romersk-rättslig term, går under benämningen »immissioner». Härom finns det överhuvud inga stadganden i fransk rätt. Man bedömer emel-

lertid frågan på vissa håll ur synpunkten av rättighets-missbruk, »l'abus de droit». Man utgår från äganderättens, liksom andra rättigheters, relativitet. Resonemanget sammanfattas i en lärobok sålunda:

»La propriété ne doit pas être exercée d'une façon abusive. Elle ne doit jamais excéder ses limites normales. Le propriétaire ne doit pas, sous prétexte qu'il est maître chez lui, infliger à ses voisins un dommage hors de proportion avec l'avantage qu'il se procure. Et l'on est arrivé ainsi à cette formule célèbre: le droit cesse là où l'abus commence, et l'abus commence dès que le droit sort de sa normalité.»[3]

I själva verket är det sådana synpunkter, som ligga i bakgrunden för schweiziska civillagbokens artiklar 684 och 685, under det att man tycks ha formulerat § 906 i Tysklands B.G.B. utifrån motsatt rättsideologisk synvinkel: icke begränsning i utövning av ena grannens rättighet, utan begränsning i den andra grannens tolerans av rättskränkning. Emellertid skall nu denna »abus de droit» från fastighetsägarens sida innefatta »faute». Det vore här sålunda fråga om »skuld»-ansvar och icke strikt ansvar. Saken behandlas också av Mazeaud under skuldansvaret, specialrubriken »Troubles de voisinage», I n. 593—623. Det finns flera författare som bedöma ansvarsfrågan vid »troubles de voisinage» ur synpunkten av »l'abus de droit».[4] Josserand tager avstånd härifrån, bl. a. därför att rättighetsmissbruk består i »une *faute* dont l'on chercherait vainement en l'occurrence les moindres linéaments».[5] Vad judikaturen angår, säger Josserand, att denna nog så skickligt drager sig ur spelet genom att åberopa sig på en traditionell föreställning

»des obligations ordinaires du voisinage: un propriétaire n'a pas le droit d'imposer impunément à ses voisins une gêne, des désagréments excédant cette commune mésure: les obligations ordinaires du voisinage (här givas åtskilliga hänvisningar till judikaturen): du moment qu'il dépasse la limite fatale, d'ailleurs assez imprécis, mais qui est cependant déterminée par 'le mode courant de jouissance des lieux environnants' (citat från Cass.-Civ. 4 december 1935), il engage sa responsabilité».[6]

Josserand säger, att vissa författare i sina kommentarer till judikaturen »prétendent l'expliquer en faisant intervenir l'idée de faute qui, à leur avis, doit suffire à tout: le fait de causer à autrui un préjudice qui excède les obligations ordinaires du voisinage, serait, dit-on, constitutif d'une

[3] Bonnecarrère, n. 655.
[4] Se härom Leyat, s. 112 ff.
[5] Josserand I, n. 1503.
[6] Josserand I, n. 1504.

faute». Josserand själv menar, att det är »la notion du risque créé», som även beträffande hithörande ansvarsfrågor giver det förlösande ordet:

»c'est un principe de justice distributive et qui tend à pénétrer de plus en plus dans le droit, que celui qui crée un risque doit, si ce risque vient à se réaliser aux dépens d'une tierce personne, réparer les dommages causés; l'initiative, la direction sont des brevets de responsabilité; en créant un état de choses, qui constitue pour des tiers une cause *exceptionnelle, anormale* de dangers ou de désagréments, nous assumons éventuellement la réparation des dégâts occasionnés. L'organisation de la propriété foncière implique une égalité de traitement et de risques entre voisins; du moment que cette égalité est rompue par l'un des propriétaires et au détriment des autres, elle doit être rétablie, d'une façon ou d'une autre, par la reconnaissance d'un rapport obligatoire entre les intéressés; l'acte *excessif*, encore que *non fautif*, devient une source de responsabilité, parce que créateur d'un risque exceptionnel et anormal.» (Josserand I, n. 1505.) — I sin Droits, n. 16 in f., drager Josserand in frasen »ubi emolumentum ibi et onus esse debet» till stöd för påståendet, att risken icke bör gå ut över tredjeman, främmande både för riskens skapande och dess utnyttjande, utan över honom »qui l'a institué pour son compte personnel et qui, parce qu'il en recueille les profits, est tout désigné pour en assumer les incidences fâcheuses ... C'est une question d'équilibre des droits et des intérêts rivaux qui se pose alors.»

Vad jag i det föregående utvecklat om riskteoriens ovetenskaplighet gäller naturligtvis även i fråga om dess användning på detta område. I skarp relief framträder här felgreppet att begränsa sig till betraktelsen av situationen in concreto, glömsk av att denna blott är ett moment i det stora sammanhang, som man omöjligen kan abstrahera från, när omdömen skola fällas om rätten såsom en uppehållen ordning i samhället. Felgreppet framträder på detta område särskilt skarpt, därför att det här ofta rör sig om ansvarsfrågor, vilka betingats just av *utvecklingen* inom industrien och kommunikationsväsendet. Hur skall man kunna få någon bild av dessa frågor, om man förfar efter Josserands anvisningar och spörjer, huruvida »égaliteten» i grannelagsförhållandet har brutits, genom att den ene av grannarna skapat »un risque exceptionnel et anormal»? Skulle han verkligen tagas på orden, måste konsekvensen bli, att en mängd för samhällsekonomien nyttiga verksamheter måste betraktas såsom medveten »abus du droit». Skall detta monstruösa begrepp någonsin kunna tillämpas, så måste det väl vara i fråga om ett sådant utövande av äganderätten, att man bryter en »égalité» mellan grannar, som har sin grund i en mellan dem bestående »rapport obligatoire». För övrigt synes det vara uppenbart, att man med hela detta frasmakeri kring »le risque créé» icke kan komma till något som helst resultat. När har denna »égalité» brutits? Detta beror på, vari den skall bestå; detta åter på arten av »le rapport obligatoire», som man får se sig om i molnen efter,

om man abstraherar från den på området faktiskt uppehållna skadeståndsrätten. Denna är bestämmande för »le rapport obligatoire», icke tvärtom. Ytterligare gäller det att avgöra sig för, huruvida den framskapade risken vore »exceptionnel et anormal» eller icke. Man föres sålunda ut i en rad frågor, vilka alla äro av den beskaffenhet, att de icke kunna sakligt besvaras.

Man kan förvåna sig över, att fransmännen icke mera allmänt i föreliggande ansvarsfrågor ha utnyttjat första stycket i art. 1384 C. civ. Ofta är det ju här fråga om verkningar av hanteringen av lösa ting (lokomotiv, ångpannor och allehanda maskiner). Men även om skadebringaren vore att betrakta som fast egendom, är det dock nu ett antal år sedan det fastställts, att stadgandet i fråga icke begränsade sig till mobilier (se ovan s. 104 n. 6). Josserand nämner emellertid icke art. 1384 i detta sammanhang. Detta gör däremot Demogue. Sedan han erinrat om de svårigheter, som framkallas av frågorna angående »la garde» i art. 1384[7], säger han: »la question la plus grave est celle des poussières, vapeurs, gaz émanant des appareils industriels. Le chef d'établissement en a-t-il la garde?» Han berör därefter bl. a. en dom av appellationsdomstolen i Orléans 11 december 1913, enligt vilken art. 1384 blott hade avseende å saker, som man effektivt har »sous sa garde», och säger så:

»La question de garde est plus délicate. L'industriel forcé parfois de détruire ses fumées ou poussières, en vertu des règlements, ne peut dire qu'en les laissant s'échapper dans l'air il en abandonne la propriété. D'autre part, s'il n'a pas une garde très étroite de ces poussières, il peut leur donner une direction et surtout il en a le profit.»[8]

Demogue är därför övertygad om att judikaturen till sist skall »adopter le système de la responsabilité», därmed menande »la responsabilité du fait des choses». Det skall ha gått bra långt in i skolastikens labyrinter, när man till motivering av ansvaret skall behöva bortförklara det för tillämpning av art. 1384 besvärande förhållandet, att fabrikören hade »abandonné la propriété» till den rök, ånga, sot m. m. som han från fabriken låter strömma ut i luften!

Även Besson menar, att ansvar för skador av nu berörd art bör falla under art. 1384 och icke bedömas ur synpunkten av »la responsabilité délictuelle de l'article 1382». Visserligen plägade judikaturen icke gå på detta stadgande (art. 1384) utan »faire appel aux obligations de voisinage et à l'usage anormal et exceptionnel de la propriété». Att

[7] Demogue V, n. 1129.
[8] Demogue V, n. 1130.

detta vore »une justification juridique suffisante» hycklade judikaturen sig tro, enär den »dans l'anomalie» såge »une extension de la faute». Han utvecklar sin egen åsikt på följande sätt. Om en fabrik utsläpper gaser, skadliga för jordbruket, eller outhärdliga rökmassor, ångor och odörer eller om den åstadkommer omåttligt buller, då har fabriksidkaren

»manqué à son obligation de garde; il lui appartient de prendre les mesures nécessaires pour éviter de tels dommages ... il ne peut (alors) excercer son industrie qu'à charge de réparer les dommages causés de ce fait, parce que l'obligation de garde pèse sur lui».[9]

Dessförinnan har Besson i sin behandling av »le fondement de la notion de garde» gjort uttalanden av denna art:

»Celui-ci (le gardien) avait l'obligation de prendre des précautions pour éviter que sa chose ne nuise aux tiers; si en fait elle a nui, la faute dans la garde est prouvée par la seule réalisation du dommage.» — Till ett liknande uttalande strax förut fogar Besson dessa ord: »C'est la violation de cette obligation qui constitue ce qu'on a appelé 'la faute dans la garde'.»[1]

Det första av dessa uttalanden tyder på att det skulle vara fråga om vanligt skuldansvar, alltså ansvar »du fait personnel», bestående handlingen i bristfälligt utövande av »la garde». Men detta kan icke gå ihop med åberopandet av art. 1384 utan skulle ha förutsatt tillämpning av art. 1382, resp. 1383. Beaktar man så apostroferingen av »la faute dans la garde» i tilläggsorden och dessas formulering i övrigt, förstår man, att Besson med sin röriga framställning icke haft för avsikt att taga något avstånd från judikaturens dittillsvarande ståndpunkt, enligt vilken det vore fråga om en icke motbevisbar *presumtion* om »faute dans la garde». Grunden för denna presumtion skall nu tydligen enligt Besson utgöras av det förmenta sakförhållandet (bevisat genom »la réalisation du dommage», Besson s. 45; jfr Dijon-domen ovan s. 181) att »l'obligation de garder la chose» — vilken obligation vilade å »le gardien» — faktiskt icke fullgjorts, låt vara att den möjligheten funnes, att »le gardien» utan sin »faute» kommit att »manquer à l'obligation». Detta torde vara tankegången hos Besson, fastän han stundom uttrycker sig, som om bristandet åt »obligationens» fullgörande involverade faktisk skuld.[2]

Också Henri Mazeaud har framkastat frågan om att bygga detta ansvar på »la faute dans la garde». Han skriver nämligen:

---

[9] Besson, s. 127 f.
[1] Besson, s. 45 f.
[2] Jfr Riperts åsikt ovan s. 166 f.

»Remarquons que les fumées, les poussières, que le propriétaire envoi chez ses voisins, ce sont des meubles; il en a la garde; a-t-il manqué à cette obligation de garde?»[3]

Detta Mazeauds uttalande gjordes, innan judikaturen utvidgade ansvaret »du fait des choses» till att omfatta även skada »par le fait des choses immobilières» (ovan not 6 å s. 104). För tillämpningen av art. 1384 förutsattes sålunda vård av »meubles». En fabrik och dess tillbehör utgjorde odugligt vårdobjekt. Men, utbrister Mazeaud, de skadegörande tingen äro ju mobilier: röken, ångan och soten! Dessa har fabrikören i sin »garde». Följaktligen ansvar »du fait des choses» efter art. 1384! Likväl önskar han icke vidbliva denna sin snillrika idé. Ty tingen i fråga ha icke »échappé à son contrôle». Det är fabrikören själv, som har dirigerat »les fumées» utanför sitt område. Ha de strömmat in till grannen, så har detta skett därför, att han drivit bort dem från sin fabrik. Art. 1384 kunde följaktligen icke vinna tillämpning, varför Mazeaud tydligen försonar sig med domstolarnas ståndpunkt att här gå på skuldansvaret efter art. 1382 och 1383.

Faktiskt taga Henri et Léon Mazeaud i sitt stora arbete, I n. 618, avstånd från Bessons ståndpunkt såsom stridande mot judikaturen. Ehuru denna numera tillämpar art. 1384 även på fastigheter, vore det dock tydligt, mena de, att det hithörande ansvaret fattades såsom ett ansvar »du fait personnel». Denna judikaturens ståndpunkt accepteras av de båda Mazeauds. De framställa saken på följande sätt. Till en viss gräns måste man kunna »genera» sina grannar; en viss tolerans är det nödvändigt för dem att iakttaga, eftersom de leva i ett samhälle. Men det finns en gräns, som man icke bör överstiga. »La faute n'existe donc pas, tant que le préjudice ne dépasse point une certaine importance; mais, dès que le dommage excède cette limite, il y a faute.» Detta vore alls icke att förblanda skuld och skada. Det vore endast att tillämpa de allmänna regler, som »gouvernent la faute». Också en klok och försiktig människa kan icke undgå att förorsaka sina grannar lätta skador; men han tillfogar dem icke »des préjudices excessifs». Ansvaret grundar sig följaktligen på den särskilda art av skuld, som kallas »l'abus du droit», ehuru domstolarna föredraga att »parler de faute, plutôt que d'abus». Se Mazeaud I n. 620 och 621.[4]

---

[3] Citatet har jag hämtat från Leyat, s. 93 f. Mazeauds artikel stod i Revue trimestrielle de droit civil 1925, som jag icke haft tillgång till.

[4] Man jämföre Josserands uttalanden här ovan angående judikaturen och lägge märke till att Josserand och Mazeaud giva oss ganska olika bilder av judikaturens inställning till frågan.

Som sagt har det icke funnits någon särskild anledning för mig att till närmare behandling upptaga rättsskolastiken i dess skilda förgreningar angående ansvarigheten på det s. k. grannelagsområdet. Jag kan icke finna, att dess studium skulle kunna vara av annat än negativt intresse, i sådant avseende tämligen överflödigt, efter vad som redan visats angående den franska skolastiken på det strikta ansvarets område.[5]

[5] Den detta oaktat för ansvaret för »troubles de voisinage» intresserade hänvisas till Leyats skrift. Denne auktor framlägger — så gott han kan — i huvudkapitlet (Avd. I: III) de olika »system», i vilka det ifrågavarande ansvaret av rättsvetenskapen inplacerats: 1. »Systèmes s'inspirant de l'idée de responsabilité sans faute.» (Hit höra riskteorien och teorien om »l'usage anormal ou exceptionnel du droit de propriété».) 2. »Systèmes reposant sur la notion classique de faute.» (Hit hör bl. a. en mycket konstig skuld-konstruktion av Maurice Picard, gående ut på att ehuru ägaren icke begått någon »faute» i fråga om själva skadegörelsen å grannen, hade han likväl ådragit sig skuld genom sin underlåtenhet att gottgöra skadan. Hit hör vidare dels Bessons »la faute dans la garde» och dels »l'abus du droit».) 3. »Systèmes basés sur la notion de propriété ou de voisinage.» (Härunder kommer bl. a. ansvarets baserande på »les obligations de voisinage».) samt 4. »Système proposé de la faute propre de voisinage dérivé de la théorie romaine de l'Immissio.»

Anglo-amerikansk rätt.

Också här råder i fråga om principiell åskådning stor oklarhet. Att denna oklarhet sammanhänger med bristande förståelse för vad som är reellt och vad som är metafysiskt i den s. k. skuldregeln är tydligt och framträder bl. a. i den förut[1] påpekade diskussionen, huruvida skuldregeln borde betraktas såsom en allmän princip eller om man icke fastmer vore på väg att därifrån återvända till äldre doktrin om »absolute liability». Såsom frågorna ställas i denna diskussion vittna de om, att man nöjer sig med ytliga resonemang och icke förstår, att »skuldregeln» kan erhålla en praktisk och förnuftig motivering, i vilken alla sådana synpunkter avlägsnats, som äro förknippade med den metafysiska skuldföreställningen. Denna brist på förståelse framträder icke blott i engelsk utan även i amerikansk juridik.

Nutida synpunkter på skadeståndsrätten särskilt i Amerika.

Allmänna anmärkningar.

Nyare tidens lagstiftning i Amerika om ansvar »utan skuld» för skada framför allt genom olycksfall i arbete men även på vissa andra områden synes på sina håll ha föranlett uppfattningen, att rätten numera tenderade att återgå till den äldre rättens ståndpunkt med s. k. strikt ansvar.[2] En betydelsefull exponent för denna uppfattning torde professor Jeremiah Smith — såvitt man kan förstå även domare till yrket — ha varit. Han uttalar sig på följande sätt:

»If there were no modern legislation which might indirectly influence the view of judges, we should be inclined to predict that there would be a gradual diminution in the number of cases where absolute liability is imposed on non-culpable defendants, and it would even be possible that ultimately courts might cease entirely to hold defendants liable in cases of non-culpable accident. — But there is modern legislation enacted almost wholly within the last twenty-five years,

[1] Culpa-Regeln, s. 27 f.
[2] Se t. ex. Harris, s. 337 ff. och där anmärkt litteratur.

which may indirectly operate to check any further judicial tendency to exonerate in cases of non-culpable accident, and which, conceivably, may even cause courts to reverse the modern common law doctrine — that fault is generally requisite to liability. Much of this legislation is of the class usually described as Workmen's Compensation Acts. These statutes create a duty on the part of employers to compensate workmen in many kinds of industry for accidental damage, irrespective of any fault on the part of their fellow servants. This legislation singles out workmen employed in an undertaking and constitutes them a specially protected class, while overlooking other persons damaged in the same accident whose claim stands on at least equal ground. The result reached in many cases under this legislation is absolutely incongruous with the result reached under the modern common law as to various persons whose cases are not affected by these statutes. The theory underlying most of the statutes, the basic principle, is in direct conflict with the fundamental doctrine of the modern common law of torts. The statutes show 'a distinct revulsion from the conception that fault is essential to liability'; a distinct reversion to the earlier conception, that he who causes harm, however innocent, must make it good.»[3]

Detta uttalande synes giva oss ett kortfattat uttryck för den faktiska situationen i U. S. A., påminnande i allmänna drag om vår egen: Skuldregeln är den allmänna skadeståndsregeln; strikt ansvar (utom det historiskt givna för sådant som viss »trespass», »nuisance» m. m.) finnes emellertid angivet i åtskilliga lagar av senare datum, d. v. s. från och med slutet av förra seklet; ehuru det strikta ansvaret har karaktär av undantagsregel, börjar det likväl under denna tid arbeta sig fram även utan att ha något direkt stöd i uttryckliga lagar; det kan sålunda från den nämnda tiden påvisas en tendens att både genom nya lagar och rättspraxis vidga området för det strikta ansvaret på bekostnad av området för den allmänna skuldregeln. — Det är emellertid icke så mycket med hänsyn till dessa påpekanden, som jag anfört det ifrågavarande uttalandet av Smith, utan mera av följande skäl.

Redan den första punkten i citatet tyder på en verklighetsfrånvänd inställning hos Smith. Han yttrar sig, som om några reella, i hänsyn till samhällslivet bottnande grunder icke funnes, som kunde tala till förmån för regler om strikt ansvarighet! Detta torde icke kunna förklaras annorlunda än därigenom, att han har en rättsideologisk, de sociala synpunkterna undanskymmande åskådning, vilket ju också bekräftas av det citerade uttalandet i dess helhet. Smith tycks icke heller ha någon tanke på, att den s. k. skuldregeln vore motiverad av annat än rättsideologiska synpunkter. När han här talar om den direkta konflikten mellan den

[3] Harvard Law Rev. 1917, s. 407 och 417 f., citerad efter Harris, s. 340. Denna årgång av tidskriften finns icke vid något svenskt bibliotek och synes icke heller stå att få från något annat bibliotek i Norden.

antydda nya lagstiftningen och den fundamentala skadeståndsdoktrinen efter »common law», d. v. s. skuldregeln, så kan han icke ha realiteterna bakom skuldregeln i sikte utan blott skulden såsom i metafysisk mening rättfärdigande ansvaret. Ty om man kastar skuldideologien överbord, finns det, såvitt utretts, ingen annan frågeställning än den, som formuleras ungefär sålunda: huru bör ansvaret anordnas för att lända samhällsekonomien till nytta, d. v. s. för att på bästa sätt gagna den allmänna produktionen och omsättningen och dennas förutsättning den allmänna tryggheten i handel och vandel.[4] Om man går så till väga och därvid kommer till det resultat, att i en mängd situationskategorier det strikta ansvaret bäst fyller syftet i fråga, under det att detta i andra situationer bäst tillgodoses genom culpa-ansvaret, då är det ju meningslöst att på sätt som Smith gjort tala om en konflikt mellan olika rättsprinciper. Smith underlåter i sitt resonemang att ingå i prövning av denna fråga, om icke skuldregeln såsom den faktiskt tillämpas, d. v. s. om icke skuldregeln i egenskap av regel som sådan, med fullständigt bortseende från sin metafysiska motivering, dock på stora områden visat sig vara högst nyttig för produktion och omsättning, för samhällsekonomien. Besvaras denna fråga jakande, då hade skuldregeln alldeles samma förnuftiga motivering som det nytillkomna strikta ansvaret, vilket ur saklighetssynpunkt uppenbarligen icke kan motiveras med något annat än dess betydelse på det eller det området för samhällsekonomien. Man ser här sålunda tydligt, hurusom den bristande förståelsen för kritiken av skuldregeln leder till en falsk bild av hela skadeståndsrätten.

En annan amerikansk författare uttalar sig lika oförstående för realiteterna i de företeelser, som han behandlar. Vi ha, säger han, »traveled in a cycle», i det att vi än ha närmat oss till, än fjärmat oss från culpateorien. Vår utveckling har markerats på två sätt: »by the high moral notions to which we seek to adapt our law and by a greater ability to adapt the law to any given moral notion».[5] Uttalandet torde böra ses mot bakgrunden av att »fault-liability» i den engelsk-amerikanska skadeståndsrätten först under 1800-talet mera klart började uppfattas såsom en allmän regel (in dubio). Förf. synes mena, att liksom skuldregeln framgått ur ett etiskt rättfärdighetskrav, så ha även därefter följande avvikelser från densamma sin motivering i sådant krav. En sådan ståndpunkt kan självfallet icke ha något positivt intresse för min framställning.

Vad den nyssnämnde Harris själv angår, så har han åtskilliga uttalan-

[4] Se härom min framställning nedan angående metod i den konstruktiva juridiken.

[5] Isaacs, Fault and liability (1918), Harv. Law Rev. 31, s. 954, 977 f.; cit. efter Harris, s. 338. Jfr näst sista not.

den om, huru skadeståndsdoktrinerna i själva verket ytterst måste vara bestämda av sociala förhållanden och ekonomiska intressen.[6] Dessa uttalanden — direkt och indirekt influerade som de synas vara av Roscoe Pounds[7] skrifter — verka vid första påseendet fullt realistiska. Likväl kunna de icke anses vetenskapligt hållbara, och det av följande skäl.

Samtidigt som Harris synes ha blicken öppen för samhällsnyttan såsom ledmotiv för lagstiftning och rättskipning hävdar han faktiskt, att skuldregeln i sin metafysiska motivering bör uppehållas, i den mån icke särskilda lagar under trycket av samhällsekonomiens behov påbjudit ett strikt ansvar. Han uttalar sig nämligen på följande sätt:

»It is submitted that the doctrine of strict liability independent of blamefulness is not without its place in our modern social scheme. . . . No one, however, can fail to be aware of the vitality of the notion that liability should be placed upon fault. Moreover, the doctrine of fault responsibility must be properly respected, because as much as any legal idea that may be conceived it is bound up intimately with the traditional aspects of the cultures of the western world; it is the law's way of taking account of traditional religion with its concept of personal salvation and traditional ethics. The law, however, must be made to serve the new needs and the new social interests of a changing order of society.»

Att skuldregeln trots sin metafysiska motivering har haft och alltjämt har en högst betydande samhällsekonomisk funktion lämnas här obeaktat. Den allmänna skadeståndsprincip, som alltjämt uppehålles, säges icke ha sin betydelse i syftet att tillgodose nutida sociala behov och intressen, utan nämnda princip skulle uppehållas på grund av den västerländska kulturens traditionella etiska inställning! En dylik' åskådning står helt främmande för skuldregelns praktiska betydelse i samhället[8] och är redan därför oförenlig med en vetenskaplig behandling av det strikta ansvaret. Sista delen av sista punkten bör man lägga märke till. Man finner där samma falska tanke som hos Demogue, nämligen att det vore de nya samhällsförhållandena, som motiverade avståndstagande från skuldregeln i traditionell mening, alldeles som om ur rationell synpunkt mot denna intet varit att anmärka t. ex. för något hundratal år sedan.[9]

Att man — samtidigt som man har uppmärksamheten inriktad på samhällsnyttans influerande på tillkomsten av lagar om det strikta ansvaret — kan undgå att beakta, att också uppehållandet av skuldregeln på dennas område (d. v. s. på det område, där icke förnuftiga grunder

[6] Harris, t. ex. s. 349 och s. 357.
[7] Om denne auktor senare.
[8] Se härom Culpa-Regeln, s. 104 ff.
[9] Jfr ovan s. 134 ff.

motivera strikt ansvar eller i allt fall ett rigorösare ansvar än efter skuldregeln) innefattar tillgodoseendet av vitala sociala behov, är mycket egendomligt. Det förhåller sig ju faktiskt så, att denna regel, trots sin metafysiska motivering, på stora områden av mänskligt handlande ungefärligen täcker det samhälleliga behovet med hänsyn till allmän trygghet, produktion och omsättning. Såvitt som detta är händelsen, måste ett utöver den s. k. skulden gående ansvar verka hämmande på den allmänna rörelsefriheten och därmed på produktionen och omsättningen.[1] Detta är ett faktiskt förhållande, som man förbiser, när man — såsom nu Harris — föreställer sig skuldregelns fortsatta uppehållande ha sin grund i respekten för traditionella metafysiska idéer. Visserligen är det så, att man i allmänhet inom juridiken nöjt sig och alltjämt nöjer sig med dessa idéer såsom grund till skuldregelns uppehållande. Men denna förnöjsamhet skulle icke ha förelegat, därest icke förhållandet varit detta, att denna regel på det ifrågavarande området i det hela just tillgodoser, vad som allmänneligen anses nyttigt och nödigt för samhällsekonomien.

Att Harris' åskådning, även när den syftar till ett klarläggande av realiteterna i skadeståndsrätten, sålunda icke är så djupgående, framgår vid närmare granskning även av hans övriga hithörande uttalanden, av vilka det mest karakteristiska synes mig vara följande:

»Back of all doctrine, economic interests are the final and determining influences which eventually shape and vitalize all legal dogma of each generation. Such interests will generate the tests determinative of the basis of liability for harm caused by individual activities. If the particular enterprise or undertaking is a sufficient requisite for the benefit of the economic order of the time, it will be sanctioned and encouraged even at the expense of the public. But if such undertakings do not so serve, or are not so visualized as economically beneficial, they will not be permitted to shift the resulting losses of their ventures on society under any theory of fault as a condition of liability. Here strict liability certainly will be imposed, whereas in the other instance economic pressures and interests do not necessitate the imposition of such a legal doctrine. A very sufficient basis on which this rule of strict obligation has been invoked in these dangerous activity enterprises is the magnitude of the danger to the prevailing economic interests. The law, shaped and concluded here by the predominant economic notions and conclusions of this generation relative to such hazardous activities, thus throws the risk of such activities on the person who introduces the peril to the community. This is the result of a policy molded[2] by the idea of making secure the prevailing economic interests of our time rather than any abstract notion of penalty for moral blame-worthiness. Incident to that is the practical

[1] Jfr ovan s. 169 f. Denna synpunkt ligger implicite i min framställning av en realitetsbetonad motivering för skuldregeln, Culpa-Regeln, s. 104 ff. Anledning att direkt påpeka densamma föreligger emellertid icke, förrän man går in på det strikta ansvaret.

[2] Sannolikt amerikansk form för »moulded».

difficulty of proof. This troublesome and obstructive difficulty of proof explains in part the apparently enlarging area of cases in which the doctrine of *res ipsa loquitur* is being allowed by the courts.»[3]

De båda första punkterna i detta citat synas mig möjligen i och för sig oklanderliga. Men de äro alltför allmänt hållna, för att man skall kunna få en klar uppfattning om Harris' verkliga åsikt. Orden behöva icke betyda något annat, än att varje generations rättsåskådning (som vanligt av rättsideologisk art) influeras av de samhällsekonomiska intressena. Sannolikt ha de just denna betydelse. Därmed synas de då också sakna vetenskapligt intresse. Huvudsaken tycks vara förbisedd, nämligen, hurusom samhällsekonomien är beroende av exempelvis nu skadeståndsrättens uppehållande, hurusom dennas prevenerande och ersättande funktion utgör en förutsättning för samhällelig produktion och omsättning. När man tagit del av Harris' skrift i det hela, saknar man egentligen all anledning förmoda, att detta åsyftats av honom med de ifrågavarande orden. De två sista små punkterna i citatet från Harris kunna väl innefatta iakttagelser av realiteter. Men i sin helhet synes mig framställningen förvirrad. Tredje punkten är helt vilseledande. Meningen skall ju vara — såsom tydligt framgår av 4:de och 5:e punkterna — att man vid verksamheten i fråga blott svarar för culpa. Men sådant *är* ju ansvaret *i allmänhet*, alltså även om verksamheten icke kan visas vara »a sufficient requisite for the benefit of the economic order». Å andra sidan måste ju järnvägsdrift, automobiltrafik, viss industriell verksamhet m. m. i utpräglad grad vara av denna art, och likväl är det framför allt på sådana områden, som nutiden har infört strikt ansvar. Detta borde Harris icke kunna vara främmande för, alldenstund han därefter i återstoden av uttalandet motiverar det strikta ansvaret med verksamhetens farlighet. Vid sådan kastade lagen risken för verksamheten på den person, som »introduces the peril to the community». Denna »farlighet» brukar man ju anse bl. a. sådan verksamhet karakteriserad av, som jag nyss nämnde. Men detta måste ju faktiskt betyda, att just den verksamhet, som enligt Harris icke kunde leda till strikt ansvar, föranledde sådant ansvar. Har Harris här verkligen haft något av sakligt värde att säga, så har han dock uttryckt det på ett sätt, som åtminstone för mig är obegripligt. Jag skall emellertid strax göra några påpekanden, som kanske till en del förklara nu berörda egendomlighet i hans framställning (se särskilt s. 222 nedan). Dessförinnan må ytterligare en erinring i anledning av denna göras.

---

[3] Harris, s. 357 f.

När Harris utlägger verksamhetens farlighet såsom grund för strikt ansvarighet, så ha vi ju framför oss samma slags skolastik, som jag i det föregående kritiserat vis à vis den franska juridiken. Visserligen tager man i riskteorien avstånd från idén om skadeståndet såsom en »penalty for moral blame-worthiness», men man har icke desto mindre hamnat i en ovetenskaplig rättviselära, främmande för »a policy molded by the idea of making secure the prevailing economic interests of our time».[4]

Harris' nyss berörda uttalande, såvitt man kan förstå innefattande, att strikt ansvar på grund av verksamhetens sociala nyttighet icke föranleddes vid exempelvis sådant som järnvägs- och biltrafik eller industriell verksamhet, kan möjligen sammanhänga därmed, att ansvaret i Amerika vid dessa verksamheter är principiellt begränsat till »fault-liability», d. v. s. att »negligence» i princip utgör förutsättning för ansvaret. Någon direkt motsvarighet till våra lagar av 1886 angående järnvägsinnehavares ansvarighet och 1916 angående bilägares (eller bilbrukares) finns icke — såvida de icke tillkommit på senaste åren — vare sig i Amerika eller England. I ett mindre antal stater i Amerika finns lag om järnvägs strikta ansvarighet för skada genom eld.[5] Hur det härutinnan ställer sig i England skall senare dryftas.[6]

Beträffande ansvar för skada genom industriell verksamhet ha i båda länderna reglerna om »nuisance» och principen i Rylands v. Fletcher en viss betydelse; den senare har dock vida större betydelse i England än i Amerika.[7] Man får vidare här ihågkomma den ytterst betydelsefulla

[4] Se min kritik av den franska riskteorien samt av rättvisemetoden här ovan s. 112 ff.

[5] Se Harper, Treatise, § 196. Se även nedan s. 435 f.

[6] Nedan s. 402 ff. — Vad skada genom automobiltrafik angår heter det i Motor Car Act (1903, 3 Edw. 7 c. 36), sect. 15: »Nothing in this Act shall affect any liability of the owner of a motor car by virtue of any statute or at common law.» Denna lag är närmast en motsvarighet till vår motorfordonsförordning. »Common law»-ansvaret förutsätter här »negligence». Någon »statute» av intresse för vårt ämne känner jag dock icke till. Genom sect. 9 i Air Navigation Act (1920, 10 & 11 Geo. 5 c. 80) stadgas, å ena sidan att överflygning av annans egendom på rimlig höjd över denna icke i och för sig skall grunda någon »action in respect of trespass or nuisance», men å andra sidan att skadeståndstalan mot ägaren av »the aircraft» kan föras oberoende av »negligence or intention or other cause of action», så snart »material damage or loss is caused by an aircraft in flight, taking off, or landing, or by any person in any such aircraft, or by any article falling from any such aircraft, to any person or property on land or water». En »Select Committee», som tillsattes 1933 med hänsyn till »the Road Traffic (Compensation for Accidents) Bill» har i själva verket föreslagit, att liknande ansvarsbestämmelser skulle införas beträffande motortrafiken på land. Se Salmond-Stallybrass, s. 23. Ännu år 1940 hade, såvitt jag kunnat utröna, någon sådan lag icke kommit till stånd. Emellertid bör man nu beakta — jämväl med hänsyn till Amerika — vad som sägs här nedan s. 219 ff. om »common law»-regeln om »master's liability» och doktrinen »res ipsa loquitur», vilka båda måste kunna ha en viss betydelse i riktning mot strikt ansvar.

[7] Se härom nedan s. 378 ff.

gamla regeln om »master's liability» (stundom kallad »the doctrine of respondeat superior»), ävensom den ännu icke 100-åriga doktrinen »res ipsa loquitur». Ingen av dessa doktriner betraktas i England eller Amerika såsom egentligen avseende strikt ansvarighet. Den doktrinära grunden till »master's liability» utgöres därav, att »master» *genom* sin »servant» *själv* begått en »tort».[8] — Särskilt i Amerika kan man spåra en egendomlig negativ inställning till strikt ansvarighet för företagaren av en verksamhet, jämväl industriell sådan. Denna avoghet vis à vis strikt ansvarighet framträder i behandlingen av arbetsgivares ansvarighet för skada å arbetare genom olycksfall i arbetet.[9] Här ha de engelska »Workmen's Compensation Acts» av 1897 och 1906 tjänat som mönster för motsvarande lagstiftning i U. S. A. Men det intressanta och vad som här skall betonas är, att denna lagstiftning först rönte ett egendomligt motstånd i Amerika: domstolarna vägrade helt enkelt att tillämpa dessa lagar — innefattande visst arbetsgivarens ansvar oberoende av »negligence», »fault» — såsom varande stridande mot konstitutionen. De ansågos oförenliga med vissa rättigheter, som skola vara skyddade eller konstituerade — hur man nu rättsideologiskt betraktar saken — genom den amerikanska författningen. Det förhåller sig nämligen så enligt lagstiftningen om »workmen's compensation», att arbetaren icke kan kontraktsenligt avsäga sig »the right to compensation» eller göra »assignement or release of claims».[1] Detta befarades uppenbarligen innefatta ett författningsstridigt ingrepp i »the right to contract».[2] Vidare skulle arbetsgivaren enligt dessa lagar icke kunna, såsom eljest, till sitt försvar »set up contributory negligence, negligence of a fellow servant or assumption of risk».[3] Det förmenades, att man härigenom, liksom överhuvud »in imposing an absolute liability upon employers», gjorde sig skyldig till »an unconstitutional taking of property». När staternas högsta domstol icke desto mindre godkände lagstiftningen i fråga,

[8] Angående »master's liability» se nedan s. 437 ff.; angående »res ipsa loquitur» se nedan s. 267 ff.

[9] Anmärkningsvärd är också den amerikanska inställningen till principen i Rylands v. Fletcher. Angående denna inställning se nedan s. 222 och s. 378 ff.

[1] Burdick, Constitution, s. 582 f.

[2] Jfr Burdick a. a. s. 583.

[3] Burdick a. a. s. 583. »Contributory negligence» har avseende å »medverkande vållande» å den skadades egen sida. Vad »assumption of risk» angår syftar detta på att en »servant» efter common law — även om han icke gjort sig »skyldig» till »contributory negligence» — icke har något ersättningsanspråk mot »the master» för skada, som han lidit i tjänsten, därest »the master» fullgjort sina kontraktsplikter. Sådan skada anses tillhöra »the risks of the business, which the servant impliedly engages to assume». Jfr Burdick, Torts, s. 212. Se även framställningen nedan s. 506 ff. om »the doctrine of common employment».

berodde det förvisso icke på något avståndstagande från den rättsideologiska chimär, som varit bestämmande för domstolarna i delstaterna. Högsta domstolen fann emellertid en utväg. För att förstå denna bör först nämnas, att dessa lagar om »workmen's compensation» påminna om vår egen motsvarande lagstiftning. Den ersättningsbara skadan är begränsad i jämförelse med vad som följer av allmänna skadeståndsregler. Och arbetsgivarens ansvarighet realiseras »by insuring through a state fund, or through an approved insurance company», såvida han icke föredrager att direkt betala ersättning ur egen kassa, vilket alternativ dock förutsätter tillfredsställande bevis om hans solvens för ändamålet. Domstolen menade nu, att det icke kunde vara fråga om något författningsstridigt berövande av egendom eller någon sådan »interference with the right to contract», alldenstund

»these provisions are a proper exercise of the police power to protect the employer from exorbitant recoveries, the employee from costly litigation, and the public from the burdens ordinarily incident to industrial accidents».

Domstolen fann vidare »the method of insuring compensation to be reasonable» och därför icke »transcend the police power». Hur djupt domstolens ståndpunkt bottnar i rättsideologien förstår man av dess uttalande, att »there is no property right in rules of law», varför det icke kunde vara »unconstitutional to take away defences of contributory negligence» etc.[4] Ett sådant uttalande förutsätter en tro på rättsideologiska effekter av mest renodlade slag.

Washington synes emellertid nu ha varit den första delstat, där en statut angående »workmen's compensation» godkändes såsom konstitutionell. Detta skedde år 1911. Men det var först år 1917, som »the validity of such legislation» bekräftades av U. S. A:s högsta domstol. Därefter har lagstiftningen i fråga genomförts i den ena staten efter den andra — dock icke i alla.[5] Emellertid äro ju dessa lagar av specialnatur, avseende arbetsgivarens strikta ansvarighet för viss skada och blott såvitt anställd arbetare (alltså icke en »stranger») utsatts för densamma under arbetet. Man kan sålunda mycket väl tänka sig, att de icke av Harris tillmätts någon principiell betydelse att beakta vid utformningen av hans ovan, s. 215 citerade uttalande.

Som sagt saknas både i England och Amerika lagar om strikt ansvar för skada genom järnvägs- eller biltrafik, bortsett från nyss antydda spridda statuter i U. S. A. angående järnvägars ansvarighet för »damage

[4] Se Burdick, Constitution, s. 583. Jag har icke haft direkt tillgång till yttrandet av The Supreme Court.

[5] Harper, Treatise, § 207.

done by fire employed in the operation of their trains».[6] Detta kan förefalla oss egendomligt. Det är kanske dock icke så egendomligt. Först och främst ha vi nu doktrinen »respondeat superior» att tillgripa, d. v. s. järnvägsinnehavarens eller bilägarens ansvar för anställdas »negligence». (Doktrinen »respondeat superior», d. v. s. läran om »master's liability», skall senare utförligt behandlas.) Hålla vi oss nu till järnvägens ansvarighet och bortse från skada genom eld, så ha vi genom denna doktrin motsvarighet till de praktiskt viktigaste återstående reglerna i vår 1886 års lag, nämligen 2 § och 6 § 1 st. Vad åter eldskadan angår kommer man ganska långt med »fault-liability», när man kan kombinera denna med regeln om »master's liability». Har en skada genom hithörande verksamheter skett, så förhåller det sig i allmänhet så, att ett s. k. oaktsamt handlingssätt har skett någonstädes.[7] Fastän nu vad man nämner »bevisbördan» härför i princip skall vila å käranden, så äro de omständigheter, som i förbindelse med skadan yppat sig eller i allt fall kunnat utredas av käranden, mycket ofta sådana, att en domstol — om svaranden icke lyckas förebringa något särskilt stöd för antagandet av sin culpafrihet — kan med vad som förekommit finna »bevisbördan» fullgjord av käranden. Domstolens slutsats, att »negligence» föreligger beror icke endast på logisk slutledning. »Negligence»-omdömet självt är — också bortsett från skuldidén — intet egentligt omdöme utan ett värdeomdöme.[8] Vidare; det baseras visserligen på domstolens omdöme, att vissa fakta varit för handen. Men detta omdöme behöver i sin tur icke vara logiskt grundat utan kan vara beroende på en värderande slutledning från andra fakta, en slutledning av innehåll att de fakta, på vilka »negligence»-omdömet baseras, med en viss höggradig sannolikhet före-

[6] I England utlägges »common law» principiellt så, att järnvägen blir strikt ansvarig för skada t. ex. genom eld, som uppstått av gnistor från lokomotiv (enligt principen i det här längre fram ingående behandlade fallet Rylands v. Fletcher) eller — ur synpunkten av »nuisance» (varom nedan) — genom buller och genom vibrationer eller skakningar i grunden. Emellertid har denna princip i det hela en mera »platonisk» karaktär. Järnvägarna få nämligen sin koncession genom »parliamentary act». Driften anses därmed utövad under »statutory powers». Genom att driften sålunda »legaliserats» anses järnvägen befriad från strikt ansvarighet. Se beträffande eldskada Vaughan v. Taff Vale Railway Co. (1860), berört nedan s. 415 f., och beträffande vibrationer Hammersmith Rly Co. v. Brand (1869), berört nedan s. 416 ff., samt dessutom Rex v. Peace (1832), berört nedan s. 404 ff. I fråga om eldskada genom gnistor från lokomotiv ha olägenheterna av nämnda egendomliga inställning föranlett »The Railway Fires Act» av 1905 (med ändring av 1923), enligt vilken en begränsad strikt ansvarighet vilar å järnvägen. Se om järnvägs ansvarighet för skada genom eld från lokomotiv min framställning nedan s. 402—415.

[7] Jfr nedan s. 278, angående aktsamhetskravets relation till verksamhetens större eller mindre farlighet.

[8] Se härom nedan s. 290 ff.

ligga. Beträffande järnvägs ansvarighet för eldskada, säger Harper följande av intresse i detta sammanhang:

»Liability depends upon negligence in the operation of the trains or in a failure to take proper precautions to avoid the escape of fire. But in most states, although not all, either as a result of a statute, or by a common-law rule, there is a presumption raised from the mere setting out of a fire that the defendant railroad company was negligent.»

Det är dock, tillfogar han, icke alltid klart, vilken betydelse denna presumtion har i det enskilda fallet för utredningen av »negligence»-frågan. Emellertid säger han ytterligare, att domstolarna stundom uttrycka regeln om ansvar oberoende av »fault or negligence» hos järnvägsbolaget »in terms of negligence» genom att betrakta det faktum, att elden bröt ut från svarandens lokomotiv[9], såsom »conclusive of negligence». Detta, menar Harper, är dock uppenbarligen blott ett fördöljande av »the true nature of the rule of substantive law, which is, of course, one of strict liability».[1] Det är kanske icke så helt riktigt. Det anförda exemplet synes endast utvisa, att gränsen i sådana fall mellan »fault-liability» och »strict liability» är flytande, vilket man förstår, så snart man, frigjord från rättsideologiska tankebanor, sätter sig in i den ifrågavarande skadeståndsrättens sociala funktion.

Presumtion om »negligence» har dessutom på de mest skilda områden utbildats till doktrinen »res ipsa loquitur». Denna skall senare bli föremål för närmare behandling.[2] Den nämnes här endast, enär denna doktrin är ägnad att även på hithörande områden i viss mån utjämna bristen på strikt ansvar, låt vara i vida mindre grad än »respondeat superior». Dock är det anmärkningsvärt, att enligt Harper den amerikanska judikaturen blott uppvisar »res ipsa»-doktrinens tillämpning på skada genom järnvägstrafik å passagerare, däremot icke å andra. Och i fråga om skada genom automobiltrafik har doktrinen endast mera sällan kommit till användning och blott när omständigheterna varit »strongly suggesting negligence».[3] Varken hos Pollack eller Salmond har jag funnit något fall av talan på grund av skada genom motortrafik anfört, som bedömts enligt »res ipsa»-doktrinen. (Se dock nedan noten å s. 272.) Å andra sidan ser man där anfört ett äldre fall av skada å en »outsider» genom järnvägstrafik.[4]

---

[9] Harper menar tydligen detta faktum som sådant utan några ytterligare indicier.
[1] Harper, Treatise, s. 400 f.
[2] Nedan s. 267 ff.
[3] Se citatet från Harper nedan s. 273.
[4] Se nedan s. 269 f.

Slutligen vill jag för fullständighetens skull nämna, att en komplettering av principen om ansvarets begränsning till »negligence» i någon mån kan tänkas åstadkommen på den industriella verksamhetens område ur synpunkten av strikt ansvar dels för »nuisances»[5] och dels »in dealing with dangerous things». Dock synes det senare gälla mera i avseende å England än U. S. A. Bland sådana ting nämner Pollock eld, eldvapen, explosiva eller lätt antändliga ämnen m. m.[6] I detta sammanhang bör också nämnas den doktrin, som utbildats på basen av domen i Rylands v. Fletcher.[7] Ehuru denna dom spelat stor roll även i amerikansk rättslitteratur, har den där dock i allmänhet icke haft samma betydelse som i England. En del rättsvetenskapsmän i U. S. A. mena, att avogheten i detta land mot nämnda doktrin berodde just på den betydelse, som industrialism, affärsverksamhet och annan företagsamhet där hade för rättens utformning framför de intressen, som representerades av »the land-owning class», vilka i England haft övertaget.[8] I Amerika ville man därför i minsta möjliga utsträckning belasta företagen med strikt ansvarighet. Det är framför allt i detta, som jag trott Harris' uttalande — av innebörd att strikt ansvar icke föranleddes vid företagarverksamhet på grund av dennas sociala nyttighet — möjligen kunde finna sin förklaring. Det är mycket antagligt, att Harris har samma åsikt i detta ämne som Bohlen och Harper.

För att än en gång återgå till det långa citatet från Harris, ovan s. 215 f., så kan vad han där i slutet säger angående bevisningssvårigheter såsom motivering för strikt ansvar väl vara värt beaktande. Men hans verkliga tankegång bakom orden kan näppeligen vara fullt saklig. Ty sett mot bakgrunden av hans föregående uttalanden måste orden i fråga innebära, att ansvaret har sin reella grund i presumtion om skuld i vanlig hävdvunnen mening. Att detta är Harris' åsikt förstår man även av hans erinran om »the doctrine of res ipsa loquitur». Överhuvud är det ju tydligt att, om ansvaret skall bero på bevisningssvårigheter, så måste det anses baserat på det, om vars bevisning det rör sig, det vill här säga »negligence» i den mening detta ord har vid »fault-liability», alltså såsom ett handlingssätt utvisande »guilty mind» eller »blameworthyness», och sålunda såsom i etisk mening rättfärdigande ansvaret.

---

[5] Härom nedan s. 332 ff.

[6] Se nedan s. 274 ff. Jfr därtill för Amerikas del Burdick, Torts, s. 540 ff., samt »the doctrine of dangerous instruments», nedan i slutet av noten å s. 506. Hur det förhåller sig i England med ansvar för skada genom eld skall bli föremål för särskild undersökning nedan s. 391—435.

[7] Härom nedan s. 348 ff.

[8] Se härom angående Bohlen-Harpers framställning, nedan s. 378 ff.

Harpers framställning av grunden för skadeståndsrätten.

En annan amerikansk författare, som ävenledes synes vara influerad av Pounds undersökningar, synes mig ha krystat till underlaget för sin skadeståndslära på ett alldeles särskilt sätt. Det är rättsprofessorn vid Indiana University F. V. Harper, som i ett systematiskt arbete, »A treatise on the law of torts»[9], giver en inledande framställning om »Social policy of tort law». Det är intressant att iakttaga, huru denne författare ofta nära nog snubblar på realiteterna, men detta oaktat icke är i stånd att gripa dem. Han hävdar i olika vändningar, att ansvarigheten förutsätter ett handlingssätt, som kan befaras medföra skada för annan. Härifrån till tanken, att skadeståndstvånget har den sociala funktionen att förebygga dylika farors realiserande, d. v. s. skadegörelser, är det blott ett mycket kort steg, ja man tycker rent av att denna tanke måste vara implicerad i Harpers sätt att karakterisera det skadeståndsgrundande handlingssättet. Detta senare kan dock icke vara fallet, vilket inses redan därav, att Harper icke har någon blick för distinktionen mellan skadeståndets prevenerande och ersättande funktion. Denna distinktion antydes icke, trots det att preventionssynpunkten som sådan aldrig skulle kunna leda fram till *skadeståndstvång* utan endast till ett *betalningstvång*, närmast att utövas till förmån för statskassan. Såsom Harper utfört sin framställning, har han i själva verket icke lyckats på ett förnuftigt sätt motivera, att en skadeståndsrätt uppehålles. Ty blott detta, att skada har uppstått genom ett handlingssätt, ägnat att medföra sådan skada, är icke någon motivering till att skadan, uppskattad såsom ekonomisk förlust, så att säga överflyttas från den skadade till den ansvarige. Så mycket mindre kan detta utgöra sådan motivering, som ju dylikt överflyttande förutsätter, att rättsmekanismen i sådant syfte står till kärandens förfogande. Denna ansträngning från samhällets sida måste naturligtvis vara motiverad med något syfte ur samhällets synpunkt.[1] Detta påstående godtages naturligtvis också i amerikansk juridik. I dylikt avseende kan jag för övrigt citera ett uttalande av den kände amerikanaren Mr Justice Holmes: »The cumbrous and expensive machinery of the state ought not to be set in motion unless some clear benefit is to be derived from disturbing the *status quo*. State interference is an evil, where it cannot be *shown* to be a good.»[2] Följaktligen blir spörs-

[9] Tryckt första gång 1933, sista mig kända gång 1938.

[1] Jfr nedan s. 549 ff.

[2] Angående Holmes se nedan s. 285 n. 7. Olyckligtvis kan jag icke nu identifiera citatet. Det finns icke i Holmes' »Collected legal papers». Möjligen härleder det sig från hans »The common law». Detta har jag emellertid endast haft tillgängligt i Rudolf

målet, vad en rimlig förklaring kan innefatta till detta förhållande, att samhällets tvångsmakt kan tagas i anspråk för skadans »överflyttande» från den skadelidande till skadegöraren eller annan »ansvarig». Vad Harper i sådant avseende anför saknar vetenskaplig hållbarhet. Låt oss något granska vad som skall vara det teoretiska underlaget för hans syn på skadeståndsrätten.

Han uppställer först vissa grundläggande postulat, a. a. § 2. Visserligen medgiver han, att dessa blott äro att betrakta såsom »tentative assumptions», omöjligt som det är att slutgiltigt kunna bevisa deras riktighet ur rationell synpunkt, a. a. § 1. Jag vill icke gå in på den frågan, huruvida det överhuvud kan vara vetenskapligt att bygga en framställning om rätten på sådana s. k. postulat, d. v. s. rena hypoteser. Själva den vetenskapliga karaktären måste dock under sådana omständigheter alltid själv bliva hypotetisk. Men vi kunna bortse därifrån, ty det måste väl alla vara med om, att dessa hypotetiska postulat obönhörligen måste falla till marken, om det rent av kan visas, att de äro falska, d. v. s. råka i strid med erfarenhetsmässiga fakta. Det är denna karaktär, som just de Harperska postulat synas mig ha, som här eljest skulle vara av någon betydelse.

Harpers första postulat lyder så: »Law is relational.» Om han härmed avsåge, att rätten angår mänskliga förhållanden, så vore ju detta endast en trivialitet, som varken gjorde till eller ifrån för en vetenskaplig undersökning. Men nu menar Harper något annat med sin fras. Han säger, att rätten uppstår ur samhällelig verksamhet. Människorna komma i umgänget med varandra i vissa förhållanden, vilka nödvändiggöra ett socialt kontrollsystem. Det är i denna mening, som rätten skall vara »based upon human relations». Redan här finner man det tankefel, som går igen i hela rättfärdighetsjuridiken och som avspeglas i Harpers båda övriga »postulat». Det är ologiskt att såsom förutsättning för rätten, d. v. s. för samhällelig ordning, räkna med sådana mänskliga förhållanden, att man kan tala om »social activity». Dessa förhållanden förutsätta själva tillvaron av en viss samhällelig ordning. Om man till äventyrs icke vill giva denna namnet »rätt» på det ursprungligaste stadiet, är ju blott en terminologisk fråga, vars besvarande i nekande riktning icke kan tillföra Harpers postulat någon betydelse.[3]

Postulatet nr 2 har följande innehåll: rättens funktion är att skydda

---

Leonhards tyska översättning. Sannolikt har jag fått citatet genom excerpering ur en amerikansk specialrapport till en kongress 1932 i Haag, anordnad av l'Académie Internationale de Droit Comparé.

[3] Se härom min kritik av Gumplowicz' teori i Obligationsbegreppet II: 1, s. 310 ff.

vissa behov och önskningar hos människorna, vissa s. k. intressen, som uppstått i samband med de mänskliga relationerna. Här framträder den nyss påtalade bristen på logik kanske ännu tydligare. Man må taga vilket som helst av nutidens s. k. lagligen skyddade intressen — intresset av att få behålla sin s. k. egendom oskadd, att icke ärekränkas, att fritt handla och vandla o. s. v. — och man skall finna, att det icke vore tänkbart såsom utbildat till föremål för detta »rättsskydd», *om* icke just den ifrågavarande delen av den »skyddande» rätten redan hade uppehållits. Man har sålunda åter rört sig i cirkel, tappat bort förutsättningarna för sina påståenden, ja förutsättningarna för sin egen existens såsom civiliserad varelse. Detta är ju tydligt i fråga om intresset till egendoms okränkbarhet, till att fritt kunna inlåta sig i allehanda ekonomiska och andra transaktioner och dylikt. Men det gäller även i fråga om intresset till kroppslig integritet. Utan uppehållandet av vissa lagar, särskilt om straff, skulle A:s intresse av sin egen integritet icke komma i annan klass än B:s intresse av att på bekostnad av A:s integritet få tillgodose vissa av sina intressen. Orimligheten i denna tanke, att rätten — d. v. s. faktiskt uppehållen ordning[4] — fungerade till skydd för vissa människornas intressen, torde för övrigt framgå av allt vad jag skrivit om straffrättens och skadeståndsrättens funktion i samhället[5].

I en följande § 3 utvecklar Harper närmare sin ståndpunkt om rättens funktion att skydda vissa intressen. När han här säger, att rätten måste åstadkomma »a reasonable compromise between conflicting interests, marking out the limits of permissible invasion of one man's interests by another to advance his own adverse interest», så uttalar han just den ståndpunkt, som jag i mina skrifter ständigt haft anledning varna för och karakterisera såsom ett av jurisprudensens mest ödesdigra misstag: detta att stirra sig blind på de enskilda fallen, de lösryckta isolerade situationerna, de s. k. konflikterna, glömsk av att lagarnas funktion kan visas vara att i mycket väsentlig grad förebygga dessa s. k. konflikter,

[4] Huruvida Harper i detta sammanhang med »the law» avser faktiskt uppehållen ordning eller s. k. positiv rätt är mig icke fullt klart. Vore det senare händelsen, behövde man naturligtvis icke spilla några ord på saken.

[5] Om man förstår, att funktionen i fråga framför allt består i att inverka på handlingssätten till åstadkommande av trygghet för människorna i det eller det avseendet, samt att den jämväl i övrigt består i att alstra en det samhälleliga livet gagnande trygghet för människorna — då måste man även kunna förstå, att dessa situationer, som pläga betecknas såsom rättigheter eller rättsliga intressen endast äro följder av rättsmekanismens, d. v. s. straff- och skadeståndsrättens uppehållande, och sålunda icke kunna vara till oberoende därav, vilket vore nödvändigt, därest de skulle kunna utgöra föremål för »rättens» skydd. Se för övrigt min kritik av Jherings rättighetsbegrepp, Obligationsbegreppet I, s. 88 ff., vidare Obligationsbegreppet II: 1, s. 119 ff., samt framställningen här nedan, s. 518—533.

att faktiskt nedbringa dem till ett minimum, glömsk av att man vid detta stirrande tappar bort hela det sammanhang, utan vilket det är omöjligt att få fram något annat än en förfalskad bild av verkligheten.[6] Med det nyss gjorda uttalandet av Harper är det otvetydigt, att han, hur mycket han än talar om »social policy», helt givit sig rättvisechimären i våld.

Detta framgår för övrigt verbaliter av hans följande framställning, där han hävdar, att intresseavvägningen måste ske så, att »rättvisan» blir tillgodosedd. Då han emellertid här sätter likhetstecken mellan rättvisan och »the collectivist welfare» — vilket i sin tur kunde tänkas använt blott såsom ett uttryck för den förhärskande värderingen och sålunda utan någon metafysisk anstrykning — och det sålunda kunde se ut, som om han blott använde rättvisan såsom ett mera ofarligt ord, skola vi något granska hans resonemang. Detta är följande. Rättviseföreställningen måste innesluta något grundläggande värderingspostulat. Den blott abstrakta rättviseföreställningen kunde nämligen icke vara till någon hjälp vid bestämmandet av vars och ens skyddsvärda intressesfär. Den nödiga värderingsstandarden funnes innesluten

»in the general notions and culture of a people. Here, we need not concern ourselves with its origin or development. Among Anglo-American peoples, it is tacitly assumed that the collectivist welfare is the norm to which all individual conflicts of interests shall be referred for adjustment. This is expressed in various ways. The judges, in the step-by-step development of the common law have been guided by and have often expressly referred to 'public policy' as the final standard of 'justice'. Dean Pound has elaborated the idea more scientifically, describing it as a process of weighing or balancing individual interests to arrive at a result which will best advance and preserve the paramount 'social interests' involved. Upon an analysis, it will be observed that general notions of policy incorporating tacitly assumed objectives have shaped the law and have furnished the final standard by which the adjustments of the conflicting individual interests have been made.»[7]

För vederläggningen av hela detta resonemang behövde jag egentligen endast hänvisa till mina antydningar här nedan, s. 587 ff., om »rättskänslornas betydelse i samhällsorganisationen» och där gjorda hänvisningar till Obligationsbegreppet II: 1, s. 74—91. »The general notions and culture of a people» är blott ett annat uttryck för folkets s. k. allmänna

[6] Denna kritik går som en röd tråd genom stora delar av mitt författarskap efter 1920. Se emellertid ställen sådana som s. 75 f. och s. 92—101 i Obligationsbegreppet I. I detta sammanhang bör man kanske även beakta min här förut meddelade utredning av »Rättvisemetodens orimlighet», ovan s. 115 ff.

[7] Harper, Treatise, s. 4.

rättsmedvetande. Det är visserligen sant, att utvecklingen av detta rättsmedvetande har betydelse för utvecklingen av den faktiskt uppehållna rättsordningen. Men när det gäller att bedöma den s. k. rättens funktion i samhället, är det nödvändigt att framför allt annat beakta, att rättsmedvetandets egen utveckling förutsätter rättsmekanismens, d. v. s. lagarnas uppehållande. Utan detta skulle rättsmedvetandet, för att tala med Harper »the general notions and culture», förlora sina nödvändiga stödjepunkter.

När Harper här angiver »the collectivist welfare» såsom norm för regleringen av »individual conflicts of interests», så visar han sig därmed endast vara offer för den vanliga rättsideologiska sammanblandningen av med varandra oförenliga föreställningar. Rättvisan är begreppsligen bunden vid föreställningen om de enskildas rättigheter. Rättvisan fordrar, att den berättigade skall kunna komma i åtnjutande av sin rättighet, och tilldelar honom fördenskull ett ideellt krav härpå, i kraft varav han kan ställa anspråk mot rättskränkaren. *Det är på detta sätt som rättvisan yttrar sig i skadeståndsrätten.* Enligt sin egen natur — d. v. s. den natur hos rättvisan som man föreställer sig — måste den kretsa kring rättigheter och rättskränkningar och bliva bestämmande för lösningen av s. k. rättskonflikter mellan individerna.[8] Ser man emellertid saken realistiskt, söker man underkasta vad jag kallar rätts- eller samhällsmaskineriet en analys och beaktar, hur detta faktiskt fungerar, då inser man, att det finns inga rättigheter och rättskränkningar samt att följaktligen de situationer, som man föreställer sig med »individual conflicts of interests», måste falla utanför rättvisans regleringsmöjligheter. Naturligtvis är det med en saklig syn på »rätten» väl förenligt att hävda, att dess gestaltning influeras av hänsynstagande till »collectivist welfare» eller »public policy».[9] Men det vore med en sådan syn omöjligt att föreställa sig, att »public policy» kunde utgöra »the final standard of justice», helt enkelt därför att en saklig bild av hithörande sammanhang icke har någon plats för »justice», som i den bilden förflyktigats tillsammans med de övriga rättsideologiska dimmorna.

När Harper föreställer sig »the collectivist welfare» såsom »norm» för rättvisan, giver han icke någon antydan om annat, än att det här vore fråga om objektivt giltiga, d. v. s. absoluta värden.[1] Kritiken ur rätts-

[8] Det är intet annat än sådana »rättskonflikter», som Harper åsyftar med »individual conflicts of interests».

[9] Detta är t. o. m. ganska moderat uttryckt, såsom man förstår av framställningen nedan angående metod för en konstruktiv rättsvetenskap.

[1] Ang. samhällsnyttan som ett absolut värde se min kritik av den engelska utilitarismen, Obligationsbegreppet II: 1, s. 259 ff.

ideologisk synpunkt förändras ingalunda genom en sådan föreställning. Tanken att individen hade i rättvisan grundade ideella krav mot annan individ, hela rättvisemetoden med dess olycksaliga inriktning på den ur det rättsliga sammanhanget isolerade »intressekonflikten» mellan de båda parterna, kort sagt hela rättighetschimären kvarstår, oberörd av denna föreställning. Så länge rättvisan omedelbart skall vara bestämmande, leder den obönhörligt till rättvisemetoden med allt vad därtill hör — och detta lika mycket, hur man än tänker sig rättvisans eget innehåll manifesterat. Det måste ju här enligt sakens egen beskaffenhet alltid röra sig om det s. k. allmänna rättsmedvetandet. När Harper menar, att rättvisan bestämmes av den »allmänna välfärden», så grundar han sin mening på dess överensstämmelse med »the general notions and culture of the people», som ju blott är ett annat ord för folkets rättsmedvetande.

Vad som gentemot Harper (och hans många liktänkande i detta ämne) framför allt bör betonas är, att Harper genom sin fångenskap i rättvisechimären icke kan tänka sig betydelsen av »public policy» för utformningen av rätten annorlunda än såsom influerande denna via »rättvisan». Det förhåller sig nu visserligen faktiskt så — på grund av rättvisechimärens makt över sinnena — att det till stor del blott är på indirekt väg, genom sin inverkan på rättviseinstrumentet: det allmänna rättsmedvetandet, som de sociala värderingarna komma till tals i juridiken. På denna omväg har »public policy» sedan urminnes tider påverkat rätten. Godkänner man emellertid vad jag här nedan i annat sammanhang uttalat[2], då gäller det att bana vägen för att direkt och öppet, utan rättvisechimärens hölje, låta värderingarna ur samhällsnyttans synpunkt få influera rättsverksamheten i samhället, d. v. s. lagstiftningen och lagtolkningen. Denna distinktion mellan samhällsintressets blott indirekta och direkta inflytande på rätten har varit Harper helt främmande och måste, med hela hans inställning i de absoluta kategoriernas värld, så ha varit. Tanken att samhällsnyttan beaktades såsom omedelbart motiv för rättsreglerna råkar bland annat i direkt konflikt med den av Harper hävdade idén, att rätten hade funktionen att utgöra skydd för de enskildas intressen. Dessa »legal protected interests» äro hos Harper blott ett annat ord för »rättigheter». Men vare sig man kallar dem rättigheter eller intressen, så är det fråga om ett skydd för individen såsom ett ändamål i sig själv, vilket åter betyder, att det icke kunde vara av hänsyn till samhället, som rätten skänkte honom detta skydd. Detta är icke några

---

[2] Nedan s. 549 ff., i inledningen till min framställning av metod för en konstruktiv rättsvetenskap.

sterila hårklyverier. Ty det är just genom att på detta falska sätt placera in samhällsnyttan, som man förhindras att beakta skadeståndets betydelse att på stora områden av samhälleligt liv *influera på människornas handlingssätt*. Likaså förbiser man genom misstaget i fråga, att även skadeståndets *ersättande* funktion i verkligheten icke kan motiveras med »billighet och rättvisa» och att det faktiskt icke utletats någon annan icke chimärisk grund för densamma än det sociala intresset av underhållandet av en allmän trygghetskänsla gentemot skadegörelser, i sin tur av betydelse för den allmänna produktionen och omsättningen. Nu nämnda anmärkning träffar också den av Harper refererade, »mera vetenskapligt» utarbetade ståndpunkten hos Pound, berörd här nedan.

Harpers oriktiga syn på samhällsnyttan framträder för övrigt i hans föreställning, att samhällsnyttans princip vore »tacitly assumed» bland de anglo-amerikanska folken såsom norm för reglering av intressekonflikter. Detta är en ren konstruktion.[3] Att sociala värderingar kommit med i rätten beror för visso icke på något vare sig tyst eller öppet accepterande från ett folks sida. Här ligga i bakgrunden intet annat än drifter och instinkter, självbevarelsedriften och medvetandet, mer eller mindre reflekterat eller oreflekterat, om samhällets betydelse för människorna. Allt detta övar så inflytande på det människornas känsloliv, som kallas rättsmedvetande, så att man i grova drag kan säga, att rättsmedvetandets karakterisering av en handling eller ett krav såsom rättvist eller orättvist indirekt i viss mån bestämmes därav, huruvida de stämma med vad som anses vara det bästa för samhället eller motsatsen. Det är sålunda här en fråga om den mänskliga naturen, som i detta avseende torde vara sig lik i alla länder. Att utskilja de anglo-amerikanska folken från andra folk är grundlöst.

I fråga om »the collectivist welfare» begår sålunda Harper — även om man bortser från hans laborering med »den allmänna välfärden» i metafysisk mening — samma misstag som de flesta andra nutida författare, att han icke insett, att felet just är, att man inom jurisprudensen icke låter sig medvetet och direkt ledas av sociala värderingar, utan att detta hindras av de juridiska konstruktionerna, sammanhängande med rättvisechimären, som tvingar en att stirra sig blind på de enskilda fallen med dessas intressekonflikter och tappa bort det sammanhang, vari dessa fall måste insättas, om man skall kunna få upp blicken för realiteterna.

---

[3] Jag hänvisar här till min på Hägerströms undersökningar byggda kritik av Jellineks lära om det allmänna erkännandet liksom överhuvud av idén om en enhetlig vilja såsom bärare av rättsordningen i Die Unw. der Rechtsw. I, s. 198 ff.; ofullständigare i Obligationsbegreppet II: 1, s. 52 ff.

Man har icke förstått den oöverkomliga motsättningen mellan att å ena sidan bibehålla rättvisekonstruktionerna och å andra sidan hävda de sociala synpunkterna. Och följden har blivit, att samhällsnyttan såsom ledande motiv inom lagstiftning och rättskipning i det hela har blivit ett tomt talesätt.

Vad Harpers tredje och sista »basic postulate» angår, så bekräftar detta naturligtvis hans utgångspunkt i rättsideologiska effekter. Det uttryckes så, att intressena av rätten äro »protected against certain harmful consequenses of conduct creating certain kinds of risk or threats of harm».[4] Såsom detta utvecklas i senare §-er, 7 ff., förstår man, att orden »protected against» icke är ett tillfälligt uttryckssätt och att postulatet står i bästa harmoni med den falska metoden att betrakta situationen, den s. k. rättskonflikten, isolerad ur sitt nödvändiga sammanhang, varigenom möjligheten att klart och tillfullo beakta de sociala realiteterna spolieras.

Efter sina »postulat» formulerar Harper vissa »basic principles of policy», § 4. Dessa principer bestå i ett positivt uttalande samt en mängd negativa bestämningar, anslutande sig till det positiva uttalandet, som lyder sålunda:

»Conduct threatens the interests of others in such a manner that it becomes the basis of tort liability only when the actor intends to invade such interests, is negligent toward such interests, or when the conduct is extra-hazardous with respect to such interests.»

I enlighet härmed indelar Harper sin framställning av skadeståndsgrundande »Invasions of interests in personality and property» i följande tre partier: I. Intended invasions. II. Negligent invasions. III. Unintended and non-negligent invasions. Ansvaret i detta tredje parti betecknas såsom »strict liability». Beträffande de många negativa bestämningarna gå dessa ut på, att ansvarighet — trots förhandenvaro av den i det positiva uttalandet angivna situationen — icke inträder, om den skadade frivilligt och med full vetskap om skaderisken utsatt sig för densamma, om han samtyckt till intressekränkningen, om actor handlat på ett sätt, som varit socialt önskvärt, om själva intressekränkningen varit socialt önskvärd, om skadan varit vad vi pläga kalla inadekvat o. s. v. I det

[4] Detta är att ställa saken rakt på huvudet. Dessa rättsliga intressen skulle finnas där oberoende av bl. a. straff- och skadeståndsrätts uppehållande! Harpers uttalande har ingen som helst mening utan tro på dessa intressen såsom utgörande absoluta värden. Det är tydligt, att Jherings rättighetsbegrepp utgjort en ganska nära förebild till den doktrin, som Harper bland andra representerar. Jag har också allt skäl att hänvisa till min kritik av Jhering på denna punkt, Obligationsbegreppet I, s. 89 f.

hela kan om dessa negativa bestämningar sägas, att de möjligen innefatta ett framsteg framför den litteratur, som ser dessa bestämningar (bortsett från adekvansen) ur synpunkten av att handlingssättet saknat rättstridig karaktär och följaktligen varit rättsenligt. Såtillvida söker Harper att röra sig med realiteter. Men på grund av hans allmänna rättsideologiska inställning har detta försök blivit mycket valhänt. Detta framträder mera tydligt i hans närmare utveckling av dessa negativa bestämningar i senare §-er men röjer sig dock redan i hans generella framställning i § 4. Sålunda beskriver han i ett par av de skadeståndsfria situationerna handlingen såsom eljest »tortious in character», d. v. s. till sin karaktär en orätt. En dylik karakterisering kan blott ske utifrån en rättschimärisk inställning. Denna framträder hos Harper än mera ohöljd, när han formulerar en av de negativa bestämningarna så, att intet ansvar föreligger för de följder av »rättstridig» handling (tortious conduct), vilka förorsakats på ett sådant sätt, att det vore »orättvist» att låta svaranden bli ansvarig för desamma. Det rör sig här om uteslutande av mera avlägsna skadekonsekvenser från ansvaret. När Harper senare i arbetet behandlar denna sak, faller han in i utrerad skolastik. Den intresserade hänvisas exempelvis till §§ 108 och 110 i hans arbete. Där laboreras med plikter, som lagen anses lägga på en person, att avstå från vissa handlingar, som innefatta risken att kränka andras vissa intressen. Åsidosättes dylik plikt, blir svaranden ansvarig, dock blott för följder, som äro »legally caused». Den fackbildade domaren skall avgöra, om det kränkta intresset är sådant, att det är berättigat till rättsligt skydd! Juryn åter avgör bl. a., huruvida skadan inträffade på ett sådant sätt, att därigenom svarandens ansvarighet bleve »rättvis», en fråga som återigen skall innefatta, huruvida den av lagen ålagda plikten förbjuder uppkomsten av risk för just den skada, som föranlett käromålet. Huruvida skadan icke blott är faktiskt utan också »legally caused» bestämmes »of course by considerations of fairness, justice and social policy which are often difficult to explain and frequently have their basis in vague feelings or intuitions of what is proper and desirable».

Slutligen skall jag såsom en ytterligare bekräftelse på att Harper trots sin stundom realistiskt verkande terminologi i allt väsentligt har den vanliga rättsideologiska inställningen, återgå till hans positiva bestämning av de skadeståndsgrundande handlingarna såsom varande antingen avsiktliga, inkluderande alltså dolösa (intentional invasions), eller kulposa eller slutligen varken det ena eller andra utan blott extra-hazardous, d. v. s. särskilt farliga för andras intressen. Ehuru Harper icke gör någon större affär av »skulden» såsom i de båda förra grupperna, i motsats till

den tredje gruppen, utgörande motivering till ansvaret, kan han icke sägas ha något vetenskapligt företräde framför den jurisprudens, som i hithörande fall mera eftertryckligt betonar, att grunden till ansvaret låge däri, att svaranden har gjort sig förtjänt därav genom sin »guilty mind».[5] En vetenskaplig framställning av en skadeståndslära måste naturligtvis söka motivera de skadeståndsregler, som i densamma uppställas. Om man från andra övertagit såväl de uppställda reglerna som överhuvud hela det framförda systemet men strukit vissa deras argumentationer utan att motivera detta strykande med någon som helst kritik, så handlar man självfallet ovetenskapligt. Även om Harper sagt sig taga avstånd från skuldbegreppet[6], skulle han blott därmed icke ha förhöjt kvaliteten i sitt arbete ur vetenskaplig synpunkt. Ett avståndstagande från skuldbegreppet utan att kritisera detsamma och utan att i dess ställe införa någon förklaring till på begreppet uppbyggda maximer, samtidigt som man godtager dessa maximer, kan icke betyda något annat, än att man icke vet, varför man tager avstånd från skuldbegreppet, att man icke vet sålunda, varför man tager avstånd från en av de främsta hörnstenarna i den juridiska lärobyggnaden. Ett dylikt förfaringssätt har intet med vetenskaplig metod att skaffa.

Härtill kommer nu att det också av den anledning synes alldeles meningslöst för en sådan författare som Harper att taga avstånd just från skuldbegreppet såsom rättspolitisk grund för legala tvångsreaktioner, att både rättviseföreställningarna och den med dessa sammanhängande falska metoden äro helt upptagna i hans åskådning. Harper har ingenstädes avvisat tanken, att rättslig tvångsreaktion i rättvisans namn bör drabba den, som gjort sig förtjänt därav. Denna tanke måste tvärtom, om Harper vill vara konsekvent, ingå i hans åskådning. Ty han har ju, såsom vi sett, uttryckligen sagt, att rättvisan såsom norm i juridiken är bestämd av de värderingar, som finnas »implicit in the general notions and culture of a people». Att till dessa värderingar hör, att det är rättvist att var och en får efter förtjänst, torde vara lönlöst att söka bestrida. Men har man väl en sådan föreställning, då torde det i princip anses vara en självfallen tillämpning av densamma, att det är rättvist, att man får ersätta den skada, som man vållat annan genom sitt klander-

---

[5] Framträdande genom »intentional wrong», resp. »fault». Jfr nedan s. 266 n. 1.

[6] Harper har dock i sitt ifrågavarande arbete aldrig tagit avstånd från skuldbegreppet. Framställningen tyder kanske i någon mån på, att han så önskade, ehuru han icke varit rustad därtill. Också om han icke någonstädes understryker personens »guilty mind» såsom rättfärdighetsgrund för tvångsreaktionen, talar han om *fault* i moralisk och social mening. Se t. ex. § 155.

värda handlingssätt. Men detta är just skuldregelns i metafysisk mening innebörd. Och det är ju alldeles tydligt, att Harper måste mena, att »intentional and negligent invasions» — i motsats till sådana handlingar som leda till »strict liability» — äro på något sätt undermåliga och därför göra det rättvist, att subjektet blir ansvarigt. Till yttermera visso bekräftas detta av hans egna uttryckssätt. Faktiskt säger han om den dolöses och kulposes ansvarighet, att den förres vilar »upon the obvious moral ground that one who intentionally invades the interests of another should be required to compensate the person harmed», och den senares på »the social ground that when one has acted unreasonably with respect to others, he should make good the loss occasioned thereby».[7] Lägges nu härtill, att ansvaret i den tredje gruppens fall — extra-hazardous conduct — enligt Harper vilade på »grounds that are purely socionomic»[8], så framgår det ganska tydligt, att även Harpers åskådning innefattar, att ansvaret vid »intended and negligent invasions» hade sin grund i handlingens av given moralisk, resp. social måttstock framgående undermålighet, alltså klandervärdhet, under det att det strikta ansvaret icke hade sådan grund. Därmed föreligger i realiteten också i hans åskådning den gamla traditionella distinktionen mellan skuld-ansvar och ansvar utan egen skuld. Åberopandet av skuld som grund för ansvaret, betyder, som nyss nämndes, att actor genom sitt klandervärda handlingssätt gjort sig förtjänt av ansvaret. I sak är detta just vad Harper säger i fråga om »intentional» och »negligent» invasions. Att Harper i fråga om den kulposes ansvarighet (till skillnad från den dolöses) blott talar om »social» grund och icke »moralisk» spelar ingen roll. Den metafysiska tron på objektiva värden — i ena fallet ett moraliskt, i andra fallet ett socialt värde — ligger lika fullt i bakgrunden.[9]

---

[7] Harper, Treatise, s. 15. — Längre fram i arbetet talar han oförbehållsamt om »fault» såsom rättvis grund till ansvaret. Avsiktlig kränkning av »legally protected interests of others» skall vara »moral fault», handling, varigenom skapas »a foreseeable and unreasonable risk» för sådana intressen, »social fault». Det förra handlingssättet »is to be condemned on ethical grounds», det senare är »anti-social or socially immoral», men kan, kvalificerat, bli »unethical as well». Se Harper § 155.

[8] Harper, s. 15.

[9] Jfr Culpa-Regeln, s. 48. — För övrigt vore det ju svårt att förstå, varför blott handlingens etiska men icke dess sociala klandervärdhet skulle göra actor rättvisligen förtjänt av tvångsreaktionen. Harper hyser icke heller en sådan åsikt: »The conception», säger han, »that legal liability should accompany moral or *social* (kurs. här) fault is due largely to the modern notion that ordinarily it is grossly unjust to require a person who innocently or accidentally causes harm to pay for it»; Harper, Treatise, § 156. En annan sida av denna »modern notion», som tydligen också är Harpers egen, är att det *är rättvist*, att man får ersätta skada, som man förorsakat genom »fault», vare sig denna varit »moral» eller »social».

Anmärkningar till Roscoe Pounds rättsåskådning.

De två amerikanska författare, som i det föregående framför allt berördes — Harris och Harper — voro som vi sågo influerade av Roscoe Pounds läror. Denne mångårige »Dean» vid Harvard Law School intager en sällsynt högt respekterad ställning som rättsvetenskaplig nydanare i det stora landet, och det är nödvändigt, att vi här konfronteras med vissa moment i hans grundåskådning.

Pound har i viss utsträckning blicken öppen för metafysiken inom rättsvetenskapen. Icke sällan uttrycker han sig i satser, som — om man ser dem *isolerade* och icke i det sammanhang, vari de uttalats — återgiva en realistisk syn på frågorna. Han påvisar, hurusom man för att kunna hävda den skadeståndsrätten dominerande principen »no liability without fault» (culpa-regeln) helt enkelt fingerar att »fault» föreligger.[1] Gentemot jurisprudensen uttalar han följande träffande sats: »the negligence is established by the liability, not the liability by the negligence», s. 180. Även när det gäller den s. k. culpa-regelns rättspolitiska grund, finner man hos Pound uttalanden, som förefalla verklighetstrogna. Sålunda säger han, att »the ultimate basis of delictual liability is the social interest in the general security», s. 177. Det heter vidare: »But what the law is really regarding is not his (svarandens) culpable exercise of his will but the danger to the general security if he and his fellows act affirmatively without coming up to the standard imposed to maintain that security», s. 178 f. Trots dylika uttalanden — det sista tydligt nog innefattande idén om skadeståndsrättens prevenerande funktion — visar det sig emellertid, att Pound icke har genomskådat den metafysiska karaktären i tron på rättsideologiska effekter överhuvud, även om han tager avstånd från ett och annat inom rättsmetafysiken. Vad han sålunda tager avstånd från — t. ex. från att betrakta åsidosättandet av »normal aktsamhet» såsom »fault» i klandervärd mening (s. 178 f.) eller »the will-philosophy of law» (s. 90) — ligger dock blott på ytan. Rättighets- och pliktföreställningarnas rättsideologiska fondering, deras karaktär att blott utgöra en metafysisk överbyggnad på rättsmekanismens fungerande

[1] Pound, An introduction to the philosophy of law, s. 178 f. Pound har naturligtvis skrivit en mängd böcker. Denna torde vara i förevarande sammanhang mest representativ. Han behandlar här, utom rättens ändamål, bl. a. utomkontraktlig skadeståndsrätt, äganderätt och kontraktsrätt. — Vad det nu berörda uttalandet angår, är det här icke fråga om culpa-fiktion i den mening, som vi stundom pläga använda ordet, t. ex. vid granskning av prejudikat på skadeståndsrättens område. Pound menar här, att det är fiktion att sätta likhetstecken mellan bristande åt normal aktsamhet och skuld (fault). Orimligheten i att betrakta skuldomdömet såsom uttryck för en föreställning om verkligheten har han ingalunda givit uttryck åt.

och de realiteter, som härmed stå i samband, har han icke förstått. Varje ansats till analys av dessa realiteter saknas i hans framställning. Icke utan visst intresse äro Pounds historiska överblickar av rättsåskådningarna i olika avseenden under skilda tider. Men de kritiska anmärkningar, som därvid fogats, träffa dock aldrig den rättsideologiska grunden: den materiella rätten såsom föremål för realisering genom processen i vidsträckt mening. Uppenbarligen ingår tron härpå i Pounds egen åskådning.

På den tid människorna först direkt reflekterade över rättens ändamål ansåg man, säger Pound, »that law exists in order to keep the peace at all events and at any price ... It puts satisfaction of the social want of general security, stated in its lowest terms, as the purpose of the legal order.»[2] Detta stadium karakteriserar Pound såsom »the stage of primitive law». Detta och andra uttalanden synas utvisa, att Pound dels har meningen, att man på den tiden hyste denna åsikt om rätten, dels ock meningen att rätten faktiskt hade funktionen »to keep the peace». Båda meningarna torde vara ohållbara. Näppeligen hade man någon klar åsikt om någon som helst social funktion hos rätten. Rättstvånget mot »fredsbrytaren» betraktades i de enskilda fallen närmast som hämndakter. Även om denna hämnd med tiden ansågs utövad av samhället och för dettas räkning, så var dock denna sociala hämnd något helt annat än »to keep the peace». Vad den andra frågan angår, är det ju tydligt att denna »peace» dock förutsatte ett samhälle, i vilket människorna — låt vara i olika grader — ånjöto viss trygghet i fråga om egendom och kroppslig integritet, kanske också i någon mån i fråga om avtals fullgörande. M. a. o. denna fred *implicerade* rättens uppehållande. Därigenom har det ingen mening att anse rättens ändamål vara att upprätthålla freden. I all hemlighet förutsätter Pound såsom givna vissa rättspositioner och vissa gränser för handlingssätten, vilkas överskridande innefattade brytandet av freden. Sådan mystik ligger bakom hela Pounds åskådning, såsom vi få tillfälle att se i det följande.

Det andra utvecklingsskedet i fråga om rättens ändamål karakteriseras såsom »preservation of the social status quo». Stammande från grekiska filosofer utbildades detta enligt Pound till juridisk teori genom den romerska rättens trenne »iuris praecepta: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere». Denna maxim inträngde i den germanska rätten och dominerade under medeltiden.[3] Pound gör icke någon antydan om, att denna »juridiska teori» innefattar en väsentlig del av själva grundvalen för all den rättsideologiska vidskeplighet, som juridi-

[2] Pound, s. 72 f.
[3] Pound, s. 74—79.

ken fått dragas med genom tiderna ända fram i våra dagar[4], en sak som Pound, av hans bok att döma, icke funnit anledning reflektera över. (Naturligtvis behärskades den romerska rätten av mystik även under republikens tid och därefter före »teoriens» i fråga införlivning med ius civile. Men denna mystik var av annat slag.[5])

De geografiska upptäckterna, kolonisationerna och vad därmed stod i samband medförde, säger Pound vidare, en ändring i fråga om rättens ändamål, vilket småningom kunde karakteriseras såsom syftet »to secure the greatest possible general individual self-assertion». Denna föreställning dominerade teorierna under en del av 1600-talet samt under 1700- och 1800-talet. För denna »will-philosophy of law» var det sociala problemet »to reconcile conflicting free wills of conscious individuals independently asserting their wills in the varying activities of life».[6]

Sedan slutet av 1800-talet hade emellertid ett nytt tänkesätt vuxit fram. Det vore nu icke längre »human wills», som hade den egentliga betydelsen utan »human wants and desires». »A new way of thinking grew up»: Juristerna började tänka på »the end of law not as a maximum of self-assertion, but as a maximum satisfaction of wants».[7] Man bör kanske lägga märke till att Pound synes föreställa sig, att »the end of law» bestämdes av ett fåtal personers tänkesätt under de olika epokerna. Har man någon inblick i rättsmaskineriets betingelser och dess funktionssätt, så förstår man, att detta »the end of law» icke kan vara beroende av en grupp professionellas tänkesätt. Det är överhuvud omöjligt att få någon verklighetstrogen uppfattning om »the end of law» utan möjligast djupa inträngande analys av rättsmekanismen och dess faktiska funktionssätt. Sådan analys synes Pound helt och hållet vara i saknad av. Genomgående tycks han egentligen icke bygga på annat, än vad han funnit vara de rättslärdas uppfattning av rättens »ändamål» under skilda tider. Emellertid blir nu det av Pound angivna juridiska tänkesättet vid 1800-talets slut grunden också för Pounds egen ståndpunkt angående »the end of law», vilken ståndpunkt han formulerar i följande ordalag:

»For the purpose of understanding the law of today I am content with a picture of satisfying as much of the whole body of human wants as we may with the least sacrifice. I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants — the claims and demands involved in the existence of

[4] Se min framställning här nedan angående frågan om juridikens behov av rättsideologi, s. 534 ff.

[5] Se Obligationsbegreppet I, s. 27—36.

[6] Pound, s. 79—86.

[7] Pound, s. 89.

civilized society — by giving effect to as much as we may with the least sacrifice, so far as such wants may be satisfied or such claims given effect by an ordering of human conduct through politically organized society. For present purposes I am content to see in legal history the record of a continually wider recognizing and satisfying of human wants or claims or desires through social control; a more embracing and more effective securing of social interests; a continually more complete and effective elimination of waste and precluding of friction in human enjoyment of the goods of existence — in short, a continually more efficacious social engineering.»[8]

Beaktar man nu den här förut antydda bakgrunden för detta Pounds uttalande, utvisande att detsamma icke föregåtts av någon som helst kritisk inställning till den rättsideologiska apparaturen och icke av någon som helst förklaring av vad »rätten» (law) är för något, långt mindre av något försök till analys av de sammanhang och andra realiteter som ingå i rättsmekanismens komplex — då torde man icke kunna tillmäta uttalandet någon vetenskaplig betydelse. Att samhället icke kan bestå utan rättens uppehållande och att rätten såtillvida tillgodoser sociala intressen är en reflexion, som varje reflekterande lekman måste ha varit i stånd att göra icke blott i vår tid utan även i det förgångna. Med blott en sådan reflexion är intet vunnet ur vetenskaplig synpunkt. Man måste också ha en, om ock blott generell, så dock i sina allmänna drag verklighetstrogen bild av, *huru* samhällsorganisationen och människornas däri intressen tillgodoses genom rätten. Men den bilden kan man icke erhålla, förrän man inser anledningen till, att denna sekler tillbaka lika väl som i våra dagar självfallna reflexion om rättens sociala nödvändighet icke medvetet och direkt kommit till användning i juridiken vare sig förr eller i nutiden. Denna anledning är just rättsideologiens makt över rättsvetenskapen. Så länge rättsideologien härskar, kommer man icke ifrån de rättsideologiska »effekterna» med deras förutsättning: individen såsom rättssubjekt och därmed såsom självändamål i rätten, en förutsättning stående i ofrånkomlig motsättning till de sociala behovens och de sociala intressenas dominerande betydelse.

Pound har som redan sagts aldrig funnit någon anmärkning emot detta i och för sig, att romarrätten genom iuriskonsulten Ulpianus upptog vissa »iuris praecepta». Det är dessas formulering, som han möjligen — dock är detta ingalunda klart — tager visst avstånd från med hänsyn till senare tiders sociala förhållanden.[9] Han har förvisso intet att in-

[8] Pound, s. 98 f.

[9] Saken är egentligen mycket egendomlig. Pound har ingenstädes tagit avstånd från den Ulpianska satsen på grund av dennas rättsideologiska karaktär. Han har överhuvud icke angripit rättsideologien såsom sådan. Såsom skall framgå här nedan i texten, tror

vända emot antagandet av »rättsföreskrifter» av innehåll att »human wants or claims or desires» skola tillgodoses »through social control». Han har m. a. o. intet att invända emot antagandet av en »materiell rätt» i och för sig och de individuella »claims» och »duties», som därav bli följden, om blott den »materiella rätten» får ett innehåll, avpassat efter »human wants or desires» i stället för »human wills». Denna modifikation betyder i realiteten intet annat än att Pound — liksom juridiken i allmänhet under bortåt sista halvseklet — menar, att t. ex. »rättigheterna» av sociala skäl icke kunna vara absoluta utan blott relativa (jfr hans a. a., s. 92 f.), med hänsyn vartill jag får hänvisa till mina anmärkningar angående denna distinktion.[1] Överhuvud synes Pounds allmänna rättsåskådning vara densamma som exempelvis Demogues, när denne auktor lägger vikten på motsättningen mellan ett förutvarande mera individualistiskt och ett nutida mera socialt betonat samhälle.[2] Låt oss emellertid nu något gå in på Pounds lära.

Den enskildes ekonomiska liv i samhället, säger Pound, involverar fyra »claims». De äro: »a claim to the control of certain corporeal things ... a claim to freedom of industry and contract as an individual

---

han själv på en materiell rätt, varpå de enskildas anspråk skola grunda sig. Det skulle sålunda vara idéinnehållet i de Ulpianska rättsföreskrifterna, som Pound icke gillade med hänsyn till senare tiders sociala förhållanden. Men Pound tror själv på både äganderätt och andra rättigheter, vilka skola kunna hävdas såsom »claims» såväl mot motparten i ett rättsförhållande som mot »the world at large». Dessa »claims» innefatta bl. a. skadeståndsanspråk i rättsideologisk mening. Därmed ha vi då från Pounds sida de två sista Ulpianska rättssatserna erkända: »alterum non laedere, suum cuique tribuere». Att han skulle vilja taga avstånd just från Ulpianus' första sats, »honeste vivere», kan naturligtvis icke antagas. I själva verket ligger saken så till, att Ulpianus' uttalande icke motsäges av något av de två syften, som enligt Pound skulle i tur och ordning dominera de två följande epokerna: 1. »to secure the greatest possible general individual self-assertion» och 2. att åstadkomma »a maximum satisfaction of wants». De rättigheter och de rättsideologiska förbud mot skadegörelser, som med Pounds åskådningssätt ovillkorligen måste tillhöra dessa två epoker, måste alldeles lika mycket eller alldeles lika litet som de Ulpianska rättsföreskrifterna verka »the preservation of the social status quo». — För övrigt har Pound icke heller lyckats formulera någon verklig motsättning mellan de två sista epokernas rättsändamål. Betydelsen av »the individual self-assertion» eller »human wills» kan ju i rätten icke yttra sig annorlunda än genom s. k. viljeförklaringar såsom rättsfakta. Då avtalsfrihet i det hela råder lika mycket nu som under närmast föregående sekel, kan man väl icke säga, att »viljeförklaringarna» såsom rättsfakta numera ha i det hela mindre betydelse än t. ex. under första hälften av 1800-talet. Det är sant, att individens dispositionsmöjligheter över vissa nyttigheter numera kan anses något mera begränsade, men å andra sidan ha nyttigheterna ökats i ofantlig mängd, varigenom nya dispositionsmöjligheter tillkommit. — Genom att på detta sätt antaga motsättningar, som icke finnas, har Pounds historiska revy över »the end of law» blivit särskilt oklar.

[1] Ovan s. 138 ff.

[2] Se härom ovan s. 135 f.

asset . . . a claim to promised advantages, to promised performances of pecuniary value by others . . .» samt slutligen

»a claim to be secured against interference by outsiders with economically advantageous relations with others, whether contractual, social, business, official or domestic. For not only do various relations which have an economic value involve claims *against the other party* to the relation, which one may demand that the law secure, but they also involve claims *against the world at large* that these advantageous relations, which form an important part of the substance of the individual, shall not be interfered with» (kurs. här).

Efter angivandet av dessa fyra »claims» heter det:

»Legal recognition of these individual claims, legal delimitation and securing of individual interests of substance is at the foundation of our economic organization of society. In civilized society men must be able to assume that they may control, for purposes beneficial to themselves, what they have discovered and appropriated to their own use, what they have created by their own labor and what they have acquired under the existing social and economic order. This is a jural postulate of civilized society as we know it.»[3]

Jag kan icke finna att detta är något annat än ord hopade till ord, utan att det är möjligt att få fram någon verklig tankegång. Vad skola dessa »claims» (anspråk) grunda sig på? Eller dessa »relations» eller »interests», med hänsyn till vilka »claims» skola finnas? De skola ju enligt Pound finnas till oberoende av »legal recognition», resp. »legal delimitation and securing», ty de skola ju utgöra föremål för sådana legala manifestationer. Detta måste vara hans verkliga åsikt, ty eljest skulle han mena, att dessa »claims» etc. bleve till genom manifestationerna i fråga. Såsom innefattande ordmagi kan detta icke antagas vara Pounds åsikt. Hans mening kan i själva verket icke vara någon annan, än att dessa »claims» hade sin grund i sin överensstämmelse med den »materiella rätten», av honom kallad »jural postulate of civilized society». Detta måste följa därav, att de skola vara till såsom föremål för »legal recognition» (sista citatet) och »legal securing» (näst sista citatet), som tydligen måste avse faktiskt uppehållen lag. »Claims» i fråga måste nu — det är uppenbarligen Pounds mening — ha en rättslig kvalitet, alltså vara grundade i »law». Men denna »law» kan, såsom det sagda visar, icke vara faktiskt uppehållen lag. Den måste därför vara den där bakom liggande auktoriserande »law», som i rättsideologien går under benämningen den »materiella rätten». Att detta verkligen måste vara Pounds mening synes, som vi strax skola se, bekräftas av andra hans uttalanden.

[3] Pound, s. 191—193.

Utan någon som helst mening är uttalandet, att det vore ett det civiliserade samhällets rättspostulat, att människorna måste kunna »assume», att de få utöva kontroll över vad de ha »förvärvat», varvid ju Pound till yttermera visso förutsätter, att förvärvet skall ha skett »under the existing social and economic order». En »order», under vilken man kan göra »förvärv», måste ju innefatta bl. a. lagar om s. k. laga fång och vad därtill hör, d. v. s. arvs- och testamentsrätt samt viss avtalsrätt i förbindelse med skadeståndsrätt och straffrätt. Tack vare dessa rättsreglers uppehållande kan man, som det heter, förvärva ett ting. Detta förvärv måste ovillkorligen innesluta vad som hos Pound uttryckes med »claims», och i detta fall »claims to the control of certain corporeal things». Men då rättsligt »förvärv» här har skett, måste ju dessa »claims» redan vara »legally recognized». Det är därför omöjligt att förstå, att det där rättspostulatet — om att människorna måste kunna »assume» sin befogenhet att kontrollera de förvärvade tingen — skulle kunna ha någon som helst betydelse för vare sig tillkomsten eller konsistensen av dessa »claims». Alla ingredienser för en »fait accompli» äro ju där, när rättspostulatet äntligen tillsättes, vilket sålunda sker för sent. Man kan med skäl undra, om Pound själv vet, vad han menat med alla dessa uttalanden.

Något av sakligt intresse kan han helt enkelt icke ha givit med sin framställning. Han har nämligen ingenstädes i sin skrift gått in på denna fråga: om betydelsen av rättsmekanismens fungerande för uppkomsten av allt detta, som det enligt honom skall vara »at the foundation» av vår ekonomiska samhällsorganisation att »legalt erkänna», resp. »legalt bestämma och trygga». Detta är helt enkelt att diskutera rättens betydelse med fullständig abstraktion från vår erfarenhet av densamma och från densamma icke blott såsom historisk utan jämväl såsom aktuell förutsättning för vår samhälleliga existens. Sådant kan icke ha med vetenskaplig penetrering att skaffa. Hålla vi oss till Pounds första »claim», som skall ha avseende å »property», så utvisar hans framställning, att en erfarenhetsmässig belysning av rättsideologiens äganderätt av den art, som jag flerstädes sökt giva[4], måste vara honom fullkomligt främmande.

Pounds grundåskådning visar sig i själva verket vara den vanliga rättsideologiska, låt vara uttryckt på ett oklart sätt. I bakgrunden för det hela skall ligga »a jural postulate of civilized society». Där ha vi den positivistiska materiella rättens objektiva böra. På detta skall uppenbarligen det legala erkännandet av »individual claims» etc. grunda sig. »Legala» torde här, som förut sagts, ha avseende å faktiskt uppehållna

[4] Senast här nedan s. 518—533.

rättsregler. Förhåller det sig så, då måste Pound mena, att dessa »claims» uppstått genom och alltså ha sin grund i sin överensstämmelse med det ifrågavarande »jural postulate». Detta postulat kan ju icke leda till det legala erkännandet av andra »claims», än dem som stå i full harmoni med postulatet. Hur än Pounds oklara ord äro att närmare förstå, är det oförtydbart, att den vanliga rättsmetafysiken angående rättsförhållanden samt därav föranledda rättsliga anspråk mot enskilda och rättsskyddsanspråk mot staten accepterats av honom. Detta framgår, utom av det redan refererade[5], av hans därefter följande diskussion av olika äganderättsteorier. Han berör där: »(1) Natural-law theories, (2) metaphysical theories, (3) historical theories, (4) positive theories, (5) psychological theories and (6) sociological theories». Enligt samtliga dessa teorier framstår äganderätten såsom en rättsideologisk effekt. Det är alltså genomgående fråga om klart verklighetsfrämmande åskådningar. Härom finns icke den ringaste antydan hos Pound.[6] Egendomligt nog synes han icke ens ha lagt märke till den metafysiska karaktären vare sig hos sin egen eller de nämnda teorierna. Med »metafysiska teorier» menar Pound endast sådana som Kants och Hegels, tillhörande »the general movement that replaces seventeenth- and eighteenth-century theories of natural rights, founded on the nature of the abstract man or on an assumed compact, by metaphysical theories».[7]

Låt oss härefter återvända till Pounds syn på den utomkontraktliga skadeståndsrätten. Sedan han erinrat om att »composition for vengeance» förbytts »into reparation for injury» skriver han: »thus recovery of a sum of money by way of penalty for a delict is the historical starting point of liability».[8] Utgångspunkten i fråga är dock oduglig, såvitt den skall användas för en undersökning av realiteterna i skadeståndsrätten. Föreställningen om skadeståndet såsom »penalty for a delict» kan icke vara verklighetstrogen utan beror på rättsmedvetandets förvridning av realiteterna. Däremot kan man naturligtvis börja med denna falska föreställning såsom historisk utgångspunkt för en framställning av de olika tidernas syn på skadeståndsrätten, varvid nämnda föreställning kan sägas

---

[5] Särskilt bör man därvid lägga märke till Pounds uttalande (ovan s. 239), att de olika relationerna av ekonomiskt värde skola involvera icke blott »claims against the other party to the relation» utan jämväl »claims against the world at large», d. v. s. emot vem som helst i universum. Detta är förvisso konsekvent ur rättsideologisk synpunkt. Och den som så uttalar sig måste med hull och hår vara fången i rättsideologiska föreställningar.

[6] Se hans a. a. s. 203—235.

[7] Pound a. a. s. 210.

[8] Pound a. a. s. 149.

vara grundläggande för den vidskeplighet på området, som härskat och alltjämt härskar inom rättsvetenskapen. Pound menar emellertid uppenbarligen, att skadeståndet i äldre tider verkligen utgjorde »penalty for a delict», en tanke som dock är logiskt omöjlig att realisera. På liknande sätt förhåller det sig med andra uttalanden såsom exempelvis dessa:

»The French civil code made the idea of Aquilian *culpa* into a general theory of delictual liability, saying, 'Every act of man which causes damage to another obliges him through whose fault it happened to make reparation' ... But along with this generalization the French code preserved a liability without fault, developed out of the noxal actions, whereby parents and teachers may be held for injuries by minors under their charge, masters for injuries by their apprentices, employers for injuries by employees and those in charge of animals for injuries by such animals.»[9]

Inte var det väl »culpa legis Aquiliae» eller noxalaktionerna, som här egentligen lågo i bakgrunden; utan det var reella samhälleliga behov, delvis mer eller mindre påminnande om dem, som hos romarna under allehanda skolastiska svepskäl framdrivit dessa aktioner, vilka nu gjorde sig gällande för den franske lagstiftaren och tillsammans med dennes rättsideologiska föreställningar bestämde utformandet av de ifrågavarande lagparagraferna.[1]

Såsom i början nämndes, hade Pound mycket förnuftiga uttalanden angående »culpa»-regelns betydelse för tillgodoseendet av »the social interest in the general security», faktiskt också angående dess prevenerande verkan. Uttalandena ha dock icke varit uttryck för någon djupare förståelse för de hithörande sammanhangen. I själva verket menar Pound, att den utomkontraktliga ansvarigheten har sina »immediate bases», s. 177, i trenne »jural postulates of civilized society». På de två första postulaten skall ansvar för dolus, resp. för culpa, vila. Det tredje skall utgöra grunden för ett visst strikt ansvar. Postulaten, vilka uppenbarligen skola vara »at the foundation of civilized society» (jfr Pound, s. 169) formuleras sålunda:

1. In civilized society men must be able to assume that others will do them no intended injury — that others will commit no intentional aggressions upon them. — 2. In civilized society men must be able to assume that their fellow men, when they act affirmatively, will do so with due care, that is with the care which the ordinary understanding and moral sense of the community exacts, with respect to consequences that may reasonably be anticipated. — 3. Men must be able to assume that others, who keep things or maintain conditions or

[9] Pound s. 161 f.

[1] C. civ. art. 1384 och 1385, varom i det föregående.

employ agencies that are likely to get out of hand or escape and do damage, will restrain them or keep them within proper bounds.[2]

Må man nu beakta, att dessa »jural postulates» skola vara »at the foundation of civilized society» och att detta i sin tur skall sammanhänga därmed, att det nu icke längre vore fråga om realiserandet av människans fria vilja såsom rättens ändamål, utan att detta i stället bestämdes av »the wants or claims involved in civilized society» (Pound, s. 169 jfd med s. 89). Det blir då ofrånkomligt, att den ifrågavarande ansvarigheten skall ha sin grund i *rättsliga krav från samhällets sida* mot människorna gående ut på, att de måste handla i överensstämmelse med dessa »jural postulates», vid äventyr att eljest utsättas för skadeståndstvång. Därmed ha vi framför oss grunddraget i den vanliga rättsideologien med den materiella rätten såsom dess underlag. Detta att människorna gentemot varandra »must be able to assume», att det handlas i enlighet med postulaten, är blott en annan formulering för att de skola vara *berättigade att ömsesidigt fordra* sådana handlingssätt. Dylika fordringar åter kunna endast vara uttryck för en viss sida av detta förhållande, att det i kraft av rättspostulaten vilar ett »objektivt böra» å människorna att handla i överensstämmelse med dem. Därmed ha vi i sak, om ock icke i ord, den vanliga rättstridighetsläran, varvid blott märkes att jämväl skadegörelser fallande under tredje postulatet — avseende »strikt ansvarighet» — måste komma under rättstridighetskategorien. Detta står väl i överensstämmelse med anglo-amerikansk doktrin, varifrån jag lånat termen. Jämväl »strict liability» förutsätter nämligen, att handlingen objektivt utgjort en »wrong». Att detta också måste vara Pounds mening erhåller ytterligare ett visst stöd i hans tydliga sympati för domen i fallet Rylands v. Fletcher, som jag senare skall beröra.[3]

Slutligen må blott erinras om, att Pound vid dessa postulat gör samma slags förbiseende som i fråga om »property»-postulatet, nämligen att helt och hållet tappa bort de faktiska betingelserna för existensen av allt det, som måste utgöra föremålet för de skadegörelser, som skola medföra en persons »liability»: egendom, förmögenhet och alla övriga s. k. rättsliga intressen. Dessa *förutsätta* uppehållandet bl. a. just av hela skadeståndsrätten av sådant innehåll, som skall framgå av de tre Poundska postulaten! För övrigt behöver jag ju endast hänvisa till min senare belysning

[2] Pound, s. 169, 170 och 176. — Man ser här tydligt en förebild till Harpers principiella uppläggning av ämnet, ovan s. 230 ff.

[3] Det nyss citerade tredje rättspostulatet har Pound säkerligen inspirerats till av den rättsprincip, som framgår av domen i Rylands v. Fletcher. Jfr nedan s. 351 och 359.

av rättsideologiens äganderätt[4], ävensom den därefter gjorda utvecklingen av min tes om samhällsnyttan[5]. Är det väsentliga av vad jag å dessa ställen utvecklat, sakligt hållbart, så måste konsekvensen obönhörligen bli, att Pounds lära om de rättsliga postulaten och hans åskådning överhuvud i fråga om både »property» och »delictual liability» sakna direkt kontakt med verkligheten, som de blott giva en vrångbild av.[6]

[4] Nedan s. 518—533.

[5] Nedan s. 549 ff.

[6] I en generalrapport till en kongress, som 1932 anordnats av l'Académie Internationale de Droit Comparé, över »Les principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques» uttalade jag, att Pound syntes mig stå »head and shoulders above his radical European fellows, e. g. a Kelsen, a Duguit, etc.». (Se Mémoires, s. 406.) Jag är rädd, att detta möjligen varit en något överdriven värdering.

Fault-liability huvudregeln i anglo-amerikansk skadeståndsrätt.

I både England och Amerika finns ett stort antal rubriker, under vilka hänförliga situationer av inträffad skada redan enligt »common law» medföra ansvar oberoende av svarandens culpa. Men oaktat detta (ävensom en sparsam speciallagstiftning under tiden från omkring sista sekelskiftet) torde kunna sägas, att *rättsvetenskapen* åtminstone alltifrån Austin[1] hävdat satsen »no liability without fault», alltså culpa-regeln, såsom den egentligen vetenskapliga principen. Både i engelsk och amerikansk doktrin finner man uttryck för tanken, att det rent strikta ansvaret, åtminstone i vissa fall, uppehölles på ohållbara grunder. Så anser Pollock, att det strikta ansvaret för skada genom »wrongs to possession and property» förklaras därav, att man här hade att göra med en av den engelska rättens historiska kuriositeter.[2] På tal om »the absolute liability in dealing with real and personal property» säger amerikanaren Burdick, att man här möjligen hade en kvarleva från den äldre germanska rätten, som icke förutsatte skuld för ansvarigheten.[3] Mest misslynt med de alltför många undantagen från »this general principle» (d. v. s. »fault-liability») synes Salmond vara. Han säger i förordet till sitt bekanta

[1] Se Austin II, Lectures XXIV och XXV. »Intention, negligence, heedlessness or rashness, is *of the essence* of injury or wrong; is *of the essence* of breach of duty; is a necessary condition precedent to the existence of that plight or predicament which is styled guilt or imputability», s. 144. »Negligence» inkluderar »heedlessness» och »rashness», s. 79, och karakteriseras av »inadvertance», s. 145. Austin är angelägen inskärpa, att »unlawful intention or unlawful inadvertence is of the essence of injury», s. 157, 165. Han nämner en av »common law»-domstolarna tillämpad regel såsom »monstrous», enär man förbisett sistnämnda sats, s. 157. Kritiskt anmärker han, att »the only instance wherein intention or inadvertence is not an ingredient in breach of duty, is furnished by the Law of England», s. 156. Man är icke ansvarig för skada genom »accident or chance (casus)», d. v. s. »not liable as for an injury or wrong». En annan sak är att man kunde vara ansvarig »by virtue of an obligation arising *aliunde*», d. v. s. »ex contractu or quasi ex contractu», s. 165 ff. — Angående Austins stora auktoritet se Obligationsbegreppet II: 1, s. 49 n. 4.

[2] Pollock, s. 12.

[3] Burdick, Torts, s. 12. — »The opening of the twentieth century found us with a well-developed theory of tort law in which fault was an important, if not the all-important element», Isaacs, Fault and liability (1918), 31 Harv. L. Rev. s. 974 (citat från Salmond-Stallybrass, s. 22).

verk om skadeståndsrätten, att »the various rules of absolute liability for accidental harm» har lett till olösta problem av vittfamnande betydelse. Dessa problem medföra sådana ovisshetselement, att det blir omöjligt att giva en fullständig och tillförlitlig framställning av rätten. »The writer of a law-book» nödgas behandla vissa ämnen på ett sätt, som blott är provisoriskt och spekulativt. Salmond har därvid tydligen framför allt domsprincipen i det bekanta fallet Rylands v. Fletcher[4] i sikte. Han skriver nämligen:

»Had the law been content to adopt the uniform principle that liability for such harm depended in all cases on the existence of negligence on the part of the defendant or his servants, most of the serious difficulties and complexities which now exist as to this matter would have been eliminated. Unfortunately, however, for the simplicity of our legal system, it has been thought necessary to establish a number of exceptions to this general principle; and the question as to the nature and limits of these exceptional rules of absolute liability still remains largely covered with doubt and darkness. This is more especially so with the rule established by the decision of the House of Lords in Rylands v. Fletcher in 1866. No decision in the law of Torts has done more to prevent the establishment of a simple and uniform system of civil responsability.»[5]

Exkurs: Negligence och Culpa.

Emellertid är nu denna fråga angående engelska *rättens* (= både rättsvetenskap och judikatur) inställning till vad vi mena med culparegeln ett särdeles svårbedömligt kapitel, åtminstone för en jurist, som

[4] Detta fall skall här nedan, s. 348—390, bli föremål för utförlig behandling.

[5] Salmond, Torts, s. VII f. Den av Salmond föreslagna principiella ramen för ansvarigheten blir ingalunda så trång, som man vid första påseendet kanske föreställer sig. Den skall omfatta ett betydande område av ansvar utan egen culpa, nämligen ansvaret för anställdas culpa. Tydligen menar Salmond, att den nuvarande engelska »liability of the master for the acts of his servant» (varom nedan s. 437 ff.) skulle bibehållas i hela sin utsträckning. I situationer av sådant slag som i Rylands v. Fletcher torde han mena det vara principiellt riktigt att låta fastighetshavaren svara jämväl för andras »negligence» än »that of a servant» (jfr nedan s. 364 ff.). Salmond har vidare intet att erinra emot doktrinen res ipsa loquitur, vars tillämpning faktiskt kan innefatta, att person göres strikt ansvarig. Se om nämnda doktrin här nedan s. 267 ff. — I sin generalrapport till den av l'Académie Internationale de Droit Comparé anordnade kongressen i Haag 1932 gör prof. Walton en del uttalanden om en jämförelse mellan å ena sidan ansvarigheten i »the modern civil law» och å andra sidan »the English law of torts». Han erinrar om, att ansvaret i alla »civil law countries» (dit då naturligtvis icke England hänföres) är modifierad romersk rätt. Under det att »all civil law systems start with a broad principle» (sc. of responsibility for fault), förhölle det sig så, att »the English law, after a long history, is only struggling to arrive at such a principle». Se Mémoires, s. 445. Denna strävan bekräftar emellertid mitt påstående, att den engelska rättsvetenskapen är inställd på principen »no liability without fault».

icke uppfostrats i engelskt rättstänkande. För mig ter sig situationen i allmänna drag på följande sätt.

De rättslärda i England kunna väl liksom rättsvetenskapen annorstädes ha känt ett behov att framlägga rättsvetenskapliga grundsatser till ledning för rättstillämpningen. Men en sådan verksamhet har icke gynnats av de engelska domstolarna, som fortsatt i de historiskt bestämda spåren, utmärkta genom det gamla »writ»-systemet och de därpå grundade »forms of action».[6] Framför allt gäller detta skadeståndsrätten, »law of torts». Varje »tort»-kategori växte fram som en företeelse för sig med sin särskilda »action». Bland dessa »torts» har småningom även »negligence» utbildats genom en »action of negligence». Att dess spår gå långt tillbaka i tiden är väl det sannolika, även om dessa spår före 1800-talet äro oklara och termen »negligence» på den tiden icke har någon betydelse, som är avgörande vare sig så, att där termen förelåg också alltid en motsvarighet till nutida »action of negligence» var förhanden, eller så att termens frånvaro nödvändigt utvisade, att det icke vore fråga om en sådan »action».[7] Det ser nästan ut, som om man på sina håll först på allra senaste tid ansåg sig ha fullt säker grund för sin uppfattning, att »negligence» vore »recognised as a tort in itself». Windeyer säger, att detta erkännande icke skedde förrän efter 1800-talets mekaniska uppfinningar men åberopar sig på två »cases» under 1930-talet för påståendet: »That it is so recognised to-day is clear.»[8]

---

[6] Se nedan s. 304 ff. — Se bl. a. Walton i Mémoires, s. 446 ff.

[7] Att dessa förelöpare till »action of negligence» voro grundade på »case» och icke på »trespass» (om denna distinktion se nedan s. 306 ff.) synes vara givet. Se Windeyer, s. 92 f. och Winfield, Negligence, s. 185. »Actions on the case, based on what we would call negligence, existed from an early date; but apparently they were not so described before the eighteenth century», Windeyer, s. 93. Härtill bör märkas Winfields uttalande, Text-Book, s. 226, att »negligence as a specific tort» vore av relativt modernt ursprung och knappt ett sekel gammal. Uttalandet kan naturligtvis uppfattas så, att det blir förenligt med Windeyers. I sin »History of negligence in the law of torts» börjar Winfield med några anmärkningar från Bractons tid (omkring mitten av 1200-talet), varefter han såsom *en* utvecklingsperiod behandlar de närmaste bortåt 600 åren, d. v. s. hela tiden fram till början av 1800-talet. Ända fram till 19 århundradet, säger han, »the history of negligence is a skein of threads, most of which are fairly distinct, and no matter where we cut the skein we shall get little more than a bundle of frayed ends», s. 185. I sin Text-Book, s. 437, säger han: »From the Norman period to the early nineteenth century, there is no analysis in our law books of tortious negligence.» Först när vi komma in i 19 århundradet börjar utvecklingen av föreställningen om »negligence as an independent tort» att gå snabbt, säger Winfield, Negligence, s. 195, och daterar den i detta avseende fruktbaraste perioden från 1825 till skrivande stund, d. v. s. år 1926. Det kan tilläggas, att denna utveckling numera anses ha kulminerat i ett par »cases» under 1930-talet. Detta synes även vara Winfields mening, Text-Book, s. 439.

[8] Windeyer, s. 93. Nu kan ju detta påstående vara dubbeltydigt, antingen betyda, att uppfattningen om »specific tort» alltjämt hållit sig från förra hälften av 1800-talet,

Den allmänna uppfattningen alltsedan förra hälften av 1800-talet måste i allt fall ha varit, att »negligence» jämväl vore att betrakta såsom en »specific tort in itself»[9] bland mängden av andra »torts». Man kan

---

eller ock att tvivelsmål, som förut kunnat finnas, undanröjts genom 1930-talets »cases». Att man kan reflektera på denna senare tydning förklaras av vad som följer i texten här nedan.

[9] Jag säger »jämväl», ty det synes ofrånkomligt, att »negligence» haft betydelse i skadeståndsrätten utöver detta att utgöra en »spefific tort in itself». Winfield skildrar, s. 196, utvecklingsresultat intill 1926 sålunda: »Negligence in the law of torts has a double meaning — it may signify (I) a definite tort, which consists in the breach of a legal duty to advert to the circumstances or the consequences (or both) of an act or omission which causes damage to another; the standard of this legal duty is that of a reasonable man, so far as advertance to the circumstances of the act or omission is concerned, and that of directness with respect to the consequences; (II) merely inadvertence to a legal duty, which inadvertence is a possible mental element in the commission of some other (but by no means all) torts.» Om detta har ändrats genom vissa »cases» under 1930-talet, som sedermera skola beröras, kan vara tvivelaktigt. Se särskilt nedan s. 257 f. lord Wrights uttalande i Grant v. Australian Knitting Mills, Ld (1936), ävensom hans uttalanden i Lochgelly, Iron and Coal Co. v. M'Mullan (1934), nedan s. 250 n. 1 och 254. — Winfield uttalar, Text-Book, s. 438, följande: »'Actions upon the case for negligence' in doing or not doing something became plentiful. Was this action a mere film which thinly disguised what was destined to become an independent tort, or was it simpley a claim for redress of harm perpetrated in a particular way? The answer is that neither alternative can be selected to the exclusion of the other. Both elements are traceable in the earlier part of the nineteenth century and that is how the matter stands at the present day.» Vid detta uttalande var lord Wrights ifrågavarande dom Winfield bekant. Fallet Grant etc. har berörts på flera ställen i hans Text-Book. Emellertid förefaller det av vissa delar i Stallybrass' framställning, som om denne menade, att »negligence» inom »law of torts» numera blott hade betydelse såsom en självständig »tort»; se Salmond-Stallybrass, s. 20 ff. och s. 454 ff. I så fall måste nämnda uttalande av lord Wright utgöra hans främsta grund. I Clerk & Lindsell, vilkas upplaga är ännu senare än Salmond-Stallybrass, är man dock angelägen om att skilja mellan »the tort of negligence and negligence used as an element in the commission of other torts», s. 252; jfr s. 17 f. Som exempel på den senare kategorien av ansvarsgrundande »negligence» nämnes åsidosättandet av plikter, som uppstått i samband med »occupation of defective premises, delivery of inherently dangerous chattels, dissemination of a defamatory statement, or making misrepresentations calculated to deceive», s. 252. I båda kategorierna skall det nu vara fråga om åsidosättandet av en »legal duty to take care». Det synes då icke kunna bero på annat än »case»-rättens rent faktiska, av systemet med »the forms of action» historiskt betingade utbildning, att icke också den nu sist berörda kategorien ansetts hänförlig till den särskilda »tort of negligence». De ifrågavarande fallen av »negligence» torde med andra ord blott ha varit »actionable» såsom andra »torts» än »tort of negligence». — Emellertid heter det nu hos Clerk & Lindsell, s. 252 f., att den där framställda, uttryckligen på Winfields arbete Negligence grundade åsikten »has not been universally adopted by text-writers, and the authorities (= domstolsavgörandena) can only be described as confusing». — I 1 och 2 upplagorna av Jenks, Digest I, behandlades »negligence» överhuvud icke såsom en »specific tort in itself». Det sades tvärtom att »negligence» utgjorde »merely one of the commonest grounds of liability in specific torts». Denna ståndpunkt ändrades i 3 uppl. av 1938 på grund av Donoghue v. Stevenson (1932). »In view of this decision», heter det, »it is submitted ... that negligence in the law of torts must now be taken to

därför väl förstå, att den engelska »tort»-juridiken i allmänhet begränsats till att inrikta sig på systematiseringen av de rättsprinciper, som anses ha framträtt i judikaturen genom tillhörande »cases». På detta sätt tedde sig emellertid den engelska rättsvetenskapen på området torftig i jämförelse med den kontinentala. Skulle någon befruktning kunna äga rum till vinnande av större linjer, måste man uppenbarligen vända blicken utåt. Detta var vad en del engelska (och amerikanska) författare gjort, särskilt under 1800-talet, och följden blev från rättsvetenskapens sida en mer eller mindre intim kontakt med skuldregeln, sådan den utbildats i »gemeines Recht». Det inflytande, denna utövade å rättsvetenskapen, torde ha blivit av indirekt betydelse även för utläggningen av »common law» vid domstolarna.

Salmond har emellertid i förevarande avseende intagit en radikalare ståndpunkt än de flesta andra. Han kan sägas ha sökt få skuldregeln införlivad med »common law» efter den förebild, som skuldregelns ställning i den kontinentala skadeståndsrätten erbjuder. Ett dylikt tillvägagångssätt måste dock till sist skära sig med inställningen hos judikaturen. Väl torde det vara så, som redan antytts, att denna själv hade influerats av skuldregeln. På stora områden, där ansvaret förut varit strikt, kunde man nu freda sig genom invändning om, att man icke brustit i fråga om iakttagande av »due care and caution», invändning om, som det heter, »inevitable accident».[1] Men för judikaturen synes av historiska grunder den inställningen ha varit naturlig, att »negligence» eller sådana handlingssätt, som i sedermera stadgad terminologi kallades för »negligence», utgjorde en »specific tort in itself». En mängd olika »torts» voro ju utbildade. Även om nu t. ex. sådan »tort» som »trespass» eller »nuisance» utgjorde en »actionable wrong» oberoende av »negligence», så förändrades icke handlingens karaktär av »trespass» eller »nuisance» därför att den tilläventyrs berott på »negligence». Den skadelidande kunde icke desto mindre göra gällande en »action of trespass» eller »action of nuisance». Vid »action of trover» på grund av »conversion» — också en »tort» — kan situationen mycket väl vara den, att svarandens handlingssätt berott på »negligence». Härtill kommer så att »negligence» vid vissa »torts» utgör »an element» i begå-

---

bear two meanings: (1) an independent tort. In this sense it is an objective fact; (2) an element of liability, alternative to intention, in certain (though not all) other torts. In this sense it is a mental condition.» Se Jenks, Digest I, s. 510 f. Med hänsyn härtill är mig Winfields anmärkning, Text-Book s. 439 n. e, obegriplig, att Jenks, Digest I, skulle antingen vara okunnig om eller förneka, att »this new meaning (om 'negligence' såsom 'specific tort') exists side by side with the other one».

[1] Se härom nedan s. 264 f.

endet av dem (se t. ex. Clerk & Lindsell s. 252). På detta sätt hade negligence» så att säga till en del ockuperats av diverse »torts». Under sådana förhållanden skulle proklamerandet av en allmän regel om ersättning för kulpos skadegörelse med dithörande princip om kärandens bevisskyldighet te sig egendomlig, för att icke säga rentav skära sig med det gamla »tort»-systemet. I den mån ansvar för »negligence» — d. v. s. brytandet av den legala plikt »to take care», som iakttages av »a reasonable man» — icke vore tillgodosett genom andra »tort»-aktioner, överensstämde det ovillkorligen bäst med systemet att låta denna »negligence» bilda en särskild »tort» med sin särskilda »action of negligence». Såvitt jag förstått saken, är det denna aktionsbildning, som befästades under 1800-talet och sedermera alltjämt verkat efter »the abolition of the forms of action» (varom ned. s. 310).

Med det gamla historiska betraktelsesättet torde sammanhänga en tendens hos domstolarna att icke ens vid »negligence» direkt betona den subjektiva sidan av rättstridigheten, d. v. s. skulden i dess karaktär av »guilty mind». Liksom alla »torts» var »negligence» visserligen en »wrong», något rättstridigt. Det rättstridiga vid »negligence» bestod däri, att man brustit i fråga om en särskild »legal duty to take care». Blott om en sådan »duty» förelåg kunde »carelessness» innefatta »negligence». Då emellertid »care» bestämts såsom »the conduct of an ordinary prudent man»[2], så måste ju pliktvidrighet och följaktligen »an actionable negligence» kunna föreligga utan någon skuld i mening av »guilty mind». I själva verket måste alltså utifrån det anlagda åskådningssättet denna »duty of care» betraktas såsom en »absolute duty» och följaktligen dess åsidosättande medföra »absolute» eller »strict liability». Ehuru man vitt och brett ordar om »negligence» såsom något objektivt[3], synes rättsvetenskapen dock icke draga denna konsekvens, i det att den ju skiljer mellan »absolute liability» och »liability for negligence», vilken senare till yttermera visso ofta betecknas såsom »fault-liability» i motsats till »liability without fault». Hos den senare tidens judikatur har man dock sett uttryck för, att denna »duty of care», som bildade förutsättning för »negligence», vore en »absolute duty». Ett sådant uttryck ligger däri, att man faktiskt betecknar åsidosättandet av en »statutory duty», tydligen av »absolut» karaktär, såsom »negligent conduct».[4]

[2] Klart åtminstone sedan 1837 genom Vaughan v. Menloe, berört nedan s. 290.

[3] Se t. ex. Salmond—Stallybrass, s. 454 f. Stallybrass säger bl. a., att »care» — av Salmond karakteriserad som »that anxious consideration of consequences» — icke utesluter »negligence».

[4] Lord Wrights dom i House of Lords i Lochgelly Iron and Coal Co. v. M'Mullan,

Med detta kan nu Salmonds ståndpunkt icke bringas i god överensstämmelse. Enligt honom innefattade »negligence» just detta, att man ådragit sig skuld i mening av »mens rea» (guilty mind). Förelåge icke antingen »wrongful intent» eller »negligence», så borde principiellt ansvarighet icke komma i fråga. Följaktligen skulle det enligt honom för ansvarsfrågan principiellt vara av betydelse vid varje »tort», som icke berodde på rent av »wrongful intent», huruvida »negligence» förelåge eller icke. I enlighet härmed kan Salmond naturligtvis icke behandla »negligence» såsom en särskild »tort» utan såsom något, vilket liksom »wrongful intent» är hänförligt till skuld, utgörande skulden *principiellt* ett moment i rekvisitet för *varje* »actionable tort». Denna princip vore emellertid »subject to important exceptions».[5]

I upplaga efter upplaga hävdade Salmond denna med tänkesättet på området vid de engelska domstolarna föga harmonierande lära, utan att, såvitt jag känner, någon starkare opposition däremot väcktes under hans livstid.[6] Detta synes mig ganska märkligt. Visserligen hade, såsom

L. R., 1934, App. Cas., s. 23. Det rörde sig om Coal Mines Act, 1911, sect. 49, som till tryggheten i gruvarbetet föreskrev, att »the roof and sides of every travelling road and working place shall be made secure». Åsidosättandet av den sålunda fastställda plikten för arbetsgivaren fann lord Wright hava »been correctly discribed as statutory negligence»; a. st. s. 23. Lord Atkin uttalade i detta fall, att »that state of facts» — att arbetsgivaren åsidosatt en plikt mot sin »servant to take a particular precaution (namely, support of the roof) for his servant's safety whereby the servant was injured» — »constitutes negligence of the employer; and I am unable to conceive of any accurate definition of negligence which could exclude it. All that is necessary to show is a duty to take care to avoid injuring; and if the particular care to be taken is prescribed by statute, and the duty to the injured person to take the care is likewise imposed by statute, and the breach is proved, all the essentials of negligence are present. I cannot think, that the true position is, as appears to be suggested, that in such cases negligence only exists where the tribunal af fact (= juryn) agrees with the Legislature that the precaution is one that *ought* (kurs. här) to be taken. The very object of the legislation is to put that particular precaution beyond controversy»; a. st. s. 9.

[5] Se Salmond, s. 8, s. 12 f. samt s. 21. — Se även Salmond, Jurisprudence, s. 390 f., s. 408 ff. »Negligence» skall visserligen ha två betydelser, men aldrig av särskild »tort». Det betecknar nämligen dels »a particular state of mind» och dels »conduct resulting therefrom». I den förra meningen står det i motsättning till »wrongful intention», i den senare till »intentional wrongdoing». Salmond, Jurisprudence, s. 408. Å s. 410 hänvisar han till »an excellent analysis of the conception of negligence» i Merkels Lehrbuch des deutschen Strafrechts; detta nämnt i anslutning till vad jag förut sagt om intresset hos engelska rättsvetenskapsmän för den kontinentala skuld-regeln.

[6] Samma uttalanden som jag återgivit här ovan från Salmonds femte upplaga gå igen i den sjätte och sista av år 1924; se Salmond—Stallybrass, s. XVII. Salmond har till citatet här ovan å s. 246 visserligen fogat ett medgivande om »the uncertainty of the matter and the force of the criticisms of Sir Frederick Pollock in his preface to Vol. 143 of the Revised Reports». Denna Pollocks kritik känner jag icke, men såsom hela medgivandet är formulerat synes det med största sannolikhet begränsa sig till Salmonds inställning till Rylands v. Fletcher. Där har Pollock också i sitt arbete Law of Torts tagit avstånd från honom (se nedan s. 364).

vi sett ovan s. 245 n. 1, Austin mer än ett halvt sekel före Salmonds första upplaga hävdat skuldregeln ungefär i samma anda som Salmond, men detta skedde då icke såsom utläggning av »common law» utan ingick i framställningen av en rättsvetenskaplig åskådning i hans »Jurisprudence».[7] Salmonds tillvägagångssätt skulle kanske ha varit otänkbart, om det icke förhållit sig så, att den kontinentala skuldregeln faktiskt kommit att utöva ett betydande inflytande icke blott på rättsvetenskapen utan även på domstolarna i England och Amerika under 1800-talet. Så vitt jag förstår, måste detta inflytande ha varit ägnat att bringa en viss förvirring i uppfattningen av »negligence» såsom utgörande »a specific tort in itself». Ty genom Brown v. Kendall (1850) och dess föregångare i Amerika samt Holmes v. Mather (1875) och Stanley v. Powell (1891) i England[8] har det praktiskt taget ställt sig ungefär så, som om även judikaturen dominerades av skuld-regeln såsom i princip huvudregel på skadeståndsrättens område. Beaktar man så bortfallandet av »writ»-systemets skrankor genom »the abolition of the forms of action»[9], så torde man lätt kunna tänka sig, att den frågan tillsvidare kunnat hållas flytande, huruvida »negligence» jämväl vore att betrakta såsom en bestämd »tort» eller ansvaret därför blott vore ett uttryck för skuld-regeln såsom en allmän skadeståndsprincip. Man synes kunna ha hävdat skilda linjer, antingen att, med vissa undantag, skuld i princip utgjorde förutsättning för »tort»-ansvaret, eller ock att »negligence» var en särskild »tort», vars område numera — genom möjligheten för svaranden i enlighet med nyssantydda »cases» att åberopa sig på »inevitable accident» — utvidgats.[1] Läget torde kunna ha varit på detta sätt svävande, sålänge icke någon »case» förekommit, som gåve ett avgörande utslag i ämnet. Sådana »cases» anses numera föreligga, bl. a.

---

[7] Den som numera tycks ha framställt den egentliga oppositionen mot Salmonds ifrågavarande ståndpunkt är, egendomligt nog, Stallybrass, den jurist som övertagit utgivningen av de fortsatta upplagorna av Salmonds eget verk, varande sista upplagan den nionde. Stallybrass skriver nu i företalet till åttonde upplagan (avtryckt i 9 uppl.) till sitt försvar för att såsom *utgivare* ha frångått *auktors* åsikt: »A book on the Law of Torts is not like a book on Jurisprudence. The value of a book on Jurisprudence lies in the fact that it expresses the views of its author ... The value of a book on the Law of Torts lies in the fact that it is a correct statement of the law as it will be applied in the Courts»; Salmond—Stallybrass, s. XII.

[8] Fallen beröras sedermera.

[9] Se nedan s. 310.

[1] En tredje linje — för övrigt sannolikare än den andra — vore denna uppfattning av »negligence»: dels såsom »specific tort in itself», dels ock såsom »element in the commission of other torts», varvid det vore i senare avseendet som »negligence»-området utvidgats genom de nyss nämnda »cases'» betydelse för befrielse från ansvaret i fall av »inevitable accident».

genom det redan berörda fallet Lochgelly Iron and Coal Co. v. M'Mullan, där frågan år 1933 i House of Lords anses ha avgjorts till förmån för den om jag så får säga historiska ståndpunkten.[2] De uttalanden i detta fall, som skola ha denna betydelse, äro bl. a. de som jag redan citerat (ovan s. 250), ävensom ytterligare ett par andra av lord Wright.[3] Uttalandena i fråga utvisa omedelbart intet annat, än att »negligence» anses kunna föreligga, utan att »guilty mind» varit förhanden. Men detta måste ju också betyda, att den av Salmond hävdade åskådningen icke kan vara överensstämmande med »cases»; och detta icke blott därutinnan, att »negligence» icke blir liktydigt med viss »guilty mind», utan jämväl därutinnan, att »negligence» — i strid med Salmonds åsikt —

[2] En viss bekräftelse på riktigheten i min framställning finner jag i Stallybrass' förord till 8 upplagan av Salmonds bok. Våra kunskaper om rätten ha ökats efter 1924 (året för Salmonds egen sista upplaga), säger Stallybrass efter att ha erinrat om de skatter, som tillförts »the rich store-house of the Common Law» genom sådana distingerade »occupants of the Bench» som lorderna Sumner, Atkin, Dunedin, Macmillan, Wright och lord justice Scrutton. Framför allt gällde detta i fråga om »action of negligence». Han fortsatte därefter: »Sir John Salmond was still able in 1924 to deny the existence of any such action and to say that negligence was essentially a subjective fact. He was accordingly able to maintain his fundamental thesis that, with certain exceptions, wrongful intent or negligence was an essential condition of civil liability for tort. In 1928 when the editing of this work was first entrusted to me I suggested in an Excursus that his thesis was becoming more difficult to uphold. In 1934 after the epoch-making decision of the House of Lords in Lochgelly Iron and Coal Co. v. M'Mullan Sir John Salmonds fundamental thesis is frankly untenable»; Salmond—Stallybrass, s. XI.

[3] Angående en »statutory duty» — vars åsidosättande som vi sett skulle innefatta »statutory negligence» — säger lord Wright, att den är »conclusively fixed by the statute», under det att, när plikten grundar sig på »ordinary law», »the standard of duty must be fixed by the verdict of a jury». Se L. R. 1934 App. Cas. s. 23. Den distinktion som lord Wright här gör är uppenbarligen densamma som vi ovan s. 250 n. 4 sett lord Atkin göra, när han erinrade om att »statutory negligence» kunde föreligga utan att någon »tribunal of fact» fastställt, att en viss åtgärd vore sådan, att den »ought to be taken». Sin mening uttrycker lord Wright kanske något tydligare vid granskningen av Groves v. Lord Wimborne (1911). Enligt en viss »statute» befanns i detta fall lord Wimborne såsom arbetsgivare stå under en absolut plikt att låta maskinerna vara omgärdade med visst skydd till arbetarnas trygghet. Lord Wright säger nu, att vissa domsuttalanden i denna »case» ha ansetts stödja uppfattningen, att brott mot »statutory duty» icke kunde betraktas som »negligence». Men, fortsätter han, »I think it is clear that the Lords Justices were having regard to the fact that Lord Wimborne (svaranden) took no part in the management of the factory and hence could in one sense not be guilty of negligence, and they treat the negligence of an employee or stranger as not material to be alleged. The language must, I think, be construed with that fact in mind and not as saying that the breach of the statute cannot properly from another point of view be described as negligence attaching by law to the defendant personally. What is being emphazised is that there is no need to prove negligence as an issue for the jury, because the statute itself is conclusive evidence of negligence, unless it contains in itself some qualification.» Se L. R. 1934, App. Cas. s. 26 f. Jfr till det sagda Salmond—Stallybrass, s. 455 f. och s. 503. — Groves' och Lochgellys fall äro berörda nedan vid behandlingen av »the doctrine of common employment».

måste kunna utgöra en särskild »tort», grundande sin särskilda »action of negligence». Med ståndpunkten i denna »case» blir »negligence» endast och allenast »conduct, not a state of mind».[4] Detta framgår också i Lochgellys etc. »case». Det talas i sect. 29 (1) av Workmen's Compensation Act (1925)[5] om skada förorsakad genom »the personal negligence ... of the employer or of some person for whose act or default the employer is responsible». Åsyftande dessa ord, säger lord Wright, att enligt hans mening

»the breach of the statutory duty does per se constitute the 'personal negligence of the employer' quite independently of the following words on which in such a case the workman has accordingly no need to rely. In strict legal analysis, negligence means more than heedless or careless conduct, whether in omission or commission: it properly connotes the complex concept of duty, breach and damage thereby suffered by the person to whom the duty was owing; on all this the liability depends, and if this liability is attached by law formally to the employer, as happens in the case of a breach of the statutory duty, the whole position is I apprehend correctly described as 'personal negligence of the employer'.»[6]

Icke blott skadan utan jämväl »duty» och »breach of duty» betraktas ju såsom något objektivt, d. v. s. faktiskt förhandenvarande. Hela detta komplex, varpå sålunda ansvarigheten vid »negligence» skall bero, skiljer sig ju på intet sätt i sin allmänna karakterisering från det ansvarsgrundande »komplexet» vid vilken »tort» som helst. Varför skulle då icke också »negligence» utgöra en »tort» för sig med sin särskilda »action»? Denna konsekvens synes lord Wright själv ha givit uttryck åt i ett fall inför Privy Council ett par år senare i Grant v. Australian

[4] Terry, Negligence, i Harvard Law Review 29, s. 40, citerad efter Salmond—Stallybrass, s. 454. Jfr citatet från Jenks, ovan noten å s. 248 f. Hos Salmond—Stallybrass, s. 455, citeras även ett intressant uttalande av Edgerton i Harvard Law Review 39, s. 869: »The theory that negligence is or involves a state of mind is an outgrowth of the artificial use of words like 'care', 'reasonable' and 'prudent'; of the proposition that negligence involves fault; and of a supposed analogy between negligence and intentional harms; all aspects, more or less, of the nineteenth century attempt to Romanise the common law by making all liability rest, not simply and directly upon the social advantage of discouraging certain conduct and compensating certain harms, but upon a guilty mind or will.» Det är stor skada att icke ha tillgång till denna och andra Edgertons skrifter. Detta uttalande förefaller vara fritt från rättsideologiska utgångspunkter. Säker kan man dock icke vara. Man känner icke grunden enligt Edgerton för »compensating certain harms». Det är kanske icke uteslutet, att rättvisemetoden där av honom tillgripes. Det är väl sannolikt, att t. ex. en Harper med sin »radikalism» skulle skriva under detta uttalande av Edgerton. Vi ha dock sett, hur fast han sitter inklämd i rättsideologien. »Skuld-regelns» preventiva betydelse ha vi ju för övrigt ofta funnit proklamerad av rättsideologiens män.

[5] 15 & 16 Geo. 5, c. 84.

[6] L. R. 1934 App. Cas. s. 25.

Knitting Mills, Ld. För att kunna helt förstå hans ifrågavarande uttalande i denna sak måste vi dock först känna den s. k. Donoghues »case» (1932), avdömd av House of Lords.[7] Principen i majoritetens

[7] M'Allister (or Donoghue) v. Stevenson, L. R. 1932, App. Cas. 562. Svaranden var läskedrycksfabrikant. Käranden hade bjudits på en läskedryck på ett kafé av en vän. Kaféet hade köpt varan av svaranden. Buteljen var av mörkfärgat glas och därför var det omöjligt att se, att den innehöll »the decomposed remains of a snail» (snigel), som lågo på botten av flaskan. När vännen serverade käranden ett andra glas ur buteljen flöto kvarlevorna av snigeln fram. Käranden (en dam) fick vid åsynen en »shock» och blev därefter, såsom följd jämväl av »the impurities in the ginger-beer which she had already consumed», lidande av »severe gastro-enteritis». Av denna anledning förde hon talan om skadestånd. Målet kom från Skottland. Underrätten hade funnit kärandens påståenden utgöra »a good cause of action», men högre rätt hade »dismissed the action». Hon vädjade därför till the House of Lords. (A. st. s. 562 f., s. 566.) Lord Buckmaster karakteriserade här »the foundation of her case» — sådan som hon framställt densamma — så, att svaranden, »as the manufacturer of an article intended for consumption and contained in a receptacle which prevented inspection, owed a duty to her as consumer of the article to take care that there was no noxius element in the goods, that he neglected such duty and is consequently liable for any damage caused by such neglect». Han var bl. a. angelägen betona att käranden-appellantens sak vilade »solely on the ground of a tort based not on fraud but on negligence» samt att engelsk och skotsk rätt här voro identiska. Han fortsatte: »The law applicable is the common law, and though its principles are capable of application to meet new conditions not contemplated when the law was laid down, these principles cannot be changed nor can additions be made to them because any particular meritorious case seems outside their ambit. — Now the common law must be sought in law books by writers of authority and in judgements of the judges entrusted with its administration. The law books give no assistance, because the work of living authors, however deservedly eminent, cannot be used as authority, though the opinions they express may demand attention; and the ancient books do not assist. I turn, therefore, to the decided cases to see if they can be constructed so as to support the appellant's case.» (A. st. s. 566 f.) Buckmaster övergick härefter till en 10 sidors granskning av bortåt 20-talet »cases», varefter han såsom sin mening uttalade, att »the authorities are against the appellant's contention» samt att, »appart from authority, it is difficult to see how any common law proposition can be formulated to support her claim» (a. st. s. 577). Han ogillade därför appellantens talan, varvid han följdes av lord Tomlin, som »in every respect» överensstämde med honom och slutade sin dom med att säga, att de refererade fallen »negative the existence as part of the common law of England of any principle affording support to the appellant's claim, and therefore there is, in my opinion, no material from which it is legitimate for your Lordships' House to deduce such a principle» (a. st. s. 600 f.). Majoriteten, bestående av de tre återstående lorderna, biföll emellertid käranden-appellantens talan. Lord Atkin ansåg rättsfrågan vara: »whether the manufacturer of an article of drink sold by him to a distributor, in circumstances which prevent the distributor or the ultimate purchaser or consumer from discovering by inspection any defect, is under any legal duty to the ultimate purchaser or consumer to take reasonable care that the article is free from defect likely to cause injury to health». Han menade att något viktigare problem icke hade »occupied your Lordships in your judical capacity». Han kunde kanske ha tillagt, att icke heller något svårare problem förelagts dem. Buckmaster och Tomlin voro ju efter de mest noggranna efterforskningar fullt på det klara med, att »common law» *icke* lagt någon »duty to take care» å fabrikanten gentemot konsumenten av läskedrycken! För Atkin och hans båda

dom i detta sistnämnda fall finner Wright vara »summed up» i den formulering av sin upptäckta »common law»-regel, som lord Atkin meddelade och som jag återgivit ungefär i mitten av den sista noten

---

meningsfränder gällde det att visa, att »common law» *lagt* en sådan plikt på honom. Atkin sade också, att det var »remarkable how difficult it is to find in the English authorities statements of general application defining the relations between parties that give rise to the duty». Domstolarna hade varit sysselsatta med »an elaborate classification of duties» av allehanda slag. På detta sätt kunde det utrönas »at any time whether the law recognizes a duty, but only where the case can be referred to some particular species which has been examined and classified». Detta var nu tydligen icke fallet här. Och dock: »the duty which is common to all the cases where liability is established must logically (!) be based upon some element common to the cases where it is found to exist». Det vore icke domarens sak »to seek a complete logical definition of the general principle». Atkin nöjde sig »at present» med påpekandet, att det i engelsk rätt måste finnas och finns »some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances». I bakgrunden för »the liability for negligence» låge nu otvivelaktigt »a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay». Men i en praktisk värld kunde man icke låta moralen täckas av rätten. Rättsreglerna begränsade området för rättigheterna. Regeln att man måste älska sin nästa (neighbour) blir i *rätten:* »You must not injure your neighbour», och juristens fråga, »who is my neighbour?» får ett restriktivt svar: »persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in centemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or ommissions which are called in question». Jag måste iakttaga »reasonable care» till undvikande av handlingssätt, som jag kunde »reasonably foresee would be likely to injure» min nästa i denna mening. Detta fann Atkin vara »the doctrine of Heaven v. Pender» (1883), sådan som denna utlagts av lord Esher i Le Lievre v. Gould (1893), vilken doktrin (innefattande »the qualification of proximate relationship) betydde, att för läskedrycksfabrikanten i föreliggande fall uppstått en »duty to take care» gentemot damen som förtärde drycken. (A. st. s. 579 ff.) Är det icke egendomligt, att Atkin i dessa »cases» kunde finna stöd för uppkomsten i förevarande fall av en »legal duty to take care», när dylikt var omöjligt för Buckmaster, som naturligtvis också haft dessa fall för ögonen? Sedan Atkin i en 18 sidor lång utredning ventilerat samma »cases» som Buckmaster och dessutom en del andra, har han för sin del upptäckt den »common law»-regel, som både Buckmaster och Tomlin trots de ivrigaste efterforskningar icke kunnat hitta. Sin upptäckt formulerar han sålunda: »a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care». Riktigheten i en sådan ståndpunkt betvivlas icke för ett ögonblick av en icke-jurist, sade Atkin slutligen, tillfogande: »It will be an advantage to make it clear that the law in this matter, as in most others, is in accordance with sound common sense.» Tillägget är helt meningslöst, såvitt man verkligen menar, att »common law» skall grundas på »the authorities». Har majoriteten med Atkin dömt i överensstämmelse med »sound common sense», så måste Buckmaster och Tomlin uppenbarligen ha dömt i rak strid däremot. Det kan emellertid nu icke råda något tvivel därutinnan, att minoritetens dom faktiskt har vida starkare stöd i »the authorities» än majoritetens. Denna synes egentligen blott kunna åberopa en enda »case» till förmån för sin ståndpunkt, nämligen George v. Skivington (1869; L. R. 5 Ex. 1). I denna hade Court of Exchequer ansett »a good cause

(avseende Donoghues »case»). Om denna dom säger nu Wright, att det är klart, att den

»treats negligence, where there is a duty to take care, as a specific tort in itself, and not simply as an element in some more complex relationship or in some specialized breach of duty, and still less as having any dependence on contract. All that is necessary as a step to establish the tort of actionable negligence is

---

of action» finnas för en hustru, som fått sitt hår skadat genom hårvatten, som maken köpt till henne av en som drev »the business of a chemist». Då hustrun icke själv köpt mixturen, kunde hon icke grunda någon talan på avtalet utan blott på säljarens »negligence», uppenbarligen såsom en »tort». I detta fall, som dock aldrig avgjordes av högre instans än Court of Exchequer, hade man låtit sig ledas av ett äldre fall Langridge v. Levy (1837). Här hade svaranden sålt ett gevär till en person, att brukas av honom och hans söner, och därvid givit »a fraudulent and deceitful warranty that it had been made by Nock (a skilful gun-maker) and was a good and safe gun». Vid gevärets användning av en av sönerna exploderade detsamma med den verkan, att skytten miste vänstra handen. Säljaren dömdes ansvarig såsom »guilty of the fraud», alltså på grund av »tort» och icke »breach of contract». (Ref. i 2 Meeson & Welsby, Exchequer Reports, 519, samt Kenny, Cases, s. 476 ff.) Men i George v. Skivington kunde talan blott grundas på »negligence». I detta fall hade baron Cleasby därför yttrat: »Substitute the word 'negligence' for 'fraud', and the analogy between Langridge v. Levy and this case is complete»; L. R. 1869, 5 Ex., s. 5. Man synes mig nödgad instämma med Buckmaster, att det är obehövligt att alltför emfatiskt understryka, »that such a substitution cannot possibly be made. No action based on fraud can be supported by mere proof of negligence» (L. R. 1932, App. Cas., s. 570). De båda fallen skilde sig emellertid också därutinnan åt, att det i ena fallet var fråga om utlämnandet av »a gun», alltså »a dangerous instrument» (se lord justice Cotton i Heaven v. Pender, 1883; L. R. 11 Q. B. D., s. 517). Det förefaller sålunda vara tydligt, att principen i George v. Skivington varit »bad law» och utgjort en mycket skral »authority» för den av Atkin upptäckta »common law»-regeln. Det är minoriteten, som byggt på »the authorities»; den måste ha dömt stick i stäv med »sound common sense», då Atkin och de båda andra, tillhörande majoriteten, skola ha följt »sound common sense». Därigenom har dessas underkastelse under »the authorities» blivit mera skenbar än verklig. Med »sound common sense» kan, såsom sammanhanget ganska tydligt utvisar, endast menas för allmänheten uppfattbara rättvise- och billighetssynpunkter, i hemlighet, liksom nästan alltid det allmänna rättsmedvetandets manifestationer, mer eller mindre starkt influerade av sociala värderingar. — Nämnas bör slutligen att föreliggande fall gått upp till House of Lords på grund av »an appeal against an interlocutor» av den skotska överinstansen. Det var sålunda i House of Lords icke fråga om att utdöma skadestånd. Detta skulle ha förutsatt utredning om »a breach of a duty». »In the present case we are not concerned with the breach of the duty... We are, solely concerned with the question whether, as a matter of law in the circumstances alleged, the defender owed any duty to the pursuer to take care» (lord Atkin, a. st. s. 579). — Lord Thankerton instämde utan någon större egen utredning helt och fullt i Atkins dom. Lord Macmillan kom till samma resultat men hade själv en utförlig »cases»-granskning. Emellertid kan jag icke längre uppehålla mig vid detta för inblicken i den engelska civiljusticien högintressanta fall. (Ytterligare skall det dock beröras å s. 259, 272 f., 275, 294.) Den skolastik, som där utvecklas, kan karakteriseras som en blandning av begreppsjuridik och pressade analogier från ofta flertydiga domsuttalanden. Denna verksamhet utvecklas för vinnande av ett omedelbart syfte, som är fullkomligt orealiserbart: att upptäcka den »common law»-regel, som skulle vara tillämplig i den till bedömande föreliggande saken.

to define the precise relationship from which the duty to take care is to be deduced. It is, however, essential in English law that the duty should be established: the mere fact that a man is injured by another's act gives in itself no cause of action: if the act is deliberate, the party injured will have no claim in law even though the injury is intentional, so long as the other party is merely exercising a legal right: if the act involves lack of due care, again no case of actionable negligence will arise unless the duty to be careful exists.»[8]

Det finns nog intet tvivel om, att Wright tolkar domen i Donoghues »case» riktigt, när han finner, att den behandlar »negligence» såsom en särskild »tort».[9] Nu är det emellertid så, att »negligence» alltid såsom »a term of art» skall förutsätta, att man åsidosatt »a duty to take care».[1] Följden måste ju bli, av den av Wright framställda ståndpunkten[2], att när helst »negligence» utgjorde förutsättning för ansvaret, förelåge »negligence» såsom »a specific tort in itself», grundande en »action of negligence». Därmed skulle det icke återstå någon plats för »negligence» såsom blott »an element in the commission of other torts». Denna konsekvens drages dock säkerligen icke allmänt.[3]

Man bör lägga märke till den rättsideologiska naiviteten i lord Wrights föreställning, att det vore »essential», att »the duty to take care» blivit »established», för att skadeståndstalan skulle vara grundad. Vad slags kriterium på denna »duty» — som naturligtvis skall vara en »legal duty» — å läskedrycksfabrikantens sida gentemot kafékunden skulle väl kunna anföras, om man verkligen abstraherade från frågan om skadeståndsmöjligheten? Kan lord Wright verkligen ha menat, att lord Atkins spekulationer i Donoghues fall hade kommit denna »legal duty» att framstå såsom established? (Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 200—202.) — Det abstrakt spekulativa i föreställningen om ifrågavarande »duty» understrykes av det egendomliga förhållandet, att en handling skall kunna »involve lack of due care», utan att man åsidosatt någon »duty to be

---

[8] L. R. 1936, App. Cas., s. 103.

[9] Atkin förutsatte utan vidare, att kärandens i Donoghues fall skadeståndstalan — som visserligen House of Lords då icke hade att pröva — vore en »action for damages for negligence»; se L. R. 1932, App. Cas., s. 579.

[1] Olyckligtvis, säga Clerk & Lindsell, s. 17 f., användes »negligence» också i annan än teknisk mening, t. ex. när man talar om »negligent keeping of fire» eller »negligent keeping of a dangerous animal» såsom grund för ansvaret, fastän detta i dessa fall är strikt och sålunda icke förutsätter »negligence».

[2] Denna anser Wright själv naturligtvis vara den med »common law» överensstämmande. Han önskar just få fram, att bakom densamma ligger auktoriteten av House of Lords i Donoghues »case».

[3] Möjligen av Stallybrass (ovan s. 248), men icke t. ex. av Clerk & Lindsell, s. 17 f. och s. 252; Jenks, Digest I, s. 511; Winfield, Text-Book, s. 438 f.

careful».[4] Allt detta, likaväl som idén om en person såsom »merely exercising a legal right», rör sig på ett plan i rättsideologiens högre regioner utan någon som helst kontakt med levande livet.

Fullt klara linjer i den engelska negligence-läran torde näppeligen kunna spåras. Vad menar man egentligen med distinktionen mellan negligence såsom »a state of mind» och såsom »a conduct»? Denna »state of mind» måste ju alltid ha avsatt sig i »a conduct», för att ansvarighet skall inträda. Meningen måste väl därför vara, att negligence såsom »conduct» är ett skadebringande handlingssätt, som endast och allenast bestämmes därav, att en »legal duty to take care» faktiskt har åsidosatts. Det är alltså likgiltigt, huruvida man insett eller icke insett, resp. bort inse, att det egna handlingssättet vore skadebringande [och (eller) innefattade den ifrågavarande pliktöverträdelsen]. Med denna knappa bestämning måste ansvar för negligence bli ett species av strikt ansvar. Och det är, så vitt jag förstår, negligence i denna mening som framställes såsom ansvarsgrundande i Donoghue v. Stevenson. Därför

[4] Såsom exempel på »carelessness» utan åsidosättande av »duty to take care», en »carelessness» som sålunda icke grundade någon »action of negligence», anför Stallybrass, att ehuru jag icke får till annans skada bedraga honom »by wilfully telling him lies», så är jag »commonly under no obligation to take care that the statements which I make to him are true»; Salmond—Stallybrass, s. 456. Hur skall man då veta, när »carelessness» betyder, att man brutit mot »a legal duty to take care». Det finns uppenbarligen ingen annan utväg än att forska i »the authorities». I Donoghues »case» sade ju lord Atkin, att denna »duty» logiskt *måste* vara grundad på »some element common to the cases where it is found to exist». Han hjälpte oss ju också på väg genom att säga att man hade denna plikt gentemot sin »neighbour», som då vore att bestämma på särskilt sätt. Svårigheten i Donoghues »case», som vållade splittringen i domstolen, var emellertid just, att minoriteten tyckte, att det var ett alltför löst eller, kanske riktigare, avlägset förhållande mellan läskedrycksfabrikanten och damen, som blev bjuden på »the ginger beer» på kaféet, för att den förre skulle ha en »duty to take care» mot den senare. Lord Buckmaster menade, att detta skulle varit händelsen, blott om läskedrycksbuteljen varit »dangerous in itself» eller, om icke i sig själv, dock faktiskt varit farlig av någon anledning och detta varit känt för läskedrycksfabrikanten, L. R. 1932, App. Cas., s. 569. Denna kitsliga fråga blir tydligtvis ännu mera intrikat, om man betänker, att personerna kunna vara alldeles tätt inpå varandra, utan att det »neighbour»-förhållande behöver existera, som måste finnas, för att en »duty to take care» skulle uppstå. »A man may be under a duty of care towards one person, and yet in the same matter and on the same occasion under no duty of care towards another.» Dessa ord av Stallybrass exemplifierar denne med följande: »It is not yet settled whether, if a doctor is called in by A to examine B, he owes any duty of care to B in certifying him as of unsound mind, though he clearly owes such a duty to A.» Om B, objektet för undersökningen, kommer till skada genom läkarens slarv vid dess utförande, så skulle B icke kunna kräva något skadestånd, därför att icke B själv utan A tillkallat läkaren! Men nu får det vara nog med inblickar i »negligence»-lärans underliga mysterier. Beakta dock i här berörda avseende även Giles v. Walker, varom nedan s. 370 n. 7.

har jag stått frågande inför uttalandet av Stallybrass, ovan s. 253 n. 2, varför han icke åberopat nämnda »case» gentemot Salmonds ståndpunkt utan blott Lochgelly Iron etc., som dock förelåg först ett par år efter Donoghues fall, som också avgjordes av House of Lords. I Lochgelly Iron etc. synes det helt enkelt röra sig därom, huruvida en viss lag borde tolkas såsom föreskrivande strikt ansvarighet eller icke, under det att det i Grant v. Australian Knitting Mills (se nedan noten å s. 272) är fråga om strikt ansvar av liknande typ som i Donoghue v. Stevenson. Man skulle i dessa båda fall icke kunna ha konstruerat aktionsgrunden såsom negligence, om man icke haft denna fiktion att tillgå: »a legal duty to take care», som man — när man nu kände det praktiska behovet (obs! »common sense» i lord Atkins dom i Donoghues fall) att få saken »actionable» — utan risk kunde inskjuta i syfte att få talan grundad på negligence. Detta syfte var ingalunda bagatellartat: hur skulle man väl efter common law ha varit i stånd att eljest grunda ansvarigheten? Någon annan »form av action» än negligence skulle i dessa fall icke kunna ha varit att räkna med.

Det är tydligt, att negligence, även såsom »a specific tort in itself», icke i allmänhet uppfattas så, som den bedömts i nu berörda fall. Tvärtom skall negligence, såsom vi redan sett, innefatta, att svaranden avvikit från »the conduct of an ordinary prudent man». Lord Atkins formulering av principen i Donoghues fall synes emellertid innebära, att läskedrycksfabrikanten i den föreliggande situationen mycket väl kan ha åsidosatt »a duty to the consumer to take reasonable care in the preparation or putting up of the products» och på grund därav skulle kunna dömas till skadestånd efter en »action for negligence», även om det vore helt meningslöst att påstå, att han avvikit från »the conduct of an ordinary prudent man».

Emellertid måste nu, efter vad jag ovan s. 250 påvisat, negligence också såsom innefattande avvikelse från nu nämnd »conduct» kunna föreligga utan möjlighet ens från rättsideologisk ståndpunkt att antaga förhandenvaro av »guilty mind» (d. v. s. försumlighet att personligen förebrå svaranden). Men detta kan sägas jämväl om »skuld» såsom förutsättning för ansvar enligt den kontinentala s. k. skuldregeln. Ty även i fråga om »skuld» i detta sammanhang sker ju en »objektivering», d. v. s. den bestämmes såsom bestående i handlingssätt, avvikande från en föreställd standardiserad måttstock. Därigenom behöver »skuld», lika litet som »negligence», innefatta »guilty mind» enligt den kontinentala rättsläran. Saken är, i fråga om både »skuld» och »negligence» såsom »element» i ett skadeståndsgrundande rekvisit,

att rättvisemetoden ligger i bakgrunden och att man på grund av dess oduglighet endast skenbart tillämpar densamma. I all hemlighet glider man undan ur rättvisetrycket genom objektiveringen. Att detta icke blott är ett drag i skuldläran[5] utan även i »negligence»-läran fingo vi en tydlig påminnelse om i lord Atkins utredning i Donoghues »case»[6]. Beaktar man så slutligen, att skuld-omdömet alltid beror på värdering och att följaktligen en »guilty mind» aldrig kan ingå i den faktiska grunden för ansvaret[7], så torde den nu skildrade åsiktsmotsättningen — »negligence» såsom å ena sidan »a state of mind» och å andra sidan viss »conduct» — komma i ett väsentligen annat diskussionsläge.

Här är detta dock av mindre intresse. Vad som för min framställning skall betonas är, att »liability for negligence» såsom motsättning till strikt ansvar i det hela utgör motsvarighet till det kontinentala skuldansvaret såsom motsättning till strikt ansvar. Den egentliga, »principiella» skillnaden synes vara, att det i England (liksom i Amerika) icke skall finnas någon allmän »duty to take care» och att följaktligen det kontinentala skuldområdet icke till fullo täckes av »liability for negligence», i det att ansvarsfrihet inträder på den grund, att man icke i »common law» för en viss situation kunnat upptäcka »a legal duty to take care». Differensen torde icke ha någon större praktisk betydelse, såsom man förstår av de exempel, som anföras på »carelessness», utan att någon »breach of legal duty to take care» skall föreligga (jfr not å s. 259). Skillnaden kan ju för övrigt icke heller vara betydande, då det är allmänt antaget bland domstolarna, att »the standard of this legal duty is that of a reasonable man».[8] Såvitt nu det kontinentala skuldansvaret icke fullt täckes av ansvaret för »negligence», är det emellertid fråga om ansvarsfrihet och icke om »strict liability». Saken kan sålunda för detta arbete icke ha något större intresse. Icke heller finns det någon anledning att särskilt bekymra sig därom, att man i England talar om »statutory negligence», även där vi finna, att en lag infört strikt ansvar. Detta har ingen betydelse för behandlingen av det strikta ansvaret. Däremot torde det vara av visst intresse att beakta den konsekvens av vad jag nyss påpekade, att »fault-liability» (liksom naturligtvis också det kontinentala skuld-ansvaret) utifrån de rättsideologiska konstruktionerna måste förutsätta »the breach of an *absolute* duty to take care» och att

[5] Se härom ovan s. 126 ff., varvid s. 130 n. 6 må beaktas.

[6] »The liability for negligence, whether you stile it such or treat it as in other systems as a species of 'culpa', is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay»; L. R. 1932, App. Cas., s. 580.

[7] Se ovan s. 116 ff., särskilt s. 121 f.

[8] Jfr Winfields uttalande, cit. här ovan s. 248 n. 9.

följaktligen motsättningen mellan »absolute liability» å ena sidan och »fault-liability» eller »liability for negligence» å andra sidan, också rättsideologiskt sett, endast är nonsens. I min egen distinktion mellan culpaansvar och strikt ansvar ligger saken till på ett annat sätt, just därför att culpa där icke är på något sätt moraliskt färgat. Så som jag ser på saken, är allt ansvar, även vad jag kallar culpa-ansvar, strikt i den mening, som rättsideologien anlägger. Med min åsikt finns sålunda ingen anledning att beteckna *något* ansvar såsom strikt, om en särskilt karakteriserande betydelse skall inläggas i detta ord. »Strikt ansvar» är för mig blott en term, varmed jag utmärker det ansvar, som icke förutsätter, att skadan berott på sådan handling av svaranden själv, som enligt rådande sociala värderingar anses icke önskvärd och fördenskull böra förebyggas och som vanligen beskrives såsom bristande åt normal aktsamhet. — Slutligen torde det till undvikande av missförstånd böra nämnas, att det strikta ansvaret i England såtillvida inkräktar på vad som hos oss hänföres till skuldansvarets område, att »inevitable mistake» (till skillnad från »accident») icke synes av svaranden kunna åberopas till försvar, ens när misstaget är en »error facti» (se nedan s. 265 n. 9).

Vad som nu sagts om jämförelsen mellan »negligence» och kontinentalrättens »skuld» torde i det hela gälla Amerika lika väl som England.[9] När person är ansvarig oberoende av »negligence», talar man i båda länderna ofta om »liability without fault» (= utan skuld); omvänt synes termen »fault-liability» vanligen blott användas såsom liktydig med »liability for negligence» och sålunda icke omfatta ansvar för »intentional wrongs». Å andra sidan framgår av det sagda att »fault» i frasen »liability without fault» täcker icke mindre »intentional wrong» än »negligence».

Slutligen vill jag endast ytterligare påpeka, att den karakterisering av »negligence», som lorderna Wright och Atkin gjort i fallet Lochgelly etc., ovan s. 250 f. och 254 (möjligen också lord Wright i Grants »case», ovan s. 257 f.), är så vid, att därunder måste falla jämväl allt slags strikt ansvar i engelsk rätt. Ty vad som kräves är ju faktiskt blott att skada orsakats genom »breach of a legal duty to take care», en pliktförseelse som skall föreligga helt oberoende av subjektiv inställning. Ty i sådant avseende blir talet om »the duty of a resonable man» blott ett tomt ord. Allt ansvar, även det strikta, förutsätter en »wrong», d. v. s. åsidosättandet av en »legal duty» att iakttaga visst handlingssätt. Åsidosättes detta handlingssätt genom försummelse, måste givetvis personen anses

[9] Se t. ex. Burdick, Torts, §§ 4, 5 och 63.

ha brustit åt plikten att »take care» och sålunda ha gjort sig »guilty of negligence». Då nämnda subjektiva inställning nu icke skall förutsättas för »negligence», blir konsekvensen, att »negligence» föreligger vid varje strikt ansvarighet och att endast hänsynen till det gamla »tort»-systemet kunde förhindra det fullkomliga utplånandet av skillnaden mellan »strict liability» och »liability for negligence». Naturligtvis har det icke varit de båda lordernas mening att giva uttryck åt denna uppfattning. Men jag förstår icke, hur den kan undgås såsom en följd av deklarationen, att »statutory negligence» vore hänförlig under »negligence» i vanlig mening.

Fault-Liability Huvudregeln.

(Forts. efter exkursen.)

Om man i enlighet med det nyss ävensom här ovan s. 245 f. anförda kan säga, att »fault-liability» faktiskt är en »in dubio»-princip i både engelsk och amerikansk rätt, så betyder detta icke, att så varit fallet i England alltifrån Austins tid[1], framför allt icke i judikaturen. Det fanns ända in i det sista kvartalet av 1800-talet »a strong current of opinion in England that one was liable for injury done to the person of another by his lawful acts, though tainted with no negligence — in other words, that as respects injuries to the persons of others, one acted at his peril».[2] Och vad domstolarna angår anses culpa-regelns principiella giltighet (naturligtvis blott in dubio) icke vara fullt klar förrän genom det år 1891 avgjorda målet Stanley v. Powell, som i sådant avseende betraktas som »the leading case».[3] I Amerika hade redan 40 år tidigare skuld-

[1] De »Lectures» av Austin, som jag förut berört, torde ha hållits under åren 1828—1832, ehuru de av hans efterlämnade maka utgivits först 1863. Se Sarah Austins Preface till 2 uppl. av The province of jurisprudence determined, 1861.

[2] Burdick, Torts, s. 12.

[3] Avgörandet i detta fall har, säger Pollock, s. 151, »been accepted and is commonly referred to as removing any former doubts». Se ang. fallet nedan s. 314 n. 9. Skuld såsom principiell förutsättning för ansvaret kom emellertid till uttryck redan 1875 i fallet Holmes v. Mather. I detta fall hade käranden (en kvinna) blivit »knocked down» och skadad på landsvägen genom svarandens skenande hästar, förspända en vagn, vari svaranden satt tillsammans med sin »groom», som körde. Juryn fann, att ingen av dem gjort sig skyldig till »negligence». L. R. 1875, 10 Ex. 261. Court of Exchequer friade svaranden från ansvar. Principfrågan kan här näppeligen sägas ha avgjorts av själva domstolen; den framträdde egentligen blott i den högt ansedde baron Bramwells dom, i vilken det bl. a. heter, efter betonandet av att körsvennen vore »absolutely free from all blame»: »The misfortune happens through the horses so startled by the barking of a dog that they run away with the groom and the defendant, who is sitting beside him. Now, if the plaintiff under such circumstances can bring an action, I really cannot see why she could not bring an action because a splash of mud, in the ordinary course

regeln knäsatts i fallet Brown v. Kendall (1850).[4] I denna på området likaledes »leading case» hade underdomaren överlämnat saken till juryn med bl. a. följande instruktioner:

»If the defendant, in beating the dogs[5], was doing a necessary act ... If it was not a necessary act (i. e. if he was not in duty bound to attempt to part the dogs, but might with propriety interfere or not as he chose), the defendant was responsible for the consequences of the blow, unless it appeared that he was in the exercise of *extraordinary* care, so that the accident was inevitable (using the word 'inevitable' not in a strict but a populare sense) ... If the jury believe that the act of interference in the fight was unnecessary, then the burden of proving extraordinary care on the part of the defendant ... is on defendant.»

Den sålunda instruerade juryn gav utslag till förmån för käranden. — När målet kom till Supreme Court of Massachusetts, fann denna de nu citerade instruktionerna icke vara »conformable to law». Kanske, menade domstolen, har dock underdomaren med termen »extraordinary care» icke avsett något annat än den högre grad av aktsamhet och noggrannhet, som de särskilda omständigheterna kunde kräva, och som människor av »ordinary care and prudence» under sådana omständigheter skulle iakttaga för att vara på sin vakt mot fara. »If such was the meaning», sade domstolen, »of this part of the charge, then it does not differ from our views ... But we are of opinion, that the other part of the charge, that the burden of proof was on the defendant, was incorrect.»

Det principiella i domen torde bäst framträda genom följande transsumt därav:

»We think, as the result of all the authorities, that the plaintiff must come prepared with evidence to shew either that the intention was unlawful, or that

---

of driving, was thrown upon her dress or got into her eye and so injured it. It seems manifest that, under such circumstances, she could not maintain an action. (Här följer nu själva grundsatsen:) For the convenience of mankind in carrying on the affairs of life, people as they go along roads must expect, or put up with such mischief as reasonable care on the part of others cannot avoid.» Se L. R. 1875, 10 Ex., s. 267.

[4] I själva verket hade emellertid den äldre doktrinen om strict liability här fått sina törnar redan genom tidigare rättsfall, Vincent v. Stinehour (1835) och Harvey v. Dunlop, Hill & Den. (1843). Se Burdick a. a. s. 13.

[5] Det rörde sig om en »action of trespass», grundad på följande fakta. Två hundar, tillhörande resp. käranden och svaranden, hade råkat i strid. Svaranden tog en omkring 4 fot lång käpp och började rappa på hundarna för att skilja dem åt. Käranden stod och tittade på »only half-a dozen yards away». Under sin strid närmade sig hundarna svaranden, som i sin tur retirerade, därunder slående hundarna. På detta sätt närmade han sig käranden med ryggen mot denne, och när han höjde käppen över skuldran för att slå hundarna, träffade han »accidentally» käranden i ögat, som skadades. — Fallet är egendomligt nog icke refererat, blott omnämnt, i amerikanen Burdicks Cases. Det är däremot refererat hos Kenny, Cases, s. 146 ff.

the defendant was in fault . . . If the act of hitting the plaintiff was unintentional on the part of the defendant, and done in the doing of a lawful act, then the defendant was not liable, unless it was done in the want of exercise of due care, adapted to the exigency of the case· and therefore such want of due care became part of the plaintiff's case; and the burden of proof was on the plaintiff to establish it . . . But the effect of the rule, as to the burden of proof, is this, that when the proof is all in, and before the jury, from whatever side it comes, and whether directly proved or inferred from circumstances, if it appears that the defendant was doing a lawful act, and unintentionally hit and hurt the plaintiff, then unless it also appears to the satisfaction of the jury that the defendant is chargeable with some fault, negligence, carelessness, or want of prudence, the plaintiff fails to sustain the burden of proof, and is not entitled to recover.»[6]

Harris säger, citerande de båda första delarna av detta transsumt, att domstolen därmed givit uttryck åt »what is today described as the modern law of liability».[7]

Att principen om »fault-liability» före de nu berörda fallen icke ansågs vara klar betyder — såsom ju också måste framgå av det sagda — naturligtvis icke, att man vore fri från ansvar, trots det att man brustit åt »due care». Såvitt man brutit »a legal duty to take care» blev man ansvarig för »negligence». Carelessness» har givetvis i stor utsträckning medfört ansvar, tillnärmelsevis i samma utsträckning, som efter »skuld»-regeln. Vad man vill säga angående rättsfallens i fråga betydelse torde kunna uttryckas så, att före dem handlade en person i större utsträckning än nu »at his peril». Svaranden kunde icke till sitt försvar åberopa sig på skadans beroende av »inevitable accident», en term som angiver, att skadan inträffat, oaktat svaranden icke brustit åt normal aktsamhet.[8] »Bevisbördan» i sådant avseende vilar, såsom det amerikanska fallet utvisar, å käranden. I själva verket synes skillnaden mellan förr och nu väsentligen begränsa sig till att det strikta ansvarsområdet vid »trespass» (to land, goods or person) har kringskurits just därigenom, att svaranden kan försvara sig med »inevitable accident». Vid »trespass to land» och »to goods» uteslutes därmed dock icke, att svaranden kan bli strikt ansvarig.[9]

---

[6] I sitt uttalande har domstolen även korrigerat underdomstolens bestämning av det sedermera åtminstone i den engelska diskussionen så betydelsefulla begreppet »inevitable accident». Det betyder numera både i Amerika och England icke en skadegörelse, som trots »the exercise of extraordinary care» inträffat, utan blott en skadegörelse, som trots »the exercise of due care» icke kunnat undvikas. Se strax här nedan.

[7] Harris, s. 348.

[8] Se Salmond a. a. s. 15.

[9] Se till det sagda nedan s. 303 n. 2, s. 313 ff. och s. 314 n. 9. — Den strikta ansvarigheten vid »trespass», trots principen att svaranden kan åberopa sig på »inevitable accident», sammanhänger vanligen därmed, att svaranden å andra sidan icke är i stånd att för-

Vad nu »fault-liability»[1] angår är den naturligtvis även här, i anglo-amerikansk rätt, uttryck för rättviseidéen i rättsideologisk mening, ehuru man stundom, liksom t. ex. i nordisk doktrin, mitt i metafysiken inblandar reella synpunkter. Så heter det t. ex. hos Salmond:

»The reason of this rule is that the ultimate purpose of the law in imposing liability on those who do harm to others is to prevent such harm by punishing the doer of it. He is punished by being compelled to make pecuniary compensation to the person injured. It is clear, however, that it is useless to punish any person, either civilly or criminally, unless he acted with a guilty mind in the sense already explained.»[2]

Beaktar man nu, *att* Salmond omedelbart förut betecknat det som en »fundamental principle of delictual liability», att handlingen i sig själv icke skapar någon »guilt in the absence of a guilty mind», *att* skadeståndstvånget av honom betraktas såsom en bestraffning samt *att*

---

svara sig med »inevitable *mistake*», och det vare sig fråga är om »error iuris» eller »error facti». Frågan om »inevitable mistake» uppstår blott, när handlingen varit avsiktlig. Man gör avsiktligt det eller det, i tron att man befann sig på sin egen mark, hade annans tillstånd till handlingen eller i allt fall att denna av någon anledning icke utgjorde någon »wrong». Hur goda grunder en person än må ha haft för denna sin tro, anses han likväl ha handlat »at his peril» och blir ansvarig, om det visar sig, att handlingen utgjort en »rättskränkning». Vid »inevitable accident» hävdar svaranden, att handlingen icke varit avsiktlig; vid »inevitable mistake» är det just fråga om avsiktliga handlingar, som man begått på grund av misstaget. I extraordinära situationer kan man dock bli fri från ansvarighet, när handlingen berott på misstag. Så är exempelvis »the mistaken prosecution of an innocent man» icke i och för sig »an actionable wrong». En motsatt regel »would effectually prevent the administration of the criminal law». »The prosecutor» kan i själva verket bli fri från ansvar, även om hans misstag berott på slarv. Se till det sagda Salmond, s. 16 f.; Salmond—Stallybrass, s. 28 f. och Winfield, Text-Book, s. 48. Den engelska rätten är sålunda i denna fråga strängare än vår. I princip blir man hos oss icke ansvarig, om man endast på grund av fullt »ursäktligt» misstag angående fakta tillfogat annan skada — förutsatt naturligtvis att man varit fri från ansvar, därest de föreställda fakta varit förhanden. Då inträder intet ansvar efter culpa-regeln, och det är ju på denna som ansvaret »in dubio» skall grundas. Särskilda ansvarsgrunder kunna visserligen tillstöta (t. ex. vid specifikation i god tro). Men i England är principen den, att man svarar för en »wrong», även om den beror på en »oundviklig error facti».

[1] Varken i England eller Amerika synes någon klar gemensam term finnas för »skuldansvar» såsom inkluderande både ansvar för dolus och för culpa. I den systematiska behandlingen av »torts» (angående detta begrepp se nedan s. 297 ff.) behandlas städse var för sig »intentional or wilful wrongs» å ena sidan och å andra sidan den »wrong», som rubriceras som »negligence», vårt »vållande» eller »culpa». Ansvaret för »negligence» kallas, som redan nämnts, ofta för »fault-liability». Utanför denna term synes sålunda i allmänhet dolus-ansvaret falla, vilket i »tort»-systemet behandlas fördelat på skilda »intentional wrongs». (Jfr emellertid ovan s. 262.) Men även »negligence» anses vara att hänföra på ett klandervärt sinnelag, som man förstår av uttrycket »guilty of negligence». Jfr dock exkursen nyss här ovan.

[2] Salmond, s. 13.

ansvarigheten ovillkorligen måste förutsätta, att handlingen varit (objektivt) »wrongful»[3] — så förstår man, att preventionssynpunkten blott helt lekmannamässigt hängts upp på den rättsideologiska åskådningen, som på intet sätt rubbats av påhänget[4]. Varför det prevenerande »straffet» formats till skadestånds-tvång, berör icke Salmond. Uppenbarligen är för honom svaret självfallet: rättskränkningen måste i rättvisans namn gottgöras.

Ehuru det icke är min avsikt att ånyo upptaga »negligence» till närmare behandling är det dock nödvändigt för bilden av »strict liability» i anglo-amerikansk rätt att något gå in på en till »negligence»-kapitlet hörande lära: »res ipsa loquitur».

Res ipsa-doktrinen.

Doktrinen »res ipsa loquitur» är icke så urgammal som åtskilligt annat i den engelska skadeståndsrätten. Den angår bevisrätten, såvitt fråga är om talan om ansvar för »negligence». Med stöd av uttalanden i en rad domar säga de amerikanska professorerna Heckel och Harper: »It is elementary in the law of torts that the onus of proving negligence lies upon him who alleges it.»[5] Samma uppfattning råder naturligtvis i England.[6] Res ipsa-doktrinen bryter med denna uppfattning i fråga om vissa situationer, i vilka man låter »själva saken tala» till förmån för antagandet av förhandenvaro av »negligence». Doktrinen grundar sig, även i Amerika, på en »leading case» i England av 1863.[7] I detta fall hade en behållare med mjöl (barrel of flour) fallit från ett fönster i svarandens magasin och träffat käranden, som gick på en offentlig

[3] Salmond, s. 8.

[4] Se för övrigt mina anmärkningar här ovan s. 20 ff. — Att man särskilt i Amerika kan påträffa uttalanden angående »fault-liability», som synas verklighetsbetonade ha vi redan sett i citat från bl. a. Pound och Edgerton. Vad Pound angår ha vi dock ävenledes sett, att uttalandena i fråga icke kunna vara uttryck för en vetenskapligt grundad åskådning. Om Edgertons uppfattning saknar jag kompetens att döma, då jag icke haft tillgång till hans skrifter.

[5] Heckel & Harper, s. 724. Jfr t. ex. uttalandet av Supreme Court of Massachusetts i Brown v. Kendall, ovan s. 265.

[6] Se t. ex. Clerk & Lindsell, s. 284.

[7] Byrne v. Boadle (1863), 2 Hurlstone & Coltman, Exchequer Reports, 722. Fallet är även upptaget hos Kenny, Cases, s. 562. Harper säger i sitt amerikanska arbete, att »the leading case which established the rule of res ipsa loquitur was Byrne v. Boadle», Treatise, s. 182. Se f. ö. Pollock, s. 539 f.; Odgers I, Common law of England, s. 496 f. och Salmond, s. 34. Salmond hänvisar dock jämväl till ett tidigare fall avseende personskada genom tågsammanstötning (Skinner v. London, Brighton and South Coast Ry., 1850), s. 35.

gata. Två vittnen intygade detta faktum utan att kunna säga något angående orsaken till att behållaren föll ned. Käranden själv visste icke mera, än att han hade blivit skadad genom något på honom fallande föremål. Då sålunda varje bevisning om olyckans beroende på »negligence» saknades, blev käranden »non-suited» av underdomstolen. Men högre instans (Court of Exchequer) hade motsatt mening: »a barrel» kunde inte falla ut genom magasinsfönster »without some negligence»; genom att bevisa själva händelsen hade käranden följaktligen åstadkommit »prima facie evidence of negligence». Nu förstår man tydligt meningen med orden »res ipsa loquitur». »Saken talar för sig själv», d. v. s. så att käranden blott behöver visa saken, händelsen, och slipper bevisa »negligence» å svarandens sida eller å någons, för vilken svaranden är ansvarig. Emellertid är det blott fråga om en viss s. k. omkastning av bevisbördan. I saken uttalades också, att »if there are any facts inconsistent with negligence it is for the defendant to prove them».[8]

Något år efter denna sak få vi ett nytt fall, angående ansvar för skada, som uppkommit därigenom, att en handelsvara, som firades ned i en lyftkran från svarandens magasin, slank ur kranens grepp och föll ned på käranden, en tulltjänsteman som på sin väg i tjänsten passerade magasinet invid dockorna. Denna »case»[9] synes icke ha tilldragit sig något intresse alls i Amerika[1] men skjutes stundom fram i förgrunden i den engelska litteraturen[2]. Domstolen (Exchequer Chamber) betonade här kravet på »reasonable evidence of negligence», men, hette det vidare,

»where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want of care».

Man finner härav, att det är icke blott i fråga om svarandens egen »negligence» utan även i fråga om sådan hos hans »servants», som den på »res ipsa» grundade presumtionen kan göra särskild utredning om »negligence» överflödig; dock blott tillsvidare, nämligen till dess svaran-

---

[8] Se Kenny, Cases, s. 563. — Även redan i det i föregående not berörda Skinners fall uttalade den domsmeddelande domaren — f. ö. samme person, chief baron Pollock, som i Byrne v. Boadle — att »the fact of the accident having occurred was of itself prima facie evidence of negligence on the part of the defendants». Se Kenny, s. 564, där Skinners fall refererats.

[9] Scott v. London Docks Co. (1865), 3 Hurlstone & Coltman, Ex. Rep., 596.

[1] Den är t. ex. icke nämnd i Burdicks eller Harpers arbeten över skadeståndsrätten; icke heller i det nyssberörda arbetet av Heckel & Harper över »Res ipsa loquitur».

[2] Se t. ex. Salmond, s. 34; Pollock, s. 463; Winfield, Text-Book, s. 449.

den möjligen blir i stånd att framlägga grunder, som tala emot presumtionens befogenhet i det föreliggande fallet. »Explanation» måste här betyda mera än blott en enkel förklaring om frånvaro (= det nakna bestridandet) av »negligence». Domstolen måste därmed ha menat framställandet av en »statement, circumstance, that explains»[3] frånvaron av »negligence». — Också om nu en tillämpning av dessa synpunkter ofta måste faktiskt innefatta detsamma som strikt ansvarighet, så ser man det uppenbarligen icke under denna synvinkel. Ansvaret betraktas så tydligt som man kan önska sig såsom baserat på »negligence». Det heter uttryckligen i domen, att »there must be reasonable evidence of negligence». Att det sålunda här är fråga om »fault-liability» och intet annat är också uppfattningen än i dag i England, och för övrigt även i Amerika. Från judikaturen i Amerika är i förevarande avseende följande uttalande från en mycket bemärkt dom (Benedick v. Potts, 1898) av intresse:

»In no instance can the bare fact that an injury has happened, of itself and divorced from all the surrounding circumstances, justify the inference that the injury was caused by negligence. It is true that direct proof of negligence is not necessary. Like any other fact, negligence may be established by the proof of circumstances from which its existence may be inferred. But this inference must, after all, be a legitimate inference and not a mere speculation or conjecture. There must be a logical relation and connection between the circumstances proved and the conclusion sought to be adduced from them. *This principle is never departed from, and in the very nature of things it never can be disregarded* (kurs. här). There are instances in which the circumstances surrounding an occurrence and giving a character to it are held, if unexplained, to indicate the antecedent or coincident existence of negligence as the efficient cause of an injury complained of. These are the instances where the doctrine of 'res ipsa loquitur' is applied. This phrase, which literally translated means that 'the thing speaks for itself', is merely a short way of saying that the circumstances attendant upon an accident are themselves of such a character as to justify a jury in inferring negligence as the cause of that accident.»[4]

»Res ipsa»-doktrinen har efter de båda nyssberörda fallen i England därstädes kommit till uttryck i åtskilliga andra »cases», bland vilka följande kunna nämnas: omedelbart efter det att ett järnvägståg passerat en viadukt blev en person, som befann sig på stora landsvägen under viadukten, träffad av en tegelsten, som föll ned från en av viaduktens pelare (Kearny v. London, Brighton and South Coast Railway Co.,

[3] Se The concise Oxford dictionary of current English.

[4] Hämtat från Burdick, Cases, s. 903 ff. Fallet intager väsentlig plats i Burdicks behandling av »res ipsa»-doktrinen i hans rättssystematiska arbete. Se Burdick, Torts, s. 515 ff.

1871)[5]; tågpassagerare föll av tåget och skadades därigenom att dörren till kupén sprang upp, när han lutade sig mot densamma (Gee v. Metropolitan Railway Co., 1873)[6]; en packlår lutad mot en vägg tumlade över av någon oförklarad anledning och skadade en förbipasserande (Briggs v. Oliver, 1866)[7].

[5] L. R. 6 Q. B. 759. — Heckel & Harper påpeka, s. 728 ff., att de principiella resultaten i avseende å »res ipsa»-doktrinen av detta fall och av Byrne v. Boadle icke överensstämma med varandra. Domsuttalandena i detta sista fall finna dessa auktorer visserligen innefatta en fullständig omkastning av bevisbördan, så att »the burden of proof rests upon the defendant to prove to the satisfaction of the jury that he has exercised due care». I Kearnys fall åter uttalade sig domen på ett helt annat sät. Det heter här, att vad som helst som »tended to rebut the presumption ... even if such evidence were but slight, might have sufficed». Svarandena hade emellertid valt »to leave it on the naked state of facts proved by the plaintiff». Därför hade presumtionen stått sig. Den effekt av en »res ipsa»-situation, som framträder i denna domsmotivering är sålunda vida mindre än en presumtion, som låter »the burden of proof rest upon the defendant». Heckel & Harper karakterisera effekten såsom varande »unmistakably only to throw the burden (icke 'of proof' utan blott) of going forward with the evidence upon the defendant». Detta betyder, att svaranden för att undgå presumtionen icke behöver exkulpera sig men väl måste ha framställt någon bevisning mot densamma. I domen står det att t. o. m. blott »slight evidence *might* have sufficed». Detta är icke detsamma, som att sådan bevisning *vore* tillräcklig. Heckel och Harper tolka uttrycket så: »all that the defendant was obliged to do was to throw doubt upon the matter and his burden would have been satisfied». — Antecknas bör emellertid, att man i England icke synes göra denna skillnad mellan de båda fallen. Pollock t. ex. utlägger, s. 539, i anslutning till dem båda den av dem framgående principen sålunda: »Where damage is done by the falling of objects into a highway from a building, the modern rule is that the accident, in the absence of explanation, is of itself evidence of negligence. In other words, the burden of proof is on the occupier of the building. If he cannot show that the accident was due to some cause consistent with the due repair and careful management of the structure, he is liable.»

[6] L. R. 1873, 8 Q. B. 161. Domaren Brett uttalade i detta fall, att »negligence» bestode i detta: »Where something which would not happen, if ordinary care and skill were used, the happening of that is evidence on which a jury may find that there has been negligence on the part of the defendants.» A. st. s. 175. Fallet är delvis refererat hos Kenny, s. 573 f.

[7] 4 Hurlstone & Coltman, Ex. Rep., 403. Fallet är även berört av Campbell, Ruling cases I, s. 206. Se i övrigt till det sagda Salmond, s. 34 f. Salmond anför (i sitt arbete av 1920) inga »cases» av senare datum angående »res ipsa»-doktrinen! Pollock åter berör ett par senare fall vid sin behandling av denna doktrin. Detta torde emellertid sammanhänga med att Pollock synes anlägga från andras avvikande synpunkter, i det han utreder denna sak i sin framställning av »duties of insuring safety», se Pollock, s. 539 ff. I de allmännare framställningarna av »common law» hänvisas blott till enstaka äldre fall. Odgers I, s. 496 f., nämner blott Byrne v. Boadle (1865), och av Indermaur, s. 421, nämnas två fall, Kearneys case (1871) samt den 15 år före Byrnes fall avgjorda saken Skinner v. L. B. & S. C. Ry. (1850). Detta kan synas egendomligt. Man tycker, att frågan om »res ipsa»-doktrinens användning skulle ha stor praktisk betydelse. Så torde dock icke vara händelsen. »In a limited number of cases the facts of the accident may of themselves constitute negligence», säga Clerk & Lindsell, s. 284. Med stöd av mig icke tillgängliga »cases» uttala de emellertid bl. a. följande, s. 286: »The mere occurrence of a railway collision is, in general, enough to throw the onus on

Heckel & Harper ha, åberopande sig på amerikansk judikatur, gjort en begränsning av »res ipsa»-situationen, som jag icke funnit uttalad i engelsk rättslitteratur, i varje fall icke så expressivt, även om den jäm-

---

the company of showing that it was not the result of want of care. If injury is caused to a passenger by the jerky stoppage or starting of a train, the onus is on the railway company to disprove negligence. So where a vessel at anchor is run down by another vessel the vessel under way is bound to show that the accident did not arise from any negligence on her part. So, also, the doctrine applies to flying accidents.» — Ytterligare en del fall skola emellertid här till sakens belysande beröras. I Gaylor and Pope v. Davies (1924) hade en skenande mjölkskjuts i Marylebone kört in genom kärandens butiksfönster och anställt skada. Dylikt leder icke till ansvar för »cattle trespass» (nedan s. 321), utan skjutsägarens ansvarighet förutsätter »negligence» hos denne eller hans »servants». Se L. R. 1924, 2 K. B. 75. I King's Bench Division citerade emellertid domaren Mc Cardie, med instämmande, »an eminent Canadian judge who said: 'I think the reasonable view of the law, and of the ordinary transactions of human life is, that if a man's horses galloping through a street run on and injure a passenger on the side walk, a case of prima facie wrong is shown. It may be fully explicable, but I think it calls for explanation.'» Mc Cardie fortsatte med egna ord: »If, for example, a man, just as he has passed the Law Courts, and whilst walking on the pavement, is suddenly knocked down and injured by an unattended horse and cart which has dashed out of Chancery Lane, I should myself hold there was a prima facie case of negligence. To rule otherwise would, in my view, be against legal principle and against the good sense of those who are familiar with equine peculiarities.» Se L. R. 1924, 2 K. B., s. 85 f. Det finns ett annat hästfall i ämnet, Haynes v. Harwood (1934). En lastvagn med två hästar tillhörande svaranden hade av körsvennen lämnats åt sig själva på gatan (visserligen med iakttagande av viss säkringsåtgärd), medan han gått in till adressaten för lasten för att mottaga kvitto på denna. Några pojkar skrämde under tiden hästarna i sken genom att kasta sten på dem. När åkdonet kom i närheten av en polisstation, hade käranden — en konstapel, som befann sig där inne och som såg, i vilken fara en kvinna och ett antal barn befunno sig — störtat ut och gripit den ena hästen samt småningom lyckats stoppa dem båda. Han ådrog sig därvid svåra skador. Svaranden dömdes ansvarig på grund av »negligence» hos sin »servant», både i King's Bench Division och i Court of Appeal. L. R. 1935, 1 K. B. 146. I den förstnämnda domstolen uttalade domaren Finlay: »I do not doubt that where you have a pair of horses and a van left unattended in the street and the horses run away, that raises a presumption of negligence. It may be rebutted, but it casts an onus upon the owners of the horses and van to show that what happened happened without negligence.» Lord justice Maugham citerade instämmande dessa ord ur Finlays »admirable judgement», som även åberopades av lords justices Greer och Rocke, under lovprisningar av domens förträfflighet. Se L. R. 1935, 1 K. B., s. 152, 161 och 165. [Denna »case» har stort intresse, bortsett från »res ipsa»-doktrinen, nämligen till belysningen i övrigt av rättsideologiens makt över tänkandet i domstolarna. Domen måste ju grundas på »negligence». Men »negligence in the air will not do». Följaktligen uppstod frågan om det å svarandesidan förelegat någon »duty to take care» just gentemot poliskonstapeln. Vidare; pojkarnas stenkastning kunde kanske betraktas såsom »novus actus interveniens», avbrytande kausalsammanhanget mellan »the wrongful conduct of the defendant's driver and the accident». Vidare hade man att beakta maximen »volenti non fit injuria»: konstapeln hade ju frivilligt kastat sig i faran; i allt fall ansågs han icke stå under någon »positive duty (i egenskap av poliskonstapel) to run out into the street» för att med risk för livet stoppa hästarna. Å andra sidan ville lord justice Maugham icke betrakta honom såsom »in any true sense a volunteer». Han spekulerade livligt över konsta-

väl för engelska jurister måste kunna tjäna till viss ledning. Författarna erinra först om det tämligen självklara förhållandet, att blott och bart detta faktum, att skada föreligger, aldrig vore tillräckligt för användning

---

pelns ifrågavarande pliktställning. Detta var av behovet påkallat för att kunna ha fria händer gentemot ett domsuttalande, som den berömde lord justice Scrutton olyckligtvis hade haft i en annan »case», av innehåll att en hästägare icke vore ansvarig för skada å person, som sökte stoppa de skenande hästarna, enär denne varit »under no duty to run out and stop another person's horse». Emellertid var det nu tyvärr så beträffande maximen »volenti non fit injuria», att det vore stor brist i England på »the authority on the subject», under det att det funnes »apparently a wealth of authority in the United States».] I Tart v. G. W. Chitty, L. R. 1933, 2 K. B. 453, hade en person på motorcykel i mörkret kört på en lastvagn, som parkerats med släckt baklykta. Cyklisten var kärande, men fråga uppstod om hans »contributory negligence». Sådan befanns av domaren i Kings Bench Division vara förhanden. Han sade: antingen har käranden brustit i fråga om vad som under omständigheterna måste betraktas såsom »keeping a proper look-out», eller ock har han — därest han hållit »proper look-out» — kört för fort för att hinna stanna eller ändra kurs till kollisionens förebyggande. »One of those things must have happened, and if that be so, then the plaintiff must, in fact and in law, have been guilty of negligence»; a. st. s. 456. Domaren anförde i detta fall en icke refererad »case» av 1920, Page v. Richards & Draper. Här hade en bil bakifrån kört på en fotgängare, som icke observerats av föraren-svaranden. Något utöver detta och vissa siktförhållanden synes med hänsyn till frågan om »negligence» icke ha utretts. Domaren i county court fann, att »there was no negligence on the part of the driver». Men King's Bench Division hade annan mening: »In a case like this, where a man is struck without the driver seeing him, the defendant is in this dilemma, either he was not keeping a sufficient look-out, or if he was keeping the best look-out possible then he was going too fast for the look out that could be kept. I really do not see how it can be said that there was no negligence in running into the back of a man.» Se L. R. 1933, 2 K. B., s. 457 f. Stallybrass belyser »res ipsa»-doktrinen med några andra automobilfall, som icke refererats i Law Reports. »Negligence» ansågs föreligga, då skada skett därigenom, att »an unattended motor car run down a hill by itself» (Parker v. Miller, 1926, 42 Times Law Reports, 408) eller därigenom att »a motor vehicle has mounted the pavement and hit a person in the back» (Mc Gowan v. Stott, 1923, 143 Times Law Reports, 217, och Eller v. Selfridge, 1930, 46 Times Law Reports, 236); Salmond—Stallybrass, s. 471 f. Stallybrass erinrar också om det ovan i helt annat sammanhang berörda fallet Grant v. Australian Knitting Mills (1936). Käranden hade ådragit sig »dermatitis» genom underkläder, i vilka vid tillverkningen »excess sulphites» hade »been left». Han hade köpt dem i en affär, som i sin tur tillhandlat sig dem från fabrikanten. Båda dessa voro svarande i målet. Affärsinnehavaren befanns »liable in contract»; fabrikanten åter »liable in tort», d. v. s. »for negligence». Lord Wright uttalade därvid i sin dom för Privy Councils räkning: »If excess sulphites were left in the garment, that could only be because some one was at fault.» Åberopande sig på Donoghues »case» (ovan s. 255 n. 7), i analogi med vilken fabrikanten måste haft »a duty to take care» gentemot käranden såsom konsument, dömde han följaktligen fabrikanten ansvarig för »negligence». Se L. R. 1936, App. Cas., s. 101 ff. Vad Donoghues »case» angår rörde sig, som vi förut sett, målet i House of Lords endast därom, huruvida »a duty to take care» vore förhanden; däremot icke, huruvida »breach of» sådan »duty» och följaktligen »negligence» förevarit. Man kunde tänka sig, att den frågan i en sådan situation (snigeln i »ginger beer»-buteljen) borde bedömas med hjälp av »res ipsa»-doktrinen. Emellertid uttalade sig i detta avseende lord Macmillan — den ende som berörde denna fråga — i motsatt riktning: »The burden

av »res ipsa»-doktrinen, utan att omständigheterna måste »make negligence a reasonable inference, if not, as said by some courts, a necessary one in the absence of explanation». Därefter säga de:

»But there is still another phase to a res ipsa case. The circumstances which give rise to the injury must be such as to lie *exclusively* (kurs. här) within the defendant's knowledge. This may be said to be the 'reason' for the rule, and usually takes the form of the instrument or appliance causing the injury being under defendant's control and management. Indeed it has been declared that the instrumentality must have been under the defendant's *exclusive* (kurs. här) control, otherwise the question of proximate cause complicates the issue and destroyes the presumptions because the injury may have been as easily due to the negligence of a third person. Finally, the agency causing the injury must have been under the defendant's control both at the time of the injury and at the time of the negligent acts which it is presumed caused the injury.»[8]

I sitt rättssystematiska arbete belägger Harper med ganska riklig amerikansk judikatur — och mestadels från innevarande sekel — påståendet, att »res ipsa»-doktrinen i Amerika

»has been applied to railroads accidents causing harm to passengers, to harms from electric currents, to harms due to falling objects such as a broken window pane, a window screen, a cornice of a building, a stone from a wall, etc., and to harms caused by physicians, surgeons, and dentists to patients undergoing treatment, examination, or operation under circumstances which support the inference of negligence, as where a surgeon knocked out a tooth while performing an operation to remove tonsils, where a surgeon left some object in the patient's body such as a needle, or a gauze bandage. In some cases the doctrine has been applied to burns sustained by an X-ray machine. Occasionally the doctrine is applied in cases of automobile accidents if the circumstances strongly suggest negligence, as where a parked automobile starts to roll down a hill and there is no visible cause of its motion, or where an automobile suddenly veers from the street and strikes a pedestrian on the sidewalk.»[9]

I Frankrike skulle en del av dessa fall ha lett till »la responsabilité du fait des choses». Vi erinra oss emellertid från behandlingen av den

---

of proof must always be upon the injured party to establish that the defect which caused the injury was present in the article when it left the hands of the party whom he sues, that the defect was occasioned by the carelessness of that party, and that the circumstances are such as to cast upon the defender a duty to take care not to injure the pursuer. There is no presumption of negligence in such a case as the present, nor is there any justification for applying the maxim, 'res ipsa loquitur'.» L. R. 1932, App. Cas., s. 622.

[8] För samtliga i detta citat gjorda påståenden ha författarna hänvisat till amerikanska »cases». Se Heckel & Harper, s. 725 f.

[9] Harper, Treatise, s. 183 f. Egendomligt nog anför Harper här inga andra skador genom järnvägstrafik än å passagerare. Anmärkningsvärt är också, hur begränsad användningen av »res ipsa»-doktrinen är i fråga om skador genom biltrafik.

franska riskteorien, att en tendens att för ansvaret i fråga skilja mellan farliga och ofarliga ting numera övergivits av judikaturen. En viss betydelse synes denna distinktion emellertid ha åtminstone i England, där man stundom sammanför vissa fall av strikt ansvar under synpunkten av »liability for dangerous things» eller »dangerous chattels».[1] I denna punkt finns emellertid ett intressant kanske också något dubiöst uttalande av Chief Justice Cockburn, som i Exchequer Chamber i fallet Vaughan v. Taff Vale Railway Co. (1860)[2] parentetiskt uttalade, att

»it may be true that if a person keeps ... a dangerous instrument, he will be responsible to those who are thereby injured, independently of any negligence in the mode of ... using the instrument»[3].

Här synes i själva verket såsom möjligen gällande rätt i England ha framställts en princip, som står i viss överensstämmelse med den franska »responsabilité du fait des choses» före domen av Chambres Réunies den 13 febr. 1930, då detta ansvar tidvis ansågs förutsätta sakens farlighet. Dock måste ju sägas, att den engelska formuleringen icke har den franskas oförnuftighet, i det att den förra ju talar om skada uppkommen genom sakens brukande och icke genom »le fait de la chose». Emellertid har jag ingenstädes i den nutida engelska rättslitteraturen funnit någon bekräftelse på en sådan åsikt. Även om det vid tiden för domen i Vaughan v. Taff Vale etc. kunde diskuteras, huruvida icke den allmänna regeln gällde i England, att man vore strikt ansvarig för skada genom bruket av »farligt ting», så måste ju detta numera råka i strid med culpa-regeln, sådan som dess innebörd antages ha blivit efter fallen Holmes v. Mather (1875) och Stanley v. Powell (1891), varom ovan s. 263 ff. Den skadegörelse, som här kunde komma i fråga, måste ju framför allt bestå i »trespass», och vi ha i det föregående sett, att nämnda fall anses giva vid handen, att man vid »trespass» — det må vara »to land», »to goods» eller »to person» — kan freda sig från ansvar genom att visa skadans beroende av »inevitable accident».

När man i engelsk rättslitteratur talar om »liability for dangerous things» eller »chattels», så har man, åtminstone numera, blott vissa bestämda situationer i sikte. Emellertid ser man saken på något skilda

[1] Att synpunkten »ansvar för skada genom (farliga) ting» icke är främmande för amerikansk jurisprudens framgår av Harpers här sedermera berörda kongressrapport, som bär titeln »Liability for damage done by chattels». Vad han har i sikte är dock blott djur och vad som kan komma under principen i Rylands v. Fletcher. Beakta emellertid »the doctrine of dangerous instruments», nedan noten å s. 506.

[2] 5 Hurlstone & Norman, Exchequer Reports, 679. Ref. även hos Campbell, Ruling cases I, s. 296 ff.

[3] Uttalandet återgives fullständigare nedan s. 415.

sätt. Hålla vi oss till Pollock, så tänker han sig bl. a., att lagen vid vissa slag av »dangerous things» — såsom farliga djur, eld, explosiva eller eldfarliga ämnen, eldvapen, frätande eller eljest farliga vätskor, gifter samt dessutom snart sagt vad som helst i situationer under principen i Rylands v. Fletcher[4] — har lagt en (åtminstone tillnärmelsevis) »absolute duty» på sakinnehavaren att handla så, att skada förebygges[5].

[4] Om denna nedan s. 348 ff.

[5] Pollock, s. 516 ff. »Plikterna» i alla dessa fall samlas av Pollock under begreppet »duties of insuring safety». Emellertid säger Pollock uttryckligen, att »the course adopted in England» har varit att endast i fråga om vissa slags ting låta en person bli ansvarig »as an insurer against consequent mischief». Se citatet nedan å s. 362. Det riktiga torde nu vara att se uttalandet i Vaughan v. Taff Vale Ry. under denna synvinkel, d. v. s. att man svarar för vissa »dangerous instruments». Så måste också säkerligen exempelvis lord Buckmasters uttalande i Donoghues »case» uppfattas, när han låter förstå, att innehavaren av »an article dangerous in itself» vore ansvarig för skada genom densamma oberoende av någon särskild relation till den skadade. Se L. R. 1932, App. Cas., s. 569. Meningen torde blott avse sådana »articles dangerous in itself», som föranleda strikt ansvar. — Nämnas må emellertid nu, beträffande ansvaret för dessa »chattels inherently dangerous», att Pollock synes något sväva på målet, när han hänför det till »strict responsibility». Han tillfogar nämligen, s. 516: »At least, we do not know of any English case of this kind (not falling under some recognized head of exception) where unsuccessful diligence on the defendant's part was held to exonerate him.» Uttalandet har dock icke avseende å principen i Rylands v. Fletcher eller ansvar för »dangerous animals». I Donoghues »case» hade lord Macmillan uttalanden, som visa, att han betraktar ansvaret för skada genom skjutvapen och andra »things dangerous in themselves» såsom »a special instance of negligence where the law exacts a degree of diligence so stringent as to amount practically to a guarantee of safety»; L. R. 1932, App. Cas., s. 611 f. I detta ämne är det icke lätt för en utländsk jurist att få fram några klara linjer. Han misstänker slutligen, att den engelska rätten icke har några sådana på området, och finner denna misstanke i någon mån bekräftad när han till sistnämnda uttalanden kan lägga följande av Winfield, Text-Book, s. 584: »There is no doubt that the law as to liability for dangerous chattels is treated in legal litterature and practice as a separate compartment of the law of tort, but it is not easy to explain why it is so or in what respect it is a species of »strict» liability. In theory the law of negligence as a tort might be regarded as adequate to cover it.» — Emellertid blir man nu enligt judikaturen faktiskt ansvarig — vare sig det betraktas som »negligence» eller icke — om man placerar en »farlig sak» så, att den är lätt tillgänglig för annan, vilken därmed skadar en tredje. (Man torde även bli ansvarig, om personen skadat sig själv, varvid dock frågan om »contributory negligence» ligger nära till hands.) Se Clerk & Lindsell, s. 521 f., som i sammanhanget citera ett uttalande av domaren Lush i Ruoff v. Long & Co. (1915). Av detta uttalande framgår, att en »motor lorry» icke kunde »be properly described as a dangerous thing». Hade den kunnat så beskrivas, då skulle svarandena om de (detta oaktat) hade placerat vagnen på landsvägen, »be taken to contemplate that persons lawfully using the highway might remove it». Se L. R. 1916, 1 K. B., s. 156. Uttalandet synes därför ha intresse också ur den synpunkten, att Lush tycks mena, att det icke vore fråga om strikt ansvar för »dangerous chattels» utan endast därom, att hanteringen av dylika ting krävde extraordinär aktsamhet för att icke rubriceras som »negligence». — Här måste emellertid nu nämnas ytterligare en kategori av farliga ting, för vilka man svarar på grund av, som Pollock uttrycker det, »a duty of insuring

Vad nu angår »res ipsa»-fallen, så anses ansvaret här ha en helt annan grund. Det skall alls icke vara byggt på någon sådan »absolute duty» utan tvärtom på »negligence», d. v. s. »fault», alltså något i princip klan-

---

safety». Det är fråga om ansvar å »the occupier of a building» för »the condition of the building». Det dominerande fallet är här Indermaur v. Dames (1866). L. R. 1 C. P. 274, ref. även hos Campbell, Ruling cases XIX, s. 64 ff. Domaren Willes' domsuttalande i denna sak »has since been regarded on both sides of the Atlantic as a leading authority» (Pollock, s. 528). Svaranden innehade i egenskap av sockerraffinadör flera våningar i en byggnad. Genom golven i våningarna gick en trumma (»shafts») 4 fot och 3 tum i fyrkant, för »raising and lowering sugar to and from the different storeys of the building». Det var både vanligt, nödvändigt och lämpligt att ha ett dylikt arrangemang i detta slags affärer. »Whilst it was in use it was necessary and proper that it should be open *and* unfenced. When it was not in use, it was sometimes necessary, with reference to ventilation, that it should be *open*. It was not necessary that it should, when not in use, be *unfenced*, and it might then without injury to the business have been fenced by a rail.» (Kurs. här.) Emellertid var det icke utrett i målet, huruvida det var brukligt att med skyddsräcke inhägna liknande platser, när de icke direkt voro i bruk. Käranden var gasmontör anställd hos en patentinnehavare. Denne hade försett svaranden med sin patenterade gasregulator, som skulle betalas på villkor, att den åstadkom viss bränslebesparingseffekt. För att få konstaterat om villkoret fullgjorts infann sig patentinnehavaren tillsammans med käranden i svarandens affär. Under det käranden därvid var sysselsatt i den våning, där »schaktet» var öppet, föll han igenom detta och skadades svårt. Detta skedde »accidentally» och, enligt juryns utslag, utan något slarv från kärandens egen sida. Invändningar hade från svarandesidan framställts gående ut på att käranden — som förut en gång avvisats från lägenheten av svarandens »manager» — icke varit på platsen med svarandens tillstånd vid olyckstillfället, eller att han i bästa fall blott kunde betraktas såsom svarandens »licensee or guest» och följaktligen blott vore berättigad att bruka platsen i det skick den befunne sig. Efter att ha refererat allt detta anförde i Court of Common Pleas domaren Willes för domstolens räkning bl. a. följande: »The capacity», sade han, »in which the plaintiff was there was that of a person on lawful business, in the course of fulfilling a contract in which both the plaintiff and the defendant had an interest, and not upon bare permission.» Att det varit kontrahentens »servant», som infunnit sig, hade ingen rättslig betydelse i förevarande avseende. Domstolen hade att avgöra vad som vore »the law as to the duty of the occupier of a building with reference to persons resorting thereto in the course of business, upon his invitation, express or implied». Den förevarande situationen komme i samma klass som det här eljest vanliga fallet, nämligen då man gått in i en butik som köpare. Beträffande åtminstone besökare av denna klass fann Willes det vara »settled law, that he, using reasonable care on his own part for his own safety, is entitled to expect that the occupier shall on his part use reasonable care to prevent damage from unusual danger, which he knows or ought to know». Då svaranden hade hävdat, att han blott kunde ha skyldighet att hålla sin affärsplats »in the same condition as other places of business of the like kind, according to the best known mode of construction» medgav Willes, att detta syntes »conclusive to prove that there was no absolute duty to prevent danger, but only a duty to make the place as little dangerous as such place could reasonably be, having regard to the contrivances necessarily used in carrying on the business». Utredningen hade emellertid visat, att en ovanlig fara förelåg, känd för svaranden, ävensom att käranden lidit skada »by reason of that danger, and of the neglect of the defendant and his servants to use reasonable sufficient means to avert or warn him of it». (L. R. 1866, 1 C. P., s. 284—289.) Domstolsutslaget utmynnade i »discharging of the rule». Svaranden hade nämligen efter

dervärt, som rättfärdigade skadeståndstvånget. Båda ståndpunkterna äro ju helt ovetenskapliga, och man kan naturligtvis icke heller spåra någon rationell gränslinje för fördelningen av fallen på ena eller andra sidan.

---

juryns utslag till förmån för käranden på ett skadestånd av £ 400 fått »a rule nisi to enter a nonsuit» (a. st. s. 278). På grund väsentligen av vad som nu refererats blev denna »rule discharged» av domstolen. Beslutet fastställdes, efter appellation, av Exchequer Chamber, där man tydligen helt godkände Willes' synpunkter. (L. R. 1867, 2 C. P. 311.) — Det är tydligt, att domen i fråga icke är att uppfatta såsom tillämpning av ett till för »negligence» begränsat ansvar. (Dock är det tydligt, att det blott vore fråga om ansvar för »negligence», därest den uppfattning om detta begrepp skulle råda, som kommit till uttryck i domsuttalandena av lorderna Wright och Atkin; se ovan s. 253 ff. och där gjorda hänvisningar.) Det är, som vi sett, ovan s. 263, helt annat (eller andra) fall än detta, som i sådant avseende betraktas som »leading case», under det att Indermaur v. Dames betraktas såsom »leading case» beträffande en särskild grundsats, kanske något svår för en svensk jurist att fatta. I en »summary» av fallet före referatet heter det, att svaranden befanns »guilty of a breach of duty» gentemot käranden, bestående »pliktbrottet» däri, att han låtit trumman förbli »unfenced». Detta är något annat än »guilty of negligence». Ordet »neglect» i ett här nyss gjort citat torde icke heller ha något med »negligence» att skaffa. Det synes här betyda blott och bart den faktiska underlåtenheten. Man märke, att intet sägs av innehåll, att svaranden faktiskt varit »careless», d. v. s. åsidosatt »due care and caution». Lagen anses helt enkelt ha lagt en sådan »plikt» på svaranden, att han anses ha åsidosatt denna, så snart han själv, hans tjänare eller annan, åt vilken han anförtrott vården av byggnaden, faktiskt icke nedlagt så mycken omsorg, som vore rimlig till farans förebyggande — likgiltigt om de verkligen under de föreliggande omständigheterna bort göra det eller icke, d. v. s. likgiltigt om underlåtenheten innefattar bristande åt s. k. normal aktsamhet eller icke. Å andra sidan är det likväl icke fråga om något i princip strikt ansvar för skada på grund av »the condition of a building». Willes betonar ju uttryckligen, att någon »absolute duty to prevent danger» icke förelåge. Innebörden av den princip, som tagit sig uttryck i fallet Indermaur v. Dames, har sammanfattats på följande sätt av Pollock, s. 527: »The duty is founded not on ownership, but on possession, in other words, on the structure being maintained under the control and for the purposes of the person held answerable. It goes beyond the common doctrine of responsibility for servants, for the occupier cannot discharge himself by employing an independent contractor for the maintenance and repair of the structure, however careful he may be in the choice of that contractor. Thus the duty is described as being impersonal rather than personal. Personal diligence on the part of the occupier and his servants is immaterial. Thus there is a limited duty of insurance, as one may call it, though not a strict duty of insurance such as exists in the classes of cases governed by Rylands v. Fletcher.» Jag måste avstå ifrån att närmare gå in på rättslitteraturens inställning till förevarande fall. Emellertid må märkas att Salmond — trogen sin allmänna tendens att göra sitt till för ansvarets i allmänhet principiella begränsning till för »negligence» — behandlar fallet, vid »liability for dangerous property», under rubriken »liability of occupiers for negligence», s. 401 ff. Skall »the occupier of premises» vara ansvarig för mera än »the dangers due to the negligence of himself or his servants», sålunda »also for those which are due to that of independant contractors or other persons» måste situationen enligt Salmond vara sådan, att regeln i Francis v. Cockrell (1870) är tillämplig, s. 408. Situationen i fråga innefattar, att käranden mot särskilt vederlag berättigats att komma in i byggnaden och använda den för visst ändamål. (I Francis v. Cockrell hade svaranden, som innehade en kapplöpningsbana, låtit en därtill kompetent person uppföra »a grand stand» för åskådare. Käranden hade mot en avgift av

Man behöver ju blott fråga sig, varför icke t. ex. tåg, automobil eller läkarinstrument betraktas såsom »farliga» ting och resultatet följaktligen ses under den synpunkten i stället. Tanken synes vara att saken skall på något sätt »i sig själv» innesluta en farlig karaktär, för att en »liability for dangerous things» skall komma i fråga. En sådan tanke synes då också utgöra förklaringen till att »res ipsa»-doktrinen — såvitt man kan förstå — icke är tillämplig vid »farliga ting». Man torde resonera så, att om saken i sig själv är farlig, då blir det presumtion för att sakens naturliga farlighet snarare än dess vårdslösa hantering föranlett skadan. Så kan man åtminstone förmodas resonera att döma av de exempel som anföras till belysning av vad som icke enligt »res ipsa»-doktrinen »makes out a 'prima facie' case of negligence»: personen skadas »by the bursting of a fly-wheel used by the defendant, or the bursting of a boiler or engine or the fall of an elevator».[6] Praktiskt taget skulle ett sådant resonemang kanske icke leda till några olägenheter, om klara linjer vore utbildade i anglosachsisk rätt angående ansvar för skada genom »farliga ting». Men detta är ingalunda händelsen vare sig i England eller Amerika. Det är som vi sett blott vissa, och ett fåtal, »farliga ting», för vilka man i England säges svara »absolutely». Varken i England eller Amerika torde man vara ansvarig i något av de tre nu efter Burdick andragna exemplen, såvida man icke kan överbevisas om »negligence», ehuru dock frågan om förhandenvaron av »negligence» bedömes med hänsyn till »farligheten».[7] Uppenbarligen drar man dock icke konsekvensen av det sistnämnda, ty då skulle fallen i fråga icke kunna avskäras från »res ipsa»-doktrinens tillämpning. Denna inkonsekvens torde just bero på, att man — samtidigt som man icke kan undgå att beakta *verksamhetens* farliga karaktär och på den grund ställer strängare krav på aktsamhet — har en grundföreställning om tingets eller situationens »farlighet i sig» såsom föranledande skadan. Av denna

5 sh. vunnit tillträde till byggnaden, som emellertid rasade, varvid käranden skadades. Byggnaden hade uppförts på ett undermåligt sätt, varom dock varken svaranden eller käranden hade någon vetskap. Ehuru svaranden befanns helt fri från »negligence» bifölls kärandens talan om skadestånd; L. R. 1870, 5 Q. B. 184. Domen fastställdes sedermera av Exchequer Chamber; L. R. 5 Q. B. 501.) Man måste emellertid, synes det mig, hålla med Pollock, som, s. 530, icke kan se något skäl till åsikten, att »the duty declared in Indermaur v. Dames can be escaped by delegating its performance to an independant contractor». Ang. detta begrepp nedan s. 472 ff.

[6] Burdick, Torts, s. 516 f.

[7] Jfr särskilt lord Macmillans uttalanden i Donoghues case, L. R. 1932, App. Cas., s. 611 f., berörda här ovan i noten å s. 275. Se även t. ex. Pollock, s. 472 f. och s. 500 f., citerad här nedan s. 362. — I de två första exemplen torde, åtminstone i England, strikt ansvar kunna föreligga, om situationen kompliceras så, att principen i Rylands v. Fletcher blir användbar.

grundföreställning har man så blott i vissa bestämda fall letts till antagande av »strict liability».

Även tillämpningen av »res ipsa»-doktrinen kan man väl säga praktiskt taget innefattar strikt ansvar för en svarande i flera av de hithörande fallen. Man kan väl också säga, att denna »skärpning» av ansvaret synes motiverad ur allmän synpunkt. Det är ägnat att i de hithörande situationerna öka personens aktsamhet i sina handlingar. Den trygghet, som i motsvarande grad vinnes för allmänheten, får ytterligare ett tillskott därigenom, att denna vet, att man — om en skadegörelse trots allt inträffar — har ett skadeståndsanspråk, även om man icke är i stånd att övervinna de svårigheter, som föreligga beträffande svarandens överbevisning om hans eller hans folks bristande aktsamhet. Vi finna sålunda här, att ansvarsregeln i fråga är motiverad av synpunkter, fullt motsvarande dem som jag framlagt i fråga om culpa-regeln.[8]

I den hithörande litteraturen finns emellertid icke någon antydan om ett sådant betraktelsesätt. De uttalanden från fallen Scott v. London Dock i England och Benedick v. Potts i Amerika, som jag nyss citerade, torde kunna betraktas såsom uttryck för den rådande uppfattningen i ämnet.[9] De utvisa, att ansvaret här anses motiverat endast och allenast såsom »fault-liability». Och lättnaden i bevisbördan för käranden motiveras i enlighet härmed. Det hade ju också varit inkonsekvent, om man hade sökt förklara ändringen i fråga om bevisbördan med hänsynstagande till skadeståndsregelns betydelse ur allmän synpunkt. I själva verket ser man det så, att det vore *obilligt mot käranden*, om han även i dessa fall skulle för sitt skadeståndsanspråk behöva utreda svarandens »negligence» (eller annans för vilken denne svarar). Det heter t. ex. hos Salmond, att det stundom innefattar »considerable hardship» mot käranden att nödgas bevisa »negligence». Denna »hardship» undgår man genom »res ipsa»-doktrinen i under densamma hänförliga situationer.[1]

Om »res ipsa»-situationens effekt verkligen konsekvent vore denna, att den s. k. bevisbördan i fråga om »negligence» överflyttades på svaranden, då skulle man få ett visst grepp på denna doktrin. Dess innebörd vore då denna: ansvaret är »in dubio» strikt; denna »in dubio»-regel

---

[8] Culpa-Regeln, s. 104 ff.

[9] Det engelska fallet är visserligen gammalt, från 1865, men har likväl uppenbarligen en centralplats i litteraturen just med hänsyn till den motivering jag citerade. Det amerikanska fallet ligger också rätt långt tillbaka, 1898, men det intager som redan nämnts t. ex. hos Burdick, Torts, en väsentlig plats i framställningen av »res ipsa»-doktrinen.

[1] Salmond, s. 33 f.

brytes genom svarandens exkulpering. Men så enkelt ligger saken icke till, såsom man förstår redan av anmärkningarna vid fallet Kearny v. London ... Ry.[2] Såsom principen utlades i detta fall måste dock svaranden för att kunna frias ha åstadkommit »någon», om ock blott »slight», bevisning. Antag emellertid att svaranden icke för fram någon som helst bevisning emot »res ipsa»-presumtionen! Att döma av framställningarna både i England och Amerika är det icke ens i dylika situationer uteslutet, att svaranden frias från ansvar. Detta måste ju vara innebörden i exempelvis följande uttalande av Salmond:

»There is not, indeed, even in these cases (= 'res ipsa'-fallen i allmänhet) any *legal presumption* of negligence, so that the legal burden of disproving it lies on the defendant. But the plaintiff by proving the accident has adduced reasonable evidence, on which *the jurors may, if they think fit* (kurs. här), find a verdict for him.»[3]

Detta ämne diskuteras egentligen, synes det, endast med utgångspunkt därifrån, att fråga är om sakens prövning genom jury. I »res ipsa»-fallen finns nu efter »common law» ingen annan grund för skadeståndstvång än »negligence». Följaktligen måste käranden grunda sitt yrkande på »negligence». Situationen är då den, att han för att kunna få saken hänskjuten till juryn måste visa sådana omständigheter, att därifrån »negligence *may be* reasonably inferred».[4] I allmänhet innebär detta, att käranden måste visa något utöver själva den skadegörande händelsen i trängre mening, d. v. s. utöver det omedelbara kausalsammanhanget. Men i fallen under »res ipsa»-doktrinen överföres saken till juryn, även om käranden icke visar mera än nämnda kausalsammanhang. Självfallet är det emellertid domaren, som avgör, huruvida saken är en »res ipsa-case» eller icke. Förlitar sig käranden på att saken är sådan och anhängiggör rättegången, utan att kunna visa mera än så att säga den yttre skadebringande händelsen, men domaren icke finner att »res ipsa loquitur», då har denne att utan vidare »nonsuit the plaintiff».[5] Finner han åter saken vara »res ipsa», går den till juryn. Denna står det nu fritt att antaga eller icke antaga förhandenvaro av »negligence». Principiellt föreligger sålunda intet hinder för en »verdict» till svarandens förmån, även om han utöver sitt bestridande intet åtgjort för sin exkulpering. Man kan fråga sig, hur detta skall kunna gå ihop med t. ex. Pollocks nyss

[2] Ovan s. 270 n. 5.

[3] Salmond, s. 34. Uttalandet återfinnes utan reservation hos Salmond—Stallybrass, s. 471.

[4] Domen i Metropolitan Ry. Co. v. Jackson (1877), berörd här nedan s. 285 f.

[5] Jfr Indermaur, s. 421 f.

gjorda uttalande om att bevisbördan vilade på svaranden.[6] Det är dock att märka, att Pollocks uttalande begränsar sig till de situationer, då något faller ned ifrån en byggnad utåt allmän gata. Och det är ju möjligt, att doktrinen för sådana fall stabiliserat sig. Men så som den uppställts synes det uteslutet att få någon logisk reda i densamma. Detta skulle kunna ha åstadkommits, om man låtit vissa typer av skadesituationer falla under strikt ansvar såsom en »in dubio»-regel, som kunde hävas genom exkulpering. Men genom att man nu bygger ansvarsregeln på »negligence», så kommer hela »res ipsa»-doktrinen icke att ha avseende på annat än bevisningen om »negligence». Denna bevisning innefattar vederbörandes (t. ex. jurymännens) övertygelse om vissa fakta, ävensom vissa deras värderingar i anslutning till övertygelsen i fråga.[7] Dessa senare bestämmas enligt psykologiska grunder. Detsamma gäller även — i rättssystem med fri bevisprövning — i fråga om övertygelsen om faktas förhandenvaro. En in abstracto uppställd princip, att »res ipsa»-situationen innefattade förhandenvaro av svarandens »negligence» (i frånvaro av exkulperande bevisning, alltså en »legal presumtion» om »negligence») måste kunna råka i konflikt med antydda psykologiska grunder. Detta torde i verkligheten vara anledningen till att en sådan princip icke blivit uppställd.

Å andra sidan skulle denna »principlöshet», tycker man, leda till en besvärande förvirring i rättstillämpningen. Däröver har jag dock icke märkt någon klagan i den engelska rättslitteraturen. Annorlunda tycks det förhålla sig i Amerika. Såsom man kunde vänta sig, skriva Heckel & Harper,

»the extensive industrial and manufacturing activities of America have furnished fertile soil for the growth of the doctrine of res ipsa loquitur. The confusion arising out of the leading English cases however, seems to have increased in the state courts.»[8]

De engelska »cases», som här åsyftas, äro Byrne v. Boadle och Kearney v. London etc. Författarna ha gjort upp ett schema angående »res ipsa-presumtionens» effekt, som kan vara av tre olika grader: Grad 3 (högsta effekten) innefattar, att bevisbördan angående »negligence» kastas över på svaranden. Bland de engelska fallen är Byrne v. Boadle här representativt. Grad 2 innefattar att »the burden of going forward with evidence» kastas över på svaranden. Det engelska fall, som här åberopas är Kearney v. London etc.[9] Grad 1 innefattar »no burden on

[6] Ovan s. 270 n. 5 in f.
[7] Härom nedan s. 290 ff.
[8] Heckel & Harper, s. 732.
[9] Se ovan s. 270 n. 5.

defendant» utan blott att »some evidence of negligence» föreligger genom »res ipsa»-situationen. D. v. s. käranden har genom »res ipsa» åstadkommit, att saken gått till juryn, som kan välja att giva en »verdict» till hans förmån, ehuru »it remains to be seen whether or not such a verdict will be returned».[1] För denna svaga verkan av »presumtionen» åberopas intet engelskt fall däremot flera sådana i vissa stater i U. S. A.[2] I andra stater därstädes domineras »res ipsa»-doktrinen av »presumtionen» av 2 eller 3 graden. Domstolarna i vissa stater, t. ex. New York, favorisera än den 2-gradiga, än den 3-gradiga presumtionen; i vissa andra stater åter tycks det vara tvivelaktigt, hur »presumtionen» verkar.[3] En målande bild av variationerna giver oss Harper i sitt stora systematiska arbete, där han skriver följande:

»The effect of the doctrine, once it is applicable, is not quite clear from the cases, some courts holding to one, some another and still others to all of three possible results. The least effect of the presumption that is said to arise from the rule of res ipsa loquitur is to furnish 'some' evidence of negligence, sufficient to insure the plaintiff of getting his case to the jury if the defendant offers no rebutting evidence. Such a result merely protects the plaintiff against a nonsuit or a directed verdict on the grounds that by merely proving the accident and the surrounding circumstances he has offered no evidence of negligence. It gets him to the jury, but gives him no advantage with the jury, and he is still bound to obtain an affirmative finding in his favour by the jury on the issue of negligence. This has been the effect accorded the presumption in some states. Again, the presumption is sometimes held to require the defendant to come forward with some explanation or some rebutting evidence. If he does so, there is a jury case, but if he fails to satisfy this burden, the defendant can not go to the jury on the issue of negligence and is subject to a verdict directed against him. This effect has been enunciated in some states. Still other jurisdictions hold that when the plaintiff makes out a res ipsa loquitur case, the burden of proof, in the strict sense, is on the defendant and the risk of obtaining an affirmative finding by the jury on the issue of negligence is upon him. The plaintiff is entitled to the verdict unless the defendant satisfies the jury by a preponderance of the evidence that he was not guilty of negligence. A number of courts have felt it consistent with policy and justice to attach this effect to the presumption raised by a res ipsa case.»[4]

Detta uttalande är belagt med en mängd »cases» från innevarande sekel. Dels med hänsyn härtill och dels med hänsyn till uttalandets uppenbarliga syfte att få fram den reella betydelsen av »res ipsa»-doktrinen har uttalandet intresse också därigenom, att det på ett särskilt

[1] Se Heckel & Harper, s. 746 f., jfda med s. 728—732.
[2] A. st. s. 733.
[3] A. st. s. 734 ff.
[4] Harper, Treatise, s. 184 f.

sätt belyser fångenskapen i rättsideologien. Varken domstolarnas inställning eller nämnda syfte har föranlett förf. att direkt bedöma »res ipsa»-doktrinens praktiska betydelse, d. v. s. dess betydelse ur rättslivets, ur samhällsekonomiens synpunkt. Både han och domstolarna föreställa sig uppenbarligen saken så, att det är »negligence», som ligger i bakgrunden såsom rättfärdigande skadeståndstvånget.[5]

---

[5] Att doktrinen »res ipsa loquitur» icke är en fullt rationell produkt torde ha framgått av det föregående. Ett närmare ingående härpå skall icke ske. Blott ett par påpekanden skola göras (för enkelhetens skull inskränkande sig till England). Felet med doktrinen torde just vara, att den uppställts som en doktrin, d. v. s. som en särskild bevisrättsregel. Riktigt är naturligtvis, att stundom blotta orsaksförhållandet (med de för dettas beskrivande nödvändiga omständigheterna) vid en skadegörelse kan innefatta ett så starkt indicium på »negligent» handlingssätt, vare sig hos svaranden eller hans »servants», att domaren, om icke motskäl framställas, känner sig fullt övertygad därom. Då med hänsyn till övertygelsen om förhandenvaro av »negligence» domarens prövning givetvis är fri, kan svaranden följaktligen dömas till skadestånd utan annan grund än blott orsaksförhållandet i fråga, nämligen när detta befinnes tillräckligt för att utvisa »negligence». Rutinmässigt kunna då också med ledning av judikaturen en mängd situationer samlas, i vilka »res ipsa» ansetts in dubio — d. v. s. utan sakligt grundade motskäl från svarandesidan — innefatta nämnda starka indicium på »negligence». Men detta är något helt annat än att på basis av judikaturen uppställa en särskild doktrin i ämnet. I Byrne v. Boadle, som i allmänhet åberopas såsom grund för »res ipsa»-doktrinen, sägs ju intet annat, än att själva situationen är sådan, att den starkt tyder på »negligence». Och tanken måste så i doktrinen vidare vara den, att indiciet vinner i styrka därigenom, att svaranden icke kunnat försvaga detsamma genom sina motskäl. Icke behövs det väl någon särskild doktrin, för att man konsekvent skall resonera på detta förnuftiga sätt i hithörande situationer vid avgörandet av frågan om »negligence». Som vi skola finna sedermera, nedan s. 290 ff., är »negligence»-omdömet, d. v. s. uttrycket för övertygelsen om förhandenvaro av »negligence», beroende på en serie av blandat egentliga omdömen och värdeomdömen. Ehuru det för styrseln i dessa senare är av vikt, att domaren utgår från en föreställning in abstracto om vad som hör till »due care» i ett visst fall och därav bestämd »negligence», så har han dock att på grund av den nämnda omdömesserien fritt avgöra, om han *in casu* övertygats om svarandens »negligence» eller icke. Uppställandet av »res ipsa»-doktrinen råkar i motsägelse härtill, såvida den verkligen skall vara en särskild doktrin och icke bli rent intetsägande, d. v. s. blott återgiva vad som helt oberoende av dess uppställande i princip efterlevdes. Vi ha sett, vilken förvirring »doktrinen» lett till i Amerika. Detta torde icke ha behövt ske, om den icke uppfattats som en särskild doktrin. Att liknande förvirring icke synes ha framträtt i England, torde kunna förklaras så, att man i dess judikatur synes faktiskt icke ha behandlat »res ipsa»-doktrinen såsom en doktrin utan blott såsom en påminnelse om att situationen stundom kunde vara sådan, att den tillsvidare gör särskild bevisning om negligence överflödig.

Emellertid torde det nu ha funnits ett särskilt skäl för att uttrycka denna påminnelse genom en »doktrin», nämligen den åtminstone intill senaste tid vidsträckta användningen av jury även i civila skadeståndsmål. Om käranden bygger sin talan på »negligence» och domaren finner det uppenbart, att »negligence»-omdömet är uteslutet och att kärandens talan sålunda icke kan bifallas, har han att förvägra käranden sakens överlämnande till jury. Som vi redan sett, vilar bevisbördan i fråga om »negligence» på käranden. Om denne nu utöver sitt påstående om själva den faktiska skadegörelsen icke anfört några grunder till stöd för antagandet av svarandens (eller hans »servant's»)

Negligence: Fact or Law?

Emellertid har man nu både i England och Amerika haft sin uppmärksamhet inriktad på ett kinkigt problem: hur kan en jury få yttra sig angående förhandenvaro av »negligence»? Juryn skall ju blott syssla med »facts», icke med de slutledningar av rättslig art som därifrån kunna dragas, vilka anses höra till »law».

På sådan slutledning tror man tydligen att omdömet om »negligence» beror, när man närmare tänker sig för. Eljest är det en utbredd lära, att »negligence» vore »a question of fact», en lära befrämjad just därav att juryn, vars verksamhet skall vara begränsad till faktiska frågor, även utlåter sig beträffande »negligence». Gentemot detta hävdar amerikanaren Holmes mycket eftertryckligt, att ett avgörande av frågan, huruvida ett visst handlingssätt är »negligent» eller icke är »to state the law». Det rör sig om en »standard of conduct, which we hold the parties bound to know beforehand and which in theory is always the same upon the same facts». En sak för sig vore, att domstolarna omkring mitten av 1800-talet, »when the rule of conduct was complicated with practical details», började lämna en del av dessa frågor till juryn. »But it is obvious», säger Holmes, »that a standard of conduct does not cease to be law because the facts to which that standard applies are not likely often to be repeated».[6] Emellertid förhölle det sig i flera fall så, att omdömet, huruvida »negligence» vore förhanden eller icke, förutsatte bevis om åtskilligt. Hänskötes denna bevisning nu till juryn — vilket visserligen icke vore nödvändigt — så syntes det naturligt att åt juryn

»negligence», så förelåg därmed en situation, i vilken »evidence» om »negligence» saknades. Käranden hade icke »made out a case of negligence», varför han utan vidare — d. v. s. utan möjlighet att få »negligence»-frågan prövad av jury — blev »nonsuited» av domaren. Härutinnan tycks nu omkring mitten av 1850-talet ha skett den modifikation, som betecknas som »res ipsa loquitur». Dessa ord kunna omskrivas så, att själva skadegörelsens faktum, redan det omedelbart framträdande sakläget, utgör »prima facie evidence of negligence», och att följaktligen saken så att säga genom sig själv har avancerat så långt, att jurybehandling icke kan förvägras. »Res ipsa»-doktrinen förebygger, att saken schablonmässigt uteslutes från överföring till jury blott av den anledning, att käranden icke utöver själva skadesammanhanget anfört grunder för »negligence» å svarandesidan. Det förefaller mig, som om detta utgjort den egentliga bevekelsegrunden till uppställandet av »doktrinen». I verkligheten blir det så, att »själva saken talar», icke för att »negligence» föreligger, utan endast för att juryn icke skall hindras få taga befattning med densamma av den anledning, att »negligence» icke kunde komma i fråga. Detta framgår därav, att, såsom vi sett, juryn, även om svaranden inskränker sig till nakna bestridandet, icke nödvändigt behöver giva utslag till kärandens förmån.

[6] De dunkla orden torde skola utsäga, att hur mycket än »the standard of conduct» växlar alltefter olika situationer, vore den likväl i varje situation lagligen bestämd.

även överlåta »the conclusion from the evidence». Holmes' mening synes sålunda vara, att det kunde vara praktiskt lämpligt att låta juryn taga befattning med »negligence»-frågan, när dennas besvarande berodde på fakta, som icke vore klart utredda eller ostridiga.[7] Såtillvida förefaller Holmes här ha samma inställning som engelsmannen Pollock, vilken uttalar, att frågan om »negligence» vore »a question of law for the court» (domstolen till skillnad från juryn), endast om fakta äro sådana, att alla förnuftiga människor måste draga samma slutledning från dem. Men i grundåskådningen skilja de båda auktorerna sig åt, då Pollock menar att, när saken icke ligger så till, »the judgement whether the plaintiff has suffered by the defendant's negligence is a judgement of fact».[8] Holmes går visserligen med på att under vissa förhållanden låta juryn taga befattning med »negligence», men han har klart för sig, att det då likväl rör sig om annat än fakta, nämligen »the conclusion from the evidence», en slutledning som — efter vad Holmes förut uttalat — måste innebära »to state the law».

I England är det framför allt i skadeståndsprocesser angående järnvägsolyckor, som denna kompetensfråga mellan domstolen och juryn ventilerats. De i detta avseende ledande synpunkterna ha framställts i fallet Metropolitan Railway Co. v. Jackson (1877)[9], där lordkanslern (lord Cairns) gjorde vissa distinktioner. Det vore domarens sak att avgöra, sade han, huruvida utredningen överhuvud vore sådan, att därifrån »negligence *may* be reasonably inferred».[10] Jurymännen åter hade — sedan saken hänskjutits till dem — att avgöra, huruvida »negligence *ought to be* inferred» från de fakta, som utretts. Ett distinkt särskiljande av dessa funktioner vore av största vikt till förebyggande å ena sidan

---

[7] Holmes, s. 233—237. Holmes, vars ord synas väga mycket tungt, refereras i amerikansk rättslitteratur vanligen såsom »Mr Justice Holmes». 1882 samtidigt professor vid Harvard Law School och ledamot av högsta domstolen i Massachusetts, blev han vid den sistnämnda chief justice 1899, varefter han år 1902 utnämndes till ledamot av Supreme Court i U. S. A. Han var verksam ännu under 1920-talet och dog 1935. Hans arbete »The common law», Boston 1884, utgavs 1890 i italiensk översättning. År 1912 utkom det i Leipzig under titeln »Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas». Översättare (och utgivare) var professor Rudolf Leonhard.

[8] Pollock a. a. s. 464.

[9] L. R. 1877, 3 App. Cas. 193. — Ref. även hos Kenny, Cases, s. 45 ff.

[10] Finner domstolen, att »negligence» icke ens »*may* be inferred», så betyder detta, att käranden icke kunnat »make out a case of negligence», varav åter följer att han utan vidare blir »nonsuited». Finner domstolen åter, att »negligence may be inferred», då hänskjutes saken, inkl. »negligence»-frågan, till juryn. — Halsbury XXI, n. 630, säger: »It is the duty of the court, if necessary, to define what the standard (of care) is, and the duty of the jury to decide, when the facts are in dispute, whether such standard has been attained.»

av allvarligt intrång på juryns kompetensområde, å andra sidan av juryns maktutövning »in the most arbitrary manner». För att taga ett exempel på det senare från aktioner mot järnvägsbolag fortsatte lordkanslern sålunda:

»A company might be unpopular, unpunctual, and irregular in its service; badly equipped as to its staff; unaccomodating to the public; notorious, perhaps, for accidents occurring on the line; and when an action was brought for the consequences of an accident, jurors, if left to themselves, might, upon evidence of general carelessness, find a verdict against the company in a case where the company was really blameless. It may be said that this would be set right by an application to the Court in banc, on the ground that the verdict was against evidence; but it is to be observed that such an application, even if successful, would result in a new trial; and on a second trial, and even on subsequent trials, the same thing might happen again.»[1]

Lord Blackburn uttalade i samma sak, att vid prövning genom jury det otvivelaktigt förhölle sig så, att »the facts are for the jury, and the law for the Judge». Emellertid vore det i månget fall icke möjligt »completely to sever the law from the facts». Men, fortsatte han,

»I think it has always been considered a question of law to be determined by the Judge, subject, of course, to review, whether there is evidence which, if it is believed, and the counter evidence, if any, not believed, would establish the facts in controversy. It is for the jury to say whether and how far the evidence is to be believed. And if the facts, as to which evidence is given, are such that from them a farther inference of facts may legitimately be drawn, it is for the jury to say whether that inference is to be drawn or not. But it is for the Judge to determine, subject to review, as a matter of law whether from those facts that farther inference may legitimately be drawn.»[2]

Jag vill icke giva mig sken av att vara övertygad om, att jag riktigt förstått, vad Blackburn med dessa ord velat giva uttryck åt. Kanske har han själv icke varit fullt klar i sin tankegång. Det synes mig emellertid av sammanhanget otvivelaktigt, att han med »the farther inference of facts» hade i sikte jämväl slutledningen »negligence». Att det i så fall måste vara något galet med dessa härledda fakta, synes Blackburn själv ha på känn, eftersom han låter omprövning av dem ske från domarens sida och det såsom en »rättslig» prövning (»as a matter of law», »legitimately be drawn»). Det kan icke vara den omständigheten i och för sig, att de äro härledda, som tillåter domarens prövning av dem. Vi kunna ju tänka på ett vanligt brottmål, där juryns utslag, »guilty», måste förutsätta slutledning från yttre fakta till förhandenvaro av upp-

[1] L. R., 3 App. Cas., s. 197 f.
[2] A. st. s. 207.

såts-faktum. Här torde domaren icke tillåtas att ur rättslig synpunkt avvisa själva slutledningen som sådan.

Jag har funnit det tillhöra en framställning av »res ipsa»-doktrinen att — med hänsyn till juryns betydelse i anglo-amerikansk rätt — beröra de svårigheter, som vid fastställandet av »negligence» måste uppstå angående fördelningen av domarens och juryns funktioner. Onekligen präglas de refererade resonemangen så tillvida av »common sense», som de icke uteslutit, att resultaten blivit praktiskt dugliga. Rent vetenskaplig karaktär kan man dock icke tillmäta resonemangen i fråga. Den i dem gjorda distinktionen mellan »law» och »facts» är nämligen helt otillfredsställande. Detta måste den ju också vara, alldenstund man aldrig kunnat göra fullt klart för sig, vad man menar med detta »law». En sådan klarhet har det varit omöjligt att åstadkomma på grund av de rättsideologiska tankebanorna, som själva på grund av sin verklighetsfrånvändhet aldrig kunna leda fram till saklighet och, även om de icke direkt anlitas, dock finnas där och vålla hinder och oreda för dem, som mera intuitivt söka sig kontakt med realiteterna.

Om vi nu antaga, att i en rättegång om skadestånd den situation, som kallas för »negligence»[3], anses vara »konstaterad» (och icke »contributory negligence», preskription el. dyl. ävenledes kan fastställas), så kommer domaren att utdöma skadestånd. Detta hänföres naturligtvis nu till »law». På detta »law»-område har det väl aldrig ifrågasatts, att juryn skulle få göra intrång.[4] Men finns det då i hela affären något utöver detta, som kan rubriceras under »law»? Nej![5] Detta svar giver sig

---

[3] I mening av »the breach of a legal duty to take care».

[4] En sak för sig är att åt jury kan överlåtas att uppskatta skadan.

[5] Måste då icke domaren, innan han dömer svaranden att betala skadestånd, ha resonerat sig fram till ett kärandens anspråk mot svaranden på skadestånd? Konstaterandet av detta anspråk måste naturligtvis i så fall vara något, som hade karaktär av »law». Frågeställningen är typiskt rättsideologisk och faller med kritiken av rättsideologien. »Anspråket» i fråga vore ju en »materiellträttslig» produkt. Olivecrona har i sitt nyligen utkomna arbete, Domen i tvistemål, konfronterat domsverksamheten med resultatet av denna kritik av rättsideologien, se särskilt a. a. I § 2. Även om domaren anser saksammanhanget i ett mål fullt utrett och finner lagregler, som passa in på fallet, kan han, säger Olivecrona, icke i verkligheten fälla något »omdöme om parternas rättigheter och skyldigheter». »Varför», fortsätter han, »skulle ett sådant omdöme fällas? Behöver väl domaren åberopa någonting annat än å ena sidan fakta i målet, å andra sidan att lagens innehåll föranleder en dom av det eller det slaget, när dessa fakta blivit styrkta? Nej, tydligen icke. Något mera behöver han icke säga. Mer kan han i sak icke säga. Han har inga andra realiteter att uttala sig om än fakta i målet och lagens innehåll samt överensstämmelsen eller den bristande överensstämmelsen mellan dessa fakta och de fakta som lagen uppställer såsom förutsättningar för en dom av ett visst ifrågasatt innehåll. — Grundfelet med omdömesteorien ligger däri, att den antar ett ideellt rättstillstånd, vars beskaffenhet skulle konstateras

självt, under förutsättning att det gjorda antagandet, att »negligence» *konstaterats*, vore logiskt möjligt. Ty då vore ju »negligence» blott ett av de faktiska förhållanden, som juryn med stöd av utredningen funnit vara förhanden. Nu är emellertid antagandet i fråga icke logiskt möjligt, ty man kan icke »konstatera» negligence. Man kan endast konstatera fakta, d. v. s. vad som kan iakttagas och vad som logiskt följer därav. Härunder kommer icke »negligence». Man kan konstatera, att personen gjort det eller det samt att han underlåtit det eller det. Man kan vidare stundom konstatera sådant, som att en handling företagits eller underlåtits uppsåtligen eller ouppsåtligen, av den eller den bevekelsegrunden o. s. v. Men man kan aldrig konstatera »negligence», d. v. s. att personen brustit åt viss aktsamhet. Därmed är emellertid endast sagt, att »negligence» icke kan hänföras under *fakta*. Därmed är å andra sidan ingalunda sagt, att frågan om »negligence» eller icke vore en »matter of law». Sant är att, om »negligence» anses föreligga, så kan detta ha avgörande rättslig betydelse, utgöra en grund för dom på skadestånd. Men därigenom blir frågan om »negligence» lika litet »a matter of law», som frågan, om A stuckit kniven i B, blir det, trots det att dess jakande besvarande kan leda till att A dömes till straff för mord, dråp eller misshandel. När jag nu tar upp denna fråga om fördelningen av »facts» och »law» i fråga om »negligence», passar jag på tillfället att ytterligare något beröra bestämningen av begreppet »negligence» i den engelska rättslitteraturen.

I engelsk litteratur bestämmes »negligence» i allmänhet — med ledning av »cases» — såsom »the breach of a legal duty to take care».[6] Plikt-

---

av domaren. Härigenom bygger teorien på illusion. Vad som i verkligheten föreligger är: å ena sidan ett system av regler, rättsreglerna eller lagen i vidsträckt bemärkelse, innefattande handlingsmönster för såväl enskilda personer som för domare och andra ämbetsmän; å andra sidan en rad fakta, s. k. rättsfakta, som enligt reglernas innehåll bilda förutsättningar för olika slags åtgärder av domare och andra ämbetsmän. Detta är de realiteter domaren har framför sig. Vad han konstaterar är dessa realiteter, intet annat. Men domen är icke given i och med detta konstaterande. Tvärtom, konstaterandet är blott en förberedelse för själva domen. Denna innebär att käromålet bifalles eller ogillas.» (Olivecrona a. a. s. 43 f.) Med hänsyn till vad jag i fortsättningen nämner här nedan, s. 291 ff., angående det som i verkligheten sker vid »konstaterandet av negligence», bör kanske för tydlighetens skull sägas — vad Olivecrona i sammanhanget icke hade någon särskild anledning framhäva — att käromålets bifallande eller ogillande i saken, såvitt det beror på »negligence», förberedes icke blott genom konstateranden av s. k. rättsfakta utan jämväl genom vissa värderingar i anslutning till sålunda konstaterade fakta.

[6] Salmond, s. 21; Odgers, s. 492, som dock (säkerligen oavsiktligt) utesluter »legal»; Indermaur, s. 421. Liknande Halsbury XXI, n. 628; Campbell, Principles, s. 416 och 422; så även Pollock, t. ex. s. 453 f.; Clerk & Lindsell, s. 17; Winfield, Negligence, s. 196.

överträdelsen i fråga måste alltså bestå i »carelessness», som just är »negligence», vårt oaktsamhet, försumlighet eller, mera »juridiskt», vållande. Vad kan då avses med den »care», som skall hava åsidosatts? Kan det betyda något annat, än att personen underlåtit att handla så, som just *han* bort handla till skadans undvikande? Det nekande svaret skulle betyda, att svaranden till stöd för sin ansvarsfrihet skulle kunna söka göra gällande, att handlingen i fråga förutsatte en *förmåga*, som just han saknade, ehuru andra plägade ha den. Men därmed vore ansvaret för »negligence» tämligen värdelöst för det praktiska livet. Å andra sidan synes det ju meningslöst att hävda, att personen »bör» handla utöver sin egen förmåga, »bör» göra det omöjliga. Nu kan visserligen sägas att denna »legal duty» just genom sin motsägelsefullhet (objektiv plikt!) möjliggör, att såsom plikt betrakta en omöjlig handling. Men då nu återigen pliktöverträdelsen skall utgöra en »blame» eller, såsom Salmond uttrycker det, bero på *mens rea* (»guilty mind»)[7], synes det likväl vara ofrånkomligt, att »care» icke kan ha avseende å något annat än sådan aktsamhet, som överhuvud kan ifrågasättas från just den persons sida, vars ansvarighet föreligger till bedömande. Så ser man emellertid helt naturligt icke på saken. Lika litet i England som i andra länder skulle man kunna nöja sig med en så ineffektiv regel om ansvar för »negligence». Faktiskt låter man »negligence» betyda vad vi uttrycker med bristande åt »normal aktsamhet». Pollock karakteriserar saken såsom

»some shortcoming in the care and caution to which, taking human affairs according to the common knowledge and experience of mankind, we deem ourselves entitled at the hands of our fellow-men».[8]

Redan härav inses att gränsen mellan »negligence» och »due care and caution» bestämmes utan hänsyn till just den ansvariges kvalifikationer. Vad som i en viss situation skall betraktas såsom »negligence» eller »due care and caution» hör det emellertid, säger Pollock, till den närmare behandlingen av rubriken »negligence» att utreda. Allmänt talat kunde emellertid sägas att »the standard of duty (of using due care and caution) is fixed by reference to what we should expect in the like case from a man of ordinary sense, knowledge, and prudence».[9] Längre fram uttalar han sig i enlighet härmed sålunda:

»We have assumed that the standard of duty is not the foresight and caution which this or that particular man is capable of, but the foresight and caution

[7] Salmond, s. 12 ff., s. 21. I de ofta av domstolarna brukade orden »blame» och »fault» ligger naturligtvis en karakterisering av handlingssättet såsom klandervärt.

[8] Pollock, s. 11.

[9] Pollock, s. 27.

of a prudent man — the average prudent man, or, as our books rather affect to say, a reasonable man — standing in this or that man's shoes.»[1]

Denna »objektiva» bestämning av gränsen mellan »negligence» och »due care» grundar sig på vad sedan gammalt framträtt i prejudikaträtten[2] och står naturligtvis i full överensstämmelse med den övriga engelska liksom även amerikanska rättslitteraturen[3].

Härefter kan man förstå, hur det ligger till med möjligheten för en jury eller vem det vara månde att »konstatera» förhandenvaro av »negligence». Man kan vidare småningom förstå, om det har någon mening att säga, att frågan om »negligence» vore »a question of law». Vi ha nu funnit åtskilliga bestämningar av begreppet »negligence». Det skall innefatta överträdelse av en »legal duty». Detta är som vi veta en rättsideologisk konstruktion och sålunda uteslutet som objekt för konstateranden. »Negligence» skall vidare innefatta »blame» eller »guilty mind». Detta förutsätter handling i strid mot ett subjektivt böra, mot plikt, och är sålunda icke ett omdöme om verkligheten utan ett värdeomdöme, som sålunda varken kan vara sant eller falskt och vars »riktighet» därför måste vara utesluten från möjligheten att kunna konstateras. (Se ovan s. 116 ff.) Nu kan emellertid sägas, att dessa båda bestämningar icke ha någon betydelse, eftersom de icke kunna tagas på reellt allvar i juridiken. Så tages däremot den bestämning av »negligence», som man — helt

[1] Pollock, s. 455.

[2] I fallet Vaughan v. Menloe av 1837 uttalade chief justice Tindal, att man måste hålla fast vid den regel, som i alla fall tager hänsyn »to caution such as a man of ordinary prudence would observe». Dessförinnan hade han sagt, att »the care taken by a prudent man has always been the rule laid down». Se Kenny, Cases, s. 540. Fallet är ursprungligen refererat i 3 Bingham, New cases, English common pleas. Halsbury XXI, nr 630 not a, citerar en dom av 1856, däri domaren Alderson yttrade: »negligence is the omission to do something which a reasonable man guided upon the considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do».

[3] Se t. ex. Salmond, s. 28; Salmond—Stallybrass, s. 467 ff.; Clerk & Lindsell, s. 253 ff.; Odgers, s. 492; Indermaur, s. 421; Halsbury XXI, n. 630. — Beträffande amerikansk rätt se Burdick, Torts, s. 21 och 510, som därvid åberopar det engelska fallet Vaughan v. Menloe ävensom amerikansk judikatur, och Harper, Treatise, s. 158 f. Den senare anlägger en, visserligen rätt ytlig, kritisk synpunkt. Han skriver, s. 158 f.: »The law attempts to set up as purely objective a standard as possible. The reasonableness of the danger and the care and caution necessary to avoid it are to be determined, not by reference to any individual or group of individuals, but by reference to the assumed 'average' person — the 'ordinary reasonably prudent man'. This, of course, is a pure fiction. Any judgement of what is 'reasonable' must be some person's judgment. What is sought is a judgment which, as far as possible, represents the general level of moral judgment of the community. Not the judgment of the most cautious nor the most reckless, but a judgment which, to use another fiction, will fairly represent the social or community notion of what is right, sensible and proper.»

oberörd av de båda nämnda, ja i rak strid mot den senare av dem — utformat sålunda: ett handlingssätt som avviker från det som normalmänniskan (»the average person», »the ordinary reasonably prudent man») i situationen i fråga skulle ha iakttagit. Är nu denna avvikelse något, som kan »konstateras»? Det jakande svaret på denna fråga förutsätter självfallet, att normalmänniskans handlingssätt vore något konstaterbart. Men så är icke fallet. Det utgör intet iakttagbart faktum, icke heller något faktum, som man logiskt kan sluta sig till från direkt iakttagbara fakta. Denna »normalmänniska» är en fantasifigur. Det finns ingen människa som icke kan tänkas, såsom det heter, »begå ett fel». Detta sista skulle nu möjligen kunna anses avhjälpt med att man läte avvikelsen bestämmas med hänsyn till det handlingssätt som de flesta normalmänniskor skulle ha iakttagit i en sådan situation som den föreliggande. Men eftersom fråga icke är och förnuftigtvis icke heller kan vara om att visa upp någon »normalmänniska» i en sådan situation, så måste det ju här röra sig om rent fingerade ting, alltså motsatsen till vad som kan konstateras, d. v. s. till fakta.

Låt oss emellertid nu tänka oss in i, hur det i verkligheten skulle ställa sig för en juryman eller domare, som tager sig före att efter detta i prejudikaten och rättslitteraturen meddelade recept söka »fastställa», huruvida svaranden vore »guilty of negligence» eller icke. Jag har i sikte endast sådana situationer, i vilka överhuvud någon ansträngning för frågans avgörande — utöver fastställandet av yttre fakta — blivit erforderlig. Ofta känner sig nämligen bedömaren, i och med att han vunnit klarhet angående dessa fakta, också klar i »negligence»-frågan. Hålla vi oss emellertid nu till i detta avseende för bedömaren mer eller mindre krävande situationer, så torde följande allmänna observationer kunna vara av intresse. Bedömaren prövar först utredningen angående verkliga fakta och finner sig kunna konstatera visst handlingssätt (positivt eller negativt) från svarandens sida. För att avgöra sig för frågan »negligence» eller icke, kan han nu bli nödgad först företaga flera eller färre så att säga inledande värderingar (i anslutning till vissa nya konstateranden), såsom exempelvis: hade svaranden tillräckliga fysiska eller andliga krafter, tillräckliga fackkunskaper eller yrkesskicklighet, kort sagt tillräcklig kompetens för att inlåta sig på den verksamhet, som betingat skadan, eller hade han icke sådan kompetens? Svaret på dylika frågor förutsätter, som sagt, vissa värderingar. Det kan alltså icke blott vara fråga om konstaterandet av fakta. Blir svaret nekande, kan detta leda till värdeomdömet, att han hade bort avhålla sig från den verksamhet eller befattning med något av ena eller andra slaget, som kommit att

utgöra en betingelse för skadan. Den motsatta värderingen är dock möjlig. Den värderande kan nämligen med hänsyn till föreliggande omständigheter finna, att svaranden trots sin bristande kompetens icke bort så avhålla sig, eller i allt fall att ett sådant omdöme vore tvivelaktigt. Som belysning av vad jag därmed menar kan tagas, att svaranden exempelvis för att bispringa någon i nöd givit sig på en motorbåt eller annat redskap, för vars hantering han saknat den nödiga skickligheten, samt att hans hantering av redskapet trots iakttagande av största möjliga försiktighet blivit skadebringande. Kommer emellertid domaren eller jurymannen på grund av nu supponerade frågeställningar till resultatet, att svaranden »bort» avhålla sig från verksamheten eller åtgärden i fråga, så är detta värdeomdöme blott en annan formulering för värdeomdömet att han gjort sig »guilty of negligence». Kommer han åter till motsatt resultat eller var situationen sådan, att en frågeställning av nu berörd art varit överflödig, uppstår spörsmålet om värdering mera direkt av det svarandens handlingssätt, varav skadan betingats: innefattar detta åsidosättandet av en viss »care and caution» eller icke? Det är mycket möjligt, att bedömaren därvid föreställer sig, att han har i sikte den »care and caution», som skulle ha utvecklats av »the average prudent man». Men en sådan föreställning är falsk, eftersom människan i fråga är en fiktion. Det måste följaktligen i all hemlighet vara något annat han går efter. Vad? Han kan influeras av skilda ting. Ofantligt mycket betyder här »leading cases» — därest sådana kunna användas i fallet — omedelbart för domaren och, genom dennes instruktioner, medelbart för juryn. Men värderingen i fråga blir ju då mer eller mindre osjälvständig och får sålunda intet egentligt intresse för oss. Vi ställa därför saken mera på sin spets genom att antaga, att något klart stöd icke kan erhållas i prejudikaträtten.

Först må då sägas, att riktlinjerna, efter vilka värderingen sker, kunna vara olika hos olika bedömare. Men då envar av dem vet, att en värdering av svarandens handlingssätt såsom »negligence», d. v. s. såsom liggande under den erforderliga »care and caution», måste leda till hans ansvarighet, så ligger det nära till hands, att bedömarens uppfattning influeras av hans uppfattning av syftet med eller grunden till skadeståndet vid »negligence». Är denna uppfattning — vilket måste antagas vara regeln beträffande både domare och jurymän i England — att skadeståndet här utgör vedergällning för skadegörelsen såsom beroende på svarandens »fault» och uttryck för hans »blameworthyness», så kommer värderingen att domineras därav, om svaranden överträtt sin plikt eller icke, d. v. s. om han handlat som han bort eller icke. Nu har

bedömaren visserligen fått lära sig, att denna fråga skall besvaras med hänsyn till hur »the average prudent man», som substituterats i svarandens ställe, skulle ha handlat. Och ehuru man förvisso icke genomskådar vare sig det omöjliga däri eller den logiska motsägelsen i att låta börat *för svaranden* bestämmas genom att *bortse från svaranden* och tala om något helt annat, nämligen »normalmänniskan», kan man ju likväl icke följa receptet. Naturligtvis går bedömaren så tillväga — helt enkelt därför att någon annan möjlighet icke finns — att han söker sätta sig in i situationen, såvitt som den är utredd, innan han frågar sig, om svaranden handlat »tillräckligt omsorgsfullt» eller om han »bort» handla på annat sätt. Och svaret på den frågan giver han ingalunda genom att spörja, hur den där normalmänniskan skulle ha handlat, utan han låter sig ledas direkt av sitt eget omdöme, d. v. s. sin egen värdering. Det ligger självfallet nära till hands och sker säkerligen också mycket ofta, att domaren eller jurymannen tänker sig själv in i svarandens ställe och säger sig ungefär så, att »jag skulle ha känt mig förpliktad att handla så, icke så», och i enlighet därmed också bedömer frågan om svarandens »negligence». Om bedömaren i sin värdering substituerar någon i svarandens ställe, är det sålunda icke »normalmänniskan» utan sig själv. Han kan med så mycket större trygghet göra detta, som han — även om han kanske icke finner sig vara oöverträfflig i fråga om aktsamhet — i allt fall praktiskt taget alltid är, eller åtminstone uppträder såsom om han vore det, bergfast övertygad om att han *icke är sämre* än en »average prudent man». Uteslutet är därför icke, att bedömaren kan resonera så, att han själv visserligen icke skulle ha handlat så som svaranden, men att detta då berodde på hans egen aktsamhet, insiktsfullhet och klokhet, alltför höggradig för att kunna fordras av, icke svaranden, utan »the average prudent man», d. v. s. »normalmänniskan». På detta sätt skulle då denna kunna tänkas komma med i spelet och det givna receptet komma att beaktas. Vad som skett är emellertid då ingalunda, att »normalmänniskan» substituerats i svarandens ställe utan endast den värderingen, att svaranden trots allt icke handlat emot det böra, som bedömaren med ledning av vissa reflexioner föreställer sig, att rätten har uppställt, eller i allt fall vara normerande.

Vad som emellertid slutligen blir bestämmande för vederbörandes omdöme därom, huruvida handlingssättet varit tillräckligt aktsamt eller huruvida det icke bort ske, är naturligtvis icke lätt att uttömmande kunna angiva. Invanda mer eller mindre abstrakta föreställningar om vad som faller inom och utanför personens plikt kunna här bli av betydelse: det eller det handlingssättet kunde man rimligen kräva av sva-

randen, eller kunde man rimligen icke kräva av svaranden. En klok bedömare låter dock sina föreställningar om handlingens pliktmässighet eller pliktstridighet bestämmas av sitt omdöme om dess lämplighet eller olämplighet med hänsyn till dess farlighet för skada av sådant slag som inträffat. Detta omdöme — naturligtvis återigen ett värdeomdöme — måste i sin tur kunna vara influerat av omdömen i skilda avseenden, än värdeomdömen än omdömen i egentlig mening. Vad därvid angår sådana värdeomdömen som t. ex. angående intresset eller behovet för den handlande att, med hänsyn till sitt yrke eller utkomst, företaga den handling, som blivit skadebringande, så fäller bedömaren naturligtvis också detta utifrån sin egen värdering, anknytande denna till de föreställningar om situationen, som han skaffat sig med stöd av utredningen.

Men hur skall detta kunna förlikas med vad vi sett t. ex. i fallet Donoghue v. Stevenson (1932; ovan s. 255 ff.)? Detta fall visar oss, hurusom »negligence»-omdömet kan förutsätta de mest ingående undersökningar angående frågan, om en »legal duty to take care» förelegat eller icke. Och dessa undersökningar måtte väl ha bedrivits såsom »a matter of law» i motsats till »facts»? Ja, förvisso — i inbillningen. Denna »legal duty» är blott ett fantasifoster. Donoghues »case» är emellertid icke ett fall, som är typiskt för domstolsbehandling av »negligence». Man har här konstruerat fram en »legal duty» för att möjliggöra en »action for negligence», som i själva verket betyder strikt ansvarighet, d. v. s. den konstruerade plikten betraktas i realiteten som en »absolute duty to take care». Såväl härigenom, som genom den i ännu senare »cases» gjorda karakteriseringen av ett blott rent objektivt åsidosättande av »statutory duty» såsom »negligence»[4] har en onödig förvirring skapats i det rättsvetenskapliga systemet, som ju vill skilja mellan »strict liability» och »fault-liability». (Se ovan t. ex. s. 263 ff.)

Denna »legal duty», som — vanligen icke av absolut karaktär — skall utgöra betingelse för »negligence»-omdömet, har jag icke kunnat taga någon hänsyn till. För mig har det gällt att få fram konturerna av det *verkliga* förloppet bakom detta omdöme. Vad jag med det föregående åsyftat har dock ingalunda varit ett försök till närmare analys av vad som psykologiskt äger rum, när en engelsk domare eller juryman kommer till resultatet, att svaranden gjort sig »guilty of negligence». En sådan analys har i detta sammanhang icke varit erforderlig. Jag har

[4] Se ovan s. 250, 253, 257 f. och 259 n. 4.

endast avsett att göra vissa erinringar, vilka ovillkorligen giva vid handen, att intet av vad jurymannen eller domaren företager sig för det s. k. konstaterandet av »negligence» kan vara att hänföra under rubriken »matter of law». Det rör sig endast och allenast om en kombination av konstateranden av fakta — kanske föregångna av vissa bevis-värderingar — och värderingar, knutna till av nämnda konstateranden föranledda föreställningar om verkligheten. Helt naturligt har man uppställt den maximen beträffande juryns å ena sidan och domarens å andra sidan funktioner, att »the facts are for the jury, and the law for the judge». Men man måste av vad jag sagt kunna förstå, att denna maxim icke är oss till någon nytta vid diskussionen om den lämpliga gränsdragningen mellan juryns och domarens kompetens vid avgörandet av »negligence»-frågan. Ty vad som vid denna förekommer utöver konstaterandet av fakta är intet annat än värderingar. Dessa äro lika litet »a matter of law» som »a matter of fact». Diskussionen torde ha fått en annan karaktär, om detta hade beaktats.

Det strikta ansvaret i England och Amerika.

Allmän orientering.

Ehuru skuldregeln i engelsk-amerikansk rättsvetenskap torde få anses såsom grundläggande princip i »the modern common law of torts», kunna naturligtvis, som förut sagts, ersättningsanspråk på skilda områden enligt »common law» själv vara grundade, även om svaranden icke visats vara »guilty of negligence». Det faller utanför syftet med min framställning att söka giva en avrundad framställning av den ifrågavarande läran om »strict liability». Jag skall dock framhäva så pass mycket därav, att man kan förstå, att någon positivt vetenskaplig ledning för den svenska skadeståndsrättens utbildning näppeligen är att hämta från denna lära. Därmed har jag ingalunda sagt, att icke på en del punkter en grundlig framställning av ämnet kunde vara givande för vår rätt. Tvärtom tror jag i sådant avseende, att det kunde vara lämpligt att söka gå till botten med vissa hithörande rättsinstitut i och för en diskussion av, i vilken mån praktiska synpunkter kunde eller icke kunde motivera strikt ansvar. Ehuru den nödiga tiden för ett dylikt försök icke stått mig till buds, kommer dock framställningen att bli ganska ingående på vissa punkter.

En stor del av det strikta ansvarets område karakteriseras i litteraturen såsom skada genom »dealing with real and personal property». Härunder komma begrepp sådana som »trespass to land», »trespass to chattels» och »conversion» (med dess »action of trover»). Det sista har avseende å lös egendom och synes delvis täckt av begreppet »trespass to chattels». Utöver dessa bör först nämnas »nuisance». Under denna rubrik hänför Salmond också principen i det högviktiga, nedan behandlade fallet Rylands v. Fletcher, under det att denna princip hos Pollock kommer under en annan kategori av strikt ansvar, nämligen för »breach of absolute duties specially attached ... to the ownership and custody of dangerous things».[1] Detta fall har jag även sett behandlat under den efter art. 1384 i Frankrikes C. civ. formulerade rubriken: »Liability for damage done by chattels.»[2]

[1] Pollock, s. 7 jfd med s. 502.
[2] Harper, Report.

Ytterligare bör märkas att, om en handling (positiv eller negativ), som på grund av »negligence» (eller »wrongful intent») medför den handlandes ansvarighet, har begåtts av tjänstefolk under tjänsten, så är även husbonden ansvarig. Denna ansvarighet betecknas som »the liability of a master to third persons for the acts of his servant». Detta är den kända »doctrine of respondeat superior».

Ansvaret i de nu nämnda situationerna liksom för »negligence» samt i åtskilliga andra fall av utomkontraktlig skadegörelse — vare sig »intentional» eller icke och i senare fallet sålunda innefattande »strict liability» — behandlas i England och Amerika under rubriken *Law of torts*. »Tort» är ett tekniskt uttryck för vissa »wrongs» (= orätter, rättskränkningar). Ursprungligen voro begreppen »wrong» och »tort» synonyma, men icke numera. Alla »torts» äro »wrongs», men alla »wrongs» äro icke »torts». Man skiljer mellan »criminal» och »civil wrongs». Alla »torts» äro »civil wrongs». Men blott sådana »civil wrongs», som — utan att vara *blott och bart* kontraktsbrott — leda till skadeståndstvång enligt »common law», äro »torts». »Civil wrongs» utanför »tort»-området äro dels sådana »wrongs», som blott föranleda andra anspråk än på skadestånd, t. ex. anspråk av sådan natur som »condictio indebiti», dels sådana »wrongs», som blott och bart äro kontraktsbrott, och dels sådana »wrongs», som föranleda skadeståndsanspråk enligt »equity law». Att dessa senare »wrongs» falla utanför »tort»-området har det historiska skälet, att »law of torts» från början ansetts tillhöra common law och fördenskull icke tillämpats av the Court of Chancery, som »administrerade» equity-rätten.[3]

[3] Skillnaden mellan »law of torts» och »law of contract» — båda naturligtvis tillhörande »common law» — synes till sin »princip» vara klar: en »action of tort» grundar sig på fakta, som innefatta »a breach of duty», vare sig »the relationship out of which the duty arises» beror på avtal eller icke. Men om denna »relationship» icke såsom sådan skulle giva upphov till den plikt, som åsidosatts, utan denna plikt är beroende på att avtal föreligger, då grundar sig talan icke på »tort» utan på »contract». Se t. ex. Halsbury XXVII, n. 907. De svårigheter ur rättsideologisk synpunkt, som denna distinktion kan föranleda, skola icke beröras. Antydningar hur saken historiskt ligger till finnas t. ex. hos Winfield, Text-Book, s. 712 ff. — Vad åter angår skillnaden mellan »common law» och »equity law» kan denna icke tillfullo förstås utan betydande kunskaper i engelsk rättshistoria. »Equity law» har uppstått på grund av vissa ideologiska föreställningar angående den ursprungligen såsom den »egentliga» tänkta rätten, common law. Domstolarna kommo ofta att stå inför writ-systemets otillräcklighet. Det uppstod »cases», i vilka något »remedy» enligt detta system icke ansågs möjligt åstadkomma. I sin rättslöshet vände sig en person i sådana situationer till konungen i Council (sedan Edw. III Privy Council) eller i parlamentet, vilket utvecklats ur Great Council. Sådana rättsansökningar remitterades till konungens Chancellor (sedermera Lord Chancellor), ett ämbete i existens före den normandiska erövringen. Redan långt före Edw. I betraktades kanslern som »a judicial personage», och han var president i

Bland »torts», som det i denna framställning icke finns någon anledning att upptaga, är först och främst »negligence» samt vidare allehanda

(Privy) Council. I statuten 28 Edw. I c. 5 förordnade konungen, att »the Chancellor and the Justices of his Bench shall follow him, so that he may have at all times near unto him some Sages of the Law...» (Pickering I, s. 296). Remisser till kanslern av petitioner i rättssaker ha säkerligen ofta förekommit redan under Edw. I. Småningom började kanslern ha reguljära sessioner »for judicial business» i sitt kansli. De rättssökande kunde jämväl vända sig direkt till »the Chancery», som under Edw. III:s regering (1326—1377) etablerades som en domstol: Chancery Court. Även »common law»-frågor förekommo inför denna domstol. Men bl. a. var det just sådana fall, i vilka »the ordinary remedy at common law» saknades, som Chancery Court anlitades. Jfr till det sagda Kerly, s. 13—36. I själva verket utbildades två olika »sidor» hos Chancery Court: »common law side» och »equity side». Men när man talar om utvecklingen av Chancery Court, har man in dubio blott domstolen såsom en Court of Equity i sikte. Såvitt »the administration of equity» angår, har denna under några sekler framåt överhuvud icke uppfattats såsom »law» utan såsom ett beaktande av »matters of conscience», jfr Kerly, s. 49. Kanslern gav »such relief as he thought the petitioner or plaintiff entitled to 'in equity and good conscience'». Följaktligen betraktades »equity» såsom »an indefinite standard of right and wrong, and was regarded as having the function of mitigating the rigour and supplying the defects of the common law without any limitation except the personal opinions of each Chancellor» (Byrne, s. 345). Nu kan man fråga sig, hur kanslern kunde låta själva rätten få vika för »equity». Svaret är, att »equity», ehuru icke »law», dock hade den relationen till »law», att dess principer stodo *över* denna. »Equity», säger Smith, Equity, s. 12, »administers justice from a higher point of view than law (distinctly so called) and declines to be fattered or misled by technicalities. Thus where a legal transaction which in form amounts to an absolute transfer of property, is in spirit and intention a mere pledge to secure a loan, equity will say so, and give effect to the intention, simply because a legal right is here, from the higher point of view, a wrong, which equity can not tolerate». Detta uttalande utgör belysning av de strax här nedan anförda båda satserna från de s. k. »twelf maximes». Man föreställde sig de etiska principerna, krävande »honesty, conscience and equity» av människorna i deras handlingssätt, såsom en påtaglig verklighet. Man synes stundom ha föreställt sig att »the twelf maximes» hade uppställts redan vid tiden för inrättandet av Chancery Court. Det förhåller sig emellertid icke så. De flesta ha icke funnit sin nuvarande formulering förrän under förra hälften av 1700-talet. Men en del torde ha fått sitt innehåll redan vid tiden för tillkomsten av Chancery Court eller dessförinnan, t. ex. maximen: »equity will not suffer wrong to go without remedy». (Se Keeton, s. 104 f. Förf. meddelar tretton maximer, som han kommenterar var och en för sig, s. 106—139. Smith, Equity, s. 11 f., uppför blott de tolv. Den som Keeton utöver dessa angiver lyder så: »equitable remedies are discretionary».) En maxim av senare datum, tillämpad i citatet från Smith, är denna: »equity regards the intent not the form». I själva verket är det näppeligen tänkbart — med hänsyn till syftet med hela equity-fiktionen — att equity-maximerna skulle ha kunnat finnas på något sätt samlade redan vid början av »the administration of equity» genom Chancery Court. I detta avseende träffande finner jag ett uttalande av domaren Jessel, Master of Rolls, i Re Hallets & Estate, L. R. 1880, 13 Chancery Div., s. 710. I samma ögonblick, sade Jessel, som den fiduciariska relationen (i detta fall av annan art än »trust», om vilket begrepp strax här nedan) etablerats, äro »the modern rules of Equity», som ha avseende å »trust-money», tillämpliga. Därefter fortsatte han: »I intentionally say modern rules, because it must not be forgotten that the rules of Courts of Equity are not, like the rules of the Common Law, supposed to have been established from time immemorial. It is perfectly well

»injuries to the person», såsom »battery», »assault» och »false imprisonment» (dessa tre »wrongs» utgöra särskilt benämnda »trespasses to the

known that they have been established from time to time — altered, improved, and refined from time to time. In many cases we know the names of the Chancellors who invented them. No doubt they were invented for the purpose of securing the better administration of justice, but still they were invented.» — Det var emellertid nu under inflytande av vissa equity-maximer, som kanslern hade att i sin domstol motverka eller undanrödja den obillighet och hårdhet, som kunde uppstå genom rättstillämpningen vid »common law»-domstolarna. Det synes vara uppenbart, att denna kanslerns ställning kopierats efter den romerske prätorns, som med tillämpning av sina aequitas-principer motade vissa konsekvenser av den stränga »ius civile». Men skillnaden var den, att prätorn var bunden av ediktet, som angav, hur aequitas-principerna i olika situationer skulle komma att tillämpas, under det att, som vi sett, i fråga om »equity» ingen annan begränsning fanns än »the personal opinions of each Chancellor». Under hur lång tid kanslern hade denna fria ställning i fråga om »equity» kan icke exakt angivas. Men en övergångsperiod för »equitys» förvandling till »law» torde ha börjat med lord Ellesmere, som var Lord Keeper 1596—1603 och Lord Chancellor 1603—1617. Han anses vara den förste, som sökt grunda »equity upon the basis that its jurisdiction was to be found in and guided by the cases already decided and the principles to be extracted from them» (Kerly, s. 98 f.). Detta är ju alldeles samma metod, som i fråga om common law utgör grunden för denna och dess utbildning. Det måste emellertid taga rundlig tid, innan en sådan metod kunde hinna stabilisera sig. Whitelocke, som 1649 — när lordkanslern flytt till kungen — anförtroddes »the Great Seal under the Commonwealth», uttalade, att, under det att »common law»-domarna ha bestämda regler att gå efter, »a Keeper of the Seal has nothing but his own conscience to direct him, and that is oftentimes deceitful» (Kerly, s. 100). En bekant domare under Karl II:s tid, chief justice Vaughan, uttalade sin förvåning över att »hear of citing of precedents in matter of equity, for if there be equity in a case, that equity is an universal truth, and there can be no precedent in it». Man fortsatte detta oaktat att få till stånd en vägledande praxis i equity, och lord Nottingham, dåvarande lordkansler, gav härför några år efteråt (1676) en skicklig formulering genom att säga, »that the conscience which guided the court was not the natural conscience of the man, but the civil and political conscience of the judge». Faktiskt kom equity småningom att betraktas som »law» lika väl som common law. »In more modern times equity became as fixed in its principles, and as incapable of introducing new remedies without the authority of Parliament, as the common law itself» (Byrne, s. 345 f.). — Vad nu den »relief» angår, som gavs i den på 1300-talet inrättade Chancery Court, indelar Kerly hithörande »cases» i olika grupper allteftersom 1. »common law remedy could not be obtained» (käranden sjuk, fattig etc. eller i beroende ställning till svaranden); 2. »common law process was being used oppressively or fraudulently»; 3. »forgery or duress formed the ground of complaint»; samt 4. »no remedy was contemplated by the common law». (Härtill kom ytterligare en femte grupp, som icke synes ha med »equity» att skaffa.) Vad n:r 3 angår åsyftas bl. a., att en kärande vid »common law»-domstolarna icke förrän under 1700-talet kunde »recover money which the defendant had improperly deprived him of, or which he had been compelled to pay under circumstances which made it just and right that the defendant should repay it». Att Kerly icke låter denna grupp ingå under n:r 4 har sin grund däri, att »remedy» såtillvida fanns efter common law, som »forgery, fraud and duress» alltid kunde »be pleaded in defence at law». (Man bör lägga märke till att t. ex. »deceit» icke förelåg såsom en »independent tort» förrän i slutet av 1700-talet; se Winfield, Text-Book, s. 410.) Den fjärde gruppen har den största betydelsen för equity-rättens utbildning. Här ha vi bl. a. det viktiga institutet »uses» eller »trusts». Den s. k. legala äganderätten till en fastighet innehaves

person»; se Winfield, Text-Book, s. 225 f.); vidare »malicious prosecution», »defamation», »deceit» o. s. v., avseende »intended wrongs»

av en »trustee». Men denne har att »allow» annan »to have the profits and benefit of the land and to deal with it as he pleased». Beneficiarien — på gammalt juristspråk och alltjämt betecknad såsom »cestui que trust» eller »use» — betraktas, ehuru icke ägare »at law», såsom »equitable or beneficial owner of the land»; se bl. a. Byrne, s. 892 och s. 903. Som förebilder för konstruktionen har säkerligen legat den romerskrättsliga skillnaden mellan »dominium ex iure Quiritium» och den s. k. bonitariska äganderätten, betecknad genom »in bonis esse», ävensom romarnas »fiducia» och »fidei comissum». Detta sätt att komma i åtnjutande av äganderättens fördelar utan att vara ägare infördes så att säga »in fraudem legis», nämligen i syfte att undslippa allehanda restriktioner, som »common law imposed upon the conveyance and devising of landed property». (Smith, Equity, s. 20. Närmare om saken se Keeton, s. 14.) Innehavaren av en »legal estate» behöll denna antingen själv såsom »trustee» eller också överförde (conveyed) han den till annan — såsom »trustee» — »as the law allowed»; men i vardera fallet förklarade han, att »the use of the estate» skulle tillkomma en tredje, därvid »affixing on the conscience of the legal owner the duty of carrying into effect such declared intention». Verkställandet av sådan »use» eller »trust» till beneficariens förmån berodde nu ursprungligen helt och hållet på the trustee's tro och heder. Men en kansler under Rich. II (John Waltham) uppfann »the writ of subpoena», varigenom en tredskande »trustee» kunde kallas inför Chancery Court för att på ed få svara på vad som lades honom till last av »cestui que use». Domstolen, som gjorde anspråk på att utöva särskild jurisdiktion »in matters of conscience, enforced the execution of the use or trust, though without affecting to interfere with the ownership at common law». Se Smith, Equity, s. 19 ff. — Till den ifrågavarande gruppen n:r 4 av »equity-relief» hörde vidare »the enforcement of verbal contracts». Talan efter common law skulle här vara en »action of covenant». Men domstolarna hade i slutet av 1200-talet begränsat dess användning till fall av »sealed writing», s. k. deed. (Se bl. a. Windeyer, s. 74.) Denna »relief» förlorade emellertid betydelse på grund av den omfattning, som gradvis vanns under 1300- och 1400-talen av en »action on the case», den s. k. action of assumpsit (varom se t. ex. Winfield, Text-Book, s. 714 ff.). Till den ifrågavarande gruppen hörde även »relief» i vissa frågor angående »pledges» och »mortgages» (handpant och hypotek). Nämnas bör också — såsom tillhörande samma grupp — befogenheten för Chancery Court att meddela »injunctions», ursprungligen gående ut på förbud för en part att göra gällande sin rätt vid »common law»-domstol eller låta verkställa en »common law»-dom. (Se till det sagda Kerly, s. 70—90.) Beträffande »injunction» bör till undvikande av missförstånd nämnas, att dylik i vissa fall var möjlig redan tidigare, och det efter common law. Institutet har emellertid fått sin egentliga utbildning i equity-rätten; se Smith, Equity, s. 736 f. Befogenheten att utfärda »injunctions» förbehölls senare åt Chancery Court. Emellertid gäller sedan 1873 — numera enligt the Supreme Court of Judicature Act (1925) — att »The High Court may grant a mandamus or an injunction ... in all cases in which it appears to the court to be just or convenient so to do» (15 & 16 Geo. V, c. 49 sect. 45 (1)). Jfr Winfield, Text-Book, s. 166 f. »Mandamus» innefattar »mandatory injunction», se nedan noten å s. 313 f. — På den grund, som jag nu antytt, har equity såsom *law* vuxit upp. Det finns numera ingen annan skillnad mellan equity och common law än namnet och vissa andra på historiska grunder beroende formella ting. Dit hör bl. a., att t. ex. en »wrong», som begås av en »trustee» i denna hans egenskap eller som eljest innefattar »breach» of an equitable obligation», icke betraktas som en *tort*. Dit hör vidare, att rättsfrågor, som från början anses ha haft equity-natur eller på grund av sin förbindelse med sådana frågor kommit att tillhöra equity-domstols jurisdiktion, alltjämt höra därunder, d. v. s. numera under Chancery Division. Men att denna domstol icke principiellt

och sålunda utan intresse för en undersökning av det strikta ansvaret.[4]

Engelska rättsvetenskapsmän äro icke sällan imponerade av, såsom de föreställa sig, principenligheten i den kontinentala, särskilt då den franska, skadeståndsrätten. Och tager man del av art. 1382—1386 C. civ. utan att gå mera kritiskt in på ämnet, så kan man väl förstå, att engelsmännen avundas fransmännen denna skenbart lätthanterliga materia i jämförelse med sin egen förbistrade »tort»-lära. Bl. a. synes man betrakta frånvaron av en princip för »tort»-begreppet, som en svaghet. Det går nu helt naturligt icke att föra in det under en gemensamt karakteriserande bestämning. Förvisso kan en formulering göras, som täcker hela området. Exempelvis definierar Salmond »the tort» såsom

»a civil wrong for which the remedy is an action for damages, and which is

---

dömer efter andra regler än King's Bench Division framgår av föreskriften i Supreme Court of Judicature Act 1873, att i varje civil sak, som börjat i High Court of Justice, »shall law and equity be adminstered» (sect. 24). Uppstår i en och samma fråga konflikt mellan equity och common law, då skall equity gälla (sec. 25 mom. 11). Detta senare är blott ett uttryck för den icke blott i England utan överallt annorstädes vanliga rättsideologiska uppfattningen, att rätten är att tolka efter billighetssynpunkter. Det har näppeligen en innebörd, som kommer domstolarna i England att döma på annat sätt i fråga om oskriven lag (närmast = common law) än domstolarna i de länder, där equity aldrig funnits såsom »särskild rättskälla». Beaktas må slutligen, att equity på samma sätt som common law supplerats med statute law. Sålunda ingrep lagstiftningen redan 1483 med en statut angående uses (1 Rich. III c. 1). Efter ytterligare lagar i ämnet kommer så 1535 den mera bekanta Statute of uses (27 Henr. VIII c. 10, »An act concerning uses and wills»). Verklig »freehold» kunde ägaren icke testamentera bort. Han kunde emellertid under sin livstid disponera över egendomen »to uses», vilket då kunde bli ett slags surrogat för testamentering. Ännu närmare sitt syfte kom en freeholder, när kanslern började giva sitt skydd åt testamentariska dispositioner till förmån för »uses». Betydelsen av Statute of Uses synes nu vara, att dylika dispositioner blevo lagliga. Se Keeton, s. 14 och Smith, Equity, s. 21 f., vilken senare säger, att statuten hade betydelsen »at once to convert all uses, whether expressed in words, or merely implied in equity, into legal estate, and thus to bring them within the rules of law». Man finner sålunda, att equity i vissa fall redan på ett tidigt stadium s. a. s. legaliserades. Sådana »rules of law» fortforo att tillhöra equity-domstolens jurisdiktion. — Man ser av det sagda, hur hela den rättsideologiska tron på equity, såsom stående över den vanliga rätten, under det levande livets tryck småningom, låt vara att det tarvades sekler, reducerats till i sak ingenting. Jag har i min Hyresutredning, noten å s. 13 f., några anmärkningar angående det fiktiva i distinktionen mellan equity och common law, anmärkningar som jag alltjämt står för. — Den här nyss citerade skriften av Keeton hade undgått min uppmärksamhet, ända till dess att jag inlämnat mitt arbete till tryckeriet. Jag har därför icke kunnat tillfullo utnyttja Keetons bok. Dess studium har dock icke föranlett mig att ändra något av vad jag före bekantskapen med densamma här skrivit.

[4] Det synes tvivelaktigt, huruvida icke »deceit» skulle kunna involveras i »negligence»; se Winfield, Text-Book, s. 423 ff.

not exclusively the breach of a contract or the breach of a trust or other merely equitable obligation».[5]

Pollock däremot är mycket angelägen att angiva den rättsprincip, som »torts»-ansvaret grundar sig på. I sådant avseende säger han, att »all members of a civilized commonwealth are under a general duty towards their neighbours to do them no hurt without lawful cause or excuse», en princip redan av Ulpianus förkunnad såsom tillhörande »the commandements of the law». Emellertid medgiver Pollock, att den nyssnämnda principen naturligtvis icke kunde »tell us in detail what harm is unlawful», vidare att man icke kunde finna någon så »broad» princip »laid down in our authorities» (= leading cases).[6]

Salmond är av annan mening. Han säger:

»Just as the criminal law consists of a body of rules establishing specific offences, so the law of torts consists of a body of rules establishing specific injuries. Neither in the one case nor in the other is there any general principle of liability.»[7]

I sin kongressrapport säger Walton, att även om det funnits några allmänna principer, som lett de engelska domare, vilka byggde upp »tort»-rätten, så höllos dock dessa principer strängt i bakgrunden, och det sades så litet som möjligt om dem. De voro, fortsätter han, i ett helt annat läge än

»the broad rules of continental law in regard to wrongs by which continental judges have for centuries shaped their course. The fact is that in many parts of the law of torts the English law crystallized too soon before the broad principles were thought of.»[8]

Den jämförelse, Walton företagit mellan kontinental och engelsk metod i fråga om »delictual liability», har lett honom till följande »summary»:

»Compared with this English law of torts, which is like a gnarled old oak full of roughnesses and irregularities and with some of its branches rather decaying, the French law of torts is a simple and coherent system. In the continental law we start with the principles and the cases are mere applications of them. In the English law, on the other hand, we start with the cases and get at the principles, if we can, afterwards, by a process of induction.»[9]

[5] Salmond, s. 7; jfr Salmond—Stallybrass, s. 15. Liknande exempelvis Halsbury XXVII, n. 906.

[6] Pollock, s. 1—6.

[7] Salmond, s. 9. Han direkt bestrider, att »the law of torts» vore grundad på någon »fundamental general principle that it is wrongful to cause harm to other persons in the absence of some specific ground of justification or excuse».

[8] Mémoires, s. 452.

[9] Mémoires, s. 453 f.

Trespass.

För en utlänning är det svårt att riktigt sätta sig in i de föreställningar, som äro förknippade med detta begrepp. Till och med den engelske juristen själv torde behöva ganska stora rättshistoriska kunskaper för att förstå saken. Den bild jag fått av ämnet genom studium av litteraturen skall jag emellertid nu giva.

Den civila »wrong», som kallas »tort», har ursprungligen helt täckts av begreppet »trespass», avseende »persons, land or chattels». Man torde tänka sig saken så, att den handlande har passerat över gränsen för sin egen rättssfär in på annans. För att »trespass» — »transgressio», överträdelse — skulle föreligga måste det dock vara fråga om en »forcible and direct injury».[1] Förutsättningen »forcible» — ursprungligen uttryckt »vi et armis» — blev småningom liktydig med fysisk. »To lay one's finger on another person without lawful justification is as much a forcible injury in the eye of the law, and therefore a trespass, as to beat him with a stick. To walk peacefully across another man's land is a forcible injury and a trespass, no less than to break into his house vi et armis.»[2] Kravet på direkt sammanhang mellan den ansvariges handling och »the injury» för tillämpning av begreppet »trespass» har dock aldrig uppgivits, bortsett från »cattle trespass» (varom nedan), där man dock konstruerat fram ett direkt sammanhang mellan den ansvariges handling och den rättstridiga effekten.

Om man förorsakade annan skada till person eller egendom annorlunda än på antydda fysiska och direkta sätt, kunde någon på »trespass»

[1] Med »injury» menas även här i allmänhet en »wrongful» skadegörelse. Men eftersom »trespass» kan vara »actionable per se», d. v. s. också om någon inträffad skada icke kan utredas, så kommer »injury» här jämväl att täcka själva den s. k. rättskränkningen som sådan, d. v. s. ett intrång på annans mark, utan att någon skada därigenom uppstått. Jfr Salmond, s. 192 och 194.

[2] Salmond, s. 189. I det första av dessa exempel föreligger »trespass to the person». Detta har emellertid numera näppeligen intresse ur synpunkten av strict liability. Skuldregelns erkännande som den egentliga principen innefattar bl. a., att »trespass to the person» icke leder till ansvarighet »in the absence of fault on the part of the defendant». Se Burdick, Torts, s. 13. Denna betydelse fick skuldregeln klart och otvetydigt, såsom vi sett ovan s. 263 ff., om icke förr, genom Brown v. Kendall (1850) i Amerika och Stanley v. Powell (1891) i England.

grundad talan icke föras, och ursprungligen torde dylik handling icke ha varit »actionable». Men det praktiska behovet har uppenbarligen gjort sig gällande och föranlett införande av ett nytt »remedium». En talan på grund av »trespass» inleddes med »the writ of trespass». Det supplerande »remedy», som enligt det nyss sagda infördes, betecknades såsom »the writ of trespass on the case», förkortat till »case», vadan vi få å ena sidan »trespass» och å andra sidan »case». Det är en mängd skadeståndsanspråk, som sedermera ha utbildats genom »action on the case».

Exkurs: »The forms of action.»

Det blir här, synes det mig, nödvändigt att något beröra den engelska rättsutvecklingen i fråga om »the forms of action». Under medeltiden utvecklades ett högst egenartat »formulary system of actions» i England, påminnande om det i Rom genom preturen utbildade, men — efter vad det påstås[3] — utan medveten påverkan från romarrätten. För att ett anspråk skulle kunna upptagas av domstol måste det kunna inpassas i en särskilt formulerad »writ». Om t. ex. en person lidit skada genom annans handlingssätt, berodde hans möjlighet att föra talan mot denne andre på, om den åberopade skadegrunden logiskt kunde hänföras under någon av de »writs», som blivit bestämda.[4] Självfallet föranledde rättsbehovet en ständig ökning av dessa för »the actions» grundläggande »writs», en ökning som i snabb takt ägde rum mellan 1154 och 1272[5] (Henr. II—Henr. III). Vid slutet av denna period fanns enligt Pollock & Maitland minst några hundra olika aktionsformer, varvid dock måste beaktas, att flera av dessa former blott äro att betrakta såsom variationer utan »more vital differences». För att vara på den säkra sidan skulle man, mena

[3] Pollock & Maitland II, s. 558.

[4] Dessa »writs» motsvara närmast vad vi på vårt språk skulle kalla stämningar. Det utvecklades sålunda ett system av stämningsformulär att användas alltefter talegrundens beskaffenhet. Var den grund, varpå man ville bygga en talan, sådan, att intet stämningsformulär var användbart å densamma, då kunde ingen »writ» utfärdas och följaktligen ingen »action» komma till stånd. En jämförelse mellan »writ» och den romerska »formula», blir emellertid mycket haltande. I sådant avseende skriver Pollock & Maitland II, s. 560: »For a moment our *cancellarius* with his *registrum brevium* looks very like the *praetor* with his *album*, but, while the *praetor* listens to both parties before he composes the formula, the chancellor when he issues the original writ has never heard the defendant's story, and in most cases the plaintiff obtains a writ 'as of course' by merely saying that he wants it and paying for it. So obvious is this, that we are soon compelled to change our ground, to compare, not the chancellor, but the justices with the *praetor*, and to see the Roman *formula*, not in the original writ, but in the 'issue' that is sent to a jury.»

[5] Pollock & Maitland II, s. 559.

dessa auktorer, kunna säga, »that there were in common use some thirty or forty actions, between which there were large differences».[6]

I själva verket betyder »writ» en kunglig befallning »in writing» till en person. Sådana befallningar utfärdades ursprungligen med hänsyn till funktioner av »curia regis» (King's Court), »the body which under the Normans transacted all the business of the central government».[7] Domstolsväsendet i England kan, såvitt »common law» är i fråga, alltifrån Henrik II betraktas såsom en utveckling från denna »curia regis» till »administration of the justice of the king in the king's courts».[8] De »writs», som avsågo rättskipningen, kallades »original writs», enär de gåvo upphov till rättstvister. För att få en »writ» hade käranden att hänvända sig till kronans kansli, the Chancery, ett ämbetsverk — väl att skilja från the Court of Chancery — varest »the Chancellor» presiderade.[9] Denne handlade naturligtvis icke själv enkla löpande frågor. Det var i allmänhet en tjänsteman i the Chancery, som rutinmässigt utfärdade »the writ», om parten betalade lösen för densamma, förutsatt dock att parten framställde grunden för sin talan så, att man kunde finna »some known form of writ to fit his case». Visserligen var det så, såsom ju följer av det sagda om aktionsformernas utökning, att »the chancery» kunde utfärda »writs» utan stöd i precedensfall, men detta föll naturligtvis utanför det rutinmässiga och måste ha förutsatt beslut av kanslern själv. Vidare märkes, att redan före den nämnda periodens slut kansli-

[6] S. 564 f.

[7] Windeyer, Lectures, s. 43 och 47.

[8] Jfr Windeyer, s. 45. — Den judiciella verksamheten i curia regis kom redan på 1200-talet att uppdelas mellan de tre såsom »common law»-domstolar betraktade Court of Exchequer, Court of Common Pleas och Court of King's Bench. (Se härom Holdsworth I, s. 32—54, s. 194—212, s. 231 ff.) Dessa »common law»-domstolar fortsatte till 1875. Närmaste överinstans för dem alla var the Court of Exchequer Chamber. Denna bestod, vid talan mot dom av en »common law»-domstol, av de båda andra domstolarnas ledamöter. Med hänsyn till kommande redogörelser för en del »cases» bör kanske ytterligare följande nämnas. Genom Judicature Acts av 1873 och 1875 inrättades Supreme Court of Judicature med sina två underavdelningar High Court of Justice och Court of Appeal. High Court of Justice hade ursprungligen följande 5 divisioner: Queen's (King's) Bench Division, Common Pleas Division, Exchequer Division, Chancery Division och Probate, Divorce and Admiralty Division. År 1880 uppgingo Common Pleas och Exchequer Divisions i Queen's (King's) Bench Division. Nu har High Court of Justice sålunda blott 3 »divisional courts». Från en »divisional court» går målet till Court of Appeal. Högsta instans är House of Lords. Emellertid hade genom en lag av 1833 inrättats the Judicial Committee of the Privy Council (förkortat: Privy Council) för appellationssaker, som dessförinnan kunnat »be brought before the King or the King in Council». Denna domstol — av vars ledamöter ett visst antal såsom »Lords of Appeal» tillhöra överhuset — är bl. a. högsta instans i mål från överdomstolarna i kolonierna.

[9] Kerly, s. 9. — Hur Chancery småningom blev domstol, se noten å s. 298.

ets befogenhet i nämnda avseende upphörde eller, kanske riktigare, begränsades. Domstolarna synas ha börjat ingå i prövning av giltigheten av de »writs», som kansliet utfärdade, och blott godkänna de »writs», som de funno överensstämmande med »common-law».[1]

Men vad var då »common law»? Hur egendomligt det än låter, så var »common law» i verkligheten intet annat, än vad som framgick av dessa aktionsformer, d. v. s. dels de gamla kända writ-formulären dels sådana nya, som domstolarna faktiskt godtogo såsom legala. Fanns ingen »form of writ to fit the case», så fanns icke heller någon möjlighet för en person att »få någon rätt». »Non potest quis sine brevi (= writ) agere.»[2] Och eftersom, säger Windeyer, man icke kunde föra någon talan utan en »writ», blev resultatet, att de enda slag av skador, för vilka ersättning lagligen kunde krävas, voro de, som kunde beskrivas »within the narrow and unyielding language of some known writ — *ubi remedium ibi ius*». Varje »writ» utgjorde grund för en särskild »form of action», och varje aktionsform hade sina egna regler. Att känna dessa regler och förutsättningarna för deras användbarhet — det var detsamma som att känna »the law of England».[3]

Bland dessa gamla trånga och oböjliga aktionsformer var nu även denna »writ of trespass»[4], som emellertid hade ett antal skilda formule-

[1] Jfr Windeyer, s. 47 f. — Kerly säger, s. 9, att »the Provisions of Oxford (1258) expressly forbade the Chancellor to frame new writs without the consent of the King and his Council».

[2] Bracton VI, s. 262; Woodbine I, s. 168 (fol. 413 b). Mera fullständigt lyder citatet sålunda (parenteserna föranledda av Woodbines rekonstruktion; se nedan noten å s. 439): »Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus, (et) de cursu et de communi consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poteri(u)nt absequente consensu et voluntate eorum (eorundem et voluntate). Sunt etiam brevia ex eis sequentia quae dicuntur judicialia, & saepius variantur secundum varietatem placitorum proponentis et respondentis, petentis, et excipientis, secundum varietatem responsionum. Sunt etiam quaedam quae dicuntur magistralia et saepius variantur secundum varietatem casuum (factorum) et querelarum, et (querelarum. Et quorum) quaedam sunt personalia (quaedam realia) quaedam mixta secundum quod sunt actiones diversae et variae, quia tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum, quia non potest quis sine breve(i) agere, cum non teneatur alius sine breve(i) respondere nisi gratis voluerit, et ex hoc ei non injuriatur, cum scienti et volenti non fit (fiat) injuria.»

[3] Windeyer, s. 47 f. Jfr Holdsworth II, s. 512. — »Writ»-formulären samlades i ett »registrum brevium». »It is true», säger Holdsworth a. st., »to call the Register, which contained these writs, the oldest book of our law.»

[4] När en sådan »writ» första gången utfärdades vet man icke exakt, men det skall ha skett någon gång under Henrik III (1216—1272); se Windeyer, s. 86. Enligt Pollock & Maitland II, s. 525, »this fertile mother of actions was only beginning her reign in the last years of Henry III», låt vara att »early precedents may be found for it». Enligt Winfield, Text-Book, s. 225, skall »the writ of trespass» ha blivit vanlig omkring 1250 och då redan ha täckt skadegörelser »to the person, to goods, and to land».

ringar, vilka dock alla synas ha avsett, att man »vi et armis» antingen brutit sig in på annans mark (quare clausum fregit) eller berövat honom besittningen till hans lösa ägodelar (de bonis apportatis) eller slutligen angripit hans person (quare vi et armis in ipsum A apud N insultum fecit, et ipsum verberavit, vulneravit, imprisonavit, et male tractavit, et alia enormia, etc.)[5]. Om man emellertid genom sitt handlingssätt på annat sätt förorsakade intrång i annan persons ifrågavarande »rättigheter», då stod denne faktiskt »rättslös», därför att han icke hade någon »writ» att tillgå. Detta avhjälptes genom cap. 24 i den berömda »Statute of Westminster the Second» (1285). Det heter i detta kapitel[6] i den engelska översättningen från latinet:

»And whensoever from henceforth it shall happen in the Chancery that in one case a writ is found, and in similar case *(in consimili casu)* falling under similar law and requiring a like remedy none is found, the clerks of the Chancery shall agree in making the writ; or adjourn the complaint until the next Parliament and write the cases in which they cannot agree and refer them to the next Parliament and by consent of men learned in law a writ shall be made, lest it happen that the court should for a long time fail to give justice to complainants.»[7]

Detta stadgande synes ju tyda på att det gamla oböjliga formsystemet hade visat sig bliva otillfredsställande. Emellertid torde man icke kunna antaga, att stadgandet hade till syftemål att radikalt övervinna svårigheterna genom att »provide a remedy for every wrong». För ett sådant syfte är stadgandets avfattning alltför begränsad. Man bör, såsom Windeyer säger, lägga märke till, att nya »writs» icke skulle få utfärdas »whenever justice required» utan endast i sådana fall, som vore analoga med dem, i vilka »writs» redan funnos.[8] Ett antal nya »writs» och nya aktionsformer kommo visserligen på detta sätt till stånd. Men var och en av dessa hade »its own place and became as precise and unyielding as its predecessors».[9]

[5] Se Holdsworth III, s. 317 n. 7.

[6] Detta går på grund av sina betydelsefullaste ord stundom under benämningen *In consimili casu.*

[7] Denna översättning är hämtad hos Windeyer, s. 82 f. Pickering I, s. 197 f., meddelar såväl den latinska originaltexten som dess från den här anförda något avvikande översättning.

[8] Windeyer, s. 83. — Men utefter den sålunda angivna linjen fanns ingen inskränkning. Ett studium av statuten, säger Jenks, Short history, s. 78, »may well cause us to doubt whether the Parliament of 1285 intended to place in the hands of the Chancery clerks what appears, at first sight, to be practically an unlimited power to make new law». Härtill kan emellertid sägas, att lagstiftaren överhuvud icke sett saken så, att dessa »clerks» kunde göra »new law». Han har förutsatt, att den nya situationen fölle under »rätten» och att det blott var »the writ» som saknades. Det heter nämligen: *et in consimili casu cadente sub eodem iure et simili indigente remedio.*

[9] Windeyer, s. 83.

Ehuru det var systemet av »actions» i sin helhet, som påbyggdes eller utvidgades genom statuten »In consimili casu», hade denna kanske sin praktiskt mest betydande effekt just i fråga om »trespass»-institutet, nämligen därigenom, att den lade grunden till denna här ovan nämnda »writ» eller »action of trespass on the case», i förkortad form »action on the case», som i sin tur fick dominerande betydelse för hela »tort»-rättens vidare utveckling. Denna konstiga benämning har ställts i paritet med romarnas »actio in factum».[1] Varpå detta grundas synes mig icke lätt att förstå. Visserligen behöver man inte hänga upp sig på den omständigheten, att de »actiones», som pretorn bildade efter mönstret av »actiones civiles»[2], i allmänhet, liksom dessa, själva voro »in ius conceptae». Ty i fråga om just den romerska lag, som här måste ha särskilt intresse, nämligen »lex Aquilia», funnos icke blott »in ius» utan även »in factum» efterbildade »actiones»: de senare voro, ehuru »in factum conceptae», likväl »accommodatae lege Aquilia». De flesta synas mena, att benämningen »action on the case» har sin grund i statutens formulering, att en »writ» skulle utfärdas *in (consimili) casu* [= in (similar) case]. Därav »writ of trespass on the case». Någon annan förklaring till benämningen synes vara ganska överflödig, förutsatt naturligtvis att man överhuvud anser, att »In consimili casu» utgör grunden för tillkomsten av »actions (of trespass) on the case».[3] Anser

[1] Se Ussing I, s. 400.

[2] Och de gamla »actions», som funnos före »In consimili casu», voro naturligtvis att betrakta såsom grundade i Englands rätt och följaktligen »civila».

[3] Detta är den »moderna» och till helt nyligen allmänna åsikten, hyllad även av den ovan citerade Windeyer, s. 87 f. Den har emellertid bestritts av Plucknett, som i Columbia Law Review XXXI (1931) i artikeln Case and the Statute of Westminster II hävdar, att »action on the case» intet har med statuten i fråga att skaffa. Emellertid har han, så vitt jag vet, icke utvecklat sina utlovade positiva synpunkter på frågan om upprinnelsen till »action on the case». Emot Plucknetts argumentation har invändningar framställts av »The Vinerian Professor» i Oxford (d. v. s. Holdsworth) i Law Quarterly Review, 47, s. 334 ff. Han finner Plucknett ha framlagt en »startling thesis» och en »startling theory». Vidare har Plucknett bemötts av Landon, The action on the case and the Statute of Westminster II, L. Q. R. 52, s. 68 ff. Denne konstaterar, att det i frågan numera finns tre skilda meningar. Först ha vi den moderna meningen, att »the action on the case originated in the Statute, and even (as is held by some writers) that it received its name from the word casu in the phrase *in consimili casu*». Så kommer Plucknetts åsikt, och slutligen, för det tredje, vad Landon kallar den traditionella åsikten, innefattande att aktionen visserligen existerade före statuten, men att »its development and its ultimate transmutation into Trespass on the Case would not have been possible without the powers which 'Parliament' in chapter 24 conferred upon the Chancery clerks». Denna åsikt vill Landon själv göra sig till talesman för. Den hystes, säger han, av Coke, Blackstone och Serjeant Stephen, »to name three only of its champions». Landons ståndpunkt har blivit föremål för antikritik i Plucknetts artikel »Case and Westminster II», L. Q. R. 52, s. 220 ff. Plucknetts första inlägg i Columbia Law Review har jag icke sett. Man tycks emeller-

man, att dessa aktioner, redan med »case» benämnda, funnos före statuten, då blir naturligtvis situationen en annan beträffande frågan, hur uttrycket »action on the case» uppstått. Menar man, som Blackstone, att aktionen fanns före »In consimili casu», då blir det rimligt, att såsom han gör förklara benämningen därmed, att »the plaintiff's whole case or cause of complaint was set forth at length in the original writ».[4] Ingenstädes har jag emellertid i den engelska litteraturen funnit något stöd för åsikten, att »action on the case» hade något med »actio in factum» att skaffa.[5]

Det var blott under omkring hundra år, som dessa nybildade »actions» betraktades såsom »actions of trespass». I fortsättningen framstodo de såsom helt och hållet särskilda aktionsformer. »Trespass»-benämningen faller bort, och det återstår blott »actions on the case» eller endast »case».[6] Dessa aktionsformer blevo emellertid lika stela och oböjliga som de föregående. Visserligen fingo de rättssökande genom denna utvidgning av aktionssystemet större möjligheter än de förut haft till anspråk på ersättning för mot dem begångna »wrongs». Men själva den »form of writ», som skulle inleda rättegången, valdes på kärandens egen risk. Visade det sig så, att den utredda grunden icke var inpassbar i den valda »writ»-formen, så var rättegången förlorad för käranden, även om det tilläventyrs fanns en annan »writ»-form, som varit användbar och genom vilken han skulle kunna ha vunnit rättegången.[7]

---

tid få en rätt god bild av hans — högst spekulativt verkande — motivering genom de tre nu berörda uppsatserna i L. Q. R. 47 och 52. Keeton säger, s. 11, endast, att det av mången antages, att Statute of Westm. II varit grundläggande för »a new writ, of trespass on the case which, in the sixteenth and seventeenth centuries, was responsible for the development of many on the principles of the law of contract and tort in the Common Law Courts». Därefter nämner han, att Plucknett hade »suggested», att »case» icke berodde på statuten i fråga utan hade »independent origin». Genom att Keeton hänvisar till Maitlands »brilliant sketch» (The forms of action at common law) får man närmast intrycket, att han föredrager den förstnämnda ståndpunkten. — Under tryckningen finner jag, att Winfield skiljer mellan »action upon the case» (i kraft av Statute of Westm. II) och »action of trespass upon the case», grundad år 1367. Jag känner icke hans skäl. Se Winfield, Text-Book, s. 3 f. jämte där gjorda hänvisningar, som jag dock icke kunnat begagna mig av.

[4] Blackstone—Kerr III, s. 130 [s. 123].

[5] Windeyer, s. 87, säger, att den otympliga benämningen »trespass on the case» — som på latin blev (ingalunda något med »in factum» utan) »transgressio super casum» — kanske härleder sig från »the wording in consimili casu». Hans tvekan »kanske» förefaller mig onödig utifrån den ståndpunkt Windeyer intager till statutens betydelse för »action on the case».

[6] Det kan dock icke vara detta, som avses av Winfield med distinktionen »action of trespass upon the case» och »action upon the case» (se ovan n. 3 in f.).

[7] »Right down to the nineteenth century, the choice of the wrong writ involved the loss of the action, even though all the merits were with the plaintiff»; Holdsworth IX,

Vi ha svårt att föreställa oss, vad som är ett faktum, nämligen att rättsväsendet i England varit på detta sätt så att säga stereotyperat ända in till sena tider. Emellertid skedde den slutliga »abolition of forms of action» genom »Judicature Act» 1873.[8] Processuellt är man sålunda nu icke längre bunden av formulären. Käranden kan inleda en effektiv rättegång om skadestånd på vilken grund som helst. En annan fråga är, om han kan vinna rättegången. Och i sådant avseende kastar alltjämt det gamla formsystemet sin skugga framför sig. Ty genom detta hade de olika »wrongs» efter »common law» blivit bestämda. Utöver de av »the forms of action» täckta »wrongs» funnos icke några »actionable wrongs». Lagen av 1873 liksom dess föregångare gjorde icke omedelbart ändring i den »materiella rätten». Denna förblev sådan den var, d. v. s. sådan som det gamla formsystemet gav vid handen. Detta måste vara en utgångspunkt för domstolarna och överhuvud för hela det juridiska tänkesättet på området.[9]

---

s. 248. Walton skriver, i sin förut berörda generalrapport, angående en period av 6 sekler före the Common Law Procedure Act av 1852 (varom strax här nedan): »Every cause of action has its appropriate 'writ'; it is very hard to get a new cause of action admitted, and the slightest mistake of form in the writ is generally fatal»; se Mémoires, s. 448.

[8] Dessförinnan hade redan 1833 »the real actions» (allmänt talat avseende sakrättsliga anspråk med hänsyn till fast egendom) blivit »abolished» genom »the Real Property limitation Act». Se t. ex. Holdsworth VII, s. 22 f. Men framför allt är att märka, att sect. 3 i Common Law Procedure Act (1852, 15 § 16 Vict. c. 76) helt allmänt föreskrev: »It shall not be necessary to mention any Form or Cause of Action in any Writ of Summons, or in any Notice of Writ of Summons, issued under the Authority of this Act.»

[9] Uttalandena i en mängd domar, särskilt före 1873 års »Judicature Act», skulle vara omöjliga att helt förstå, om man icke kände till detta egendomliga »writ»-system. Som exempel kan jag hänvisa till Hammersmith Railway Co. v. Brand (1869), berört nedan s. 416 ff. — En undersökning säger Salmond, s. 188, angående den gamla »writ of trespass» och dess förhållande till andra aktionsformer är — trots upphävandet av dessa former — alltjämt både nödvändigt och lönande av åtminstone trenne skäl: »In the first place, to one who is wholly ignorant of the old learning of writs and forms of action many of the older authorities on liabilities for civil injuries are unintelligible and misleading. Secondly, even at the present day, all satisfactory definition and classification of the different species of such injuries must be based on the old procedural distinctions between forms of action, and must conform to those distinctions except in so far as they no longer have any relation to the substantive law of the present day. Thirdly, questions as to the existence, nature and extent of liability depend even yet in many instances on the particular kind of writ or remedy that would have been available for the plaintiff under the old practice.» — Nedan s. 376 n. 3 beröres ur särskild synpunkt fallet Smith v. Giddy (L. R. 1904, 2 K. B. 448). Det kan ha sitt intresse att här erinra om, att domaren Wills i detta fall — sålunda in på detta sekel — uttalade sin motvilja mot att bifalla en talan, som icke hade stöd i det gamla aktionssystemet. När han likväl gjorde detta, så skedde det »with considerable reluctance, for I have a strong feeling that it is highly desirable not to establish new cases of action if it can possibly be avoided». Drivfjädern till hans domslut synes ha varit

Emellertid hade nu denna påbyggnad på »action of trespass» genom »case» avgörande betydelse för utvecklingen av hela »law of torts». Till och med »the modern law of negligence», säger Windeyer, kan i mycket betraktas såsom produkt av »action on the case».[1] Var det handlingssätt, varigenom skada uppstått, icke någon »physical interference», utan innefattade det exempelvis »defamation», »malicious prosecution» eller »deceit», så blev rättsmedlet en »action on the case». I denna framställning är emellertid särskilt att lägga märke till, att det här nedan behandlade institutet »nuisance» fått sin utbildning genom »action on the case». Och vad nu angår skillnaden mellan »trespass» och »case», allteftersom skadan (eller »kränkningen», enär »trespass» är »actionable per se» och sålunda kan föreligga utan att någon skada har skett)[2] är en direkt följd av handlingen eller blott medelbart förorsakad av denna, d. v. s. »consequential», finns ett uttalande av domaren Grose i fallet Leame v. Bray (1803). Denna skillnad sade Grose,

»is well instanced by the example put of a man's throwing a log into the highway; if at the time of its being thrown, it hit any person, it is trespass; but if after it be thrown, any person going along the road receive an injury by falling over it as it lies there, it is case ... Trespass is the proper remedy for an immediate injury done by one to another, but where the injury is only consequential from the act done, there it is case.»[3]

Trespass såsom grund för strikt ansvar.

Liksom alla ansvarsbringande handlingar skall naturligtvis även trespass vara en »wrong», d. v. s. vara rättstridig. Hålla vi oss nu till »trespass to land», så finna vi det mycket förklarliga förhållandet, att det

---

önskan att icke döma i strid mot principen i ett äldre fall, Crowhurst v. Amersham etc., berört här nedan i samma not som Smith v. Giddy. Jfr Walton i Mémoires, s. 448 n. 2.

[1] S. 92 f. Se även t. ex. Stanley v. Powell, där domaren skiljer mellan »action of trespass» och »action on the case for an injury by negligence», nedan s. 314 n. 9.

[2] Se ovan s. 303 n. 1.

[3] 3 East, King's Bench Reports, s. 602. Fallet är icke refererat vare sig hos Campbell, Ruling cases, eller Kenny, Cases. — Efter att ha citerat uttalandet fortsätter Salmond, a. a. s. 190, att belysa skillnaden sålunda: »To plant a tree with its roots across the boundary of one's own land is a trespass, but to plant a tree in one's own land and to allow it to spread its roots or branches across the boundary is no trespass, but is actionable only in *case*, if at all. So the act of throwing water into one's neighbours premises is a trespass; but to fix a spout in such a fashion that rain water is discharged by it into those premises is a mere nuisance actionable in case. Throwing a match, whether accidentally or on purpose, into another man's haystack is a trespass; lighting a fire on one's own land, which spreads into the adjoining property and burns a haystack there, is actionable only in case.» — Angående Salmonds distinktion mellan »trespass» och »nuisance» se nedan s. 317 n. 8 och s. 335.

icke skall vara äganderätten, som kränkes genom denna »orätt», utan besittningen (av visst slag). Den säges nämligen vara »a violation of the right of possession».[4] Detta har särskilda konsekvenser. Sålunda är det icke ägaren utan arrendatorn eller den, som av ägaren hyrt ett hus, som kränkes genom trespass beträffande fastigheten. Har man hyrt en våning torde detsamma gälla i fråga om våningen. Tränger åter någon in till en inackordering i vanlig mening i av denne förhyrt rum, så torde ingen trespass begås emot honom, ty han har icke den »exklusiva» besittningen till rummet. Emellertid är det nu icke blott inträdet på annans fastighet, som kan vara trespass utan jämväl kvarblivandet däråa, nämligen ifall man icke har rätt därtill. Man hade t. ex. rätt till »entry» men kvarbliver efter det denna »rätt» upphört. Men hur går det, om en arrendator eller hyresgäst kvarstannar efter kontraktstidens slut, då de icke längre ha någon »rätt» att kvarbliva? Deras handlingssätt torde icke bli någon »trespass», ty det är de själva, icke ägaren, som ha »the present possession of the property». Ty även en »wrongful possession» är i alla fall en besittning, som undanträngер ägarens besittning, i allt fall gör att denna icke är »exklusiv».[5] Utöver »entry into land» och »remaining on land» kan »trespass to land» också bestå däri, att man låter ting eller djur komma in på eller i annans fastighet, förutsatt att placeringen av dem där skett direkt genom ens handling och icke blott är en indirekt konsekvens av densamma.[6]

---

[4] Se Salmond, s. 194 och s. 197 f. Pollock, s. 358: »Trespass is the wrongful disturbance of another person's possession of land or goods. Therefore it cannot be committed by a person who is himself in possession.»

[5] Se föregående not. — Ehuru arrendatorn icke begått »trespass», kan han naturligtvis tvingas lämna fastigheten, varvid »the remedy» är en »action of ejectment»; jfr Pollock, s. 358. — Hur vanskligt det är att med tillförlitlighet besvara frågor angående besittning såsom bestämmande för »trespass» förstår man, när man här läser Winfields framställning, Text-Book, s. 334 ff. Angående frågan om »a lodger has possession of his room» (som jag nyss berörde i texten) säger Winfield, att det finns varandra motsägande uttalanden i judikaturen, men att »probably the law is this: if a specific room has been allotted to him he has possession, unless, like an undergraduate in lodgings, 'attendance' is provided for him, or unless the landlord has exclusive control of the outer door. But if he has no such specific room, he has not possession and cannot maintain trespass.» Detta torde bekräfta mitt uttalande i texten. Med »inackordering i vanlig mening» avsåg jag en »lodger», för vilken »attendance is provided». — Winfield finner, att det bästa arbetet över engelska possessionsläran alltjämt utgöres av Pollock & Wright, Essay on possession in the common law, 1888.

[6] Salmond, s. 194: »It is a trespass to cause any physical object to cross the boundary of the plaintiff's land, or even to come into physical contact with the land, even though there may be no crossing of the boundary: for example, to turn cattle upon the land, or to throw stones upon it, or to drive nails into a wall, or to pile rubbish against it.» — Kreaturs inträngande på annans mark blir dock även såsom indirekt följd av personens handling »trespass», nämligen »cattle trespass», varom nedan.

Låt oss nu se, i vad mån ett ansvar för »trespass to land» kan vara en strict liability. Har själva handlingen varit avsiktlig men likväl utförd i fullkomligt god tro — man gick in på annans mark utan att veta om det på grund av »an inevitable mistake» — så blir man ansvarig. Om man varit i ond eller god tro beträffande skadlig effekt kan så mycket mindre vara av betydelse, som trespass är »actionable per se», d. v. s. även om ingen skada inträffat.[7] Tanken är uppenbarligen den, att en

[7] Se Salmond, a. a., s. 192 och 194. När det kräves »direct injury» såsom förutsättning för trespass, behöver »injury» därför här, som redan nämnts; icke alltid ha betydelsen av skada. Man inför nämligen begreppet »injuria sine damno», vilket anses tillämpligt i sådana fall av trespass, då »överträdelsen» icke har gjort käranden den allra ringaste skada. Se Salmond, a. a., s. 12. Denne citerar samtidigt följande uttalande från ett gammalt fall, Entick v. Carrington, 1765: »By the laws of England every invasion of private property, be it ever so minute, is a trespass. No man can set his foot upon my ground without my licence but he is liable to an action, though the damage be nothing.» Domen, som meddelades i Court of Common Pleas av lord Camden, är refererad hos Kenny, Cases, s. 369. Det stycke, vari de citerade orden stå, inledes av lord Camden sålunda: »The great end for which men entered into society, was to secure their property.» I själva verket är sålunda situationen efter »common law» den, att man gör sig skyldig till ansvar för »trespass», om man blott nätt och jämnt överträtt gränsen till annans mark, t. o. m. med blott en del av sin kropp. Såsom exempel anför Salmond, s. 192: »to put one's hand through a window, or sit upon a fence». Det tycks för övrigt, tillägger Salmond, icke ens vara erforderligt för trespass-begreppets tillämpning att alls »any crossing of the boundary» ägt rum, förutsatt blott »that there is some physical contact with the plaintiff's property». Följaktligen skulle det vara »rättstridigt» och kunna påtalas inför rätta, att man, stående på egen mark, blott lutade sig emot grannens husvägg eller staket! Man kan fråga sig, på vad sätt en sådan »trespass» skulle kunna vara »actionable». S. k. abatement (ett slags självhjälp) är ju icke någon »action». Och för övrigt, även om detta begrepp t. ex. hos Halsbury XXVII, n. 960 bestämmes så allmänt, att det skulle kunna ha avseende å varje »tort», så har det dock säkerligen ingen användning i fall av nu berörda art. Det är ett »remedy», som lagen icke favoriserar, enär, såsom en av Winfield, Text-Book, s. 158, citerad författare säger, »this many times occasions tumults and disorders». I hela »tort»-litteraturen, bortsett från Halsbury, har jag icke sett »abatement» behandlat såsom innebärande något annat, än att den av en *nuisance* besvärade personen skulle kunna själv ingripa och »remove the nuisance», t. ex. såga av grenar på grannens träd, vilka sträckte sig över gränsen. I dylikt fall kunde »abatement» ske utan att man först underrättade »the tortfaisor». Eljest torde principen vara, att denne först anmodades själv undanrödja »the nuisance». I övrigt gäller vid »abatement of nuisance» (som jag begagnar tillfället att beröra i denna not), att »abator» är skyldig undvika all onödig skadegörelse, vilket ju också måste innebära, att han av flera »ways of abatement» måste välja den minst »mischievous», såvida icke detta skulle »inflict some wrong on an innocent third party or on the public». Se bl. a. Winfield, Text-Book, s. 158 f. — Kan sålunda »abatement» icke här göra, att en »trespass» av ifrågavarande slag betraktades som »actionable», synes det också svårt att i dylika situationer kunna finna någon rimlig möjlighet »to bring an action for injunction» (avseende förbud för svaranden att fortsätta med eller upprepa sin »wrong». »Injunction» är vid sidan av skadestånd ett »judicial remedy» vis à vis en »tort». Institutet, som fått sin egentliga utbildning genom equity, har berörts något i noten å s. 300 ovan. Blott det bör här tilläggas, att »injunction» icke blott är »prohibitory». Den kan även vara »mandatory»: utgöra en befallning att återställa

direkt rättskränkning föreligger, som kräver gottgörelse oberoende av varje subjektiv inställning. Egentligen skulle nu konsekvensen bjuda, att resultatet bleve detsamma, om handlingen icke vore avsiktlig utan helt ofrivillig — man rider t. ex. en häst som skenar in på annans mark. Ty även här föreligger ju med det skolastiska sättet att se en direkt rättskränkning. I äldre tider torde också en sådan »accidental trespass» ha föranlett ansvarighet.[8] Praxis har emellertid här icke stått emot skuldregelns inflytande. Åtminstone sedan 1891, genom fallet Stanley v. Powell, synes det vara klart, att en icke avsiktlig »entry» endast i fall av culpa leder till ansvarighet.[9] Men i detta fall föreligger en »tort of

sakerna i det tillstånd, vari de befunno sig före svarandens »tort», t. ex. att riva ned en byggnad, varigenom han begått »obstruction of light», varom nedan s. 340 ff.). Kanske skulle genom »trespasses» av nu berörda art de beryktade situationer föreligga, då domstolen blott utdömde en »farthing» i ersättning. Käranden skulle sålunda aldrig kunna vinna något på en rättegång i dylika fall, ehuru han »hade lagen på sin sida» och svaranden efter »common law» hade begått en »wrong», d. v. s. orätt. Man undrar stundom, vad de engelska juristerna ha för uppfattning om rättens funktion i samhället. — Till sist må endast nämnas, att, när det i den nyss citerade domen talas om »property», så menas därmed »possession or a right to possession». Se Pollock, s. 360 not r.

[8] Salmond, s. 230, noten. På sina håll synes man dock angelägen bestrida detta. Se t. ex. Winfield, Text-Book, s. 49 f. och jfr Pollock, s. 149. Faktiskt uttalade emellertid domaren Grose i det nyss berörda fallet Leame v. Bray (1803): »Looking into all the cases from the Year Book in the 21 Hen. VII, 28 a (d. v. s. från 1505), down to the latest decision on the subject, I find the principle to be, that if the injury be done by the act of the party himself at the time, or he be the immediate cause of it, though it happens accidentally or by misfortune, yet he is answerable in trespass.» (Ang. Year Book nedan s. 391 n. 1.) Winfield, Text-Book, s. 50, betraktar detta uttalande som »dictum». Detta ord står såsom motsättning till »decision». Det heter därom hos Byrne: »Dictum is an observation by a judge on a legal question suggested by a case before him, but not arising in such a manner as to require decision by him. It is therefore not binding as a precedent on other judges, although it may be entitled to more or less respect.» Det är tydligen detsamma, som åsyftas, när Pollock karakteriserar domaruttalandet i fråga såsom »extra-judicial». Dylika karakteriseringar synas mig i detta sammanhang vara utan allt intresse. Vi veta ju, att svaranden numera kan fria sig från ansvar genom »inevitable accident» och att Leame v. Bray i sådant avseende därför icke kan vara bindande. Men detta hindrar ju icke, att uttalandet giver uttryck åt den mening, som domaren Grose hade både i fråga om sin egen ståndpunkt och i avseende å domstolarnas ståndpunkt under de närmast föregående 300 åren. Att det i själva saken icke rörde sig om »trespass to land» utan »to chattels» eller »to person» (möjligen bådadera) har ingen principiell betydelse. Nattetid hade svarandens åkdon kolliderat med kärandens. Svaranden hade kört på fel sida av vägen och sålunda uppenbarligen åsidosatt »due care and caution». Själva domen innefattade likväl, att »the proper form of action was trespass and not case». (Se Pollock, s. 148 f.) Detta synes ju tyda på att domaren med hänsyn till sin »decision» lagt vikt på klargörandet, att »trespass»-rekvisitet vore förhanden oberoende av om händelsen kunnat ursäktas med »accident» och »misfortune».

[9] Salmond, s. 192. — Stanley v. Powell, L. R. 1891, 1 Q. B. 86, ref. även hos Kenny, Cases, s. 140 ff., avser nu visserligen icke »trespass to land». Käranden hade såsom »beater» på en fasanjakt blivit skjuten i ögat av svaranden, som av juryn befanns ha-

negligence». Käranden synes här alltid kunna föra talan på grund av »negligence». (Detta synes åtminstone bäst överensstämma med uttalandena från fallen Donoghue v. Stevenson, 1932, och Grant v. Australien Knitting Mills, 1936, ovan s. 254 ff.) Sannolikt kan han välja mellan detta och att grunda sitt skadeståndsyrkande på »trespass», vilket senare vore fördelaktigare i bevisningsavseende.[1] — Det nu sagda angående ansvaret gäller vare sig fråga är om »trespass to land» eller »trespass to chattels (goods)». Emellertid torde »trespass to chattels» icke, åtminstone icke i princip, vara »actionable per se», d. v. s. föreligga såsom »iniuria sine damno». Blotta vidrörandet av godset torde sålunda endast under särskilda omständigheter vara tillräckligt för att grunda »trespass»,

---

vande »not been negligent». Domaren slutade sammanfattningsvis sålunda: »In other words, I am of opinion that, if the case is regarded as an action on the case for an injury by negligence, the plaintiff has failed to establish that which is the very gist of such action. If, on the other hand, it is turned into an action of trespass, and the defendant is supposed to have pleaded a plea denying negligence and establishing that the injury was ... 'accidental', the verdict of the jury is equally fatal to the action.» Ur trespass-synpunkt är det här fråga om trespass icke »to land» utan »to the person». Men, säger Salmond, s. 192 not 1, »there is no reason to doubt that the principle applies generally to all forms of trespass». — För en utlänning är det kanske icke lätt att få samklang mellan Salmonds uttalanden å s. 192 ff. och i den nyss berörda noten hos honom å s. 230. Trodde man falskeligen, att man gav sig in på egen eller en väns mark, då föreligger visserligen, eller kunde åtminstone föreligga, »an inevitable mistake of law or fact». Men ett sådant misstag friar icke från ansvar för »trespass», s. 192. I noten å s. 230 heter det nu, att den ursprungliga regeln beträffande »actions of trespass» (i motsats till »case») — att ansvaret var »absolute» och sålunda oberoende av »want of due care» — har »in its general form been definitely departed from by our modern law. Speaking generally, there is now no difference in respect of the requirement of *mens rea* between a cause of action in trespass and a cause of action in case. Inevitable accident is commonly a good defence in both instances.» Menar jag i god tro, att jag har rätt att gå där, då ansvar, ty det föreligger »trespass» genom »intentional» handling, låt vara på grund av »inevitable mistake». Men skenar hästen in med mig på området, då utgör själva trespasshandlingen blott »an inevitable accident» och jag är fri från ansvar. Emellertid bör man nu märka Salmonds formuleringar »speaking generally» samt »commonly». Förmodligen har han sådant som »cattle trespass» och möjligen »nuisance», varom nedan, i sikte såsom undantag.

[1] Jfr vad som framgår av föreg. not. — Winfields uttalande, Text-Book, s. 227, att »trespass to person» och »the tort of negligence» kunde täcka varandra har dock möjligen icke analogisk tillämpning å »trespass to land», alldenstund denna, såvitt jag förstått saken rätt, förutsätter att »the entry» städse varit »intentional», varemot »trespass to person», åtminstone enligt Winfield, icke alltid vore »intentional»; se nästa not. Halsbury XXVII, n. 1486, uttalar, för alla slagen av »trespass», att handlingen för att kunna utgöra »trespass» måste vara »voluntary». Hos Salmond framgår denna förutsättning vid behandlingen av »trespass to land» mera en passant, s. 192: »If the entry is intentional etc.» Och ofta synes man icke särskilt ens nämna saken, vilket dock torde bero på, att den vore självklar. Winfield skulle eljest icke uttrycka sig så, som han gör, när han är angelägen framhäva, att viss »trespass to *person*» icke behövde vara »intentional»; se Winfield, Text-Book, s. 226.

hur »wrongful» handlingen än vore. Pollock säger, att det för honom själv icke är klart, »whether it is in strictness a trespass merely to lay hands on another's chattel without either dispossession or actual damage». Och han beskriver »trespass to goods» såsom utförd genom »taking possession of them, or by any other act 'in itself immediately injurious' (citat från Blackstone) to the goods in respect of the possessor's interest».[2]

Till sist må endast nämnas, att Burdick — när han för amerikanska rättens del uttalar sig av innehåll att man vid »trespass to land» vore strikt ansvarig »irrespective of intent»[3] — uppenbarligen sätter »intent» i relation, icke till handlingen som sådan, d. v. s. blott såsom »entry», utan till densamma såsom utgörande en »wrongful entry»[4]. Han avser sålunda tydligen icke att uttala något, som skiljer sig från vad jag nyss framhållit därom, att själva handlingen måste ha varit avsiktlig för ett strikt ansvar skulle komma i fråga. Detta förstår man av hans exemplifiering:

»A person may be ever so innocent of an intention to cross the invisible boundary of his neighbor's land, or he may believe that he has a perfect right to cross it, and yet his innocence and good faith will not protect him. His conduct may be marked by the utmost civility, and even actuated by the desire to benefit, or it may in fact benefit the owner. Still, if his entry was unauthorized, he is a trespasser, and liable accordingly. Mere inadvertence or accident in crossing the line will not save him from trespass, nor will plaintiff's failure to prove that defendant's act caused substantial damage. The law implies damage from the trespass.»[5]

Det sista är blott ett annat sätt att uttrycka, att »trespass» är »actionable per se».[6]

[2] Pollock, s. 363 f. — I fråga om »trespass to person» torde man aldrig kunna tala om strikt ansvar, bortsett dock — såvitt jag förstår — från en situation i vilken skadegörelse å person utövats på grund av »inevitable mistake» (jfr ovan s. 265 n. 9). »Trespass to person» förutsätter, när fråga är om de särskilt benämnda »assault», »battery» och »false imprisonment», helt naturligt »intentional force». Men andra former av »trespass to person» torde kunna föreligga, vare sig man handlat »intentionally or inadvertently»; se Winfield, Text-Book, s. 226.

[3] Burdick, Torts, s. 539, jfd med s. 408.

[4] Jfr Harpers distinktioner, Treatise, s. 68.

[5] Burdick, a. a., s. 408.

[6] Jfr Harper, Treatise, s. 67. — Hur det gamla systemet med aktionsformerna avvecklats i Amerika känner jag icke närmare till. Men tydligen förhåller det sig så, att man där kommit formskillnaden mellan »action of trespass» och »action on the case» att förlora sin gamla betydelse. Visserligen är det alltjämt av vikt, beträffande »trespass to land» att skilja mellan »intentional entry» och annan »entry», men »only for the purpose of determining whether it was necessary to prove actual damages. In the case of intentional entries, originally governed by the rules of the action of trespass, it is not necessary to this day to prove actual damage.» Se Harper, a. a., s. 67.

Cattle trespass.

Särskild uppmärksamhet tilldrager sig emellertid här »trespass to land» i en särskild situation, nämligen om »orätten» skall bestå däri, att en persons kreatur ha kommit in på annans mark. Efter common law föreligger här »cattle trespass». Detta är det enda fall av »trespass», som Harper för Amerikas del behandlar under rubriken strict liability. Sådant är, säger han, ansvaret för »cattle trespass» i flera stater i U. S. A.[7] Emellertid synes man på sina håll i engelsk doktrin vilja behandla detta ansvar delvis under en annan rättsfigur än trespass, nämligen såsom ansvar för »nuisance», beroende därpå att handlingen i de flesta fall — på grund av kravet på direkt sammanhang mellan handling och effekt — logiskt vore att hänföra icke under »trespass» utan under »case». Har en person direkt drivit in kreaturen på annans mark, så vore det visserligen verkligen fråga om »trespass», men om man släpper ut kreaturen på sin egen mark och de sedan själva taga sig in på grannens område, så kan ju skadan icke betraktas såsom en direkt sådan utan blott såsom »consequential». Följaktligen måste en »action on the case» (varom ovan) vara det rätta remediet, som sålunda fölle utanför »trespass».[8] Emellertid är det nu ett faktum, att de prejudikat, som alltjämt äro att betrakta som underlaget för common law i ämnet, resonera på ett så egenartat sätt, att konsekvensen av trespass-begreppets begränsning till direkt effekt uppgives i fråga om »cattle trespass». Detta kan förefalla så mycket egendomligare, som hela metoden eljest synes vara att kringgå realiteterna genom att utöva hårklyverier under de uppställda begreppen. Låt oss taga ett typiskt exempel. En person har sin häst på ett inhägnat område. Det angränsande området tillhör annan, som där har sin häst betande. Den förra hästen sträcker sitt huvud genom hägnaden, alltså över gränsen, och biter den andra hästen. Man undersöker nu icke, vilka förnuftiga grunder, som kunna tala till förmån för eller mot uppehållandet av en regel, enligt vilken ägaren till den bitande hästen bleve ansvarig, utan man konstaterar helt enkelt, att här föreligger »cattle trespass», varmed hans strikta ansvarighet skall vara

[7] Varför ansvaret icke är strikt i alla stater skall nedan beröras.

[8] Salmond, s. 194: »It is true that under the old practice the wrong of allowing cattle to stray into another's land was dealt with by writ of trespass, but this must be regarded as an anomaly ... To *drive* cattle upon another's land is a true trespass; to *allow* them by default of fencing or watching to escape into another's land is not in truth a trespass, but a nuisance, and in strictness the remedy ought to have been in *case*. It is impossible logically to class the escape of cattle as a trespass, and the escape of water as a nuisance. There seems no sufficient reason to suppose that the straying of cattle is actionable *per se* any more than any other kind of nuisance is.»

given. Se fallet Ellis v. Loftus Iron Co.[9] Detta fall föranleder Pollock att framhäva, att regeln om »cattle trespass» är så »strict», att trespass är konstituerad, om också blott någon del av djuret befinner sig på andra sidan om gränsen till grannens mark.[1] Detta är ju att tänka med clichéer i stället för att söka sig fram till realiteterna.

Men här, vid »cattle trespass», skulle man ju i praxis, efter vad jag nyss antydde, ha uppgivit konsekvenserna av det begrepp, man uppställt, alldenstund man i fråga om »cattle» låter icke blott direkt effekt av persons handling utan även »consequential» sådan komma under begreppet »trespass»! Detta tycks ju tyda på, att man icke känner sig så bunden av begreppen. Indiciet är dock endast skenbart. Ty domstolarnas hållning här har sin förklaring just i begreppskolastiska synpunkter; det gäller att anskaffa skenet av, att det »juridiskt» är fråga icke om »consequential» utan direkt effekt, ty man vill här hävda strikt ansvarighet liksom för verklig »trespass». Synpunkterna i fråga framträdde, såvitt man vet, första gången i en gammal dom från Henrik VII:s tid, där följande yttrades:

»Where my beasts of their own wrong without my will and knowledge break another's close, I shall be punished, for I am the trespasser with my beasts; which was also agreed to by law; for I am held by the law to keep my beasts without their doing wrong to anyone.»[2]

[9] L. R. 1874, 10 C. P. 10. — Ref. även hos Kenny, Cases, s. 43 f.

[1] Pollock, s. 514. Hans ord stå i bästa överensstämmelse med domsuttalandena av chief justice (lord Coleridge), som bl. a. sade: »... if the defendant place a part of his foot on the plaintiff's land unlawfully, it is in law as much a trespass as if he had walked half a mile on it ... In this case it is found that there was an iron fence on the plaintiff's land, and that the horse of the defendants did damage to that of the plaintiff through the fence. It seems to me sufficiently clear that some portion of the defendants' horse's body must have been over the boundary. That may be a very small trespass, but it is a trespass in law.» Se L. R. 10 C. P. s. 12.

[2] Citatet är från Harper, Treatise, s. 351, som i en not belägger det sålunda: »Anonymous, 12 Henr. VII, Keilwey, 3b, Bohlen, Cases on Torts (3d ed.), 604.» — Att »cattle trespass» betraktades såsom kreatursägarens egen »trespass», även när kreaturen »självmant» tagit sig in på grannens marker, har man ytterligare ett tidigt bevis för genom anteckningar i Year Books för år 1498, tydligen året efter det av Harper avsedda fallet. Det heter nämligen, Y. B. 13 H. VII, 15 pl. 10: »It was held in Common Bench, if my servant, against my desire, chases my beasts into the land of a stranger, I shall not be punished for this, but my servant; otherwise if my beasts escape against my desire, for I shall there be punished. *Quaere*, if I keep a dog, and my servant against my desire incites and causes the dog to bite and kill the beasts of a stranger, whether I shall be punished for this.» (Citatet från Wigmore, Tortious responsibility, s. 522. Ifrågavarande vol. av Year Books finns icke i Sverige. Ang. Year Books se nedan, s. 391 n. 1.) Hur kan det nu ifrågasättas, att hundägaren vore ansvarig för tjänarens »hissande» av hunden på annans djur, när man icke var ansvarig för att tjänaren jagade ens kreatur in på annans marker? Om jag skulle våga mig på en förklaring, så synes mig tanken den, att i kreatursfallet ses saken såsom »trespass», men i hund-

Man lägge märke till, att djurägaren här sålunda anses själv, genom sina djur, vara den verklige »trespasser», d. v. s. djurens »trespass» betraktas såsom djurägarens. Därmed är alltså effekten en direkt och icke »consequential» följd av handlingen! Det intressanta är nu, att tanken i detta gamla uttalande synes gå igen i det sätt, varpå en annan domare, Brett, i det förut berörda fallet Ellis v. Loftus Iron Co. formulerade rättsprincipen. Brett hade visserligen varit i tvivelsmål därom, huruvida trespass kunde anses vara konstituerad, fastän någon som helst försumlighet icke fanns å svarandens sida. »Having looked into the authorities», fortsatte han emellertid,

»it appears to me that the result of them is that in the case of animals trespassing on land, the mere act of the animal belonging to a man, which he could not foresee, or which he took all reasonable means of preventing, may be a trespass, inasmuch as the same act if done by himself would have been a trespass».[3]

Dylika uttalanden kunna naturligtvis icke vara uttryck för en vetenskaplig syn på skadeståndsfrågan i hithörande situationer. Det respektfulla allvar, med vilket de — ur synpunkten av sakliga inlägg — behandlas av den anglo-amerikanska doktrinen i vår tid, förefaller oss egendomligt, för att icke säga oförklarligt. Men det finns självfallet en förklaring, dock alltför vidlyftig för att jag här skulle kunna inlåta mig på försöket att giva den. — Ett något mindre orimligt uttryck har regeln om strikt ansvar för »cattle trespass» fått i ett mycket känt fall, Cox v. Burbidge (1863), där man uttalade sig sålunda:

»If I am the owner of an animal in which by law the rigt of property can exist I am bound to take care that it does not stray into the land of my neighbour, and I am liable for any trespass. Whether or not the escape of the animal is due to my negligence is altogether immaterial.»[4]

Här framträder dock genom konstruktionerna, att skadeståndet hade betydelsen att påverka handlingssätten, så att djuren icke komma in på

fallet såsom »case». I förra fallet kunde ägaren aldrig vara ansvarig, ty det var icke hans utan tjänarens »trespass». Men i senare fallet är man obunden av den vanliga »trespass»-betingelsen — »direct injury» — och har därför frihet fråga, huruvida icke husbonden, såsom t. ex. i fråga om eld, svarade för »the deed of his servant»; varom nedan s. 437 ff. — I förevarande sammanhang är det emellertid blott första punkten, som har intresse. Den tycks just visa oss, att kreaturens inträngande »sua sponte» på annans marker betraktas som kreatursägarens egen »trespass», varvid förutsättningen direkt rättskränkning uppehålles genom föreställningen: »I am the trespasser with my beasts.»

[3] L. R. 1874, 10 C. P. s. 13.

[4] 13 Common Bench, New Series, s. 430. Citatet från Harper, a. a., § 166. Det saknas hos Kenny, Cases, som dock refererar fallet.

annans mark. Men att domaren icke avsett att framhäva detta är tydligt bl. a. av sättet för formuleringen av sista punkten. Om regeln i fråga skall ha funktionen att förebygga »negligence», kan det ju icke vara lämpligt att endast framhäva, att frågan om »negligence» eller icke vore betydelselös. Om det icke skett förr, så har i allt fall nu berörda »leading case» omintetgjort möjligheten för de engelska domstolarna att beakta den mera förnuftiga tanke, som Blackstone hundra år förut synes ha antytt, nämligen att ansvaret — låt vara strikt — dock vore att hänföra på kreatursägarens försumlighet i fråga om vårdnaden av djuren.[5] Hur föga förståelse man har för den närmare utvecklingen av en sådan tanke framgår t. ex. av Harper, som till Blackstones förmodade ståndpunkt endast anmärker, att den är »clearly erroneus. The liability is strictly independent of fault or negligence of any kind.»[6]

Den för »cattle trespass» ansvarige behöver ingalunda vara djurens ägare. Ansvarigheten är snarare byggd på besittningen än på äganderätten. Den omständigheten, att djuren kommit in från min mark, gör mig därför icke ansvarig, om annan än jag där haft besittningen till dem, icke ens om jag medgivit honom att där ha djuren.[7] — Ersättbar är nu visserligen icke blott den skada, som djuren gjort på kärandens fastighet, utan också den skada som tillfogats person eller lösören. Men en nödvändig förutsättning för att överhuvud »cattle trespass» skall anses föreligga är dock, att kreaturen på något sätt trängt in över gränsen till annans mark, m. a. o. att en »trespass to land» ägt rum.[8]

Vad begreppet »cattle» angår skulle det här enligt en »leading case» innefatta varje djur, »in which by law the right of property can exist»[9], men, säger Harper, det är klart, att det måste begränsas till mycket få typer av hem- eller husdjur (»domestic animals»), varvid han, åberopande sig på prejudikat, nämner hästar, nötkreatur, svin och får, ävensom »domestic fowls», samt utesluter hundar och kattor[1].

---

[5] Se Blackstone-Kerr III, s. 219 f. [s. 211 f.]. Blackstone uttrycker sig emellertid här mycket ologiskt.

[6] Harper, Treatise, s. 351.

[7] Harpers Report, som därvid åberopar »cases», dock blott från amerikanska judikaturen.

[8] Detta har väl alltid antagits men ligger exempelvis inneslutet i lord justice Warringtons uttalande i Court of Appeal i Manton v. Brocklebank: »I am satisfied that by the English law the mere possession of an animal of the class usually described as mansuetae naturae does not render the owner liable for injuries done by it to the person or to the goods.» L. R. 1923, 2 K. B. s. 226. Angående fallet se vidare noten å s. 326.

[9] Den förut berörda domen i Cox v. Burbidge (1863).

[1] Harpers Report. Se även hans Treatise, § 168, samt Pollock, s. 516. Beträffande hundar och kattor avgjordes denna fråga genom Buckle v. Holmes, L. R. 1926, 2 K. B. 125. Käranden, som bodde på samma gata som svaranden, hade fått 13 duvor och 2

Ansvar för »cattle trespass» ifrågakommer icke, om kreaturen drivas fram på allmän landsväg och de därvid komma in på annans angränsande område.[2] Märkas må även, att ansvaret begränsas till »natural and probable consequenses» och omfattar sålunda icke »an unexpected event, such as a horse not previously known to be vicious kicking a human being, or a fowl being frightened by a strange dog and flying into the spokes of a bicycle».[3]

»bantams» dödade genom svarandens katt. County court och King's Bench Division ogillade kärandens talan. På grund av vikten för allmänheten av ett principiellt avgörande fick saken gå upp till Court of Appeal, som likaledes ogillade kärandens talan. Lord justice Bankes utlade här »common law», angående ansvar för skada genom djur, dels med hänsyn till och dels oberoende av djuret såsom »trespassing». I förra fallet, som nu är av intresse, sade han följande. Visserligen är det i allmänhet så, att djurägaren blir ansvarig om djuret begår »trespass». Men undantag finnas från denna regel, och bland dessa är hunden ett. Bankes anslöt sig på denna punkt till vad domaren Willes uttalat i det nyss berörda fallet Cox v. Burbidge: »I can quite understand a distinction being drawn between animals which from their natural tendency to stray, and thereby to do real damage, require to be and usually are restrained, and a dog, which is not usually kept confined: and there may be good reason besides 'de minimis non curat lex' why an action should not lie against a man whose dog without the will of its master enters another's land, though it is different in the case of a horse or an ox.» Bankes fortsatte därefter omedelbart med egna ord sålunda: »To expand that, we can easily see why the law should hold the owner of a horse or an ox responsible for trespass; any trespass by those animals must cause some damage, even when the animal is merely wandering about and eating what attracts it. Trespass by a dog is very different; a dog following its natural propensity to stray is not likely to do substantial damage in ordinary circumstances, although it might do so by rushing about in a carefully tended garden; but those who administered the law in the course of its development had regard not to exceptional instances but to the ordinary experience of a dog's habits, and they also took into account that the dog, a useful domestic animal, must be used if at all according to its nature; that it cannot ordinarily be kept shut up, and that the general interest of the country demands that dogs should be kept and that a reasonable amount of liberty should be allowed them. Therefore dogs are placed by the common law in a class of animals which do not by their trespasses render their owners liable. I can see no possible distinction between a dog and a cat. Attention was called to the natural propensity of a cat to pursue pigeons. That point might be material if the question was whether a cat was to be placed in the class of dangerous animals; but it was most properly admitted by Mr. Joy (appellantens advokat) that the test to be applied in solving that question is danger to mankind. Upon the question whether the owner of a cat is responsible for its trespass, the natural propensity of cats to pursue and devour birds has, in my opinion, no bearing. A dog is not excluded from the excepted class by the fact that some young dogs will chase sheep, and it is impossible to hold the owner of a cat responsible for its trespass which results in damage to his neighbour's pigeons or poultry. The appeal must be dismissed.» (A. st. s. 128 f.)

[2] Harper, Treatise, § 168; jfr Pollock, s. 514. Båda åberopa »cases». Se även Gaylor and Pope v. Davies (1924), berört ovan i noten å s. 271. Naturligtvis blir ägaren (eller besittaren) ansvarig för »fault», liksom han också kan bli strikt ansvarig för kreatursskötarens »fault» enligt »respondeat superior».

[3] Pollock, s. 514. I det senare exemplet är det, som framgår av vad som förut sagts, »fowl» och icke »dog», som är »the trespasser».

Av största intresse, synes det mig, är den behandling, som detta på common law grundade ansvar för »cattle trespass» fått i U. S. A. Här har det levande livets intressen gjort sig gällande på så sätt, att denna ansvarsregel helt enkelt icke godtagits som lag (resp. genom särskilda lagar begränsats) i vissa stater, framför allt de västliga. Anledningen är den, att regelns tillämpning alltför starkt kolliderade med ett samhällsekonomiskt intresse: boskapsskötselns bästa möjliga befrämjande. Ansvaret för »cattle trespass» gäller sålunda icke i Iowa, Nebraska, Colorado, Kalifornien, Arkansas, Montana, Texas, Wyoming, Georgien, Mississippi och Missouri.[4]

Ansvar för skada genom djur annorlunda än genom »cattle trespass».

I det nyss berörda fallet Buckle v. Holmes framlades, såsom jag antydde, common law-reglerna även för det fall, att trespass-rätten icke vore tillämplig. Djurägarens ansvarighet förutsatte då, att fråga vore om ett farligt djur.[5] Det är med hänsyn till denna farlighet, som lagen anses på djurets ägare »impose a duty to take measures to prevent it from doing damage». För att veta om »lagen pålägger en dylik plikt» måste man skilja mellan två djurkategorier. Den första kategorien, säger nu, i Court of Appeal, den förut berörde domaren Bankes,

»includes animals ferae naturae, for example a tiger or a gorilla, which are obviously of a dangerous nature, although individuals may be more or less tamed. A person who keeps an animal of this class keeps it at his peril. If he loses control of it and it does damage he is responsible. The second class includes dogs, cows, and horses, which are not naturally dangerous to mankind. Of

[4] Enligt Harpers Report. I sitt stora arbete, Treatise, § 167, berör Harper denna sak och säger därvid bl. a.: »In the western states particularly, where cattle is raised on a large scale, it is regarded as more consistent with common sense and the welfare of the general community that they be permitted to graze and room over large areas of land without involving their owner in the endless and continuous actions for trespass that must necessarily attend the English rule. Here, as in the application in America of the rule in Fletcher v. Rylands, it has been felt that the interest in using land for commercial and industrial purposes, that is, in the cattle raising industry, should be protected at the expence of the interest in the quiet enjoyment of land and the interest in the exclusiv possession thereof.» Harper anför därefter ett uttalande från en »case» i Nebraska, vilket är mycket intressant men väl utförligt för att här citeras.

[5] Man bör lägga märke till domaren Bankes' uttalande i fallet i fråga av innebörd att »farlighet» betydde »danger to mankind», ovan noten å s. 320 f. Emellertid är detta ett tänjbart begrepp. Åtminstone har jag icke i litteraturen sett den hithörande farligheten begränsad till människofarlighet i strängt begränsad mening. Jfr nedan s. 325 f., särskilt fallet Read v. Edwards.

this class individuals may develop dangerous propensities, but unless and until they do so they are not treated as belonging to the class of animals which the owner keeps at his peril; and, leaving trespass aside for the present, the owner is not responsible for damage which these animals may do when not trespassing. An individual of this class, however, may cease to be one for whose damage its owner is not responsible, if it has given him indications of a vicious or dangerous disposition. When the animal has been found by its owner to possess such a nature it passes into the class of animals which the owner keeps at his peril.»[6]

Några decennier tidigare hade lord Esher i Filburn v. People's Palace Co.[7] uttryckt saken sålunda:

»The law of England recognizes two distinct classes of animals; and as to one of those classes it cannot be doubted that a person who keeps an animal belonging to that class must prevent it from doing injury, and it is immaterial whether he knows it to be dangerous or not. As to another class, the law assumes that animals belonging to it are not of a dangerous nature, and anyone who keeps an animal of this kind is not liable for the damage it may do unless he knew that it was dangerous.»

Anförande detta citat, uttalar Harper, Report, att däri givna distinktion utgör grunden efter »common law» för ansvarigheten för annan skada genom djur, än den som uppstått genom »trespass to land». Den sålunda till uttryck komna regeln innefattar givetvis strikt ansvar, dels om djuret tillhör den farliga kategorien, dels också — under särskilda förutsättningar — om djuret tillhör den ofarliga kategorien. Regeln anses ha sin grund i en dom 1846 (av the Court of Queens Bench) i fallet May v. Burdett, som kort därefter följdes av andra, avseende samma slags rättsfråga. Intet av dessa fall har jag studerat i ursprungligt referat.[8] Redogörelsen för May v. Burdett hos Salmond låter dock icke detta fall framstå såsom uttryck för ovillkorligt ansvar för skada genom djur tillhörigt den farliga kategorien.[9] Käranden hade blivit biten av

---

[6] L. R. 1926, 2 K. B. s. 128.

[7] L. R. 25. 1890, Q. B. D. 258. — Käranden hade i detta fall blivit skadad genom attack av en elefant, som ägdes av svarandebolaget och av detta förevisades för allmänheten. Underinstansen ålade bolaget ersättningsskyldighet, fastän juryn nekande besvarat frågorna om elefanten vore ett människofarligt djur och om svaranden haft vetskap om den ifrågavarande elefantens farlighet. Talan mot domen ogillades av Court of Appeal, men på den grund att en elefant icke kunde räknas till »the class of animals known to be harmless by nature» och följaktligen vore hänförlig till det slag av djur, som en människa »keeps at his peril». — Detta fall förlägges till »western countries» av Harper, som hänvisar till ett fall från Upper Burma rulings, 1900, och uttalar att elefanterna i Burma äro »domesticated». Se nästföljande n. 1.

[8] Fallet May v. Burdett finns emellertid anfört hos Kenny, Cases, s. 593 f.

[9] Redogörelsens riktighet bekräftas dock av framställningen hos Kenny.

en apa, »kept by the defendant upon his premises». Ordföranden i domstolen uttalade nu, att var och en, som håller ett djur, vant att anfalla och bita människor, *och* som hade vetskap om denna vana hos djuret, vore »prima facie» ansvarig för skadan och det utan allt bevis om »negligence or default in the securing or taking care of it». Grunden för ansvarigheten utgjordes nämligen just av »the keeping of the animal after knowledge of its mischievous propensities». Här betonas sålunda upprepade gånger, att ansvarigheten hade en särskild betingelse, nämligen vetskapen om djurets människofarlighet. Men såsom common law-principen formulerades t. ex. i 1926 års fall, Buckle v. Holmes (ovan s. 322 f.), skulle denna betingelse för ansvarigheten icke fordras i ett sådant fall som May v. Burdett. Ty en »monkey» måste ju såsom »animal ferae naturae» tillhöra den farliga kategorien, oavsett om den i det särskilda fallet vore att anse som tam eller icke. Och i fråga om till sin natur »dangerous animals» vore ju ansvarigheten icke betingad av djurägarens vetskap om farligheten.[1]

Emellertid anses nu som sagt »common law» innefatta, att ansvaret blott i fråga om »domestic animals», d. v. s. den till sin natur ofarliga kategorien — animals mansuetae naturae — betingas av vetskap[2] om djurets farlighet. Naturligtvis ställer det sig nu mycket ofta så, att »fault-liability» anses vara förhanden: möjligen kan vetskapsbristen själv med hänsyn till omständigheterna betraktas som »negligence», och givetvis anses sådan föreligga, om personen trots vetskap om djurets farlighet

---

[1] Harper, Treatise, § 172, belägger med »cases» (både engelska och amerikanska) följande klassificering: »Among animals which have been held to be wild or dangerous by nature so that the common knowledge (alltså icke ägarens in concreto vetskap) of their dangerous qualities makes their owner or keeper strictly liable are 'lions, tigers, and bears', monkeys (här åberopar Harper just May v. Burdett), zebras, wolves, elephants in western countries (här hänvisar Harper till Filburn v. People's Palace Co.), leopards and deer. An elephant, however, has been held not a wild animal in Burma, where for centuries such creatures have been used by man as beasts of burden and may be said to be domesticated. Cattle, horses and dogs are domestic animals, not dangerous by nature. In the same class are cats and bees, so that special knowledge, or scienter must be shown to hold a careful owner liable.» Härefter följa så vissa modifikationer »in the case of bees».

[2] Harper tillägger i sin Report, anförande en mängd amerikanska prejudikat, »grundad anledning till vetskap», under det att t. ex. engelsmannen Salmond, s. 437, säger, att »affirmative proof is required that the defendant actually knew of the mischievous tendency of the animal». Nu förhåller det sig emellertid så, att man vid bevisningen om svarandens vetskap — »the proof of scienter», varom nedan — icke behöver visa, att djuret faktiskt gjort någon skada. Det är tillräckligt, att svaranden överbevisas om vetskap om något faktum, varifrån måste slutas till djurets farlighet. Se Salmond, s. 439, och Harper, Treatise, s. 361. Det är kanske detta, som åsyftas i Harpers nyssberörda formulering i rapporten.

icke har vidtagit den eller den åtgärden till förebyggande av sådan skada, som inträffat. Men situationen kan också mycket väl vara den, att ansvaret måste betraktas såsom »strict liability».[3]

Vetskap om ett hem- eller husdjurs farlighet — på anglo-amerikanska juristspråket kallad *scienter*[4] — föreligger naturligtvis icke blott därför, att man vet att djuret enligt sin natur har vissa egenskaper, som kunna vara skadebringande. »No one», säger Winfield, »will ever succeed in a *scienter* action because cocks crow, pigs smell, dogs chase cats or cats stalk birds, for such behaviour is exactly in accordance with the nature of these animals.»[5] Uttalandet kan dock icke pressas hårt, som man förstår av de »cases», vilka Winfield själv för fram i sammanhanget. I Read v. Edwards (1864)[6] hade en hund jagat och dödat några unga fasaner. Domstolen kände förvisso till, att hundar bruka jaga fåglar och att de därvid handla enligt sin natur, säger Winfield, men i detta fall hade det visats, att hunden i sådant avseende hade en »peculiarly michievous disposition».[7] Men detta skulle ju också — åtminstone i fråga om vissa hundar — kunna uttryckas så, att hunden varit »peculiarly» trogen mot sin natur! Liknande synes också kunna sägas i fråga om de av Winfield anförda fallen angående djurägarens ansvarighet, när en tjur, resp. en bagge har stångat människor. I tjurfallet, Hudson v. Roberts (1851)[8], hade den stångade burit en röd näsduk, och det utreddes, att tjuren brukade bli rasande, när han såg rött. Men sådan är ju tjurnaturen enligt sekelgammal erfarenhet! I baggfallet, Jackson v. Smithson (1846)[9] betraktade domaren »the ram as breaking through

---

[3] Detta är sedan länge den allmänna åsikten. Så heter det exempelvis i Card v. Case (1848): »The wrongful act was not the negligent mode of keeping the dog, but the keeping it at all, knowing its ferocious disposition.» (5 Common Bench Reports, s. 633; här cit. efter Salmond, s. 436.) Amerikanaren Cooley har dock annan ståndpunkt i sitt arbete om »Torts», 2 ed., § 256. Han menar, att ansvaret beträffande såväl vilda som tama djur har sin grund däri, att faran från dem i viss mening principiellt vore »foreseeable». Se Harper, Treatise, § 171. Cooleys arbete har jag icke haft tillgång till.

[4] Termen har uppkommit därigenom, att kärandens bevisning om svarandens vetskap om djurets farlighet tekniskt kallades »proof of the scienter», i sin tur beroende på att ordet »scienter» användes i det gamla stämningsformuläret angående »liability for animals». Detta formulär tycks ha innehållit »scienter», vare sig fråga var om »animals» *ferae* eller *mansuetae naturae*, en distinktion, som icke från början kan ha funnits utbildad i judikaturen. Man bör betänka att, efter vad Winfield säger, Text-Book, s. 568, den »writ», varigenom en »scienter action» inleddes, har spårats såsom en »action upon the case» så långt tillbaka som 1387.

[5] Winfield, Text-Book, s. 570.

[6] 17 Common Bench Reports, New Series, 245.

[7] Winfield, Text-Book, s. 571.

[8] 6 Exchequer Reports (Welsby, Hurlstone, Gordon) 697.

[9] 15 Meeson & Welsby, Exchequer Reports, 563.

the tameness of its nature». Även om all anledning saknas att kritisera själva domsluten i dessa fall, så är det dock tydligt, att de icke utgöra någon tillämpning av de uppställda maximerna, enligt vilka bifall till en »scienter action» uppenbarligen måste förutsätta bevis om svarandens vetskap om djurets farlighet *utöver* vad som sammanhänger med dess natur såsom varande ett djur av det föreliggande slaget. Denna distinktion mellan »animal ferae naturae» och »animal mausuetae naturae» är ofta blott en cliché, som i kritiska situationer blir oanvändbar.[1]

---

[1] Hur förvirrad frågeställningen här är framträder i det redan berörda fallet av relativt sent datum, nämligen Manton v. Brocklebank, L. R. 1923, 2 K. B. 212. En käranden tillhörig häst fick enligt avtal med tredjeman beta på dennes äng. Liknande avtal ingicks därefter mellan samme tredjeman och svaranden angående ett den senare tillhörigt sto. Detta infördes på ängen av svaranden, som icke underrättade käranden om saken. Kärandens häst hade emellertid förut betat på samma äng tillsammans med andras hästar utan att komma till skada. Stoet hade också förr gått på bete bland hästar, tillhöriga andra än stoets ägare. Detta var 14 år gammalt och hade just köpts av svaranden på prov, varvid det garanterats vara »quiet». Redan under första dygnet sparkade emellertid stoet hästen så illa, att denne måste skjutas. Svaranden dömdes till skadestånd av county court. Svaranden överklagade domen, som dock fastställdes av K. B. D. Slutligen blev den likväl upphävd i Court of Appeal. Domaren i county court hade i sin motivering sagt bl. a. följande: »I hold as a matter of law that when a horse is turned out to grass loose and uncontrolled amongst other strange horses and does injury to one of them, it is not necessary for the owner of the injured animal, in order to recover damages, to prove scienter, it being natural to all horses in such circumstances to kick and bite each other in play as well as in quarrel.» Domaren medgav dock att, om det vore nödvändigt för bifall till kärandens talan att »prove scienter», så hade dylik bevisning icke skett. L. R. 1923, 2 K. B., s. 217. [Han ifrågasatte vidare att grunda ansvaret på »negligence», bestående i underlåtelsen att underrätta käranden om stoets insläppande på ängen. Denna ansvarsgrund synes ha godtagits av en av domarna i K. B. D. (för övrigt den för sin kvickhet kände Mr Justice Darling). Detta förefaller egendomligt. Om »negligence» förelåg genom »non-giving of notice» till käranden, så vore väl detta under de givna omständigheterna tredjemans och icke svarandens »negligence». Här torde vi finna ett uttryck för olikhet i engelskrättsligt och kontinentalrättsligt åskådningssätt: ansvar för »negligence» förutsätter att man kan direkt påvisa en å svaranden vilande »legal duty» gentemot käranden »to take care». Då svaranden nu var ägare till det sparkande stoet, så har man ju här något specifikt till förmedling av uppkomsten av denna »legal duty» just för svaranden.] När man icke fann bevisning om »scienter» nödvändig, så torde detta bero på, att man — såsom lord Sterndale (Master of Rolls) i Court of Appeal uttryckte det — »acted upon common knowledge of which the Court must take notice». Han fann emellertid att »no more is established than that this biting and kicking is a thing that may or may not occur and is not contrary to horse nature». Frågan vore, sade han, om detta vore tillräckligt för att ställa ägaren av ett 14 års gammalt sto — garanterat »quiet» och känt för att förut ha gått på bete tillsammans med främmande hästar — i samma position som ägaren av en tiger, i den mening att ägaren vore ansvarig »in any case for its actions though there be on his part no negligence and no knowledge of any tendency of the kind in that particular animal». En dylik åsikt syntes honom »in effect to nullify most of the doctrine distinguishing animals mansuetae naturae from those ferae naturae». Han kunde icke finna någon grund till att hänföra detta sto »within the class of

Det är efter common law, som »scienter» utgör betingelse för ansvaret för »domestic animals». Både i England och Amerika har man emellertid genom speciallagar »eliminated the necessity for *scienter*». I England har en viktig avvikelse från »common law»-regeln skett genom »the Dogs Act», 1906. Enligt denna lag är hundägaren strikt ansvarig »for injury done to any cattle by that dog».[2] Har däremot en människa bitits av hunden, så gäller common law, d. v. s. hundägaren svarar blott antingen för »negligence» eller efter »proof of scienter».[3]

Ehuru man i allmänhet talar om ägarens ansvarighet, så är ansvaret liksom vid »cattle trespass» även här — och för övrigt i allmänhet vid »liability for dangerous property» — betingat av att man i viss mening har djuret i sin besittning. Innehar annan detsamma på grund av t. ex. lega eller lån, då är det denne och icke ägaren, å vilken denna »liability for animals» vilar.[4] En sak för sig är, att ägaren i dessa fall naturligtvis kan bli ansvarig efter culpa-regeln.

---

dangerous animals which the owner must keep at his peril». (A. st. s. 221 f.) Detta skulle uppenbarligen ha blivit konsekvensen, om man här avstode från »proof of scienter». Man kan nu emellertid fråga sig, om icke denna lord Sterndales ståndpunkt — som för övrigt synes ha delats av hans två kolleger i domstolen — måste leda till ansvarsfrihet även i sådana fall som de tre strax här förut berörda. Själv nämner Sterndale i sin »cases»-behandling blott Hudson v. Roberts och utan att någon klarhet i punkten gives. Men man kan ju säga, att han genom de nyss citerade orden »no knowledge of any tendency of the kind in that particular animal» försökt draga en gräns till förebyggande av konflikt mellan sin egen dom och domsluten i de ifrågavarande fallen. Se även lord justice Atkins anmärkning, a. st. 231, angående Read v. Edwards.

[2] 6 Edw. VII, c. 32 s. 1. I sect. 7 av denna lag heter det att »'cattle' includes horses, mules, asses, sheep, goats, and swine». Detta kan man väl icke, såsom Winfield gör, Text-Book, s. 576, uttrycka så, att »cattle» definieras såsom »horses etc.». Det skulle ju betyda, att skada genom hund å nötkreatur fölle utanför hundägarens ifrågavarande ansvarighet. Jag utläser bestämmelsen så, att »cattle», egentligen innefattande sådant som ko, kalv, oxe och tjur, i denna lag jämväl innefattar hästar etc. — I Amerika är det enligt Harper, Treatise, s. 359, i fråga om hundar blott i några stater, som »the necessity of scienter has been abolished by statute».

[3] Till vad som nyss sagts om denna bevisning bör tilläggas, att djurägaren blir ansvarig även utan varje egen kunskap om djurets farlighet, om blott sådan kunskap kan påvisas hos »any servant», som har vård om djuret eller »whose duty it is to attend to the matter»; Salmond, s. 439 f. Hos Smith, Master and servant, s. 223 f., finner man en koncentrerad resumé över hithörande »cases». Har tjänaren betrotts med »the care and control of the dog» eller med »control of the premises where the dog is», så utgör hans kunskap om hundens argsinthet bevis emot svaranden. Däremot icke om tjänaren blott vore »a carter or a porter employed there». Sådan kunskap hos svarandens hustru, »who attended to the defendant's business at the premises where the dog was kept», utgjorde emellertid bevis emot svaranden. Likaså »knowledge on the part of the barman at the defendant's public-house».

[4] Det vanliga uttrycket i både engelsk och amerikansk jurisprudens är här, att »he who *keeps* an animal is responsible for its acts». Jfr Tysklands B. G. B. § 833, Österr. A. B. G. B. § 1320 och Schw. O. R. Art. 56: ansvaret vilar å den »welcher das Tier hält».

I den nyss berörda »Dogs Act» är det hundägarens strikta ansvarighet som direkt föreskrives. Men det heter strax därefter:

»Where any such injury has been done by a dog, the occupier of any house or premises where the dog was kept or permitted to live or remain at the time of the injury shall be presumed to be the owner of the dog, and shall be liable for the injury unless he proves that he was not the owner of the dog at that time» (6 Edw. VII, c. 32 s. 1 (2)).

Detta stadgande lämnar rum för åtskilliga tvivelsmål, framför allt detta: om innehavaren av huset eller lägenheten ostridigt är »the keeper of the dog» men en annan är hundens ägare, skall denne då vara ansvarig? Så möjligen enligt bokstavstolkning. Men det förefaller naturligast, i analogi med att djurägaren i allmänhet blott i egenskap av »the keeper» är ansvarig, att »owner» i lagen i fråga tolkas såsom »keeper». Emellertid tycks frågan icke vara bedömd i någon »case» och svaret därför tvivelaktigt.[5]

En fråga, som icke heller tycks vara avgjord genom prejudikat, är den, hur länge djurägaren (d. v. s. the keeper) löper risken att bli ansvarig, om han har förlorat besittningen till djuret. Enligt t. ex. Salmond bör man skilja mellan sådana djur, som pläga vara »in a state of natural liberty» i den trakt där skadan anställdes, och djur, vilka där icke pläga vara i sådan »state». I fråga om förra kategorien finner Salmond det antagligt, att ansvarigheten upphör, »as soon as the animal has recovered, *sine animo revertendi*, that condition of natural liberty from which it was taken». Släpper man sålunda ut en råtta ur fällan, torde man icke vara ansvarig »for its future actions». Beträffande rävar åberopas ett gammalt fall av 1676 där det heter:

»If one hath kept a tame fox which gets loose and grows wild, he that hath kept him shall not answer for the damage the fox doth after he hath lost him and he hath resumed his wild nature.»

I fråga om den andra djurkategorien, säger Salmond, förblir sannolikt den, som en gång har innehaft djuret, ansvarig »at all times for its acts of mischief». Som exempel tages att en tiger rymt från ett menageri. Tigerns »former possessor will answer for all the harm that it does until it is recaptured».[6] Förmodligen bör det motsvarande gälla i fråga om en hund som springer bort: så länge han är herrelös, svarar den som sist varit hans »keeper», vare sig det nu är ansvar efter »proof of scienter» eller enligt »Dogs Act».

[5] Jfr Salmond, s. 447.
[6] Salmond, s. 447.

Conversion.

Begreppet »conversion» avser lös egendom. Såvitt jag förstått saken, har det sin benämning därav, att man »konverterat» annans egendom till sin. Även om »konverteringen» skett i god tro, blir man likväl ansvarig. Man köper t. ex. stulet gods. Själva mottagandet i god tro därav är nu icke »conversion». Men om man vidare säljer det, brukar det såsom sitt eller i allt fall vägrar utlämna godset till ägaren, begår man »conversion» genom »wrongful disposition», resp. »wrongful detention», vare sig man är i god tro eller icke.[7] Även om man på annat

[7] Jfr Salmond, s. 355, och Burdick, Torts, s. 12 och 420, samt Williams, Personal property, s. 667. — Till förståelse av det givna exemplet måste erinras om, att vårt godtrosförvärv (enligt tolkning av 11:4 och 12:4 H. B.) icke har någon principiell motsvarighet i anglo-amerikansk rätt. Ehuru den ligger utanför vårt ämne, vill jag dock till den studerandes upplysning med några ord beröra saken. Det har fastställts i en dom före mitten av 1800-talet, White v. Spettigue (13. Meeson & Welsby, Exchequer Reports, 603, cit. av Williams, a. a., s. 667 not g.), »that there is no rule of law to prevent the owner of stolen goods from suing an innocent purchaser for their recovery before conviction of the thief». Att ägaren kunde föra vindikationstalan »after conviction» var tydligen något självfallet. Redan efter common law fanns emellertid en viktig begränsning i denna ägarens rättsställning: hade det stulna eller eljest honom ofrivilligt frånhända godset sålts i öppna marknaden, förvärvade köparen i god tro »a valid title». (Se Williams, a. a., s. 16.) Saken har därefter reglerats genom Sale of Goods Act 1893 (56 & 57 Vict., c. 71), som i första stycket av sect. 22 stadgar följande: »Where goods are sold in market overt according to the usage of the market, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of any defect or want of title on the part of the seller.» Emellertid gjorde redan »common law» från detta godtrosförvärv undantag för det fall, att godset hade stulits och tjuven kunde sakfällas. Det heter härom i Sale of Goods Act, sect. 24 (1): »Where goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods so stolen revests in the person who was the owner of the goods, or his personal representative, notwithstanding any intermediate dealing with them, whether by sale in market overt or otherwise.» Man bör här lägga märke till orden »re-vests» och »was». Äganderätten *återgår* till den som *var* ägare. Under mellantiden — innan tjuven blev fälld — kan godtrosförvärvet nämligen göras. Och hinner förvärvaren då vidare sälja godset, föreligger icke »conversion» och han blir icke ansvarig. Ty »when he resold, he was their lawful owner» (ur Horwood v. Smith, omkr. 1790, 2 Term Reports, Kings Bench, by Durnford and East, citerat efter Williams, a. a., s. 670 not y.). Nu berörda bestämmelser i Sale of Goods Act ha emellertid icke avseende å hästköp, sect. 22 (2). Köparen får här icke bättre rätt än säljaren, såvida icke annat framgår av vissa föreskrifter, Williams, a. a., s. 670. — Beträffande »market overt» heter det hos Williams: »Every shop in the city of London, where goods are openly sold, is considered as a market overt for such things as by the trade of the owner are put there for sale. But the shops at the west end of the town do not appear to possess this privilege.» Liknande uttalar sig Halsbury XX, n. 121: »By the custom of the City of London (of which judicial notice is now taken), that part of every shop within the City to which the public are admitted without special invitation is market overt, between sunrise and sunset on all days except Sundays and holidays, for the sale by the shopkeeper of such goods as he professes to sell.» Även Halsbury

sätt skaffat sig besittning till annans gods och hävdar sig vara ägare eller i allt fall ha någon rätt till saken, begår man »conversion». Men föreligger icke i dessa fall »trespass to chattels»? Nej. Trespass skulle väl föreligga, om man vid sakens tagande eller mottagande icke uppträdde med »claim to its ownership or possession».[8] Stundom synes dock situationen ligga så till, att käranden kan välja mellan att grunda sin talan på »trespass» och på »conversion».[9] Utöver dessa tre fall av conversion — »by taking», »by disposition» och »by detention» — märkes också »by wrongful delivery» (till stor del sammanfallande med »wrongful disposition») samt »by wrongful destruction» (man konsumerar t. ex. annans varor).[1] I samtliga fall skall det vara fråga om en avsiktlig handling och »without lawful justification», i det att handlingen utgör »the wrongful interference with the plaintiff's dominion over the property in question». Men svaranden behöver ingalunda ha någon aning om handlingens »rättstridighet» och kan sålunda som sagt vara i god tro och därmed också »without fault».[2] Att den »konverterande» handlingen likväl måste vara avsiktlig har den betydelsen t. ex., att ett stadsbud, som ofrivilligt blir av med den resandes koffert, icke begår »conversion» och följaktligen icke av denna grund blir strikt ansvarig. Svarar han nu överhuvud, så grundar sig dylikt ansvar på »breach of his contract or of his common-law duty to keep safely».[3] Lämnade han åter av ursäktligt misstag ut kofferten till fel person, då föreligger strikt ansvar på grund av »conversion»!

---

menar tydligen, att »shops at the west end» icke falla under »market overt». Halsbury nämner åtskilliga »conditions», som måste vara fullgjorda för att gods skall anses sålt »in market overt», a. st. n. 119. Ett av dessa är, att platsen måste vara »a public and legally constituted market or fair». Förmodligen träffar detta villkor in blott för »city» men icke »west end» av London, liksom det torde föreligga i fråga om städer i allmänhet. Eljest förstår jag icke denna sak.

[8] Jfr Burdick, Torts, s. 417. Burdick anför en amerikansk dom (Montgomery etc. v. Chapman & Co., 126 Fed. 68, 1903), i vilken domstolen uttalade: »The distinction between trespass and conversion is this: that trespass is an unlawful taking — as, for example, the unlawful removal of the property — while conversion is an unlawful taking or keeping in the exercise, legally considered, of the right of ownership. A mere seizure or unlawful handling may amount to a trespass, while conversion is usually characterized by a usurpation of ownership.» Av Schedule B, mom. 28, fogad till the Common Law Procedure Act, 1852 (15 & 16 Vict. c. 76) framgår, att kärandens yrkande vid »the action of trover» (den »action» varigenom man gör gällande ansvar för »conversion») måste grunda sig därpå, att »the defendant converted to his own use, or wrongfully deprived the plaintiff of the use and possession of the plaintiff's goods». Detta är »the essence of the matter» tillfogar Salmond, s. 336.

[9] Burdick, Torts, s. 417.

[1] Se Salmond, s. 348 ff.

[2] Jfr Salmond, s. 345 f. och Burdick, Torts, s. 12 och s. 417.

[3] Burdick, Torts, s. 423; Salmond, s. 346 jfd med s. 5 f.

Liksom så många andra engelska rättsinstitut har även »conversion» gamla anor. Talan på grund av »conversion» skall föras genom »the action of trover». Denna har numera blivit något »moderniserad» i England genom sect. 49 i Common Law Procedure Act av 1852, och i Amerika, såvitt jag förstått, genom praxis. Från denna »action» har nämligen avlägsnats en egendomlig fiktion, varpå talan förut måst grundas. Denna fiktion gick ut på »that the allegation of a *loss* by the plaintiff and *finding* by the defendant of the plaintiff's goods must be taken as true and the defendant could not deny the manner in which he obtained possession thereof». Det var därför »immaterial whether or not he had been a bailee or a finder».[4] Emellertid hade, långt innan fiktionen i fråga undanröjdes, aktionen funnit användning icke blott på »wrongful disposition and detention» utan jämväl på »wrongful taking and destruction». Så länge fiktionen om »finding» uppehölls var det naturligt att »conversion» begränsades till »goods», »chattels», i bokstavlig mening. Åtminstone i Amerika är begreppet numera tillämpligt icke blott såsom förr på »tangible chattels» utan på »any species of personal property — bank bills, or other negotiable instruments, certificates of stock, copies of book accounts» etc.[5] — Något egentligt intresse för ett ingående på de till detta institut hörande detaljerna torde dock icke kunna utletas med hänsyn till en undersökning av det strikta ansvaret. Mestadels måste ju också situationen här vara den, att »intentional wrong» föreligger eller att förutsättningarna för »fault-liability» äro förhanden.

[4] Harper, Treatise, s. 56. — Sådana »statements» som de »of losing and finding ... in actions for goods or their value ... shall be omitted» heter det i sect. 49 av den nämnda engelska lagen. — »Bailee» är mottagaren av gods, som av »bailor» överlämnats till honom i hans egenskap av depositar, saklegotagare, låntagare, panthavare, entreprenör eller mandatar. »Bailment» är sålunda varje överlämnande av sak till annan, om blott syftet icke är att omedelbart avlåta äganderätten till saken. — Det är kanske möjligt, att denna egendomliga benämning av aktionen såsom en »action of trover» just står i samband med att den ursprungligen tänkts riktad mot en »finder» (jfr fr. »trouver»).

[5] Burdick, Treatise, s. 417 f.

Nuisance.

Det strikta ansvaret för nuisance går tillnärmelsevis lika långt tillbaka i tiden som för trespass. Även här är det naturligtvis fråga om en »wrong», alltså »rättstridig» handling. Denna består vid »private nuisance» i trängre mening[1] — det finns även en »public nuisance» ävensom (enligt Salmonds klassificering) en »private nuisance» utgörande »disturbance of a servitude appurtenant to land» — däri, att svaranden »without lawful justification» orsakat eller på visst sätt passivt medverkat till (»caused or allowed») »the escape of any deleterious thing from his land or from elsewhere into land in the possession of the plaintiff — for example, water, smoke, smell, fumes, gas, noise, heat, vibrations, electricity, diseasegerms, animals and vegetation»[2]. Det är sålunda i det hela fråga om skadeståndsrätten i vissa s. k. grannelagsförhållanden, inkluderande jämväl vad som stundom kallas immissioner.

---

[1] Under »nuisance» såsom teknisk term i denna mening komma störningar av skilda slag, som en person utsättes för till hinder för utövandet av någon »rättighet», vanligen på sin fastighet, störningar, vilka på något sätt härleda sig från verksamhet eller händelse på en annan fastighet. Resonemangen i litteraturen synas alltid ha avseende å störningar för innehavaren av en fastighet eller byggnad. »What trespass is to the possession of land, nuisance is to the enjoyment of land», heter det hos Burdick, a. a., s. 484. Och Blackstone finner, att man kan definiera »private nuisances» sålunda: »anything done to the hurt or annoyance of the lands, tenements, or hereditaments of another», Blackstone-Kerr, Commentaries, s. 225 [216]. Emellertid kan det även tänkas, att t. ex. ägaren av eller kaptenen på ett fartyg i hamn kan föra talan på grund av »nuisance» (se Pollock, s. 417). »Nuisance» har tydligen också såsom rättsinstitut i det hela behållit sin vanliga betydelse av »obehag» eller »olägenhet».

[2] Salmond, s. 216. Denna »klassificering» är känd just såsom Salmonds. Ämnet disponeras olika av olika författare, beroende på »the ambiguities latent in the use of the term. The history of the law of nuisance has made it possible for this expression to acquire a variety of meanings, and it is used to describe a wide range of legal situations many of which have very little in common with others» (Harper, Treatise, § 179). Det sista åsyftar dock framför allt de båda förut nämnda kategorierna utöver »private nuisance» i egentlig mening. — Skillnaden mellan publik och privat »nuisance» behöver icke vara någon annan, än att det i senare fallet blott är en enskild person, som skadas, eller att i allt fall den enskilde skadas på ett sätt, som »the law regards as in excess of the annoyance suffered by the public at large». Om däremot en »nuisance» »affects the public and is an annoyance to the King's subjects generally», då föreligger en »public or common nuisance», Winfield, Text-Book, s. 479. — Vad Salmond menar med »disturbance of a servitude etc.» såsom »nuisance» framgår av noten å s. 339.

Att det här är fråga om ansvar oberoende av »negligence» och sålunda strikt ansvar synes vara obestridligt. »At common law, if I am sued for a nuisance and the nuisance is proved, it is no defence on my part to say and to prove that I have taken all reasonable care to prevent it.»[3] Detta utlägges emellertid av Salmond vid »continuing operation» på följande sätt:

»If an operation cannot by any care and skill be prevented from causing a nuisance, it cannot lawfully be undertaken at all, except with the consent of those injured by it or the authority of a statute. Thus, it is an actionable nuisance at common law to run a locomotive engine which cannot by any skill in construction or care in management be prevented from discharging sparks; and in the absence of statutory authority he who does so is liable for the consequences, however careful he may have been to prevent them. — It will be understood that these remarks apply solely to nuisances caused by some continuing operation which has been shown by experience to be a necessary source of mischief. How far damage done accidentally in the course of an operation which is not thus known to be a necessary source of danger, is any ground of liability in the absence of negligence is a question which will be considered later.»[4]

I överensstämmelse härmed betraktar Salmond ansvaret i sådana fall som för eldskada genom gnistor från lokomotiv på en järnväg, »traction engines» på en landsväg och dylikt såsom grundat på »negligence». För sådana fall blir man nu enligt »cases» ansvarig, hur aktsamt man än har handlat.[5] Detta ansvar, säger Salmond, »is not independent of negligence, for the very act of conducting an operation which cannot by care and skill be rendered innocuous is itself an act of negligence».[6] Denna sak synes mig utomordentligt intressant. Såvitt jag vet, behandla andra auktorer både dessa fall och »continuing nuisances» ur synpunkten av strikt ansvarighet. Men Salmond har otvivelaktigt rätt såtillvida, som det här utifrån de rättsideologiska utgångspunkterna blir mera logiskt att räkna med en ansvarighet, som icke vore strikt. Salmond är emellertid icke riktigt logisk. Han kommer till ansvar för »negligence». Hade han varit fullt konsekvent, skulle han ha hävdat, att fråga vore om ansvar för en »intentional» eller »wilful wrong». Själva den skadegörelse, som inträffat, skall ju vara en »wrong» i objektiv mening, vare sig den även

[3] Lord justice Lindley i Rapier v. London Tramways Co., L. R. 1893, 2 Chancery Div., s. 599 f. Fråga var om »an action for injunction» gående ut på förbud för svarandebolaget att begagna sina häststallar »so as to cause a nuisance» för grannarna genom spridning av lukt.

[4] Salmond, s. 225 f.

[5] Jones v. Festiniog Railway Co., L. R. 1868, 3 Q. B. 733, samt Powell v. Fall, L. R. 1880, 5 Q. B. D. 597.

[6] Salmond, s. 257.

i lokomotivfallen kallas för »nuisance» eller icke. Det rör sig ju nu, enligt Salmond, om »continuing operations», vilka utgöra »necessary sources» till dessa »wrongs». Vid detta förhållande måste ju den som driver verksamheten vara medveten om, att hans verksamhet kommer att förorsaka »wrongs». Därmed måste situationen följdriktigt vara karakteriserad av »intentional wrong» och icke av »negligence». Men hur som helst i detta hänseende; hela resonemanget är blott en bekräftelse på, hurusom man föres in absurdum, så snart man verkligen tager de rättsideologiska konstruktionerna på allvar. En mängd för samhällsekonomien ytterst betydande industriella verksamheter ha icke kunnat bedrivas utan att medföra ett eller annat obehag för i grannskapet boende. Vad vore väl England utan denna industri? Men får man tro på vissa rättsvetenskapliga utgångspunkter, då skulle utövarna av dessa för landet gagneliga verksamheter vara dolösa skadegörare. Denna konsekvens drages nu visserligen icke av någon auktor. Men enligt Salmond skulle de likväl genom sin »negligence» vara belastade med en »guilty mind». Att Salmond stannat så att säga på halva vägen beror väl på, att han väjt för den abderitiska konsekvensen att betrakta en mängd genom sin verksamhet särskilt samhällsnyttiga människor såsom dolösa skadegörare. Tydligen vill han icke heller ha sin tanke om »negligence» såsom grund för ansvaret alltför tydligt prononcerad. Detta märker man väl på framställningssättet. Att andra auktorer åter icke ens snudda vid denna tanke torde bero på, att de domineras av en annan sida av »negligence»-begreppet: bristandet åt den normala aktsamheten. Den som driver för samhällsekonomien gagnelig verksamhet behöver ju därmed icke ha brustit åt normal aktsamhet, icke ens om han inser, att en del olägenheter för andra därav måste bliva följden.[7]

Ett handlingssätt, som enligt det föregående är att betrakta såsom ledande till »nuisance», kan givetvis samtidigt involvera en »trespass to land». I dylik händelse betraktas det icke såsom »nuisance» utan såsom »trespass». Olikheten mellan dem har betydelse bl. a. därutinnan, att »nuisance» till skillnad från »trespass» alltid förutsätter, att skada i åtminstone någon form uppkommit för käranden genom handlingssättet. Till trespass hör nu emellertid ovillkorligen, att det föreligger en »entry into land or buildings occupied by the plaintiff», låt vara att, såsom vi sett, »every invasion of private property, be it ever so minute, is a trespass».[8] Å andra sidan fordras icke för »entry» vid »trespass» något

[7] Om skolastiken kring »statutory authority» se nedan s. 406 ff.

[8] Sista citatet från domen i Entick v. Carrington (1765). Se ovan s. 313 n. 7. Jfr även Ellis v. Loftus Iron Co. (1874), ovan s. 317 ff.

personligt inträde på eller berörande av fastigheten. Vad som kräves för trespass till skillnad från nuisance är att handlingen är

»a direct act of physical interference with the plaintiff's land. Directly to cause a material and tangible object to enter another person's land is a trespass and no nuisance; but where the thing is not material and tangible (such as electricity, noise, smell, or smoke), or where, though material and tangible, its entry is not the direct act of the defendant, but merely consequential on his act, the injury is not a trespass, but merely a nuisance actionable on proof of actual damage. To plant a tree in another man's land is a trespass; but to allow it to spread its roots and branches across the boundary is a nuisance and not a trespass. To throw water upon another's premises is a trespass; to allow or cause water to flow there by natural gravitation is, if actionable at all, a nuisance and no trespass.»[9]

Den begreppet »nuisance» förutsättande skadan måste bestå i skada på själva fastigheten eller kärandens där befintliga egendom eller ock innefatta en sådan »discomfort» för käranden i bruket av fastigheten, som icke är blott »trifling or fanciful» utan oförenlig med vad »an average and reasonable man is content to submit to».[10]

Någon vetenskaplig behandling av grunderna för läran om strikt ansvar har jag icke heller vid »nuisance» funnit i någon av de utförliga framställningarna om »law of torts». Dessa utgöra i fråga om »nuisances» liksom andra »wrongs» väsentligen intet annat än ett återgivande av samt en utläggning och sammanställning av de olika prejudikaten. Bakom dessa åter ligger naturligtvis först och främst den rättsideologiska föreställningen, att — hurudan svarandens subjektiva inställning än varit, om »rätt» eller »orätt» — det inträffade under alla omständigheter likväl faktiskt vore en av svaranden »caused or allowed wrong», något »rättstridigt», varigenom käranden lidit skada, alltså en »rättskränkning». Söker kommentatorn gå djupare in på ämnet, så resulterar detta i intetsägande fraser sådana som att nuisance-rätten, såsom mestadels avseende grannelagsförhållanden, är en tillämpning av maximen: sic utere tuo ut alienum non laedas.[1] Varför skall just den skada eller störning, som uppstått genom s. k. nuisance — d. v. s. ett handlingssätt innefattande, att en person utsatts för visst hinder i sin »enjoyment

---

[9] Salmond, s. 219. — Jfr citatet här ovan s. 317 n. 8 angående skillnaden mellan »trespass» och »case».

[10] Salmond, s. 220 f.

[1] T. ex. Salmond, s. 218. Bortsett från kritiken av en sådan sats på grund av dess rättsideologiska karaktär (varom nedan s. 430 ff.) kan den understundom sägas vara en bumerang: svaranden kan åberopa den gentemot käranden, som vill utnyttja sin fastighet till förfång för svarandens verksamhet å sin (jfr nedan s. 379 f.).

of land» genom någon verksamhet, bedriven av grannen å dennes fastighet — varför skall just den skadan leda till strikt ansvar? Den frågans vetenskapliga besvarande synes man icke intressera sig för. Det grundläggande skall naturligtvis som sagt vara att »nuisance» är en »wrong». Om man nu utanför området av vad som betraktas som strikt ansvar genom sitt handlingssätt oavsiktligt skadat annan, och negligence icke föreligger samt »fault-liability» sålunda icke kan komma i fråga, så anses icke ens objektivt föreligga någon »wrong»[2], och man blir icke ansvarig för skadan. Varför är då »nuisance» en »wrong», men det nu tänkta handlingssättet icke någon »wrong»? Något annat skäl för denna distinktion, än att handlingen i förra men icke i senare fallet är »actionable» kan säkerligen icke utletas. Om man tror, att man medelst »wrong»-begreppet kan leda sig fram till antagandet av ansvarighet, bedrager man sig sålunda.

I äldre tider, säger Pollock, var begreppet begränsat till skada å en persons »freehold» genom en grannes handlingar, bestående framför allt i att spärra vägen eller eljest göra intrång på vägrättigheter eller att komma mark att översvämmas genom avledande av vattuflöden. Redan Blackstone skilde emellertid, såsom vi sågo ovan s. 332 n. 1, icke längre mellan »freehold» och annat innehav av fastighet utan medtog allt slag av »the hurt or annoyance of land, tenements, or hereditaments[3] of another», naturligtvis under förutsättning att det utgjorde en »wrong», d. v. s. skett »without any lawful ground of justification or excuse». Detta är också den nutida åsikten. De sätt på vilka denna skadegörelse kan åstadkommas äro »indefinite in number»[4], men Pollock gör för praktiska syften följande klassificering av dem: »encroachement», »obstruction» och »annoyance».

Med *annoyance* avser Pollock tydligen åtskilligt av det, som framträdde i Salmonds här ovan refererade beskrivning av »nuisance» och sålunda störningar av sådan art, som i Frankrike kallas »troubles de voisinages» (ovan s. 205 ff.) och som beröras i § 906 i Tysklands B. G. B. och art. 684 f. i schweiziska civillagboken. Det skall vara fråga om »the

---

[2] Åtminstone har jag icke sett dylika handlingssätt upptagna i specifikationerna över »torts or wrongs in the technical sense of English Law». Se t. ex. Pollock, s. 6 ff. Se vidare Salmond, s. 1 ff.

[3] Uttrycket »lands, tenements and hereditaments» har sedan gammalt använts i legala handlingar såsom beteckning för »property in land» till skillnad från »moveable property». Först avsågs med »property in land» blott »freeholds». Men på Blackstones tid voro jämväl både »copyholds» och »leaseholds» att hänföra till »property in land». Jfr Williams, Real property, s. 22 och s. 27.

[4] Pollock, s. 421 f.

continuous doing of something which interferes with another's health or comfort in the occupation of his property».[5]

Encroachement (intrång) involverar en sådan »direct interference with the rights of a possessor», att samtidigt »trespass» eller i allt fall något som knappast är att skilja från »trespass» föreligger.[6] Det här ovan behandlade »cattle trespass» är — när kreaturen icke *drivits* in på annans mark — egentligen en under »encroachement» fallande »nuisance», vilken såsom förut påpekats begreppsligen icke borde kunna falla under »trespass». Likaså borde, synes det, situationen i fallet Rylands v. Fletcher kunna tänkas vara att hit hänföra.[7] Pollock nämner dock i samband med »nuisance» ingen av dessa situationer.

Typfallen i äldre tider av *obstruction* utgjordes av hinder för utövande av »rights of way and other rights over the property of others». Numera äro de vanligaste och viktigaste exemplen därpå fall av »interference with rights to light». Därvid är det dock icke fråga om »a right of dominion, but of use», vadan »orätten» icke föreligger, innan det uppstått en märkbar minskning i förmånen av rättighetens åtnjutande. Emellertid kan »an actionable nuisance» genom »obstruction» i utövandet av en rättighet till ljus ha begåtts, utan att någon »immediate harm or loss» har förelupit. Det är tillräckligt, att »a legal right of use and enjoyment is interfered with by conduct which, if persisted without protest, would furnish evidence in derogation of the right itself». Detta skall ha särskild tillämplighet, när »the right belongs to a class of persons». Till stöd härför åberopas en »case» av 1868, Harrop v. Hirst.[8] I själva verket är det vid »obstruction of lights» fråga om »rätt» till dagsljus. När en sådan rätt skall kunna »belong to a class of persons» måste väl tanken vara den, att dagsljuset genom byggnadsåtgärder skymmes för innevånarna i hela gator eller bostadspartier. I sådana fall föreligger tydligen en »public or common nuisance» (eftersom nu »obstruction of light», såsom vi skola finna, överhuvud uppfattas såsom »nuisance» och icke såsom kränkandet av ett servitut). Det åberopade fallet avser emellertid icke hinder i »the right to light» utan »the infringement of» en annan »legal right», nämligen till hushållsvatten. Kärandena hade sedan urminnes tider tillsammans med övriga invånarna i ett visst distrikt åtnjutit »a customary right at all times to have water from a certain spout in a highway in the district for domestic purposes». Svaranden

[5] Pollock, s. 424.

[6] Pollock, s. 422 f.

[7] Se om fallet nedan s. 348 ff. *Om* Pollock hänfört situationen i Rylands' fall till »nuisance», hade han dock sannolikt betraktat den som »annoyance».

[8] Pollock, s. 423 f.

ägde mark, genom vilken det flyter en ström, varifrån »the spout» fick sitt vatten. Svaranden hade från strömmen i fråga då och då bortfört så stora vattenmängder, att vattnet i »the spout» stundom blivit otillräckligt »for the supply of the whole district entitled to make use of it». I domen fastslås nu, att en »action for infringement» av denna distriktsinnevånarnas legala rätt att fylla sitt vattenbehov var lagligen grundad, fastän de icke ledo någon »personal or particular actual damage».[9] Det synes mig ganska signifikativt för engelsk rättsvetenskap att utan vidare åberopa detta fall som grund för svar på frågor angående »actionable obstructions of rights to light». Man bör lägga märke till att Pollock i en not hänvisar till detta prejudikat utan att anse sig ens behöva omtala, att detta rör sig om något helt annat än »a right to light», som man får intrycket av att han nästan uteslutande har i sikte i texten. Dagsljus och hushållsvatten, liksom sätten för deras åtkomst och åtnjutande, äro dock väsentligen skilda realiteter, angående vilkas betydelse ur rättslig synpunkt man icke a priori kan antaga likställighet.[1] — Då det emellertid nu rör sig om »rätt» till dagsljus är det naturligtvis icke underligt att, såsom Pollock säger, »obstruction of light» har blivit »a prominent species of nuisance», beroende på ökad »closeness and height of buildings in towns».[2]

Tanken är sålunda, att människorna ha en viss rätt till dagsljus, att denna rätt kan utsättas för »obstruction» genom visst byggnadssätt och att när så skett en skadeståndsgrundande »nuisance» föreligger. Det är emellertid icke fråga om »a natural right incident to the ownership of windows» utan en »easement» (servitutsrätt), uppkommen antingen genom uttryckligt eller tyst medgivande eller också genom hävd.[3] Denna »right to light» kan endast göras gällande till förmån för rum i en byggnad, däremot icke t. ex. till förmån för gård eller annan öppen plats, hur mycket den än användes för ljuskrävande syften.[4]

[9] Harrop v. Hirst, L. R. 1868, 4 Ex. 43.

[1] Salmond nämner emellertid icke fallet i fråga.

[2] Pollock, s. 431.

[3] Enligt en statut i början av 1830-talet kallad Prescription Act (2 & 3 Will. IV c. 71 s. 3) är hävdetiden 20 år. Denna »right of ancient lights», såsom termen lyder, fanns naturligtvis redan efter common law och anses icke genom Prescription Act ha undergått någon förändring i fråga om sin »nature or extent». Se Pollock, s. 432 och jfr lordkanslerns uttalande (i Colls' case), refererat här nedan s. 342 f. — Till förekommande av missförstånd nämnes, att Prescription Act icke begränsar sig till »the right to light». I dess första section stadgas — med skilda effekter — två hävdetider, på 30 resp. 60 år, för »rights of common etc.» Enligt sect. 2 äro tiderna 20 resp. 40 år för vägrätter och andra »easements». Här är det nu fråga om sect. 3.

[4] Pollock, s. 432 f. — Som redan påpekats betraktas »the right to light» som en »easement», d. v. s. som servitut å den fastighetsinnehavare, som har att låta ljuset

En omdiskuterad fråga har varit, huruvida »the right to light» avsåge en viss i varje fall bestämd kvantitet av ljus eller icke och följaktligen huruvida en »actionable nuisance» förelåge eller icke, så snart svaranden blott föranlett märkbar minskning i denna ljuskvantitet. Det heter härom hos Pollock:

»Decisions and dicta (om 'dicta' se ovan s. 314 n. 8) which laid down, or seemed to lay down, that the right acquired is to all the light, or what has been called an average maximum of the light, coming through a particular window, are now not to be relied on. It seems that a right to a special or extraordinary amount of light cannot be acquired under the Prescription Act by 20 years' user even with knowledge on the part of the servient tenement. — At one time it was supposed, by analogy to a regulation in one of the Metropolitan Local Management Acts as to the proportion between the height of new buildings and the width of streets, that a building did not constitute a material obstruction in the eye of the law, or at least was presumed not to be such, if its elevation subtended an angle not exceeding 45° at the base of the light alleged to be obstructed, or as it was sometimes put, left 45° of light to the plaintiff. The supposed rule

släppas fram till grannens byggnad. Därom tycks enighet råda. Utom Pollock kunna åberopas Salmond, s. 293 f., Harper, Treatise, § 185, Williams, Real property, s. 599 f., m. fl. Uppstår hinder å den tjänande fastigheten för ljusets framsläppande, så grundas rättighetshavarens skadeståndsanspråk av de flesta auktorer därpå, att en »nuisance» föreligger, i det att »the interference with the right has substantially affected the comfortable use and enjoyment of a building 'according to the ordinary notions of mankind'» (Harper, a. a., § 185). I domstolspraxis synes den saken också numera vara otvivelaktig, att olägenheten genom »interference» betraktas såsom en »nuisance» och rättsligen är att därefter bedömas. Se lorderna Macnaghtens, Daveys och Lindleys uttalanden (i Colls' case), refererade nedan s. 342 ff. Lord Macnaghten säger, att rättigheten i fråga »in early times» gjordes gällande genom en »action on the case for nuisance». Enligt honom synes därefter under en mellantid (på grund av annan »form of the action», varom nedan s. 342) saken snarast ha uppfattats såsom »disturbance of an easement». — Emellertid behandlar nu Salmond, som på detta område delvis synes vara en särgångare, hithörande »wrong» icke ur synpunkten av »nuisance» utan (under rubriken »Injuries to servitudes») såsom en »disturbance of the easement of light». [Easement = »legal servitude imposed upon one piece of land for the benefit of another piece», dock med undantag för *profit à prendre* (rätt att taga mineralier, sten, lera m. m. samt att fiska och jaga).] Väl medgiver Salmond, att det finns en tydlig analogi mellan »the disturbance of the easement of light and a nuisance affecting comfort and convenience». Icke desto mindre kunde »the disturbance» i fråga icke verkligen betraktas såsom en »nuisance»: »A nuisance in the proper sense consists, as we have seen, in the escape from the land of the defendant into that of the plaintiff of some deleterious thing, such as noise, smoke, or smells. If darkness could be classed among such things, then an obstruction of light would be a true nuisance; but it is clear that the claim of the owner of ancient lights is a claim to receive a benefit from the neighbouring land, and not a claim to be free from its detrimental influences. Nevertheless, though the obstruction of light is no true nuisance, the test of its actionable nature is the same as if it were — viz. its effect on the comfortable and convenient occupation of the property for ordinary purposes as judged by the standard of ordinary people.» (Salmond, s. 294 f.) Man kan icke komma ifrån, att Salmonds framställning är konsekventare och följaktligen redigare än de övrigas, ehuru han sitter lika djupt fast i rättsideologien som dessa.

was repudiated long ago by the Court of Appeal. But the statutory regulation, though it does not afford a fixed rule for dealing with private titles, may be used as a rough working test.»[5]

Colls' Case.

Sista punkten i det nyss gjorda citatet från Pollock ansluter sig till lord Daveys ståndpunkt (i dennes domsuttalande i Colls' case 1904) i fråga om den s. k. 45-graders-regeln.[6] Lord Davey åter hade anslutit sig till lord Selborne i ett fall av 1873. Colls' case har emellertid i fråga om »the obstruction of the right to light» blivit »the leading case».[7] Då det torde vara av intresse att mera i detalj se, hur juristerna här resonera, och fallet synes mig belysande såväl för engelska domares rättsideologiska inställning som för de rättsideologiska effekternas utformning under inflytande av samhällsekonomiska synpunkter, skall jag tillåta mig något närmare redogöra för detsamma. Colls' motparter — de ljusberättigade — här kallade svarandena[8], bedrevo sin affärsverksamhet i en byggnad i den 41 ft breda Worship street i Shoreditch (en av Londons norra »metropolitan boroughs», i allmänhet karakteriserad som en trångbodd stadsdel). Colls stod i begrepp att på motsatta sidan av gatan, nr 44, uppföra en 42 ft hög byggnad. Då svarandena menade, att denna byggnad skulle »obstruct their lights» anhängiggjorde de talan mot Colls »for an injunction» (förbud mot byggnadsföretaget). Saken behandlades först av domaren Joyce. Denne fann,

»that the proposed building would not materially interfere with the access of light to any windows of the respondents except two windows on the ground floor. These windows were two out of five windows facing Worship Street in a room used by the respondents as an office for clerks, 11 ft. 10 in. in height, 50 ft. deep from the windows to the back of the room, and without any window at the back. It had been the practice to use electric light in the back part of the room, and practically it was necessary to do so even in the daytime. The proposed building would not affect the selling or letting value of the respondents' premises, and they would be still sufficiently lighted for all ordinary purposes of occupancy as a place of business.»[9]

Följaktligen ogillades svarandenas yrkande. Beslutet upphävdes därefter av Court of Appeal, som beviljade

[5] Pollock, s. 433 f.

[6] Se nedan s. 343.

[7] Colls v. Home and Colonial Stores, L. R. 1904, App. Cas. 179.

[8] Colls appellerade nämligen till House of Lords emot en dom av Court of Appeal till förmån för bolaget Home and Colonial Stores.

[9] L. R. 1904, App. Cas., s. 180, där Joyce's ståndpunkt refereras, icke citeras. Inför Joyce vore »the respondents» i verkligheten kärande.

»an injunction to restrain the appellant[1] from building so as to darken, injure, or obstruct any of the respondents' ancient lights or windows as they were enjoyed previously to the taking down of the old building at 44, Worship Street, with an order to pull down all the building which had been so built as to darken, injure, or obstruct etc.[2]».

Mot denna dom appellerade Colls till House of Lords. Här formulerade lordkanslern, earl of Halsbury, den föreliggande principfrågan sålunda:

»After an enjoyment of light for twenty years ... would the owner of the tenement in respect of which such enjoyment had been possessed be entitled to *all* the light without any diminution whatsoever at the end of such a period?»

Besvarades denna fråga jakande, sade han, då skulle konsekvenserna bli, att det vore nästan omöjligt för en stad att kunna växa och att folks rättigheter att utnyttja sin egen mark skulle i fruktansvärd grad kringskäras. Med ståndpunkten hos Court of Appeal vore det icke en fråga om tillgodonjutande av 45 graders ljus, utan varje märkbar minskning i det ljus, som man oavbrutet haft tillgång till under 20 år, skulle grunda »a right of action» och förläna innehavaren av en lägenhet (the proprietor of a tenement) rätten att hindra sin granne att bygga på sin egen mark. Ljus, liksom luft, vore »the common right of all, but the exclusive property of none»:

»The access of air is undoubtedly interfered with by the buildings which are being built every day round London. The difference between the town and country is very appreciable to the dweller in cities when he goes to the open country, or to the top of a mountain, or even a small hill in the country; but would the possessor for twenty years of a house on the edge of a town be at liberty to restrain his neighbour from building near him because he had enjoyed the free access of air without buildings near him for twenty years? No doubt this is an extreme case, but it is one of the extreme cases which tries the principle.»[3]

Den statut, som man här bygger på[4], fortsatte lordkanslern, illustrerar faran av att försöka inpassa en rättsprincip »into the iron framework of a statute». I statuten i fråga stode »*the* light», som bokstavligen skulle »mean all the light which for twenty years has existed in the surroundings of the tenement which has enjoyed it». Emellertid hade det rått fullständig enighet därom, att statuten aldrig avsett att göra någon

---

[1] Avser Colls, som var kärande i the House of Lords.
[2] A. st. s. 180.
[3] A. st. s. 182 f.
[4] Det är Prescription Act som åsyftas.

ändring »in the right conferred» utan blott att reglera bevisningen.[5] Efter diskussion av ett stort antal »cases» fann lordkanslern Colls' talan böra bifallas och sålunda domaren Joyces dom — vari det ursprungliga käromålet ogillats — lända till efterrättelse.

Samtliga övriga i domen deltagande lorderna intogo samma ståndpunkt. Lord Macnaghten anlade följande allmänna utgångspunkt:

»The right of a person who is owner or occupier of a building with windows, privileged as ancient lights, in regard to the protection of the light coming to those windows, is a purely legal right.[6] It is an easement belonging to the class known as negative easements. It is nothing more or less than the right to prevent the owner or occupier of an adjoining tenement from building or placing on his own land anything which has the effect of illegally obstructing or obscuring the light of the dominant tenement. This right in early times was vindicated by an action on the case for nuisance — Baten's Case (av år 1610) — in which damages might be recovered and judgment had for removal or abatement of the nuisance.»[7]

Själva formen för den dåtida aktionen visade, fortsatte Macnaghten, att icke varje minskning av ljuset kunde grunda en talan. Det var nödvändigt att ådagalägga »the gravity of the injury complained of». I senare tider framträdde detta emellertid icke lika tydligt som förr. Detta berodde därpå, att

»an action for the protection of ancient lights came to be regarded rather as an action for disturbance of an easement than an action grounded on nuisance, as an action to prevent the infringement of a right rather than an action to redress a wrong».

Principen om »the gravity of the injury» gällde dock alltjämt, till stöd varför Macnaghten citerade följande lordsuttalande i fallet Fishmongers' Co. v. East India Co.: »It is not sufficient to say it will alter the plaintiff's lights . . . The law says it must be so near as to be a nuisance.»[8]

---

[5] Jfr lord Davey a. st. s. 198. Denne hänvisade till Kelk v. Pearson (1871), L. R. 6 Chancery Appeal Cases, 809. Här uttalade Sir W. M. James: »Now I am of opinion that the statute has in no degree whatever altered the pre-existing law as to the nature and extent of this right.»

[6] Därmed torde avses, att »rättigheten» hade sin grund i »prescription» och icke i kontrakt.

[7] A. st. s. 185 f. — Angående »abatement» se ovan noten å s. 313.

[8] Fishmongers' fall är refererat i John Dickens' Reports of cases in the High Court of Chancery, vol. I, s. 163. Dickens' Reports utgåvos i två volymer 1803. Fallet torde sålunda ligga kring förra sekelskiftet. Åtminstone från den tiden synes man sålunda ånyo ha uppfattat hindret för utövandet av ljusrätten såsom en »nuisance». Jfr ovan s. 338 n. 4. — I lord Daveys dom återgives en intressant del av lord Hardwickes yttrande i Fishmongers' fall; se L. R. 1904, App. Cas., s. 197.

Lord Davey hade ett långt anförande. Han formulerade frågeställningen sålunda: »what is the true nature and extent in English law of the easement of light»?[9] Efter ventilering av allehanda »cases» sammanfattar han slutligen sin ståndpunkt sålunda:

»According to both principle and authority, I am of opinion that the owner or occupier of the dominant tenement is entitled to the uninterrupted access through his ancient windows of a quantity of light, the measure of which is what is required for the ordinary purposes of inhabitancy or business of the tenement according to the ordinary notions of mankind, and that the question for what purpose he has thought fit to use that light, or the mode in which he finds it convenient to arrange the internal structure of his tenement, does not affect the question. The actual user will neither increase nor diminish the right. The single question in these cases is still what it was in the days of Lord Hardwicke and Lord Eldon — whether the obstruction complained of is a nuisance.»[1]

Vad som här sägs är uppenbarligen, att situationen skall bedömas, icke med särskilt hänsynstagande till den ifrågavarande partens intressen, utan ur synpunkten av vad man normaliter räknade med i dylika situationer. — Davey tillfogade, att regeln om 45 grader naturligtvis icke vore en lagregel och följaktligen icke användbar i varje fall. Men han instämde med lord Selborne i en äldre »case» (1873) däruti, att 45-gradersregeln »may properly be used as prima facie evidence».

Även lord Lindley deltog i domen. Hans yttrande har till en början visst intresse genom utläggningen av sect. 3 i Prescription Act. Enligt denna förutsättes, säger han, för förvärv av en rättighet till ljus följande: 1. Tillgång till samt brukande av ljus, icke blott tillgång. 2. Det måste vara ett bostadshus, verkstadshus eller annan byggnad, som har både tillgången och nyttan av ljuset. 3. »Such access and use must be actually enjoyed therewith.» 4. »Such enjoyment must be without interruption for twenty years.» — Visas dessa förutsättningar vara förhanden, »the right to the access and use of light so enjoyed becomes absolute and indefeasible». Lord Lindley bad sina kolleger beakta, att lagrummet intet säger »about enjoyment as of right»[2], att praxis tolkat detsamma så, att »enjoyment as of right need not be alleged or proved» samt att »the right, whatever it may be, is acquired by twenty years' use and enjoyment».

Emellertid fann Lindley stadgandet oklart beträffande »the amount of

---

[9] A. st. s. 196.

[1] A. st. s. 204.

[2] Härmed torde avses detsamma, som Macnaghten menade, när han sade, att det måste röra sig om »a purely legal right»: d. v. s. före hävdetidens utgång behövde ingen »rättighet» ha förelegat.

light to which a right is acquired by twenty years' user». Under någon tid hade man haft den åsikten,

»that in all cases the size and situation of the aperture through which light had come for twenty years formed both the maximum and minimum measures of the right acquired, without reference to the use and enjoyment of the light which had so come».

Denna åsikt grundades på vissa delvis missförstådda lord-uttalanden i ett par fall på 1860-talet. I senare »cases» hade man emellertid eftertryckligt tagit avstånd från densamma. Lindley uppehöll sig därvid särskilt vid fallet Kelk v. Pearson[3], som efter vad Lindley säger, visar

»that in ordinary cases a person does not necessarily acquire a right to enjoy in future all the light he has had for twenty years. He may have had more than was reasonably required either for domestic or business purposes; and in that case his right to protection is limited to the amount of light reasonably required.»

Lindley medgav, att den utformning, som byggnadsförbud i vissa fall erhållit, vore grundat på antagandet, att käranden

»has established his right to the amount of light which he, in fact, enjoyed before the obstruction complained of. But it by no means follows from the form that every one is entitled to an injunction who can prove that he has been deprived of some of the light which he, in fact, had before it was interfered with. He may have had more than he can acquire a right to have preserved in future. I am, however, under the impression that this inference has been drawn, and that the form has been regarded as strengthening the view of the law repudiated in Kelk v. Pearson. So to regard the form is, in my opinion, a mistake.»

I anslutning till fallet Kelk v. Pearson gör Lindley följande principiella uttalanden:

»If there is no absolute right to all the light which comes to a given window[4], no action will lie for an obstruction to that light unless the obstruction amounts to a nuisance. If there is no right of action, a fortiori there is no right to an injunction to prevent a permanent diminution of light unless it amounts to a nuisance. But, in considering what is an actionable nuisance, regard is had, not to special circumstances which cause something to be an annoyance to a particular person, but to the habits and requirements of ordinary people, and it is by no means to be taken for granted that a person who wants an extraordinary amount of light for a particular business can maintain an action for a diminution of light if only his special requirements are interfered with . . . In applying the rule laid down in Kelk v. Pearson it is impossible to avoid considering how

[3] Se ovan s. 342 n. 5.

[4] Härmed åsyftas »rättighetens» begränsning till »the amount of light reasonably required».

much light is left and where it comes from. But the question to be decided is not how much light is left, but whether the plaintiff has been deprived of so much as to constitute an actionable nuisance. If he has, it is no defence to say that he has as much light left as most other people.»[5]

Härefter torde bl. a. följande reflexioner i anledning av Colls' case vara motiverade:

Domaren inriktar skenbarligen sin strävan i första hand på fastställandet, om parten har en rättighet och, i jakande fall, hurudant dess innehåll är. Därvid kan det naturligtvis icke vara fråga om rättigheten såsom blott en beteckning för vissa realiteter, utan den tages oförbehållsamt i rättsideologisk mening, alltså i en mening som bevisligen intet har med verkligheten att skaffa. Särskilt anmärkningsvärt är, hur begreppsbestämningen dirigeras av ett praktiskt behov att se den eventuella »rättskränkningen» ur synpunkten av »nuisance». Kan man icke betrakta den som »nuisance», då tror man sig icke ha fria händer att söka sig fram till ett resultat, varmed man känner sig tillfreds. Utgör rättskränkningen icke en »nuisance», då måste den betraktas som »disturbance of an easement». Men detta begrepp är icke så nyanserbart som »nuisance», vilket till sin rättsliga karaktär alltid har varit behäftat med en viss obestämdhet, som ju också kommit till uttryck i den språkliga dräkten, detta allmänt hållna uttryckssätt: »nuisance». Men »easement» är ett fixerat legalt servitut. Varje handlingssätt å den tjänande fastigheten, som icke är förenligt med servitutet, innefattar en »disturbance», en rättskränkning. Vore det nu här fråga om »disturbance of an easement», då måste varje »obstruction of» det ljus, som man oavbrutet haft tillgång till och njutit av under minst 20 år, betraktas som en »wrong» och sålunda vara »actionable». Anses åter »nuisance» föreligga, då hade man värderingsfrihet: hur mycket skydd för »ancient lights» har en person anspråk på, och hur mycket »obstruction» måste han tåla? Denna värderingsfrihet blir naturligtvis oumbärlig, om man icke skall bli nödgad döma på rent oförnuftigt sätt till hinder för verksamhet, som med hänsyn till de faktiska förhållandena — såsom nu i London — helt enkelt är oundgänglig för omsättningslivet, samhällsekonomien.

Emellertid förefaller det nu vara tydligt, att man endast bedragit sig, när man trott sig anföra något sakligt stöd för domslutet genom att åberopa sig på »nuisance». Ty varpå grundar man antagandet, att här förelåge »nuisance»? Man har så mycket mindre kunnat resonera sig fram till, att en eventuell »rättskränkning» här vore att bestämma så-

[5] Angående dessa lord Lindleys uttalanden se a. st. s. 205—210.

som »nuisance», som — efter vad som redan påpekats[6] — »obstruction of light» begreppsligen intet har med »nuisance» att skaffa. Lorderna ha följaktligen icke via »nuisance»-begreppet sakligen kunnat föranledas till sina domslut. Det är snarare dessa, som föranlett dem att *utgå från*, att begreppet »nuisance» här skulle användas. Utan denna utgångspunkt skulle lorderna, med sin rättsideologiska inställning, näppeligen ha kunnat komma fram till det domslut, som de uppenbarligen funnit vara det enda, som kunde förenas med samhällsekonomiska synpunkter.

Colls' case bekräftar vad jag så ofta framhållit, nämligen att en domare — hur fången i rättsideologien han än är — likväl i känslan av sitt ansvar såsom samhällets tjänare merendels låter sig bestämmas av sin uppfattning om vad som är det bästa för samhället[7] och därför är angelägen att fälla en dom, vars konsekvenser icke strida emot utan överensstämma med samhällsekonomiska intressen. Detta tillgår då ofta så, att domaren mer eller mindre på fri hand utformar »innehållet» i en s. k. rättighet. I förevarande fall har det dock kanske snarare varit »rättskränkningen» (the wrong) än »rättigheten», som domaren i första hand haft i tankarna. Det är ju rättskränkningen, som skall draga rättsreaktionerna med sig. Och det är i själva verket dessas lämplighet med hänsyn till deras konsekvenser för samhällsekonomien, som slutligen blir bestämmande för domaren vid utformningen av »rättighetens» innehåll. Det säger sig självt, att detta krystade tillvägagångssätt är ovetenskapligt. Att just i detta fall resultatet likväl blivit tillfredsställande vill jag icke bestrida. Men denna tro på tillvaron av en »common-law-right» i bakgrunden för det hela bildar dock en falsk utgångspunkt, som har betydelse för domarens resonemang och som under omständigheter kan komma dessa att utmynna i mindre lyckliga resultat, än om domaren hade möjlighet att från början göra den sakliga frågeställningen klar för sig. I förevarande fall har den förmenta uppgiften för domstolarna varit att till viss harmoni med varandra bringa å ena sidan A:s »right to light», å andra sidan B:s rätt att utnyttja sin »property»[8], det må vara fråga om »freehold», »copyhold» eller »leasehold». I andra situationer är det någon annan rättighet för A än »right to light» — t. ex. hans »rätt» till hushållsvatten, såsom vi sågo i fallet Harrop v. Hirst eller kanske just hans »property» — som skall bringas i överensstämmelse med B:s utövande av *sin* »property». Kan man icke förmoda, att hela

[6] Se ovan noten å s. 339.

[7] Ang. vad jag närmare menar därmed, se min framställning om metod för en konstruktiv rättsvetenskap, nedan s. 549 ff.

[8] Jfr nedan s. 353.

det engelska samhällslivet, inklusive stadsbilden i London, skulle ha tett sig annorlunda, om icke de för ordningens utformning bestämmande varit bundna vid dessa rättsideologiska utgångspunkter?

* * *

Hur de engelska juristerna närmare resonera i fråga om grunden för det strikta ansvaret både vid »nuisances» och eljest, där fråga är om tillämpning av common law, får man den bästa inblicken i genom att studera hithörande »cases». Det nyss gjorda ganska utförliga referatet av Colls v. Home and Colonial Stores torde bekräfta detta påstående. Nu är det självfallet ogörligt att i denna framställning upptaga ens alla de viktigaste fallen till närmare granskning.[9]

Jag skall i sådant avseende egentligen begränsa mig till ett enda fall[10], som väl alltjämt anses vara ett av de mest intressanta och betydande inom läran om det strikta ansvaret, nämligen Rylands v. Fletscher, slutligen avdömt år 1868[1]. Att den jonglering med de juridiska begreppen, som här ägt rum, skulle anses tillhöra ett övervunnet stadium, kan det icke vara tal om, vilket bäst förstås, när man tager del av nutida behandling av denna »case» i den engelska och amerikanska rättslitteraturen. Pollock betecknar f. ö. ett annat fall — Leame v. Bray — som avdömdes 65 år tidigare såsom »a comparatively modern case».[2]

[9] Såsom sådan är icke den ovanstående behandlingen av Colls case att betrakta. Den utgjorde nämligen blott ett referat.

[10] Rätt ingående kommer jag dock senare att beröra också en del andra »cases».

[1] »The rule known as that in Rylands v. Fletcher is one of the most important cases of absolute liability recognised by our law — one of the chief instances in which a man acts at his peril and is responsible for accidental harm, independently of the existence of either wrongful intent or negligence», skriver t. ex. Salmond, s. 227. — I Rickards v. Lothian (1913) uttalade lord Moulton i Privy Council's namn angående Rylands v. Fletcher: »The formulation of the principle which is to be found in that judgement is therefore of the highest authority as well from the fact that it received the express approval of the ultimate tribunal as from the eminence of the judges who took part in the decision.» L. R. 1913, App. Cas., s. 276. Se även uttalandet nedan s. 430 n. 5.

[2] Pollock, s. 148. — Fallet i fråga (1803), berört här ovan s. 314 n. 8, avsåg visserligen icke »nuisance» utan frågan om »inevitable accident» och om aktionen borde grundas på »trespass» eller vore en »action on the case». Det tillhörde en tid, då »negligence» icke ansågs ha samma betydelse som förutsättning för ansvar som nu.

Rylands v. Fletcher.

Redogörelse för fallet.[1]

Fletcher, som ursprungligen var kärande, arrenderade av lord Wilton en gruva kallad Red House Colliery.[2] Svarandena, Rylands m. fl., ägde därintill en kvarn men hade (1860) av lord Wilton fått rätt att på annan del av dennes mark än den av käranden arrenderade bygga en vattenreservoar för kvarnens behov. Kolskikten sträckte sig från Red House Colliery genom en viss Whiteheads fastighet in i partierna under marken, där reservoaren byggdes. Kolskikten under såväl reservoaren som Whiteheads mark hade förr i världen »at some time beyond living memory» delvis varit bearbetade. Man märke att det, innan käranden börjat sina kolbrytningar, fanns kommunikation mellan de gamla gruvbrotten under reservoaren och dem under Whiteheads mark; vidare att käranden redan 1851 efter överenskommelse med Whitehead hade brutit sig in i gruvschakten under Whiteheads mark för att bearbeta »the ungotten coal lying there». På detta sätt förmedlades kommunikation mellan de gamla gruvbrotten under platsen för reservoaren och Red House Colliery, så att vatten, som rann ned i de förra, därifrån måste flyta ut i kärandens gruva. Vid grundens läggande för reservoarbyggnaden stötte man på 5 gamla schakt (shafts) i lodrätt riktning. »But though the timber sides of three of them remained, the shafts themselves were filled up with soil.» Att schakten ledde ned till gamla gruvbrott misstänkte varken svarandena eller någon av dem, som de anlitat till reservoarens byggande. För utväljande av plats för reservoaren samt dennas planläggning och byggande var det nödvändigt för svarandena att vända sig till ingenjör och entreprenörer. De hade i sådant avseende anlitat kompetent folk. Det heter nu vidare i »the statement in the case»:

[1] Fletcher v. Rylands and another, L. R. 1866, 1 Ex., s. 265—287. Fletcher var kärande i den i detta referat avsedda rättegången i Court of Exchequer Chamber. Domen gick Rylands etc. emot. De appellerade då till House of Lords och voro sålunda där kärande. Efter överhusets dom, L. R. 1868, 3 H. L. 330, benämnes fallet därför i allmänhet i omvänd ordning: Rylands v. Fletcher.

[2] I domen betecknas dock gruvan som kärandens »property». Jag har förut påpekat, att »property» innefattar icke blott »freehold» utan jämväl »copyhold» och »leasehold».

»The reservoir was completed about the beginning of December, 1860, and the defendants caused it to be partially filled with water. On the morning of the 11th December, whilst it was thus partially filled, one of the shafts gave way and burst downwards, and the water flowed into the old coal workings beneath, and by means of the underground communications found its way into the coal workings in the Red House Colliery, and flooded the colliery, so that its working was necessarily suspended, and after some unsuccessful attempts to renew it, the colliery was finally abandoned.»

Det fastställdes, att kommunikationen mellan de gamla gruvbrotten under reservoaren och kärandens gruva, intill dess att olyckshändelsen inträffade, icke varit bekant »to the defendants, nor to any agent of theirs, nor to any other person employed by them». Käranden krävde emellertid skadestånd av svarandena. Court of Exchequer ogillade kravet med 2 röster mot 1. Käranden besvärade sig, och målet gick till Court of Exchequer Chamber, som gav dom genom domaren Blackburn, vilken yttrade, att käranden vore berättigad till skadestånd, och motiverade detta med väsentligen följande:

»It appears from the statement in the case, that the plaintiff was damaged by his property being flooded by water, which, without any fault on his part, broke out of a reservoir constructed on the defendants' land by the defendants' orders, and maintained by the defendants. . . .

It is found that the defendants, personally, were free from all blame, but that in fact proper care and skill was not used by the persons employed by them, to provide for the sufficiency of the reservoir with reference to these shafts. The consequence was, that the reservoir when filled with water burst into the shafts, the water flowed down through them into the old workings, and thence into the plaintiff's mine, and there did the mischief.

The plaintiff, though free from all blame on his part, must bear the loss, unless he can establish that it was the consequence of some default for which the defendants are responsible. The question of law therefore arises, what is the obligation which the law casts on a person who, like the defendants, lawfully brings on his land something which, though harmless whilst it remains there, will naturally do mischief if it escape out of his land. It is agreed on all hands that he must take care to keep in that which he has brought on the land and keeps there, in order that it may not escape and damage his neighbours, but the question arises whether the duty which the law casts upon him, under such circumstances, is an absolute duty to keep it in at his peril, or is, as the majority of the Court of Exchequer have thought, merely a duty to take all reasonable and prudent precautions, in order to keep it in, but no more. If the first be the law, the person who has brought on his land and kept there something dangerous, and failed to keep it in, is responsible for all the natural consequences of its escape. If the second be the limit of his duty, he would not be answerable except on proof of negligence, and consequently would not be answerable for

escape arising from any latent defect which ordinary prudence and skill could not detect. . . .[3]

We think that the true rule of law is, that the person who for his own purposes brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it in at his peril, and, if he does not do so, is primâ facie answerable for all the damage which is the natural consequence of its escape. He can excuse himself by shewing that the escape was owing to the plaintiff's default; or perhaps that the escape was the consequence of vis major, or the act of God; but as nothing of this sort exists here, it is unnecessary to inquire what excuse would be sufficient. The general rule, as above stated, seems on principle just. The person whose grass or corn is eaten down by the escaping cattle of his neighbour, or whose mine is flooded by the water from his neighbour's reservoir, or whose cellar is invaded by the filth of his neighbour's privy, or whose habitation is made unhealthy by the fumes and noisome vapours of his neighbour's alkali works, is damnified without any fault of his own; and it seems but reasonable and just that the neighbour, who has brought something on his own property which was not naturally there, harmless to others so long as it is confined to his own property, but which he knows to be mischievous if it gets on his neighbour's, should be obliged to make good the damage which ensues if he does not succeed in confining it to his own property. But for his act in bringing it there no mischief could have accrued, and it seems but just that he should at his peril keep it there so that no mischief may accrue, or answer for the natural and anticipated consequences. And upon authority, this we think is established to be the law whether the things so brought be beasts, or water, or filth, or stenches.»

Efter denna motivering följer nu dess bekräftelse genom en 7 sidors lång ventilering av prejudikat, ofta rörande skada genom »cattle trespass». Det betonas, att det i princip icke kunde föreligga någon skillnad mellan »the extent of the duty cast on him who brings cattle on his land to keep them in, and the extent of the duty imposed on him who brings on his land water, filth or stenches» etc. Blackburn slutade med en erinran om, att den intagna ståndpunkten gjorde det överflödigt att bedöma frågan, huruvida svarandena vore »responsible for the want of care and skill in the persons employed by them».

Domen av Court of Exchequer Chamber fastställdes 1868 av lorderna.[4] För lordkanslern syntes principerna för sakens avgörande »to be extremely simple». Han anförde ordagrant med gillande hela sista stycket i det långa citatet här ovan från domaren Blackburn.[5] Dessförinnan hade han emellertid understrukit den rättsliga betydelsen av skillnaden mellan »natural» och »non-natural user» av fastigheten. Här förelåg det senare. Svarandena, sade han,

[3] Det borttransumerade finns återgivet nedan s. 364 n. 9.

[4] L. R. 3 H. L., s. 330—342.

[5] A. st. s. 339 f.

»might lawfully have used that close for any purpose for which it might in the ordinary course of the enjoyment of land be used; and if, in what I may term the natural user of that land, there had been any accumulation of water, either on the surface or underground, and if, by the operation of the laws of nature, that accumulation of water had passed off into the close occupied by the Plaintiff, the Plaintiff could not have complained that that result had taken place».

Lord Cranworth, den ende utom lordkanslern som särskilt yttrade sig, instämde med lordkanslern samt utlade själv kortfattat principen i följande ord, som fått betydelse för dess formulering i litteraturen:

»If a person brings, or accumulates, on his land anything which, if it should escape, may cause damage to his neighbour, he does so at his peril. If it does escape, and cause damage, he is responsible, however careful he may have been, and whatever precautions he may have taken to prevent the damage.»[6]

Anmärkningar till fallet Rylands v. Fletcher.

Vid bedömandet av denna dom måste nu först observeras, dels att svarandena befunnits vara »free from all blame», dels ock att den omständigheten, att de av dem för reservoarens byggande anlitade personerna brustit åt nödig aktsamhet, såvitt man kan förstå, varit utan all betydelse för domen. Denna skulle sålunda ha förblivit densamma, även om dessa personer varit lika mycket som svarandena själva »free from all blame». Det är med dessa utgångspunkter[7] — vartill ytterligare kommer, att icke heller käranden å sin sida ansetts på något sätt ha varit oaktsam — som domstolen tagit ställning till frågan, om rätten är sådan, att skadorna å kärandens gruva skola förbliva dennes förlust eller sådan

[6] A. st. s. 340. — Lord Cranworth underströk också mera än någon annan av domarna i denna sak ansvarets strikta natur, ehuru naturligtvis rättsideologiskt grundat. Vid bedömandet, sade han, huruvida en svarande är ansvarig gentemot en kärande för skada, som denne lidit, är frågan i allmänhet icke, huruvida svaranden handlat »with due care and caution», utan huruvida hans handlingar förorsakat skadan. (Cranworth angiver alltså strikt ansvar och icke skuld-ansvar såsom huvudregel!) Han åberopade härför Lambert v. Bessey, ref. i sir T. Raymonds Reports, King's Bench, och sålunda före 1684, alltså ungefär 200 år före Rylands v. Fletcher! Emellertid fann nu Cranworth doktrinen i Lambert v. Bessey »founded on good sense»: »For when one person, in managing his own affairs, causes, however innocently, damage to another, it is obviously only just that he should be the party to suffer. He is bound *sic uti suo ut non laedat alienum*. This is the principle of law applicable to cases like the present.» Rättvisemetoden framträder här i skarpa linjer trots frånvaro av skuld-grund. Angående den romerska frasen se nedan s. 430 ff.

[7] Salmond menar dock, att »negligence» å entreprenörernas sida skall anses utgöra en betingelse för domslutet. Se härom nedan. Hur denna Salmonds mening skall kunna förenas med hans uttalande, citerat här ovan s. 347 n. 1, är svårt att förstå.

att svarandena i stället äro ansvariga och sålunda ha att ersätta käranden förlusten.

Sin utredning till besvarandet av den frågan inleder domstolen med försöket att besvara spörsmålet, *hurudan den obligation är beskaffad*, som lagen lägger på en person i svarandenas läge under de förevarande omständigheterna. Intet tvivel kan råda därom, att domstolen vill giva uttryck åt den meningen, att ett svar på detta spörsmål verkligen gåve nyckeln till skadeståndsfrågans lösning. Icke heller är det tvivelaktigt, att den »law», varifrån obligationen skall emanera, är »common law», alltså vissa tänkta maximer, vilkas underlag väsentligen utgöres av de principer, som man menar ha kommit till uttryck i domsmotiveringarna i s. k. »leading cases». Om vi nu antoge, att »obligation» verkligen vore något annat än ett tomt ord, uppstode frågan, hur det vore möjligt, att dessa maximer skulle kunna föranleda, att en person belastades med en obligation. Den frågan kan förvisso icke besvaras. Nu veta vi ju emellertid, att det icke finns några obligationer, utan att dessa endast äro rättsideologiska effekter, i människornas rättsideologiserande fantasi uppbyggda på den inbillade materiella rättens objektiva böra, och sålunda fallande utanför verklighetens värld. Egentligen var det överflödigt att först resonera under antagande, att »obligationen» vore en realitet. Ty domstolens framställning giver ju vid handen, att den med »obligation» icke avser något annat än den rättsplikt, som lagen tänkes lägga på en person, alltså just effekten av den materiella rättens böranormer.

Vi veta emellertid också, att de situationer, som genom rättsideologien betraktas som obligationer, framför allt karakteriseras därav, att den obligerade kan på rättslig väg tvingas, därest han icke frivilligt betalar, att så göra.[8] En »obligationssituation» sådan som den förevarande kan överhuvud icke ha något annat kriterium än detta betalningstvång, bestämt med hänsyn till efter vissa principer beräknat belopp. Redan därav följer att domstolen icke kan vinna någon som helst hjälp, för skadeståndsfrågans bedömande, genom att söka fastställa »obligationen». Denna kan tvärtom, såvitt man har något reellt därmed i sikte, endast utrönas därigenom, att skadeståndsfrågan klareras.

Eftersom svarandena befunnits fria från all »skuld» och sålunda »fault-liability» är ur räkningen, har frågan för domstolen måst bli, huruvida icke »den av lagen på svarandena lagda obligationen» vore en »absolute

[8] Se härom bl. a. Obligationsbegreppet I, 2 § och s. 119 ff. Se även här nedan s. 518 ff. om den s. k. äganderätten i erfarenhetsmässig belysning. Vad där sägs kan analogt användas till belysning av realiteterna bakom »obligationen».

duty», vilket ju blott är en rättsideologisk omskrivning för det resultat domstolen kommit till, nämligen svarandenas strikta ansvarighet, d. v. s. skadeståndstvång fastän »all reasonable and prudent precautions» av dem vidtagits till förebyggande av vattnets utströmning till annans förfång. Domstolen besvarar emellertid — resonerande såsom om den ännu icke visste, vilken ståndpunkt som skulle intagas till ansvarsspörsmålet — frågan jakande: det är en »absolut duty», som i förevarande avseende vilar å svarandena. Domstolen hyser den meningen, att »the true rule of law» är sådan. Och grunden för denna mening? Den synes domstolen »on principle just». Denna motivering upprepas därefter icke en utan två gånger: »seems but reasonable and just»; »seems but just». Domstolen har sålunda hamnat i rättvisemetoden, vilket endast är en naturlig konsekvens utifrån domstolens rättsideologiska inställning.[9] Det har sitt intresse att ur denna synpunkt jämföra fallet med det förut behandlade Colls v. Home Colonial Stores. Även i denna senare »case» är ju den rättsideologiska inställningen oförtydbar, och rättvisemetoden framträder i avvägningen mellan ena partens »right to light» och den andras rätt att utöva sin »property», en avvägning som bl. a. tagit sig uttryck däri, att kränkningen av ljusrättigheten för att vara »actionable» måste vara kvalificerad som »nuisance». Men i dessa rättvisesynpunkter ha inblandats socialt betonade överväganden. I Rylands' case har rättvisemetoden mera renodlad tillämpats. Denna skillnad torde kunna förklaras, möjligen med tvenne skäl. Det ena, dock mera osäkert, är tidsavståndet mellan de båda fallen. När Colls' case dömdes hade rättsvetenskapen — alltjämt urståndsatt att begripa rättsideologiens logiskt nödvändiga stridighet mot varje hänsynstagande till sociala synpunkter och, följaktligen, dess oduglighet för en anpassning efter dessa — likväl överallt börjat att inmänga rättsideologien med vissa samhälleliga synpunkter. Det andra skälet är olikheten i de båda faktiska situationernas natur: i Colls' case göra sig de samhällsekonomiska synpunkterna omedelbart gällande på ett helt annat och mera pockande sätt än i fallet Rylands v. Fletcher.

Låt oss emellertid nu se, huru domstolen grundat sin mening, att det vore rättvist, att en »absolute duty» vilade å svarandena och att dessa följaktligen vore strikt ansvariga. Den ifrågavarande motiveringen kan sammanfattas i följande punkter. 1. Kärandens gruva, alltså hans egendom, har skadats utan någon bristfällighet i fråga om anordningar för gruvdriften och utan någon kärandens »blame». 2. Orsaken till skadan

[9] Jfr lord Cranworths uttalande ovan s. 351 n. 6.

utgjordes av vattenflöden från svarandenas reservoar på deras mark. 3. Detta vatten var något som icke enligt sakens natur fanns på svarandenas mark utan hade samlats där genom svarandenas egna åtgärder och »for their own purposes». 4. Ehuru detta vatten var ofarligt för käranden-grannen, så länge det hölls kvar på svarandenas mark, så visste dessa dock, att det skulle bliva fördärvbringande, om det icke hölls kvar utan flödade ut och kom in på kärandens egendom. 5. Utan i p. 3. nämnda åtgärder av svarandena skulle någon skada å kärandens gruva icke ha ägt rum. (Punkterna 2 och 3 innesluta visserligen sista punkten, som dock i domsmotiveringen upprepats i denna turnering.)

Att detta nu, såsom domstolen varit så angelägen framhäva, skall leda fram till det rättvisa i att »lagen kastat en absolut plikt» på svarandena och följaktligen i kärandens skadeståndsanspråk mot svarandena, oaktat dessa skola vara fullt lika »skuldfria» som käranden, kan man icke förstå, om man icke beaktar betydelsen ur rättsideologisk synpunkt av punkt 1. Genom skadegörelsen har kärandens »rättighet» kränkts. Men »rättighet» är något med kvalifikationen böra upprätthållas. Detta »böra» ligger där och verkar krav på gottgörelse, på det att — såvitt det överhuvud är möjligt — det uppkomna »rättstridiga tillståndet», d. v. s. »oemotsvarigheten mellan faktum och rätt» (jfr Sjögren, Rättstridighetens former, bl. a. s. 75 f. och s. 107) måtte utjämnas.[1] Sådan gottgörelse kunde väl icke komma i fråga, därest skadegörelsen varit »the consequence of vis major, or the act of God». Då förelåge icke ens någon »wrong». Men i vårt fall har skadegörelsen betingats av extraordinära åtgärder på *svarandenas mark*, utförda på *deras föranstaltande* och *for their own purposes*, allt under det att dessa svarande voro medvetna om skaderisken, därest vattnets »escape» skulle ske. En bestämd adressat för det av rättighets-börat verkade gottgörelsekravet föreligger därmed såsom genom omständigheterna ganska drastiskt utpekad.

Man har sålunda i denna dom förmenat sig tillämpa rättvisemetoden. Fastän svarandena icke ådragit sig någon skuld, har domstolen funnit, att kärandens, den för orätten utsatta partens, intresse att utfå ersättning måste på grund av omständigheterna uppskattas på ett annat sätt än svarandenas intresse att slippa betala skadestånd. Att rättvisekänslan i ett sådant fall kan giva detta utslag är otvivelaktigt. Men det är icke någon särdeles kultiverad känsla. Den är av samma slag, som när en pojke till en annan efter en gemensam olycka harmset utbrister: »det

---

[1] Att Sjögrens lära icke helt stämmer med resonemanget är en sak för sig, varom se Culpa-Regeln, s. 153 ff.

var i alla fall Din skuld», varvid »skuld» icke tages i moralisk mening utan blott så, att den andre pojkens handlingssätt faktiskt utgjort en betingelse för olyckan. Och man bör komma ihåg, att »das Gebilde der *Wiedervergeltung des Übels mit dem Übel*, vor allem in der grundlegenden Form der Talion oder der geordneten und abgemessenen Rache, die *hervorstechendste Erscheinung* innerhalb der anfänglichen *Gerechtigkeit* bildet».[2]

Den indirekta, säkerligen icke klart medvetna drivfjädern till domstolens rättviseresonemang, torde ha varit en känsla av det otrygga för en person i Fletchers läge, om icke en regel om skadestånd här gällde. Men hur skulle en regel, efter vilken Rylands m. fl. bleve ansvariga, kunna framstå som rättvis vid det förhållandet, att även Rylands m. fl. voro fria från all »blame»? I själva verket har domstolens rättvise-resonemang kommit att bestämmas av värderingar, vilka måste betraktas såsom rudiment från högst primitiva rättskänslor, utmynnande i kravet på vedergällning mot *orsakaren som sådan*, d. v. s. oberoende av all »skuld» å hans sida, till en »wrong», en rättskränkning. Låge icke dylikt i bakgrunden, vore det omöjligt — vid det förhållande, att svarandena ansetts exakt lika »skuldfria» som käranden — att på rättviselinjen komma fram till åsikten, att förlusten borde slutligen stanna på svarandena. Denna åsikt vore då ur rättvisesynpunkt helt och hållet godtycklig, även under antagandet att talet om kärandens »property» i rättsideologisk mening vore förnuftigt. Ty svarandena måste ju antagas ha en fullt lika betydelsefull äganderätt till de pengar, vilka måste användas för gäldandet av eventuellt skadestånd. Hur skulle nu rättvisan kunna kräva, att kränkningen av kärandens rätt till gruvan gottgjordes genom skadetvång å svarandena? Detta skadeståndstvång måste ju innebära kränkning av dessas äganderätt till sina pengar! Fordrar rättvisekänslan kompensation för rättskränkningen i förra fallet, så måste den även fordra det i senare fallet.[3] Man kan naturligtvis häremot icke invända, att det i senare fallet icke vore fråga om rättskränkning utan om verkställighet av laga dom på betalning. En sådan invändning innefattar en petitio principii, ty det gäller ju att i rättvisans namn just motivera en skadeståndsregel, som möjliggör domen i fråga. Med nutidens förfinade, genom kravet

---

[2] Del Vecchio, Gerechtigkeit, s. 57. Kursiveringarna gjorda här.

[3] Analogien blir kanske mera slående, om vi tänka oss, att svarandenas förmögenhetsställning varit sådan, att skadeståndsfordringen icke kunde uttagas annorlunda än så, att de tvingades avträda sin äganderätt till fastighet. Varför skola i rättvisans namn svarandena mera behöva tåla detta ingrepp i sin äganderätt till fastighet än kärandena ingreppet i sin motsvarande rätt till gruvan?

på skuld i subjektiv mening[4] på det moraliska planet sig rörande rättvisekänsla kommer man sålunda icke fram till det avsedda målet. Skall rättvisan här kunna anlitas, får den som sagt vara av primitivare art: »skulden» i gestalt av *orsaksbringaren såsom sådan* måste anlitas. Det är också denna »skuld» som träder fram mellan raderna i domsmotiveringen.

Skenbarligen paradoxalt nog är det emellertid just denna primitivitet i domstolens rättviseresonemang, som räddat domen och gjort den duglig som »leading case». Genom att dock bygga på den »oskyldiga» orsaken, bestående i på visst sätt farligt sysslande med ting på en grannfastighet till den skadade egendomen, har rättviseresonemanget här blivit så avfattat, att den därpå byggda domen näppeligen kunde medföra några mot god samhällsekonomi fientliga konsekvenser. I själva verket kan det väl diskuteras, huruvida icke själva domsresultatet skulle kunna motiveras med synpunkter, vilka äro förnuftiga och följaktligen helt och hållet fria från inflytande av några rättviseföreställningar. Under hänvisning till min utredning här nedan angående metod för en från rättsideologien frigjord konstruktiv rättsvetenskap vill jag helt kort antyda de frågeställningar, som enligt min mening borde komma till användning i en situation som den ifrågavarande.

En regel — enligt vilken en person i svarandenas ställning och under sådana faktiska förhållanden, som enligt utredningen förelågo i fallet Rylands v. Fletcher, bleve ansvarig — är icke sakligt motiverad, såvida icke dess uppehållande kan påvisas fullgöra en socialt nyttig funktion.[5] För att utröna hur det i sådant avseende förhåller sig måste först beaktas — vad jag så ofta påpekat men nu icke kan närmare utföra — att skadeståndsrätten icke blott vid den s. k. culpa-regeln utan även eljest faktiskt utövar funktionen att stimulera människorna i samhället till en viss känsla av trygghet och att därigenom möjliggöra allmän produktion och annan företagsamhet, framför allt en allmän omsättning av nyttigheter. Omedelbart sett är det sålunda fråga om den allmänna tryggheten i samhället. Det säger sig självt, att skadeståndsrättens upprätthållande måste ha särskild betydelse såsom bidragande till tryggheten i en s. k. ägares position.[6] Med hänsyn härtill kan spörsmålet — såvitt det rör sig om skadegörelse å annans egendom — också formuleras sålunda:

---

[4] Att detta krav sedan icke kan vidhållas och att man ser sig nödgad laborera med skuld såsom innefattande bristande åt en standardiserad, d. v. s. objektivt fixerad aktsamhet, är ju något som icke tillhör den etiskt förnämliga uppläggningen.

[5] Se härom nedan s. 549 ff.

[6] Se härom nedan s. 521 f. och s. 525.

hur bör skadeståndsrätten lämpligen vara anordnad för att på bästa sätt tillgodose behovet ur social synpunkt av trygghet i en ägares position? Denna formulering torde dock icke ha praktisk betydelse i hithörande undersökningar annat än i vissa situationer.

I anslutning till det sagda torde det vara lämpligt att först beakta, att en här tillämplig skadeståndsregel — låt vara att utredningen i saken icke utvisar annat, än att svarandena iakttagit nödig aktsamhet vid byggandet av vattenreservoaren — icke desto mindre skulle kunna tänkas utöva en nyttig inverkan på handlingssätten till förebyggande av fördärvbringande olyckor av förevarande art. Det finns alltid logiskt den möjligheten, att bristande aktsamhet förelegat, fastän utredningen visat motsatsen. Vidare uppstår frågan, om det icke vid företag av denna art vore ur allmän synpunkt önskvärt, att personen iakttoge en ännu strängare omsorgsfullhet än den, som täckes av vad man hitintills avser med normal aktsamhet (= frihet från »skuld»). Om svaranden, när schakten under reservoaren upptäcktes, hade insisterat på djupare gående grävningar eller forskningar angående gruvdrift på platsen i flydda tider, så skulle olyckan kanske icke ha inträffat. Uppehållandet av en regel om strikt ansvar är givetvis ägnat att egga en person till den yttersta aktsamhet till förebyggande av skada, ty han vet att han icke ens genom exkulpering kan undgå ansvaret.

Häremot kan icke invändas, att resonemanget leder till den konsekvensen, att culpa-regeln över hela linjen måste försvinna och ersättas av det strikta ansvaret. Ty resonemanget förutsätter en situation av viss olycksdiger karaktär. Det strikta ansvaret kan i jämförelse med culpa-regeln ur social synpunkt mycket ofta befinnas vara tveeggat. Den omsättningsbefrämjande trygghet som med det strikta ansvaret åsyftas, kan tänkas vunnen på en väg, som medför otrygghet — i sin tur föranledande extraordinär försiktighet, kanske pedanteri — å deras sida, som riskera ansvaret i fråga. Deras händer kunna således bli bundna på ett mer eller mindre omsättningshämmande sätt. Det är detta som i allmänhet motiverar ansvarets begränsning i enlighet med culpa-regeln. Men när situationen utmärker sig på ett särskilt sätt — såsom i vårt fall genom att olyckan om den inträffar kan bli så ödesdiger — kan det strikta ansvaret ur nu berörda synpunkter tänkas motiverat.[7] Jag påstår ingalunda, att en fördjupad undersökning ovillkorligen på denna linje skulle föra oss till antagandet av strikt ansvar. Jag har endast velat utveckla frågeställningen. Särskilt synes det vara möjligt, att man i nu förevarande

[7] Jfr ovan s. 169 ff.

avseende skulle kunna finna det lämpligast att stanna vid ett strikt ansvar av annat slag: man svarar blott för de anlitades (här ingenjörens och entreprenörernas) culpa.[8]

Även om sålunda nu berörda överväganden ensamma icke kunde leda till ansvarighet i situationer av förevarande slag, är det likväl icke uteslutet, att sådan ansvarighet kunde anses vara uttryck för en regel, som hade en social funktion att fylla. Uppehållandet av en ansvarsregel kan ha betydelse för den allmänna tryggheten på annat sätt än genom att verka prevenerande mot skadegörelser.[9] Det allmänna medvetandet om att inträffad skada å egendom i vissa situationer medför skadeståndsanspråk är naturligtvis ägnat att stärka en persons känsla av trygghet i sin ställning som ägare — och detta jämväl om man helt bortser från skaderegelns betydelse ur preventionssynpunkt.[1] Det kan vidare vara ett samhällsekonomiskt intresse, att en ägares position medelst lagens hjälp göres tryggare gentemot vissa skadegörelser än gentemot andra. På detta sätt kan man få användning för den formulering, som nyss gjordes, med frågan ställd så, hur skadeståndsrätten lämpligen anordnas för att på bästa sätt tillgodose behovet ur social synpunkt av trygghet för en s. k. ägare gentemot skadegörelser av sådan art och under sådana förhållanden, som framgå av utredningen i fallet Rylands etc. A använder sin fastighet för gruvdrift eller annan industri och genom handlingar föranstaltade av grannen B på dennes mark uppstår fara för industriens ödeläggelse. Kan man icke ifrågasätta, huruvida det icke vore en social angelägenhet, att A gent emot på detta sätt inträffade skador kunde känna den trygghet, som uppstode genom medvetandet om att kunna välta förlusten över på B, såvitt dennes tillgångar förslå därtill? A själv saknar ju alla möjligheter att förebygga sådana olyckor! Finns det överhuvud några möjligheter att förebygga dem, så äro de på B:s sida. Därmed tränger sig dock skadeståndets prevenerande funktion, trots allt, åter fram och vi finna, huru i *detta* fall denna funktion — också om den med hänsyn till våra utgångspunkter, B:s fullständiga frihet från »skuld» och situationens beskaffenhet i övrigt, synes ha mindre praktisk betydelse — även här, liksom vid »skuldansvaret», samverkar med betydelsen för en ägares trygghet genom skadeståndets blott ersättande funktion

---

[8] Man bör lägga märke till, att en sådan ansvarsregel låge helt utanför *respondeat superior* såsom uttryck för »master's liability for the acts of his servant». I Rylands' fall är det icke fråga om »servants» utan »independent contractors». Härom senare.

[9] Se Culpa-Regeln, s. 107 ff.

[1] Jfr nedan s. 525.

till en motivering för antagandet av B:s strikta ansvarighet i mening av ansvarighet oberoende av både egen och anlitades culpa.[2]

Med ovanstående har jag, som sagt, endast velat antyda de frågor, som i ett sådant ämne som detta enligt min mening äro att diskutera. Visserligen har jag den åsikten, att skadeståndsrätten lämpligen bör vara så inrättad, att en person i svarandenas läge i Rylands' fall blir ansvarig för den inträffade skadan. Men jag vill icke bestämt ha såsom min mening uttalat, att han borde vara ansvarig, även med den i domsmotiveringen med all sannolikhet intagna utgångspunkten, att jämväl »the persons employed by them» (ingenjören och entreprenörerna) varit »free from all blame».

Rylands v. Fletcher i judikatur och litteratur.

Den principiella innebörden av denna »leading case» har sammanfattats sålunda:

»The occupier of land who brings or keeps upon it anything likely to do damage if it escapes is bound at his peril to prevent its escape, and is liable for all the natural and probable consequences of its escape, even if he has been guilty of no negligence.»[3]

Då Salmond, författaren av de citerade orden, betraktar den ifrågavarande skadegörelsen såsom en »nuisance», torde redan därför denna av honom formulerade sammanfattning anses begränsad till skada, uppkommen därigenom, att vad som har »escaped» kommit in på annans »land» och därigenom vållat skadan.[4] Längre kunna väl icke heller domspremisserna anses sträcka sig.[5]

[2] Jfr angående sakligt betonad motivering till skuldansvaret, Culpa-Regeln, s. 104 ff. — I detta fall kunde vi sålunda icke komma ifrån den prevenerande synpunkten. Till undvikande av oklarhet angående min i texten antydda mening må emellertid nämnas, att vid »nuisances» i vissa fall (t. ex. rök, dåliga lukter, buller etc. från industriell drift) det strikta ansvaret kan vara sakligt motiverat, fastän den prevenerande synpunkten måste anses såsom kanske helt och hållet reducerad.

[3] Salmond, s. 227. Jfr lord Cranworths formulering, ovan s. 351.

[4] Jfr ovan s. 332 n. 1. — »The detailed illustration of the rule in Rylands v. Fletcher, as governing the mutual claims and duties of adjacent landowners, belongs to the law of property rather than to the subject of this work» (underförstått: som ju är »law of torts»), säger Pollock, s. 505.

[5] Ända in på 1900-talet torde principen i Rylands' fall ha betraktats som »a special rule about adjacent landowners». Numera anses den emellertid användbar också »between parties who have no estate or interest in the soil, but only a licence to lay and use underground mains and cables». Se Pollock, s. 507. — Vi skola dock sedermera finna, att principen tidigt ansetts ha användning icke blott mellan »adjacent occupiers» utan även mellan »upper and lower occupiers» (d. v. s. mellan innehavarna av skilda våningar i ett hus).

Skadegörelsen i Rylands' fall kan uppenbarligen icke betraktas såsom »trespass». Den är ju icke en »direct» utan blott »consequential injury». Vidare rör det sig om en störning, icke i »the possession of land», utan »the enjoyment of land». Följaktligen ledes tanken på sakens ingruppering under »nuisances». I själva verket förefaller det med den föreställning, som en »outsider» kan ha om det engelska »tort»-systemet, vara ganska naturligt att hänföra det hithörande rekvisitet under »nuisance». Resonemanget i domen stöder väl icke en sådan tanke men förefaller ganska neutralt gentemot densamma. Där sidoordnas »filth» och »stenches» (inkl. »fumes and noisome vapours») med »water». Men skada genom dylikt behöver icke alltid vara »nuisance», nämligen icke om det skett tillfälligt. Det är sant, som jag nyss nämnt, att Salmond behandlar fallet Rylands under »nuisances». Pollock åter är av annan mening. Väl medger han, att »in part the case is assimilated to that of a nuisance». Men han betvivlar, att en isolerad olyckshändelse kunde betraktas som en »nuisance», hur fördärvbringande den än varit i sina resultat.[6] Pollock menar att domen i Rylands' fall är uttryck för en

[6] Pollock, s. 506. Hans mening synes vara, att, även om dess konsekvenser kunna betraktas som en »nuisance», så vore likväl »an isolated accident» icke »actionable» såsom en »nuisance». I Pollocks klassificering av »nuisances» synes det vara »annoyance», som av honom kunde ifrågasättas inbegripa något sådant, som avses i Rylands' fall. Men vi ha förut, s. 336 f., sett att »annoyance» enligt Pollock måste bestå i »the continuous doing of something» etc. Pollocks avvisande av Rylands' fall från »nuisance»-kategorien beror sålunda på en konsekvent genomförd tanke. I hans framställning av »nuisances» är Rylands' fall överhuvud icke nämnt. Såsom »nuisance»-begreppet i »common law» har utbildats, förutsättes nog för detsamma, att skadan är »continuous» eller i allt fall »constantly recurring». Hade vattnet från reservoaren blott »seeped or trickled into the plaintiff's close, there would have been a common-law nuisance». Se Harper, Treatise, s. 337. (Se även uttalandena i Booth v. Rome etc. nedan å s. 386 n. 2.) För detta har naturligtvis Salmond icke varit blind. Varken Court of Exchequer Chamber eller House of Lords satte Rylands' fall i direkt förbindelse med »nuisance». Likväl är det tydligt, såsom Harper säger, s. 336, att »the judges who decided the case of Rylands v. Fletcher, did not regard the case as deciding any new or novel proposition of law». Harper erinrar om att lordkanslern betraktat den tillämpade principen såsom »extremely simple». I själva verket ser man också, hur domaren Blackburn både i själva domsmotiveringen och i sin överblick av föregående »cases» finner stöd för sin ståndpunkt i det strikta ansvaret för »cattle trespass». Här gav man, som vi förut sett, upp ett väsentligt kriterium för trespassbegreppet. Vad som följdriktigt skulle ha varit »action on the case» betraktades såsom »action of trespass» med dennas ursprungliga innebörd såsom avseende jämväl »strict liability». Ansvaret för »cattle trespass» kan nu vis à vis Rylands' fall sägas ha befunnits utgöra tillämpning av en vidsträcktare princip, innefattande strikt ansvar jämväl för skada, härledande sig från grannfastighet, under i Rylands' fall föreliggande omständigheter. (Jfr Musgrove v. Pandelis, behandlat här nedan s. 424 ff.) För detta har Salmond blicken fullt öppen, såsom framgår av hans arbete, s. 230 not e. Men han har opponerat emot behandlingen av »cattle trespass» såsom »trespass» i stället för »case» (se ovan s. 317 n. 8) och menat, att det borde hänföras till »nuisance». Det ligger då nära till hands att hänföra även skadegörelsen i Rylands' fall till »nuisance»,

rättsprincip om en särskild »absolute duty» å svarandens sida. Åsidosättandet av denna plikt medförde följaktligen strikt ansvar. Pollocks sätt att sålunda se fallet (jämte åtskilliga andra företeelser med strikt ansvar[7]) under rubriken »duties of insuring safety» är, såsom vi strax skola finna, av utpräglat rättsideologisk art. — Ingenstädes har jag funnit något försök att motivera den på domen i Rylands v. Fletcher grundade skadeståndsregeln med klart förnuftiga överväganden. I allmänhet endast konstaterar man regeln och utlägger dess innebörd, stundom med erinringar om att den innefattar ett alltför rigoröst ansvar.[8] Pollock hör

låt vara att därmed, likaväl som i fråga om »cattle trespass», den gängse föreställningen om kontinuiteten i en »nuisance» kunde trädas för nära. (Vad judikaturen angår finner man icke sällan i en och samma »case» argumentationer med »precedents» avseende ansvar än för »nuisance» och än enligt Rylands v. Fletcher. I fallet Hoare & Co. v. McAlphine rörde det sig om ansvar för skada genom vibrationer på grund av pålning å en tomt i hjärtat av city. Där androgos icke blott Rylands v. Fletcher och »cases» avseende principen i denna dom utan även »nuisance-cases». Se L. R. 1923, 1 Chancery Division, 167. Och domaren Astbury uttalade bl. a.: »In my judgement Rylands v. Fletcher applies in this case, though I do not wish to be understood as indicating that the law as to legal nuisance may not also be applicable», a. st. s. 175.) I själva verket har Salmond, innan han gått in på Rylands v. Fletcher, bestämt begreppet »nuisance» i rättslig mening så vidsträckt, att därunder måste falla även vad som är hänförligt under Rylands' case. Han skriver nämligen följande, s. 217: »Nuisance is commonly a continuing wrong — that is to say, it commonly consists in the establishement or maintenance of some state of things which continuously or repeatedly causes the escape of noxious things on to the plaintiff's land (e. g. a stream of foul water, or the constant noise or smell of a factory). An escape of something on a single occasion, however harmful and wrongful (e. g., the escape of water from the bursting of a reservoir), would not in common speech be termed a nuisance. This distinction, however, is not one which admits or requires any legal recognition for the purposes of the law of nuisance. All wrongful escapes of deleterious things, whether continuous, intermittent, or isolated, are equally to be classed as nuisances in law; for they are all governed by the same principles.» Såsom i en del andra avseenden, särskilt på »nuisance»-området, synes dock Salmond även här stå tämligen ensam med sin ståndpunkt. Stallybrass återgiver emellertid det citerade uttalandet oförändrat. Se Salmond—Stallybrass, s. 232 f. — Winfield menar (i sin argumentation för att det var en ny princip, som Exchequer Chamber »laid down» i Rylands v. Fletcher), att »nuisance was not applicable because a man was not at that date (1866—1868) clearly recognised as liable for the nuisances of his independent contractor», Text-Book s. 523. Detta kan jag icke förstå. Svarandenas handlingssätt utgjorde dock betingelse för skadegörelsen i Rylands' fall, och ansvaret för »nuisance» förutsätter icke »negligence» vare sig hos svaranden eller hans »servants»! — Man torde böra lägga märke till citaten nedan från Harper och domen i Losee v. Buchanan å resp. s. 379 och s. 381 här nedan. Här skiljes tydligen skarpt mellan nuisance och rekvisitet i Rylands v. Fletcher; vilket helt naturligt sammanhänger med den kritiska inställningen i U. S. A. gentemot Rylands v. Fletcher. — Hur vagt nuisance-begreppet är framgår av dess beskrivning i det amerikanska fallet Booth v. Rome etc.; se nedan noten å s. 386 f.

[7] Se ovan s. 275.

[8] I Amerika synes den åsikten förhärskande, att man i Rylands v. Fletcher gått till överdrift i fråga om strikt ansvar. Se härom nedan s. 378 ff.

dock till dem, som sökt angiva de synpunkter, med vilka en sådan rättsregel skulle vara motiverad. Hans åsikt kan sammanfattas sålunda.

När man företager sig något, som kan innefatta risk för ens medmänniskor, så svarar man i allmänhet »for the conduct of that undertaking with dilgence proportioned to the apparent risk». Härifrån givas undantag i två riktningar. Man kan vara fri från ansvar, fastän man kunnat förutse, att annan skulle lida skada: den driftige affärsmannen blir t. ex. icke ersättningsskyldig för den vinstminskning, som han förorsakat en konkurrent. Här är det emellertid nu fråga om undantag i andra riktningen: »a stricter duty» har lagts på den handlande. Pollock skriver härom:

»The ground on which a rule of strict obligation has been maintained and consolidated by modern authorities is the magnitude of the danger, coupled with the difficulty of proving negligence as the specific cause in the event of danger having ripened into actual harm. The law might have been content with applying the general standard of reasonable care, in the sense that a reasonable man dealing with a dangerous thing — fire, flood-water, poison, deadly weapons, weights projecting or suspended over a thoroughfare, or whatsoever else it be — will exercise a keener foresight and use more anxious precaution than if it were an object unlikely to cause harm, such as a faggot, or a loaf of bread. A prudent man does not handle a loaded gun or a sharp sword in the same fashion as a stick or a shovel. But the course adopted in England has been to preclude questions of detail by laying down positive duties. The law takes notice that certain things are a source of extraordinary risk, and a man who exposes his neighbour to such risk is held answerable to his neighbour as an insurer against consequent mischief.»[9]

De tre första punkterna i detta uttalande kunna förefalla tyda på en från rättsideologien befriad inställning till den behandlade frågan. Så förhåller det sig dock icke. Detta förstår man redan därav, att hela resonemanget är till för att ventilera frågan, om lagen här nöjer sig med att »impose a duty» till iakttagande av normal aktsamhet eller om »a stricter duty has been imposed». Vidare finns ingen antydan om, att frågan vore att skärskåda ur synpunkten, vilken betydelse uppehållandet av en så eller så beskaffad skadeståndsregel kunde ha för det allmänna. Det är den vanliga rättvisemetoden, som dirigerar resonemanget. Det

[9] Pollock, s. 500 f. — I fortsättningen heter det omedelbart: »The extent of the duty thus imposed, and of the allowable excuses, are varied according to the nature of the risk. All these cases have the feature of insurance in common; that is, responsibility goes beyond the general duty of reasonable care in the conduct of a man's affairs which is broken only by some culpable act or default of himself or his servants in the course of their employment.» Vad det — utom situationen i Rylands v. Fletcher — är för fall som åsyftas framgår ovan, s. 275 ff. Se även nedan s. 461.

förstår man, dels därav att Pollock i fortsättningen senare tydligt låter förstå, att det är rättvisesynpunkter mot bakgrunden av vilka Rylands' fall är att granska[1], dels därav att första punkten uppenbarligen innesluter samma resonemang som den franska riskteorien[2].

Men även om Pollock här skulle — fastän han icke säger det — ha avsett att dryfta frågan med hänsyn till en hithörande skadeståndsregels sociala funktion, dess bidrag till förebyggande av skadegörelser och till ökning därutöver av tryggheten i samhället genom att åstadkomma det allmänna medvetandet om ersättningsanspråk, skulle hans ståndpunkt dock ha varit föga vetenskaplig. Ty en vetenskaplig sådan låter sig sannerligen icke förena med att betrakta den hithörande skadeståndsrätten ur synpunkten av »duties of insuring safety», som ingenting annat är än rättsideologiska fiktioner. Det finns intet tankeinnehåll i Pollocks föreställning, att »the rule laid down» i fallet Rylands v. Fletcher skulle »cast the responsibility of an insurer» på svaranden.[3] Förvisso kan en sådan föreställning icke ens ur engelskrättslig synpunkt betraktas såsom saklig, i det att den engelska rätten skulle kunna sägas faktiskt godtaga en sådan ståndpunkt. En absurditet upphör icke att vara detta, därför att den tilläventyrs godkändes av engelsk rätt. Vad som är logiskt omöjligt, det är logiskt omöjligt, också i England.

Den sista punkten i citatet från Pollock synes mig ha ett särskilt intresse. Jag åsyftar nu icke den allmänna rättsideologiska inställningen, enligt vilken »the law imposes duties». Pollocks resonemang tycks utgå ifrån, att »lagen», när den pålägger dessa plikter i ett fall som det föreliggande, icke vore i stånd att göra detta utifrån situationen, sådan som den verkligen föreligger. Denna måste först transformeras så, att svaranden kan göras ansvarig »as an insurer against consequent mischief». Det är här alls icke fråga om någon mindre väsentlig punkt i Pollocks framställning utan tvärtom. Hela utredningen utföres under rubriken »Duties of insuring safety». Detta är rättsideologien så att säga i förtätad gestalt. Att rätten pålägger folk plikter innefattar ju den vanliga serien av rättsideologiska fiktioner. Men dessa fiktioner vågar man sig här icke på, förrän man har tillskapat något i den föreliggande faktiska situationen genom en särskild fiktion: fiktionen om svarandens garantiåtagande. Saken är egentligen högst kuriös. Att uppehållandet av en så eller så beskaffad skadeståndsregel kan vara av betydelse för aktsamheten i folks handlingssätt och överhuvud för den allmänna tryggheten — det

[1] Pollock, s. 506 ff.
[2] Jfr sammanfattningen av denna ovan s. 114.
[3] Pollock, s. 505 f.

skall »i lagens ögon» icke ha någon betydelse. För att tillfredsställa »lagen» måste man blott röra sig med imaginära storheter och slutligen helt sanningslöst se på svaranden såsom vore han »an insurer». Vore »the law» verkligen sådan, som man föreställer sig, vore den ju ett socialt monstrum med sin fientlighet mot de sociala realiteterna, med sin intolerans mot sanningen och sin förfalskning av hela läget.[4]

Ett försonande drag finns där väl dock. Den verklighetsfrånvända attityden är uppenbarligen åsyftad för att om möjligt få skadeståndstvånget baserat på »substantial justice»: Har svaranden »insured against mischief», då har han ju *lovat* att betala och då måste hans ansvarighet vara materiellträttsligt lika grundad och sålunda lika rättvis, som om det hade sin grund i hans »skuld». Det egendomliga är blott, hur något, som är i sig själv »unjust», kan bli »just» genom fiktioner.

Trots Pollocks bemödanden att med dessa fiktioner söka försvara domsprincipen har denna alls icke hans sympatier. »The actual result», säger han, »has been a scheme of graduated liabilities, which it is hard to approve on any ground of substantial justice or practical convenience».[5] Han erinrar vidare om den åsikt, Salmond givit uttryck åt, nämligen att tillämpligheten av principen i Rylands v. Fletcher icke skulle komma i fråga, »where there has been no negligence on the part of any one», tilläggande Pollock: »I should be glad to think so if I could.»[6]

Vad nu denna sistberörda åsikt av Salmond angår, så innefattar den naturligtvis icke att någon »negligence» måste föreligga, för vilken svaranden, oberoende av principen i Rylands' fall, vore ansvarig efter »common law», utan blott att situationen måste vara sådan, att *någons*[7] »negligence» måste vara utredd såsom orsak till skadegörelsen[8]. Nu förhöll det sig faktiskt så i Rylands' fall, att skadegörelsen befanns ha berott på »negligence» å deras sida, som byggde reservoaren. Detta kan dock icke tillmätas någon betydelse, alldenstund domstolen, såsom vi sett, förklarat sin ståndpunkt göra det överflödigt att bedöma frågan, huruvida svarandena vore »responsible for the want of care and skill in the persons employed by them».[9] Detta synes oförtydbart visa, att

[4] Pollocks syn på denna sak har uppenbarligen anhängare. Se t. ex. Holdsworth, VIII, s. 468.

[5] S. 507.

[6] S. 507 not o.

[7] Såsom vi strax skola se vems som helst utom en »stranger's». Från eventuell »contributory negligence» å kärandens sida bortses naturligtvis.

[8] Se Salmond, s. 239 f.

[9] Domstolen dömde ju, såsom framgår av domaren Blackburns yttrande (ovan s. 349 f.) utifrån alternativet, att rätten på en person i svarandenas ställning »casts an absolute duty to keep it in at his peril». Man förkastade sålunda alternativet, att rätten

domsresultatet skulle ha blivit detsamma, därest skadan inträffat även om entreprenörerna handlat med tillbörlig aktsamhet. Och det är icke riktigt, när Salmond säger, att svarandena såsom ägare av reservoaren gjordes »vicariously liable» för »the negligence on the part of the contractors by whom the reservoir was built». Salmond tycks emellertid stödja sin åsikt på den utläggning av principens innebörd, som företagits i en dom några år senare i fallet Nichols v. Marsland.[1] Svaranden var ägarinna till en herrgård, varå (redan före hennes tid) funnos tre konstgjorda, i viss förbindelse med varandra stående »lakes» eller »pools», uppdämda från en ström som flöt genom ägorna. Under »a terrible thunderstorm, accompanied by heavy rain» — varande »the rainfall greater and more violent than any within the memory of the witnesses» — brötos fördämningarna och vattenmassorna störtade ut i strömmen, som i sin häftighet ryckte med sig en del broar tillhörande grevskapet. För dettas räkning fördes nu skadeståndstalan mot ägarinnan. Juryn fann, att ingen »negligence» förelegat vare sig i byggandet eller underhållningen av dammarna. Visserligen kunde möjligen skadan ha förebyggts, om översvämningen kunde ha förutsetts. Men fördämningarna voro tillräckligt effektiva »for all events that could reasonably be anticipated, the particular storm having been of such excessive violence as to be properly called vis major or an act of God». Domaren i första instans — som menade att »the rainfall, though extraordinary and unprecedented, did not amount to vis major» — fann principen i Rylands v. Fletcher tillämplig och biföll käromålet. Svaranden friades emellertid av »Court of Exchequer». Här uttalades att saken fullständigt skilde sig från Rylands v. Fletcher. I den sistnämnda hade svaranden själv — låt vara att han icke visste det — »poured the water into the plaintiff's mine». Men i förevarande fall hade svaranden endast »brought it to a place whence another agent let it loose». Med »another agent» avsåg domstolen »the act of God or a vis major», visserligen icke »in the sense that it was *physically* impossible to resist it, but in the sense that it was *practically* impossible to do so». Distinktion angående tillkomsten

---

å person lägger »merely a duty to take all reasonable and prudent precautions, in order to keep it in, but no more». Men om, säger Blackburn i ett stycke, som jag icke medtog i det långa citatet, sist berörda alternativ voro »the correct view of the law», *då* skulle ytterligare den frågan ha uppstått, »whether the defendants are not so far identified with the contractors whome they employed, as to be responsible for the consequences of their want of care and skill in making the reservoir in fact insufficient . . .»

[1] L. R. 1875, 10 Ex. 255 (domen av Court of Exch.) samt L. R. 1876, 2 Ex. Div. 1 (domen av Court of Appeal). Salmond citerar egendomligt nog blott domen av Court of Exchequer. Fallet är refererat hos Kenny, Cases, s. 606 ff., samt Campbell, Ruling cases I, s. 262 ff.

av »another agent» i ena men icke det andra fallet är icke hållbar. Även i Rylands' fall var det »another agent», som förorsakade vattnets inflöde i kärandens gruva, nämligen den s. k. tyngdkraften, väl lika mycket »an act of God», som ett stormigt skyfall. Nu torde domstolen dock mena, att tyngdkraften icke är att betrakta såsom en särskild »agent» utan såsom införlivad i svarandens egen handling. Men detta blir inkonsekvent, såvitt — såsom i Rylands' fall — svaranden, trots »due care and caution», icke hade någon aning om tyngdkraftens effekt i fallet. Att nu icke låta tyngdkraften spela rollen av »another agent» likaväl som det stormiga skyfallet kan icke förklaras annorlunda än genom de primitiva synpunkter som här förut, s. 354 ff., betonats, vilka leda till kravet på vedergällning mot själva orsakaren såsom sådan till en »wrong».

Emellertid appellerade grevskapet genom sin talesman till Court of Appeal. Denna gjorde dock ingen ändring. Den ansåg, att här förelåg en rättsfråga, som lämnats oavgjord i Rylands v. Fletcher, nämligen huruvida svaranden kunde »excuse herself by showing that the escape of the water was owing to vis major, or, as it is termed in the law books, the 'act of God'».[2] Domstolen fann, att svaranden vore berättigad till sådan »excuse» av den anledning, att detta att fylla vatten i en reservoar icke vore »in itself wrongful». Det vore vattenfyllningen i förbindelse med »the allowing or causing the water to escape», som, därest skada inträffade, »constitutes a wrong». Svaranden kan inte, menade domstolen, egentligen sägas ha »caused or allowed the water to escape, if the act of God (or the Queen's enemies) was the real cause of its escaping without any fault on the part of the defendant». Domstolen fann vidare, åberopande sig på juryns utslag, att svaranden hade »made out that the escape of the water was owing to the act of God». Därmed stod domen av »Court of Exchequer» fast.

Sedan Salmond med stöd av senare »cases» framhävt, att principen i Rylands' fall icke är tillämplig, om skadan förorsakats av en »stranger» — t. ex. en »trespasser» eller annan som »wrongfully and without the defendant's authority causes the escape of dangerous things from those premises»[3] — uttalar han med stöd av domen av »Court of Exchequer» i Nichols v. Marsland följande. Regeln i Rylands' fall innefattar, att

[2] Blackburn säger, som vi sågo ovan s. 350, att en svarande »perhaps» skulle kunna »excuse himself» genom att visa, »that the escape was the consequence of vis major or the act of God». Han fann dock ingen anledning att i fallet dryfta den frågan.

[3] Det fall, som här i främsta rummet plägar anföras, är Box v. Jubb. Översvämning från svarandens vattenreservoar hade orsakats därav att en tredje person hade tömt sin reservoir i ett vattendrag, som matade svarandens. Därför frikändes denne. Se L. R. 1879, 4 Ex. D. 76.

innehavaren av en fastighet svarar för »the escape of dangerous things», om denna förorsakats genom »negligence» av »servants, independent contractors, members of his family, or licensees», d. v. s. av vem som helst, som icke är en »stranger».[4] Finns åter icke »negligence» hos någon dylik person, då — detta utvisades av Nichols v. Marsland — måste fastighetsinnehavaren vara fri från ansvar. Jag har redan påpekat, att denna tolkning synes stå i direkt strid med uttalandena i Rylands' fall. Icke heller kan den ha stöd i Nichols v. Marsland. Också tilldelar Pollock, efter att ha betonat »the unquestioned authority of Rylands v. Fletcher», fallet Nichols v. Marsland endast den betydelsen att ha »practically empowered juries to mitigate the rule whenever its operation seems to harsh».[5]

Salmond synes mig stå ganska isolerad med sin åsikt, som jag icke funnit företrädd hos någon annan auktor.[6] Holdsworth formulerar principen så, att en person i situationen i fråga handlar »at his peril» och kan blott försvara sig med »vis major, or the fact that the damage is caused, not by his own act, but by the act of the plaintiff or of a third person with whom he is in no way connected».[7] — Campbell belyser frågan om »plikten» för en person, som bygger »a reservoir of water not necessary for the ordinary cultivation of his land», genom att ytterligare indraga det nyss berörda fallet Box v. Jubb (1879). Resultatet blir följande. Enligt Rylands v. Fletcher är han bunden, »at all events, to restrain the water from escaping so as to damage». Genom Nichols v. Marsland modifieras detta till »at all events, excepting the act of God

[4] Salmond, s. 240. — Både »servants» och »independent contractors» komma under begreppet »agents». Skillnaden mellan dem beror på, om arbetsgivaren har »rätt» att övervaka, kontrollera och dirigera arbetet eller icke, sålunda i det hela på om vad vi kalla tjänstelega föreligger eller uppdraget är av annan art, då särskilt vårt arbetsbeting. Se härom nedan s. 472 ff. För »negligence» av »servants» svarar arbetsgivaren redan enligt doktrinen »respondeat superior», varom nedan. — »Licencee» torde ha den mest vidsträckta betydelse, avseende vem som helst som med fastighetshavarens uttryckliga eller tysta medgivande uppehåller sig på fastigheten, utan att kunna åberopa någon särskild »rättstitel» för bruk eller dylikt av fastigheten. »That consent which, without passing any interest in the property to which it relates, merely prevents the acts for which consent is given from being wrongful, is called licence», säger Pollock, s. 392. Detta är enligt Winfield, Text-Book, s. 353, den bästa definitionen »for the purposes of trespass», och då måste den även vara det i förevarande sammanhang.

[5] Pollock, s. 510.

[6] Det synes vara väl på sin plats att här till belysning av Salmonds ståndpunkt erinra om hans deklaration i företalet till sitt arbete. Se därom ovan s. 246. — Stallybrass har givetvis icke gått in för Salmonds tolkning av Rylands v. Fletcher såsom blott avseende »vicarious liability» (ansvar för andras »negligence»). Se Salmond—Stallybrass, s. 590 ff.

[7] Holdsworth, VIII, s. 468.

(vis major) or the King's enemies». Slutligen leder domen i Box v. Jubb till att svaranden (under förutsättning att han fullgjort »an absolute duty to construct and maintain a reservoir capable of holding the water under all circumstances reasonably to be anticipated») kan ursäkta sig även med att skadan berott på handling av annan person, över vilken han icke har någon kontroll[8], d. v. s. — för att tala med Salmond — »a stranger».

Var och en av dessa tre författare uttala sålunda en mening, som är oförenlig med Salmonds åsikt, att svaranden icke vore »liable», därest såväl han själv som hans »servants», »independent contractors» och alla andra icke-»strangers» vore fria från »negligence». Och det är tydligt, att andra engelska auktorer — även om de icke uttala sig så expressivt som Pollock, Holdsworth och Campbell — i allmänhet stå främmande för Salmonds åsikt.[9] Icke heller synes den på Rylands v. Fletcher grundade principen i Amerika ha uppfattats på Salmonds sätt. Harper sätter densamma i spetsen av sin behandling av »strict liability at common law».[1] Burdick talar om »this bold generalization of Mr Justice Blackburn», därmed åsyftande principens alltför rigoröst strikta innebörd.[2]

Av betydande intresse synes mig vara, att principen i Rylands' fall anses tillämplig i förhållandet icke blott mellan grannar i horisontalplanet (adjacent occupiers) utan även mellan »upper and lower occupiers». Detta utvisas bl. a. av fallet Carstairs v. Taylor.[3] Här ogillades visserligen kärandenas talan men detta synes icke minska domens betydelse i förevarande avseende. Kärandena hyrde nedersta våningen i ett magasin i Liverpool av svaranden, som själv brukade övre våningen av huset för sina varor. På på den tiden vanligt sätt i Liverpool samlades regnvattnet från taket i takrännor, som utmynnade i en av trä gjord behållare, vilken vilade på husmuren med delar skjutande ut över båda sidorna av denna. Från denna behållare avfördes vattnet genom rör ned i en stupränna. En

---

[8] Campbell, Principles, s. 419 f. — Campbell har naturligtvis lika litet som någon annan beträffande Rylands' case förbisett, att domaren Blackburn i sitt av lordkanslern citerade och godkända uttalande berört »vis major» och »act of God» såsom ansvarsfriande grunder. Men Blackburn hade, såsom jag nyss påpekade, uttryckt sig på ett egendomligt svävande sätt.

[9] Se t. ex. Odgers I, s. 439, 510 och 514; Indermaur, s. 360 f. — Att Salmonds åsikt icke delas av Winfield, är tydligt; se Text-Book, s. 527 ff.

[1] Harper, Treatise, §§ 156 ff.

[2] Burdick, Torts, s. 537.

[3] L. R. 1871, 6. Ex. 217. — Det framgår som antytts även av flera andra fall, några av dessa för övrigt här nedan (i andra sammanhang) berörda: Blake v. Woolf (1898), Rickards v. Lothian (1913) samt Musgrove v. Pandelis (1919). De båda förstnämnda skall jag strax gå in på. Musgrove etc. behandlas nedan s. 424—434.

råtta gnagde ett hål på den sidan av behållaren, som vette inåt med påföljd att det samlade regnvattnet en stormig dag tog sig väg genom hålet och in i magasinsvåningarna samt skadade kärandenas varulager. »Negligence» å svarandens eller hans folks sida ansågs icke föreligga. Boxen hade blott några dagar före olyckshändelsen blivit undersökt och funnits felfri. Endast en av de fyra domarna fann nu, att principen i Rylands' fall vore utesluten av den grund, att den »referred only to the acts of adjoining owners of land».[4] De övriga utgingo uppenbarligen från att principen kunde vara användbar, trots det att grannelagsförhållandet icke var av denna art, men friade svaranden av andra grunder. En av dem fann, att olyckshändelsen berodde på »vis major», som av Blackburn i Rylands' fall uttryckligen antytts såsom friande från ansvar.[5] Å de båda återståendes sida hävdades, att, under det svaranden i Rylands' fall »for his own purposes» fyllt reservoaren med vatten, så hade det här skett

»no more for the benefit of the defendant than of the plaintiffs. If they had been adjacent owners, it would have been for the benefit of the adjacent owner that the water from *his* roof was collected, and the case would have been within the decision in Rylands v. Fletcher; but here the roof was the common protection of both, and the collection of the water running from it was also for their joint benefit.»[6]

Uttalandet har intresse, enär det bekräftar vad som i det föregående framhållits, nämligen att det är de ideologiska rättviseföreställningarna, som omedelbart sett utgöra grunden för domen i Rylands' fall.

Domen i Rylands' fall giver tydligt uttryck åt, att principen avser icke blott skada genom »the escape» av vatten utan även av annat. En mycket sund begränsning är emellertid den, som ligger i förutsättningen, att skadan uppkommit därigenom, att »substansen» i fråga av svaranden eller genom åtgärder på något sätt föranstaltade av honom och alltså på »konstgjord» väg förts in på hans område eller i allt fall där hopsamlats i större mängder. Principen är däremot icke tillämplig i fråga om skada genom ting, som blott och bart enligt naturens ordning befunnit sig på svarandens område i det skick varifrån skadan emanerat. Man är sålunda icke ansvarig för skada genom att tistelfjun eller ogräsfrön av vinden förts över till grannens fält, såvida man icke låtit så eller plantera tistlarna eller ogräset i närheten av dessa fält eller eljest begått »negli-

[4] Baron Martin, a. st. s. 223.
[5] Chief baron Kelly, a. st. s. 221.
[6] Barons Bramwell och Pigott, a. st. s. 221 f.

gence[7]; icke heller för skada genom vattenflöden från ens marker, om man icke på konstgjord väg möjliggjort flödena[8]; icke heller för skada

[7] Se t. ex. Salmond, s. 232 f.; Odgers I, s. 514; Harper, Treatise, s. 339. Den »case» som plägar åberopas är Giles v. Walker, L. R. 1890, 24 Q. B. D. 656. Fallet är av ett visst intresse för en kontinental jurist, särskilt med hänsyn till begreppet »negligence». Svaranden innehade mark, som ursprungligen var skogsmark men som några år före 1883, då svaranden blev innehavare därav, hade uppodlats. Under skogstiden fanns där icke tistlar, men omedelbart efter det marken kultiverats, växte det upp tistlar över allt. Svaranden underlät att söka utrota tistlarna med påföljd, att under åren 1887 och 1888 »there were thousands of thistles on his land in full seed». Fröna fördes genom vinden in på grannens mark, där de slogo rot och anställde skada, för vilken krävdes skadestånd vid county court. Juryn besvarade jakande den till densamma överlåtna frågan, huruvida svaranden gjort sig skyldig till »negligence», varpå kärandens talan bifölls. Svaranden appellerade till Queen's Bench Division, hävdande att domaren varit »wrong», när han överlämnat frågan om »negligence» till juryn: »negligence» kunde icke åberopas emot svaranden, innan det visats, att »there is a duty on him to take care». Q. B. D:s dom lyder in extenso sålunda enligt framställningen i Law Reports:

»Lord Coleridge, C. J. I never heard of such an action as this. There can be no duty as between adjoining occupiers to cut the thistles, which are the natural growth of the soil. The appeal must be allowed.

Lord Esher, M. R. I am of the same opinion.»

Bortsett från den för våra förhållanden unika formen, har denna dom ett särskilt intresse utanför det i texten berörda sammanhanget. Här framträder tydligt en skillnad mellan den kontinentala skuld-regeln och det engelska ansvaret för »negligence». Ansvarsgrundande »skuld» föreligger, såsnart man brustit åt »normal aktsamhet». Men »negligence» förutsätter dessutom, att det förelegat en »legal duty» gentemot käranden »to take care». Man kan också uttrycka det så, att i förra fallet betraktas i princip oaktsamhet såsom involverande åsidosättandet av en plikt mot den skadelidande att iakttaga aktsamhet; under det att man i England tänker sig »carelessness» kunna föreligga utan att innefatta »negligence», nämligen om det i situationen icke fanns någon »legal duty» för svaranden gentemot käranden »to take care». Att detta alltjämt är engelsk doktrin framgår av de »cases» från 1930-talet, som i ämnet förut berörts. En annan sak är, att man nu i högre grad än förr synes vara i stånd att upptäcka den för ansvaret nödiga »legal duty to take care». Därmed minskas den praktiska betydelsen av skillnaden mellan de båda åskådningssätten. Tilläggas må emellertid, att denna lära tycks råka i strid med den samtidigt *allmänt* hävdade doktrinen, att lagen pålägger människorna plikten att i olika situationer handla så, som en »reasonably prudent man» eller dylikt gör. Ty detta måste ju innebära, att varje bristande av, såsom vi pläga uttrycka det, normal aktsamhet skulle betyda »the breach of a legal duty to take care». Men på detta skulle den engelska juristen sannolikt vilja svara: plikten i fråga måste rikta sig just mot käranden, för att denne skall kunna föra talan på grund av »negligence»; och vidare torde han nödgas taga sin tillflykt till den cirkeln, att, om det åsidosatta handlingssättet överhuvud icke varit föremål för »legal duty» mot någon, då har det icke heller kunnat utgöra »the conduct of a reasonably prudent man». (Dessa anmärkningar äro att betrakta såsom en komplettering till den föregående exkursen »Negligence och Culpa».) — I det i texten avsedda sammanhanget har fallet Giles v. Walker intresse därigenom, att det utvisar, att en skadeståndstalan icke heller kunde grundas vare sig på »nuisance» eller Rylands v. Fletcher.

[8] Se t. ex. Salmond, s. 232 och Harper, Treatise, s. 339. Här är att åberopa Nield v. London & N. W. Railway Co., L. R. 1874, 10 Ex. 4, samt Hodgson v. Mayor of York (1873). Detta senare fall känner jag icke. Det är refererat i 28 Law Times Reports, 836. I förra fallet hade svarandena genom särskilda åtgärder sökt hindra, att vattnet i en

genom »the escape of noxious animals naturally on one's land, such as rats, rabbits, or birds»[9]. Denna begränsning står naturligtvis i överensstämmelse med den verklighetsbetonade synpunkten, att ansvarsprincipen i fråga har större eller mindre betydelse för de hithörande handlingssätten, och därmed att detta förhållande förnuftigtvis borde betraktas som den främsta bevekelsegrunden till principens i sin helhet uppehållande.[1] Härom finner man dock ingen antydan i den engelska rättslitteraturen; helt naturligt då den ifrågavarande ansvarsprincipen här genomgående betraktas ur den rättsideologiska rättvisans synvinkel.

En helt annan fråga än den nu berörda är, om det kan vara klokt att — såsom lordkanslern gjorde — låta ansvaret efter principen i Rylands' fall förutsätta, att den hantering av tinget, som betingat skadan, innefattat en »non-natural user» av fastigheten. Emot denna distinktion skriver Salmond särdeles träffande:

»What is the natural use of land? Is it natural to build a house on it, or to light a fire? Almost all use of land involves some alternation of its natural condition and it seems impossible to say how far this alteration may go before the use of the land becomes non-natural or extraordinary, so as to bring the rule in Rylands v. Fletcher into operation. Moreover, if there is one kind of use more natural than another it is the keeping of cattle; yet cattle-trespass is a typical instance of the application of this rule of strict responsibility, and is indeed the historical source of the general principle.»[2]

Det finns emellertid nu åtskilliga »cases», i vilka det kommit till uttryck, att principen i Rylands' fall icke vore tillämplig såvida icke skadan

flod på grund av osedvanligt starkt regnande skulle svämma över och taga sig väg i en svarandena tillhörig kanal. Åtgärderna voro dock förgäves och medförde ökning i den skada, kärandenas invid kanalen belägna egendom utsattes för genom översvämningen. Kärandenas skadeståndstalan ogillades, enär svarandena icke hade »brought the water, or caused it to come to the place where the damage happened», utan vattnet kommit dit »by natural causes». Svarandena hade rättighet att skydda sig mot översvämningen och kärandena följaktligen intet skadeståndsanspråk, låt vara att deras skada ökats genom skyddsåtgärderna. Se baron Bramwells dom a. st. s. 8.

[9] Salmond, s. 232. »Cases»: Brady v. Warren (1900), 2 Irish Law Reports, och Stearn v. Prentice Bros., L. R. 1919, 1 K. B. 394. Det förra fallet har jag icke sett någon redogörelse för. I det senare var det fråga om råttor. Svarandena hade en benmjölsfabrik. Benmassorna hade lockat massor av råttor till fastigheten, varifrån de började översvämma kärandens lantgård och där anställa skada. På kärandens skadeståndstalan förklarade domaren i county court, att käranden icke hade förebragt någon »cause of action», varför hans talan ogillades. Denna dom fastställdes av K. B. D. Här citerades bl. a. lord Coleridges dom i Giles v. Walker, som nyss berörts. Dessförinnan hade man framhävt, att det icke visats, att »rats bred on the defendant's premises», och icke heller att svarandena åsidosatt någon »duty, if duty there was on them, to destroy the rats».

[1] Jfr ovan s. 356 ff.

[2] Salmond, s. 231.

berott på svarandens »non-natural» hantering av fastigheten. I Blake v. Woolf (1898)[3] hyrde käranden nedre våningen i svarandens hus. I fjärde våningen hade svaranden låtit inreda en vattencistern varifrån huset försågs med vatten. I denna cistern uppstod en läcka, som reparerades så illa av den av svaranden anlitade plåtslagaren, att kärandens lägenhet översvämmades av vatten och hans egendom skadades. Svaranden själv befanns fri från »negligence». City of London Court ålade dock svaranden skadestånd. Denne vädjade emellertid till Queen's Bench Division, som upphävde domen. Domaren Wright var här uppenbarligen av den mening, att, *om* svaranden vore ansvarig efter »common law», så kunde han blott vara det enligt Rylands v. Fletcher. Emellertid, sade han,

»that general rule is qualified by some exceptions, one of which is that, where a person is using his land in the ordinary way and damage happens to the adjoining property without any default or negligence on his part, no liability attaches to him. The bringing of water on to such premises as those and the maintaining a cistern in the usual way seems to me to be an ordinary and reasonable user of such premises as these were; and, therefore, if the water escapes without any negligence or default on the part of the person bringing the water in and owning the cistern, I do not think that he is liable for any damage that may ensue.»[4]

Det fall som här framför allt bör nämnas är emellertid Rickards v. Lothian, därför att frågan i denna sak fått en särskilt starkt betonad principiell lösning.[5] Lothian, som ursprungligen var kärande i målet, hyrde en affärslägenhet av Rickards i en byggnad för affärslokaler, som denne innehade »under a long building lease». I fjärde våningen fanns ett toalettrum med på vanligt sätt inrättad »wash-hand basin». (I botten på lavoaren fanns en urtagbar propp till avloppsröret. Upptill funnos små säkerhetshål. Avloppet från dessa förenade sig med det förra i ett gemensamt avloppsrör.) Rickards hade anställt en person för vården av huset och till dennes göromål hörde också att tillse, »that the lavatory

[3] L. R. 1898, 2 Q. B. 426.

[4] Käranden hyrde lägenheten först efter det, att den ifrågavarande vattenledningen installerats, och fick naturligtvis själv sitt vattenbehov fyllt genom ledningen. Detta föranledde domaren att såsom en ytterligare förutsättning för tillämpning av principen i Rylands' fall, framhäva, att den skadelidande icke — i olikhet med käranden i fallet — finge ha »consented to the dangerous matter being brought on to the defendant's land».

[5] L. R. 1913, App. Cas. 263. — Det förhöll sig nämligen så, att målet från Melbourne County Court passerade Supreme Court of Victoria och därefter High Court of Australia för att genom »appeal from an order of the High Court» slutligen avgöras av Privy Council. Här uttalade lord Moulton att »though the sum involved is not large, the legal questions raised by the case are of considerable importance, and the litigation has been characterized by remarkable differences of judicial opinion upon them».

was in good working order». En dag upptäckte käranden vid sin ankomst till affären, att hans lager blivit vattenskadat. Orsaken befanns vara, att vattenkranen öppnats på fullt, samtidigt som huvudavloppet i bassängen blivit fullproppat med allehanda ting så långt ned, att det täckte föreningen med avloppet från säkerhetshålen. Det var sålunda tydligt, att skadan betingats av »the malicious act of some person».

Privy Council hade här att taga ställning till flera frågor, som i detta sammanhang icke ha något intresse för oss. Huvudfrågan rörde sig emellertid om tillämpligheten av principen i Rylands v. Fletcher. Dennas tillämpning i förevarande fall avvisades utefter tvenne helt skilda linjer, av vilka blott den ena berör den fråga, vi nu syssla med, nämligen den rättsliga betydelsen av »natural», resp. »non-natural» bruk av fastigheten. I sådant avseende uttalade lord Moulton, som »delivered the judgement of their Lordships»:

»It is not every use to which land is put that brings into play that principle. It must be some special use bringing with it increased danger to others, and must not merely be the ordinary use of the land or such a use as is proper for the general benefit of the community» (L. R. 1913, App. Cas. s. 280).

Moulton citerade därefter med fullt instämmande bl. a. de ord, som jag här ovan anfört från Blake v. Woolf (1898), samt anförde:

»The provision of a proper supply of water to the various parts of a house is not only reasonable, but has become, in accordance with modern sanitary views, an almost necessary feature of town life. It is recognized as being so desirable in the interests of the community that in some form or other it is usually made obligatory in civilized countries. Such supply cannot be installed without causing some concurrent danger of leakage or overflow. It would be unreasonable for the law to regard those who instal or maintain such a system of supply as doing so at their own peril, with an absolute liability for any damage resulting from its presence even when there has been no negligence.»[6]

Man torde nu böra lägga märke till, att lordkanslerns distinktion i Rylands' »case» mellan »natural» och »non-natural» bruk av fastigheten här icke kommit till direkt användning. Detta kan väl näppeligen bero

[6] L. R. 1913, App. Cas., s. 281 f. — Den andra grunden för avvisandet i detta fall av en tillämpning av principen i Rylands' fall utgjordes därav, att den verkliga orsaken till de skadebringande vattenflödena bestod i »the malicious act of a third person» (under det att all skuld å svarandens sida saknades). Hänvisande till Nichols v. Marsland (1876), varom ovan s. 365 ff., uttalade lord Moulton, att vad som där sagts »as to a case where the escape is due to 'vis major or the King's enemies' applies equally to a case where it is due to the malicious act of a third person, if indeed that case is not actually included in the above phrase». Se L. R. 1913, App. Cas., s. 276 ff. — Angående sammanblandningen, i citatet i texten, av »public policy» och rättsideologi se nedan s. 386 n. 2 i slutet.

på annat, än att man icke funnit lordkanslerns formulering fullt acceptabel. Det är väl varken mer eller mindre naturligt att använda mark för att därpå bygga hus och i detta inrätta en toalett än att direkt på marken — såsom skett i Rylands' fall — bygga en vattenreservoar. Utifrån lordkanslerns ifrågavarande distinktion synes det omöjligt att i det nu behandlade fallet komma ifrån tillämpligheten av regeln i Rylands v. Fletcher. Denna distinktion är nog såsom Salmond påpekade, ganska orkeslös.[7]

Emellertid förefaller det högst tvivelaktigt, om man verkligen — d. v. s. med logiskt resonerande — kan nå fram dit man vill på basis av sådana formuleringar, som gjorts av Privy Council i föreliggande fall. Är det icke godtyckligt att säga, att det i Rylands' fall men icke i Rickards' vore fråga om »some special use of land»? Icke heller synes det motiverat att säga, att bruket i förra men icke i senare fallet medförde »increased danger to other». Fare-omdömet måste fällas ex ante, icke ex post. Följaktligen ha vi att i Rylands' fall abstrahera från det före olyckan allmänt fullkomligt okända förhållandet, att marken under reservoaren var underminerad genom gruvschakt. Och då har man väl intet skäl för att påstå, att faran ökats höggradigare i Rylands' än i Rickards' fall. Vad slutligen den saken angår, huruvida någon principiell skillnad förelåge i de båda fallen med hänsyn till betydelsen — av fastighetens ifrågavarande brukande — för »the general benefit of the community», måste den för visso besvaras nekande. I förra fallet hade reservoaren byggts med hänsyn till kvarndrift, en verksamhet sålunda varigenom det allmänna näringsintresset befrämjas, i senare fallet hade lavoaren inrättats av hänsyn till sådant som befrämjande av allmän hygien och bekvämlighet. I båda fallen är det alltså fråga om fastighetens utnyttjande för ändamål, som anses nyttiga för »the benefit of the community».

Distinktioner av sådant slag som Privy Councils i detta fall äro nog tillnärmelsevis lika ineffektiva som mellan »natural» och »non-natural» bruk av fastigheten. I båda fallen söker man göra avgränsningar i en materia så tänjbar, att den icke tål några fasta gränslinjer. När man ur nu berörda synpunkter jämför fallen Rylands v. Fletcher och Rickards

[7] Kanske har det aldrig varit lordkanslerns mening att med orden i fråga angiva en allmänt principiell distinktion. Salmond själv skriver härom, s. 231, att det synes vara klart, att uttalandena gjordes »with reference to the particular case of the percolation of water naturally present on the defendant's land, as opposed to the escape of water artificially brought upon that land». Salmond—Stallybrass, s. 573, antyder, att det icke varit lordkanslerns avsikt att »lay down a new principle», och säger, att han icke synes ha klart skilt mellan »things naturally on the land» och »things brought upon the land in the course of natural user».

v. Lothian med varandra, måste man abstrahera från att i senare fallet översvämningen berodde på tredjemans dolösa handlingssätt, utan att detta på något sätt befrämjats av »negligence» å svarandesidan. Att svaranden av denna anledning slipper betala ersättning är en sak för sig, berörd ovan s. 373 n. 6.[8] Sätter man däremot fallet så, att vattenkranen på grund av ren glömska eller »accident» kommit att stå öppen, under det proppen fick sitta kvar i botten på bassängen (varvid förutsättes att personen i fråga icke varit »servant» hos Rickard), och att vattenskadan uppstått på detta sätt, då synes man icke kunna komma till skilda resultat i de båda fallen, åtminstone när man väl en gång är på det klara med, att det för ansvarsfrågan vore likgiltigt, huruvida det rörde sig om »upper and lower» eller »adjacent occupiers». Naturligtvis är det ytterligt vanskligt, i båda fallen, att komma till ett resultat, om vars förträfflighet man är fullkomligt övertygad. Emellertid tror jag icke, att något annat tillvägagångssätt vid bedömande av ansvarsfrågan i en sådan situation som Rickards' fall kan vara rekommendabelt, än det som analogt framgår av de synpunkter, som jag påpekade i Rylands' fall.[9] Det är lätt att vid användningen av sådana synpunkter övertyga sig om skillnaden i resultatet, allteftersom olyckan betingats av »the malicious act of a third person» eller berott på tredjemans »negligence», resp. på olyckshändelse. I förra fallet försvinner den prevenerande synpunkten mer eller mindre fullständigt, och anledning saknas kanske att ens ifrågasätta svarandens ansvarighet. I senare fallet synes denna åtminstone väl värd att diskuteras.

De »substanser», utom vatten, som genom sin »escape» in på grannens område kunna föranleda denne till talan på grund av principen i Rylands' fall, kunna väl teoretiskt sett utgöras av vad som helst. I Blackburns dom nämnes »beasts», »filth» och »stenches». I fråga om »beasts» var ju strikt ansvar för »cattle trespass» antaget långt före Rylands' fall. Men »cattle» begränsades här, som vi sågo, till »domestic animals» utom hundar och kattor.[10] Såvitt nu med hänsyn till skada genom djur en »action» på grund av »cattle trespass» icke kan komma i fråga, måste användningen av principen i Rylands' fall kunna ifrågasättas. Vad »filth» och »stenches» (ävensom »fumes» och »vapours») angår får man naturligt-

[8] Denna princip är naturligtvis en annan än den, enligt vilken svaranden friades från ansvar i Box v. Jubb (1879). I Rickards v. Lothian grundades ansvarsfriheten på att skadegörelsen vållats genom dolus av tredjeman, likgiltigt om denne var en »stranger» eller icke. I Box v. Jubb friades svaranden därför, att skadegörelsen förorsakats av en »stranger», över vilken svaranden icke hade någon kontroll; se L. R. 1879, 4 Ex. D., s. 79.

[9] Ovan s. 356 ff.

[10] Ovan s. 320 f.

vis komma ihåg, att strikt ansvar också för sådan skada var möjligt före Rylands' fall, nämligen såsom hänförlig under »nuisance», d. v. s. innefattande obehag av mera stadigvarande art. Orenligheter, dåliga lukter och dylikt från industriella verksamheter ha sålunda sedan länge varit »actionable» såsom »nuisances». Situationen måste dock kunna tänkas vara sådan, att skadegörelsen blott genom principen i Rylands' fall vore »actionable». Odgers säger, att denna princip är tillämplig i fråga om »fumes arising from a pavement of creosoted wood blocks».[1] Bland ytterligare andra »substances within the rule» (uttrycket Harpers) nämner Odgers, med stöd av domar, »electricity» och »the storage of explosives».[2] Harper nämner för Englands del utom dessa även »fire, automobiles full of gasoline, sewage (kloakvatten), dangerous trees, and large quantities of earth and debris» (kringströdda spillror).[3] Winfield

[1] Odgers I, s. 514. Han stöder sig på West v. Bristol Tramways Co., L. R. 1908, 2 K. B. 14. Detta fall åberopas för samma syfte också av Harper, Treatise, s. 341 f.

[2] Odgers I, s. 514.

[3] Harper a. a. s. 342. — Beträffande betydelsen av principen i Rylands v. Fletcher för ansvar för skada genom spridning av eld se skilda delar av framställningen här nedan s. 402—435. — I fråga om »dangerous trees» stöder sig Harper på Crowhurst v. Amersham Burial Board, L. R. 1879, 4 Ex. D. 5. Detta fall refereras av domaren Collins i Ponting v. Noakes sålunda: »There a horse had died of eating of a yew tree growing on defendants' land, and the case, as originally stated by the county court judge, left it doubtful whether the dead was caused by eating portions of the tree which projected over the plaintiff's land, or portions on the defendants' own land, which the horse was able to reach by stretching his neck over the intervening fence. The court, however, sent the case back to be restated; and it was then found as a fact that the horse died exclusively from the effects of eating portions which projected over the plaintiff's land, and the case was accordingly decided in favour of the plaintiff, on the authority of Fletcher v. Rylands.» Se L. R. 1894, 2 Q. B. s. 288. Med detta formalistiska sätt att resonera kan man naturligtvis aldrig beakta en ifrågasatt ansvarsregels betydelse för handlingssätten. Är det motiverat, att svaranden i ett fall som detta är ansvarig, då synes ansvarigheten böra inträda, även om inga trädgrenar nått ut över hägnaden, om de blott lika lätt varit åtkomliga för hästen. Den nytta man med ansvarsregeln i en sådan situation rimligtvis kan eftersträva synes i främsta rummet vara förebyggandet av handlingssätt — positiva eller negativa — varigenom dylika träd bli åtkomliga för kreatur på grannens inhägnade marker. — I fallet Ponting v. Noakes ogillades kärandens talan i ett liknande fall. Men här var idegranen, som ett föl betat av, »wholly within the defendant's boundary». Därför var det uteslutet att åberopa sig på principen i Rylands v. Fletcher. Att denna princip befanns användbar i Crowhurst v. Amersham etc. tycks ha berott på att dels svaranden själv hade planterat idegranen och dels dennas grenar sträckte sig ut över gränsen in över kärandens mark. Se L. R. 1879, 4. Ex. D. s. 9 f. I Smith v. Giddy hade på svarandens mark växande almar och askar sträckt sina grenar ut över kärandens mark och »interfered with the growth of his fruit trees». Kärandens anspråk på ersättning för skadan ledde till att domaren i County Court »directed a nonsuit», tydligen av den anledning att precedensfall saknades för »an action in respect of the overhanging of non-poisenous trees». I K. B. D. fann man emellertid situationen vara principiellt densamma som i Crowhurst's case och att följaktligen regeln i Rylands v. Fletcher även här vore tillämplig. Se L. R. 1904, 2 K. B. 448. —

nämner ytterligare med stöd av »cases» av resp. 1936 och 1938, dels flaggstång och dels »chair-o-plane», ävensom vibrationer.[4] I de stater av U. S. A., där man godkänt principen i Rylands v. Fletcher, har man, säger Harper, tillämpat den på »filth in a defendant's cesspool (kloakbrunn), snow and rain on a defendant's roof, oil in a defendant's reservoir, gas in his oil well, fumes and gases from his coke-ovens, and in California, to water in artisian wells, actificially drilled».[5]

Det är en allmän tendens i litteraturen att karakterisera de ting eller »substances», med hänsyn till vilkas skadegörande verkan ansvarsprincipen i fråga vore användbar, såsom »dangerous». Detta kan inte vara riktigt. Man kan inte beteckna vare sig vatten, »filth», rök, avfall och dylikt såsom begreppsligen farliga ting; i allt fall är en sådan beteckning meningslös. Harper, som å ena sidan uttalar sig på detta olämpliga sätt (principen tillämplig »only to dangerous substances») säger å andra sidan vida mera förnuftigt, att

»the test (på tillämpligheten av ansvarsregeln i fråga), in general has been that the substances be such as to constitute extraordinary hazards to adjoining property owners when accumulated in large quantities, by reason of their likelihood of escape in obedience to ordinary physical laws».[6]

Detta uttalande står i samklang med domaren Blackburns av lordkanslern citerade yttrande, att tinget måste vara »likely to do mischief if it escapes» under de i övrigt förutsatta förhållandena.[7] Om sålunda

[4] Winfield, Text-Book, s. 526. Vad »chair-o-plane» är för något vet jag icke, men genom anmärkningen i en not »a species of centrifugal roundabout», förstår man, att det måste vara något, som vid häftig rotering lösgjorts och av centrifugalkraften kastats ut till skada för innehavare av angränsande mark. Vad flaggstången angår torde det röra sig om en sådan nära gränsen till annans mark. Fallen äro Shiffman v. Grand Priory (1936), ref. i 1 All England Law Reports 557 och Hale v. Jennings Bros. (1938), ref. i 1 (?) All England Law Reports 579. — I fråga om vibrationer hänvisas till Hoare & Co. v. McAlpine, L. R. 1923, 1 Chancery Division 167, berört i noten å s. 361 här ovan. Se även domsuttalandet i Booth v. Rome etc. nedan s. 386 n. 2.

[5] Harper, Treatise, s. 342. Se även Harpers uttalande här nedan s. 382.

[6] Harper, Treatise, s. 339 och 341. — Tydligen är man besvärad av distinktionen mellan farliga och ofarliga ting men ser sig likväl icke i stånd att övergiva densamma. Winfield skriver, Text-Book, s. 586: »Both Writers and Judges have sharply criticised the inconsistent, indeed contradictory, meanings which have been attached to it (ordet 'dangerous'), and the confusion has been increased by the use of the phrases, 'dangerous per se' and 'dangerous sub modo, or according to circumstances'. But, however much the Judges may censure these expressions or the simpler antinomy 'dangerous','non-dangerous', they still go on using them and we have to make the best of them.» Med vilken suverän överlägsenhet en domare synes kunna bedöma frågan belyses av ett domsuttalande, nedan s. 426, i Musgrove v. Pandelis (1919).

[7] Dessförinnan hade Blackburn än mera träffande uttryckt saken så: »something which, though harmless whilst it remains there (dit svaranden bragt det på sin mark), will naturally do mitchief if it escapes out of his land», se citatet ovan s. 349. Det är mot

någon mer eller mindre abstrakt farlighetskarakterisering av tinget helt naturligt icke kan komma i fråga till begränsning av ansvarsprincipen, så ligger likväl tydligen en restriktion i dessa Blackburns ord. Situationen synes ha måst vara den, att tingets »escape» kunnat anticiperas medföra skada för grannen.[8] Har frigörelsen av tinget *mot all rimlig förmodan* lett till skadegörelse, då borde följdriktigt någon talan med stöd av domen i Rylands' fall icke kunna godkännas. En annan sak är, att innebörden av denna restriktion är mycket tänjbar och beroende på subjektivt bedömande. Var det icke mot all rimlig förmodan, som vattnets »escape» i själva Rylands' fall kom att anställa förödelse i Fletchers gruva?

Rylands' fall i U. S. A.

Slutligen skall nu angående Rylands v. Fletcher nämnas att dess princip i U. S. A. tydligen mottagits med blandade känslor. Det är blott i en del stater som den anses ha godtagits. Motståndet emot den i Amerika har Bohlen utlagt på följande sätt.[1] Äganderätten till fastighet innefattar två »beneficial incidents: each of which has come to be recognized as a legal right». Den ena utgjordes av »rätten» till »exclusive occupation, enjoyment and dominion»; den andra av »rätten» att »utilize it for the owner's social and economic purposes». »When», frågar nu Bohlen, »these two rights conflict, which is to prevail?» Det överensstämde, menar han, helt och hållet med den sociala ordningen i 1800-talets England att låta den förra rättigheten få övertaget. Så dömde de engelska domstolarna, »influenced by the dominant class interests of society». Godsägarna bildade en klass, vars intressen ställde större krav på »the law» än intressena hos industriidkarnas klass. För den förra klassen (»the landed gentry»)

»it was inevitable that the right of exclusive dominion over land should appear paramount to its commercial utilization; to them, commerce and manufacture in which they had little or no direct interest, appeared comparatively unimportant».

I Amerika ställde och ställer det sig alltjämt på ett annat sätt. Här finns ingen godsägareklass, vilken såsom sådan utövar något större in-

bakgrunden av dessa båda formuleringar som man har att tolka Blackburns mitt emellan dem placerade uttryckssätt, att man på sin mark hade »something dangerous».

[8] I det bekanta, ovan s. 372 ff. berörda fallet Rickards v. Lothian (1913) formulerades saken så, att det måste ha utövats »some special use bringing with it increased danger to others».

[1] Bohlens arbete, The rule in Rylands v. Fletcher, 1911, har jag icke haft tillgång till. Jag följer ett referat hos Harper, Treatise, § 158.

flytande på allmänna opinionen. Industrialisten däremot, affärsmannen och företagaren utöva ett mäktigt inflytande. »Consequently», säger Harper i anslutning till Bohlens synpunkter, »the risks and burdens incident to the development of property that were imposed by the English judges have not, generally, been so allocated in the American cases». Problemet i Rylands' fall hade långt före detta anticiperats i Amerika genom de s. k. kvarndammsfallen (mill dam cases; se citatet från Livingstone v. Adams, på 1820-talet, nedan s. 381). Dessa innefattade emellertid ett förkastande av principen i Rylands' fall. Vattenkvarnsägarna blevo, i frånvaro av »negligence», icke »liable for damage done to lower riparian owners by the escape of water», säger Harper och fortsätter i anslutning till Bohlen:

»Dams, mills, factories, canals, railroads and other enterprises requiring the collection of dangerous substances on the owners' premises have been regarded as so necessary to the wants and needs of civilized mankind, that those who have them on their land are not liable for damage done by their escape unless they are nuisances or are maintained in a negligent manner.»

Nu berörda reflexioner ha intresse i skilda avseenden. De visa, hur rättsideologiens egna representanter i kritiska situationer åtminstone ha på känn, att de rättsideologiska konstruktionerna äro förslavade i viss grad av helt utanför dem själva liggande tongivande värderingar i samhället. De visa vidare, hur de skenbart realitetsbetonade synpunkterna blott blivit till ytliga generaliseringar på grund av sin intetsägande karaktär, snarast att förlikna vid nya konstruktioner. Mera parentetiskt vill jag först nämna, att Fletcher, den skadelidande i Rylands' fall, väl knappast kunde hänföras till »the landed gentry» i så mycket högre grad än mången »industrialist» eller företagare. Han innehade gruvan såsom »the landlord's tenant». Det var i egenskap av gruvdriftens innehavare, som han förde sin skadeståndstalan. Han kunde väl med lika mycket skäl som »owners and proprietors of mills operated by water power by the erection of dams across flowing streams», betecknas som industriell företagare.[2] Men låt oss se på tillämpningen av principen i Rylands v. Fletcher i förhållandet mellan egendomar, å vilka ingen industri bedrives. Det är då omöjligt att se på vad sätt realiter rätten till »exclusive occupation, enjoyment and dominion» skyddades genom ansvarsprincipen i fråga, vid det förhållande att det är den *likaledes godsägande* svarandens utövande av just denna »rätt», som leder till hans ansvarig-

[2] De citerade orden från Harper a. a. s. 338. — Det är sant, att det vid gruvdrift är fråga om produkt ur marken. Men vid en vattenkvarn är det dock också fastigheten i naturligt skick som väsentligen utnyttjas.

het. Så länge man själv står på rättsideologisk grund, komma reflexioner i denna Bohlens och Harpers anda att bli ett bollande med tomma klichéer. Kärnfrågan beröres alls icke av dem: vilken betydelse har principen i fråga för handlingssätten och därmed för samhällsekonomien? Kan det icke tänkas, att strikt ansvarighet å vattenkvarnägarnas sida skulle leda till större omsorgsfullhet i byggandet och underhållandet av dammanläggningarna och därmed också till förebyggande av skador för nedanför boende strandägare genom »the escape of the water»? Det är sant, att det strikta ansvaret är tveeggat och att det här ur industriens synpunkt kan tänkas bli alltför besvärande. Men det är dock nu antydda frågeställningar, som måste dryftas, därest man skall kunna nå fram till en sakligt motiverad ståndpunkt. När kvarnägaren i Amerika sluppit ifrån det strikta ansvaret, så har det berott på den rent rättsideologiska synen på ersättningsanspråket, innefattande en avvägning mellan kvarnägarens intresse att slippa betala ersättning och nedanför liggande strandägares att få ersättning. Av Bohlen—Harpers framställning att döma har frågan avgjorts till kvarnägarens favör på grund av dylika företags stora betydelse för »civilized mankind». Detta är särdeles intressant. Metoden är densamma, som ligger i bakgrunden för den franska riskteorien såsom motiverande »la responsabilité du fait des choses»: intresseavvägningens metod, d. v. s. rättvisemetoden. I Amerika får den tjäna till att motivera företagarens *frihet från* strikt ansvarighet; i Frankrike, tvärtom, till att motivera företagarens *belastande med* strikt ansvarighet!

Det förefaller mig som om de Bohlen—Harperska spekulationerna angående motståndet i Amerika mot principen i Rylands fall äro konstruerade. Redan i England har man ju på sina håll funnit, att principen alltför »harshly» skär sig med skuldansvarets linje. Många domstolar i Amerika torde helt enkelt ha funnit det vara en orättvis princip att döma personer till skadestånd, fastän de icke handlat »negligently» utan iakttagit »due care and caution». En sak för sig vore det, att »common law» sedan gammalt föreskrev strikt ansvar i vissa fall. En helt annan sak vore det att — sedan det före mitten av 1800-talet fastställts, att ansvaret i princip förutsatte, att man gjort sig förtjänt därav genom skuld[3] — införa en ny och så omfattande regel om strikt ansvar som den i Rylands v. Fletcher. Detta torde ha varit en icke ovanlig reflexion. Burdick meddelar i sin »Cases» referat av ett intressant fall, Losee v. Buchanan (1873). En ångpanna hade exploderat och därvid kastats in på

[3] Genom Brown v. Kendall, ovan s. 264 f.

kärandens område samt skadat hans byggnader och däri befintlig egendom. Käranden hävdade, att explosionen innefattade

»a direct trespass upon his right to the undisturbed possession and occupation of his premises, and that the defendants are liable just as they would have been for any other wrongful entry and trespass upon his premises».

När saken låg inför appellationsdomstolen i New York, uttalade ordföranden, att kärandens yrkande icke vore tillräckligt grundat, till stöd varför han anförde bl. a. följande:

»By becoming a member of civilized society, I am compelled to give up many of my natural rights, but I receive more than a compensation from the surrender by every other man of the same rights, and the security, advantage and protection which the laws give me. So, too, the general rules that I may have the exclusive and undisturbed use and possession of my real estate, and that I must so use my real estate as not to injure my neighbor, are much modified by the exigences of the social state. We must have factories, machinery, dams, canals and railroads. They are demanded by the manifold wants of mankind, and lay at the basis of all our civilization. If I have any of these upon my lands, and they are not a nuisance and are not so managed as to become such, I am not responsible for any damage they accidentally and unavoidably do my neighbor. He receives his compensation for such damage by the general good, in which he shares, and the right which he has to place the same things upon his lands . . .»

Efter att ha givit ett kort referat av Rylands v. Fletcher fortsatte domaren sålunda:

»It is sufficient, however, to say that the law, as laid down in that case, is in *direct conflict with the law as settled in this country.* (Kurs. här.) Here, if one builds a dam upon his own premises and thus holds back and accumulates the water for his benefit, or if he brings water upon his premises into a reservoir, in case the dam or the banks of the reservoir give away and the lands of a neighbor are thus flooded, he is not liable for the damage without proof of some fault or negligence on his part. (Här följde hänvisningar till flera amerikanska 'cases'.) The true rule is laid down in the case of Livingstone v. Adams as follows: 'Where one builds a mill-dam upon a proper model, and the work is well and substantially done, he is not liable to an action though it break away, in consequence of which his neighbor's dam and mill below are destroyed. Negligence should be shown in order to make him liable.'»[4]

Till domen i Losee v. Buchanan hänvisas alltjämt ofta i både amerikansk och engelsk litteratur. Den anses tydligen vara representativ för inställningen inom stora områden i U. S. A. till Rylands v. Fletcher. I sådant avseende är det framför allt det senare citatet, som är av intresse.

[4] Burdick, Cases, s. 29 ff. — Livingstone v. Adams är ref. i 8 Cowen. New York Reports, 175; sannolikt år 1827 eller 1828.

Det förra citatet medtog jag, enär det, trots sin ålder (av 1873), har allmänt intresse såsom uttryck för »praktisk» rättsideologi. Man ser här, hur domaren låter rättsideologien med sina rättvisesynpunkter böja sig för vad han uppfattar såsom »the exigences of the social state», d. v. s. samhällsnyttiga intressen. — I sitt systematiska arbete erinrar Burdick med hänsyn till principen i Rylands' fall om nu berörda dom av appellationsdomstolen i New York samt tillägger, att samma slags ogillande av regeln hade uttryckts av de sista instanserna i andra stater. I ett fall, Marshall v. Wellwood (1876), hade domstolen i New Jersey uttalat sig sålunda:

»The fallacy in the process of argument by which judgement is reached, in the case of Fletcher v. Rylands, appears to consist in this: that the rule mainly applicable to a class of cases, which should be regarded as, in a great degree, exceptional, is amplified into a general if not universal principle.»[5]

Med den ifrågavarande undantagsklassen torde domstolen ha avsett »nuisance» och »cattle trespass».[6]

Om de flesta staterna godtagit eller ogillat ansvarsregeln i Rylands' fall vet jag icke.[7] Burdick säger, att det, även om den av domstolarna ofta citeras, är få av dem, som åt densamma givit »unqualified approval, while many have emphatically rejected its doctrine».[8] Det heter emellertid om denna sak i Harpers Report följande:

»Although in America there were early objections to this aspect of the principle, there has been a noteworthy tendency toward its acceptance and, indeed, very considerable extension. The rule has been applied in California to substances not imported on to the land, but naturally there. (Green v. General Petroleum Corp., 1928, 205 California Reports 328.) It has been applied in Kansas to impose liability for harm caused subsequent to the careful confinement and delivery of the substance in its dangerous quantities to a third person. (Berry v. Shell Petroleum Co., 1934, 140 Kansas Reports 94. A statute in Kansas imposes on oil companies the duty to confine oil and salt water and, at their peril, to prevent their escape. The court, however, based its decision not only on the statute but on the previously adopted common law rule.) The rule has been applied to the accumulation of explosives for proper and legitimate purposes which have been accidentally discharged by forces over whom the defendant has had no control.»[9]

[5] Se Burdick, Torts, s. 539. Fallet är icke ref. i Burdick, Cases.

[6] Jfr Burdick, Torts, s. 539 ff.

[7] Såvitt som strikt ansvar i »mill dam cases» avvisats, är det dock icke motiverat att hävda giltigheten av Rylands' regel på den grund, att man i vissa andra fall, som anses komma under regeln i fråga, tillämpade strikt ansvar. Se härom nedan s. 388 ff.

[8] Burdick, Torts, s. 538. Enligt Pollock, s. 520 n. 7, har principen blivit »disapproved as being in conflict with the current of American authority».

[9] För detta sista påstående hänvisar Harper till fallet Exner v. Sherman Power

Vad den amerikanska rättslitteraturen angår har i denna ansvarsprincipen i fråga blivit, såsom det sagts, »extravagantly praised and extravagantly censured». Den bekante rättshistorikern Wigmore har prisat domaren Blackburns principuttalande i de högsta tongångar:

»What gave the exposition (av frasen 'at peril' i Blackburns domsuttalande) on this occasion its novelty and its permanent success was the broad scope of the principle announced, the strength of conviction of its expounder, and the clearness of his exposition, and perhaps, too, the fact that the time was ripe for its acceptance. It caught up and reconciled the absolute liabilities already predicated, as well in the two rules just above mentioned (consequential damage of an unlawful act, and 'so use your own as not to injure another's') as in the remaining rules for trespasses by acts done 'at peril' (keeping cattle, shooting guns under certain circumstances, and others already mentioned); it furnished a general category in which all such rules, whenever formed, could be placed. The full scope of the principle has since not always been perceived in individual instances; and Courts may differ, and have differed, as to whether particular acts (e. g. keeping reservoirs) should, in policy, have the principle applied to them. But the practical effect of that great jurist's opinion has been to furnish us with four main categories of voluntary acts from which may arise a question of Responsability for a specific harm, viz. (1) acts done wilfully with reference to that harm; (2) acts done at peril with reference to that harm; (3) acts done negligently with reference to that harm; (4) acts done non-negligently with reference to that harm. In point of theory, the second and the fourth can best be regarded as subdivisions of the third. But at any rate all four are nowadays kept separate by rules of law.»[1]

Vad Wigmore verkligen menar med alla dessa fraser om betydelsen av Blackburns dom är mig obegripligt. — Att även Roscoe Pound är

---

Constr. Co. (1931). Harper uttalar sig på liknande sätt, med stöd bl. a. av detta fall, i sin Treatise, s. 342. Men där tillägger han omedelbart, hänvisande till en dom i Ohio, att principen i Rylands' fall »was not applied to the bursting of a steam boiler, properly maintained». Vad nu angår Exner v. Sherman etc., som är refererat i Harvard Law Review 45 (1931—1932), s. 594 f., hade svarandens dynamitupplag exploderat med påföljd att käranden, som bodde 56 »rods» därifrån, till person och egendom lidit skada, mestadels genom skakningarna. Svaranden befanns enligt referatet »absolutely liable under the doctrine of Rylands v. Fletcher». Domen meddelades av Circuit Court of Appeals. Den behöver icke anses stå i strid med avgörandet i Losee v. Buchanan (1873), ty här rörde det sig om »steam boiler» och icke »explosives». Det är i allt fall fråga om skilda stater (se Harper, Treatise, s. 338 f. n. 21 och n. 22). Domen innefattar, enligt referatet i Harvard Law Review, ett förkastande av den ologiska distinktion, som stundom gjorts »in cases involving explosives» mellan skada »caused by concussion» och skada »caused by debris».

[1] Wigmore, Tortious responsability, s. 519 f. Denna essay, omfattande s. 474—537, har förut varit publicerad i Harvard Law Review, VII, 1894. Där tycks Wigmore dock blott tala om tre handlingskategorier (se Burdick, Torts, s. 537 n. 41). Det är den fjärde kategorien, »acts done non-negligently», som synes ha tillkommit i den senare publiceringen.

sympatiskt inställd till domsprincipen i fråga framgår indirekt av det sätt, varpå den omnämnes av honom i hans här ovan behandlade arbete.[2] Ett möjligen mera träffande uttryck för amerikanska juristers inställning till Rylands v. Fletcher finner man hos en viss Bishop, som efter att ha citerat Blackburns ord i fallet säger:

»It is needless to say that such is *not* the law in any common law country. ... The reasoning so far as it proceeds on grounds, other than negligence, is the individual reasoning of the judges, and not the reasoning of the law.»[3]

Thayer, på sin tid dekan vid Harvard Law School, skrev att »res ipsa loquitur»-principen vore tillräcklig för att på ett enklare och förnuftigare sätt »cover the ground for all useful purposes».[4]

Härefter verkar det snarare förvirrande än upplysande, att man hos Campbell, Ruling cases, redan 1908, kunde läsa, att »the doctrine of Fletcher v. Rylands has been quite generally accepted and acted upon in America». Till stöd för uttalandet hänvisar förf. till en del litteratur, som jag dock icke haft tillfälle studera, och tillägger:

»The rule has been applied, e. g., to the escape of water from a reservoir or canal; to the explosion of steam boilers; to blasting; to fires lighted upon one's own land and spreading to his neighbor's; to the escape of gas or petroleum ... and to eating down of grass or corn by escaping cattle.»[5]

Det är tydligt, att dessa exempel icke äro uttryck av någon för hela U. S. A. gällande praxis utan blott av enskilda staters. Man jämföre t. ex. Harpers uttalande här ovan s. 377 vid n. 5. Och vad »the explosion of steam boilers» angår, ha vi nyss sett New York-domstolens yttrande i Losee v. Buchanan, att principen i Rylands' fall stode i »direct conflict with the law as settled in this country». Man bör också lägga märke till påpekandet härovan i not 9 å s. 382, att Harper i samband med Exner v. Sherman Power Constr. Co. omnämner, att man i Ohio icke funnit principen användbar i fråga om skador genom explosion av en ångpanna, oaktat, såsom Harper framställer saken, Ohio måste höra till de stater, som eljest tillämpat principen i fråga. — Beträffande skada genom kreatur å annans mark böra vi erinra oss, att det strikta ansvaret för »cattle trespass» blott tillämpas i en del av staterna i U. S. A. Där detta sker,

[2] Jfr också ovan s. 243 n. 3.

[3] Joel Prentiss Bishop, Commentaries on the Non-Contract Law, 1889 § 839 n. 3. Arbetet har icke varit mig tillgängligt. Citatet är efter Burdick, Torts, s. 537 n. 42. Burdick karakteriserar Bishop som »a very able and original writer», a. a., s. 3.

[4] Enligt Pollock, s. 507 not p. Thayers uttalanden stå i artikeln »Liability without fault» i Harvard Law Review, 29, en årgång som icke varit mig tillgänglig.

[5] Campbell, Ruling cases, XXVII s. 40.

kan man kanske säga, att principen i Rylands' fall kommer till användning, eftersom man uppenbarligen ofta nog föreställer sig, att denna princip endast är ett uttryck för samma allmänna rättsgrundsats som det strikta ansvaret för »cattle trespass».[6]

Campbell nämnde också »blasting» (= »blowing up rocks etc. with explosives», alltså sprängning). I amerikansk litteratur — till skillnad från engelsk — plägar ansvar för skada genom »blasting» behandlas under särskild rubrik.[7] Fallet Exner v. Sherman Power Constr. Co. (ovan s. 382 n. 9) har icke med »blasting» att göra, ty där förelåg en »accidental explosion». Vid »blasting» är det naturligtvis fråga om »intentional discharge of explosives», och det är kanske svårt att se, hur Rylands v. Fletcher skulle kunna vara tillämpligt på en sålunda uppkommen skada. Det förefaller emellertid, som om man på sina håll för en del år sedan skulle ha haft sådan åsikt i Amerika.[8] Ehuru egentligen liggande utanför den just nu behandlade frågan synes det likväl lämpligt att här med några ord beröra de amerikanska juristernas syn på »liability for blasting». Såvitt strikt ansvar här skulle ifrågakomma i Amerika, borde det väl närmast vara ur synpunkten av »nuisance» eller, i vissa

[6] Se citatet från Salmond å s. 371 här ovan; vidare Blackburns dom i Rylands v. Fletcher, ovan s. 349 f., och jfr domarna Bankes' och Dukes yttranden i Musgrove v. Pandelis, nedan s. 425—427, ävensom lord Moultons uttalande i Rickards v. Lothian, nedan s. 430 n. 5.

[7] Det är högst egendomligt, att frågan om ansvar för skada genom sprängningsarbeten är så knapphändigt behandlad i den engelska litteraturen. Varken i Salmonds eller Pollocks arbeten har jag funnit frågan direkt berörd, långt mindre någon »case» i ämnet omnämnd. Pollock räknar upp »explosives» bland de »dangerous things», med vilkas hantering är förbunden en sådan risk, som enligt »common law» föranleder strikt ansvar. Som i annat sammanhang nämnts ser Pollock saken så, att man här handlar under »a duty of insuring safety». Den hantering av »explosives», som innefattar »blasting», är emellertid icke särskilt nämnd av honom (se Pollock, s. 516 och s. 522), icke heller av Salmond (se s. 425—434). Av Pollocks uttalanden måste dock den slutsatsen dragas, att man för skada å annan genom »blasting» är strikt ansvarig. Riktigheten härav bekräftas av Clerk & Lindsell, som (s. 506) nämner ett fall, i vilket ägarna av ett stenbrott blevo ansvariga för »blasting operations», genom vilka en på landsvägen gående person blivit skadad. Ansvaret gjordes oberoende av »any question of negligence because», såsom domstolen yttrade, »the case was like that of the escape of a dangerous and mischievous animal». Det synes sålunda icke finnas någon anledning förmoda, att domen betraktats såsom en tillämpning av Rylands v. Fletcher. Fallet var Miles v. Forest Rock Granit Co. (1918). Det är icke refererat i Law Reports men återfinnes i mig icke tillgängliga 34 Times Law Reports 500. — Winfield anför emellertid detta fall till belysning av »the scope of the rule» i Rylands' fall, Text-Book, s. 526.

[8] Se Harper, Treatise, s. 407. Harper påpekar — såsom indicium på att situationerna vid »blasting» och i Rylands v. Fletcher icke »exactly correspond» med varandra — att exempelvis New York, som avvisat principen i Rylands v. Fletcher, icke desto mindre »holds a defendant to the rule of strict liability for blasting».

fall, »trespass». Burdick berör saken under två skilda huvudrubriker: »Harms that are not torts» samt »Nuisance». Han menar att »blasting» icke är någon »tort», när man utför den »on one's own land, when this is necessary to fit it for a lawful business», eller, som det också uttryckes, när det sker »in the ordinary improvement of his premises». Då »it is not a private nuisance to resort to blasting».[9] Hans huvudfall är Booth v. Rome, Watertown & Ogdensburg Terminal Railroad Company, New York 1893.[1] Svaranden ålades i dom av »General Term of the Supreme Court» att ersätta skada å kärandens hus, uppkommen genom sprängningsarbeten. Efter appellation upphävdes denna dom. Chief Justice Andrews, med vilken dennes kolleger instämde, yttrade därvid bl. a.:

»The defendant here was engaged in a lawful act. It was done on its own land to fit it for a lawful business. It was not an act which, under all circumstances, would produce injury to his neighbor, as is shown by the fact that other buildings near by were not injured... The lot of the defendant could not be used for its roadbed until it was excavated and graded. It was to be devoted to a common use, that is, to a business use. The blasting was necessary, was carefully done, and the injury was consequential. There was no technical trespass.»[2]

---

[9] Burdick, Torts, s. 104 och 490. Naturligtvis måste svaranden ha handlat med »due care», och han får icke ha begått »trespass», utan skadan måste ha varit »consequential». Detta är naturligtvis i allmänhet händelsen, såvida icke svaranden direkt avsett att anställa skadegörelse för grannen (eller i allt fall varit förvissad om att sådan skulle komma att anställas). Vad Burdick särskilt avser torde emellertid vara en sådan situation, som att man avsiktligt låter de söndersprängda styckena hamna på grannens mark, där de oförmodat åstadkomma skada. Skadegörelsen är då icke »consequential» utan har berott på »trespass».

[1] Ref. i Burdick, Cases, s. 238 ff.

[2] Käranden hade väsentligen grundat sin talan därpå, att sprängningsarbetena under de föreliggande omständigheterna hade »constituted a private nuisance» och att enligt »the general rule of law» envar, som skapar eller underhåller en »nuisance», är ansvarig för varje därifrån härrörande skada på annans person eller egendom. Detta föranledde domstolen att något närmare angiva sin ståndpunkt till »nuisance»-begreppet. I sådant avseende heter det a. st. s. 240: »Whether a particular act or thing constitutes a nuisance may depend on the circumstances and surroundings. The use of premises for mechanical or other purposes, causing great noise, disturbing the peace and quiet of those living in the vicinity, and rendering life uncomfortable, or filling the air with noxious vapors, or causing vibration of the neighboring dwellings, constitute nuisances, and such use is not justified by the right of property. ... But there is a manifest distinction between acts and uses which are permanent and continuous and temporary acts which are resorted to in the course of adapting premises to some lawful use. For example, the erection of an iron building adjacent to a dwelling might, for the time being, cause as much noise and discomfort as would arise from conducting the business of finishing steam boilers on adjacent premises, but this would not constitute a nuisance, and the owner of the dwelling would have no remedy. The streets may be obstructed temporarily, subject to municipal regulations, for the deposit of building materials, and the party would not be chargeable with maintaining a nuisance. The test of the permissible use of one's own land is not whether the use or the act causes injury to his

Det är tydligt, att Burdicks uttalanden om frånvaro av strikt ansvar för »blasting» stå i bästa överensstämmelse med domen i detta fall. Emellertid torde man här särskilt lägga märke till påpekandet, att skadegörelsen icke var på förhand insedd såsom en *nödvändig* konsekvens av sprängningen. Hade situationen varit sådan, då skulle, förmodar jag, just en »technical trespass» ha förelegat.

Detta synes ha varit situationen i ett annat fall, som Harper fäst särskild vikt vid och som han betecknar såsom »the leading New York case».[3] Där uttalades bl. a. följande:

»The defendants had the right to dig the canal, the plaintiff had the right to undisturbed possession of his property. If these two rights conflict, the former must yield to the latter, as the more important of the two, since, upon grounds of public policy, it is better that one should surrender a particular use of his land than that another should be deprived of the beneficial use of his property altogether, which might be the consequence if the privilege of the former should be wholly unrestricted. ... The use of land by the proprietor is not therefore an absolute right, but qualified and limited by the higher right of others to the lawful possession of their property. To this possession the law prohibits all direct injury, without regard to its extent or the motives of the aggressor.»[4]

Såvitt man av detta uttalande kan döma, synes det ganska antagligt, att situationen var den, att dessa kanalarbeten förr eller senare måste bliva till *nödvändigt* hinder för käranden i hans »right to undisturbed possession of his property», vadan skadegörelsen torde kunna uppfattas såsom icke blott »consequential» utan såsom »trespass». Situationerna i de båda fallen synas med andra ord skilja sig åt på ett sätt, som hade

---

neighbor's property, or that the injury was the natural consequence, or that the act is in the nature of a nuisance, but the inquiry is, was the act or use a reasonable exercise of the dominion which the owner of property has by virtue of his ownership over his property, having regard to all interests affected, his own and those of his neighbors, and having in view also public policy.» (Vad domstolen menade med »public policy» utvecklade den i slutet av sin dom, varom nedan s. 388 n. 7.) Man lägge märke till sammanhangslösheten i resonemanget. Skillnaden mellan »permanent and continuous acts» och »temporary acts» glider över i frågan, om »the act or use» vore »a reasonable exercise etc.». — Slutet av det citerade domsuttalandet utvisar, att frågan om nuisance eller icke skulle göras beroende av en förening av rättvise-synpunkter och sociala synpunkter, en kombination, som är logiskt omöjlig. Förvirringen är karakteristisk för »public policy» såsom denna hävdas både i amerikansk och engelsk rättsteori, enär denna — hur mycket det än må ordas om »public policy», »community interests» och dylikt — dock bygger på den häremot direkt stridande rättsideologien; jfr om det oresonliga häri ovan s. 138 ff.

[3] Hay v. Cohoes Co., New York 1849. Att detta fall mera än Booth v. Rome etc. betecknas som »leading case», synes egendomligt. Fallet finns icke refererat i Burdick, Cases, och är mer än 40 år äldre än Booth v. Rome etc.

[4] Citerat från Harper, Treatise, s. 406 f.

direkt betydelse ur »common-law»-synpunkt, och som gjorde, att anledning saknades att anse dem uttryck för olika rättsåskådningar. Det förefaller mig, som om detta icke beaktades av Harper. I allt fall har han i sin rätt utförliga behandling av »liability for blasting», utan att anföra några klara grunder, gjort uttalanden, som på intet sätt kunna bringas i samklang med den åsikt, som Burdick framställt i ämnet. Han hävdar, att »liability for blasting» icke grundar sig på »negligence», utan att det är fråga om strikt ansvar grundat på den extraordinära fara, som involveras i den ifrågavarande verksamheten. Han är uppenbarligen angelägen att få tillämpning för sitt schema över ansvaret.[5] Detta torde också möjligen förklara, att han finner stöd för sin ståndpunkt i Hay v. Cohoes Co., låtande detta fall »indicate that the basis of liability is the extraordinary hazardous nature of the defendant's conduct and the social desirability of holding him to a rule of strict liability irrespective of his fault or negligence».[6] Det torde emellertid saknas anledning att i domsuttalandet finna uttryck för annat än en utilitaristiskt tillämpad rättsideologi.[7]

För att nu efter denna utvikning angående »liability for blasting» återvända till frågan om Rylands v. Fletcher i U. S. A. skulle jag däri slutligen önska säga följande. Det synes mig ganska svårt att i de rättslärdas uttalanden finna någon egentlig rätsida på frågan, hur man i U. S. A. ställt sig till principen i Rylands v. Fletcher. Detta är icke att förvånas över, ty själva frågan är oklar, beroende i sin tur bl. a. på att innebörden av själva denna princip är ganska oklar. Menar man därmed vad Blackburn uttalade, godkänt av lorderna; eller menar man detta i

[5] Se ovan s. 230.

[6] Harper, Treatise, s. 407.

[7] Som vi sett, är denna inställning karakteristisk också för domen i Booth v. Rome etc. Men här turneras den till stöd för svarandens *fribet* från ansvar. Domsargumenteringen slutar nämligen med följande ord: »The protection of property is doubtless one of the great reasons for government. But it is equal protection to all which the law seeks to secure. The rule governing the rights of adjacent landowners in the use of their property, seeks an adjustment of conflicting interests through a reconsiliation by compromise, each surrendering something of his absolute freedom so that both may live. To exclude the defendant from blasting to adapt its lot to the contemplated uses, at the instance of the plaintiff, would not be a compromise between conflicting rights, but an extinguishment of the right of the one for the benefit of the other. This sacrifice, we think, the law does not exact. Public policy is promoted by the building up of towns and cities and the improvement of property. Any unnecessary restraint on freedom of action of a property owner hinders this. The law is interested also in the preservation of property and property rights from injury. Will it in this case protect the plaintiff's house by depriving the defendant of his right to adapt his property to a lawful use, through means necessary, usual and generally harmless? We think not.» Se Burdick, Cases, s. 242. — Beakta slutet av n. 2 här ovan.

förening med lordkanslerns tillagda förutsättning, att skadan skulle ha uppkommit genom »non-natural user of the land»; eller menar man principen, sådan den utlagts t. ex. i Rickards v. Lothian eller av själva Blackburn i Jones v. Festiniog Rlwy Co., innefattande det senare fallet att spridning av eld genom sådant som gnistor från lokomotiv vore »actionable» enligt Rylands v. Fletcher?[8] Vad denna sista utläggning angår, som uppenbarligen i engelsk rättslitteratur betraktas såsom auktoritativ, må först sägas, att den icke godtagits i Amerika.[9] Låt oss emellertid koncentrera vår uppmärksamhet på sådana situationer, vartill vi närmast föranledas av själva fallet — nämligen skada genom översvämning från en för något särskilt ändamål gjord vattenanhopning. Vi mötas då i Amerika av de s. k. »mill dam cases»[1], innefattande avvisandet av principen i dess ursprungligaste och mest egentliga mening, i en mening sålunda som icke bör kunna göras dubiös genom senare »auktoritativa» utläggningar av innebörden av Rylands v. Fletcher. Det är helt ologiskt att å ena sidan påstå, att principen i detta fall gäller, och å andra sidan hävda den rättsgrundsats, enligt vilken dessa »mill dam cases» blivit avdömda. Det är visserligen sant, att man t. ex. i Kalifornien anser sig ha accepterat principen i Rylands' fall i fråga om »water in artisian wells, artificially drilled».[2] En sådan åsikt är emellertid icke fullt korrekt. Grunden för ansvaret i ett sådant fall *kan* helt enkelt icke vara densamma som grunden för ansvaret i Rylands v. Fletcher, vid det förhållandet att den icke är sådan, att den föranleder ansvar i »mill dam cases». Detsamma kan sägas i fråga om samtliga de situationer, där man i Amerika menar sig tillämpa principen i fråga.

En sak för sig är nu, att i åtskilliga av U. S. A:s stater Rylands v. Fletcher överhuvud icke godtagits. Därom rör det sig just nu icke. Det intressanta i detta sammanhang är, att även domstolarna i de stater, som skola ha »godtagit» principen, i själva verket icke godtagit vad som uppenbarligen skall vara själva den bärande idén i densamma, nämligen att skada genom rättskränkningar, som uppstått såsom en följd av att grannen i sitt eget intresse och på visst sätt[3] utnyttjat sin fastighet, måste gottgöras av denna granne. Ty när man i Amerika har »dömt i enlighet med» principen, så har man icke gått på denna allmänna linje, som just karakteriserar Rylands v. Fletcher, utan man har faktiskt, därest

[8] Härom senare under »Liability for fire».
[9] Se nedan s. 435 f.
[1] Se ovan s. 379 ff.; se även Harper, s. 342.
[2] Ovan s. 377.
[3] Anhopning av ting, som kunna befaras bringa skada, »if they escape».

man resonerat logiskt — även om det icke framträtt i domen — varit bestämd av ytterligare synpunkter, som gjort kvalifikationer i den av Rylands' fall framgående grunden. Lyxfontäner, som det tydligen var fråga om i Kalifornien, kvalificerar grunden för ansvaret på ett helt annat sätt än som framgår av Rylands' fall. Med »explosives» — för att nu beröra ett annat amerikanskt fall[4] — förhåller det sig på liknande sätt. Så snart man vet, att principen bestämt avvisats i »mill dam cases», måste man följdriktigt räkna med, att det icke heller är principen i fråga som kommit till tillämpning i andra fall, utan att dessa bygga på annorlunda bestämda grundsatser. — Sammanfattningsvis torde följande uttalande i ämnet vara motiverat:

Principen i Rylands v. Fletcher är icke accepterad någonstädes i U. S. A. Det är sant, att man i en del stater i åtskilliga situationer, som fylla rekvisitet för denna princips tillämplighet, utdömt strikt ansvar, åberopande sig på principen i fråga. Detta kan dock logiskt icke vara ett bevis för giltigheten av nämnda princip, eftersom dylik giltighet ovillkorligen måste innefatta strikt ansvar i »mill dam cases», men sådant ansvar i dessa fall i ingen av U. S. A:s stater kommer i fråga. Åberopandet av Rylands v. Fletcher är sålunda i U. S. A. blott ett talesätt. Såvittsom detta icke föranletts blott av oklarhet angående sin innebörd, torde grunden till detsamma vara å ena sidan uppfattningen om lämpligheten att i situationer av vissa slag döma till strikt ansvar, å andra sidan behovet att för detta ändamål ha en rättsregel att tillgå. Då nu läget faktiskt är detta, att situationerna i fråga skulle föranleda strikt ansvar, därest principen i Rylands v. Fletcher hade giltighet, får det ett sken av logik över sig att till stöd för det strikta ansvaret åberopa sig på denna princip.[5]

[4] Exner v. Sherman Power Constr. Co., ovan s. 382 n. 9.

[5] Att man, såsom Harper säger, i Amerika tenderar åt en »extension» av principen (se ovan s. 382) kan naturligtvis icke förminska befogenheten i mina anmärkningar.

Liability for fire.

Ansvaret för skada genom eld i engelsk doktrin bör icke förbigås i detta arbete. Saken behandlas lämpligen här. Såvitt strikt ansvar för skadegörelse genom eld kommer i fråga, ser man det nämligen grundat på samma princip som domen i Rylands v. Fletcher. Det behandlas också stundom såsom eller i samband med »nuisance». Min framställning berör också ett par äldre »cases» angående »a master's liability for the acts of his servants», ett ämne som vi till sist skola ägna uppmärksamheten åt i ett särskilt kapitel.

Beaulieu v. Finglam.

Vi ha nu i fråga om »liability for fire» ett gammalt fall från andra året av Henrik IV:s regering, d. v. s. 1401.[1] Enligt Kennys referat, som tyd-

[1] Beaulieu v. Finglam, Y.(ear) B.(ooks) 2 Henry IV. fo. 18, pl. 5. Tvåan avser regeringsåret. Tillvaron av dessa »Year Books» har sannolikt spelat en betydande roll för möjligheten att uppehålla denna egendomliga föreställning om och tro på »common law» som råder i England. »Year-Books» innehålla en serie referat av »cases». Referaten äro skrivna på anglo-normandiskt språk, stundom kallat »Law French». De börja i slutet av 1200-talet och gå fram till 1535. Se t. ex. Osborn, A concise law dictionary for students and practitioners, 1927. Hur dessa egendomliga referat kommit till stånd är man icke fullt på det klara med. Se bl. a. Byrne, s. 941. En äldre av Coke och Blackstone hävdad åsikt, att de voro »official publications» har numera övergivits. Holdsworth säger, II s. 525, att de äro »the exclusive property of the legal profession, written by lawyers for lawyers . . .» (och sålunda icke av tjänstemännen i »the Chancery»). Han tycks, liksom Windeyer, ansluta sig till Bollands ståndpunkt (Three Lectures on the year Books, 1921). Windeyer skriver, s. 123 f.: »The most attractive hypothesis is that of Dr Bolland. He thinks that some enterprising persons, some group of lawyers perhaps, decided that it would be a profitable undertaking to provide the mediaeval bar with reports of happenings in the king's courts, particularly in the Common Pleas, that for this purpose they employed junior apprentices, who took notes in court and scribes who, often in a careless and inaccurate fashion, made enough copies to meet the demands of the profession . . . They certainly were lawyers. They understood what matters were of professional interest. They were quick to appreciate and to record the nice point, the novel plea, the skilful tactics of one pleader, the mistakes and errors of another . . . Pleading was then oral . . .» Windeyer erinrar dock om den förmodan, som Turner gjort i sin »Introduction» till Year Book 4 Edw. II (Selden Society), nämligen att det kanske finns »some measure of truth» i den äldre åsikten. — Maxwell, A Bibliography of English Law to 1650, I, 1925, s. 203, gör angående editionerna av

ligen avser att ordagrant, låt vara i översättning, återgiva formuleringarna från »Year Books», hade

»a man named William Beaulieu sued Roger Finglam for that — whereas (according to the law and custom of our realm of England hitherto obtaining) everyone in the realm keeps, and is bound to keep, his fire safe and sure so that no damage in any way happen through his fire to his neighbours, — yet the aforesaid Roger kept a fire of his, at Carlion, so negligently that, through his lack of a due care of the said fire, the goods and chattels of the said William, then being in his house, to the value of forty pounds, and the said house itself, were then and there burnt through that fire, to the damage of the said William».

»the Year Books» följande allmänna uttalande: »Most of the Year Books were originally issued separately. They were afterwards collected into 10 volumes, with various dates and impressions, forming the so-called quarto-edition. Finally they were issued in 1678—80 in 11 large folio volumes, with the addition of a volume containing the Years of Edward I. and II.» De 11 folio-banden synas egentligen avse hela Year Books-samlingen med undantag av tiden för Edw. I, ty de sträcka sig från 1307—1535. (Jfr Hicks, s. 377.) Från sin början under Edw. I till Rich. III:s regering innehålla Year Books en till tiden nästan oavbruten serie av »cases». Särskilt under Henr. VII och VIII avbrytes den av större och större intervaller. Under Henr. VIII:s 27 regeringsår (1535) upphör den definitivt. Samlingsverket *The Chronicles and Memorials of Great Britain and Ireland during the middle ages*, som utgivits »under the direction of the Master of the Rolls» innehåller bl. a. i 20 digra band flera årgångar »Year Books» under Edward I och III. Dessa band äro tryckta från 1863—1911. Verket i fråga finns på universitetsbiblioteket i Uppsala. Nu berörda »Year Books» plägar man hänvisa till såsom »Rolls ed.». I själva verket hava de 6 första banden, innefattande 5 av dessa »cases» under Edw. I och det sjätte »cases» under Edw. III, översatts och utgivits av Alfred Horwood och de övriga 14 banden översatts och utgivits av Luke Owen Pike. Horwood säger i sitt företal till det först utgivna bandet (avseende Edw. I:s 30:de och 31:sta regeringsår), att dessa »Year Books» äro de första i en lång rad av »legal reports in which England is so rich, and in comparison with which (as Bentham remarks) the wealth of other nations is penury». Holdsworth II, s. 525, säger om »the Year Books», att de äro »by far the most important source of, and authority for, the mediaeval common law». — På Uppsala universitetsbibliotek har jag icke kunnat påträffa några andra »Year Books» än de i Rolls ed. Någon upplaga av dessa böcker för tiden efter Edw. III har jag icke haft tillgänglig. Rolls edition omfattar »cases» under perioderna 1292—1307 samt 1337—1346. En publikation av Year Books genom Selden Society, påbörjad 1903, hade år 1931 nått 20 volymer, vilka omfattade åren 1307—1470. Slutligen märkas två band, utgivna 1914—1919 av Ames Foundation och avseende de tre åren 1388—1390. (Se Hicks a. st.) När tryckningsmetoden införts började referaten från Year Books att tryckas, men icke blott fullständiga referat utan även s. k. Abridgements. De båda främsta av dessa äro Fitzherberts och Brookes Abridgements, av resp. åren 1516 och 1568. Se i övrigt angående Year Books Holdsworth II, s. 525—556. Efter Year Books, dessa »anonymous compilations», började omkring mitten av 1500-talet den långa raden av »nominate reports», vars första upphovsman var Dyer, följd av Leonard, Plowden, Coke, Croke o. s. v. (Angående utvecklingen av English Law Reports efter Year Books intill början av 1930-talet se bland andra Hicks, s. 78—91.) Vad nu föreliggande fall, Beaulieu v. Finglam, angår har jag funnit det utförligaste referatet därav hos Kenny, Cases, s. 589. Det väsentliga finns även anfört av Wigmore, Tortious responsibility, s. 522. Även Salmond har anfört de viktigaste domsuttalandena i denna »case», s. 254 f.

De mellan tankstreckarna stående orden torde återgiva det väsentliga i »the writ» (varom se nästa not). Tydligen har svaranden själv eller genom någon av sina försvarare (han tycks ha haft två sådana) inför rätta skyllt ifrån sig därmed, att icke svaranden själv utan någon annan i hans hus handskats med elden. Man förstår detta av domsuttalandena. Emellertid torde först böra märkas, att det synes tvivelaktigt, hur man har att förstå saken: har käranden byggt sin talan på svarandens »negligence» eller på det strikta ansvar, som skulle vara »according to the law and custom». Talet om svarandens vårdslöshet har möjligen tillkommit blott såsom en särskild grund för det rättvisa i kärandens sak.[2] Hornby, en av svarandens försvarare, yrkade »on this count», d. v. s. med hänsyn till kärandens aktion enligt det nyss gjorda citatet, dom till förmån för svaranden, ty sade han, »the plaintiff lays his count upon a common custom of the realm, and he has not gone on to say that this custom has been practised, etc.». Härtill genmälte emellertid »All the Court»: »go to your next point; for the common custom of this realm is the common law of the realm».[3] — Emellertid yttrade nu domaren Markham, med domstolens instämmande:

»A man is bound in such a case to answer for the acts of his servant or his ostler. For if my servant or my ostler fix a candle against the wall, and the candle fall into the thatch and burn down all my house and my neighbour's house too, in that case I must answer to my neighbour for the damage done to him.»[4]

När Hull, den andre defensorn, framhävt det orimliga »to put blame or default upon a man when there was none in him [for the negligence of his servants cannot be called his (feasance)]», utbrast domaren Thirning: »Nay; for if a man kills or slays another by misadventure, he

[2] »Negligence» har på denna tid tydligen använts utan distinkt betydelse. Det korta namnet på denna aktion: »for negligent garder son feue», är enligt Wigmore, s. 511 f., vilseledande. Orden skola blott betyda »for failing to keep in his fire». Att ansvaret innefattade »absolute responsibility» styrkes enligt Wigmore också av orden i stämningsformuläret: »quare ... homo et femina ... ignem suum die ac nocte salvo et secure custodire teneatur, ne pro defectu custodiae ...». Harper, Treatise, § 195, ansluter sig helt till denna Wigmores uppfattning. Se även Winfields uttalanden nedan s. 398. — Talan i detta fall (Beaulieu v. Finglam) avsåg en »trespass *on the case*», alltså icke »trespass» (se ovan s. 304 ff.). Beträffande ett ännu äldre fall angående ansvar för eld, synas nutidens bedömare tveka mellan »action for trespass» och »action on the case»; se Winfield, Myth, s. 47.

[3] I denna domstolens hållning skall väl ligga, att det icke är parts sak att utreda lagens innehåll, enär »iura novit curia».

[4] Det finns olika editioner av »Year Books», i vilka översättningarna tydligtvis något variera. Wigmore, s. 522, citerar »guest» i stället för »ostler» (stalldräng) och skriver »on the beam» i stället för »against the wall» samt »straw» i stället för »thatch» (takhalm). Salmond tycks ha hämtat sitt referat från samma källa som Kenny.

will have to forfeit his goods and it is only by an act of grace that he can get his charter of pardon.» Uppenbarligen vill Thirning ha sagt, att man kan bli ansvarig, även om man är fri från »blame». Redan förut hade denne domare sagt »that a man shall answer for his fire if by mischance it burn another man's goods». Emellertid uttalade sig domaren Markham ytterligare sålunda:

»I shall have to answer to my neighbour for anyone who enters my house by my will or my knowledge (or is received by me or by my servant as a guest), if he do any act (as with a candle or anything else), by which my neighbour's house is burnt. But if a man from outside my house, against my will, puts fire into the thatch of my house (or anywhere else) whereby my house is burned, and, in consequence, my neighbours' houses are burned too, I shall not be bound to answer to them for this. For it cannot be said to be through any wrongdoing on my part, but was quite against my will.»

Markhams uttalanden ha genomgående avseende blott å ansvaret för annans än svarandens egen hantering av eld. Såvitt han hävdar ansvarighet förutsättes att denna hantering skett inomhus. »Annan» synes utom tjänare vara vem som helst som med husbondens eller, i dennes frånvaro, hans tjänares fria vilja befinner sig i huset. I denna mening svarar husbonden för annans hantering av elden enligt Markham. Detta synes klart. Har hanteringen skett utomhus öppnar sig möjlighet för olika tolkningar av Markhams mening. Att Markham blott haft en »stranger» i sikte torde dock icke kunna antagas. Å andra sidan är det tydligt, att husbonden, om en tjänare utomhus förorsakat elden, *kan* bli ansvarig enligt Markham, nämligen om tjänarens handlingssätt icke skett »against his will». Detta torde vara strängare mot husbonden, än om hans ansvar förutsatte hans »command or consent».[5] Uttalandet tyder vidare på att husbonden hade att exonerera sig, d. v. s. att bevisbördan vilade på honom, beträffande detta förhållande, att tjänaren handlat mot husbondens vilja. Markhams ord giva icke direkt vid handen, att man svarar strikt för skada genom eld, även om det icke utretts att elden förorsakats av »annan» i förut preciserad mening. Domaren Thirnings uttalanden synas däremot ha denna betydelse. Utan att direkt nämna dessa åberopar sig dock Wigmore bl. a. på »the proceedings» i denna »case» till stöd för antagandet av strikt ansvar för skada genom eld i allmänhet, d. v. s. utan särskilt avseende på ansvaret för »annan». Han finner fallet såsom sådant stöd t. o. m. »unmistakable».[6]

[5] Denna förutsättning torde eljest, d. v. s. när fråga icke var om skada genom eld, på den tiden ha betingat husbondens ansvarighet. Härom i annat sammanhang, nedan s. 444 ff.

[6] Wigmore, Tortious responsibility, s. 512 och n. 2 ib. — Winfield, Myth, s. 47,

Turberville v. Stampe.

Emellertid gör nu Wigmore, jämväl under erinran om ett fall av så pass sent datum som Turberville v. Stampe (1698), å ena sidan ett uttalande av innebörd, att det strikta ansvaret i sin helhet för skada genom eld höll sig ända till 1712, då ansvarigheten »for accidental fires *in* houses» upphävdes genom lagstiftningsakt.[7] Man får intrycket, att hans mening är att ansvarighet »for accidental fires *outside* houses» skulle ha bestått efter 1712, alltså ända till 1774, då den bekanta statuten i Georg III:s 14 regeringsår trädde i kraft. Men å andra sidan säger han ett antal sidor längre fram, under framställningen av husbondes ansvarighet för tjänare, att, i fall av »a fire started by the servant *within* the house», den gamla strikta ansvarigheten fortsatte »down through the 1600s».[8] Och detta betecknas som en »exceptional case». Det synes mig omöjligt att förena de båda meningarna, så mycket mindre som Turberville v. Stampe just avser »a fire started by the servant *outside* the house». Visserligen friades svaranden i detta fall, men Wigmore menar uppenbarligen, att det likväl utgör stöd för principen om hans ansvarighet även i dylika situationer, enär den friande grunden låg utanför frågan om strikt ansvar eller ansvar för »negligence».

Om det är jämväl Wigmores nu berörda uttalanden, a. a. s. 512, som Salmond har i sikte vet jag icke, men han opponerar emot den »sometimes» framställda åsikten, att »common law» före »the Act of Anne» (d. v. s. den av Wigmore åsyftade lagstiftningen av 1712)[9] gjorde »an occupier absolutely liable for damage done by fire independently of any negligence either on his part or on that of any one else»[1]. Han åberopar

finner fallet däremot vara en »typical inconclusive case». Han nämner också, s. 48, att enligt Brookes Abridgements, Action sur le case, 30 — däremot icke enligt Fitzherberts Abridgements, Accion sur le cas, 30 (jfr noten, s. 392) — »the Court conceded that there was no liability for fire 'per misfortune sans negligence'».

[7] S. 512.

[8] S. 524.

[9] 1712 är vilseledande. Annes akt tillkom i hennes 6:te regeringsår, alltså 1707. Emellertid var denna blott temporär, och Wigmore hänvisar till 10 Anne c. 14 s. 1 (1711), varigenom den förra — jämte andra temporära lagar — gjordes »reviving and continuing».

[1] Denna åsikt synes dock vida vanligare än Salmond antyder. Det heter t. ex. hos Campbell, Ruling cases, I, 1894, s. 245 — varvid han även tycks vilja åberopa den »case» som Salmond bygger på (Turberville v. Stampe) — att ansvar i fråga om eld »formerly» utgjorde »an absolute duty to insure against all mischief caused to your neighbors by fire arising on your own property». Liknande även Harper, Treatise, § 195. Holdsworth drager icke i ringaste tvivelsmål, att principen om strikt ansvar för skada genom eld — erkänd under medeltiden — »was recognized in 1698 in the case of Tuberville v. Stamp; but it was altered by the Legislature in 1707». Se Holdsworth VIII, s. 469.

sig därvid på yttranden i Turberville v. Stampe.[2] Eldskadan härledde sig här från eld, som svarandens tjänare hade gjort upp ute på ett fält. I försvaret framhävdes att tjänaren icke syntes ha handlat på husbondens befallning »and there it being out of his house he is not responsible» (se referatet hos Wigmore a. st. s. 528). Jag har icke haft tillfälle se ett tillfredsställande referat av fallet. Wigmore och Salmond återgiva icke samma delar av yttrandena. Wigmore har fäst sig vid orden »be it by negligence or by misfortune, it is all one», såsom utvisande att den gamla traditionen alltjämt uppehölls, låt vara att en plötslig stormil betraktades som giltig ursäkt. Salmond nämner icke de citerade orden utan angiver följande passus:

»He must at his peril take care that it does not through his neglect injure his neighbour. If he kindle it at a proper time and place, and the violence of the wind carry it into his neighbour's ground and prejudice him, this is fit to be given in evidence.»[3]

Icke ens nu citerade passus synes giva klart stöd åt Salmonds påstående, att redan då »liability for fire is based on the negligent lighting or care of it». Vederbörande måste dock »at his peril» akta sig för att vålla sin granne skada! »Neglect» bör kanske ses mot bakgrunden av »at his peril», och man bör ihågkomma den i äldre tider stundom föga distinkta innebörden av negligence[4], påminnande om vårt »vålla», som stundom användes identiskt med »förorsaka». Anförandet av vindens våldsamhet såsom grund för befrielse från ansvaret tyder väl också snarast på principiellt strikt ansvar, varifrån man befriades genom skadegörelsens beroende på »the act of God».[5]

De två uttalanden i fallet av Chief Justice Holt, vilka Wigmore citerat, anlägga synpunkter, som äro ägnade att, utan särskilt avseende å eld, förklara en husbondes ansvarighet för skada genom hans tjänare. Uttalandena lyda sålunda:

---

[2] Salmond förlägger saken till icke 1698 utan 1697. Han hänvisar till 1 Lord Raymond 264, d. v. s. Raymond, Reports, King's Bench and Common Pleas, 1694—1732, vol. 1, s. 264. — Wigmore och flera andra beteckna fallet såsom Tuberville v. Stamp. Beteckningen Turberville v. Stampe har jag dock oftare påträffat. Stundom ser man stavningen Turbervil v. Stamp.

[3] Detta citat är hämtat från »Modern Reports; or Select Cases in the Courts of King's Bench etc.», part XII (1690—1702), s. 152. — Wigmore, a. st. s. 512 och s. 528, har för sin redogörelse för fallet, utom Lord Raymond's reports, andra källor, Salkeld, Reports of cases in the Courts of King's Bench etc. (1689—1712), 1. 13, samt Comberbach (se nästa citat).

[4] Jfr ovan s. 393 n. 2.

[5] Jfr Pollock s. 519.

»And though I am not bound by the act of a stranger in any case, yet if my servant doth anything prejudicial to another, it shall bind me, where it may be presumed that he acts by my authority, being about my business.» (För detta uttalande hänvisar Wigmore till Comb. (= Comberbach, King's Bench reports, 1685—1699, en vol.) 459. För det andra, här strax följande, uttalandet hänvisar han till 1 Lord Raymond, 264.) »So, in this case, if the defendant's servant kindled the fire in the way of husbandry, and proper for his employment, though he had no express command of his master, yet the master shall be liable ...; for it shall be intended that the servant had authority from his master, it being for his master's benefit»; se Wigmore s. 528.[6]

Såvitt framgår av de referat jag haft tillgängliga, giva domsuttalandena icke vid handen, huruvida någon principskillnad i fråga om ansvaret rådde, allteftersom tjänaren handskats med elden inom- eller utomhus. Man finner blott, att — såsom vi redan sett — svarandens defensor åberopat den omständigheten, att det skett utomhus. Det är sannolikt detta, som Wigmore åsyftar med följande något oklara uttalande:

»The doubts there (syftar på fallet i fråga) expressed because the fire was started in the field, not in the house, arose hardly from the fact that the tradition dealt with fire in a house (for the writ does not betray this, nor does Germanic tradition), but from the fact that it was started by a servant, and the old rules about absolute responsability for deeds done in the house and by the household became the source of confusion.»[7]

Vad nu än den närmare tankegången i dessa ord skall vara, så giva de — mot bakgrunden av Wigmores övriga framställning i det sammanhanget — intrycket, att hans mening är, att principen om husbondens strikta ansvarighet för tjänares hantering av eld gällde utan åtskillnad mellan handling inomhus och utomhus. Men detta motsäges, som redan förut nämnts, i sin tur av hans senare, s. 524, gjorda framhävande av det strikta ansvaret för »fire started by the servant within the house» såsom ett speciellt undantagsfall.

[6] Situationen synes ha varit den, att majoriteten av domstolens ledamöter grundade sin ståndpunkt på principen om strikt ansvar för skada genom eld, under det att Holt lutade åt uppfattningen, att denna princip icke avsåge »any fires but those in houses», och därför »put the liability on a broader ground». Se Holdsworth VIII, s. 474, som dock anmärker, att referaten av fallet hos Comberbach och Lord Raymund icke överensstämma i fråga om Holts avvikelse från majoriteten angående omfattningen av det gamla ansvaret »for fire». Det sista av Holts båda uttalanden ansluter sig visserligen till ett fall av skada genom eld. Men ordalagen äro sådana, att intet tvivel synes kunna råda därom, att han med detta uttalande jämväl avsett att illustrera en allmän princip utan särskild hänsyn till eldskada. Den dragna slutledningen, angående ansvaret, från handlingssätt »in the way of husbandry and proper for his employment» måste ju ha giltighet, vilket handlingssätt det än är fråga om. Uttalandena skola ånyo beröras, vid framställningen av »a master's liability», nedan s. 449 f.

[7] Wigmore, Tortious liability, s. 512, n. 5.

Det är flera författare, som bidragit med upplysningar angående Turberville v. Stampe. Ju mer man får veta därom, desto mera förvirrad tycks bilden därav bli. Icke desto mindre ser man fallet icke sällan indraget i nutidens domsmotiveringar. Det innesluter ju åtskilliga allmänna uttalanden av skilda slag. Något kan man alltid finna, som är möjligt att utnyttja. Men det hela giver ett särdeles oredigt intryck av vad domstolen uppfattat såsom »common law» i ämnet. Ett intressant bidrag till våra »kunskaper» om fallet gives, låt vara mera i förbigående, av Winfield.[8] Han omtalar, att tre domare mot en funno ansvarighet vara motiverad i fråga om eld, som börjat på ett fält (exempelvis »for burning stubble»), lika väl som i fråga om eld »beginning in a house, but that, if a sudden storm had arisen which the defendant could not stop, it might be shown in evidence». Härtill fogar han, att »collateral reports indicate ill-defined notions as to what negligence signified in this connection», ett påstående som belyses med följande not:

»According to Comb. (= Comberbach) 459, Holt C. J. (Chief Justice i målet) at an earlier stage of the case distinguished it from that of fire escaping from a house, 'for every one ought to take care of that', while 'a special neglect' ought to be shown in the party who made a fire in his field. According to Carthew (utg. av King's Bench Reports, 1686—1701, i en vol.) 425, it was unsuccessfully argued that the action rested on negligence, and therefore was not maintainable, unless there was a trust reposed in defendant, or upon the special custom of England, which implies a trust.»

Winfield drager för sin del bl. a. följande slutsatser angående det allmänna ansvaret »for the escape of fire», sådant som det framträder i Englands »technical law books» före Annes Act:

»Whatever meaning was attached to negligence in the action alleging the custom, it had not the thechnical sense which it now bears in the law of torts. Exactly what it did mean must remain matter of conjecture, but it excluded liability where the fire spread or occurred (I) by the act of a stranger — a man was not responsible for that, though he was for the act of his servant, his wife, his guest, or one entering his house with his leave or knowledge; (II) by misadventure, which, to anticipate a modern term, seems to be equivalent to inevitable accident, or something which by no care reasonable in the circumstances could have been avoided. This exception, as we have seen, was not established without some hesitation. It looks as if it were recognized by the time of Elizabeth, unsettled by Turbervil v. Stamp, and (as regards houses) finally established by the Act of 1707.»

Av de båda kategorierna är det uppenbarligen blott angående den senare, som tvekan enligt Winfield rått. Det är nog också klart, att man icke ens i äldre tider svarat för eldskada genom »the act of a stranger».

[8] Winfield, Myth, s. 47 ff.

Att man bortsett härifrån på 1500- och 1600-talen blott svarade för egen och husfolks culpa — detta är nämligen den praktiska innebörden av ansvarsfrihet i fall av »inevitable accident»[9] — är tydligen icke Winfields mening. Däremot tycks han mena, att under Elisabeths tid och därefter möjligheten att fria från ansvar i fall av eldskada genom »inevitable accident» vunnit insteg i domstolarnas rättsuppfattning.

The Fires Prevention (Metropolis) Act.

Hur nu än Turberville v. Stampe må kunna utläggas[1], måste den omkring ett decennium därefter tillkomna »Act of Anne» ha betytt en viss begränsning i ansvaret för skada genom eld. Ansvarsfriheten — som i Annes Act blott avsåg person, »in whose house or chamber any fire shall accidentally begin»[2] — utvidgades genom en statut under Georg III:s 14 regeringsår (1774), som i cap. 78 — The Fires Prevention (Metropolis) Act — sect. 86 föreskriver:

»that no action, suit, or process whatever shall be had, maintained or prosecuted against any person in whose house, chamber, stable, barn, or other building, or on whose estate any fire shall accidentally begin, nor shall any recompence be made by such person for any damage suffered thereby».[3] — Man märke här orden »or on whose estate», som icke hade någon motsvarighet i Annes Act.

Stadgandets avfattning har sannolikt icke varit den, som bäst motsvarat intentionerna med detsamma. Faktiskt har den utläggning därav länge varit förhärskande, att man icke svarade för »accidental fires», ens om skadan berott på »negligence». »Accidental» sattes i motsättning blott till »wilful», däremot icke till »negligent». Till och med den store Blackstone hävdade en sådan tolkning, som han uppenbarligen fann tillfredsställande ur »rättvisans» synpunkt: »for their own loss is sufficient

[9] Se ovan s. 265.

[1] I avseende å fallet säger Harper, Treatise, § 195, att »something that looks like strict liability is imposed for damage done, not only from fire started in the house but in the defendant's field». Han giver ytterligare ett bidrag till innehållet i domen genom citat av följande domsuttalande (tydligen hämtat från Salkelds reports): »For the fire in the field is his fire as well as that in his house; he made it, and must see it does no harm, and answer the damage if it does.» Jfr s. 401 n. 7 in fine.

[2] 6 Annae c. 31 s. 6.

[3] Pickering XXX, s. 535. I England betecknas de olika nytillkomna »statutes» med år, kapitel och nummer. Cap. 78 under Georg III:s 14 regeringsår utgör sålunda en »act» för sig, kallad »The Fires (Metropolis) Prevention Act», och citeras sålunda: 14 Geo. III. c. 78. Ehuru en stor del av akten har upphävts genom »the Fire Brigade Act» av 1865, är den ifrågavarande sect. 86 alltjämt i kraft som »general law» (trots dess, såsom benämningen utvisar, ursprungligen lokala begränsning). Se Clerk & Lindsell, s. 494 och Smith, Master and servant, s. 224 not y.

punishment for their own or their servant's carelessness».[4] Men tillägger Blackstone, om en »accidental fire» inträffar på grund av en tjänares bristande aktsamhet, »whose loss is commonly very little», så skulle ett visst strängt förfarande mot honom äga rum. De citerade orden, liksom orden »their own ... carelessness» i föregående citat utvisa såsom Blackstones mening, att en husbonde icke ens på grund av egen »negligence» borde bliva skadeståndsskyldig, alldenstund han själv gjort så stor förlust genom eldsvådan. Denna egendomliga tolkning av 14 Geo. III. c. 78 s. 86 blev delvis undanröjd genom Filliter v. Phippard (1847). Här yttrade lord Denman, som i egenskap av chief justice meddelade domen:

»It is true that, in strictness, the word *accidental* may be employed in contradistinction to wilful, and so the same fire might both begin accidentally and be the result of negligence. But it may equally mean a fire produced by mere chance, or incapable of being traced to any cause; and so would stand opposed to the negligence of either servants or masters. And when we find it used in statutes which do not speak of wilful fires but make an important provision with respect to such as are accidental (and consider how great a change in the law would be effected, and how great encouragement would be given to that carelessness of which masters may be guilty as well as servants), we must say that we think the plaintiff's construction much the most reasonable of the two.»[5]

Härefter ansågs det visserligen stå fast, att stadgandet endast hade tillämpning å s. k. »inevitable accident». Men alltjämt tolkades det så, att ansvarigheten var utesluten, om elden blott *börjat* »accidentally» i denna mening. Hade elden så börjat, men dess skadegörande verkan likväl förorsakats genom på ett senare stadium inträffad »negligence», trodde man stadgandets ordalydelse lägga hinder i vägen för ansvarighet. Det var först genom Musgrove v. Pandelis (1919), som denna meningslösa bokstavstolkning undanröjdes. Det kuriösa resonemang, varigenom detta resultat uppnåddes, skall i annat sammanhang beröras.[6]

Det ifrågavarande stadgandet i »Fires Prevention (Metropolis) Act» synes också ha varit föremål för en egenartad tolkning åt motsatt håll, d. v. s. i starkt begränsande riktning. Man har gått på en sträng bokstavstolkning av orden »any fire shall accidentally *begin*». Sect. 86 skulle därigenom sakna tillämplighet, därest icke elden ifrån början uppkommit genom ren olyckshändelse, sålunda icke om elden ursprungligen avsiktligt (men fullt aktsamt) uppgjorts av husbonden eller hans folk eller överhuvud av någon. Om eldsvådan t. ex. härrörde av att en med »due

[4] Blackstone-Kerr I, s. 442 [s. 431].
[5] 11 Queen's Bench reports 347. Fallet ref. hos Kenny, Cases, s. 592.
[6] Se överhuvud angående Musgrove v. Pandelis nedan s. 424 ff.

care and caution» tänd lampa eller fotogenkök exploderade, vore stadgandet icke tillämpligt. Det skulle blott komma i fråga vid sådant som antändning genom blixten eller självantändning! Det är sant att orden kunna leda till en sådan tolkning, men det torde vara lika sant, att denna intet har med intentionerna vid stadgandets tillkomst att skaffa. Detta synes också vara den härskande meningen.[7] Bland arbeten, vari den stränga bokstavstolkningen hyllas och ännu i dag, trots stadgandet, ansvaret för eld hävdas såsom »absolute and independent of negligence», nämner Salmond »Law of Torts» av Clerk & Lindsell.[8] Han säger även, att denna tolkning »is suggested in Filliter v. Phippard itself as a second and supplementary ground for the decision. It is submitted, however, that it is unsound.»[9]

Den allmänna regeln om »liability for fire».

Vad nu gällande regel om ansvar för skada genom eld angår, karakteriseras den av Salmond, s. 255, såsom »a rule of vicarious liability for the negligent acts of all persons except mere strangers — not a rule of absolute liability for accidents for which no one is to blame». Det är

[7] Se Salmond, s. 256 och Pollock, s. 519, not r. Pollock går icke direkt in på saken, men att han har denna mening förstår man av hans uttalande, att svaranden icke ens efter »common law» synes vara ansvarig »unless he knowingly lighted or kept some fire to begin with; for otherwise how could it be described as ignis suus?» Tankegången måste vara den, att för befrielse från ansvar för skada genom eld, som från första början varit »accidental», hade det icke behövts något särskilt lagstadgande. Vad nu angår Pollocks argumentation med »ignis suus», har denna tydligen avseende å ordalagen i det gamla stämningsformuläret, varom se ovan s. 393 n. 2. Detta begrepp »ignis suus» har varit föremål för utläggningar i judikaturen. I det gamla fallet Beaulieu v. Finglam (1401), berört här ovan s. 391 ff., »some gave the opinion that the fire cannot be called 'his' fire; for a man can have no property in fire». Denna mening godtogs emellertid icke. (Winfield, Myth, s. 47, refererar: *et opinio illa non allocatur*. När och hur latinet kommer in i »Year Books», vet jag icke.) Kenny, Cases, s. 589, säger i en not till sitt referat av fallet, att lord Holt 300 år senare bemötte samma invändning genom följande förklaring: »the property in the materials makes the property in the fire». Det var i Turberville v. Stampe, varom se ovan s. 395 ff., som Holt i egenskap av »chief justice» fällde dessa ord. Jfr särskilt Harpers citat här ovan s. 399 n. 1.

[8] Om denna innebörd kan inläggas i senare upplagor av Clerk & Lindsell är kanske tvivelaktigt. Resultatet är, heter det i 9 uppl. s. 494, att, »if the occupier of a house or land starts a fire either intentionally or by negligence, he is bound at his peril to keep it from doing damage to others . . .» Är det icke möjligt, att man här med »intentionally» blott har i sikte sådan eld-»starting», som utgjorde en »intentional wrong»? Den eller de formuleringar hos Clerk & Lindsell, som Salmond åsyftat, känner jag icke.

[9] Det var detta fall, som undanröjde den bl. a. av Blackstone hävdade uppfattningen, att sect. 86 i »Fires Prevention Act» fritog från ansvar jämväl för »negligence». I Kennys referat finns intet nämnt om den ifrågavarande »suggestion». Campbell, Ruling cases, blott nämner fallet utan att referera det.

samma princip, vartill Salmond, såsom vi sett ovan s. 364 ff., velat begränsa innebörden av Rylands v. Fletcher. I nu förevarande avseende är hans ståndpunkt säkerligen bättre grundad. Den innebär, att man svarar icke blott för egen »negligence» och sina »servant's» utan för »the negligent acts of all persons lawfully on the premises with the occupier's permission, whether they are servants, contractors, members of his family or licensees». Ansvaret för annans handling beträffande eldskada skulle sålunda innesluta »a master's liability for negligent acts of his servant», men gå långt utöver detta. Salmond stöder sig på domen i Black v. The Christchurch Co.[1] Svarandebolaget hade här i ett skriftligt entreprenadkontrakt uppdragit åt en viss Wright att fälla och bränna allt »bush, scrub, saplings and briars» under en viss grovlek på ett visst område. Brännandet skulle ske på lämplig tid »about Februar». Wright hade överlåtit uppgiften åt en Nyman. Denne verkställde bränningen redan den 23 december, med påföljd att käranden-grannens egendom skadades genom eldens spridning. Nyman hade sålunda handlat i strid mot kontraktsbestämmelsen beträffande tiden. Dessutom hade han åsidosatt nödig aktsamhet. Underdomstolen (Mr Justice Denniston) dömde svarandebolaget till skadestånd. Men Court of Appeal friade bolaget emedan handlingen icke innefattade ett utförande av uppdraget och sålunda icke skett »under contract». Detta betydde, att Nyman i förhållande till bolaget vid eldpåsättningen vore att betrakta såsom en »intruder» eller »stranger». Vore detta betraktelsesätt riktigt skulle bolagets ansvarighet icke ha kunnat ifrågasättas. Lorderna godkände det emellertid icke. Man handlade lika mycket »under contract», när man åsidosatte en tidsbestämmelse däri, som när man gjorde sig skyldig till annan »negligence».[2] På denna grund ändrades domen ånyo, nu till förmån för käranden. Domen innebär sålunda att man vid eldskadegörelse svarar för en »contractor's» eller »subcontractor's» (alltså icke blott servant's) »negligence».

Strikt ansvar för skada genom eld enligt principen i Rylands v. Fletcher.

Till det sagda bör emellertid nu läggas, att man i England även har ett utöver ansvaret för andras »negligence» gående strikt ansvar för ska-

[1] L. R. 1894, App. Cas. 48.

[2] Lord Shandon, som meddelade domen yttrade i förevarande avseende bl. a.: »Their Lordships agree in the observation of Mr Justice Denniston when he says with reference to the act of Nyman, 'I cannot distinguish between the legal consequences of lighting a fire at an improper time and of lighting it in an improper manner'.»

degörelse genom eld. »Common law» har på detta sätt utlagts genom prejudikaträtten. Denna utvisar nämligen, att järnvägsinnehavaren i princip är strikt ansvarig för skada genom gnistor från lokomotiv[3], samt att samma regel tillämpats i avseende å »a traction engine, propelled by steam power and driven ... along a high way»[4]. De hithörande fallen innehålla resonemang, så pass intressanta och signifikativa för engelskt åskådningssätt, att de torde böra något beröras.

I båda fallen har man tagit principen i Rylands v. Fletcher till ledning: när en person på sin egen mark bringar eller använder någonting, som är av farlig natur, så måste han »keep it in at his own peril», och han svarar för följderna »if it escapes and does injury to his neighbour». I järnvägsfallet är det domaren Blackburns utläggning i the Court of Queen's Bench som tilldrager sig det egentliga intresset — med all sannolikhet samme Blackburn som en månad tidigare givit dom i Exchequer Chamber i Fletcher v. Rylands. I fallet med »the traction engine» var det emellertid blott domaren Mellor i lägre instansen, som direkt åberopade sig på Rylands' fall. När den omständigheten, att det här var på en landsväg och icke på egen mark, som svaranden lät framföra maskinen, icke beröres, torde detta ha berott därpå, att Mellor funnit principen i Rylands' fall ha haft denna vidsträckta innebörd. Emellertid märkes nu, att Lord Justice Bramwell i appellationsdomstolen icke alls nämnde Rylands' fall. Han synes ha influerats av synpunkter besläktade med den franska riskteorien, som dock då ännu låg i sin linda. Bramwell säger nämligen bl. a.:

»It is just and reasonable that if a person uses a dangerous machine, he should pay for the damage which it occasions; if the reward which he gains for the use of the machine will not pay for the damage, it is mischievous to the public and ought to be suppressed, for the loss ought not to be borne by the community or the injured person. If the use of the machine is profitable, the owner ought to pay compensation for the damage.»[5]

Det mest intressanta i dessa båda fall är emellertid en särskild frågeställning, som domstolarna upptagit och som av allt att döma inspirerat Salmond till den kuriösa ståndpunkt angående ansvaret för »nuisance» vid »continuing operation», som berörts ovan s. 333 f. I Jones v. Festiniog Ry Co. hade järnvägsbolaget genom parlamentsakt av 1832 blivit »empowered to make and maintain, and to do all matters fit or necessary for making and using a railway or tramroad for the passage of waggons,

[3] Jones v. Festiniog Railway Co. L. R. 1868, 3 Q. B. 733.
[4] Powell (and Another) v. Fall. L. R. 1880, 5 Q. B. D. 597.
[5] L. R. 1880, 5 Q. B. D. s. 601.

engines, and other carriages, for the purpose of conveying minerals, etc.».[6] Därmed ansågs nu icke bolaget ha fått »statutory powers» att föra fram *ånglokomotiv*. Härvid uppehöll sig Blackburn ganska utförligt, varvid han bl. a. yttrade:

»Now, in the present Act there is nothing amounting to an express authority. The preamble recites the facility that will accrue for the carriage of heavy goods, by the making of a railway for the passage of waggons, *engines* (kurs. av Blackburn), and other carriages; that may possibly refer to locomotive steam engines, or to moveable machines such as cranes, etc. By s. 3 the company are authorized to make roads or ways convenient for hauling or drawing of waggons and other carriages passing upon the railway with men or horses, or *otherwise* (kurs. av Blackburn); the latter word may refer to locomotive steam engines, but most probably it refers to fixed engines, which are the only engines mentioned in s. 5 . . .»[7]

Emellertid hade nu bolaget fått »the certificate of the Board of Trade to run passenger trains drawn by locomotive steam engines». Blackburn uttalade nu, att svarandena ha begagnat »a locomotive engine» utan att ha haft »express parliamentary powers making lawful that use». Det var därför, som de vore »at common law bound to keep the engines from doing injury» och följaktligen bleve ansvariga för skadegörelse genom förlupna gnistor från lokomotivet. Till yttermera visso illustrerade Blackburn sin ståndpunkt med Rex v. Pease and others (1832).[8] Här hade svarandena först genom en statut (1 & 2 Geo. IV. c. 44) förenats till ett bolag, bildande en »corporation», för syftet att göra och uppehålla en »railway or tramroad» från en viss plats till en gruva med åtskilliga förgreningar. Genom en ny parlamentsakt (4 Geo. IV. c. 33) hade de därefter »auktoriserats» att begagna lokomotiv m. m. Det

[6] Går man till »The Statutes» under 2 & 3 Will. IV., 1832, finner man där under »Local and personal Acts» följande upplysning om cap. 48: »An Act for making and maintaining a railway or tramroad from ... to ... in the parish of Festiniog in the county of Merioneth.» En dylik »Act» är icke en »public *general* Act». Den kallas sedermera i »Lands and Railways Clauses Consolidation Acts» (1845), varom nedan s. 416, för »*special* Act». Emellertid sägs det uttryckligen i »The Statutes» i ingressen till förteckningen över årets »local and personal Acts», att även dessa äro »*public* Acts» och judiciellt att såsom sådana beaktas. Ehuru det icke framgår av den refererade rubriken till denna statut under cap. 48, förhåller det sig så, att det var ett bolag, som därigenom förlänades »statutory powers», och att detta bolag — såsom alltid sker i sådana fall — blev »incorporated», d. v. s. erhöll sin rättskapacitet såsom »corporation», genom samma statut, varigenom »makten» att anlägga järnvägen meddelades; se L. R. 1868, 3 Q. B. s. 733.

[7] L. R. 1868, 3 Q. B. s. 737 f.

[8] 4 Barnewell & Adolphus (King's Bench Reports 1830—34) 30. Fallet finns även refererat hos Campbell, Ruling cases, XXII, s. 71—80. — Blackburn citerade också ett principuttalande i Vaughan v. Taff Vale Railway Co. (1860), varom nedan s. 415 ff.

heter i sect. 8 av denna senare »Act», att det skall vara »lawful» för bolaget »to make and erect such and so many locomotive or moveable engines», som bolaget behöver, samt att använda dem på ifrågavarande »railways and tramroads», allt för syftet att underlätta transport av »goods, merchandise, and other articles and things ... and also of passengers».

Emellertid var det i detta fall icke fråga om skada genom eld. Järnvägen löpte parallellt med en gammal landsväg och ställvis på ett avstånd av blott 5 yards från denna. Rättegången inleddes här med en anklagelse (»indictment») för kronans räkning med yrkande om ansvar för »common nuisance». Bolaget hade genom sina ständiga järnvägstransporter av stora mängder koks, kol, träkol och ved tätt upp till landsvägen förpestat luften och förorsakat osund rök. Härtill kom, att dessa transporter genom stort buller och genom »terrific and alarming appearances» skrämde hästarna.[9]

Domaren fann nu, att *orden* i akten i fråga otvetydigt förlänade bolaget »the unqualified (= ovillkorliga) authority to use the engines». Han diskuterade, huruvida dessa ord gåve något orimligt resultat och fördenskull icke borde tolkas efter sin vanliga innebörd. Lagstiftaren måste emellertid, sade han,

»be presumed to have known that the railroad would be adjacent for a mile to the public highway, and consequently that travellers upon the highway would be, in all probability, incomoded by the passage of locomotive engines along the railroad. That being presumed, there is nothing unreasonable or inconsistent in supposing that the Legislature intended that the part of the public which should use the highway should sustain some inconvenience for the sake of the greater good to be obtained by other parts of the public in the more speedy travelling and conveyance of merchandise along the new railroad. Can any one say that the public interests are unjustly dealt with, when the injury to one line of communication is compensated by the increased benefit of another? So far is such a proceeding from being unreasonable, that it was held by the majority of the Judges in Rex v. Russel, 6 B. & C. (= Barnewell & Cresswell, 1822—1830) 566 (30 R. R. 432), that a nuisance was excusable on that principle at common law; and whether that be the law or not, at least it is clear that an express provision of the Legislature, having that effect, cannot be unreasonable.»[1]

[9] Den gamla med äkta engelsk ålderdomlighet formulerade anklagelsen slutar i det mig tillgängliga referatet med följande efter uppradandet av alla vedervärdigheterna: »whereby it became dangerous for the subjects of this realm to go, return, pass and repass on, through, over, and along the said common highway, near to, parallel, and adjacent to the said railway and tramroad; to the great terror, etc., and common nuisance of all the liege subjects then and there going, returning, etc., with their horses, carts, and carriages, in, through, and along the said part of the said highway so paralell, etc.». Campbell, a. st. s. 72.

[1] Domen i Rex v. Russel har jag icke sett refererad. Den måste ha avgivits ungefär

På dessa grunder friades svaranden i Rex v. Pease (1832) från ansvar. Innebörden av domen är tydligen, att genom denna »unqualified authority», som parlamentsakten givit bolaget att idka driften medelst lokomotiv i vilken behövlig utsträckning som helst, hade sådana handlingssätt gjorts »lawful», d. v. s. rättsenliga, som eljest skulle ha varit »wrongful», rättstridiga, och följaktligen i förevarande fall skulle ha innefattat »a public nuisance».

Det är uppenbarligen dylikt, som Salmond åsyftar, när han, såsom vi sett ovan s. 333, karakteriserar en verksamhet av denna art så, att den överhuvud icke kan företagas »lawfully» utan (den skadelidandes medgivande eller) »the authority of a statute». Förvisso har rättstridighetsfrågan utgjort en avgörande punkt i domstolarnas resonemang i de båda lokomotivfallen (Jones' och Powells fall). Dessa kunna dock icke utgöra något stöd för Salmonds ståndpunkt, att hela lokomotivdriften vore »unlawful». Intet i domsuttalandena tyder på densamma. Ståndpunkten är ju också alltför påtagligt verklighetsfrämmande. Det rör sig i Jones v. Festiniog Railway Co. aldrig därom, att myndighet skulle på något sätt kunna förhindra järnvägsdriften med lokomotiv. »Board of Trade» hade till yttermera visso givit »certifikate» åt bolaget för järnvägsdrift med ånglokomotiv. Det fastställdes att »negligence» icke utgjort orsaken till gnistspridningen utan att i sådant avseende all försiktighet iakttagits. Följaktligen låter det ju förnuftigare att säga, att verksamheten i det hela varit »rättsenlig» än »rättstridig». Emellertid äro nu, som vi veta, dessa uttryck fullkomligt meningslösa för sakligt bedömande av en skadeståndsfråga. Om nu principen i Rylands' fall anses enligt common law omfatta även skadegörelse genom eld från järnvägslokomotiv, så är det naturligtvis helt i sin ordning att icke låta denna »common law»-regel beröras av certifikatet. Men hur skulle väl denna regel kunna influeras ens därav, att 1832 års parlamentsakt tilläventyrs också nämnt ordet »locomotive steam engines»? Det är på denna punkt, som oförnuftigheten i det engelska åskådningssättet framträder. Att parlamentet »auktoriserar» en järnväg med ånglokomotiv har väl i all rimlighets namn intet att göra med frågan om järnvägens ansvarighet för skadegörelser genom gnistor från lokomotivet! Som sagt giver emellertid intet vid handen såsom domstolens mening — och domstolen kan näppeligen *ha* menat det — att *hela* järnvägsdriften med lokomotiv från det ifrågavarande bolagets sida varit rättstridig.[2] Följaktligen måste det vara

1827. Det förefaller som om i båda fallen resonemangen influerats av den Benthamska utilitarismen, tillämpad kanske enligt något lekmannamässiga synpunkter.

[2] Men detta måste dock vara Salmonds mening, vilket framgår icke blott av citatet

verksamheten, blott såvitt som den står i omedelbart samband med »the escape of the sparks», som vore rättstridig av den grund, att parlamentsakten icke innefattat auktorisering jämväl av »the use of locomotive engines».

Att jag rätt uppfattat Salmonds ståndpunkt såsom avvikande från domstolens erhåller nu särskilt stöd i fallet med »traction engine». Maskinen var konstruerad i enlighet med »the Locomotive Acts» (1861 och 1865), reglerande bruket av lokomotiv på »turnpike roads» och allmänna landsvägar.[3] Det fastställdes vidare, att maskinen icke gått med större hastighet än som föreskrivits i dessa »Acts» samt att skadegörelsen (här liksom även i förra fallet antändning av en höstack) på intet sätt haft sin grund i »negligence» å svarandesidan. Underdomaren Mellor medgav nu att själva handlingen att föra fram maskinen på allmänna landsvägen väl vore »justified by the provisions of the locomotive statutes». Men, sade han, den auktoritet dessa statuter medförde vore icke »an unqualified authority» och räckte icke till för att skydda svaranden från ansvar för skada, som uppstått genom bruket av maskinen.[4] Efter appellation yttrade Lord Justice Bramwell, att statuterna i fråga (the Locomotive Acts) »do not make it lawful to damage property without paying for the injury».[5] Båda dessa domare utgå uppenbarligen ifrån att verksamheten i det hela vore »lawful». Bramwell synes mena, att den t. o. m. trots skadegörelse genom gnistor förbleve »lawful», men detta genom betalning av skadeståndet. En sådan turnering blir emellertid i hithörande processer cirkelartad, ty här bestrider svaranden sin ansvarighet, och den fråga som skall avgöras är förty, *om* han skall dömas betala skadestånd. Vid den frågans besvarande kan skadeståndsbetalningen icke förutsättas. I Bramwells uttalande måste väl ligga, att man blir ansvarig för en »wrong», bestående i verksamheten såvitt som den förorsakade gnistspridningen och därmed skadan.

---

här ovan s. 333 utan även av s. 357 i hans arbete. Salmonds uppfattning synes vara oförändrad återgiven i Salmond—Stallybrass, s. 240 f. och 600 f.

[3] Dessa »Acts» ha intet med järnvägar att skaffa. »Turnpike (roads)» är landsväg med tullbommar. Det bör kanske anmärkas att akten av 1865 (24 & 25 Vict. c. 83) i sect. 12 bl. a. föreskriver, att intet i densamma »shall affect the right of any person to recover damages in respect of any injury he may have sustained in consequence of the use of a locomotive». Att icke denna bestämmelse utan vidare kunnat åberopas beror naturligtvis därpå, att den lämnar frågan om strikt ansvar eller blott för negligence öppen. Men den klargör ju oförtydbart, att någon »unqualified authority» för verksamheten icke kunde ligga innesluten i densamma. I underdomstolens dom åberopas föreskriften i fråga endast i slutet av motiveringen och på det sätt, att den gjorde fallet till »a stronger case than that of Jones v. Festiniog Ry. Co.»; L. R. 1880, 5 Q. B. D. s. 600.

[4] L. R. 1880, 5 Q. B. D. s. 599.

[5] A. st. s. 601.

Det synes mig vara en svår förvirring av frågeställningarna, som rättsideologien här givit anledning till. En sak för sig är ju, att det kan vara nödvändigt att ha särskilt »bemyndigande» för anskaffande av vissa förutsättningar för att bedriva verksamhet av nu ifrågavarande slag ävensom för själva verksamhetens bedrivande. Men orsakerna härtill behöva icke ha något med reella synpunkter på den civilrättsliga skadeståndsrätten att skaffa. Vilken skadeståndsregel som lämpligen bör tillämpas, när skada inträffat såsom följd av verksamhetens utövande, är därför en fråga, som icke a priori får förutsättas vara bestämd genom »bemyndigandet». Om detta eller dettas orsaker böra influera på skadeståndsfrågan är ett särskilt spörsmål. Att »bemyndigandet» i England innefattar »statutory powers» och alltså fått form av lagstiftningsakt beror väl egentligen därpå, att »the only ultimate source of law is the King in Parliament».[6] Nu är det visserligen så, att den auktoriserande statuten i allmänhet »incorporates the company», som så i denna sin egenskap förlänas »the powers» i fråga, d. v. s. att statuten samtidigt utgör den legala grunden för bolagets tillkomst såsom juridisk person. »Statutory corporation» och »statutory powers» meddelas samtidigt. Men intet hindrar, att nya »statutory powers» kunna givas åt ett redan lagligen bildat bolag — såsom vi för övrigt redan sett exempel på i Rex v. Pease (1832) — eller att »statutory powers» förlänas åt en enskild person. Men i allmänhet är det ju här fråga om företag, som enskilda personer icke inlåta sig på annat än i bolagets eller annan »body's» form. Allmänt kan sägas, att »statutory powers» meddelas för vissa syften (objects) åt »bodies or persons who otherwise could not carry out those objects without infringing the legal rights of others».[7]

Att »bemyndigandet» åt järnvägsbolaget sker genom att förläna detsamma »statutory powers», d. v. s. genom lag, tycks nu för de hithörande resonemangen få den största betydelse. All denna verksamhet, såväl järnvägsanläggningens utförande som driftens utövande, blir på detta sätt, och förklaras i statuten uttryckligen vara, *lawful*.[8] Nu är det visserligen så, att den auktoriserande statuten såsom »lawful» deklarerar också sådana handlingar, vilka oberoende av dylik deklaration synas

---

[6] De citerade orden från Jenks, History, s. 188.

[7] Jfr Halsbury XXVII nr 329. »Acts which would otherwise be wrongful may be justified as being authorized by statute»; Halsbury XXI nr 870.

[8] Vi ha redan här ovan s. 405, sett ordalagen i sect. 8 i »Act» nr 2 i Rex v. Peace (1832). Se emellertid framför allt sect. 16 och 86 i 1845 års »Railways Clauses Consolidation Act» (8 & 9 Vict. c. 20), jämte »Lands Clauses Consolidation Act» av samma år, den förra vanligen »incorporated» i därefter utfärdade »Special Acts» och berörd här nedan i samband med Hammersmith Railway Co. v. Brand (1869).

vara ansedda som »lawful».[9] Detta torde emellertid sammanhänga med, att det är ett bolag — alltså en »corporation» — som får auktoriseringen, och att därför mot alla handlingar, som icke antingen otvetydigt falla inom bolagets formulerade syftemål eller äro i statuten uttryckligen angivna såsom tillhörande bolagets område, invändning kunde göras om »ultra vires».[1] Alltnog; det gives i statuten en uttömmande uppräkning av de handlingar, som skola vara »lawful». Då det erfarenhetsmässigt är uteslutet annat, än att flera av dessa handlingar förr eller senare måste kunna medföra »nuisances» eller andra skador, såsom nu eldsvåda, så drar man slutsatsen, att dessa skadegörelser likaledes — enligt lagstiftarens intentioner — måste vara »lawful», alltså inga »wrongs». Men det var blott i sin egenskap av »wrongs», som skadegörelserna i fråga — vare sig de kommo under rubriken »nuisances» eller voro hänförliga under principen i Rylands v. Fletcher — voro »actionable» efter common law. Följaktligen kommer man med sin rättsideologiska inställning till resultatet, att den skadelidande icke hade någon »action» i kraft av common law emot det verksamheten utövande bolaget på grund av dettas »statutory powers». Sedan är det en sak för sig, att den skadelidande kan vara »entitled to compensation» med stöd av »statutory clauses».[2] Förutsättningen för att »the action» efter common law skall vara »taken away» genom statuten i fråga är emellertid naturligtvis, att man hållit sig inom skrankorna för de »statutory powers» och sålunda bl. a. också, att man icke gjort sig skyldig till »negligence».[3]

Det torde av min redogörelse för ifrågavarande »cases» (Jones v. Festiniog Rlwy Co. och Powell v. Fall) i förening med nu gjorda påpekanden vara tydligt, att någon saklig synpunkt på denna fråga icke fram-

---

[9] Se sect. 16, 86 och 87 i »Railways Clauses Consolidation Act». Under årens lopp torde ändringar ha skett i denna lag. Vi kunna emellertid här helt bortse från dem.

[1] Jfr Baron Bramwells dom i Hammersmith Rlwy Co. v. Brand (1868) L. R. 2 Q. B. s. 232; se nedan s. 417. Angående »ultra vires» se Carr, s. 64 ff. samt, i svensk litteratur, Olivecrona, Juridisk person, s. 18 ff. — Angående utbildningen av institutet »corporation» i engelsk rätt se Carrs arbete.

[2] Se härom behandlingen nedan av Hammersmith Railway Co. v. Brand (1869).

[3] »But if these statutory powers be exceeded or be exercised negligently and damage ensue, an action will lie; for the legislature does not authorise negligence»; Odgers, s. 495. Det förefaller ju litet egendomligt, att man skall behöva särskilt framhäva, att *lagstiftaren* icke *auktoriserar* vårdslöshet och försumlighet, därtill i en sådan skickelsediger verksamhet som järnvägsdrift. Detta framhävande motiveras dock av den rättsideologiska inställningen med dess konsekvenser. Man bör nämligen lägga märke till, att det icke kan vara blott det förhållandet, att negligence utgör en »wrong», som gör att lagstiftaren icke auktoriserar densamma. Ty genom statuten anses ju lagstiftaren faktiskt auktorisera skadegörelser, som icke berott på negligence men som likväl utan »auktoriseringen» skulle vara »wrongs».

kommit i de långa domsmotiveringarna. Dessa ha, utom av referat av fakta, »cases» och »statutes», helt ägnats åt rättsideologiska finesser, som logiskt omöjliggöra en realbehandling och lett till denna absurda idé, att domen i ett sådant fall som Jones v. Festiniog Ry. Co. skulle ha gått i motsatt riktning, om i parlamentsakten 1832 ordet »engines» hade varit utbytt mot »locomotive steam engines».

Såsom vi nyss sett i fallet Rex v. Peace (1932), är det ingalunda blott i fråga om eldskada genom gnistor från lokomotiv som detta skolastiska betraktelsesätt anlägges. Domarna i de båda fallen anses ju ha sin grund i den princip, som kommit till uttryck i Rylands v Fletcher, och det är såtillvida konsekvent, när det hävdas, att denna princip på vilken del av området som helst kan sättas ur kraft genom »statutory authority», bestående i intet annat än att den verksamhet — varigenom de »farliga» ting samlats, som genom sin »escape» förorsakat skadan — blivit »authorized by Act of Parliament». Parlamentsakten innehåller sålunda icke ett ord, icke en antydan om att vissa gällande skadeståndsregler skulle sättas ur kraft. Vi ha här ett fall i Green v. Chelsea Waterworks Co., 1894. Bolaget hade på nu berört sätt auktoriserats att anlägga en »main», d. v. s. en huvudledning för framförande av vatten. Denna brast och vattnet översvämmade kärandens lägenhet. Bolaget, som befanns »guilty of no negligence» slapp ifrån ansvarighet.[4] Det behövdes, såvitt man kan förstå, »statutory authority» för anläggningen av denna »main». Det behövdes icke dylik för byggandet av vattenreservoaren i Rylands' fall. Detta synes vara hela saken, eller, riktigare, det synes logiskt icke finnas någon anledning att inlägga mera däri. Men hur kunde då fallen i fråga om ansvarighet för skada bedömas på rakt motsatta sätt? Anläggningens utförande hade ju i förra fallet utan denna auktorisering varit helt enkelt vad man kallar olaglig.[5] Denna olaglighet försvinner genom auktoriseringen. Därigenom blir den lika »laglig» (varken mer eller mindre) som en verksamhet som icke behöver auktorisering. Att ytterligare tillfoga någon effekt synes vara ren konstruktion. Men låt oss se, hur appellationsdomstolen resonerade i saken. Dess talan fördes av lord Justice Lindley, som bl. a. yttrade:

»It is possible that that principle (sc. in Rylands v. Fletcher) might have been applied to companies having statutory authority to make railways or carry water, but the Court (d. v. s. den domstol, vars talan Lindley nu förde) has declined to extend it to such cases . . . That case is not to be extended beyond the legiti-

[4] Salmond, s. 244. Fallet, är såvitt jag vet, blott referat i mig icke tillgängliga Law Times Reports 1894, s. 547. Jag följer Salmonds framställning.

[5] Jfr domaren Blackburns uttalande nedan s. 419.

mate principle on which the House of Lords decided it. If it were extended as far as strict logic might require, it would be a very oppressive decision. Here the defendant company were only doing what they were authorized to do by their Act, and as they were not guilty of negligence they are not liable for damage.»

Man måste av detta uttalande närmast tro, att Lindley ogillade domstolens tolkning av »engines» i Jones v. Festiniog Rly. Co. Emellertid tycks i Green v. Chelsea etc. en alldeles särskild anledning framgå till det friande domslutet: man synes helt enkelt ha begagnat denna »statutory authority» för att på detta sätt få de uppenbarligen i mången rättslärds mening osympatiska konsekvenserna av den rigorösa principen i Rylands' fall något kringskurna.[6] Emellertid är det nu en ganska egendomlig argumentation, som framföres. Man talar om en »legitimate principle», som skulle ligga i bakgrunden för domen i Rylands v. Fletcher och begränsa dennas juridiska innebörd i strid med dess logiska innehåll. »The House of Lords» har faktiskt icke givit någon anledning till idén om en sådan princip. Man har där tvärtom genom sin anslutning till Blackburns dom såtillvida uttryckt sig klart och otvetydigt. Men vad skulle väl denna »legitimate principle» innehålla? Givetvis något, som hade betydelse för frågan om rättstridighet. Principen måste uppenbarligen ha sådan innebörd, att »statutory authority» icke kunde begränsa sig till att blott göra verksamheten såsom sådan lagenlig. En utöver detta gående betydelse torde man — såsom framgår av mina anmärkningar nyss här ovan — på grund av sin rättsideologiska inställning ha funnit naturlig, därigenom att »auktoriteten» givits av själva lagstiftaren. Därigenom hade, tycks man föreställa sig, verksamheten fått en särskild lagenlighet, över sig, som gjorde att dess utövare icke rättsligen finge antastas på grund av denna sin auktoriserade verksamhet, inklusive de skadegörelser som följt därav — såvida han icke överskridit »the statutory powers» eller skadan berott på »negligence», vilken såsom vi sett fölle utanför »auktoriseringen». Som jag nämnde med stöd av domsformuleringen, torde det vara missnöjet med principen i fallet Rylands, som är den verkliga drivfjädern till domen i Green v. Chelsea etc. Men man måste ju ha en »rättslig» förklaring. Denna har man funnit däri, att anläggningen tillkommit i stöd av »statutory authority».[7]

[6] Vi ha ju ovan, s. 364 ff., sett, hur Salmond försökt giva ett liknande bidrag genom sin tolkning av fallet. Icke heller Pollock var nöjd med principen i detta.

[7] Jag nämner än en gång, att jag tyvärr icke känner till detta fall annorlunda än genom Salmond. Sättet varpå Lindley här avvisat Rylands v. Fletcher tyder på, att han icke har åberopat sig på Vaughan v. Taff Vale Railway Co. (1860) och Hammersmith Railway Co. v. Brand (1869) såsom direkt tillämpliga »authorities». (Om dessa

T. o. m. Salmond, som borde gilla detta syfte att få principen i Rylands' fall ur vägen, när ingen »negligence» kunnat spåras å svarandesidan, är högeligen missbelåten med Lindleys synpunkter. »On no logical principle», säger han,

»is it possible to maintain that the authority of an Act of Parliament has a greater effect than the authority of the common law in excluding liability for the consequences of the action so authorized.»

Helt naturligt har Salmond såsom fullfjädrad rättsideolog icke kunnat träffa det väsentliga felet i domsresonemanget, som just består i bundenheten vid den rättsideologiska chimären: att tro på en särskild rättslig kvalificering av en verksamhet, en kvalificering som bleve bestämmande för frågan om ansvar för skadegörelse å annan. Det är just en sådan tro, som utesluter möjligheten att verkligen förstå skadeståndsrättens (både skuldansvarets och det strikta ansvarets) faktiska betydelse i samhället och låta hänsynstagandet till de sociala realiteterna bli bestämmande för innehållet i de principer, efter vilka det dömes. Salmonds jämförande värdering mellan parlamentsaktens och »common law's» auktoritet synes dessutom vara haltande. Man bygger på godtycklig förutsättning, om man låter parlamentets »auktoritet» avse något annat än verksamheten såsom sådan, d. v. s. bortsett från dess eventuella skadegörande verkningar. Följaktligen säger denna »auktoritet» endast, att verksamheten såsom sådan blir »laglig» i förut angiven mening. »The authority of common law» måste åter i Salmonds jämförelse begränsa sig just till skadeståndsfrågan! Redan därför synes jämförelsen vara helt meningslös.[8] Men vidare; vilken tanke ligger väl bakom talet

---

fall se nedan s. 415 ff.) Hade så kunnat ske och skett, hade det varit överflödigt att argumentera med denna »legitimate principle», varå Rylands v. Fletcher skulle ha grundats. Om åter dessa fall icke så åberopats, har detta kunnat sammanhänga därmed, att Rylands v. Fletcher (1868) icke existerade, när Vaughans fall avgjordes samt att det i Hammersmith etc. v. Brand var fråga om skada genom vibrationer, ett slag av »nuisances», varå principen i Rylands v. Fletcher icke nödvändigt behövde vara användbar. Det är med hänsyn till det nu sagda, som jag uttalat min förmodan angående bevekelsegrunden till domen i Green v. Chelsea Waterworks Company. Denna förmodan erhåller f. ö. stöd i citatet från Harper i nästa not. Det där i slutet berörda exemplet har just föranletts av fallet Green v. Chelsea etc.

[8] Harper, Treatise, s. 343, opponerar mot det ifrågavarande uttalandet av Salmond, men ur helt annan synpunkt. Han bestrider att det skulle ligga något ologiskt i att begränsa principen i Rylands' fall så, som domstolen gjort. Han skriver: »It is submitted, with respect, that the limitation is distinctly rational. If the statute may not be regarded as a declaration by law that, in view of changed social conditions, the user of land in question is to be regarded a thoroughly 'natural' user, it can certainly be regarded as such a social sanction of the conduct in question as to indicate the high social interest in encouraging such conduct, and thereby afford a sound basis for relief by the courts

om denna senare »authority»? Idén måste ju vara, att en domstol har att böja sig för densamma, så att den med hänsyn till ett visst fall *måste* döma svaranden till skadestånd och i ett annat visst fall *måste* fria honom därifrån. Men så förhåller det sig alls icke. »Common law» är ju vad man också kallar för »case-law», prejudikaträtten, som faktiskt icke är något annat än de regler, som man sluter sig till ha blivit använda i vissa »leading» eller »ruling cases». Denna »common law» är sålunda beroende av hur det dömes! Låt vara att domstolarna i sin tur känna sig bundna av dessa föreställda regler, så är denna bundenhet dock icke större, än att reglerna, d. v. s. »common law», genom nya »cases» undergår modifikationer och t. o. m. radikala förändringar. Det sista märker man i hög grad på skadeståndsrättens område. Domstolarna säga sig här alltid, att de tillämpa »common law»; likväl kunna de döma i direkt strid mot varandra. Hur det än dömes, kan man alltid konstruera upp resonemang, som skola visa, att domen blott är eller varit en tillämpning av »common law». Signifikativt är här fallet Rylands v. Fletcher, både med hänsyn till domsmotiveringen och det sätt varpå fallet har utnyttjats i andra »cases»[9], vare sig positivt eller negativt. Vad domsmotiveringen angår sade lordkanslern: »the principles on which this case must be determined appear to me to be extremely simple». Han måste härmed ha menat, att den dom han gick att fastställa utgjorde en klar och enkel tillämpning av »common law». Men majoriteten i Court of Exchequer hade dock intagit motsatt ståndpunkt och friat svarandena från ansvar. Och domaren Blackburn i Exchequer Chamber hade all möda att analo-

---

from the onerous common-law burdens ordinarily incident to such enterprises. Thus, where a water main bursts, the court may well interpret the express statutory authorization of the company as a sufficient recognition of the social desirability and value of such enterprises to regard them as privileged by the statute.» Detta resonemang kan endast accepteras under förutsättning, att man är på det klara med att »statutory authorization» är ett begrepp, som kan betyda än det ena än det andra allt efter behovet i argumentationsavseende. Lordkanslern inlade i Hammersmith etc. v. Brand (1869) den rakt motsatta innebörden i lagstiftarens »authorization» av ett bolag, ehuru det då gällde byggandet av en järnväg. Se L. R. 1870, 4 H. L. s. 220; uttalandet är återgivet nedan s. 421. De synpunkter, som Harper här andragit, äro i realiteten helt oberoende av, om en verksamhet har särskilt »legaliserats» eller icke. Men denna »statutory authority» kan bliva ett hjälpmedel i vissa fall ut ur de cirklar, vari man bundit sig genom rättsideologien och dennas tro på en materiell rätt. Enligt common law, såsom uttryckt i Rylands v. Fletcher, föreligga i och med vattenskadorna »actionable wrongs». Finner domaren nu skadeståndsansvar ur den eller den synpunkten olämpligt, så måste det likväl utdömas, såvida icke wrong-karaktären kan bortförklaras. Föreligger »statutory authority» för svarandebolaget, då har man tillgång till denna bortförklaring: skadorna äro legaliserade.

[9] Man märke exempelvis ett sådant fall, som det här nedan berörda Musgrove v. Pandelis.

gisera fram domsprincipen från andra cases, särskilt angående »cattle trespass». Men hur var det för övrigt med »cattle trespass»? Vi ha i det föregående sett, hur man — i andra fall än då kreaturen direkt drivits in på främmande mark — endast genom de naivaste konstruktioner kunnat rubricera dessa såsom »trespass» och icke »case» för att dymedelst kunna åberopa »common law» till stöd för strikt ansvar! Ser man — såsom skett på skilda håll — ansvaret i Rylands v. Fletcher ur synpunkten av »nuisance» efter »common law»[1], så brister analogien, därför att ditintills kan ingen »case» åberopas såsom avseende »nuisance», utan att en »continuing annoyance» förelegat. Att Rylands v. Fletcher utgjort tillämpning av »common law» är blott en sanningslös fras, såvitt man därmed menar, att en verkligen på förhand given regel (i mening av handlingsmönster för domaren) tillämpats. Härav inses, hur det förhåller sig med Salmonds nyss citerade karska påstående om överlägsenheten i »the authority of common law» i den frågan, om ansvaret vore strikt eller skuldansvar.

Emellertid kan nu intet tvivel råda därom, att domstolarna i de båda lokomotivfallen fattat ansvaret såsom varken grundat på »negligence» eller »intentional wrongs»[2] utan såsom strikt ansvar, och detta icke blott i mening av ansvar för annans »negligence» utan helt oberoende av både egens och annans »negligence». Mot Salmonds försök till fullföljande av konsekvenserna av den rättsideologiska åskådningen, utmynnande detta försök i åsikten, att det här vore fråga om ansvar för svarandens egen »negligence»[3], kan utöver vad jag därom i det föregående uttalat[4] anmärkas, att han synes ha förbisett vissa uttalanden i »the Locomotive Acts». Där sägs nämligen (24 & 25 Vict. c. 70, s. 13 samt 28 & 29 Vict. c. 83, s. 12), att intet i resp. akt auktoriserar någon att bruka lokomotiv, som »may be so constructed or used as to cause a public (or private) nuisance». Lagstiftaren måste därmed själv anses ha intagit den attityden, att driften i fråga *icke*, såsom Salmond menar, »is itself an act of negligence» (Salmond s. 257).

Vad Pollock beträffar synes denne auktor aldrig ha ifrågasatt annat, än att man vid ansvar för skada genom eld från lokomotiv hade med strikt ansvar att göra. Han berör helt kort denna fråga under samma

[1] Vi ha sett Salmond så betrakta saken. I »the Locomotive Acts», varom nedan, betraktas uppenbarligen skadegörelse genom gnistor från lokomotiv såsom »nuisance», och det strikta ansvaret bygges här på principen i Rylands' fall. Jfr Powell v. Fall, L. R. 1880, 5 Q. B. D. s. 598 f. och Jones v. Festiniog etc., L. R. 1868, 3 Q. B. s. 736.

[2] Jfr ovan s. 333 f.

[3] Se Salmond, s. 226 och s. 257.

[4] Ovan s. 333 f.

rubrik som Rylands v. Fletcher, nämligen »duties of insuring safety». I de båda nyss behandlade lokomotiv-fallen är det enligt Pollock fråga om »the use of fire for purposes unconnected with the ordinary occupation of houses and land». Dylikt bruk av eld synes honom »remain a ground of the strictest responsability». En sak för sig är, att han hyser sina tvivel angående den historiska grunden för den doktrin om strikt ansvar, som kommit till uttryck i dessa båda fall. Han erinrar, tydligen med sympati, om att denna doktrin icke har »found acceptance in the modern practice of the United States».[5]

När man i fråga om järnvägsbolags strikta ansvar för eld åberopar Jones v. Festiniog Ry. Co., så måste ju däri ligga, att järnvägsbolag i allmänhet faktiskt icke ha sådant ansvar utan blott svara för negligence, innefattande jämväl — enligt doktrinen »respondeat superior» — ansvar för negligence å personalens sida. Ty »auktoriseringen» för åtminstone de flesta nutida järnvägar i England måste naturligtvis avse bruket av ånglokomotiv. Att »common law»-ansvaret är sålunda begränsat är också otvivelaktigt, låt vara att, såsom vi skola finna, denna begränsning numera i sin tur betydligt modifierats genom »statute law». Vi ha ju redan sett, hurusom svarandena i Rex v. Pease (1832) friades från ansvar av den anledning, att de »were authorized to use locomotive engines». I ett senare fall, Vaughan v. Taff Vale Railway Co., 1860, godkände Chief Justice Cockburn i Exchequer Chamber denna princip och klarlade saken på följande sätt:

»Although it may be true, that if a person keeps an animal of known dangerous propensities, or a dangerous instrument, he will be responsible to those who are thereby injured, independently of any negligence in the mode of dealing with the animal or using the instrument, yet when the legislature has sanctioned and authorized the use of a particular thing, and it is used for the purpose for which it was authorized, and every precaution has been observed to prevent injury, the sanction of the legislature carries with it this consequence, that if the damage results from the use of the thing, independently of negligence, the party using it is not responsible.»[6]

---

[5] Pollock, s. 519 f. Pollock syftar på avogheten i U. S. A. mot principen i Rylands v. Fletcher. Ang. ansvar i U. S. A. för skada genom eld från lokomotiv se nedan s. 436.

[6] Fallet är refererat hos Hurlstone & Norman, 5 Exchequer Reports, 679 samt jämväl hos Campbell, Ruling cases I, s. 296 ff., där Cockburns citerade uttalande, som f. ö. anförts av domaren Blackburn i Jones v. Festiniog Ry. Co., finns å s. 299. — Cockburn har här givit oss ett koncentrat av den rättsideologiska tankegång, som så »logiskt» måste föra fram till detta vidunderliga resultat, att det strikta ansvaret vore uteslutet på grund av »statutory powers». En outtalad utgångspunkt är tydligen, att skadeståndstvånget enligt common law ovillkorligen förutsätter ett handlingssätt, som varit »wrongful, unlawful» (rättstridigt). Parlamentet har nu auktoriserat »the use of a particular thing», nämligen ånglokomotivet. Följaktligen kan användningen av detta

Detta fall anföres alltjämt allmänt såsom uttryck för common law i ämnet. Det rörde sig om skogsbrand genom gnistor från lokomotiv. Domaren Bramwell i Court of Exchequer hade varit av den uppfattningen, att järnvägsbolag, »by using fire, are responsible for any accident which may result from its use, although they have taken every precaution in their power».[7] Exchequers dom upphävdes av samtliga 6 domarna i Exchequer Chamber, vilka alla åberopade sig på den i Rex v. Pease (1832) — varom ovan s. 404 ff. — uttryckta regeln. Intresset knyter sig här till Cockburns nyss citerade uttalande på grund av dess karaktär av generellt principuttalande, i vilket 4 av hans kolleger instämde.

Trots det utpräglat skolastiska i denna inställning har den ett tiotal år efteråt blivit »finally established» av »the House of Lords». Detta skedde i det bekanta fallet Hammersmith and City Railway Co. v. Brand and Wife (1869).[8] Utrymmet medgiver mig icke att här fördjupa mig i detta högintressanta rättsfall. Men vissa påpekanden skola göras. Det rörde sig om ersättning för skada å ett hus, uppkommen genom av järnvägsdrift förorsakade vibrationer. Driften hade »auktoriserats» genom »Hammersmith and City Railway Act» (1861). Emellertid hade, till förenkling av dylika icke »public general» utan »special Acts»[9], år 1845 stiftats de båda »public general Acts», kallade »Lands Clauses Consolidation Act» och »Railways Clauses Consolidation Act»[1]. Dessa lagar voro sålunda »incorporated» i denna speciella »Hammersmith ... Act».

Husägaren förde skadeståndstalan mot järnvägsbolaget. Den ogillades i Queen's Bench på den grund, att de ifrågavarande »Consolidation

---

ting, så länge som denna användning hålles inom auktorisationens ram — d. v. s. så länge den icke utövas i skadesyfte eller i allt fall vårdslöst — aldrig vara rättstridig och sålunda icke heller leda till ansvar, vilka skador för annan som än förorsakats av användningen. Man bör verkligen lägga märke till att utan rättsideologien med dennas tro på en materiell rätt, som bestämde handlingars rättstridighet och rättsenlighet, skulle denna egendomliga föreställning om »statutory powers» såsom förebyggande ett eljest på common law grundat ansvar icke ha kunnat uppstå. — Beträffande förra delen av Cockburns citerade uttalande se ovan s. 274.

[7] De citerade orden äro Cockburns återgivande av Bramwells domsmotivering, som icke finnes refererad hos Campbell a. st.

[8] L. R. 1870, 4 H. L. s. 171—225, och Campbell, Ruling cases I, s. 623—662. — Ref. av målet i Exchequer Chamber i L. R. 1867, 2 Q. B. s. 223—246. — Ref. av målet i Queen's Bench i L. R. 1866, 1 Q. B. s. 130—148.

[9] Att även dessa voro »public» ha vi sett ovan s. 404 n. 6.

[1] 8 & 9 Vict. c. 18: An Act for consolidating in One Act certain Provisions usually inserted in Acts authorizing the taking of Lands for Undertakings of a public Nature; och 8 & 9 Vict. c. 20: An Act for consolidating in One Act certain Provisions usually inserted in Acts authorizing the making of Railways. — Båda dessa lagars föreskrifter bestämde innehållet i »the special Act». Men för förevarande fråga är det 8 & 9 Vict. c. 20 (Railways ... Act), som har mera direkt betydelse.

Acts» blott uttalat, att ersättning skulle givas, utom åt personer »whose lands are actually taken for the purpose of the railway», endast åt personer vilkas fastigheter skadats genom järnvägens byggande och därmed förbundna arbeten. Det var efter tolkning av en del uttryckssätt i vissa »sections» i »Consolid. Acts», som man kom till detta resultat.[2] Egendomligt nog nämndes varken Rex v. Pease eller Vaughan v. Taff Vale etc.[3]

Exchequer Chamber upphävde domen med tre röster mot en. Denne, Baron Channel, fann, liksom alla de andra, att Vaughan v. Taff Vale vore »an authority binding upon us here». Men under det att de övriga, med Bramwell i spetsen, därav föranleddes att pressa bestämmelserna i »Consolidations Acts» för att på dem kunna grunda ett ersättningsanspråk, kunde Channel i dessa icke finna något möjligt stöd för sådant anspråk.[4] Till majoriteten hörde, som sagt, Bramwell, som vi i Vaughan v. Taff Vale etc. sett döma järnvägen till skadestånd för skogsbrand. Han hade samma år i ett annat fall energiskt påvisat den socialekonomiska betydelsen av bl. a. järnvägars strikta ansvar för skada genom deras drift.[5] I förevarande fall är Bramwells domsuttalande icke lätt att genast förstå, beroende på den så att säga juridiskt tekniska skillnaden mellan »the right of action» (för utfående av ersättning) å ena sidan och »the remedy of compensation» å den andra. Det förra har grund i »common law», det senare i »the clauses of the statutes». Tankegången i Bramwells uttalande är denna. När det t. ex. i sect. 86 av »Railways Clauses Act» sägs, att det skall vara »lawful» för bolaget att mot efter vissa principer begränsat vederlag för gods- och personbefordran trafikera järnvägen med lokomotiv och vagnar, så sker detta dels för att tillåta bolaget »to be carriers on their own line», vilket eljest skulle ha varit »ultra vires»[6], och dels för att begränsa avgifterna. Detta

[2] Se L. R. 1866, 1 Q. B. särskilt s. 146 ff.

[3] Man utgick tydligen ifrån, att »the use of locomotives is an act expressly authorized, if it be done in the ordinary course of the business of the railway, without negligence» (a. st. s. 143) och drog tydligen därav slutsatsen, att »the title to compensation must depend entirely on the language of the acts» (a. st. s. 147, jfd med s. 143).

[4] L. R. 1867, 2 Q. B. s. 235 ff.

[5] Bamford v. Turnley (1860). Fallet, som är refererat i 3 Best & Smith 62, har jag ingenstädes sett närmare refererat. Ussing I har emellertid i dansk översättning avtryckt en del av Bramwells motivering, s. 93 f., och karakteriserat denna såsom mästerlig, s. 417.

[6] Angående detta begrepp se anm. ovan s. 409. — När Bramwell sedan i samma sak uttalade sig inför lorderna var han på denna punkt något tydligare: »The private Act of a railway company whereby it is constituted is its deed of settlement declaring what are the purposes and objects of the company. It always begins by erecting a corporation for the purpose of making a certain railway. If it stopped there, the company could

vore emellertid något helt annat än »the power to use a locomotive so as to be a nuisance». Om meningen varit att sådan »power» skulle ha givits — »where are the words?» Orden i statuten vore »insufficient if meant to authorize the doing of damage». Följdriktigt borde nu Bramwell ha haft fria händer, att avdöma fallet efter »common law» i enlighet med de synpunkter, han utvecklat vid föregående tillfällen och som för övrigt även här framskymta. Men tydligen har han känt sig bunden av domen i Vaughan v. Taff Vale etc. Han menar att genom detta fall »the right of action» (enligt »common law») hade tagits bort. Därför finner han det vara riktigast — eftersom det aldrig kan ha varit avsett, att »there should be no remedy» — »to hold any words (i »Railways Clauses Act») that are capable of it to mean to give remedy by implication». I enlighet härmed tolkar han orden »injuriously affected by the construction thereof» (= of the railway) samt »full compensation for all damage sustained by reason of the exercise as regards such lands of the powers»[7], så att de bleve tillämpliga även i förevarande fall, oaktat skadan här uppstått ingalunda genom järnvägens *byggande* utan genom dess *drift*. Denna tolkning synes så mycket mera dubiös, som det i en ingress till den ifrågavarande sect. 6 av »Rlwys Cl. Cons. Act» sägs, att stadgandet har avseende å »the construction of the railway and the works connected therewith». Emellertid är Bramwell angelägen betona, att det icke står »in» eller »during» utan »*by* the construction of the railway». Härefter förstår man bättre följande skenbart paradoxala uttalanden i slutet av Bramwells domsmotivering:

»I come, therefore, to the conclusion that the judgement below is wrong, and should be reversed... I agree with the reasoning of the Court below. I am driven by the case of Vaughan v. Taff Vale Railway Company to hold they are wrong.»[8]

Från Exchequer Chamber gick målet till House of Lords. Här inträffade den egendomligheten, att domarna i Queen's Bench och Exchequer Chamber tillkallades, varvid lordkanslern framlade den frågan för dem, huruvida de ursprungliga kärandena vore »entitled to have com-

---

not act as carriers, nor furnish locomotive power, nor do more than make their railway and receive tolls for its use. Anything else would be *ultra vires*, as would now be their keeping an hotel or having steamboats without special powers for that purpose.» L. R. 1870, 4 H. L. s. 189.

[7] De citerade orden äro hämtade från sect. 6 i »Railways Clauses Consolidation Act»; och denna var, som vi sett, »incorporated» i »the special Act», d. v. s. »Hammersmith and City Railway Act».

[8] Se L. R. 1867, 2 Q. B. s. 231—235.

pensation» av järnvägsbolaget på grund av vibrationen. Fem av de sex tillstädesvarande underdomarna besvarade denna fråga jakande. Bland dessa var också Bramwell. Den sjätte, Blackburn, ansåg däremot, att »the plaintiffs below have no right to compensation for the vibration». Han uttalade bl. a. följande, som är av intresse, enär det tydligen uttrycker det allmänna åskådningssättet i fråga om den rättsliga betydelsen av dessa koncessioner för järnvägarna i form av »special parliamentary Acts»:

»I think that it is agreed on all hands that if the legislature authorize the doing of an act (which, if unauthorized, would be a wrong and a cause of action) no action can be maintained for that act, on the plain ground that no court can treat that as a wrong which the legislature has authorized, and consequently the person who has sustained a loss by the doing of that act is without remedy, unless in so far as the legislature have thought it proper to provide for compensation to him.»[9]

Innebörden av den av lorderna formulerade frågan är det svårt för oss att begripa utan att beakta min redan gjorda erinran om skillnaden mellan »the right to action» och »the remedy of compensation», i sin tur beroende på det då alltjämt bibehållna uppehållandet av det gamla systemet med dess »forms of action».[1] Den fråga, som lorderna ställt till underdomarna, vilar i själva verket på den utgångspunkten, att käranden i fallet icke hade någon i common law grundad »action» på skadestånd, trots det att en typisk »nuisance» måste vara förorsakad genom driften. Anledningen kan icke vara någon annan, än att järnvägsbolaget idkade driften under »statutory powers», som enligt »the authorities» (framför allt Vaughan v. Taff Vale etc.) innefattade, att den ifrågavarande »nuisance» blivit »legaliserad», såvitt »the powers» utövades statutenligt och icke någon skada vållades genom negligence. Följaktligen funnes det såtillvida icke någon »right to action for nuisance» (i kraft av common law) för käranden; det kunde endast uppstå fråga om hans »right to compensation» (enligt »statutory clauses»). Att jag på detta sätt riktigt uppfattat innebörden av lordernas fråga visas bäst genom att citera följande ur Bramwells svar på densamma:

»But for the cases I shall refer to[2], I should be of opinion that such nuisance was not legalised, that the occupiers would be entitled from time to time to maintain actions for the nuisance, that consequently the plaintiffs below (Brand

---

[9] L. R. 1870, 4 H. L. s. 196.

[1] Se härom ovan s. 304 ff.

[2] Härmed torde just åsyftas Rex v. Peace (1832) och Vaughan v. Taff Vale etc. (1860).

and Wife) would not be entitled to compensation, and that your Lordships' question should be answered in the negative[3].»

I övrigt utvecklade Bramwell här samma synpunkter, som han gjort i Exchequer Chamber. Han sade dock här skarpare ifrån, att han funne Rex v. Peace och Vaughan v. Taff Vale etc. »clearly wrong and that they have proceeded on an inadvertent misapprehension of the object and effect of the clauses in question».[4]

Lord Chelmsford bemötte såväl detta som Bramwells uppfattning, att sect. 86 i »Rlwys Cl. Cons. Act» icke hade »legaliserat» några »nuisances». Sektionen i fråga måste uppfattas så, sade Chelmsford, att därigenom

»power is given to cause that vibration, without liability to an action. The right given to use the locomotive would otherwise be nugatory, as each time a train passed upon the line and shook the houses in the neighbourhood, actions might be brought by their owners, which would soon put a stop to the use of the railway.»

Chelmsford fann därför, att Rex v. Peace och Vaughan v. Taff Vale etc. hade blivit »rightly decided».[5] — Chelmsford undersökte därefter, huruvida något skadeståndsanspråk kunde föreligga på grund av sect. 6 och 16 i »Railways Cl. Cons. Act»[6], men kom till negativt resultat. Och då dessa stadganden enligt hans mening voro de enda, som i sådant avseende kunde behöva beaktas, slutade han med förklaringen att »the

[3] L. R. 1870, 4 H. L. s. 188 f. — Bramwell torde med dessa för icke-engelska jurister svårbegripliga ord ha velat uttrycka följande: kärandena äro enligt min mening icke »entitled to compensation», men de skulle egentligen tid efter annan kunna föra skadeståndstalan i kraft av common law. Detta senare kan man dock icke hävda på grund av vissa »cases». Därför nödgas man pressa vissa »statutory clauses» så, att kärandena därigenom kunna få »compensation».

[4] Att Bramwell icke desto mindre böjt sig för den i dessa domar fastslagna principen torde bero på att den ansågs ha auktoritet, så länge den icke förkastats av House of Lords. Blackburn varnade vid samma tillfälle lorderna för att »reverse those decisions» med hänsyn till konsekvenserna. Han trodde att lorderna, även om principen i Rex v. Peace ursprungligen vore en *error*, likväl vore av meningen, att den sedan länge hade blivit »*communis error*, and ought to be held to have made the law».

[5] L. R. 1870, 4 H. L. s. 201 f. Chelmsfords synpunkter hade förut framställts av Blackburn, och det var med hänsyn till den däri berörda konsekvensen, som denne varnat lorderna för att ändra principen för domarna i de båda fallen. Denna konsekvens var i sin tur en följd av systemet med »the forms of action». Detta system tillät icke en talan om skadestånd i ett för allt på grund av värdenedsättningen genom vibrationen. En sådan skadeståndstalan var icke en »action for nuisance» utan förutsatte »statutory clauses».

[6] Sect. 16 redogör för en mängd skilda kategorier av »works», som det genom denna »Act» och »the special Act» skall vara »lawful for the Company ... to execute». Detta stadgande, som ingår i raden av stadganden under ingressen till den ovan s. 418 berörda sect. 6, är i viss mån ägnat att giva en vidare aspect åt denna sistnämnda »section».

Legislature has not provided for the case of these respondents (d. v. s. 'the plaintiffs below'), but has left them without remedy». Följaktligen borde domen av Exchequer Chamber upphävas. Häri instämde efter egen motivering lord Colonsay. Han berörde emellertid alls icke den fråga, som för lord Chelmsford hade varit grundläggande, nämligen huruvida »the company's Act has taken away the remedy by action in order to open the way to their claim to compensation». Han ägnade sig uteslutande åt tolkning av skilda »sections» i de båda »Lands» och »Railways Clauses Consolidation Acts». Slutligen intog lordkanslern, lord Cairns, den motsatta ståndpunkten. Visserligen ansåg han, på samma grunder som förut Blackburn och Chelmsford, att legaliseringen för bolaget av järnvägsdriften medfört, att varje »right to action» för en markägare om skadestånd av bolaget hade fallit bort. Men, kanske inspirerad av Bramwells synpunkter, fann han, att käranden vore berättigad till skadestånd på grund av sect. 6 i »Railways Clauses Act». Han försökte utleta lagstiftarens intentioner vid meddelandet av dessa »statutory powers». Vi, sade han, därmed syftande på lagstiftaren,

»will authorize the railway to be made, with certain powers appendant and annexed to the making of the railway, one of the main and special ones of which is, that the railway shall be used as a passage for locomotives engines; but if, by reason of the exercise of any of the powers we give you, you do damage, you shall make full compensation for that damage to the persons injured».[7] — »If you had a case where the right of action was taken away, and where Parliament had provided that compensation should be made for injury done by the execution of the works, then, in my opinion at least, it would mean and imply the execution of the works of the undertaking as an active and going concern. That would be the opinion which I should entertain of the 6th section alone, even without the 16th section.»[8]

Lordkanslern beklagade slutligen, att resultatet skulle bli, att käranden icke skulle tillerkännas något skadestånd[9], trots det att »a clear injury and damage has been sustained». Han hade emellertid icke kunnat göra annat än uttrycka sin ståndpunkt i en fråga, som enligt hans mening »may be one of great importance».

Fallet Hammersmith Railway Co. v. Brand har sitt egentliga intresse för oss därigenom, att det med högsta auktoritet bekräftar principen i Rex v. Peace och Vaughan v. Taff Vale etc., framför allt i det sista

[7] L. R. 1870, 4 H. L. s. 220. Lägg märke till stridigheten mellan denna åsikt och den, som Harper givit uttryck åt i citatet här ovan i noten å s. 412 f.

[8] A. st. s. 222.

[9] Lordkanslern stod ju med sin ståndpunkt ensam mot de båda andra lorderna, som beslutit upphäva domen av Exchequer Chamber.

fallet, vilket såsom innefattande en allmänt generaliserande princip har den större betydelsen. I förevarande avseende kan betydelsen av Hammersmith Ry. Co. v. Brand formuleras sålunda: »an action will not lie for damage necessarily resulting from the exercise of the powers of an Act of Parliament, in a case for which no provision as to compensation or liability is made».[1]

Härutöver har fallet betydelsen att utvisa, att sådan skada, som uppkommit genom av driften förorsakad vibration, icke heller föranleder något skadeståndsanspråk efter »Lands» eller »Railways Clauses Consolidation Acts».[2]

Återgå vi emellertid nu till frågan om den med »statutory powers» utrustade järnvägens ansvar för eldskada genom gnistor, så är det tydligt, att sådan skada icke anses vara ersättbar enligt någon bestämmelse i dessa »Acts». Icke desto mindre har järnvägens ansvarsfrihet i fråga om sådan skada väsentligen modifierats. Detta har skett genom en särskild lag, »the Railway Fires Act» av 1905, med ändring genom 1923 års »Amendement Act». Trots sin auktorisering blir järnvägsbolaget enligt dessa bestämmelser strikt ansvarigt med ett maximumbelopp av 200 pund (före 1923 blott 100 pund) för skada å »agricultural land and crops», som uppstått genom »sparks or cinders» från lokomotiv å järnväg.[3] För uppehållande av sitt ersättningsanspråk måste dock den skade-

---

[1] Campbell, Ruling cases I, s. 623. Den »damage», varom här är fråga kallas *damnum absque iniuria* = skada som icke uppstått genom »wrong».

[2] Halsbury, XXI, nr 870, hänvisar bl. a. till detta fall såsom stöd för påståendet att bevisbördan angående »the authority of the Parliament to do the act complained of rests upon those who claim the right to do it, and they are bound to show, with sufficient clearness, that the statute under which they act does take away ordinary private rights». Detta uttalande är mig obegripligt. Uppenbarligen åsyftas dessa ord av Bramwell: »It is for those who say that this nuisance is legalized, and the right of action taken away, to shew it.» Men dels var Bramwell icke domare i House of Lords utan endast dit tillkallad såsom konsult, dels hade han den mot domstolens stridande uppfattningen, att det var en falsk domstolstolkning att »the action» hade blivit »taken away». Han efterlyste de ord, varigenom detta skulle ha skett. *Utan* sådana ord antog domstolen att »right to action» saknades. Att tala om detta fall såsom principiellt uttryck för att en bevisbörda i förevarande avseende vilade å järnvägsbolaget synes därför omotiverat.

[3] The Railway Fires Act av 1905 (5 Edw. VII, c. 11) stadgar i sect. 1 bl. a.: »When damage is caused to agricultural land or to agricultural crops, as in this Act defined, by fire arising from sparks or cinders emitted from any locomotive on a railway, the fact that the engine was used under statutory powers shall not affect liability in an action for such damage ... This section shall not apply in the case of any action for damage unless the claim for damage in the action does not exceed one (numera, genom 13 & 14 Geo. V, c. 27 s. 2, *two*) hundred pounds.» — Uttrycket »agricultural land» innesluter enligt sect. 4 i lagen »arable and meadow land and ground for pastoral purposes or for market or nursery gardens, and plantations and woods and orchards, and also includes any fences on such land, but does not include any moorland or buildings». Ut-

lidande ha skriftligen reklamerat inom 7 dagar och ha givit »particulars of damage» inom 14 dagar.[4]

Slutligen måste en anmärkning göras. I de två lokomotiv-fallen ha vi sett principen i Rylands v. Fletcher åberopas såsom dirigerande grundsats, när eld genom gnistor från lokomotiv överförts och skadat angränsande egendom. Skall då icke denna princip även i andra situationer av elds spridning genom gnistor eller annorledes vara tillämplig? Nu nämnes visserligen icke »fire» bland de skadebringande tingen i Rylands' »case», men där nämnes »fumes» och »noisome vapours»[5], och fråga är tydligen blott om exemplifiering. För övrigt borde ju saken vara klar genom lokomotiv-fallen. Och jag skall strax beröra ytterligare ett fall.[6] Enligt Blackburns dom i Rylands' fall synes väl ansvaret förutsätta, att svaranden har bragt något »on his land». I House of Lords gjorde emellertid lord Cranworth formuleringen »brings *or* accumulates». Om detta också icke skulle anses passa in på tändningen blott av en tändsticka, så måste väl dock tändningen av ett ljus eller en fotogenlampa, för att icke tala om uppgörandet av eld i en spis eller kamin, täckas av uttrycket. Men vidare; liksom eld kan spridas genom gnistor från lokomotiv, så kan sådant också ske från fabriker, verkstäder och dylikt. Allt nog, man saknar i den hithörande engelska litteraturen någon egentlig ut-

över maximeringen av skadeståndet ligger det naturligtvis en betydande restriktion däri, att skadegörelse å byggnader är utesluten från ansvaret. Å andra sidan framgår ju av citatet, att uttrycket »agricultural land» icke utesluter ansvar för skogsbrand. — Enligt samma sect. skall »agricultural crops» innesluta »any crops on agricultural land, whether growing or severed, which are not led or stacked». I de sista orden ligger, synes det mig, en egendomlig inskränkning. I båda de förut berörda lokomotivfallen var det just höstackar, som utsatts för skadegörelsen! — Järnvägens ansvar för egen eller personalens »negligence» beröres överhuvud icke av stadgandet, eftersom sådant ansvar icke influeras av »statutory powers». Här svarar järnvägen sålunda även för skada genom antändning av byggnad, och beloppet bestämmes efter vanliga skadeståndsregler. Som man finner är formuleringen sådan, att järnvägar som sakna »statutory powers» för bruket av lokomotiv — därest nu dylika järnvägar alltjämt skulle finnas — måste förbliva strikt ansvariga utan den i lagen angivna begränsningen till visst maximumbelopp eller viss egendom.

[4] 5. Edw. VII. c. 11 s. 3. — Som en för läsaren av hithörande engelsk rättslitteratur ganska besvärlig kuriositet må nämnas, att man kan få läsa engelska framställningar om järnvägs ansvarighet för skada genom eld från lokomotiv utan att upplysas om existensen av denna för ämnet högviktiga »Railway Fires Act». Se t. ex. Odgers, a. a. I, s. 495, och Campbell, Principles, s. 417. Odgers nämner lagens existens i noter i helt andra sammanhang. Campbell omnämner den icke alls. När Salmond och Pollock behandla denna ansvarighet antydes lagens existens mera en passant; se Salmond, a. a., s. 256 f. och Pollock, a. a., s. 512 och s. 519 f. — Att »Railway Fires Act» på detta sätt icke alls berörs eller blott i skymundan torde ha sin förklaring däri, att man funnit det väsentliga i sin uppgift vara att framlägga »common law»-systemet på området.

[5] Se ovan s. 350.

[6] Musgrove v. Pandelis, L. R. 1919, 2 K. B. 43.

redning om omfattningen av det strikta ansvaret för skada genom eld på grund av principen i Rylands' fall. Man önskade dels veta, vad detta ansvar enligt principen i och för sig innebure, dels ock i vad mån den ovan s. 399 anförda föreskriften i sect. 86 av 14 Geo. III cap. 78 [The Fires Prevention (Metropolis) Act] begränsade principens tillämpning i fråga om skada genom eld. Den »case», som här synes mest belysande är emellertid

Musgrove v. Pandelis.[7]

Fakta i detta mål kunna sammanfattas sålunda. Musgrove innehade några byggnader på en tomt. I en av dessa fanns ett garage, som han uthyrde till en viss Head för dennes bilar. Head hyrde i sin tur ut en del av garaget till Pandelis, som där hade en bil. I dennes tjänst fanns en person vid namn Coumis, som till yrket var kontorist. Coumis hade visserligen tagit några lektioner i bilkörning men hade blott elementära kunskaper i fråga om bilmekanismen. En dag gick Coumis ned i garaget för att »in the course of his employment» tvätta bilen. För ändamålet behövde han flytta bilen något och satte sig att starta motorn, efter att ha öppnat bensinkranen för ledningen från tanken till karburatorn. Av någon oförklarlig anledning flammade det till och exploderade i karburatorn, varefter bensinen där fattade eld. Coumis försökte förgäves kväva elden med ett täcke och kom för sent att tänka på att söka strypa bensintillförseln genom att stänga kranen. Elden spred sig, småningom insvepande alla bilarna i garaget, slutligen även till Musgroves där ovan belägna bostad jämte bohag. I den följande rättegången, i vilken Musgrove begärde skadestånd av Pandelis, betraktades det som utrett, att bensinen i karburatorn fattat eld utan negligence å Coumis' sida, men att eldens vidare spridning berodde på hans försumlighet att icke i tid stänga av bensinkranen.

Såsom svarande i den inledda rättegången åberopade sig Pandelis på »Fires Prevention (Metropolis) Act», s. 86. Domaren Lush menade emellertid, att denna lag icke hade tillämpning på en sak, vilken — såsom den föreliggande enligt hans mening gjorde — föll inom principen i Rylands v. Fletcher. Lush ansåg vidare, att *den* eld som vållat kärandens skada, icke började »accidentally» utan såsom en följd av Coumis' negligence, vadan svaranden likväl icke vore skyddad genom »Fires Prevention Act». Följaktligen bifölls käromålet.[8] Lush hade sålunda

[7] L. R. 1919, 2 K. B. 43.
[8] L. R. 1919, 1 (icke: 2) K. B. 314.

tvenne skilda argumentationer för att statuten i fråga icke kunde förläna svaranden någon »protection».

Pandelis appellerade mot domen till Court of Appeal. Hans advokat sökte visa ohållbarheten i Lushs både första och andra argument. Saken kunde icke falla inom principen i Rylands v. Fletcher, ty en »motor car» vore icke »a dangerous thing which a man keeps on his property at his peril». Bortsett från ren olyckshändelse vore det högst osannolikt, att en bil fattade eld. Och fattade den eld »accidentally», då fölle saken under »the protection of the Fires Prevention (Metropolis) Act». Beträffande domaren Lushs andra argument uttalade advokaten:

»In the present case the fire began when the petrol in the carburettor bekame ignited, and that happened accidentally, as Lush J. has found. The learned judge arrived at his decision by regarding this fire in two stages and by treating the stages as two separate fires. There is no authority for so treating what is in truth one fire.»

Här gjorde Lord Justice Duke, en av bisittarna i Court of Appeal, följande inpass för att precisera den rättsregel enligt common law, mot vilken man erhöll »skydd» genom »The Fires Prevention Act»:

»At common law if a fire broke out suddenly in my house without my knowledge and burnt my goods and also the house of my neighbour, he had an action on the case against me. The statute was intended to give protection in that case.»[9]

Vad nu avgörandet av målet angår är det framför allt Lord Justice Bankes' yttrande, som tilldrager sig intresset. Han var ense med domaren Lush beträffande dennes båda argument. För att kunna bedöma innebörden av sect. 86 i »Fires . . . Act» måste man, sade Bankes, känna common law före (den ungefär likalydande) Annes Act. Härutinnan uttalade nu Bankes:

»A man was liable at common law for damage done by fire originating on his own property (1.) for the mere escape of the fire; (2.) if the fire was caused by the negligence of himself or his servants, or by his own wilful act; (3.) upon the principle of Rylands v. Fletcher. This principle was not then known by that name, because Rylands v. Fletcher was not then decided; but it was an existing principle of the common law as I shall show presently.»

En sida längre fram följer så detta »bevis»:

»That the principle of Rylands v. Fletcher existed long before that case was decided is plain. In Vaughan v. Menlove Tindal C. J. says: 'There is a rule of law which says you must so enjoy your own property as not to injure that of another.' Park J. says (i samma sak): 'Although the facts in this case are new in specie, they fall within a principle long established, that a man must so use

[9] L. R. 1919, 2 K. B. s. 45.

his own property as not to injure that of others.' Rylands v. Fletcher is merely an illustration of that old principle, and in my opinion Lush J. was right in saying that this case, if it falls within that principle, is not within the protection of the statute.»[1]

Bland de tre »heads» av ansvarssituationer efter »common law», som Bankes angivit, var det emellertid enligt honom blott den första, som berördes av »Fires . . . Act». Att nr 2 icke fölle »within the protection» framginge av Filliter v. Phippard.[2] »Why», säger Bankes därefter,

»if that is the law as to the second head of liability, should it be otherwise as to the third head, the liability on the principle of Rylands v. Fletcher? If that liability existed, there is no reason why the statute should alter it and yet leave untouched the liability for fire caused by negligence or design.»[1]

Härefter tog Bankes upp svarandeadvokatens påstående, att en »motor car» icke vore en farlig sak ur synpunkten av Rylands v. Fletcher, såvida den icke vore i ett sådant tillstånd, att en olyckshändelse kunde befaras. Påståendet »vederlägges» med följande ord:

»The expectation of danger is not the basis of the principle of Rylands v. Fletcher. A thing may be dangerous although the danger is unexpected. I agree with Lush J. that this motor car was dangerous within that principle.»

Bankes försöker så komma till rätta med antagandet av svarandens ansvarighet enligt det efter Lush upptagna argumentet nr 2 (icke att förväxla med nyssberörda »head» nr 2), enligt vilket »Fires . . . Act», även bortsett från principen i Rylands' fall, i förevarande sak icke kunde vara tillämplig trots orden »accidentally begin». Det är omöjligt att säga, menade han,

»that the spark which originally ignited the petrol, though no doubt it was the original cause of the fire, was the fire which caused the damage. As well might it be said that a housemaid striking a match to light her master's fire causes the fire which ultimately consumes the house because it originated from the match she struck. In this case the fire which caused the damage began when the flaming petrol acquired such volume as to become a source of danger. So long as the fire was merely the ignition of a small amount of petrol, which if left to itself would have burnt itself out in the carburettor, it was like the housemaid's match; but when it became a raging fire supplied from the petrol tank so that it spread to parts of the car and from them to the property, this was the fire which caused the damage. It did not accidentally begin. It was the direct result of Coumis's negligence in not turning off the petrol tap. This was the view which Lush J. took of the facts, and I agree with him.»[3]

[1] L. R. 1919, 2 K. B. s. 47.
[2] Ovan s. 400.
[3] L. R. 1919, 2 K. B. s. 48.

De båda övriga domstolsledamöterna hade icke några från Bankes avvikande yttranden. Lord Justice Duke refererade och utlade en del av Blackburns uttalanden i Rylands v. Fletcher samt tillade:

»That was no new principle. It is summed up in the maxim usually expressed in Latin[4], but found in Filliter v. Phippard and Vaughan v. Menlove, that a man must so use his own property that he does not hurt the property of his neighbour[5].»

Reflexioner i anledning av Musgrove v. Pandelis.

Coumis hade »in the course of his employment» förorsakat den omprocessade skadegörelsen genom sin »negligence». Onekligen var Coumis svarandens »servant» i rättsbegreppslig mening. Regeln om »a master's liability for the acts of his servant»[6] måste följaktligen ha varit tillämplig. Dess tillämplighet vore naturligtvis icke utesluten, därför att principen i Rylands' fall kunde komma i fråga. Då från domaren Lushs sida en aning av tvivel angående principens användning i detta fall framträtt, kunde man kanske vid en första betraktelse ha väntat sig ett påpekande av den subsidiära tillämpligheten av »master's liability» i samband med argumentet nr 2, avseende tolkningen av innehållet i sect. 86 av »Fires ... Act». Ty kunde denna statut på grund av tolkningen av orden »accidentally begin» icke komma i fråga här, så betydde ju detta utan varje möjlighet till tvivelsmål, att svaranden måste vara ansvarig efter regeln om »master's liability», under det att tillämpningen av Rylands v. Fletcher alltid kunde göras till föremål för diskussion. Saken har emellertid alls icke legat till på detta sätt för de engelska domstolarna. Deras inställning är den, att om situationen verkligen faller inom rekvisitet för principen i Rylands v. Fletcher, då kan statutens »protection» överhuvud icke komma i fråga.[7] Måste man hålla sig till argumentationen nr 2 emot tillämpligheten av »Fires Prevention Act», kunde svarandens ansvarighet följaktligen aldrig byggas på principen i

---

[4] Vad som åsyftas är: *Sic utere tuo ut alienum non laedas.*

[5] A. st. s. 51. — Enligt första argumentationslinjen skall, som vi sett, ansvaret vara grundat på principen i Rylands v. Fletcher: en »motor car» vore en farlig sak som svaranden bragt in i garaget på sin egen risk. Riktigheten i denna åsikt skall enligt Winfield, Text-Book, s. 544, ha betvivlats av lord justice Romer i Collingwood v. Home and Colonial Stores (1936). Fallet — ref. i 155 Law Times Reports 550 — är icke ref. i Law Reports och icke heller, intill 1940, där citerat i någon »case». Det är något närmare berört här nedan s. 435 n. 5.

[6] Se härom nedan.

[7] Bankes sade, när han uppehöll sig vid Lushs argument med Rylands v. Fletcher: »Luch J. took the view that the statute did not apply at all; and I agree.»

Rylands' fall. Såvitt svarandens egen »negligence» icke ansetts utredd, fanns helt enkelt ingen annan grund för hans ansvarighet än principen om »master's liability». Av referatet av målet inför Lush[8] framgår i själva verket endast, att det gavs »judgement for the plaintiff» med stöd av antingen Rylands v. Fletcher eller någon annan regel i »common law». Denna andra regel måste ha varit den om »master's liability for the acts of his servant». Det sagda bekräftas genom slutorden i Bankes' domsuttalande. Han säger där — efter ventilering av argumentation nr 2 emot tillämpligheten av »Fires Prevention (Metropolis) Act» och efter dryftandet i samband därmed av frågan om Coumis' »negligence» — att svaranden måste vara ansvarig, vare sig skadan förorsakats genom hans egen »negligence» (culpa in eligendo) eller genom »Coumis's negligence, for which the defendant is responsible».[9] Då på denna argumentationslinje, efter vad jag nyss sagt, någon ansvarighet enligt principen i Rylands v. Fletcher icke komme i fråga, kunna de sist citerade orden icke ha avseende å något annat än svarandens ansvar såsom »master» för Coumis' »negligence» i dennes egenskap av »servant».[1]

Angående statutens »protection» bör man beakta, att denna synpunkt av »protection» anlägges icke blott av advokaten utan även av domstolen. Mot vad gåve statuten då svaranden sitt skydd? Naturligtvis mot hans ansvarighet. Men sådant tal måste dock ha någon särskild grund. Det vore ju en ren absurditet att i alla oräkneliga situationer, då en person icke enligt rätten är ansvarig för skada, hävda att rätten skyddade honom mot ansvarighet. Vi återkomma här till common law's särskilda auktoritet. Denna måste vara grunden till detta egendomliga talesätt om statutens »protection». Auktoriteten i fråga anses icke kunna helt tillintetgöras genom en »parliamentary Act»[2], som dock kan bringa »skydd» mot densamma. Vad statuten sålunda skyddar emot måste vara den — trots statuten — alltjämt bestående »common law»-regeln om svarandens ansvarighet. Man ser här, hur det juridiska tänkesättet är genompyrt av rättsideologien, som tvingar juristerna till resonemang i det blå. Här ha vi nu först tron på common law, som efter vad jag redan påvisat, intet har med realiteterna att skaffa utan snarare innefattar, att man i sin åskådning vänt bak och fram på verkligheten. Denna sålunda obefintliga common law skall nu vara så auktoritativ, att en klar

[8] L. R. 1919, 1 K. B. s. 317 f.

[9] L. R. 1919, 2 K. B. s. 49.

[1] Om principen i Rylands' fall nu kunnat komma i fråga, så hade man visserligen måst beakta, att ansvaret efter denna princip jämväl innefattade svarandens ansvar för Coumis' negligence.

[2] Jfr Salmonds uttalande ovan s. 412.

och tydlig lag, som har ett innehåll rakt motsatt en del av innehållet i den föreställda »common law»-regeln och som stiftats, därför att man så tillvida var missnöjd med »common law»-regeln och förty icke ville att den skulle tillämpas, icke verkar »common law»-regelns utplånande i motsvarande grad utan endast bringar »skydd» emot densamma, som uppenbarligen anses finnas där oförändrad, på något sätt, i bakgrunden.[3]

När jag i referatet medtog inpasset under förhandlingarna av Lord Justice Duke (ovan s. 425) skedde det för att verifiera ett omdöme, vartill man enligt min mening stundom föranledes vid läsningen av uttalanden av engelska domare, nämligen att dessa uttalanden kunna innehålla direkt otillförlitliga påståenden. I föreliggande fall var ju Duke av den uppfattningen, att svaranden verkligen vore ansvarig för skadan. Såvitt referatet utvisar hade elden emellertid här brutit ut »suddenly in his house (d. v. s. hans förhyrda garage) without his knowledge». Och, enligt Duke, var statuten »intended to give protection in that case». Svaranden borde sålunda *icke* vara ansvarig. Motsägelsen synes påtaglig.

På liknande sätt förhåller det sig också med ett par domsuttalanden av Lord Justice Bankes. Han säger, som vi sett ovan s. 425, att en person efter »common law» beträffande skada genom eld, som börjat på hans egen egendom, vore ansvarig »for the mere escape of the fire». Framställningen här ovan, s. 391—399, visar att detta generella påstående är ganska dubiöst. Hans påstående i samma sammanhang om ansvaret för eldskada i äldre tider såsom grundat »upon the principle of Rylands v. Fletcher» synes vara beroende på rent önsketänkande. Påståendet att denna princip själv existerade såsom »common law» före tillkomsten av Rylands v. Fletcher är uppenbart orimligt, såvida man med princip verkligen menar en från andra urskiljbar och distinkt tankelinje. Å andra sidan inses också, att påståendet står i bästa överensstämmelse med »common law»-ideologien: då varje fullt lagenlig dom på »torts»-området utgör tillämpning av common law, så måste den princip, av vilken domen kan visas utgöra en tillämpning, själv tillhöra »common law». Påståendet på detta sätt i överensstämmelse med rättsideologien är emellertid lika självklart som meningslöst, och man tycker det är egendomligt, att Bankes anser bevis för detsamma erforderligt. Hans »bevis» förefaller emellertid särdeles kuriöst. Han finner först stöd i äldre domsuttalanden för tillvaron av en rättssats i common law av innehåll, att en person »must so use his own property as not to injure that of

[3] Härmed vare ingalunda sagt, att man i princip på detta sätt betraktar förhållandet mellan common law och sig med denna skärande »statute clauses».

others». Detta uttryckes i litteraturen sedan gammalt i den latinska formuleringen: *sic utere tuo ut alienum non laedas*. För »laggiltigheten» i denna maxim torde Bankes icke ha behövt gå till Vaughan v. Menlove (1837). Den har, såsom ju också synes framgå av Dukes yttrande i själva domen (ovan s. 427) — för att nu icke nämna Bankes' egen karakterisering av densamma såsom »that old principle» — säkerligen varit åberopad långt dessförinnan. Exempelvis Salmond framhäver densamma såsom grundvalen för det flera sekler gamla ansvaret för »nuisance».[4]

Men nu kan man med skäl fråga sig, om det kan anses ha den allra ringaste argumentationskraft, vetenskapligt sett, att åberopa sig på maximen i fråga såsom stöd för ansvarigheten enligt Rylands v. Fletcher. Detta fall skall enligt Bankes (liksom enligt Duke) vara »merely an illustration of that old principle» (d. v. s. maximen: *sic utere etc.*).[5] Även om påståendet vore riktigt, bevisade det dock intet. Ty vad det här gäller är en helt annan fråga, nämligen om man i frånvaro av Rylands' fall likväl konsekvent skulle döma såsom i detta, blott åberopande sig på maximen i fråga. Naturligtvis måste den frågan nekande besvaras. Motsatsen skulle ju innebära, att maximen utgjorde en verklig s. k. rättsregel, och följaktligen å ena sidan att den ena regeln efter den andra på det strikta ansvarets område kunde slopas och ersättas med en regel om ansvarighet för skada å annan genom bruket av fasta eller lösa ting, och å andra sidan att det strikta ansvaret mycket väsentligt utvidgades utöver sitt hittillsvarande område. Exempelvis kan i senare avseendet nämnas att en affärsman, som genom sin driftighet förorsakade minskning i konkurrentens affärsvinst bleve strikt ansvarig för dennes förlust, automobilägaren, järnvägsbolaget, ja innehavaren av vilket trafik-, industri- eller annat företag som helst bleve strikt ansvarig för skada genom driften (allt med blott den inskränkning som följer av reglerna angående »contributory negligence»). All distinktion — med hänsyn till ansvarighet — mellan farliga och ofarliga djur och andra ting skulle försvinna.

---

[4] Salmond, s. 218: »The law of nuisance is ... for the most part an application of the maxim *sic utere tuo ut alienum non laedas*».

[5] Detta var icke den första »case», i vilken ett sådant påstående fällts. Första gången var det faktiskt lord Cranworth, som i fallet Rylands v. Fletcher självt grundade ansvarsprincipen på den latinska frasen (ovan s. 351). Och detta torde vara anledningen till dess senare åberopande i judikaturen såsom själva rättsprincipen i Rylands' fall. I Rickards v. Lothian (1913), varom ovan s. 372 ff., uttalade sig Privy Council på samma sätt genom lord Moulton: »The legal principle that underlies the decision in Fletcher v. Rylands was well known in English law from a very early period, but it was explained and formulated in a strikingly clear and authoritative manner in that case and therefore is usually referred to by that name. It is nothing other than an application of the old maxim 'Sic utere tuo ut alienum non laedas'.» Se L. R. 1913, App. Cas. s. 275.

Vi ha i det föregående (ovan s. 274) sett Chief Justice Cockburn (i Vaughan v. Taff Vale Railway Co.) uttala, att »it may be true», att en person vore strikt ansvarig, i egenskap av »keeper» av farliga djur eller ett farligt instrument, för skada å annan.[6] Hade maximen: »sic utere etc.» rättskaraktär, då *vore* det sant (icke blott »*may* be true»), att man vore strikt ansvarig för skada genom vilket sitt djur som helst och vilken sin sak som helst (naturligtvis under sådana förutsättningar som att man icke till annan lånat eller lejt bort etc. djuret eller saken). Något sådant som exempelvis Dogs Act (1906) hade varit överflödigt, och man vore dessutom strikt ansvarig för skada genom hund icke blott å »cattle» utan även å människa.

Det är sålunda tydligt, att maximen i fråga icke har någon som helst rättskaraktär. Trots dess uppställande måste den strikta ansvarigheten likväl för varje dithörande kategori särskilt motiveras. Maximen är ur synpunkten av grund för ansvarighetsregler fullkomligt intetsägande. Följaktligen måste påståendet, att Rylands v. Fletcher endast vore »an illustration of that old principle» likaledes vara intetsägande, och Bankes torde helt och hållet ha tagit miste, när han trott sig kunna bevisa, att principen i Rylands v. Fletcher »was an existing principle of the common law», långt innan detta fall avgjordes.

Vad nu angår denna maxim »sic utere tuo ut alienum non laedas», skall den naturligtvis vara ett species av Ulpianus' »praeceptum: alterum non laedere». Det är sålunda fråga om ett »rättsligt förbud» mot att skada annan genom bruket av sin egen egendom (eller av annans egendom, vartill man hade brukningsrätt). Naturligtvis anses i England den allmänna Ulpianska föreskriften att icke skada annan också ha rättslig giltighet.[7] Rättsideologien kan emellertid icke utan vidare ur denna föreskrift härleda rättsmaximen: »sic utere etc.». Ty brukandet av egna ting skall ju innefatta utövandet av en rättighet. Vad man har rätt till, kan man ju icke vara rättsligen förbjuden att göra, såvida icke ett särskilt rättsligt förbud tillkommer, såsom nu detta av innehåll att man icke får utöva brukningsrätten annorlunda än så, att annan icke skadas därigenom. Här ha vi sålunda förklaringen till att man icke kunnat nöja sig med det allmänna Ulpianska rättsförbudet mot att tillfoga annan skada, utan nödgats särskilt uppställa förbudet att genom *bruket av sin*

---

[6] Vad Cockburn menat med sitt uttryckssätt är mig, såsom jag i annat sammanhang sagt, icke fullt klart. Skulle han ha menat, att den regeln generellt gällde i England, att man vore strikt ansvarig för skada genom bruket av »farligt ting», så måste sägas att en sådan mening icke numera har någon aktualitet, varom ovan s. 274 f.

[7] Se t. ex. Pollock, s. 1 f.

egendom skada annan. — Allt sådant är naturligtvis rättsideologiskt nonsens. Det finns, som bekant, varken rättsföreskrifter i rättsideologisk mening eller rättigheter. Man förstår av det sagda, att domaren Bankes' spekulationer angående principen i Rylands v. Fletcher uteslutande rört sig i rymder utanför verkligheten.

Samma innehållslöshet ur saklig synpunkt framträder i övriga delar av Bankes' domsmotivering. Resonemanget om en »motor car's» farlighet utgöres av fraser och godtycklighet. — Bankes sluter sig vidare till, att sect. 86 i »Fires Prevention Act» icke berörde principen i Rylands' fall, ehuru, som vi sett, denna enligt Bankes måste ha existerat långt före lagen i fråga. Att draga denna slutsats därifrån, att stadgandet lämnade oberört ansvaret för eldskada genom »negligence or design» har intet med logik att skaffa. Med dylik slutledningsmetod torde man kunna finna argument för snart sagt vilka påståenden som helst.

Den av Bankes efter underdomaren Lushs förfaringssätt genomförda uppdelningen av elden i två hälfter, en tidigare och en senare, varande blott den senare orsak till elden, måste väl verka ganska egendomlig på en svensk jurist. Sannolikt finna vi bevekelsegrunden till det sterila resonemanget, om vi erinra oss lordkanslerns indignation i Colls' »case» över »Prescription Act». Här hade man haft svårigheter på grund av bestämda formen »*the* light», och han betonade faran av att söka inpassa en rättsprincip »into the iron framework of a statute». Det är den utrerat rättsideologiska inställningen i den engelska juridiken, som stundom föranleder uppfattningen om en nära nog hänsynslös formell bundenhet vid orden i vissa »statutes». Man tror nu klippfast på en oskriven lag (common law). Och den skrivna lagen (statute) synes fattas som ett slags suspendering av den oskrivna lagen, i förevarande fall såsom »a protection» mot common law. Denna oerhörda effekt gentemot något så auktoritativt som common law förutsätter, att lagstiftande församlingens, parlamentets, auktoritet står bakom statuten. Men detta anses uppenbarligen endast vara händelsen, så vitt statuten genom sin tydliga skrift utvisar detsamma. Därför måste denna skrift bokstavligen följas. När man genom Filliter v. Phippard (1847) begränsade »accidentally» så, att det uteslöt icke blott »wilfully» utan även »negligently»[8], då befann man sig alltjämt inom statutens skrift, ty »accidentally» hade språkligt båda betydelserna, än inneslutande än uteslutande »negligence»[9]. Emellertid ansåg man sig alltjämt nödgad svälja de orimliga

[8] Se ovan s. 400.

[9] Jfr vårt »olyckshändelse», som i dagligt tal användes även om kulpost vållade skadegörelser.

konsekvenser, som voro förbundna med orden »accidentally begin». Hade elden så *börjat*, undgick man enligt statutens ord ansvaret, hur mycket än skadegörelsen sedan berott på »negligence» vis à vis den uppkomna elden. Det är denna konsekvens som man nu vill klara sig ifrån i Musgrove v. Pandelis genom att dela upp elden i två eldar, den första börjande »accidentally», den senare — som förorsakat skadegörelsen — börjande »negligently».

Angående jämförelsen med hembiträdets tändning av »her master's fire» medelst en tändsticka må först sägas, att den är alltför haltande. Elden genom tändstickan har sin motsvarighet endast i själva startandet av motorn med koppling för tändning med elektriska gnistor. Explosionen åter i karburatorn med åtföljande antändning av där befintlig bensin har ingen motsvarighet i hembiträdets fall. D. v. s. explosionen i karburatorn med antändningen av därvarande bensinen tillhör ett stadium, som alltid i jämförelsen måste falla utanför själva tändningen av stickan. I själva verket synes det mig helt meningslöst att här indraga hembiträdets exempel. Antingen haltar analogien: då är den värdelös. Eller ock ställes det anlitade exemplet verkligen analogt med fallet: då måste samma rättsregler tillämpas på dem båda, och man kan icke genom exemplet visa något angående fallet. Låt oss därför antaga följande: hembiträdet tänder ett fotogenkök med en tändsticka; detta exploderar »accidentally»; genom hembiträdets fumlighet fattar elden efter explosionen tag i en gardin eller annat brännbart föremål och sprides *därigenom* till ovanför boende hyresgästens våning. Denna, såvitt jag förstår, fullt analoga jämförelse blir på intet sätt belysande. I båda fallen har den ursprungliga tändningen skett »intentionally» men »lawfully». Därefter har elden spritts först »accidentally» (genom explosionen), sedan genom »the negligence of the servant». Själva den avsiktliga tändningen i ett sådant fall »medräknas» så att säga icke.[1] Följaktligen har elden i båda fallen *börjat* »accidentally» men vidare spritts genom »negligence». Före Musgrove v. Pandelis ansågs »the master's» ansvarighet utesluten i båda fallen. Denna åsikt är icke mera anmärkningsvärd i det ena än i det andra fallet. Bankes' exemplifiering verkar snarast som ett valhänt försök att resonera bort frågan.

Att »The Fires Prevention Act» icke med förnuftig lagtolkning kan hindra ansvarigheten i ett fall som det föreliggande är en sak för sig; likaså att själva domsslutet i Musgrove v. Pandelis sålunda måste vara fritt från kritik. Det anmärkningsvärda är, att man icke vågat sig på en sådan tolkning av statuten förrän 150 år efter dess tillkomst och att man,

[1] Se ovan s. 400 f. och Salmond, s. 256.

när steget äntligen togs, »deducerade» sig fram därtill med hjälp av detta verklighetsfrämmande tal om två skilda eldar. Denna sterilitet i de utåt framträdande resonemangen utvisar, att man i dem tappat bort hela den väsentliga synpunkten, nämligen betydelsen av ansvarsregler av hithörande art för den *allmänna tryggheten*, dels genom att influera på handlingssätten till förebyggande av skadegörelser, och dels genom att, utöver denna prevenerande betydelse, inverka stimulerande på den allmänna trygghetskänslan genom att subsidiärt — d. v. s. när skadebringande handling skett — möjliggöra för den skadelidande att få ersättning. Det kan icke betvivlas, att den kortsynta frågeställning, som framträder i domen, skulle ha uteblivit, därest domaren icke varit bunden i rättsideologiens förbenade tankegångar. Är man befriad från dessa, då kan man i sin lagtolkning näppeligen bestämmas av något annat än frågan, hur bör lagen utläggas, på det att dess konsekventa tillämpning må kunna förutses lända samhällsekonomien till största möjliga gagn. Något annat rimligt motiv för lagtolkaren har i vart fall aldrig utretts.[2] Har man denna inställning, då inser man, att en lag icke är att tolka blott efter sina ord utan efter sin s. k. »anda», som av nu antydd grund icke kan utletas utan hänsynstagande till samhällets bästa, såsom detta närmare är att fatta.[3] Man förstår då också nödvändigheten av att beakta en diskuterad lagtillämpnings inverkan på handlingssätten med hänsyn till dessas betydelse för skadegörelsers förebyggande, resp. inträffande. I ett fall som det föreliggande försöker man sig då icke på en sådan hopplös uppgift som att skilja mellan olika »eldar» och fråga, vilken av dem som förorsakade skadan, utan man konstaterar, att elden — ehuru den börjat »accidentally» — skulle ha slocknat och skadegörelsen följaktligen ha uteblivit, därest icke Coumis hade varit »guilty of negligence». Vid detta förhållande kunde sect. 86 i statuten icke rimligen enligt sin andemening lägga hinder i vägen för en dom mot svaranden på skadestånd. Man kan naturligtvis säga, att en sådan dom brister i respekt för lagens bokstav. Vad som med hänsyn därtill i detta sammanhang är av intresse är emellertid endast att detsamma i sak måste sägas även om Musgrove v. Pandelis. Man dömde ju här till ansvar, fastän elden faktiskt *börjat* »accidentally». Ett faktum försvinner icke därigenom, att det bortresoneras.

Vad som närmast föranledde mig att gå in på Musgrove v. Pandelis var frågan om ansvar för skada genom spridning av eld, vare sig genom

[2] Se härom nedan s. 549 ff.
[3] Se föreg. not.

gnistor eller annorledes, från en fastighet eller lägenhet till annan. Det finns förvisso flera fall i sådant avseende än de tre nu berörda[4], Jones v. Festiniog Rly Co., Powell v. Fall och Musgrove v. Pandelis. Men dessa tre torde vara tillräckligt expressiva, för att redan på dem det uttalandet måste kunna grundas, att principen i Rylands v. Fletcher anses leda till strikt ansvarighet för nu ifrågavarande eldskada, såvida den icke härleder sig från driften av ett företag, särskilt legaliserat genom »parliamentary act». Är företaget en järnväg inträder dock, såsom vi sett, i trots av »statutory powers» en begränsad strikt ansvarighet. Fallet Musgrove v. Pandelis bekräftar, att principen i Rylands' fall, även när fråga är om »the escape of fire», är tillämplig icke blott i förhållandet mellan »adjacent» utan även mellan »upper and lower occupiers».[5]

Ansvaret i U. S. A. för skada genom eld.

Vad nu angår ansvaret i U. S. A. för skadegörelse genom eld kan jag uttala mig kortfattat. Detta ansvar bestämmes i det hela icke av några särskilda regler utan följer huvudprincipen, som efter vad jag förut angivit[6] är »fault-liability», d. v. s. ansvar för negligence. »In this country», säger Burdick,

»the common-law liability for fire[7] has never been enforced. A person does not start a fire on his land at his peril. If it spreads beyond his premises and harms others, his liability for the harm must be grounded on his negligence.»[8]

[4] Se Winfield, Text-Book, s. 542.

[5] Jfr ovan s. 368. — Eftersom ansvaret skall grundas på Rylands v. Fletcher, måste de särskilda kriterier, som skola utmärka detta fall, vara för handen. Till dessa hör, såsom vi sett, att fastigheten gjorts till föremål för »a non-natural user», såsom detta uttryck tolkas, varom ovan s. 371 ff. Därför befanns principen i Rylands' fall icke tillämplig i Collingwood v. Home and Colonial Stores (1936). Elden hade här uppkommit i svarandenas lägenhet genom bristfällighet å den elektriska ledningen, utan negligence å deras sida. Elden spreds till kärandens lägenhet. Svarandena befunnos icke ansvariga. Rylands v. Fletcher var nämligen icke tillämplig »for the installation of electric wiring, whether for domestic or trade purposes, was a reasonable and ordinary use of premises». Se Winfield, Text-Book, s. 544 f.; jfr ovan s. 427 n. 5.

[6] Ovan s. 245 f. och s. 263 ff.

[7] Härmed menar Burdick ansvaret för eld i England före modifikationen genom Annes Act i början av 1700-talet. Åberopande Beaulieu v. Finglam (1401), varom ovan s. 391 ff., karakteriserar han common law så, att denna »held the person starting a fire, even for necessary and lawful purposes, to an absolute responsability for its consequences», Burdick, Torts, s. 540.

[8] Burdick, Torts, s. 541. Jfr Harper, Treatise, § 196. Harper citerar efter Bohlen, Cases on torts 3 ed., en dom av 1911 i N. Y.: »Should a man's house get on fire, without his neglect, or default, and burn his neighbor's, no action would lie against him, notwithstanding the fire originated in his house, because it was lawful for him to

Emellertid tillägger Burdick utan några ytterligare upplysningar, att »the liability for the consequences of fire» i en del stater vore reglerad genom särskild lag. Det rör sig uppenbarligen om ansvar för skada genom eld från lokomotiv på järnväg. Av Harpers framställning att döma synes det blott vara ett fåtal stater, som genom »statutes» ha anordnat strikt sådant ansvar för järnvägsbolaget. Men detta betyder icke, att den vanliga regeln om »fault-liability» rådde i alla andra stater. Tvärtom, i de flesta av dem medförde »the mere setting out of a fire» presumtion för, att järnvägsbolaget varit »negligent». På sina ställen grundar sig denna presumtion på »statute», som då synes ha kommit till stånd av den anledning, att »some courts have insisted that legislative enactment was necessary to raise such a presumption». Denna presumtion tycks icke ens när den föreligger oberoende av »statute» betraktas såsom tillhörande »res ipsa»-doktrinen.[9] Emellertid har den — alldeles som vid »res ipsa loquitur»[1] — hos olika domstolar växlande innebörd[2].

Vad beträffar ansvar för exempelvis sådant som skada härrörande från eld, som användes för »steam in an extensive manufacturing enterprise» gäller den vanliga regeln om »fault-liability». De amerikanska domstolarna ha, enligt Harper, i sådant avseende vägrat att tillämpa »the doctrine of the celebrated case of Rylands v. Fletcher». Detta, säger han, representerar de amerikanska domstolarnas uppfattning om »sound policy». Han citerar därefter en Ohio-dom, vari följande principuttalande göres:

»Because of the public benefits conferred by the erection and operation of these plants as part of our industrial civilization, private convenience must in some respects give way to public benefits. So long as these manufacturing plants are operated in the usual and ordinary way, by modern appliances and without negligence upon the part of the owner and operator, there will be no liability on the part of the latter, providing the operation is not inherently noxious or dangerous, and, therefore, a nuisance.»[3]

---

keep fire there.» — Annes Act och Fires Prevention Act (varom ovan s. 399 ff.) voro båda »metropolis acts» och ha följaktligen aldrig haft giltighet i Amerika, som icke heller haft något behov därav.

[9] Jfr Harpers exemplifiering av denna doktrin, ovan s. 273.

[1] Se ovan s. 281 f.

[2] Se till det sagda Harper, Treatise, s. 400 f.

[3] Se Harper, Treatise, s. 399 f. — Om ansvar i Amerika för »blasting» har förut talats, ovan s. 385 ff.

Master's liability for the acts of his servant.

Framställningen i föregående kapitel om »liability for fire» svällde ut över beräkning med påföljd att jag nu av utrymmesskäl icke kan behandla förevarande högviktiga fråga fullt så ingående som jag skulle ha önskat.[1] Stort intresse knyter sig här till vissa historiska drag. Dessa skola nu först behandlas.

Historiska drag i master's liability for the acts of his servant.

Respondeat superior.

Reglerna om »husbondens» ansvar för sina »tjänare» ser man icke sällan betecknade som »the doctrine of respondeat superior». Man har i engelsk juridik stundom en förkärlek för slagord, hämtade från latinet. Detta torde bero på det starkt kända historiska sammanhanget mellan nutidens och äldre rätt, då latinet till stor del var juristspråket. Edw. I:s »statutes» äro skrivna på latin. De rättslärda författade sina skrifter på latin. Detta behöver nu ingalunda vara något stöd för att man var influerad av den romerska rätten, och »respondeat superior» har faktiskt icke hämtats från romerska rättens källor.[2] Frasen härleder sig från »the

[1] Det är framför allt de senare avsnitten om tolkningen av »servant» och »in the course of employment», som av utrymmesskäl måst något inskränkas.

[2] Nutidens engelska rättsvetenskapsmän, stolta över sin rätt och dess historia, synas mig stundom vara alltför angelägna om att hävda dess självständiga karaktär gentemot romerskrättsliga inflytelser. Jag menar nu icke heller, att de romerska juristernas grundåskådningar kunna ha haft någon betydelse för framväxten av den engelska rätten. Ty om dessa åskådningar torde man överhuvud icke ha haft några egentliga kunskaper på den tiden. Men jag tror, att det är ofrånkomligt, att föreställningar om romersk rätt, sådana som de framträdde i glossatorernas undervisning och skrifter haft ett mycket betydande inflytande på gestaltningen av den engelska rättens historiska utveckling. Glossatorskolan i Bologna började icke långt efter den normandiska erövringen. Det är en känd sak, att behovet för de normandiska kungarnas politik av ett enhetligt rättssystem gjorde sig starkt gällande. Konungens hjälpare vid domsrättens utövande voro nästan samtliga »clerici». Dessa måste ha varit väl förtrogna med den i hela västerlandet under 1100- och 1200-talet härskande åsikten, att rättsvetenskap var

Statute of Westminster II» (1285) under Edw. I:s regering. Det heter där i cap. XI, under antagandet att fångvaktaren låtit sin fånge — en

---

detsamma som romersk rätt i glossatorisk gestaltning. En särskild ledning till den romerska rätten hade de också i den kanoniska rätten. Varifrån skulle nu rättsprinciperna, i den mån de icke redan ansågos givna, hämtas om icke från rättsvetenskapen? »It was as a revelation of the wisdom of the ancient world . . . that the men of Western Europe received the Digest, Code, Institutes, and Novels, and began, with feverish haste, to apply their teaching to make good the yawning gaps in the barbaric laws of their native countries. Every ambitious youth studied eagerly the *Corpus Juris*; a knowledge of its contents gave him a sense of power almost intoxicating in its keenness» (Jenks History, s. 20). Uttalandet gäller icke minst rättsstudiet i Oxford och Cambridge. Att man sedermera, på 1200-talet, sökte motverka inflytandet av sådana studier på »common law» understryker endast ytterligare, att det fanns där. Större betydelse än någon annan under medeltiden för grundläggningen av juridiska tänkesätt i England anses Henry Bracton (död 1268) ha haft. »But for the work of Bracton, which enshrined the ideas and principles of the most creative period in the early history of that law (= common law), we may well doubt whether it would have possessed sufficient vitality and elasticity to continue to be supreme in an expanding and a progressive state»; Holdsworth II, s. 230. Bractons arbeten utvisa, att han studerat både corpus iuris och kanonisk rätt. Med den senare måste han ha haft en intim kontakt redan i sin egenskap av clericus. Det är vidare tydligt, att han omsorgsfullt tagit del av ett par av glossatorn Azos verk (Holdsworth II, s. 233). Main, Ancient law, s. 72, menade på sin tid, att Bractons arbete »De legibus et consuetudinibus Angliae» (arbetet trycktes icke förrän 1569) till hela sin form och tredjedelen av sitt innehåll vore direkt lån från corpus iuris. Han finner det tillhöra de mest hopplösa gåtor i rättsvetenskapens historia, hur det varit möjligt för en engelsk författare på Henrik III:s tid att kunna lura ett sådant arbete på (»put off on») sina landsmän »as a compendium of pure English law». Mains uppgifter om de romerskrättsliga proportionerna må väl anses betydligt överdrivna. Se härom Holdsworth II, s. 267—286. Denne baserar sin framställning väsentligen på Maitlands behandling av Bracton and Azo i en Introduction i Selden Society's publikationer VIII, 1895. Maitland karakteriserar Mains uttalande såsom en »stupendous exaggeration». Icke desto mindre synes det omöjligt att komma ifrån, att Englands common law i sin begynnelse och framväxt under de första århundradena måste ha influerats av glossatorskolan dels före och dels genom Bracton. Jag upprepar min fråga: varifrån skulle behövliga *principer* hämtas — då de icke funnos att tillgå annorstädes än i den såsom allmängiltig ansedda romerska rättsvetenskapen — om icke ifrån denna? Därför var det också helt omotiverat av Main att insinuera, att Bracton hade »put off on his countrymen» romersk rätt såsom engelsk. Windeyer, s. 69, torde här träffa själva saken, när han säger, att »to Bracton, as to other educated men of the time, the rules of Roman law were indeed law for England on matters on which no English rule existed». Dessförinnan erinrar Windeyer om, att Bracton var en alltför god jurist för att icke inse de teoretiska luckorna i engelsk rätt — »the matters upon which it supplied no rule, and the rules which seemed to exist without any unifying principle. These gaps he filled for his readers by rules and principles, which he gathered from Azo.» — Det förefaller mig föga sannolikt, att den engelska rätten utan denna kontakt med romersk rätt skulle ha kommit att slå in just på de egendomliga utbildningslinjer, som den faktiskt gjort. Även om, som vi sett ovan s. 304 n. 4, analogien mellan »writ» och romersk »formula» är haltande, synes annat dock vara uteslutet, än att de engelska »forms of action» åtminstone influerats av det romerska aktionssystemet, sådant som det av glossatorerna uppfattades. Men vad vore väl common law utan den både styrsel och hämning, som den ifrån början haft i »the writs»? Det är här visserligen närmast »blott»

annans tjänare — undkomma ur fängelset: »Si custos gaole non habeat per quod justicietur vel unde solvat respondeat superior suus qui custo-

---

fråga om ett »formellt» inflytande. Men »formen» i rätten kan ha den mest »materiella» betydelse, varom icke minst det engelska rättsväsendet vittnar. Att vidare kontakten med den romerska rättens läror om »aequitas» och pretorns betydelse för dennas »administration» haft betydelse för utbildningen av »equity law» genom lordkanslern och Chancery Court synes påtagligt. — För att återgå till Bracton skulle, om utrymmet tilläte det, för det nu behandlade ämnet intressanta citat från hans »De legibus... Angliae» kunna givas. Vid min behandling av »the forms of action» tog jag mig anledning att gå till liber tertius av Bractons nämnda verk, vilkens första del handlar »de actionibus». Här får man veta, att »obligatio est mater actionis» samt att »obligatio» har sitt ursprung »sive ex contractu vel quasi, sive ex maleficio vel quasi». Vad kontraktet angår kan detta på många sätt grunda obligationer, t. ex. »ex conventione, per interrogationes & responsiones, ex conceptione verborum, quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut sunt pacta, conventa, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita...». Såsom exempel på »obligatio quasi ex maleficio» tages något, som det skulle ha varit alldeles omöjligt för Bracton att finna på, om han icke läst de justinianska institutionerna om »iudex qui litem suam fecit». Han skriver här nästan ordagrant av ingressen till I. 4. 5. Obligationsbegreppet fastställes vidare ordagrant i enlighet med den romerska legaldefinitionen (I. 3. 13). Därefter kommer en utförlig framställning av stipulatio såsom verbalkontrakt, väsentligen i anslutning till institutionerna (I. 3. 16 och 20). Vid frågan om obligationens upphörande blandar Bracton först in en del romerska exceptioner (exc. pacti, doli, metus, rei judicatae), varefter han följer I. 3. 30. Bracton går så i cap. III av den ifrågavarande liber tertius in på aktionsindelningen. Här angivas såsom prima divisio: actiones in rem, actiones in personam samt actiones mixtae. Det är den justinianska läran, som återgives. Med actiones mixtae avses här de, som äro »tam in rem quam in personam», alltså de s. k. iudicia divisoria (jfr I. 4. 6. 20). Han tar emellertid i sammanhanget även upp begreppet actiones mixtae såsom motsättning till de actiones, vilka äro antingen »sola gratia rei persequendae» eller »sola gratia poenae persequendae». Se till det sagda Bracton II, s. 102—138 samt Woodbine II, s. 282—293 (motsvarande foliosidorna 98 b—103 i den år 1569 tryckta upplagan). En person, som i dessa grundläggande rättsfrågor framställer de romerska institutionerna såsom »leges et consuetudines Angliae» måste vara genompyrd av uppfattningen om den romerska rättens giltighet även i England, såsnart rättsbehovet gjorde sig gällande och på sådant sätt kunde tillgodoses. — Ett utomordentligt interpolationsforskningsarbete över Bractons »De legibus etc.» föreligger i Woodbines två volymer. Det har gällt att utleta, på vilka manuskript en rekonstruktion av texten skulle kunna grundas, ävensom att angiva, vad som utgör tillägg och interpolationer i den tryckta texten, Woodbine I, p. IX. Hittills har Bractons ifrågavarande verk alltid framställts såsom indelat i libri quinque. Intressant är nu, att Woodbine under sitt arbete mer och mer blivit övertygad om, att Bracton själv aldrig indelat sitt arbete »De legibus» i några skilda böcker. Woodbine giver i identifieringssyfte korta beskrivningar på icke mindre än 49 olika manuskript, I s. 1—20. De flesta ha skrivits i slutet av 1200-talet och början av 1300-talet, samtliga före 1400, I s. 1 och 27. Detta utgör ett starkt indicium på den stora praktiska betydelse, Bracton — som i verkligheten hette Henry of Bratton eller Bretton (Windeyer, s. 68) — hade för sin samtid. Holdsworth citerar, II s. 237, i detta avseende följande uttalande av Maitland: »We may doubt, whether any book written by a mediaeval Englishman that was so bulky as Bractons, and was not a book of devotion or theology was more popular, or more often transcribed.» I volym nr 2 har Woodbine försökt »to present, as nearly as may be, the text of the *De Legibus* as it finally left Bracton's hand», II p. VII. Han har här slopat indelningen

diam hujusmodi gaole sibi commisit per idem breve.»[3] Dessförinnan sägs det i statuten, att fångvaktaren är ansvarig för den skada, som den förlupne fången åsamkar sin husbonde. Och innebörden av det citerade är nu, att fångvaktarens överordnade hålles ansvarig genom en talan som inledes »per idem breve», d. v. s. en »writ of debt», därest fångvaktaren icke kan betala.

I själva verket förefaller det ganska omotiverat att draga in detta stadgande såsom någon slags ur-rättskälla för husbondes ansvar för skada genom sina tjänares handlingar. Det rör sig ju i stadgandet om en speciellt begränsad situation, som svårligen kunde, med hänsyn till den uttalade rättsregeln, analogiseras med situationer i allmänhet av »master and servant». Det är i stadgandet tydligen — såsom också uttalas av Chief Justice Brest i Hall v. Smith (1824)[4] — fråga om över- och underordnade »public officers». Brest säger vidare, att lord Coke å s. 382 i del II av sina Institutes of the laws of England (1642) förklarat, att stadgandet endast varit avsett att tillämpas »to those who, having the custody of gaols of freehold or inheritance, commit the same to another that is not sufficient». Och själv nämner Brest, att principen sedermera har

---

i böcker; likaså hittillsvarande editioners kapitelindelning. Han har medhunnit fol. 1—fol. 159 b. De gå löst på 430 dryga kvartsidor. Då 1569 års upplaga består av 444 foliosidor, återstår ännu åtskilligt. Om Woodbine utgivit ytterligare någon volym, vet jag icke. Under det att upplagan i Chronicles and memorials etc. innehåller såväl den latinska originaltexten som dess översättning till engelska, har Woodbine blott utgivit originaltexten. Han har dock i vol. I uttalat sin avsikt att, när originaltexten publicerats, utgiva en engelsk översättning därav. — Bractons verk ha i den engelska judikaturen erkänts såsom »authoritative». Det klassiska uttalandet anses härvid vara lord Holts i Coggs v. Bernhard (1704). I Gifford v. Lord Yarborough (1828) heter det, att »the authority of Bracton has been confirmed by modern writers and by all the decided cases that are to be found in the books». Se Holdsworth II, s. 289. Denna karakterisering såsom »authoritative» är, säger Windeyer, s. 69, »a distinction shared by only a few text books. It means that as Bracton has stated the law to be, so is the law, except where it has been altered since his day.» Detta är väl knappast mera än ett talesätt. Om Bractons ståndpunkt inte passar, så känner domaren sig förvisso icke bunden utan upptäcker en bättre »common law»-regel. Det heter också hos Holdsworth II, s. 289 n. 6, att hävdandet av Bractons auktoritet »of course, is quite compatible with his authority having been overruled on certain points», med hänsyn till vilket påstående ett par fall anföras. Även arbetena av Glanvil (omkr. tre kvarts sekel före Bracton), Littleton (1400), Fitzherbert (1500), Coke (1500—1600), Hale (1600) och Blackstone (1700) utmärkas i den engelska judikaturen såsom »authoritative»; se Windeyer, s. 69. — Angående Bracton och hans verk se i övrigt Holdsworth II, s. 230—290; se jämväl Travers Twiss' intressanta »Introduction» till Bracton I, 1878 [i Chronicles and memorials (70) of Great Britain ... of the Master of the Rolls].

[3] Pickering I, s. 189 f.

[4] Brests uttalande är citerat av Smith, Master and servant, s. 222 f. Fallet är refererat i P. Binghams Reports of cases ... in the Court of Common Pleas etc. (1824—1834), vol. 2, 1825, s. 156.

extenderats till »sheriffs, who are responsible for their undersheriffs and bailiffs, but has not been applied to any other public officer». Icke desto mindre säger Brest, att maximen »respondeat superior», som enligt hans eget påpekande första gången kom till användning i denna Statute of Westminster II,

»is bottomed on this principle, that he who expects to derive advantage from an act which is done by another for him, must answer for any injury which a third person may sustain from it».

Detta påstående är nu ganska egendomligt. Statuten talar endast och allenast om ett förhållande mellan en »custos gaole» och hans »superior». Då denne har uppdragit vakthållningen åt en »custos», så svarar den förre *subsidiärt* för »custos» och blott i fråga om skada, som fångens husbonde, alltså ingalunda vilken tredjeman som helst, lidit. Vad har väl detta med en sådan allmän princip att skaffa, som domaren Brest påstod ligga i bakgrunden? Detta hans påstående synes mig giva en intressant inblick i den engelske domarens förmåga att, så snart behovet gör sig gällande, upptäcka »common law»-principer, dolda i något gammalt aktstycke, vare sig detta utgöres av en »statute» eller »case». Dessa upptäckter torde dock i verkligheten ofta endast få betraktas som fria konstruktioner.[5]

Att doktrinen om »master's liability» blivit, som det heter, »summed up in the maxim respondeat superior» beror nu emellertid icke omedelbart på dessa ords användning i den gamla Westminsterstatuten. Det torde snarare ha sin grund i att Coke i en annan del av sitt berömda verk än den nyss berörda meddelat några anmärkningar under rubriken »respondeat superior». Hans nyss citerade ord innehållas som nämnt i del II av hans »Institutes». Denna del har jag icke haft tillgång till och känner följaktligen icke till vad han där utöver det sagda möjligen kan ha uttalat om »respondeat superior». Men det förefaller, som om hans egentliga behandling av denna maxim funnes i del IV av arbetet. Behandlingen i fråga har jag haft tillfälle läsa.[6] Coke upptar frågan, »How it is good to know how the Law, commonly called *Respondeat superior*, holdeth in this Court (= Court of Exchequer) and in other Courts».

[5] Det heter hos Pollock & Maitland II, s. 532: »We are never safe in drawing inferences about general principles from the rigorous law that is meted out to royal officers or royal debtors.»

[6] Den återfinnes i kapitlet om The Court of Exchequer i The institutes of the laws of England, 4 rth part, 1648, s. 114 f. När jag rekvirerade denna del av Cokes verk, visste jag ännu icke, att han berört stadgandet i Westminster-statuten II i verkets andra del. Att efteråt rekvirera även denna del (från utlandet) ansåg jag i dessa tider icke lämpligt.

Framställningen innehåller icke något som antyder, att Cokes mening vore den, att »respondeat superior» vore uttryck för någon mera allmän princip, inneslutande en »master's liability for the acts of his servant». Han säger bland annat, att, när »the Sherifs be removable as in London for their insufficiency, *respondeat superior*, that is, the Mayor and Communalty of London».[7] Därefter avtrycker han ordagrant kap. 10 i statuten under Henrik VI:s andra regeringsår (2. H. VI. cap. 10) karakteriserande kapitlet som »a general statute concerning all the Courts of the King».[8] Man torde tryggt kunna påstå, att Coke icke uttalar sig om maximen i fråga såsom avseende andra än »public» eller »royal officers».

[7] Liksom till stöd för detta påstående uttalar Coke följande: »45 E. 3. 9, 10. Prior datise & removeable suffer escape, respondeat superior. 14 E. 3. 13. 50 E. 3. 5. 14 H. 6. 52. 30 H. 6. 32. W. 2. cap. 2. Si non habeat Balivus unde reddat, reddat superior.» Den sista punkten är hämtad från Statute of Westminster II, cap. 2, sect. 3, och innebär att om en »bailiff» (här = en sheriffen underordnad utmätningsman) icke har några tillgångar till betalning av skuld, som han ådragit sig genom viss tjänstehandling, så får hans överordnade betala. Även i punkten »Prior datise ... superior» är det tydligen fråga om en subsidiär ansvarighet å överordnad i ett officiellt förhållande. Uttalandet, sannolikt från Edw. III:s 45 regeringsår (alltså 1371), är — skrivet som det antagligen är på »Law French» — svårt att tillfullo tyda. Det torde emellertid vara fråga om en kloster-prior (jfr 26 Henr. VIII, c. 3, s. 8), och innebörden är väl i största allmänhet, att hans abbot får betala, eftersom han själv icke kan åtkommas med kravet. Till punktens närmare förståelse kan möjligen bidrag erhållas från den nyss antydda statuten under Henr. VIII. Där talas om »divers cells appertaining to monasteries and priories» och det sägs, att »the priors of such cells be named, and removeable from time to time, at the only wills, and pleasures of their masters and sovereigns of the monasteries and priories whereunto such cells belong»; se Pickering IV, s. 317. — Utöver »W. 2. cap. 2» har jag icke förstått dessa Cokes hänvisningar. »Prior datise etc.» borde av hänvisningen att döma stå i cap. 9 av en Westminster-statut av 1371. Men enligt Pickering II, s. 189 ff., har denna statut blott fyra kapitel. »14 E. 3. 13» synes visserligen avse cap. 13 i en statut av 1340. Men detta kapitel har, såvitt jag förstår, intet att skaffa med ansvar för en *superior* gentemot tredjeman. I fråga om ansvar sägs det endast, att en arvinge, när han blivit myndig skall ha sin »Action of Waste» emot »such Guardians and Fermors», som enligt vad som sagts i kapitlet tagit hand om egendomen under omyndighetstiden. (Se Pickering I, s. 481.) Där talas visserligen också om en »escheator's» (fiskal för åt kronan hemfallna ägodelar) befattning med arvegodset men icke så att det synes kunna sättas i samband med *respondeat superior*. Däremot nämnes det i en statut under Edw. I (28 Edw. I c. 18), under rubriken »Escheators shall commit no Waste in Wards Lands», att »escheator» svarar för »subescheator», om denne »have not whereof to answer». (Se Pickering I, s. 300 f.) — De övriga hänvisningarna ha icke kunnat identifieras med hjälp av Pickerings »Statutes et large», II och III. De avse möjligen andra aktstycken än »statutes».

[8] I kapitlet i fråga stadgas, »that all the officers made by the King's Letters Patents royal within the said courts, which have power and authority, by virtue of their offices of old times accustomed, to appoint clerks and ministers within the same courts, shall be charged and sworn to appoint such clerks and ministers, *for whom they will answer at their peril*, which be sufficient, faithful, and attending to that which pertaineth to them in performance of the business as well of the King as of his poeple» (kurs. här). Se Pickering, III, s. 86.

Lägger man så ytterligare härtill, vad som redan påpekats, att denna fras vid sin tillkomst ävensom i av Coke berörda situationer endast haft avseende å överordnads *subsidiära* ansvarighet[9], så förefaller det egendomligt, att man någonsin låtit frasen komma att täcka »master's liability for the acts of his servant». Vid vilken tidpunkt man började »sum up» denna doktrin i »respondeat superior», vet jag icke. Kanske skedde det icke förrän in på 1800-talet. Frasen nämnes icke av Blackstone i dennes behandling av »master's liability».[1] Man bör också beakta, att amerikanaren Wigmore i sin, jämväl »master's liability» omfattande, rättshistoriska utredning om »tortious responsibility» underlåter att åberopa »respondeat superior» som källa vare sig via »statute» eller »cases».[2] Detsamma kan också sägas i fråga om Holdsworth.[3] Detta är i själva verket också ståndpunkten hos Pollock & Maitland, som man också torde förstå av de nyss gjorda båda citaten från dessa auktorer. En sak för sig är, att de mena, att regeln »respondeat superior» i Statute of Westm. II genom sitt fastställande av ansvarets subsidiära karaktär indicerar vad som »has first and last been one of the main causes of 'employer's liability'», nämligen det förhållandet att de underordnade vanligen icke äro i stånd att betala de skador, som de anstiftat.[4]

Master's liability i äldre tider.

En av nutidens experter på detta område, amerikanaren Wigmore, menar, att idén om husbondens ansvarighet under den äldre anglo-normandiska perioden, varmed han avser 1100- och 1200-talen, framträdde »in the shape of exoneration for deeds of the servant not commanded or consented to».[5] Husbondens ansvarighet var sålunda under denna tid in dubio strikt, i det att han gick fri från ansvar, blott om han kunde

[9] »In no case does this phrase point to an absolute liability of the superior for wrongs done by the inferior, or even for those done 'in the course of his employment'. In all cases it points to a merely subsidiary liability of the superior, which can only be enforced against him when it is proved or patent that the inferior can not pay for his own misdeed»; Pollock & Maitland II, s. 533.

[1] Se Blackstone-Kerr I, s. 441 [429] ff.

[2] Wigmore, Tortious responsibility, s. 520 ff. Visserligen nämner han frasen, s. 532, men blott för erinringen, att den ofta torde ha använts »to evade giving a clear reason».

[3] Holdsworth VIII, s. 477 n. 8, instämmer med Wigmore angående den negativa betydelsen för ämnet av »respondeat superior».

[4] Pollock & Maitland II, s. 533.

[5] Wigmore, Tortious responsibility, s. 520.

exonerera sig. Exonereringen synes skola ha skett genom husbondens ed om att han »had nothing to do with the wrongful act».[6] Ännu under 1300-talet, menar Wigmore, »the undercurrent of feeling was still that the master bore absolute civil responsibility for his servant's doings». Uttalandet måste innefatta, att man alltjämt under denna tid presumerade, att tjänaren utfört handlingen på husbondens befallning, eller med hans samtycke, och följaktligen gjorde den senare ansvarig in dubio. Wigmore går så långt, att han säger, att allmänt kan den regeln icke ha godtagits förrän i början av 1500-talet, att husbondens befallning av eller samtycke till handlingen utgjorde förutsättning för hans ansvarighet. Detta kan omöjligen vara riktigt, om man dömer av det material, som Wigmore själv lagt till grund för sina omdömen. Redan »cases» under 1300-talets första början tyda på, att husbonden går fri, om icke undersökningen givit vid handen, att han på något sätt auktoriserat tjänarens

---

[6] Holdsworth III, s. 371, som härför åberopar sig på uttalanden av Henry Bracton. Av Holdsworth utlägges ståndpunkten på Bractons tid (omkring 1200-talets mitt) så, att »the master escaped from criminal liability, unless the crime had been committed by his command and consent», Holdsworth III, s. 382. Holdsworth tillägger emellertid, att under hela denna period »the law as to civil liability was tending to follow the law as to criminal liability». Saken är väl emellertid den — åtminstone beträffande den skadegörelse som framför allt annat här tilldrager sig intresset, nämligen »trespass» — att alls ingen skillnad fanns mellan kriminellt och civilt, i det att »trespass» genomgående betraktades såsom *crimen*. Wigmore uttalar, att det måhända är »unsafe to draw any fixed distinction of 'civil' and 'criminal' in the present connection (d. v. s. i fråga om master's liability) till the seventeenth century»; a. st. s. 520 n. 2. — I den äldsta germanska rätten var, säger Wigmore, ansvaret *absolut*, utan någon exonereringsmöjlighet. När därstädes, utanför England, senare en sådan tillkom (såsom »an exculpatory oath denying any connivance with the deed») var den blott ett appendix till tjänarens (eller trälens) utlämnande »to the regular courts», vilket sålunda var en förutsättning för husbondens ansvarsfrihet. Se Wigmore a. st. s. 520, jfd med s. 495 ff. — Detta »absoluta» ansvar, som man tillskrivit den germanska rätten, även i fråga om husbondens ansvarighet för sitt folks skadegörelser, förefaller mig vara alltför otroligt. Därför att rättsföreställningarna hos våra förfäder voro ytterligt primitiva, behöva dessa ej ha varit så opraktiska, att de på detta sätt bundit ris åt egen rygg. Jag tror, att källorna äro alltför ofullständiga, för att man skall kunna i förevarande avseende tillförlitligt rekonstruera dessa rättsförhållanden. Överdriften överhuvud, d. v. s. utan särskilt avseende å »master's liability», i uppfattningen, att äldre germansk rätt präglades av detta stränga ansvar, som karakteriserades av att »a man acts at his peril», har med intressanta synpunkter beaktats av Winfield, Myth, s. 37 ff. Uppfattningen innebär, säger Winfield, s. 38, att vilken handling som helst, som skadade annan, gjorde personen skyldig till ett rättsbrott och följaktligen »liable for every conceivable harm which he inflicts on another. Such a proposition is merely ridiculous. Life would not be worth living on such terms... If a man always acted at his peril, the whole community would be in gaol but for three obstacles. No one could legally build the gaol, no one could legally send people to it, and no one could legally keep them there.» Winfield har i sin nämnda artikel också andra ganska träffande anmärkningar emot den vanliga rättshistoriska slentrianen om casusansvaret i den äldre germanska rätten.

»deed». Låt oss se på en del exempel från »Year Books», som anförts av Wigmore själv.[7]

Vi ha först ett fall från 1302, refererat i Appendix II till Horwoods översättning av Year Books avseende Edw. I:s 30 och 31 regeringsår.[8] En viss sir Hugo stod anklagad av kronan för kvinnorov. Wigmore citerar från referatet följande:

Duodecim (12-mannajuryn): »Nos dicimus quod ipsa rapiebatur vi per homines domini Hugonis.» *Justiciarius:* »Fuitne Hugo consentiens ad factum vel non?» *Duodecim:* »Non.» ... *Justiciarius:* »Hugo, quia ipsi vos acquietant, nos vos acquietamus.»

Detta fall synes mig icke kunna visa mera, än att Hugo måste överbevisas om samtycke till sina mäns bortrövande av flickan, för att anklagelsen skulle kunna bifallas. Någon exonerering från hans sida synes det icke ha varit tal om. Hugo var fängslad och hade förvägrats rättegångsbiträde, enär — såsom domaren motiverade sitt avslag på Hugos begäran om »consilium ne subripiar in curia Regis pro defectu consilii» — »Rex est pars in casu isto» och lagen icke tilläte »quod habeatis consilium contra Regem, qui vos sequitur ex officio». Ytterligt försiktig och rädd för juridiska fällor, höll sig Hugo av referatet att döma genomgående på defensiven, med nakna bestridanden samt jävsinvändningar mot »duodecim».[9] Å andra sidan kan det icke heller vara lämpligt att taga fallet till stöd för att »master's liability» i princip förutsatte husbondens överbevisning om »command or consent». Ty, låt vara att det ännu skulle dröja flera sekler, innan en mera klar distinktion gjordes mellan civilt och kriminellt ansvar, så är det väl likväl icke uteslutet, att det i fråga om ansvar för *andras* handlingar kunde göras skillnad mellan ett betalningstvång å ena sidan och kropps- eller frihetsstraff å andra sidan. Redan på den tiden måste den förra ansvarspåföljden för andras handlingar ha tett sig mindre orimlig än den senare. I förevarande fall måste det nu ha varit fråga om ett mycket strängt kroppsstraff, och Hugos dömande därtill utan utredning om hans »command eller consent» till förbrytelsen skulle säkerligen alltför bryskt ha skurit sig med den i Statute of Westm. II, cap. 35, uttalade principen, att »quis pro alieno facto non est puniendus». Det riktiga synes därför vara, att fallet varken bekräftar eller jävar den av Wigmore framställda tesen.

I ett annat av Wigmore anfört fall av 1302 hade en fattig kvinna

[7] A. st. s. 521 f. — Ang. Year Books se ovan noten å s. 391 f.

[8] Horwood I, s. 529 ff.

[9] Referatet är högst fascinerande att läsa. Se även Horwoods behandling av detsamma i företalet a. st. s. XLIV.

upprepade gånger utsatts för självpantning från B:s sida, varför hon förde talan mot honom. Undersökningen visade att hennes son, »whom she was bringing up at home, had committed damage in B:s wood, and that B. came and took two shillings from the woman». Domaren uttalade enligt referatet följande:

»And inasmuch as he did wrong to distrain the woman on account of her 'mainpast' (= hushåll), therefore the Court adjudges that she do recover her two shillings, and her damages of sixpence: and that B. be in mercy.»[1]

Denna dom innebär tydligen, att kvinnan — trots det att sonen tillhörde hennes hushåll och därmed hade något av en tjänares ställning — icke svarade för den ifrågavarande skadegörelsen av honom.

Från år 1305 har Wigmore anfört följande fall, som här refereras efter Horwoods översättning:

Henry de Bray hade arrenderat en »manor» och förde nu efter en »writ of covenant» talan mot jordägaren, en »knight», för att han drivits bort från egendomen. »It was found by the Inquest that ... Master Henry de Bray ... heard that the knight's wife was coming with a number of her friends to expel him by force, and that he, for fear of this, removed his goods; and that the lady with her friends came and entered on the manor and remained in possession; and that Master Henry did not dare remain, but abandoned the manor; and that the lady had kept in possession until now, without Master Henry being ousted by the knight himself or by his assent.» — Sedan skadan uppskattats till 100 marks, som Henry de Bray betalt i arrende, utlät sig domaren sålunda: »Inasmuch as the act of the wife was the act of the husband, the Court adjudges that Master Henry do recover his damages of a hundred marks.»[2]

Jag förstår icke, hur det skulle kunna vara möjligt att från detta fall draga någon slutsats angående »master's liability for the acts of his servant». Detta fall utgör lika litet som de båda föregående belägg för att »the act of a *servant*» betraktades såsom »the act of the *master*».[3]

---

[1] Y. B. 30. Edw. I, Horwood I, s. 202. — Fallet är återgivet både i översättning och på Law French, originalspråket.

[2] Y. B. 33. Edw. I, Horwood II, s. 474. — Det kan vara av intresse att lägga märke till, att Henry de Bray inledde rättegången med en »writ of covenant» och icke »of trespass», trots det att »trespass to land» riktar sig mot »the possession». Henry grundade nu sin talan på arrendekontraktet (med krav på »damages for breach of contract») och icke på trespass; sannolikt skulle det senare icke ha varit möjligt, enär det icke kom till några våldsamheter, utan Henry vek undan. Jfr ovan s. 303.

[3] Pollock & Maitland II, s. 531 f., säga att, ehuru frestelsen till identifieringstanken måste ha varit störst i fråga om man och hustru, så lade tidens jurister icke någon verklig vikt vid »this impossible dogma». Och beträffande identifiering av »master and servant» kunna de båda auktorerna icke tro att »either law or morality was guilty of any theory of 'identification'».

Slutligen anför Wigmore ytterligare ett fall så gott som tillhörande 1300-talet. Det är det ovan s. 391 ff. behandlade Beaulieu v. Finglam av 1401. Det må så vara, att detta fall är ett uttryck för att husbonden ansvarar för skada genom sin tjänare, men — väl att märka — endast och allenast om skadan uppstått genom eld. Domaren Markham uttalade sig i detta avseende flera gånger så, att intet tvivel kan råda därom, att husbondes ifrågavarande ansvarighet begränsades till eldskada. Fallet synes sålunda icke ha någon betydelse för frågan om den allmänna principen om »master's liability for the acts of his servants».[4]

Med stöd av ett antal »cases» under 1500- och 1600-talen är Wigmore därefter övertygad om, att »master's liability» — bortsett från ansvar för eldskada — under dessa århundraden berodde på »command (i. e. before the deed) or consent (assent) (i. e. before or after the deed)».[5] Såsom av det föregående framgår, har Wigmore icke visat någon »case», som icke står i överensstämmelse med uppfattningen, att »master's liability» haft denna förutsättning också under både 1300- och 1400-talen. Wigmore har till stöd för sin ståndpunkt också andragit en statutarisk bestämmelse av 1353, nämligen cap. 19 i »the Statute of the Staple» (1353), där det heter:

»No merchant nor other, of what condition that he be, shall lose or forfeit his goods nor merchandises for the trespass and forfeiture of his servant, unless he do it by the commandement or procurement of his master . . .»[6]

Meningen med detta stadgande synes just ha varit att förordna om giltigheten av denna »common law rule» även i handelsförhållandena i stapelstäderna.[7]

I det hela synes det påståendet vara sakligt grundat, att vad man menar med »a master's civil liability» alltifrån slutet av 1200-talet till revolutionen (1685) förutsatte, att han före eller efter »the act of the servant» på något sätt faktiskt givit denna sin auktorisering, dock med det förbe-

[4] Ang. uttalandena i Year Books för 1498 (Y. B. 13 H. VII, 15, pl. 10) se ovan s. 318 n. 2. Dessa uttalanden, sannolikt reporterns egna reflexioner, giva intet stöd åt Wigmores antagande om »master's liability».

[5] Wigmore, Tortious responsibility, s. 524.

[6] 27. Edw. III 2. cap. 19; Pickering II, s. 90.

[7] Holdsworth III, s. 383, som återgiver slutet av citatet av föreskriften sålunda: »unless his act is by the command and consent of his master». — Wigmore, s. 522, menar, att stadgandet utgör »the first positive modification in civil matters». Hans tanke synes sålunda vara, att stadgandet utvisar, att »the master» efter common law, som icke berördes av stadgandet, liksom efter »law-merchant» före 1353, svarade för tjänarens »wrongs», även om dessa icke voro »by the command and consent of his master». Någon klar grund för riktigheten i den tanken kan jag dock icke finna, att Wigmore företett.

håll att möjligen under den första delen av denna långa period husbonden in dubio, alltså om icke exonerering skedde, kunde dömas ansvarig »for the acts of his mainpast», d. v. s. tjänstefolk i trängre mening.[8]

Lord Holt och Blackstone.

Ännu så sent som 1685 bekräftades *expressis verbis* av domstolarna, att man i princip icke svarade för skada genom sina tjänares handlingar.[9] Inom ett tiotal år därefter hördes emellertid andra tongångar, härrörande från Chief Justice (senare Lord) Holt. Det skedde första gången i Boson v. Sandford (1691). En befraktare hade fått sitt gods skadat genom fartygsbefälhavarens »negligence». Han förde talan mot redaren. Holt uttalade:

---

[8] Jfr till det sagda, utom Wigmore a. st. s. 521, Pollock & Maitland II, s. 528 ff., och Holdsworth III, s. 382 ff. Man bör också beakta svarandens defensors uttalande i Beaulieu v. Finglam (1401) om det orimliga i att låta någon svara för »the negligence of his servants», ovan s. 393. Visserligen intog domstolen en annan ståndpunkt just i detta fall, där fråga var om skada genom eld. Men det finns anledning antaga, att defensorn med sina ord givit uttryck åt den rådande uppfattningen angående »a master's liability» i allmänhet, förmenande denna tillämplig även vid »fire». — Holdsworth anför, s. 383 f., ett fall från Year Books, 9 Henr. VI. Mich. Pl. 37 (1431). Rolf, på ena partsidan, hade argumenterat sålunda: »If I have a servant who is my factor, and he goes to a fair with a lame horse or other defective merchandise and sells it, shall the purchaser have an action of deceit against me? Why, no.» Till detta replikerade domaren Martin: »No, not if you did not command the sale of the thing to that purchaser or to any one in particular; but if your servant by your consent and command sells any one bad wine, the purchaser will have a right of action against you, for it is then your sale. And if it be the case that you did not command your servant to sell to such person, then you can say that you did not sell to the plaintiff.» Härtill genmälte nu Rolf: »It would be dangerous indeed to leave such a fine distinction in matter of law to the jury.» Om det här har ansetts röra sig om »deceit in tort» eller »fraud in contract» (jfr till den frågan Winfield, Text-Book, s. 410 f.), torde vara likgiltigt, ty — såsom Holdsworth säger — det är tydligt, att »a master's liability on his servant's contracts and his liability on his servant's wrongful acts were governed by the same principle».

[9] Kingston v. Booth (1685), ref. i Skinner, King's Bench reports (för perioden 1681—1698); kontentan anförd hos Wigmore, Tortious liability, s. 524, samt Holdsworth VIII, s. 473. Här uttalades: »... Secondly, If I command my servant to do what is lawful, and he misbehave himself, or do more, I shall not answer for my servant, but my servant for himself, for that it was his own act; otherwise it was in the power of every servant to subject his master to what actions and penalties he pleased. Thirdly, If I command my servant to do a lawful act, as in this case to pull down a little wooden house (wherein the plaintiff was ...) and bid them take care they hurt not the plaintiff, if in this doing my servants wound the plaintiff, in trespass of assault and wounding brought against me, I may plead not guilty, and give this in evidence, for that I was not guilty of the wounding, and the pulling down the house was a lawful act.»

»The owners (av skepp) are liable in respect of the freight and as employing the master (befälhavaren); for whoever employs another is answerable for him, and undertakes (= ikläder sig ansvar) for his care to all that make use of him.»[1]

Största betydelsen i förevarande avseende torde dock de uttalanden ha haft, som vi sett Holt göra i Turberville v. Stampe (1698).[2] Härefter följde nu ytterligare en del fall, i vilka Holt formade principuttalanden angående »master's liability». År 1699 sade han:

»no master is chargeable with the acts of his servant, but when he acts in execution of the authority given by his master, and then the act of the servant is the act of the master».[3]

I Hern v. Nichols (1709) låg saken sannolikt så till, att en person vid en tygleverans »beyond sea» hade lurats på kvalitén genom leverantörens »factor» (här möjligen = försäljningskommissionär[4]). Holt uttalade den meningen, att

»the merchant was answerable for the deceit of his factor, though not *criminaliter*, yet *civiliter*, for seeing somebody must be a loser by the deceit, it is more reasonable that he that employs and puts a trust and confidence in the deceiver should be a loser than a stranger».[5]

Samma synpunkt togs upp av annan domare i ett senare fall, där en lärling tillägnade sig en ädelsten, som (tydligen av en kund) överlämnats till honom för vägning. Domaren uttalade här, att »the action well lay against the master, who gives a credit to his apprentice and is answerable for his neglect».[6]

---

[1] Citatet från Wigmore a. st. s. 528. Fallet är ref. i 2 Salkeld (King's Bench reports) 440. Se emellertid not 7 nedan.

[2] De äro återgivna ovan s. 397.

[3] Middleton v. Fowler, 1 Salkeld 282. Citatet från Wigmore, s. 528. Se även Holdsworth VIII, s. 475.

[4] Jfr Blackstone-Kerr, Commentaries I, s. 444.

[5] 1 Salk. 282. Citatet från Wigmore, s. 528. I Lloyd v. Grace, Smith & Co. (1912) uttalade earl of Halsbury angående Holts ifrågavarande dom: »I should be very sorry to see a principle which appears to me of so great value shaken by any authority. No treatise on agency that I have ever come accross has thrown any doubt on it . . .»; L. R. 1912, App. Cas. s. 727. — I »Sir Robert Wayland's case» uttalade Holt sig på liknande sätt. Fallet tycks vara av 1704 och är ref. i 3 Salk. 234. Om man har åtagit sig något och utför det illa genom sin »servant», blir man ansvarig: »The master is chargeable, for the master at his peril ought to take care what servant he employs; and it is more reasonable that he should suffer for the cheats of his servant than strangers.» Holt hade vidare detta uttalande i samma sak: »If a smith's man pricks my horse, the master is liable.» Se Holdsworth VIII, s. 475 n. 4 och s. 476 n. 8.

[6] Armory v. Delamirie (1722), 1 Strange (King's Bench Reports) 505. Citatet från Wigmore, s. 529.

Holt har sålunda anfört skilda grunder för »master's liability», som dock torde kunna sammanfattas i tvenne alternativ. 1. Antingen svarar han av den anledning att »the servant» har handlat »in execution of his master's authority». Detta drager logiskt med sig »master's liability», enär nu »the master» själv handlat *genom* sin »servant». Denna grund är angiven i Turberville v. Stampe samt Middleton v. Fowler. 2. Eller ock svarar han av särskilda billighetsskäl: det är rimligare att förlusten stannar på »the master» än på en »stranger», alldenstund den förre genom att anställa sin »servant» s. a. s. garanterat dennes ärlighet eller duglighet gentemot de »strangers», som fingo med honom att göra i hans egenskap av »servant». Denna grund för ansvarigheten framträder i Waylands case samt Hern v. Nichols (följd av Armory v. Delamirie).[7]

Härmed är emellertid Holts lära ingalunda uttömd. Det första alternativet fordrar en ytterst viktig komplettering. Handlingen anses auktoriserad såsom »the master's» egen och följaktligen medföra dennes ansvarighet, icke blott när den utförts på hans uttryckliga befallning utan jämväl när denna, och därmed auktoriseringen, »may be presumed». Det är genom denna kompletterande innebörd, som Holts uttalanden i Turberville v. Stampe fått så stor betydelse för den nu härskande läran om »master's liability». Beaktar man nu, att indikationerna för presumtionen i fråga enligt Holt föreligga, när tjänaren handlat i och för husbondens »benefit» eller, i allt fall, hans »business», för hushållets räkning och »proper for his employment», då finner man, att Holt i själva verket med sina uttalanden lagt nära nog hela grunden till den nuvarande doktrinen, innefattande att »the master» svarar för skada å tredjeman, om densamma uppstått genom en »tort», som begåtts av hans »servant in the course of his employment in his master's service».[8] Detta innebär, såsom vi sedermera skola finna, »master's liability» jämväl om »servant's» handling utgjort en »wilful wrong». Härutinnan råder överensstämmelse med Holt genom dennes linje nr 2, framträdande i Waylands case samt Hern v. Nichols (jfr nedan s. 454 n. 1).

Under mellantiden togs saken upp av Blackstone på den förra av Holts

[7] I Boson v. Sandford (1691) synes Holt icke ha varit fullt på det klara med frågan, hur »master's liability» skulle principiellt fonderas. Han grundar densamma därpå, att husbonden anställt tjänaren och iklätt sig ansvar för dennes aktsamhet gentemot alla som använda sig av hans tjänster. Denna formulering kan sammanhänga med den i fallet sannolikt föreliggande situationen: tredjemans skada beror på bristfälligt fullgörande av mellan honom och husbonden (redaren) slutet avtal (fraktavtal). Det synes dock icke ha varit fråga om att inskränka arbetsgivarens ansvarighet till skada på grund av kontraktsbrott.

[8] Se t. ex. Smith, Master and servant, s. 222; Salmond, s. 96; Clerk & Lindsell, s. 69; Indermaur, s. 423; Campbell, Principles, s. 94. Se även Pollock, s. 78 ff.

linjer, nämligen auktoriseringstanken, som Blackstone outrerade. Allt vad tjänaren gör »on behalf of his master» synes

»proceed upon this principle, that the master is answerable for the act of his servant, if done by his command, either expressly given or implied: *nam, qui facit per alium facit per se.* ... whatever a servant is permitted to do in the usual course of his business, is equivalent to a general command. ... A wife, a friend, a relation, that use to transact business for a man, are *quoad hoc* his servants; and the principal must answer for their conduct; for the law implies, that they act under a general command; and without such a doctrine as this no mutual intercourse between man and man could subsist with any tolerable convenience.»[9]

Har man bestulits av en tjänare på en gästgivaregård, så blir gästgivaren ansvarig på den grund, att hans »negligence» — som kommit honom att anställa en icke ärlig tjänare — »is a kind of implied consent to the robbery».

Wigmore menar, att Holt genom sina uttalanden i Waylands case och i Hern v. Nichols var den förste, som gjort någon ansträngning »to put the rule on a rational footing of policy».[1] Holdsworth finner, att Holt i dessa fall givit »the true reason for the rule, the reason of public policy», och han finner det anmärkningsvärt, att Blackstone i sin framställning icke giver någon antydan om denna grund.[2] Det finns emellertid anledning antaga, att Blackstone kanske förstått Holt bättre än de nämnda författarna. Holts huvudlinje är tydligen, att ansvaret grundar sig på auktorisering, uttrycklig eller presumerad, av tjänarens handlingar. Men denna linje är icke användbar i sådana fall, då det måste vara klart, att »authority» varken uttryckligen givits eller förnuftigtvis kan presumeras ha givits. Därför måste här ett annat resonemang föras, nämligen det som kommit till uttryck i Waylands fall och Hern v. Nichols. Att Holt i dessa fall mera än i Turberville v. Stampe och Middleton v. Fowler strävat efter att grunda ansvaret på »a rational footing of policy» är ett helt godtyckligt påstående. Naturligtvis är det högst antagligt, att Holt i själva verket haft samhälleliga synpunkter i sikte. Men att dylika skulle kunna ha argumentationskraft för tillvaron av »common law»-regler tycks icke ha föresvävat honom. Såvitt av dessa domsextrakt framgår, ha sådana synpunkter icke blivit bestämmande såsom motivering för de till uttryck komna maximerna. För dessa har han, att döma av hans uttalanden, omedelbart sett låtit sig ledas av sin uppfattning

[9] Blackstone-Kerr, I, s. 441 f. [429 f.].
[1] Wigmore, Tortious liability, s. 531.
[2] Holdsworth VIII, s. 477.

om *rättvisans* krav. Att ansvaret anses enligt detta motiverat, när tjänarens handling på grund av auktoriseringen rättsligen vore att betrakta såsom »the act of the master» (Middleton v. Fowler), är ju tydligt. Det behöver icke särskilt påpekas, att man genom ansvarets bestridande skulle råka i konflikt med vad Blackstone framhåller såsom en »standing maxim», nämligen att »no man shall be allowed to make any advantage of his own wrong».[3] Då nu emellertid »the master» icke i princip kan presumeras ha auktoriserat sin »servant» till bedrägeri eller annat skoj gentemot tredjeman, så uppstår spörsmålet, vad »rättvisan» i dylika fall säger i frågan om »master's liability». Att det för Holt är fråga om en tillämpning av rättvisemetoden och intet annat kan omöjligen dragas i tvivelsmål. I såväl Waylands fall som Hern v. Nichols sker en jämförelse mellan »the master's» och »the stranger's» situationer med hänsyn till frågan, vilkendera av dem som skäligen bör bli ekonomiskt lidande på »the servant's» handlingssätt. I båda fallen slutar jämförelsen till förmån för »the stranger»; i ena fallet därför att »the master» haft att »at his peril take care what servant he employs», och i andra fallet därför, att det är han, som anställt tjänaren hos sig och satt tillit och förtroende till honom. Dessa förhållanden ha uttryckligen utgjort de billighetsgrunder, som i fallen i fråga bestämt Holt för »the master's liability». De i dessa fall förda resonemangen utesluta med logisk nödvändighet, att Holt omedelbart kan ha letts av någon strävan att grunda ansvaret på »public policy» eller »a rational footing of policy».

Därmed faller också Holdsworths anmärkning om Blackstones bristande förståelse för »the true reason for the rule», som Holt skulle ha givit. Skall Blackstone sättas i relation till Holt, synes man snarare böra säga, att Blackstone försökt låta vad som uppenbarligen var Holts stora principlinje — nämligen handlingens auktorisering såsom grund för »master's liability» — bliva helt dominerande. Detta försök underlättar Blackstone genom att icke, såsom Holt, blott räkna med presumtion om »the master's command» utan helt enkelt hävda, att »*the law implies*, that they act under a general command». Med denna konstruerade utgångspunkt har det så blivit möjligt för Blackstone att såtillvida grunda t. o. m. sådant som gästgivarens ansvarighet för tjänares tillgrepp på auktorisering, som han säger att gästgivarens »negligence» (bestående i anställandet av en oärlig tjänare) vore »a kind of implied consent to the robbery».

I den upplaga av Blackstones Commentaries, som utgavs av Kerr 1857, ha samtliga nu gjorda uttalanden av Blackstone ingått oförändrade, vilket

[3] Blackstone-Kerr, s. 443 [432].

har särskild betydelse, enär Kerr avsåg att genom ändringar och tillägg »adapt the Commentaries of Sir William Blackstone to the present state of the law».[4] Kerr har dock, i anledning av ett par »cases»[5], gentemot Blackstones generalisering av »the master's liability» tillfogat att

»a master is not generally responsible for the *wilful* as distinguished from the negligent acts of the servant, when not done by his command, although while in his service».[6]

I slutet av 1700-talet hade det emellertid rent av hävdats, att husbonden överhuvud icke svarade för tjänarens »trespass», vare sig »wilful» eller icke, såvida icke denne handlat »under command». Detta modifierades av Lord Kenyon i Mc Manus v. Crickett (1800) till att blott avse »wilful trespass», en åsikt som följdes i litteraturen icke blott, såsom vi sett, av Kerr utan dessförinnan av andra författare.[7] I ett par fall synes man dock ha återgått till uppfattningen, att en »action of trespass» överhuvud icke kunde föras mot husbonden »for his servant's trespasses, unless expressly commanded».[8]

Den *nutida* regleringen i frågan innefattar emellertid, att »the master» svarar för *varje* »tort» av hans »servant», såvitt den begåtts »in the course of his employment», likgiltigt om det skett »wilfully» eller icke. I det här grundläggande fallet — Barwick v. English Joint Stock Bank[9] — sade domaren Willes (när han meddelade dom för Exchequer Chamber's räkning):

»No sensible distinction can be drawn between the case of fraud and the case of any other wrong. The general rule is, that the master is answerable for every such wrong of the servant or agent as is committed in the course of the service and for the master's benefit, though no express command or privity of the master be proved.» — I månget fall, sade Willes därefter och framlade exempel,

[4] Blackstone-Kerr I, s. VII. — År 1840 uttalade Baron Park i Quarman v. Burnett (6 Meeson & Welsby, Exchequer Reports, 499), att husbonden vore ansvarig för sina tjänares handlingar »upon the principle that *qui facit per alium facit per se*». Se Salmond, s. 97.

[5] Savignac v. Roome (1795; berört av Wigmore, s. 533 f.) samt Gordon v. Rolt (sannolikt blott några få år före Kerrs ed. av Blackstone).

[6] Blackstone-Kerr I, s. 441.

[7] Wigmore hänvisar, a. st. s. 534 f., till Paley och Peake. Ehuru hänvisningarna äro otydliga torde följande arbeten åsyftas: Paley, A treatise on the law of principal and agent: chiefly with reference to mercantile transactions. London 1812, samt Peake (Thomas): Additional cases; being a continuation of cases at Nisi Prius. With notes by T. Peake, Jun., London 1829. Intet av dessa arbeten har jag sett.

[8] Se Wigmore a. st. s. 536. — Ståndpunkten torde ha berott på processuella regler angående »trespass» och icke innefatta, att icke käranden tilläventyrs kunde föra talan genom annan »writ» än »the writ of trespass».

[9] L. R. 1867, 2 Ex. 259.

kunde det sägas, att husbonden icke hade auktoriserat handlingen. Det är sant, fortsatte han, »he has not authorized the particular act, but he has put the agent in his place to do that class of acts, and he must be answerable for the manner in which the agent has conducted himself in doing the business which it was the act of his master to place him in».[1]

Beträffande orden »in the course of the service and for the master's benefit» har den i senare ledet liggande inskränkande förutsättningen för ansvaret numera borttolkats genom domen — av House of Lords — i Lloyd v. Grace, Smith & Co.[2] Man har följaktligen att för ansvaret endast förutsätta, att tjänarens handling utförts »in the course of the service» eller, såsom det gemenligen uttryckes, »in the course of his employment».[3]

---

[1] L. R. 1867, 2 Ex. s. 265 f. — Denna dom, vars sist citerade punkt uppenbarligen innefattar en formulering av Holts synpunkter i fallet Wayland och i Hern v. Nichols, »may now be regarded as a classical authority» enligt Pollock, s. 78.

[2] L. R. 1912, App. Cas. 716. — Angående den betydelse, som här tillmättes Hern v. Nichols se ovan s. 449 n. 5.

[3] Man tog dock i sistnämnda dom — avgiven av the House of Lords — på intet sätt avstånd från Willes' ord »and for the master's benefit». Emot dennes »statement of the law», kunde icke någon slags invändning göras, sade Lord Macnaghten. Men, fortsatte han, det är stor skillnad mellan Willes' uttalande och att säga, att husbonden *icke* svarade, när handlingen *icke* begåtts »for the master's benefit». Något sådant hade Willes aldrig sagt enligt Macnaghten. Se L. R. 1912 App. Cas. s. 732. — Denna sak synes mig vara av utomordentligt stort intresse såsom belysande tillvägagångssättet för utbildningen av common law, såsom framträdande i principerna för avgjorda »cases», genom nya »cases». Det kan ju icke betvivlas, att genom Lloyd v. Grace, Smith & Co. faktiskt en högst väsentlig ändring gjordes i den regel, som kommit till uttryck genom Willes i Barwick v. Engl. Stock Joint Bank. Men detta får på inga villkor erkännas. Man gick på den linjen, att denna senare »case» hade missförståtts »in late years». Detta sades uttryckligen av Earl of Halsbury och Lord Macnaghten. Och Lord Atkinson instämde i »every sentence» i Macnaghtens dom. Även lordkanslern (Loreburn) samt Lord Shaw of Dunfermline uttalade sig i denna riktning. Vad var då anledningen till, att House of Lords icke öppet förklarade, att domen i Barwicks fall i fråga om begränsningen »and for the master's benefit» icke vore uttryck för common law? Detta skulle House of Lords naturligtvis haft kompetens att göra. Men sådant göres tydligen endast i yttersta nödfall, uppenbarligen beroende på den för rättsbildningen stora betydelse, som »cases» ha, även fastän de icke avgjorts av House of Lords. I förevarande fall voro lorderna mycket angelägna att betona sin respekt för »the authority of Barwick v. Engl. Joint Stock Bank». Halsbury utvecklade denna sak mest uttrycksfullt. Efter uttalande av sin mening, att domen i fallet missförståtts, fortsatte han: »As it is certainly a judgment of very high authority it is desireable to examine it carefully and to see what it really did decide. — It was a decision of the Exchequer Chamber delivered by Willes J., the Court consisting of Blackburn, Keating, Mellor, Montague Smith, and Lush JJ., as well as the learned judge who probably, though not certainely, wrote the judgement, and with whome all the judges concurred — a judgement, therefore, of the very highest authority, and one which I think it would be impossible to suppose we are saying anything to shake.» (L. R. 1912 App. Cas. s. 725 f.) Hur skulle man väl om en dom av denna auktoritativa karaktär kunna säga, att den delvis innefattade »bad

law», d. v. s. såsom common law fastställde vad som icke vore common law? För fullständighetens skull bör nämnas, att »servant's» påstådda svek i fallet Barwick — därest nu svek verkligen förelegat — hade skett »for the benefit of his master», d. v. s. banken. Hur detta — såsom gjordes gällande av en av lorderna (a. st. s. 740 f.) — skulle kunna förläna Willes' dom i Barwicks »case» sådan innebörd, att den kunde förenas med den rättsprincip, som lorderna nu fastställt i Lloyd v. Grace, Smith & Co., synes mig vara omöjligt att förstå. Man kan icke hävda, att Willes icke avsett att angiva regeln i större utsträckning, än som behövdes för att motivera domen. Ty då skulle han icke kunna ha formulerat saken så, som han gjorde: »The general rule . . .» — Vari »the wrong» bestod i fallet Barwick, är det för omständligt att närmare relatera. Bankens direktör hade givit Barwick garanti, på vissa villkor, för inlösning av en del av en bankkund till Barwick ställda checkar. Direktören hade därvid underlåtit att nämna ett förhållande, som gjorde garantien värdelös. — »The wrong» i Lloyd v. Grace etc. har kortfattat angivits nedan s. 488 n. 1 in f.

Nutida grunddrag i master's liability for the acts of his servant.

Ansvarets motivering.

Som framgår av det föregående, innefattar den nutida »common law»-principen på området, att »a master is liable for any tort committed by his servant while acting in the course of his employment».[1] Vid tillämpningen av denna princip är det tre frågor, som tilldraga sig särskilt intresse: 1. När föreligger förhållandet »master and servant»? 2. Vad menas med att tjänarens handling utföres »in the course of his employment»? 3. Tillämpas ansvarsregeln även om skadelidande tredjeman är tjänarens »fellow-servant»?[2] Innan dessa frågor beröras, kan det vara lämpligt att något se, hur man numera formulerar grunden för »master's liability». Jag har visserligen förut sagt, att redan Holts uttalanden tillnärmelsevis täckte hela grunden för den nutida doktrinen, men hans formuleringar — liksom även Blackstones — måste ha kunnat giva anledning till vissa tvivelsmål, i vad mån husbonden hade möjlighet att exonerera sig, t. ex. genom att visa, att handlingen företagits i strid med hans klara instruktioner. Gå vi till en nutida formulering av grunden till »master's liability», t. ex. Salmonds, skola vi finna, att det är Holts och Blackstones synpunkter, som ligga i bakgrunden, dock formulerade så, att den nyss såsom tvivelaktig betecknade frågan löses. Salmond skriver nämligen, att det ifrågavarande ansvarets

»rational justification is to be found in the presumtion that the negligence and other torts of a servant in the execution of his master's business are either ac-

[1] Citatet från Salmond, s. 96. Påståendet har allmän giltighet både i England och Amerika. Angående engelsk litteratur se ovan s. 450 n. 8. Beträffande Amerika se Burdick, Torts, s. 165, och Harper, Treatise, s. 639. — Av domarna i Barwick v. Engl. Joint Stock Bank och Lloyd v. Grace, Smith & Co. framgår, att tjänarens »tort» icke måste ha berott på negligence utan även kan ha varit en »wilful wrong» (varom närmare s. 489 ff.). Vad som därför här bör påpekas är, att ju en »tort» kan vara fri både från negligence och wilfulness och att »master» följaktligen enligt den angivna principen kan bli ansvarig i en situation, där å »servant» själv blott kan vila strikt ansvar. Någon större praktisk betydelse torde dock icke kunna tillmätas detta »master's» ansvar oberoende av »servant's» både dolus och culpa. Se om saken nedan s. 490 ff.

[2] Se t. ex. Pollock, s. 82.

tually authorised by the master, or, at least, are the result of some want of care on the master's part in the choice of competent servants or in the superintendence and control of their work. Very often this presumption does not correspond with the facts; but the difficulty of actually proving some default on the part of the master would be so great that it is better, on the whole, to create a legal presumption against the master, and even to make that presumption irrebuttable.»[3]

Här ha vi ett nytt och slående exempel på, hur rättvisemetoden kan bli användbar endast därigenom att man uppgiver dess konsekvenser, d. v. s. — icke använder den. Den grundtanke, som man gör gällande och som man tror sig på något sätt fullfölja, är att ansvaret är i rättvisans namn motiverat, så snart husbonden antingen har auktoriserat tjänarens handling eller ock brustit åt normal aktsamhet.[4] För att ansvaret skall vara rättvist måste naturligtvis något av dessa båda fakta vara utredda. Därför tillhör det också rättvisekravet i fråga, att »bevisbördan» i avseende å fakta i fråga vilar å käranden, den skadelidande tredjeman, och icke å husbonden-svaranden. Redan genom att här operera med enkel presumtion har man uppgivit rättvisekravet, i det att ansvaret ju då i månget fall måste inträda, även om husbonden icke auktoriserat handlingen och icke brustit åt aktsamheten, på den grund nämligen att han icke lyckats bevisa dessa negativa förhållanden. Anses så presumtionen vara »irrebuttable», d. v. s. ovederlägglig[5], då saknas om möjligt ännu mera anledning att tala om auktorisering eller negligence såsom grund till ansvaret, och man förstår, att det måste vara helt andra synpunkter, som i verkligheten lett domstolarna än rättvisekravet.

Ehuru Salmond icke själv talar om betydelsen, för utformningen av detta ansvar, av »public policy», skulle man kunna säga, att vad han givit uttryck åt såsom grund för »master's liability» är en blandning av rättvisesynpunkter och vad engelska och amerikanska jurister tro sig kunna kalla »public policy».[6] En författare, som här framför andra

[3] Salmond, s. 96.

[4] I senare fallet är ansvaret motiverat av husbondens egen negligence. I förra fallet skall ju gälla »qui facit per alium facit per se», d. v. s. att den skadebringande handlingen utgjorde en »wrong», begången av »the master» själv. Att man själv måste svara för sina egna »wrongs» är naturligtvis ett rättvise-axiom. För övrigt innefattar också auktoriseringslinjen, att ansvaret kan anses grundat på »negligence», eftersom i dessa fall tjänarens handling, som genom auktoriseringen blir »imputed to» husbonden, (åtminstone i allmänhet) måste ha berott på »at least negligence». Jfr Holdsworth VIII, s. 479 och Pollock, s. 81.

[5] »Presumptio iuris et de iure» och icke »presumptio tantum iuris».

[6] Rättvisesynpunkter allena anläggas av Smith, Master and servant, s. 223: »It is but reasonable that it should be so, for surely it is more just that he whose orders a servant is bound to receive and obey should suffer for the misconduct of that servant, in matters

synes angelägen att få detta ansvar grundat på »public policy», är Holdsworth.[7] Men förvisso ansluter han sig icke till Salmonds synpunkter. Han tror sig tydligtvis hävda »public policy» helt fri från några andra synpunkter. Han finner det vara en med hänsyn till vissa konsekvenser olycklig tanke, att låta »some negligence in the employer»[8] ingå i grunden för dennes ansvarighet[9]. Emellertid är det mycket svårt att förstå, vad han verkligen menar med »public policy». Till utveckling av sin mening erinrar han om tre domares uttalanden, vilka skola ha förstått, att ansvarigheten i fråga »rested ultimately on grounds of public policy». Lord Brougham angav sålunda i en dom 1839 såsom grund för detta ansvar, »that by employing him I set the whole thing in motion; and what he does, being done for my benefit and under my direction, I am responsible for the consequences of doing it».[1] Att det här är fråga om en *rättvis* grund för ansvaret, till sin idé, om ock icke i uttryckliga ord, identisk med auktoriseringstanken, synes påtagligt. Holdsworth citerar därefter en allmänt känd och beaktad dom från Massachusetts i U. S. A., där Chief Justice Shaw angående regeln om »master's liability» bl. a. uttalade:

»This rule is obviously founded on the great principle of social duty, that every man, in the management of his own affairs, wether by himself or by his agents or servants, shall so conduct them as not to injure another; and if he does not, and another thereby sustains damage, he shall answer for it. If done by a servant, in the course of his employment, and acting within the scope of his authority, it is considered, in contemplation of law, so far the act of the master that the latter shall be answerable *civiliter* ... The maxim *respondeat superior* is adopted in that case from general considerations of policy and security.»[2]

---

within the scope of the authority which he has given to the servant, than that an innocent third person should be prejudiced by such misconduct.» Dessa genuina rättvisegrunder äro ju ungefärligen desamma som de Holts synpunkter (i fallet Wayland och Hern v. Nichols), vilka Wigmore och Holdsworth funnit bottna i »public policy». Det är skäl att lägga märke därtill.

[7] Holdsworth VIII, s. 477 ff. — Jfr föreg. not samt ovan s. 451 f.

[8] Vare sig nu »because the act of the servant was imputed to him or because he was negligent in employing an inefficient servant».

[9] Holdsworth VIII, s. 479. Holdsworth menar att, om man i tid kunnat frigöra sig från denna tanke och gått på linjen »public policy», så skulle frågan om kronans ansvar för »the torts of its servants» ha kommit i ett helt annat läge. Så som saken nu ligger till, »the modern doctrine of the employer's liability for the torts of his servants is not applicable to the crown», vilket föranleder »the most obvious failure of justice». Holdsworth menar, att judikaturens avvisande av kronans ansvarighet i stor utsträckning har sin orsak däri, att »the tort of the servant is imputed to the employer, in the same way as it is imputed to a person who has (faktiskt) authorized a tort». Se Holdsworth VIII, s. 479, och IX, s. 43 f.

[1] Holdsworth VIII, s. 478.

[2] Holdsworth VIII, s. 478. Domen i detta fall, Farewell v. Boston & Worcester

Detta är den för amerikanska domar alltifrån något decennium före den tiden typiska blandningen av samhälleliga och rättsideologiska synpunkter. Särskilt bör man lägga märke till att »social duty» måste vara något helt annat än »legal duty». De sociala förhållandena skola icke kunna omedelbart åberopas såsom grund för »master's liability», som ju är av *rättslig* dignitet. Och dess grund skall ligga däri, att tjänarens handling »in contemplation of law» betraktas såsom »the act of the master». Detta är tydligen en huvudpunkt i domaren Shaws resonemang, och det synes mig egendomligt, att Holdsworth kunnat bagatellisera den så, som han gör, när han om Brougham och Shaw blott säger, att man i deras uttalanden kan se »spår» av de gamla teorierna, hos Shaw yttrande sig däri, att han »introduces words which are reminiscent of agency».

Om möjligt än oförklarligare är det, att Holdsworth för sin uppfattning om »public policy» som »the true reason» för »master's liability»[3] tror sig finna stöd i Lord Cranworths uttalanden i Bartonshill Coal Co. v. Reid (1858)[4]. Låt vara, säger Holdsworth, att också han begagnade fraser från de gamla teorierna, så hade han dock »stated the principle quite clearly as an absolute duty to guarantee third persons against hurt arising from the conduct of a business».[5] Lord Cranworths av Holdsworth avsedda ord äro emellertid följande (efter andragande av några exempel):

»In all these cases (and instances might be multiplied indefinitely) the person injured has a right to treat the wrongful or careless act as the act of the master — *Qui facit per alium, facit per se.* If the master himself had driven his carriage improperly, or fired carelessly, or negligently thrown the stone or brick, he would have been directly responsible; and the law does not permit him to escape liability, because the act complained of was not done with his own hand. He is considered, and reasonably considered, as bound to guarantee third persons against all hurt arising from the carelessness of himself or of those acting under his orders.»[6]

Här se vi ju auktoriseringsläran — enligt vilken tjänarens handling rättsligen blir »the act of the master» — i massivaste form. Den »absolute duty to guarantee etc.», som enligt Holdsworth skall framgå av sista

Railroad Corporation (1842), avsåg frågan om »master's liability» för skada, som genom en »servant» tillfogats »fellow-servant». Domen, ytterligare berörd nedan s. 508 n. 9, är i sin helhet återgiven hos Burdick, Cases, s. 422 ff.

[3] Holdsworth använder överallt icke denna term utan »employer's liability».

[4] 3 Macqueen, Scotch Appeal Cases (House of Lords), 266. Fallet, som beröres i annat sammanhang, nedan s. 507 och s. 508, är refererat hos Campbell, Ruling Cases, XIX, s. 107 ff.

[5] Holdsworth VIII, s. 478.

[6] Se Campbell, Ruling cases, XIX, s. 121.

punkten i citatet, har intet med det för »master's liability» grundläggande resonemanget att skaffa. Snarare har Lord Cranworth med sista punkten blott velat komplettera resonemanget genom att i belysande syfte göra en omskrivning av innebörden av denna »master's liability», understrykande att garantiplikten blott avser »third persons».[7] Det är tydligt, att Cranworth, med den uppfattning i ämnet han hade, icke skulle ha kunnat finna någon som helst mening i att *grunda* »master's liability» på sådana synpunkter, som innehållas i den ifrågavarande punkten av citatet. — Reservationslöst tillfredsställd synes emellertid Holdsworth vara med följande uttalande, varmed Pollock hade beskrivit »naturen» av detta ansvar:

»The liability of an employer to the public for injuries, caused by the acts and defaults of his servants is analogous to the duties imposed with various degrees of stringency on the owners of things which are or may be sources of danger to others.»[8]

---

[7] Och icke även »a fellow-servant», om vars ersättningsanspråk fråga var också i detta fall.

[8] Se Holdsworth VIII, s. 479. Pollocks ord äro hämtade från hans mig icke tillgängliga Essays in jurisprudence and ethics, 1882, s. 128. — Jag tror, att det här kan vara av visst intresse att fästa uppmärksamheten på den naiva åskådning, som ligger bakom föreställningen hos Holdsworth, att just föreliggande ansvarsregel borde grundas på »public policy». Bör detta då icke anses som den rationella grunden till *alla* rättsregler, till all både common och statute law? Uppenbarligen icke enligt Holdsworth, ty då skulle han icke kunna tala om saken på det sätt han gör. »Public policy» ställes här — liksom för övrigt hos de rättslärda i allmänhet i England och Amerika — tydligen i motsättning till »rent rättsliga grunder» eller dylika fraser. Saken är emellertid den (såsom jag så ofta sökt framhäva), att ingen vare sig domare eller rättsvetenskapsman, som känner sig ansvarig för sin verksamhet, kan undgå att låta sig influeras av de praktiska konsekvenserna för det allmänna av de rättsmaximer, som diskuteras. Därför kommer utformningen av de rättsideologiska konstruktionerna mer eller mindre medvetet eller omedvetet att bli beroende av hänsyn till »public policy». Men så kan det stundom hända, att man, hur man än jonglerar med dessa konstruktioner (och modifikationer av dem), likväl icke anser sig kunna vinna någon överensstämmelse mellan den rättsideologiska åskådningen och vad som krävs av »public policy». Kan den förra då icke identifieras med ett mera »oeftergivligt» krav på rättvisa och billighet och gör sig hänsynen till »public policy» med en viss styrka gällande, då får rättsideologien vika och ersättas av en rättsmaxim, som proklameras ha sin grund direkt i »public policy». Denna grund har inom både rättsvetenskapen och judikaturen sålunda blott *subsidiär* betydelse, nämligen när man inser, att rättsideologiens satser helt enkelt äro odugliga. Som en koncentrerad bekräftelse på riktigheten i det sagda kan jag erinra om lordkanslerns uttalande i Palmer v. Wick and Pulteney Steam Shipping Co. (1894), att ett visst domsslut icke syntes honom »to be founded on any principle of justice or equity, or *even* (kurs. här) public policy» (se nedan s. 515 n. 6). Att denna ståndpunkt, enligt vilken »public policy» kommer i fråga, först när »justice or equity» vägra att göra tjänst, icke är förlegad, kan man övertyga sig om genom studium av våra dagars både judikatur och annan rättslitteratur. — Samma naiva föreställning, som jag nu påvisat hos Holdsworth, bildar tydligen också utgångspunkt för de båda amerikanarna Harper och Burdick i deras nedan i noten

Det synes mig egendomligt, att Holdsworth utan vidare åberopar detta uttalande, hämtat ur ett opus, som man efter stora mödor finner vara publicerat så långt tillbaka som 1882, 43 år före Holdsworths skrift. Om Pollock upptagit den citerade åsikten i någon av sina »Torts»-upplagor kan jag icke säga; i allt fall har han icke gjort det i den sista.[1] Meningen i citatet skulle väl emellertid vara, att en person genom att i sina angelägenheter låta hjälpa sig av tjänare av lagen på grund av den särskilda fara, som uppstått, belastas med en »duty of insuring safety» gentemot denna fara. Ansvarigheten här skulle sålunda tillhöra samma kategori som i Rylands v. Fletcher och eljest vid »liability for dangerous chattels».[2] Nu är det emellertid att märka, att Pollock i sitt systematiska arbete alls icke sätter »master's liability» i paritet med »duties of insuring safety». Tvärtom, vid behandlingen av dessa *utgår* han från »master's liability» såsom en särskild rättsregel, vilande på sin egen helt fristående grund.[3] Vidare: ansvaret för brytandet av en »duty of insuring safety» skall i princip gå längre än ansvaret för egen och tjänares culpa.[4] Men i fråga om »master's liability» är Pollock angelägen förebygga det missförstånd — i anledning av amerikanske domaren Shaws nyss citerade domsuttalande — att ansvarighet skulle kunna föreligga utan att »at least negligence is proved».[5] I själva verket låter Pollock icke i sitt »torts»-arbete synpunkten av farlighet framträda såsom grunden för husbondens ansvarighet, vilken grund han där formulerar sålunda:

»I am answerable for the wrongs of my servant or agent, not because he is authorized by me or personally represents me, but because he is about my affairs, and I am bound to see that my affairs are conducted with due regard to the safety of others.»[6]

å s. 463 återgivna uttalanden. »Master's liability» framgår icke, enligt Harper, såsom en »logical necessity». Uttalandet vore fullkomligt meningslöst, därest Harper begrepe, att någon annan rationell grund för rättsreglerna icke kunnat påvisas än »public policy», d. v. s. socialekonomiska och andra sociala synpunkter. Harper kan icke mena något annat, än att »rent rättsliga», alltså rättsideologiska, synpunkter icke logiskt kunna leda till »master's liability», och att man sålunda går utanför den egentliga rätten, när man proklamerar sådan ansvarighet. — Burdick har tydligen den åsikten, att blott »considerations of practical expediency» såsom grund för en rättsregel vore något, som i allmänhet icke kunde komma i fråga och som vore unikt bl. a. just för »master's liability». Till bättre förståelse av bakgrunden för det sagda får jag hänvisa till framställningen nedan s. 549—603.

[1] Se Pollock, s. 80 f.

[2] Se ovan s. 274 ff. och s. 362.

[3] Se Pollock, s. 75 ff. jda med s. 500 ff. samt cit. ovan s. 362 jämte n. 9.

[4] Se föreg. not.

[5] Pollock, s. 81. Sannolikt skall dock, säger han, ingen läsare (av Shaws domsuttalande) kunna antaga, »that, as a general rule, either the servant or the master can be liable where there is no default at all». Jfr dock nedan s. 490 ff.

[6] Pollock, s. 81.

De sista orden i detta citat kunna icke innesluta angivandet av någon grund för ansvaret, eftersom de blott utgöra en omskrivning för, *att* ansvar i viss utsträckning föreligger. Den ansvarsgrund, som i citatet angives, måste därför begränsas till att tjänaren »is about» sin husbondes angelägenheter. Pollock menar uppenbarligen icke, att auktorisering eller ställning som representant icke skulle utgöra duglig grund för ansvaret[7], utan endast att, såvitt icke auktorisering eller representationsställning faktiskt föreligger, kan dylikt icke heller åberopas såsom grund för ansvaret. Detta »to be about his affairs» utgör för Pollock uppenbarligen en ansvarsgrund i paritet med exempelvis auktorisering. Visserligen ligger saken icke så till, att tjänarens handling juridiskt är att betrakta som husbondens. Men enär han likväl var ute i husbondens angelägenheter, så är det inte mera än rätt och billigt, att denne får svara för skada, som genom tjänarens handlingssätt uppstått för tredjeman. Att man har att så se på ansvarsgrunden enligt Pollock, framgår visserligen icke direkt av hans ord men måste vara implicerat i dessa.[8] Ty något annat sammanhang än det nämnda mellan tjänarens sysslande med husbondens affärer och dennes ansvarighet mot tredjeman kan överhuvud med Pollocks hela framställning och rättsideologiska inställning icke tänkas. Ser man bort från detta sammanhang, kan hans uttalande överhuvud icke betraktas såsom ett försök att angiva någon ansvarsgrund.

Slutligen skall jag här citera Winfields ståndpunkt till frågan om grunden för »master's liability». Han skriver, Text-Book s. 130 — sedan han erinrat om att »the 'implied command' theory was displaced by the 'scope of employment' theory», som numera råder — följande

»A scientific reason for the rule is hard to find. It seems to be based on a mixture of ideas — that the master can usually pay while the servant cannot; that a master must conduct his business with due regard to the safety of others; that the master by employing the servant has 'set the whole thing in motion'. The rule would be an intolerable burden on the master but for the fact that he almost invariably covers his risk by insurance.»[9]

---

[7] »If indeed the tort of the agent has been primarily authorised or subsequently ratified by the principal, it is the act of the principel himself, and no difficulty as to his liability arises.» Dessa ord, hämtade från Clerk & Lindsell, s. 64 f., anses självfallna, och det finns intet tvivel därutinnan, att de skulle ha godtagits också av Pollock.

[8] Liksom i domaren Willes' ovan s. 453 f. berörda uttalande i Barwick v. English Joint Stock Bank (1867), som uppenbarligen är den närmaste förebilden till Pollocks ifrågavarande formulering av ansvarsgrunden.

[9] Uttalandet är tydligen förestavat av synpunkter sådana som Harpers, berörda i nästa not. — Vad angår indragandet av försäkringsfrågan erinras om, att regeln om »master's liability» funnits till fullt utbildad i hundratals år, innan ansvarighetsförsäkring var en faktor att räkna med. Se i övrigt mina anmärkningar ovan s. 147 ff.

Med ovanstående tror jag mig ha givit en något så när fullständig bild av de förklaringar, som man försökt giva, till »master's liability».[1] Någon vetenskaplig inställning till frågan kan det tydligen icke vara tal om. Dock har jag stött på ett äldre rättsfall från U. S. A., där domstolen — såvitt man kan döma av det knapphändigt återgivna uttalande, som jag haft att tillgå — synes ha omedelbart letts, icke av rättsideologiska fördomar utan av sin uppskattning av nyttan för tryggheten i samhället av tillämpningen av den eller den ansvarsregeln. Vad som åsyftas är Philadelphia etc. Railway v. Derby (inför högsta domstolen i U. S. A., 1852). Man får endast veta att domaren Grier, som skrev domen, »in speaking of the liability of a railroad for acts of its servants in disregard of orders», uttalade följande:

»If such disobedience could be set up by a railroad company as a defence, when charged with negligence, the remedy of the injured party would in most cases be illusive, discipline would be relaxed and the danger to life and limb of the traveler greatly enhanced. Any relaxation of the stringent policy and principles of the law affecting such cases, would be highly detrimental to the public safety.»[2]

Man skulle kunna — förutsatt att icke i detta referat möjligen uteslutits någon sats av rättsideologisk art, som domstolen tilläventyrs fun-

[1] Hos Clerk & Lindsell, s. 64 ff., sägs blott, såsom vi sett ovan s. 462 n. 7, att inga svårigheter uppstå angående (förklaringen till) ansvaret, när auktorisering eller ratifikation föreligger, varefter det tillägges: »But in certain circumstances the principal will be liable even for the unauthorised torts of his agents.» Någon egentlig förklaring till ansvarigheten under dessa »circumstances» — som utgöras av »servant»-förhållandet och handlingens begående »in the course of the servant's employment» — gives icke. I amerikansk litteratur har jag icke funnit några egentliga bidrag till frågan. Det heter hos Harper, Treatise, s. 638: »There is no logical necessity that a master or principal should be liable for the tort of his servant or agent.» (Detta är mycket riktigt men gäller om all »liability». Köparens betalningsansvar efter fullgjord anmärkningsfri leverans, är lika litet en »logical necessity» som »master's liability». Men det är icke detta, som Harper har i sikte; jfr ovan not å s. 460 f. Han fortsätter emellertid:) »Granting that there is or may be some liability, there is no logical or necessary place at which the liability should cease. There are several possibilities . . .» Enligt Burdick, Torts, s. 165, synes »the doctrine of *respondeat superior* in its modern form . . . have been based upon developing considerations of practical expediency; and upon such considerations its continuance has been repeatedly rested» (jfr not å s. 460 f.). Till stöd för detta uttalande åberopar sig Burdick dels på Lord Broughams och Chief Justice Shaws här ovan berörda domar, dels ock på två andra domar i U. S. A. I den ena av dessa, avgiven av domaren Andrews i New York Court of Appeals, resoneras på äkta rättsideologiskt maner: envar är förpliktad iakttaga »due care» i skötseln av sina angelägenheter. Denna obligation ändras icke därigenom, att skötseln anförtros åt en »agent or servant»: »The omission of such care is the omission of the principal, and for injury resulting therefrom to others the principal is justly held liable.» Den andra, mera förnuftiga domen — i Philadelphia etc. Railway v. Derby (1852) — beröres i texten.

[2] Burdick, Torts, s. 166; Burdick, Cases, s. 357 i noten.

nit nödig till ansvarets grundande — karakterisera domsuttalandet så, att domstolen här motiverat en viss ansvarsregel därmed, att denna genom sitt uppehållande fullgjorde en socialt nyttig funktion, i det att den allmänna tryggheten stärktes dels därigenom att ifrågavarande skadegörelser skulle motverkas och dels därigenom att — om skadegörelse icke desto mindre inträffade — den skadade kunde kräva ersättning av bolaget, en part i allmänhet på ett helt annat sätt solvent för sådana belopp, som här kunde komma i fråga, än den skadan vållande »servant».[3] Ehuru domsuttalandet synes begränsa sig till ansvar för skada genom järnvägstrafik, kan domstolen näppeligen ha menat, att en ansvarsregel sådan som den angivna blott skulle ha giltighet i sådana situationer. Men å andra sidan räcker motiveringen icke till för »master's liability» i hela dess utsträckning. Risk för skadegörelse å tredjeman, alltså allmänheten, genom »the act of a servant» måste enligt domen vara på särskilt sätt utpräglad.

Men låt oss bortse från denna begränsning. Den amerikanska domen föranleder osökt ett understrykande av vad jag ofta antytt, nämligen att samma slags synpunkter, som kommit mig att motivera »culpa»-regelns uppehållande med dess sociala betydelse såsom stimulerande den allmänna trygghetskänslan och därmed befrämjande produktionen och omsättningen i samhället, kunde anläggas även på stora delar av det strikta ansvarsområdet. Icke minst har jag därvid haft »master's liability», eller — såsom jag plägar uttrycka det — principalens ansvarighet för anställdas »culpa», i sikte. Det kan därför kanske vara lämpligt att just här något närmare utföra denna sak.

Rättspolitiska synpunkter på frågan om principalens ansvarighet för anställdas culpa.[4]

Må vi först erinra oss, att »culpa»-regeln utövade sin nyssnämnda sociala funktion dels därigenom, att den verkade prevenerande emot

[3] Det är dock icke troligt, att domstolen sett saken helt frigjord från rättsideologiska synpunkter, så att den tillfullo beaktat den ifrågavarande rättsprincipen ur synpunkten av prevenerande och ersättande social funktion. Ordalagen, ävensom ordningsföljden mellan synpunkterna, tyda snarare på att den ersättande funktionen bedömts rättsideologiskt, d. v. s. ur synpunkten av tillgodoseendet av det för den skadelidande genom rättskränkningen uppkomna anspråket.

[4] Dispositionsmässigt höra dessa synpunkter till nästa band. Den kortfattade framställning av dem, jag giver på denna plats, synes mig dock motiverad i detta sammanhang. Min avsikt med dessa anmärkningar är alldeles icke att söka lösa frågan utan endast att angiva de frågeställningar, som enligt min mening här göra sig gällande, när

skadegörelser och på detta sätt hos allmänheten uppammade och stärkte en handlingslusten utlösande känsla av trygghet[5], dels ock såsom ytterligare stimulans för denna trygghetskänsla därigenom, att tvångsreaktionen utformats till betalning åt den skadelidande av ett belopp, som täcker skadan, alltså till betalning av skadestånd[6]. Detta är synpunkter till motivering av culpa-regelns uppehållande, som äro frigjorda från rättsideologiska tankebanor, synpunkter som äro realistiska, d. v. s. vilkas riktighet kan erfarenhetsmässigt kontrolleras. Alla de förklaringar, vi i det föregående sett angående grunden till »master's liability», ha — om vi bortse från domaren Griers mera realistiskt betonade antydningar — mer eller mindre gått i rättvisemetodens tecken och därigenom blivit osakliga. Rent in abstracto sett är det icke a priori uteslutet, att sakligt tillfredsställande förklaringar till uppehållandet av denna ansvarsregel överhuvud icke stode att finna.[7] Men sannolikt kan detta icke vara förhållandet. I växlande omfattning uppehålles detta ansvar faktiskt i alla länder med västerländsk rättsordning. Hur skulle detta överallt ha kunnat ske, om det icke hade varit motiverat av realistiska utan blott chimäriska bevekelsegrunder? Realistiska sådana måste här uppenbarligen kunna finnas.[8] När man i fråga om culpa-regeln frigjorde sina tankar från de rättsideologiska banorna, gåvo sig de nyss sammanfattade synpunkterna nära nog av sig själva. Att människorna i samhället i det hela — från den högste till den lägste — äro angelägna om största möjliga trygghet gentemot skadegörelser måste ju vara lika klart som ett axiom. Därigenom var en utgångspunkt för resonemangen given.

Vad nu »master's liability» angår, finns ju alla skäl att söka pröva sig fram med samma utgångspunkt, som då också här måste föranleda tanken på ansvarets dels prevenerande dels ersättande funktion. Vad preventionen angår kan denna genom det medel, varom här är fråga — uppehållandet av en viss skadeståndsregel — naturligtvis lika litet som vid culpa-regeln omedelbart rikta sig mot skador utan endast mot människornas handlingssätt och givetvis icke deras aktsamma utan deras oaktsamma handlingssätt, d. v. s. samma slags handlingssätt som mot-

man frigjort sig från de rättsideologiska tankebanorna. Emellertid förutsätter jag grunddragen i min tes om samhällsnyttan (nedan s. 549 ff.) såsom kända.

[5] Denna trygghetskänsla har i sin tur betydelse för den allmänna produktionen och omsättningen, kort sagt samhällsekonomien.

[6] Se Culpa-Regeln, s. 104 ff.

[7] Jfr citatet från Winfield ovan s. 462.

[8] Beaktar man Winfields och Harpers uttalanden ovan s. 462 o. 463 n. 1 inser man, att detta påpekande icke är alldeles överflödigt.

verkas genom culpa-regeln. (Normalt) aktsamma handlingssätt äro just sådana, som falla inom en ur social synpunkt önskvärd handlingsstandard och därför icke motverkas av culpa-regeln. Det säger sig självt, när man känner de realistiska synpunkterna i bakgrunden för denna, att lagstiftaren icke kan ha något intresse av att genom annan del av skadeståndsrätten motverka *aktsamma* handlingssätt, d. v. s. sådana som det *icke* preveneras emot genom »culpa»-regeln. Men hur skall då preventionssynpunkten kunna ha någon betydelse till motivering av principalens ifrågavarande ansvarighet. Denna inträder ju oberoende av hans egen culpa, ja i själva verket blott om han anses icke ha handlat kulpost, eftersom han, när hans egen culpa utgör grund för ansvaret, svarar efter culpa-regeln. Om det nu — såvitt preventionssynpunkt är i fråga — gäller att förmå folk att icke handla så, som man kallar vårdslöst, utan med iakttagande av en ur samhällets synpunkt[9] önskvärd aktsamhet, kan det visserligen »prima facie» förefalla underligt att låta en rättsregel innefatta, att man tvingas betala skadestånd, fastän man kanske har iakttagit sådan aktsamhet. Det behöver dock ingalunda vara så orimligt, som det kan se ut. Saken kan ligga så till, att uppehållandet blott av culpa-regeln icke vore tillräckligt effektivt för att allmänneligen egga till den ifrågavarande aktsamheten. På grund av omöjligheten eller den särskilda vanskligheten i nu ifrågavarande fall att utröna verkligheten i avseende å frågan, om svaranden handlat inom den ur allmän synpunkt önskvärda handlingsstandarden[10], alltså aktsamt, eller icke, alltså oaktsamt, skulle en regel om skadestånd som reaktion blott på utredd oaktsamhet kunna tänkas praktiskt taget icke bliva en *regel*, icke giva skadeståndet karaktär av regelbundet följande på oaktsamma handlingssätt. Men just denna regelbundna karaktär är av betydelse för att på mest effektiva

[9] Vad därmed menas framgår av framställningen om metod för en konstruktiv rättsvetenskap, nedan s. 549 ff.

[10] Man får här icke av förhållandet, att omdömet om en handling såsom aktsam eller oaktsam är ett värdeomdöme (jfr ovan s. 116—122), förvillas till uppfattningen, att man här icke kunde tala om någon verklighet. Visserligen är det blott värderingen, som låter handlingen framstå såsom oaktsam eller icke önskvärd. Men dels är en sådan värdering beroende av föreställningen om handlingen såsom verklig, dels företagas hithörande värderingar ur social synpunkt. Må man så ytterligare beakta, att de här omedelbart bestämmande värderingarna städse ske inom en och samma sociala miljö, ja, inom en och samma yrkesgrupp, nämligen domarkåren, vars medlemmar äro särskilt skickade att i sina sociala värderingar kunna bortse från sin individuella inställning och taga sikte på den sociala välfärden. Därigenom uppstår småningom en i det hela fast värderingsskala (jfr nedan s. 575 f.), som gör, att man kan tala om en viss handlingsstandard såsom bestämmande för culpa-regelns tillämpning. Att fall kunna förekomma, i vilka det är tvivelaktigt, huruvida handlingen faller inom eller utom denna handlingsstandard, gör naturligtvis icke denna mindre verklig.

sätt egga människor till iakttagande av aktsamhet i sitt handlande. — Självfallet fullgör betalningstvånget även i nu ifrågavarande fall också den av mig i fråga om culpa-regeln såsom ersättande betecknade funktionen.

Jag tillåter mig emellertid nu att något närmare utveckla saken. Vilade icke betalningstvång å principalen oberoende av egen culpa, skulle skadeståndet bliva beroende på något så vanskligt som en utredning om förhandenvaro av en hans s. k. culpa in eligendo, vel inspiciendo, vel instruendo och dennas sammanhang med skadan. Vi tänka oss tredjemans egendom ödelagd av en arbetare under arbetet i ett industriellt eller annat affärsföretag. Hade principalen icke valt en så okvalificerad arbetare eller hade han, själv eller genom mellanhänder, på lämpligt sätt övervakat arbetet eller givit nödiga instruktioner, så hade skadan icke skett. Men försök *bevisa* detta sammanhang mellan skadan och principalens handlingssätt! Det försöket torde mycket ofta vara dömt att misslyckas. Naturligtvis kan det väl tänkas, att man sökte hjälpa sig genom att som det heter lägga bevisbördan å principalen; d. v. s. denne skulle in dubio bli ansvarig men kunna fria sig genom s. k. exkulpering. Emot en sådan anordning kunna dock vissa synpunkter framföras. Det torde vara diskutabelt, hur denna »omkastning av bevisbördan» skulle komma att verka eller, kanske riktigare, hur regeln därom skulle uppfattas av domstolarna. Hur pass »bindande» argument skulle krävas av principalen, för att exkulperingen skulle anses fullgjord? Denna fråga motiveras här av s. a. s. det långa avståndet mellan principalens (eventuellt kulposa) handlingssätt å ena sidan och den inträffade skadan å den andra samt av de i anledning härav stundom talrika faktorer, som kunna spela in och fördunkla frågan angående sammanhanget mellan principalens handlingssätt och den inträffade skadan. Var det förenat med särskilda svårigheter att i dylika situationer överbevisa principalen om culpa, så måste dennes svårigheter att otvetydigt ådagalägga sin culpa-frihet ofta vara desto större, praktiskt taget så gott som oöverkomliga. Vid detta förhållande kan en exkulperingsprincip på detta område näppeligen av domstolarna uppfattas annorlunda än så, att principalen är fri från ansvar, så snart han blott utrett en viss grad av sannolikhet för, att skadegörelsen icke varit betingad av hans »culpa in eligendo» etc. Därigenom måste det emellertid å andra sidan vara möjligt för honom i många fall att kunna krångla sig fri från ansvaret, fastän han faktiskt genom egen oaktsamhet varit en mer eller mindre avlägsen orsak till skadan. Detta är blott en annan sida av det här vanliga förhållandet, att en fullt tillförlitlig utredning angående sambandet in concreto mellan en faktisk

»culpa in eligendo» etc. och den timade skadan enligt situationens egen komplicerade natur icke går att åvägabringa. Denna måste ofta kunna göra det möjligt för principalen att blanda bort korten och framställa sitt handlingssätt i sannolik dager såsom fritt från culpa.

Användes exkulperingsprincipen på sådant sätt, som jag nu antytt, förefaller det därför som om — åtminstone i fråga om vissa slags företag — principalens ansvarighet icke skulle kunna betraktas såsom uttryck för en regel, vars uppehållande på tillräckligt effektivt sätt influerade på arbetsgivarnas handlingssätt till aktsamhet i nu berörda avseenden. Användes åter exkulperingsprincipen så, att principalens ansvarsfrihet förutsatte, att han verkligen bevisade sin culpa-frihet, d. v. s. framlade sådana argument att en normal människa icke kunde tveka om att värdera hans handlingssätt såsom fallande inom s. k. normal aktsamhet, då bleve effekten tillnärmelsevis densamma som av strikt ansvarighet. Men då frågar man sig, om det verkligen kunde vara klokt att uppehålla en sådan ansvarsregel. Den säkerhetsventil, som genom denna exkulperingsmöjlighet erbjöde sig åt en principal, synes väga alltför lätt i jämförelse med det omak den måste medföra ur processuell synpunkt. Ty man kan vara förvissad om, att svaranden skulle söka begagna exkulperingsutvägen, hur små än hans chanser vore att därigenom kunna fria sig från ansvar. Och därför uppstår den frågan, om det kunde vara ur social synpunkt lämpligt att uppehålla en exkulperingsprincip, vars tillämpning måste innebära, att rättegångarna på detta område kunde belastas med ett utredningsarbete, som i det stora övervägande antalet fall måste ha skett förgäves med hänsyn till sitt syfte att övertyga domaren om fakta och förhållanden, på grund varav han kunde bilda sig ett säkert omdöme angående svarandens handlingssätt ur aktsamhetssynpunkt.

Om sålunda redan dessa överväganden — åtminstone för vissa hithörande situationskategorier — föranleda till en uppskattning av principalens strikta ansvarighet, d. v. s. sådant oberoende av egen culpa, såsom den ur social synpunkt lämpligaste regeln, så vinner denna uppskattning ytterligare stöd, när man beaktar den särskilda influens på handlingssätten, som en sådan ansvarsregel är ägnad att utöva. Genom att låta ansvaret inträda helt oberoende av »culpa in eligendo vel» etc. eggas ju principalen att i dylika avseenden handla icke blott aktsamt utan t. o. m. med en särskilt hög grad av aktsamhet. Då han vet, att han — därest skada inträffar genom anställds culpa — icke kan freda sig från ansvarighet genom att åberopa sig på, att han icke brustit åt normal aktsamhet, uppstår för honom ett särskilt intresse att till varje pris före-

bygga skada genom anställds culpa. Han blir ännu omsorgsfullare i sitt val av »tjänare» och i övervakandet själv eller genom andra av deras verksamhet. Denna ökade aktsamhet kan ur samhällelig synpunkt just här vara av största vikt. Med den koncentration i företagarverksamhetens ledning, som numera utmärker så gott som alla grenar av näringslivet, utföras ju en otalig mängd handlingar av anlitade personer, för andras räkning. Man kan väl säga, att innehavarna av de stora företagen i allmänhet blott sitta och hålla i trådarna, under det att allt, som direkt sker, utföres av hos dem anställda eller eljest av dem anlitade personer. Att dessa väljas med största urskillning, att de omsorgsfullt instrueras och att deras verksamhet behörigen övervakas av den, som sitter och håller i trådarna och sålunda har kompetensen att överblicka det hela, blir därigenom ett mycket betydande samhälleligt intresse. Detta intresse torde, som sagt, tillgodoses bl. a. just därigenom, att företagets innehavare utan vidare finge svara för skada, som åstadkommes genom de anställdas culpa.

Tills vidare har jag endast bedömt frågan om det hithörande strikta ansvarets sociala lämplighet med hänsyn till dess prevenerande betydelse. Därvid har jag — dock utan att ännu ha berört några avigsidor hos ett sådant ansvar — funnit vissa påtagliga fördelar av detsamma. Även när man beaktar den andra funktionen — den som alltid enligt sakens egen natur måste göra sig gällande vid uppehållandet av en skadeståndsregel — nämligen den ersättande funktionen, finner man synpunkterna starkt tala för en regel om principalens strikta ansvarighet för sina anställdas culpa. Att det betalningstvång, som ålägges, just är ett *skadestånd att utgå till den skadade*, måste, såsom nämnts vid behandlingen av culparegeln, alltid i någon mån öka den tack vare preventionen uppkomna allmänna trygghetskänslan gent emot skadegörelser. Därigenom alstras det allmänna medvetandet om, att — därest trots preventivfunktionen skadegörelse likväl skulle inträffa — en utsikt till ekonomisk utjämning inträder. I de fall, som nu sysselsätta oss, framträder denna synpunkt ofta med särskild styrka. Det ekonomiska livet utspelas till avsevärd del genom stora affärsföretag. Här komma visserligen ett fåtal personer att inneha den avgörande ledningen, men likväl kunna ofta de olika medlemmarna bland »personalen», just därför att de äro kuggar i ett stort maskineri, genom sina handlingssätt vålla skador, som stå mindre i proportion till *deras* förmögenhetsställning än till det stora företagets. Det allmänna medvetandet om ersättningstvång såsom reaktion på eventuell skadegörelse stimulerar naturligtvis icke trygghetskänslan på tillnärmelsevis samma sätt, om detta tvång i dylika fall blott vore att utöva mot den

ekonomiskt ofta alltför obetydliga kuggen-individen och icke mot principalen, ägaren av det för företagets drift nödiga kapitalet. — Men även om vi icke fästa särskilt avseende vid den koncentration av det ekonomiska livet, som möter oss i nutidens affärsföretag, måste den anlagda synpunkten likväl vinna beaktande. Ty i alla tider har det gemenligen förhållit sig så, att principalen (husbonden) i allmänhet varit ekonomiskt vederhäftigare än sina anställda (tjänare). Det är kanske icke minst ur synpunkten av detta förhållande mellan husbonde och tjänare — d. v. s. mellan den besittande och den av honom ekonomiskt beroende — som det ifrågavarande strikta ansvaret historiskt vuxit fram, även om synpunkten maskerats med rättsideologiska förklaringar.[1] Det sagda måste giva vid handen, att den ersättande funktionen hos skadeståndet vid principalens ifrågavarande strikta ansvarighet principiellt måste ha större social betydelse än hos skadeståndet vid den vanliga culpa-regelns tillämpning — förutsatt dock att vi överhuvud vore på det klara med att en regel om detta strikta ansvar vore med hänsyn till sin sociala nyttighet motiverad.[2]

I det föregående har jag visserligen påpekat åtskilliga fördelar av detta ansvar, men jag har hittills underlåtit att beröra eventuella nackdelar av detsamma. Det strikta ansvaret verkar emellertid alltid åt tvenne håll, positivt åt det ena, negativt åt det andra. Den strikta ansvarigheten medför ovillkorligen vissa särskilda riskmoment för en principal.[3] Det hör självfallet till en saklig diskussion av detta ämne att taga i övervägande, huruvida och i vilken grad dessa riskmoment i det hela taget kunde anses inverka oförmånligt på den allmänna tryggheten ur företagarsynpunkt och därmed hämmande på företagarverksamheten i samhället. Skulle den menliga effekten i fråga vara så höggradig, att den ansåges kunna uppväga nyttan för samhällsekonomien av det ifrågavarande strikta ansvaret, då betydde detta, att detta strikta ansvar icke kunde anses befrämja samhällsekonomien och följaktligen icke heller vara sakligt motiverat, åtminstone icke i den hittills förutsatta omfattningen. Med ett sådant resultat synes den närmaste konsekvensen bliva, att man finge taga i övervägande, huruvida icke den bästa lösningen av detta problem skulle vinnas genom uppställande av vissa begränsande betingelser för principalens ansvarighet oberoende av egen culpa och

---

[1] Jfr Pollock & Maitlands uttalanden här ovan s. 443.

[2] Det finns ingen anledning för mig att i denna skissering (som här göres för att finna rationella synpunkter till motivering av ett flerstädes sekelgammalt rättsinstitut) indraga betydelsen av ansvarighetsförsäkring. Se även ovan s. 147 ff.

[3] Jfr ovan s. 169 ff.

genom att utanför dessa betingelser nöja sig med culpa-regeln, vare sig i vanligt skick eller med en viss reglering av bevisbördan. Vad de särskilda betingelserna angår för principalens strikta ansvarighet har jag framför allt verksamhetens art och omfattning i sikte: ju större med hänsyn härtill risken är för mera förödande skada å tredjeman genom anställdas försumlighet, desto mera angeläget synes uppehållandet av principalens strikta ansvarighet vara. Efter denna linje skulle principalens strikta ansvarighet uppehållas t. ex. vid järnvägsdrift och andra trafikföretag till lands och sjöss samt åtskilliga industriella företag, som utöva åtminstone en del av sin verksamhet utomhus eller i allt fall så, att grannar eller passerande allmänhet utsättas för risker att bli skadelidande. Hur detta lagtekniskt skulle kunna ordnas — genom principens uttryckande i allmän lag eller genom speciallagstiftning (såsom våra särskilda lagar, om skada genom järnvägstrafik 1886, genom automobiltrafik 1916 o. s. v.) — är ett problem som det icke kan vara lämpligt att gå in på i dessa anmärkningar, så mycket mindre som det, när allt lagts till allt, dock möjligen skall visa sig, att en *generell* regel om principalens strikta ansvarighet för anställds *culpa*[4] låter motivera sig med sunda samhällsekonomiska synpunkter. Man behöver ju blott beakta, att i sådana produktionsländer som England och Amerika nämnda regel i århundraden uppehållits, för att ha erfarenhetsmässig grund för en förmodan, att de nyss antydda farhågorna äro överdrivna och ogrundade — farhågorna att en *allmän* regel om principalens strikta ansvarighet skulle kunna medföra hämning i företagarverksamheten och därmed bliva skadlig för samhällsekonomien. Med »allmän» regel menar jag naturligtvis dock en regel som faller inom en rationellt uppdragen ram. »Tjänstelegans» ram är här möjligen för vidsträckt, men också för trång.[5] Situationen måste vara sådan, att den täckes av de synpunkter som motivera regelns uppställande. Man får vidare komma ihåg, att det ju aldrig kan vara fråga om ansvar för skada genom annat än vad den anställde företagit i tjänsten.[6] Råder tjänsteförhållandet mellan husbonde och tjänare i trängre mening eller rör det sig i allt fall om ett mindre företag, så torde situationen i allmänhet vara den, att principalen genom aktsamhet i allt vad på honom ankommer måste vara i stånd att förebygga, att den anställde kulpost i tjänsten vållade tredjeman skador av särskilda

[4] Det är här fråga om *culpa* (nu som alltid i min terminologi naturligtvis utan någon moralisk anstrykning) i motsättning till *dolus*. Se härom nedan s. 489 n. 2.

[5] Jfr nedan angående begreppet »servant».

[6] I anglo-amerikansk rätt: »in the course of his employment»; C. civ. art. 1384: »dans les fonctions auxquelles ils les ont employés».

dimensioner. Jag menar att de skador, som det skulle ligga utanför principalens möjlighet, trots iakttagande av behörig aktsamhet, att förebygga, gemenligen icke kunna vara så omfattande, att risken att nödgas ersätta dem skulle kunna på ett för samhällsekonomien menligt sätt verka avhållande på folk att hålla sig med biträden. Och vad större företag angår, torde erfarenheten giva vid handen, att väl planlagda, väl organiserade och väl ledda företag i allmänhet äro i stånd att i enlighet med sunda affärsprinciper bära de kostnader, som skulle åsamkas genom uppehållandet av en regel om principalens strikta ansvarighet för skada genom anställds culpa. Det ligger för övrigt nära till hands att antaga, att *affärs*företag, som trots bästa möjliga skötsel icke skulle kunna bära dessa kostnader, ur samhällsekonomisk synpunkt måste betraktas som undermåliga, i det de »kostade (genom skador å allmänheten) mera än de smakade».

Med det sagda har jag icke avsett att säga, att samhället (närmast dess affärsliv i vidsträckt mening) skulle taga synbar skada, om principalen endast vore tvungen att betala skadestånd, därest han kunde övertygas om sin egen »culpa in eligendo vel» etc. (eller, i allt fall, icke kunde exkulpera sig). Jag har icke ens avsett att för min egen del bestämt uttala den åsikten, att etablerandet av skadeståndstvång utan hänsyn till frågan om principalens egen culpa vore det bästa ur den allmänna trygghetens och omsättningens synpunkt. Den frågan är i förevarande sammanhang av underordnad betydelse. Vad jag vill ha sagt är följande två saker. Det kan *ifrågasättas*, huruvida icke samhället vore bäst betjänt med uppehållandet av en princip om skadeståndstvång å principalen utan annan förutsättning, än att skadan åstadkommits genom vårdslöshet i tjänsten av hos honom anställd person. Det är den ena saken. Den andra är, att om en nu nämnd regel uppehålles, så kan detta uppehållande icke motiveras med några andra reella synpunkter, än att det har den förut angivna betydelsen för samhällsekonomien.

Härefter återgå vi nu till den engelska rätten för att i tur och ordning något beröra de tre frågor, som efter vad jag påpekat (ovan s. 456) tränga sig fram i förgrunden vid behandlingen av »master's liability».

Förhållandet »master and servant».

Det gäller här lämpligen att bestämma begreppet »servant». Tydligt är att detta ord i doktrinen om »master's liability» icke har samma in-

skränkta betydelse som i vardagsspråket. Visserligen kommer även den enkle tjänaren (hembiträdet, betjänten, ladugårdsdrängen och arbetaren i vanlig mening) med under begreppet i den ifrågavarande doktrinen. Men dit kunna hur kvalificerade personer som helst vara hänförliga, om de blott äro anställda, såsom vi pläga säga, i annans tjänst i teknisk mening. Man är däremot icke »servant», så snart man åtagit sig att utföra arbetsprestationer åt annan. Här kommer i England in det mångtydiga begreppet »agent». Detta för närmast tanken på mandatar, vare sig med eller utan fullmakt. Men uttrycket användes om varje uppdragstagare i mest vidsträckta mening[7], sålunda även om arbetstagaren i en tjänstelega eller ett arbetsbeting. Följaktligen måste »servant» vara en »agent», under det att alla »agents» naturligtvis icke äro »servants». Man indelar i själva verket ofta »agent»-kategorien — vid behandlingen av frågan om »master's liability» — i två klasser, »servants» och »(independent) contractors».[8] Och skillnaden mellan dessa klasser beror på, om principalen

»by the terms of the employment, express or understood, reserves to himself a power of controlling the agent in the execution of the work that he is employed to do, and of dismissing him for disobedience of orders», eller om han »does not reserve to himself any such power».

Till förra klassen hörande »agents» äro »servants», de övriga äro »independent contractors».[9] Man kan säga, att förhållandet »master and servant» vanligen förutsätter ett sådant avtal, som vi kalla tjänstelega. »The master» själv icke blott väljer sina »servants» utan behåller jämväl i fortsättningen ledningen och övervakningen av prestationernas utförande. Det är naturligtvis just härmed, som grunden för »master's

[7] Dock icke om uppdraget begränsar sig till innehav och vård av sak, då uppdragstagaren är en *bailee* (se ovan s. 331 n. 4).

[8] Salmond, s. 96 f.; Clerk & Lindsell, s. 65. — Stundom tages dock »agent» i restriktiv mening, uteslutande dem, som blott äro »servants»; se. t. ex. domaren Bramwells uttalande i nästa not. Märk även lord Atkinsons uttalande i Samson v. Aitchinson (1912) nedan s. 501 n. 9 i slutet.

[9] Clerk & Lindsell, s. 65. Salmond, s. 97 uttrycker saken sålunda: »A servant is an agent who works under the supervision and direction of his employer; an independent contractor is one who is his own master. A servant is a person engaged to obey his employer's orders from time to time; an independent contractor is a person engaged to do certain work, but to exercise his own discretion as to the mode and time of doing it — he is bound by his contract, but not by his employer's orders.» Baron Bramwell gjorde i Rex v. Walker (omkring 1858) en mera kortfattad distinktion: »A *principal* has the right to direct what the agent has to do; but a *master* has not only that right, but also the right to say how it is to be done.» (Citatet från Smith, Master and servant, s. 36.)

liability» sammanhänger. I fall sådana som de angivna framträder den förmodan med särskild styrka, att skadegörelsen genom en »servant» skulle ha uteblivit, om »master» själv hade iakttagit ett annat handlingssätt, d. v. s. om han själv — för att tala i enlighet med engelsk rättsideologi — varit fri från »all blame».

Emellertid bör man lägga märke till, att »master's liability» icke kan sägas vara baserad på en viss avtalstyp i teknisk mening. En person kan vara anställd genom ett tjänsteavtal sådant som vår tjänstelega och likväl icke vara »servant» i utförandet av sina väsentliga åtaganden, därför nämligen att principalen beträffande dem icke kan utöva någon ledning eller kontroll. Vi tänka oss förhållandet mellan en sjukhusdirektion och av denna anställda läkare vid sjukhuset (samt i vissa avseenden jämväl sjukhuspersonalen).[1] Å andra sidan kan vad som i teknisk mening icke är att hänföra till vad vi kalla tjänstelega understundom grunda förhållandet »master and servant» och sålunda den ifrågavarande ansvarigheten — om blott situationen dock är sådan, att uppdrags- eller arbetstagaren har att foga sig, på samma sätt som vid vanlig tjänstelega, i principalens ledning och kontrollerande övervakning av prestationernas utförande. Självfallet kan sålunda den omständigheten i och för sig, att en person vederlagsfritt utför tjänsten åt annan icke förebygga »master's liability».[2] Orkeslöst synes det vara att diskutera, huruvida ett avtal, som vi närmast skulle karakterisera som arbetsbeting med hänsyn till att åstadkommandet av en arbetsprodukt avtalats, kunde — på grund av sitt särskilda innehåll — utgöra grund för »master's liability», nämligen om tillverkaren saknade den vanliga självständigheten och måste foga sig efter beställarens instruktioner och tåla hans överinseende.[3] Om man innehar annans sak på grund av deposition, lån, lega, fraktavtal, annat arbetsbeting m. m., så föreligger förhållandet mellan »bailor» och »bailee»[4] och icke mellan »master» och »servant». Om en droskkusk hyr häst och »cab» mot viss avgift per dag av en »cab proprietor», så måste förhållandet mellan dem vara »bailor and bailee» och icke »master and servant», sade chief justice Cockburn i Venables v. Smith

[1] Se härom Evans v. Liverpool Corporation (1906) och Hillyer v. St. Bartholomew's Hospital (1909) m. fl., berörda strax här nedan.

[2] Jfr Salmond, s. 98 och se nedan fallen Samson v. Aitchinson; Pratt v. Patrick och Parker v. Miller, s. 501 f.

[3] Någon »case» i ämnet har jag icke funnit. Beakta emellertid nedan s. 495 n. 5 angående fallet Williams v. Jones. Är det fråga om reparation av en beställaren tillhörig sak, råder förhållandet mellan »bailor» och »bailee», och »master's liability» synes då överhuvud icke kunna ifrågakomma (annorlunda än i kraft av särskild statut; jfr Venables v. Smith, 1877, berört strax här nedan). Se i övrigt nästk. not 7.

[4] Se ovan s. 331 n. 4.

(1877).[5] Likväl blev »cab proprietor» ansvarig för skada, som drabbade tredjeman genom färden hem till stallarna efter för dagen slutade körslor. Men detta berodde därpå, att genom särskild lag relationen mellan »proprietor» och »driver» ansågs ha ändrats i fråga om »mischief done by the driver» så, att förhållandet »master and servant» såtillvida förelåge, att »proprietor» vore ansvarig »for the acts of the driver».[6] Nu är emellertid att märka, att i fallet i fråga droskkusken skulle bruka ekipaget »for the purpose of plying for hire at his own discretion and not subject to the proprietor's control». Därifrån att i en sådan situation ägarens ansvarighet enligt »master's liability» måste bero på särskild lag, borde icke kunna slutas, att icke en »bailor» utan stöd av särskild lag svarade såsom »master», därest hans »bailee» avtalsmässigt stode under hans kontroll. Emellertid förefaller det vara en ostridig uppfattning, att »a bailment» i princip utesluter uppkomsten av förhållandet »master and servant», även om frågan begränsades till den om »bailor's» ansvar gentemot tredjeman för »the acts of his bailee».[7]

Vad en vanlig handelsresande angår, kan man ju hos oss tveka därom, huruvida det är riktigt att anse honom anställd genom tjänstelega. Lagen själv betecknar avtalet såsom ett uppdrag, tydligen i inskränkt mening. Emellertid anses förhållandet mellan principalen och honom bilda »master and servant».[8] I övrigt belyses skillnaden mellan »servant» och »agent» genom följande uttalande av Salmond:

»My coachman is my servant; and if by negligent driving he runs over someone in the streat, I am responsible. But the cabman whom I engage for a particular

---

[5] L. R. 2 Q. B. D. 279.

[6] L. R. 2 Q. B. D. s. 282 f. Den åsyftade lagen är London Hackney Carriages Act 1843 (6 & 7 Vict. c. 86). Principen i Venables v. Smith — att en »cab proprietor» under nämnda »Act» av 1843, ehuru faktiskt »bailor», svarar såsom »master» — har sedermera upprepade gånger fastställts av Court of Appeal.

[7] Salmond tycks finna, att »cab proprietor's» ifrågavarande statutenliga ansvarighet vore »anomalous» av den anledning, att faktiskt förhållandet vore »that of bailor and bailee»; Salmond, s. 98. (En helt annan sak är naturligtvis, att en »bailee» kan vara ansvarig gentemot en »bailor» enligt regeln om »master's liability for the acts of his servant».) — Beträffande mitt uttalande nyss angående möjligheten, att ett avtal, som hos oss — med hänsyn till dess inriktning på visst resultat — kanske rubricerades som arbetsbeting, på grund av arbetsgivarens kontrolleringsbefogenheter skulle kunna grunda förhållandet »master and servant» bör först märkas, att, om entreprenören har att reparera till honom utlämnat gods, så föreligger »bailment», vilket torde utesluta »master's liability». Är situationen icke denna och skulle »beställarens» ansvarighet för »entreprenörens» culpa anses föreligga, så skulle detta i England blott betraktas såsom ett uttryck för, att förhållandet »master and servant» förelåge, och »entreprenören» skulle icke betraktas såsom en »independent contractor» utan blott såsom »servant».

[8] Smith, Master and servant, s. 340, som därvid åberopar Rex v. Tite (sannolikt 1862).

journey is not my servant; he is not under my orders; he has made a contract with me, not that he will obey my directions, but that he will drive me to a certain place; if an accident happens by his negligence he is responsible, and not I. So I am responsible for the domestic servants in my house, but I am not responsible for a skilled artisan whom I engage to do a certain job in my house — for example, to paint it, or to mend a window. So in Evans v. Liverpool Corporation it was held that a municipal corporation establishing a hospital is not responsible for the negligence of a physician appointed by them.»[9]

Vad det av Salmond berörda fallet angår — Evans v. Liverpool Corporation[1] — hade läkaren vid ett av Liverpools stad hållet sjukhus för infektionssjukdomar låtit en patient, som hade scharlakansfeber, få lämna sjukhuset, innan han var återställd, med påföljd att han smittade ner sina tre syskon. Enligt reglementet skulle läkaren vara ansvarig för »the treatment of the patients from the beginning to the end of their stay, and also for their freedom from infection when discharged». Juryn fann, att läkaren (dr Archer) hade brustit i fråga om »reasonable skill and care in and about the discharge» (= utskrivningen av patienten från sjukhuset). Evans, barnens fader, instämde emellertid »Mayor etc. of Liverpool» (= Liverpool Corporation) med yrkande om ersättning för de kostnader, som de tre syskonens sjukdom förorsakat. Käranden gjorde bl. a. gällande, att dr Archer var korporationens, d. v. s. svarandenas, »servant» och att dessa hade att svara för följderna av »their servant's negligence». Domaren Walton upptog denna sak så, att han väl fann, att dr Archer »was an officer of the defendants, and was paid an annual salary, and in certain matters had to obey the directions of the committee». Men han kunde icke finna att »the discharge is a discharge by the doctor as the servant of the defendants» och följaktligen icke heller att svarandena vore »liable for the consequences of his negligence». — Emellertid hade käranden också hävdat svarandenas »absolute duty not to discharge a patient in a state likely to communicate infection». I anledning härav utvecklade Walton:

»what a serious obligation would be imposed on those who have charge of such hospitals if it were held that there was an absolute duty on them not to discharge a patient who might possibly cause contagion to others, a thing which no skill or care can absolutely prevent. I see no reason for holding that there was any such obligation on the defendants.» (Beträffande arten av svarandenas »obligation and duty», i förevarande avseende, såsom förvaltare av sjukhuset yttrade Walton bl. a.:) »They do not undertake the duties of medical men or to give medical advise, but they do undertake that the patients in their hospitals shall have competent medical advise and assistance, and it is admitted that Dr. Archer was

[9] Salmond, s. 97 f.
[1] L. R. 1906, 1 K. B. 160.

a competent medical man, and that no blame attaches to the defendants for employing him.»[2]

I anledning av detta fall kan man fråga sig, om resultatet skulle bliva detsamma och sjukhusförvaltningen sålunda gå fri från ansvar, därest en patient på ett sjukhus kommer till skada genom slarv i vården från en *sjuksköterskas* sida. Läkaren har uppenbarligen icke betraktats såsom sjukhusförvaltningens (d. v. s. stadens i det berörda fallet) »servant», åtminstone icke i utövandet av själva läkarverksamheten.[3] I själva verket bedömes sjuksköterskans ställning, såvitt hon biträder läkaren, på samma sätt: hon handlar då icke såsom sjukhusdirektionens »servant». Detta fastställdes första gången i Hillyer v. Governors of St Bartholomew's Hospital.[4] Vid en operativ undersökning hade en person under narkosen blivit bränd å ena armen genom beröring med en het vattenflaska. Han stämde sjukhusstyrelsen om skadestånd. Vid undersökningen hade bl. a. tre kirurger och tre sköterskor varit närvarande. Domaren Grantham vägrade att hänskjuta frågan om »negligence» till juryn, alldenstund, även om sådan förelupit, styrelsen likväl icke vore ansvarig. Han friade följaktligen styrelsen. Inför Court of Appeal hävdade kärandens advokat att det vore en »case of res ipsa loquitur»[5], alldenstund kärandens arm icke varit skadad före operationen. Käranden hade därför rätt att få »negligence»-frågan hänskjuten till prövning av jury. Lord Justice Farwell ställde emellertid upp frågan, huruvida några av de vid undersökningen närvarande personerna kunde betraktas som styrelsens »servants». Beträffande läkarna besvarade han den utan vidare nekande.[6]

[2] L. R. 1906, 1 K. B. s. 165 f. Som ett kuriosum kan nämnas, att kärandens advokat för sitt påstående om »an absolute duty on the defendants» anförde följande motivering: svarandena hade »brought upon their premises a person dangerous to others as long as he was in a condition of infection, and they were bound within the principle of Rylands v. Fletcher not to allow him abroad to the danger of other person»; a. st. s. 163. Vi erinra oss, att Rylands v. Fletcher avser fastighetsinnehavares ansvar för skada, som drabbat grannen genom »the escape» av »dangerous things» eller »substances», som den förre »brings or keeps upon his land».

[3] Waltons uppfattning har sedermera bekräftats genom Hillyer v. Governors of St. Bartholomew's Hospital (1909) berört strax här nedan, samt Marshall v. Lindsey County Council, L. R. 1935, 1 K. B. 516. Se även L. R. 1937 App. Cas. 97.

[4] L. R. 1909, 2 K. B. 820.

[5] Angående detta begrepp ovan s. 267 f.

[6] De äro alla, sade han, yrkesmän, anställda av svarandena (= styrelsen) för att utöva sitt yrke »to the best of their abilities according to their own discretion; but in exercising it they are in no way under the orders or bound to obey the directions of the defendants». Till stöd för ståndpunkten citerade han uttalandet av chief justice i en amerikansk dom, Glavin v. Rhode Island Hospital. Han förklarade sig också fullt enig med Waltons dom i Evans v. Liverpool Corporation (1906). L. R. 1909, 2 K. B. s. 825 f.

Vad sköterskorna angick medgav han väl, att dessa vore styrelsens »servants», men blott för »general purposes», däremot icke för »the purposes of operations and examinations by the medical officers». När de assistera vid dessa, upphöra de »for the time being» att vara styrelsens »servants».[7]

Även lord justice Kennedy ansåg styrelsen fri från ansvar. Han uppehöll sig dock mindre vid frågan, huruvida läkare och sköterskor vore att betrakta såsom styrelsens »servants»; han förklarade sig dock till fullo instämma med domaren Walton i dennes resonemang i fallet Evans v. Liverpool Corporation. Han utvecklade — och det hade även Farwell gjort — att styrelsen för ett sjukhus i fråga om patienternas rent medicinska vård icke hade några andra plikter än, såsom Kennedy uttryckte det,

»the duty of using reasonable care in selecting as members of the staff persons who were competent, either as surgeons or as nurses, properly to perform their respective parts in the surgical examination, and the duty to provide proper apparatus and appliances».[8]

---

[7] Farwells utredning på denna punkt lyder sålunda: »If and so long as they are bound to obey the orders of the defendants, it may well be that they are their servants, but as soon as the door of the theatre or operating room has closed on them for the purposes of an operation (in which term I include examination by the surgeon) they cease to be under the orders of the defendants, and are at the disposal and under the sole orders of the operating surgeon until the whole operation has been completely finished; the surgeon is for the time being supreme, and the defendants cannot interfere with or gainsay his orders. This is well understood, and is indeed essential to the success of operations; no surgeon would undertake the responsibility of operations if his orders and directions were subject to the control of or interference by the governing body.» L. R. 1909, 2 K. B. s. 826.

[8] Kennedys ståndpunkt uteslöt sålunda ingalunda, att »the hospital authority is legally responsible to the patients för the due performance of their servants within the hospital of their purely ministerial or administrative duties, such as, for example, attendances of nurses in the wards, the summoning of medical aid in cases of emergency, the supply of proper food and the like». Se L. R. 1909, 2 K. B. s. 828—830. — Att icke blott föreståndarinnan på ett förlossningshem, förvaltat av en styrelse under County Council, utan jämväl läkare, som där övade tillsyn i egenskap av »medical officer and assistant medical officer of health for the county», *men icke skötte patienterna*, betraktas som »servants», för vilkas »negligence» County Council svarade, framgår av lordernas uttalanden i Lindsey County Council v. Mary Marshall, L. R. 1937 App. Cas. 97. Se särskilt lordkanslerns uttalande, s. 108 f., Viscount Sankeys, s. 114, samt Lord Wrights, s. 124. — Den tredje domaren i fallet Hillyer, »Master of Rolls», godkände för sin del de båda andras skäl för att »dismiss the appeal». — Denna ståndpunkt, att en sjukvårdsstyrelse icke heller svarar för sköterskors culpa vid biträdandet av läkarna, har ytterligare bekräftats i Strangways-Lesmere v. Clayton 1936, L. R. 2 K. B. 11. Här citerades bl. a., s. 17, en intressant, icke eljest refererad dom i James v. Probyn av 28 maj 1935. I denna uttalade domaren Swift bl. a.: »the duties of doctors and nurses are the duties of skilled people to be carried out by skilled people, and the actions of doctors and nurses cannot be controlled in my opinion by members of a Committee who

Innebörden av »common law» kan sålunda sägas vara den, att sjukhusläkare — när fråga är om tillämpning av »master's liability» — egentligen aldrig betraktas som sjukhusförvaltningens »servants» och sköterskorna så, endast såvitt de icke varit verksamma som biträden åt sjukhusläkarna. Så verksamma, anses de stå under dessas »orders».[9]

Om sålunda förhållandet av »master and servant» icke anses föreligga i nu berörda situationer, så finns det emellertid en känd dom, som visar, att sådant förhållande råder mellan kommunal skolmyndighet och de vid under densamma lydande skolor anställda lärarna.[1] Principen i

do not for one moment pretend that they have the knowledge or the ability to perform these duties themselves. They do not seem to me to be there as the servants of the Committee at all in the sense that the Committee can control their method of carrying out their work. That being so, they are not responsible for any negligence of which they may be guilty in the way in which they do carry out their work.» — Beträffande det här grundläggande fallet, Hillyer v. Governors etc., torde en komplettering böra göras. Lord justice Farwell påpekade, att, även om det möjligen kunde tänkas, att styrelsen svarade för *sköterskornas* »negligence», det likväl aldrig kunde vara fråga om dess ansvar för sådan å *läkarnas* sida. Såvitt emellertid nu »negligence» bland de vid operationen närvarande skulle kunna ha betydelse för styrelsens ansvarighet, är det tydligt, att doktrinen »res ipsa loquitur» skulle komma käranden till godo (se Kennedys dom a. st. s. 828). Men även om juryn fastställde, att patienten skadats genom »negligence» hos någon eller några av de närvarande, vad kunde käranden vinna därmed? Styrelsen svarade ju blott för *vissa* personers bland de närvarande »negligence». Käranden måste, för att vinna målet, »prove affirmatively that the negligence was that of the persons for whom the defendants are liable». (Farwell a. st. s. 827.) Detta uttalade emellertid Farwell blott hypotetiskt. Hans egen — liksom de båda andra ledamöternas — uppfattning var ju, att det icke ens kunde vara fråga om styrelsens ansvar för sköterskornas (eller två också vid undersökningen närvarande »box carriers'») eventuella »negligence». Och denna uppfattning anses numera otvivelaktigt vara identisk med »common law».

[9] Det grundläggande fallet är här Hillyers »case». House of Lords har dock icke direkt bedömt denna fråga. I Lindsey County Council v. Mary Marshall (1936), se föregående not, ansågs fakta vara »to be distinguished from those in Hillyer's case». Emellertid sade Lord Wright, att han icke funne det nödigt »to express here any opinion one way or the other about the correctness of that decision», ett uttalande som ger en viss antydan om denne domares tvekan att godkänna principen i Hillyers fall. — Den nu behandlade frågan synes blott mycket knapphändigt berörd i den vanliga hithörande litteraturen. Smith, Master and servant, s. 249, tager upp frågan om ansvar för sjuksköterska men icke för läkare. Pollock nämner visserligen fallet Hillyer etc. men blott en passant, s. 86. Salmond har endast det ovan citerade uttalandet, berörande ansvaret för läkare. Ehuru han nämner Hillyers fall talar han icke särskilt om ansvar för sköterskas culpa. Angående Clerk & Lindsell se deras arbete s. 66 och s. 67 not i. — Winfield behandlar hela denna intressanta fråga om sjukhusstyrelsens ansvar blott i en not, Text-Book, s. 132.

[1] Den »case», varom nu är fråga, är Smith v. Martin and the Corporation of Kingston-Upon-Hull, L. R. 1911, 2 K. B. 775. Martin var anställd som lärarinna vid en »public elementary school» i en »borough» för vilken »the Corporation» utgjorde »the education authority». Käranden, en flicka Smith, ännu icke 14 år gammal, gick i denna skola och hade Martin till lärarinna. Då Martin en dag icke kände sig frisk, beslöt hon äta sin lunch i »the teacher's common room» och tillsade (»told») fördenskull

denna dom anses dock ingalunda råka i konflikt med vad som framgår av domen i Hillyers fall.

De sist berörda fallen föranleda omnämnandet, att tvivelsmål stundom i det förflutna gjort sig gällande därom, huruvida en »corporation» (juridisk person) svarade för »wrongs», begångna av dess »servants». I Hillyer v. Governors of St. Bartholomew's Hospital (varom ovan) uttalade lord justice Farwell:

»It is now settled that a public body is liable for the negligence of its servants in the same way as private individuals would be liable under similar circumstances, notwithstanding that it is acting in the performance of public duties like a local board of health, or of eleemosynary and charitable functions, like a public hospital.»[2]

Smith att gå in i detta rum och röra om i elden samt draga ut spjället till eldstaden. Det var nämligen Martins avsikt att där värma upp sin lunch. När Smith utförde tillsägelsen fattade hennes »pinafore» eld, och hon blev illa bränd. Talan om skadestånd fördes nu mot såväl Martin som »the Corporation». Juryns utslag lydde på 300 punds skadestånd åt Smith, enär Martin gjort sig skyldig till »negligence». Domaren Lawrence i King's B. D. fann, att han icke kunde »interfere with the verdict of the jury as regards the defendant Martin», men han fritog »the Corporation» från ansvarighet, i det att han menade »that the act of the defendant Martin was not done by her as a part of the work of carrying on the school, but was done for own private purposes, and that the corporation, having discharged their statutory duty of appointing a competent teacher, were not liable for the acts of the teacher which had no relation to the actual educational work of the school», a. st. s. 777. Både Martin och Smith appellerade mot domen. I Court of Appeal ansåg man det, under åberopande av en viss dom av House of Lords, omöjligt att säga, »that a jury was perverse in holding it to be negligent to send a child of about the same age (det antydda fallet avsåg en 12-åring) wearing a print pinafore to poke the fire and draw out the damper in a grate of this construction with which she was not familiar» (lord justice Fletcher Moulton, a. st. s. 780). »Korporationen» hävdade sin ansvarsfrihet efter två linjer: I första hand sades, att lärarinnan icke varit dess »servant». »Korporationens» enda plikt vore att anställa dugliga och lämpliga personer som lärare och denna plikt hade den fullgjort. I andra hand hävdades, att Martins handling icke skett »in the course of her employment and for her master's benefit» (formuleringen tydligen bestämd av domaren Willes' uttalande i Barwick v. English Joint Stock Bank, 1867, varom ovan s. 453 f.). Court of Appeal fastställde emellertid enhälligt »korporationens» ansvarighet. I första avseendet utvecklades bl. a., att »the position of a medical man is ... a very special one and bears no resemblance to that of a teacher of an elementary school» (Fletcher Moulton a. st. s. 781). Beträffande den andra linjen — vars dryftande egentligen faller under nästa rubrik — fann lord justice Farwell densamma förutsätta »a distinction between education and teaching which, if adopted as sound, would have a most prejudicial effect on these schools. In my opinion, the Education Acts are intended to provide for education in its truest and widest sense. Such education includes the inculcation of habits of order and obedience and courtesy: such habits are taught by giving orders, and if such orders are reasonable and proper under the circumstances of the case, they are within the scope of the teacher's authority, even although they are not confined to bidding the child to read or write, to sit down or to stand up in school, or the like» (a. st. s. 784 f.).

[2] L. R. 1909, 2 K. B. s. 825. — »The Governors of St. Bartholomew's Hospital» voro i själva verket »the Mayor, Commonalty, and Citizens of the City of London».

När detta ansågs klart angives icke av Farwell, som icke hänvisar till någon »case». Emellertid hade Blackburn[3] bortåt 50 år tidigare gjort detta skenbart slående uttalande:

»If a corporation cannot know anything except by its servants, or do anything except by its servants, it would seem that the corporation must be liable for the knowledge of its servants and the acts of its servants, or not liable at all.»[4]

Av de i det föregående berörda fallen synes nu framgå, att en »corporation» svarar för sina »servants' acts», vare sig fråga är om ett vanligt bolag, eller det rör sig om en kommunal institution såsom »County Council», »the Corporation of a borough» eller dylikt.[5] »The rule of employers' liability», säger Salmond,

»extends to trustees and bodies corporate charged with the management of public property and with the exercise of public functions, in the same manner and to the same extent as in the case of private employers . . .»[6]

Antag emellertid att fråga icke är om en kommunal utan om en statlig, d. v. s. under »the crown» sorterande myndighet. Den egentliga principen är nu, att »the crown» icke kan vara ansvarig. Denna princip har sin grund i å ena sidan föreställningen, att »master's liability» egentligen berodde därpå, att »master» själv begått en »wrong», och å andra sidan tanken, att »the king can do no wrong».[7] Mot principen

[3] Sannolikt samma domare som i Exchequer Chamber avgivit den berömda domen i Fletcher v. Rylands (1866).

[4] Se Smith, Master and servant, s. 228. Uttalandet är hämtat från fallet Penhallow v. Mersey Docks and Harbour Board. Fallet, som varken är nämnt hos Campbell, Ruling cases, eller hos Kenny, Cases on torts, synes vara av omkr. 1860, ty det är refererat i 30 Law Journal, Exch. Reports, New Series (börj. 1831) 329. — Blackburns uttalande är kanske icke så träffande, som det först låter. Den fiktion, varå idén om »corporation» vilar, innesluter alltid också vissa människor såsom den juridiska personens organ. Abstraherade man från dessa, kunde idén om »corporation», om »personligheten», icke uppehållas. Fiktionen innefattar följdriktigt, att den juridiska personen själv vet och själv handlar genom dessa organ. Till den juridiska personens egna handlingar hör att genom sina organ anställa »servants». Själva fiktionen är m. a. o. sådan, att den med nödvändighet måste leda till den juridiska personens ansvarighet för »egna», d. v. s. organens handlingar. En särskild fråga blir så, om några grunder kunna påvisas, varför icke samma regler skulle gälla för »corporation» som för enskild person i fråga om ansvar för »the acts of a servant».

[5] Den kommunala myndigheten är tydligen att fatta såsom »master» vare sig den själv utövar överinseendet eller anförtrott detta åt en under densamma sorterande »committee» eller »manager». »It is true that they (= the Corporation of Kingston-upon-Hull) exercised this control and management (med hänsyn till skolan) through an education committee, but that would not alter their responsibility» (lord justice Fletcher Moulton i Smith v. Martin etc., L. R. 1911, 2 K. B. s. 781).

[6] Salmond, s. 101.

[7] Jfr ovan s. 458 n. 9. — De betänkliga konsekvenserna av denna inställning ha gjort sig särskilt starkt påminta i kolonierna. I Privy Council uttalade Sir Barnes Peacock

har man tydligen brutit i kolonierna, ett brytande vartill ansatser gjorts även i England (se sista noten).

Emellertid är det ju ett faktum, att vissa statliga myndigheter i sin tjänst taga andra personer, vars arbete de kontrollera och som de även kunna avskeda, om de vansköta sina åligganden. Skall då icke den överordnade myndigheten i denna sin egenskap vara ansvarig för sådana anställdas »negligence»? Klara »cases» utvisa, att den frågan måste nekande besvaras. Och detta svar har givits, icke på grund av maximen, att »the king can do no wrong», utan med den motivering att den överordnade och den underordnade *båda* äro »servants of the crown» och

---

för domstolens räkning följande i Farnell v. Bowman (L. R. 1887, 12 App. Cas. 643. Det rörde sig om en »appeal from a judgement or order of the Supreme Court of New South Wales».): »It must be borne in mind that the local Governments in the Colonies, as pioneers of improvements, are frequently obliged to embark in undertakings which in other countries are left to private enterprise, such, for instance, as the construction of railways, canals, and other works for the construction of which it is necessary to employ many inferior officers and workmen. If, therefore, the maxim that 'the king can do no wrong' were applied to Colonial Governments in the way now contended for by the appellants, it would work much greater hardship than it does in England» (a. st. s. 649). Farnell var nominell svarande för Kolonistyrelsens räkning. Majoriteten i Supreme Court of New South Wales hade, emot den mening som hävdades av domstolens chief justice, funnit, att kolonistyrelsen var »liable to be sued in an action of tort». Farnell appellerade mot domen, som emellertid fastställdes av Privy Council. Detta berodde förvisso icke på, att man började anse, att »the king» kunde begå en »wrong» i kolonierna. Faktiskt citerade Sir Barnes Peacock åtskilliga bestämmelser ur koloniala statuter, särskilt »An Act to enforce claims against the Colonial Government...» (39 Vict. No 38), varefter han gjorde följande uttalande: »Thus, unless the plain words are to be restricted for any good reason, a complete remedy is given to any person having or deeming himself to have any just claim or demand whatever against the Government. These words are amply sufficient to include a claim for damages for a tort committed by the local Government by their servants» (a. st. s. 648). Detta oaktat har domstolen kanske icke känt sig fullt säker med hänsyn till maximen »the king can do no wrong», en osäkerhet som torde ha föranlett det i denna not först återgivna uttalandet. — Emellertid har saken sålunda tydligen ordnats i kolonierna. En reformering i själva England, säger Holdsworth IX, s. 44 f. — som finner Peacocks resonemang »apply with great force to the activities of our modern socialistic state» — »on the lines of these colonial statutes is urgently needed in the interests of the public at large». Ett steg hade redan tagits i denna riktning genom sect. 26 (1) i Ministry of Transport Act (1919). Enligt detta stadgande skall »the Minister of Transport» vara ansvarig för »the acts and defaults of the officers and servants and agents of the Ministry in like manner and to the like extent as if they were his servants». Holdsworth menar, att en sådan föreskrift uppenbarligen borde utsträckas till åtskilliga andra ministerier. »Such an extension would be in entire conformity with the principle which has guided the development of the subjects' remedies against the crown throughout their history — the principle that their competence should, so far as possible, be coextensive with the remedies available to one subject against another.» Huruvida nya »clauses» av denna art tillkommit efter 1919 känner jag icke. Den citerade bestämmelsen i Ministry of Transport Act är icke omnämnd vare sig av Salmond, Pollock, Smith eller Clerk & Lindsell.

följaktligen ingendera den andres »servant».[8] Motsvarande gäller också i privata situationer vare sig en enskild eller ett bolag är företagare: det är icke tillräckligt för ansvarighet i egenskap av »master» för en »servant», att man har »the power of controlling his acts and dismissing him for disobedience». Denna »power» måste vara »original» och icke blott »delegated from a superior».[9]

---

[8] Det främsta fallet torde här vara Bainbridge v. The Postmaster-General and Another, L. R. 1906, 1 K. B. 178. Vad som gör detta fall särskilt tillspetsat är följande. Skadan inträffade genom telegrafarbeten i företag, som postverket uppenbarligen inköpt från telegrafbolag, vartill postverket enligt Telegraph Act av 1868 (31 § 32 Vict. c. 110) varit befogat. Emellertid var ett telegrafbolag enligt sect. 42 i Telegraph Act av 1863 (26 & 27 Vict. c. 112) ansvarigt för »all accidents, damages, and injuries happening through the act or default of the company or of any person in their employment by reason or in consequence of any of the company's works . . .» Genom sect. 2 i 1868 års Act »inkorporerades» i denna statut 1863 års Act, såvitt som den senare icke var »inconsistent» med 1868 års Act; och termen »the Company» i 1863 års Act skulle utläsas såsom »the Postmaster-General». Icke desto mindre fastställdes the »immunity of the Postmaster-General». Domstolen — Court of Appeal — har tydligen kommit ifrån tillämpningen av sect. 42 i 1863 års Act på den grund, att skadan icke varit en följd av »the company's (= the Postmaster-General's) work». Det har icke ifrågasatts i detta fall, sade »Master of Rolls», att chefen för postverket »had himself anything to do with this matter». Skulle man överhuvud kunna nå honom, måste det ske på den grund att Crane (den underordnade person, vars handlingssätt skulle ha föranlett skadan) vore i postgeneralens tjänst. Men detta vore icke fallet: »He is a subordinate officer of the Crown, and therefore, the nexus is at once broken between the Postmaster-General and Crane, and that is enough to dispose of the case.» Appellationen rörde sig icke om annat än en preliminär fråga, nämligen om ansvarstalan i detta fall jämlikt principerna för »master's liability» överhuvud kunde föras mot postverkschefen »in his corporate capacity» eller, såsom »Master of Rolls» föredrog att uttrycka det, »in his official capacity». Den frågan besvarades av domstolen nekande. Se L. R. 1906, 1 K. B., särskilt s. 186, 187, 189 och 190. Såsom »the leading authority» i frågan om postverkschefens »immunitet» åberopade »Master of Rolls» fallet Lane v. Cotton (1701), där den berömde Holt hade överröstats av sina tre kolleger i domstolen. Också i detta fall hade talan förts mot »the postmaster-general». Ett brev, innehållande statsobligationer, hade kommit bort. Domen i Lane v. Cotton bekräftades 75 år senare av fallet Whitfield v. Lord Le Despencer (1778). Här fördes ävenledes talan mot postgeneralen, i detta fall på den grund att vid brevsortering en banksedel stulits ut ett brev. Det var nu av vikt för domstolen att taga ställning till Holts mening i Lane v. Cotton. I sådant avseende yttrade lord Mansfield, att Holts åsikt hade grundats på en analogisering av »the situation of the postmaster» med »that of a common carrier (fraktförare) or the master of a ship taking goods on board for freight». Denna analogi vore emellertid icke hållbar: »the postmaster has no hire, enters into no contract, carries on no merchandise or commerce». Lane v. Cotton är ref. i 1 Lord Raymond King's Bench Reports 646; Whitfield v. Lord Le Despencer i 2 Cowper K. B. R. 754. Min kunskap om de båda fallen härleder sig från domsuttalandet av Master of Rolls i Bainbridge v. The Postmaster-General samt från Smith, Master and servant, s. 266 f. (ävensom s. 288 f.).

[9] Clerk & Lindsell, s. 67 f. Salmond säger, s. 100 f.: »A superior servant is not the master of the inferiors who are under his control ... the directors of a company are not responsible for torts committed by inferior servants of the company, although

Hur det gått med maximen »the king can do no wrong» i U. S. A. är en ganska invecklad fråga, som varken tid eller utrymme tillåter mig att mera ingående syssla med. »Common law»-doktrinen om »the immunity in tort of the state and its government agencies» överlevde uppenbarligen frigörelsen från konungadömet. Har jag fattat saken rätt, så gäller denna doktrin, till skillnad från i England, i fråga om icke blott statliga utan även vad vi kalla kommunala myndigheter. Men beträffande de senare har ansvarsfrihetsprincipen blivit högst betydligt kringskuren genom en särskild distinktion, som dock i sin tur vållat stor oklarhet. Distinktionen bygger därpå, säger Harper, att även om »the king can do no wrong, as king, he can certainly commit wrongs as an individual, so far as municipal corporations are concerned».[1] Man skiljer därför mellan styrelsens »governmental functions» å ena sidan och dess »proprietary acts» å andra sidan såsom fixerande »the limits of immunity for the tort of its officers, agents and servants». Har »agenten» begått »tort», när han handlat i »political or governmental» kapacitet, då kan reaktionen blott vara politisk, d. v. s. det blir »the redress of the ballot» och intet ansvar för »the municipal corporation». Denna blir däremot ansvarig, när »agenten» begått en »tort» vid utövande av dess »purely corporate or proprietary powers».[2]

Domstolarna ha ofta givit uttryck åt, att dessa »municipal corporations» — varmed avses vad vi kalla kommunala myndigheter — ha två slags »powers», den ena »governmental and public», den andra av privaträttslig art. Såvitt den förra är i fråga, har myndigheten betraktats som en »agency of the State», och det är, när detta slags »powers» utövas, som immuniteten mot ansvar för anställdas »tort» föreligger. Eljest betraktas »the municipal corporation» såsom en »corporate legal individual» med ansvarighet enligt samma regler som gälla för dessa.[3]

Det säger sig självt och har bekräftat sig, att de nu angivna kriterierna för ansvarsfrihet, resp. ansvarighet, äro mycket svåra att tillämpa. Klart tycks emellertid vara sådant, som att

---

those servants are appointed and controlled by the directors.» De äro uppenbarligen i förevarande avseende att anse som bolagets »fellow-servants» på samma sätt som postgeneralen och postexpediten äro att anse som kronans. Ur synpunkten av »the doctrine of common employment» betraktas de dock icke såsom »fellow-servants»; se nedan s. 510.

[1] Frågan dryftas av Harper och Burdick blott i fråga om »municipal corporations» icke om rent statliga inrättningar. Beträffande dessa synes det tagas för givet, att immunitetsdoktrinen gäller: »states may sue but may not be sued without their consent» (Burdick, Torts, s. 127).

[2] Se Harper, Treatise, s. 658, som hänvisar till en mängd »cases».

[3] Se Burdick, Torts, s. 130 ff.

»a city engaged in carrying on gas works, or water works, or in the ownership and management of wharves, or in the towing of vessels, for profit, must respond in damages for wrongs» (i enlighet med reglerna för »master's liability»); liksom att å andra sidan »police activities, activities in connection with public health, and public education» betraktas som »general governmental functions» och icke medföra ansvar för anställdas »torts».[4]

Det är tydligt att den distinktion, som man i Amerika söker genomföra beträffande frågan om tillämpning eller icke av »master's liability» på kommunala myndigheter, icke synes ha någon motsvarighet i England. Jag behöver i sådant avseende blott erinra om lord justice Farwells uttalande i Hillyers fall, citerat här ovan s. 480. Överhuvud utvisar den engelska judikaturen, att frågan om »municipal corporations'» ansvarighet för »the acts of their servants» icke influerats av »the doctrine of immunity».[5]

[4] Se Burdick, Torts, s. 134 ff. — Till belysning av steriliteten i den amerikanska synen på hela denna materia må ytterligare återgivas följande efter Burdick, s. 135 f.: »Neglect of officers in guarding prisoners, or in caring for jurymen, or in keeping court houses, jails and other public buildings in repair, will not subject the corporation to legal liability. Nor will the negligence of an employee of a charity hospital render the city, which maintains it, liable to damages. Jurisdictions differ as to whether the maintenance of highways within the corporate limits is part of the general state function of maintaining a statewide system of highways, or whether the local importance of the streets within the municipality makes them of dominantly local character, so as to justify the imposition of tort liability. Even where highway maintenance is held to be local in character, there is difference of opinion as to whether street cleaning is done as part of the general state function of health protection, or is merely part of the maintenance of the highways. There is diversity of view as to the tort liability of municipalities in the maintenance of parks. Liability has been recognized in connection with the maintenance of a cemetery, but has been denied in connection with the use of fireworks under authorization of a general state statute.» Varje i citatet gjort påstående är belagt med hänvisning till en eller flera »cases». Man måtte ha en egendomlig uppfattning i Amerika om rättsinstituten. Man synes i sina resonemang om föreliggande ansvarsfråga utan vidare utgå ifrån, att den alls icke kunde ha någon förnuftig motivering. Ty något begripligt sammanhang mellan i citatet angivna förhållanden och ansvarsfrågans besvarande i ena eller andra riktningen torde icke kunna spåras.

[5] Den engelska ståndpunkten torde sammanhänga med uppfattningen, att »the king» eller »the crown», den enda ursprungliga »corporation», utgjorde den utanförstående kraftkällan för samtliga sedermera tillkomna »corporations», de kommunala icke undantagna. »The king» (med eller utan biträde av parlamentet) auktoriserade dem visserligen men stode helt utanför dem, liksom utanför »corporations» av andra slag. Följaktligen kunde deras ansvarighet icke beröras av maximen »the king can do no wrong». — För de amerikanska resonemangen belysande är emellertid nu följande uttalanden i en dom år 1902 i Oregon (Wagner v. Portland), som jag citerar efter Harper, Treatise, s. 659: »Municipal corporations exist in a dual capacity, and their functions are two-fold. In one they exercise the right springing from sovereignty, and, while in the performance of the duties pertaining thereto, their acts are political and governmental. Their officers and agents, though elected or appointed and paid by them, are

In the course of his employment.

Denna förutsättning hos »servant's» handling för »master's liability» är självfallet för handen, såvitt han blott utfört, vad han faktiskt fått i uppdrag att göra. Frågan är i vad mån kravet på förutsättningen skall anses tillgodosett, även när avtalet eller eljest vad som förekommit icke direkt utvisar, att »servant's» handling faller inom tjänsten. Svaret på den frågan har givits så, att handlingen anses ha utförts »in the course of his employment» när den, ehuru själv »unauthorised», är så

»directly incidental to some act or class of acts which the servant was authorised to do that it may be said to be a mode, though no doubt an improper mode, of performing them».

Och i enlighet härmed har man sagt, att en »master's» ansvar för »the unauthorised torts of his servant» är begränsat till ansvar för *unauthorised modes of doing authorised acts*.[6] Detta är en formulering, som icke tål några större påfrestningar. Ett *annat sätt* för utförandet betyder i flera hithörande fall, där judikaturen fastställt ansvarighet, helt enkelt att en *annan handling* utföres. Medgivas måste emellertid, att formuleringen stundom kan förefalla träffande. Ett sådant fall är Beard v.

nevertheless public functionaries, performing a public service in which the corporations, as such, have no particular interest, and from which they derive no special benefit or advantage in their private or corporate capacity. Such officials are not, strictly speaking, the servants and agents of the municipalities through which they derive their authority, but are officers, agents, and servants of the state ... and for their acts of omission and commission the municipalities themselves are not liable. In the other, they exercise a private, proprietary or corporate right, arising from their existence as legal persons, and where the duty is one that rests upon the municipalities in respect of their special or local interests, and not as public agencies, and is absolute and perfect, not discretionary or judicial, in its nature, their officers and agents, in performance of the function or duty, act in behalf of, as the alter ego of, the municipalities in their corporate capacity, and not for the state or public at large, and for their acts the municipalities are held to accountability.» — Även om dessa uttalanden visa, hur man resonerar, ådagalägga de dock samtidigt oklarheten i dessa resonemang. Harper själv säger därom, att »this distinction, though a neat one on paper, has proved impossible of consistent or uniform application and the greatest confusion and conflict is to be found in the cases». Vid diskussionen av dessa ha, enligt Harper, Harno och Borchard — i sina resp. artiklar Tort immunity of municipal corporations (1921) i Illinois Law Quarterly vol. 4, och Government Liability in tort (1925) i Yale Law Journal vol. 34 — beklagat »the survival of the doctrine of immunity».

[6] Clerk & Lindsell, s. 70 f. Jfr Salmond, s. 107: »A master is not responsible for a wrongful act done by his servant unless it is done in the course of his employment. It is deemed to be so done if it is either (a) a wrongful act authorised by the master, or (b) a wrongful and unauthorised *mode* of doing some act authorised by the master.» Denna formulering citerades — i Poland v. John Parr & Sons, L. R. 1927, 1 K. B. s. 240 — av lord justice Bankes såsom »concisely stating the rule of law». Om nämnda fall nedan s. 491 n. 5.

London General Omnibus Company.[7] Här hade en kollision inträffat genom »negligence» av konduktören på en häst-omnibus. I kuskens frånvaro tog han sig för att vid ändstationen köra bussen genom några bigator, uppenbarligen i syfte att vända bussen i rätt riktning för återfärden. Härunder körde han emellertid på den cyklande käranden, som blev skadad. Omnibusbolaget frikändes från ansvarighet, ett beslut som stod sig i Court of Appeal. Motiveringen kan sägas innefatta, att in dubio kusken men icke konduktören »was employed to drive the omnibus», d. v. s. att in dubio konduktören, såvitt körning vore i fråga, vore en »stranger», vadan käranden för att vinna sin talan måste visa, att konduktören i detta fall »was driving with the consent or approval of the company, or on such an emergency that their consent must be implied». Sådan bevisning hade käranden dock icke förebragt.[8] I detta fall kan man ju säga, att »servant» utförde, icke en auktoriserad handling på ett icke-auktoriserat sätt, utan just en icke-auktoriserad handling. Men ännu enklare vore det ju att blott säga, att handlingen klart och tydligt fölle utanför hans »employment». Med andra ord; här föreligger icke något behov av särskild hjälp för att tolka begreppet »in the course of his employment».

Vad som framför allt verkar förvirrande i den hithörande materian är emellertid detta försök att binda »master's liability» vid betingelsen att »servant's» handling varit på något sätt auktoriserad av »master» eller åtminstone »incidental to» auktoriserade handlingar, d. v. s. »liable to happen» vid utförandet av dessa. I läran om »master's liability for his servant» kan det egentligen aldrig vara fråga om verklig auktorisering. Ty föreligger sådan, svarar man ju helt oberoende av förhållandet »master and servant». Det är ju också klart, att situationen i allmänhet just måste vara den vid »master and servant», att den senare icke auktoriserats att begå handlingen. Såsom regel kan det ju icke hävdas — när en »servant» i tjänsten har begått en »tort» mot annan — att »master» har uppdragit åt honom eller eljest »på något sätt» bemyndigat honom till en sådan handling. Icke desto mindre måste det vara det sista, som ligger i bakgrunden för den engelska läran: handlingen skall ha varit »so directly incidental to» handlingar, som »servant» auktoriserats att utföra, att auktoriseringen åtminstone i någon mån s. a. s. avsätter sig även på denna »incidental act», som utgjort en skade-

[7] L. R. 1900, 2 Q. B. 530.

[8] Se uttalandena av lords justices Smith och Romer, L. R. 1900, 2 Q. B. s. 531 f. och s. 534. Den tredje domaren, lord justice Vaughan Williams, kom till samma resultat, ehuru han hävdade avvikande bevisrättsprincip, a. st. s. 532 ff.

bringande »tort». Därmed har man i själva verket grundat sina resonemang på en fiktion, låt vara så pass förtunnad och så anordnad, att den kunnat tjäna som praktisk utgångspunkt för resonemangen. Dock förefaller det, som om man utan fiktionen i fråga icke skulle kunna ha kommit till denna ståndpunkt att låta »master» bli ansvarig även för »wilful wrongs» av sin »servant», d. v. s. även för uppsåtliga brott, som denne kunde begå i tjänsten. Vi sågo, hurusom domaren Willes (för Exchequer Chamber's räkning) i det här ledande fallet framhöll, att »master» visserligen icke hade auktoriserat »the particular act» men i allt fall hade »put the agent in his place to do that class of acts».[9] Det är uppenbarligen just en sådan tankegång, som ligger i bakgrunden för Clerk & Lindsells och andras liknande formuleringar, vilka skola innefatta ansvarighet jämväl för »wilful wrongs» av »servant» i tjänsten. Lämpligheten av denna regel skulle väl ha blivit mindre tvivelaktig, om man stannat vid Willes' ståndpunkt, enligt vilken »the fraud» måste ha begåtts »in the course of the service *and* for the master's benefit». Men »House of Lords» har faktiskt i ett långt senare fall, såsom vi redan sett, utläst denna ståndpunkt så, som om orden »for the master's benefit» icke stode där.[1] Dock torde den vanliga tolkningen vara den, att »master's»

[9] Barwick v. English Joint Stock Bank (1867), ovan s. 453 f. Man bör särskilt lägga märke till, vilken »high authority», som tillägges detta fall, såsom bl. a. framgår av uttalandena i Lloyd v. Grace, Smith & Co. (1912); se s. 454 n. 3. I detta sistnämnda fall uttalade man sig för övrigt i House of Lords så, att en »servant's» handlingssätt kunde vara »fully within the scope of his authority», även när han handlade bedrägligt mot tredjeman, uteslutande av egna bevekelsegrunder och för egna syften. (L. R. 1912, App. Cas. s. 741.) Detta är ordets makt över tanken.

[1] Lloyd v. Grace, Smith & Co. (1912); se ovan noten å s. 454 f. — Det synes mig ganska anmärkningsvärt, att Pollock, s. 97 — efter denna dom av House of Lords — påstår, att »master's liability even for wilful and deliberate wrongs» skulle förutsätta, att dessa handlingar utförts »on the master's account and for his purposes». Uttalandet kan näppeligen bero på tillfälligt förbiseende. Det är emellertid ett faktum, att han ett antal sidor tidigare, s. 78 f., framhävt, att det *numera* (d. v. s. efter Lloyd v. Grace etc.) anses, att principalen svarar, även om »the agent has abused his authority for his own purposes». Visserligen skall detta begränsas till fall då tredjeman »is dealing with an agent as representing the principal in the way of his business, and in reliance on the agent's ostensible authority». Uttalandet är icke desto mindre oförenligt med vad han sedan säger å s. 97. Vad angår den av Pollock gjorda områdesbegränsningen för det utvidgade ansvaret efter Lloyd v. Grace etc. synes densamma icke kunna betyda något annat, än att tredjeman måste ha förstått att personen uppträdde såsom annans »servant». — Gentemot Pollock bör man ställa Salmond, som säger, att efter domen av »House of Lords» i Lloyd v. Grace etc. »apparently ... Cheshire v. Bailey must be taken to have been wrongful decided». I detta fall (1905) hade käranden, en silversmed, av svaranden »hyrt» kusk, häst och åkdon för att köra kärandens resande ikring med varor till kunder i London för påseende. När resanden var inne hos en kund körde kusken, som arbetade i samförstånd med tjuvar, till en plats, där varorna stulos av dessa. Domaren Walton i King's Bench Division fann svaranden ansvarig för kuskens

ansvarighet förutsätter, att »the wilful wrong» ägt rum under den skadelidandes kontakt med »servant» i dennes egenskap av »servant». (Se Pollocks och Salmond-Stallybrass' uttalanden i sista noten.)

Detta resultat tror jag icke, att man skulle ha kommit till, om man icke beträtt den nyss berörda fiktionens väg. Det synes mig särdeles tvivelaktigt, huruvida det skulle kunna motiveras utifrån rent sakliga grunder. Jag får i sådant avseende hänvisa till de rättspolitiska synpunkter angående grunden till principalens ansvarighet, vilka jag utvecklat här ovan s. 464 ff. Tager man del av dessa, torde det vara ganska lätt att övertyga sig om, att något annat än att låta principalen svara för anställds *culpa* är frågan, huruvida han även borde svara för dennes *dolösa* handlingar i tjänsten. Såvitt jag förstår torde denna fråga i princip böra besvaras nekande.[2]

---

skadegörelse. Court of Appeal ändrade denna dom och befriade svaranden från ansvaret. Av vart och ett av de tre domarnas vota framgår, att man inte kunde vara ansvarig för följderna av »the criminal act», som begåtts av »servant», enär en sådan handling icke kan anses ha skett »within the scope of his employment». (Se L. R. 1905, 1 K. B. 237.) Denna dom, menar nu Salmond, måste efter Lloyd v. Grace etc. anses vara oriktig; d. v. s. numera svarar »master» även för en sådan »criminal act of his servant». Pollock däremot citerar, s. 90, Cheshire v. Bailey utan antydan om något annat, än att principen för detta avgörande alltjämt vore i full kraft. Salmonds slutledning förefaller emellertid vara oantastlig. Men konsekvenserna måste ju synas betänkliga. Detta torde ligga i bakgrunden för Pollocks uttalanden. Salmond-Stallybrass påpekar, s. 99, att rättsregeln i Lloyd v. Grace etc. måste tolkas »in the light of the facts of that case». Om man, heter det vidare, omsorgsfullt undersöker grunden för Lloyd v. Grace, så synes fallet begränsa »the employer's liability to those cases in which the plaintiff has been invited by the defendant to enter into some sort of relationship with the wrongdoer. Where, however, there is no such invitation, express or implied, the master will not be liable for the wilful and deliberate torts of his servant, unless they have been committed for the master's benefit.» Emellertid är Salmond-Stallybrass tydligen av den mening, att avgörandet i Cheshire v. Bailey icke kunde stå sig efter Lloyds v. Grace etc., s. 100 f., vilket ju väl förenar sig med det nyss gjorda citatet. Clerk & Lindsell äro däremot uppenbarligen av den åsikten, att ingen konflikt råder mellan domsprinciperna i de båda fallen. De utlägga saken så, s. 73 f., i Cheshire v. Bailey, att kusken vid brottets begående »was, for the time being, not acting in the course of the employment at all». Detta förefaller i och för sig vara mycket förnuftigt, men synes icke kunna göras gällande utan direkt opposition mot principen i Lloyds v. Grace etc. Här hade »servant» — clerk hos en solicitor — genom grovt bedrägeri, helt och hållet för sina egna syften och intressen, lurat en klient till för henne förlustbringande transaktioner. Om en sådan »criminal offence» kunde ha skett »in the course of the employment», varför skulle då icke också »servant's» brott i Cheshire v. Bailey anses ha begåtts »in the course of his employment»?

[2] Ett detaljerat ingående på denna fråga skall här icke ske. Några reflexioner skola likväl göras. Även denna fråga är att bedöma uteslutande med anläggande av vad jag betecknar som samhällsnyttiga synpunkter. (Till förståendet av innebörden av denna beteckning hänvisas till utredningen, nedan s. 549 ff., av metod för en konstruktiv rättsvetenskap.) Det är tydligt nog, att de faktiska utgångspunkterna för bedömande av frågan om principalens ansvar oberoende av egen culpa — allteftersom ansvaret skall

Huvudparten av de »torts», för vilka man svarar med »master's liability», utgöres naturligtvis av »negligent acts». Å andra sidan torde principen dock vara den, att »master» svarar för en »actionable tort»,

---

avse (blott) den anställdes culpa eller (jämväl) hans dolus — äro långtifrån analoga. Att i sin tjänst taga en person, som sedermera visar sig genom dolöst handhavande av tjänsten tillfoga annan skada, *kan* visserligen innefatta »culpa in eligendo». Men ett sådant antagande är dock — i princip — vida mindre sannolikt än antagandet, att anställandet av en person, som genom oskicklighet, okunnighet eller slarv i fråga om till tjänsten hörande göromål vållat skada för tredjeman, berott på principalens bristande aktsamhet och omsorg vid anställningen. En sak är att, om man anställer en person, som faktiskt förut avslöjats som brottsling eller som varit starkt misstänkt såsom sådan, så kan man under omständigheter anses verkligen ha begått en »culpa in eligendo». Men den undersökning, som arbetsgivaren eller hans ställföreträdare normaliter företager före anställningen, har icke avseende därå, huruvida en person med hittills, såvitt visats, fullt oantastlig vandel tilläventyrs skulle vara i stånd att, detta oaktat, uppsåtligen begå en ohederlighet eller annat brott i tjänsten. Icke heller torde det kunna anses ur socialekonomiska synpunkter önskvärt att animera till sådana undersökningar. — Skada å tredjeman genom den anställdes dolösa handlingssätt är vidare icke i samma frekvens som sådan skada genom hans culpa beroende på underlåtenhet att iakttaga normal aktsamhet i fråga om instruktioner eller övervakning från en principals sida (culpa in instruendo vel inspiciendo). Ytterligare måste naturligtvis ihågkommas, att hela idén med detta principalens ansvar oberoende av egen culpa, rationellt sett, måste vara att, i den allmänna produktionens och omsättningens intresse, åstadkomma stimulans till ökad känsla av trygghet i handel och vandel. En principals ansvar även för anställdas *dolus* skulle på ett särskilt sätt kunna öka hans ekonomiska risker. Hur skulle han väl genom utövning av instruktioner, tillsyn och kontroll kunna känna sig trygg emot, att icke en hos honom anställd person, genom att i tjänsten handla bedrägligt mot tredjeman eller begå annat brott emot denne, ådroge honom det drygaste skadeståndsansvar? Hur skulle han väl kunna göra några kalkyler angående de risker, han på detta sätt löpte genom att i god tro ha anställt förbrytare i sin tjänst? Utan att närmare tränga in på frågan torde vi — med hänsyn till vad som förut sagts i denna not, jft med vad jag utvecklat ovan s. 464 ff., ävensom med hänsyn till denna ansvarsfrågas historia i skilda länder — kunna utgå därifrån, att principalens ansvarighet för anställda alltid måste avse deras culpa, vare sig nu ansvaret befinnes jämväl böra gälla deras dolösa handlingar eller icke. I annat sammanhang, ovan s. 470 ff., har jag dryftat vissa farhågor, avseende otrygghet för företagarverksamhet, på grund av principalens ansvar för anställdas *culpa*. Även om dessa farhågor icke kunna leda till avvisandet, åtminstone icke det fullständiga avvisandet, av nämnda ansvar, torde man näppeligen kunna komma ifrån, att en principals ansvarighet jämväl för anställdas *dolus* kunde ifrågasättas vara ägnad att motverka den för all företagarverksamhet betydelsefulla trygghetskänslan i högre grad, än som vore förenligt med samhällsekonomiens intresse. Det kan m. a. o., synes det mig, allvarligen diskuteras, huruvida man icke genom uppehållandet av en regel om principalens ansvarighet jämväl för de anställdas *dolus* skulle i trygghetsavseende förlora mera, till men för samhällsekonomien, än man kunde vinna. I allt fall måste det vara klart, att en regel om en principals ansvar för skada genom anställdas *dolösa* handlingar i tjänsten på intet sätt behöver vara motiverat, därför att man finner en regel om hans ansvar för sina anställdas *culpa* vara av behovet påkallad. Härtill skall blott läggas, att situationer finnas, då en principals ansvar jämväl för anställdas dolus är mera klart motiverat ur samhällsekonomiska synpunkter. Sådana situationer utmärkas då av särskilda fakta, vilka just föranleda, att principalens ansvar för anställdas dolus framstår såsom önskvärt ur den allmänna trygg-

även om denna icke förutsätter negligence och det sålunda å »servant's» sida vore fråga om strikt ansvar. Det torde emellertid icke ha någon större praktisk betydelse för »master's liability», att en »servant» i sin tjänsteutövning skulle kunna förorsaka tredjeman skada genom en »tort», utan att »negligence» (eller »wilfulness») förelegat. Emellertid säger Salmond, att »master's liability» omfattade, utom »fraud» och andra »wilful wrongs», jämväl »negligence and mistake».[3] Om han med »mistake» har i sikte något, som icke innefattade »negligence», förstår man icke riktigt. Förmodligen åsyftar han, vad Pollock uttrycker så, att »servant's wrong» bl. a. kunde bestå i »the excessive or erroneus execution of a lawful authority». Här skall emellertid »master's liability» förutsätta, att »servant» avsåg att göra något, vartill han faktiskt bemyndigats av »master», samt att handlingen, om den utförts i behörig ordning eller om förhållandena varit sådana, som »servant» av misstag antagit, skulle ha varit »lawful».[4] Till belysning härav säger Pollock med stöd av en »case», att en tjänare i allmänhet har »implied authority» att göra vad som helst, som rimligen är nödvändigt för att skydda sin husbondes egendom »in emergency». Därvid vore det en gradfråga, huruvida tjänaren gått till sådan överdrift, att han genom handlingen måste anses ha överskridit bemyndigandet.[5] Uttalanden i denna »case»

hetens och omsättningens synpunkt. (Exempel: principalen har mottagit värdeföremål i deposition och dessa stjälas eller försnillas av hans biträden i tjänsteutövning; eller det rör sig om skadebringande handling av tjänsteman i ett trafikföretag eller liknande, där det är särskilt angeläget att stärka allmänhetens tillit till företagets säkra fungerande.)

[3] Salmond, s. 104.

[4] Pollock, s. 93.

[5] Uttalandet grundar sig på Poland v. John Parr & Sons, L. R. 1927, 1 K. B. 236. John och Harry Parr hade en åkerifirma. Hos dem var Hall anställd som åkare. Harry Parr körde en dag själv ett lass med 50 säckar socker. Han hade två hästar men behövde en tredje uppför en backe. Hall mötte honom på ett ställe med den tredje hästen, som förspändes, varefter Parr tog hand om hela körningen. Hall skulle gå hem till sitt och äta middag. Emellertid följde han tätt efter sockervagnen. Därvid fick han se en skolpojke vid sidan av vagnen med handen på en av sockersäckarna. Hall trodde pojken ville snatta socker och gav honom ett slag i nacken, så att pojken föll och vagnen gick över hans fot, som måste amputeras. Pojken hade i själva verket ingen tanke på att snatta socker, men Hall befanns i sådant avseende vara i god tro. Pojkens fader förde skadeståndstalan mot Halls arbetsgivare. Denna ogillades av första instansen (Court of Passage of the City of Liverpool), där domaren Taylor sade, att Hall — alldenstund han var anställd hos svaranden som »a carter» — »was not at that time acting in the course of that which he was employed to do, nor was he doing any act which can be said to be incidental to that employment» (a. st. s. 236 f.). Käranden appellerade, och man var i Court of Appeal ense om, att svarandena vore betalningsskyldiga. Lord justice Bankes citerade Salmonds uttalande här ovan s. 486 n. 6, i vilket han fann »the rule of law concisely stated». Gentemot svarandenas försvar, att Hall handlat utan deras vare sig direkta eller indirekta bemyndigande, sade Bankes: »As a general rule a servant has an implied authority upon an emergency to endeavour

(se den sista noten) illustrera, vad som menas med »excessive or erroneus execution of a lawful authority». Lord justice Scrutton sade i fallet i fråga (angående »servant's» handling att giva pojken ett slag till förebyggande av snatteri från »master»):

»He took action either to prevent the theft or a repetition of it. Maybe his action was mistaken (enär pojken icke snattat eller avsett att snatta) and maybe the force he used was excessive; he might have pushed the boy instead of striking him. But that was merely acting in excess of what was necessary in doing an act which he was authorized to do. The excess was not sufficient to take the act out of the class of authorized acts, and therefore the learned judge was wrong.»[6]

Vad angår »excess», måste denna praktiskt taget innefatta »negligence».[7] Men misstaget har i detta fall berott på »reasonable grounds» (Bankes) och innefattar sålunda icke »negligence». Om någon »excess» vid handlingens utförande icke befunnits ha skett och denna begåtts av nu exemplifierat s. k. ursäktligt misstag, då skulle vi här ha framför oss

---

to protect his master's property if he sees it in danger or has reasonable ground for thinking that he sees it in danger; and an implied authority is as good as an express authority.» När man hade att avgöra, om bemyndigande till handlingen vore »implied» eller icke, måste man fråga sig, huruvida handlingen företagits »for the servant's own purposes» eller »in his master's interest». Det senare alternativet passade in på Halls ifrågavarande handling, och »though perhaps excessive yet it did not pass beyond the description of an unauthorized mode of doing an impliedly authorized act». (A. st. s. 240 och 242.) Den givna »description» är just hämtad från Salmond. — Det var ett skadestånd på 500 pund som utdömdes. I ett annat fall skulle summan naturligtvis ha kunnat bliva 5000 pund. Det synes mig tvivelaktigt, huruvida det kan vara ur sociala synpunkter motiverat att i en situation som denna hävda »master's liability», och det synes mig vara extraordinärt betänkligt att bygga ansvaret på den av domstolen åberopade grunden, som är det tomma intet. »Implied authorization» är en ren fiktion och sålunda detsamma som intet bemyndigande alls. Detta ingenting kan sålunda i engelsk juridik tänkas taget till intäkt för skadeståndsdomar, som ruinera de mest aktsamma och strävsamma människor. I allmänhet präglas dock resultaten i de engelska domarna, trots de rättsideologiska resonemangen, av s. k. common sense. Men i detta fall har man svårt att spåra sådan. Då skulle man ha fastställt Taylors dom. Denna förklarades av Bankes vara »wrong», tydligen därför att Taylor förbisett, att Halls handling fölle inom »the description of an unauthorized mode of doing an impliedly authorized act» (a. st. s. 242). Lord justice Atkin påstod att »the learned judge (domaren Taylor i första instansen) has not given enough weight to the consideration that a servant may be impliedly authorized in an emergency to do an act different in kind from the class of acts which he is expressly authorized or employed to do. Any servant is as a general rule authorized to do acts which are for the protection of his master's property» (a. st. s. 244 f.).

[6] L. R. 1927, 1 K. B. s. 244.

[7] Föreligger icke »excess», så måste ju »servant» anses blott ha i behörig ordning fullgjort en »authorized act» (låt vara »impliedly authorized»). Detta är en grund som t. o. m. skulle komma en principal att ansvara för en »independent contractor». Detta ansvar oberoende av »negligence» intresserar oss sålunda icke här.

ett fall av »master's liability» för en handling av hans »servant», vilken handling varken berott på »wilfulness» eller »negligence». — Man kan vidare mycket väl tänka sig, att »servant» i tjänstens utövning begår en »trespass to land» på grund av »inevitable mistake», alltså utan »negligence». Att det till »master's liability for the torts of a servant» hör att svara för en sådan »trespass» kan näppeligen betvivlas.[8] Man finner sålunda fall av »master's liability», där »servant's» handling — ehuru naturligtvis en »tort», en »wrong» — icke innefattar »culpa». Men i det hela kan man säga, att detta ansvar begränsar sig »to cases where at least negligence is proved».[9]

Tyvärr saknar jag både tid och utrymme för en mera utförlig redogörelse för de »cases», som belysa domstolarnas tillämpning av uttrycket eller begreppet »in the course of his employment». Några ytterligare påpekanden skola emellertid göras. Därvid nämnes först, att handlingar, som eljest skulle hänföras under detta begrepp, icke anses uteslutna därifrån, därför att »master» uttryckligen förbjudit sin »servant» att företaga dem.[1] Häremot torde i och för sig intet vara att invända,

[8] »A master is liable for any tort committed by his servant . . .», Salmond, s. 96. Se f. ö. även Pollock, s. 88 f. Winfield, Text-Book, s. 136, uttalar sig direkt i ämnet. I allmänhet är det visserligen så, säger han, att fråga är om negligence å »servant's» sida. Emellertid borde märkas, »that in some torts (e. g. trespass) intention or negligence is immaterial; the doer is liable either way. In cases of this sort the master may well be responsible for conduct of the servant to which no moral blame attaches.»

[9] Jfr Pollock, s. 81 (ovan s. 461 vid n. 5).

[1] »The leading case» synes här alltjämt vara Limpus v. London General Omnibus Co. (1862), 1 Hurlstone and Coltman, Exch. Reports, 526; ref. också hos Kenny, Cases, s. 79 ff., samt utförligt hos Campbell, Ruling cases, XVII, s. 258 ff. Kusken på en omnibus, tillhörande svarandebolaget, hade kört sitt åkdon så, att vägen spärrades för en omnibus, tillhörande annan, och att denna senare omnibus välte. Kusken på bolagets omnibus tillstod, att han manövrerat, som han gjorde, just för att hindra den andra bussen att komma före honom, samt att han bar på sig ett kort, varå hans bolag givit order, att dess kuskar icke finge »on any account race with or obstruct another omnibus, or hinder or annoy the driver or conductor thereof in his business», likgiltigt om sådan omnibus tillhörde bolaget eller icke. I enlighet med de instruktioner, juryn fått av domaren Martin i Court of Exchequer, gav den utslag till förmån för käranden, vadan svarandebolaget dömdes betala och därefter fullföljde sin talan hos Exchequer Chamber, där underinstansens dom fastställdes med 5 röster mot 1. Domaren Willes, tillhörande majoriteten, uttalade därvid bl. a. följande: »It may be said that it was no part of the duty of the defendants' servant to obstruct the plaintiff's omnibus, and moreover the servant had distinct instructions not to obstruct any omnibus whatever. In my opinion those instructions are immaterial. If disobeyed, the law casts upon the master a liability for the act of his servant in the course of his employment; and the law is not so futile as to allow a master by giving *secret* instructions to his servant, to discharge himself from liability . . . Suppose a master told his servant not to break the law, would that exempt the master from responsibility for an unlawful act done by his servant in the course of his employment?» (Kurs. här.) Dessförinnan hade Willes haft ett annat intressant uttalande. Det finns i verkligheten intet rättsmedel mot en

men hur skall man kunna hävda att »servant» nu utfört en »authorised» handling, låt vara på ett »unauthorised» sätt? Visserligen är dylikt svårt att göra gällande i månget fall av vanlig »negligence». Men svårigheten synes mig här bliva tillspetsad. Det är en sofistisk lek med ord, om man vill trycka därpå — för att nu hålla oss till den i sista noten berörda »leading case» — att omnibuskusken var anställd för att köra och skadan inträffade under hans körning. Ty köra och köra kunna vara vitt skilda handlingar, även om de avse samma omnibus. Om man anställer någon för att köra en omnibus och uttryckligen instruerar honom att därvid icke utföra vissa körhandlingar — hur skola då *dessa* körhandlingar kunna sägas vara på något sätt »auktoriserade» genom anställningen?

Låt oss emellertid för ögonblicket lämna idén om »auktorisering» såsom avgörande för tillämpningen av »in the course of his employment» och därmed för ansvaret. Då ha vi att direkt hålla oss till betydelsen av det sista uttrycket. Vi ha i det föregående sett ett par fall, i vilka domstolens avgörande synes ha berott på sakligt resonemang angående frågan om »servant's» handling skett eller icke skett »in the course of his employment».[2] Beaktar man, att denna bestämning uppställts just med hänsyn till syftet att angiva området för »master's liability», och beaktar man vidare de rättspolitiska synpunkter, som jag i det före-

---

omnibuskusk, sade han, och därför är det nödvändigt, att hans »master» får bära ansvaret: »for there ought to be a remedy against some person *capable of paying* damages to those injured by improper driving» (kurs. här). Även Willes gav uttryck åt, vad domaren Crompton formulerade så, att det verkliga ansvarskriteriet här vore, »whether the injury resulted from an act done by the driver in the course of his service *and* for his master's purposes». Uppenbarligen i anledning härav säger Kenny, Cases, i en not till fallet: »The result would have been different had the driver obstructed the omnibus for mere mischief or merely to win a bet about his own superiority. For where an agent does a wrongful act not for the benefit of his principal but for his own private ends, that act is *not* 'within the scope of his employment', and the principal is not liable for it.» Detta uttalande föranleder tre skilda reflexioner. 1. Domaren Crompton har tydligen icke sett så på saken, eftersom han förutsatte, att »servant» kunde handla »in the course of his service» utan att handla »for his master's purposes». 2. Ur synpunkten av rättsbehovet för den skadelidande allmänheten torde det vara likgiltigt, vilka syften som »servant» fullföljt med handlingen. Vad som här i princip synes böra vara särskiljande är frågan om »wilfulness» eller »negligence», ehuru denna diskriminering kanske just i fall av förevarande art kunde ifrågasättas falla bort (jfr ovan s. 489 ff., noten in f.). 3. Ansvarsförutsättningen, att handlingen skett jämväl »for his master's purposes» (eller »for his master's benefit»; jfr domaren Willes i Barwicks »case», 1867, ovan s. 453 f.) uppgavs ju faktiskt av House of Lords i Lloyd v. Grace, Smith & Co. (1912), ovan s. 454 f., ett fall som utvisar, att »the wrongful act of a servant» anses kunna falla »within the scope of his employment», även om den begåtts »not for the benefit of his principal but for his own private ends».

[2] Smith v. Martin etc. (1911), ovan s. 479 n. 1, och Beard v. London General Omnibus Co. (1900), ovan s. 486 f.

gående sökt angiva som motivering för detta ansvar[3], så förstår man, att ingen tvekan kan råda därom, att »servant» handlar »in the course of his employment», icke blott när han fullgör sina åligganden, utan även när han utför dem »negligently» eller på grund av »negligence» åsidosätter dem[4]. Nu angivna verksamhet eller underlåtenhet måste väl anses klart och tydligt falla inom »the course of his employment», hur omöjligt det än är att i princip kunna låta den få något sken av »authority» över sig, såvitt »negligence» varit med i spelet.

Men »in the course of his employment» skall ha en mycket vidare omfattning, vilket ju inses redan därav, att därunder skola falla även en tjänares »wilful wrongs», likgiltigt om de begåtts för »the master's benefit» eller för »the servant's own purposes». Detta innefattar i själva verket ett så radikalt brytande av allt samband mellan utövning av tjänst å ena sidan och »master's liability» å andra sidan, att man kunde frestas tolka uttrycket »in the course of his employment» på mest vidsträckta sätt, nämligen så att ansvarigheten icke förutsatte annat, än att tredjeman lidit skada genom »servant's» handlingssätt »at the time of his employment». Av uttalandena i judikaturen är det dock tydligt, att domstolarna allmänt ha den meningen, att »in the course of his employment» är liktydigt med »within the scope of his employment». Denna mening synas de dock helt omedvetet giva upp i och med antagandet av »master's liability» även för »wilful wrongs of a servant», ja t. o. m. blott därmed att man låter »master» svara för skada, uppkommen därigenom att »servant» handlat i strid med uttryckliga instruktioner. Det torde i varje fall vara högst dubiöst, huruvida den, som handlat i rak strid med arbetsgivarens uttryckliga order, enligt vanligt språkbruk kunde anses *därutinnan* ha hållit sig »within the scope of his employment». Emellertid är det tydligt, att tolkningen av »in the course» såsom liktydigt med »at the time» skulle leda till de mest abderitiska ansvarskonsekvenser för en »master». I själva verket synes judikaturen t. o. m. ha gått väl långt i att differentiera mellan »at the time» och »in the course». Det ledande fallet synes här vara Williams v. Jones (1865). Svaranden hade anställt en snickare att åt sig göra en skylt-stolpe. Snickaren betraktades såsom svarandens »servant», icke såsom »independent contractor».[5] Under arbetet tände snickaren sin pipa med ett hyvel-

---

[3] Ovan s. 464 ff.

[4] I sistnämnda fallet är det just blott åsidosättandet som avses.

[5] Vad detta berodde på vet jag icke närmare, då jag blott känner fallet genom litteraturen. Det sammanhänger kanske därmed, att snickaren skulle förfärdiga saken icke hemma hos sig utan på en plats, som svaranden anvisat. Möjligt är också, att

spån, som han därefter kastade på golvet, med påföljd att skjulet råkade i brand. Exchequer Chamber friade svaranden, snickarens »master», från ansvarighet. Salmond sammanfattar, uppenbarligen med fullt gillande, innebörden av den begreppssterila domsmotiveringen sålunda:

»There was no negligence in making the signboard (the master's business); there was negligence only in smoking the pipe (the servant's business). The fact that the two things were coincident in time did not make them parts of a single transaction done on behalf of the master. It is true that the servant was negligent in his management and care of the shed, but he was not employed by his master to look after the shed; his master's business was the making of a signboard, not the care of the plaintiff's shed.»[6]

Medgivas måste emellertid, att denna ståndpunkt intogs av domstolen endast med tre röster mot två. Denna »case» betraktar man också såsom ett gränsfall[7], vilket naturligtvis icke har sin grund i den knappa majoriteten utan blott däri, att man senare i ett liknande fall låtit »master» bliva ansvarig, och därvid rent av angående Williams v. Jones uttalat en förmodan, att utgången i detta fall skulle ha blivit en annan, om den anställde »had been making gunpowder instead of a sign-post»[8].

---

snickaren var anställd i svarandens tjänst för att utföra snickeriarbeten av skilda slag. — Fallet är refererat i 3 Hurlstone & Coltman, Exchequer Reports, 602, däremot icke hos Campbell, Ruling cases, eller Kenny, Cases.

[6] Salmond, s. 109, som fortsätter att belysa saken med dessa ord: »If the servant had been a carter instead of a carpenter, and had lit his pipe while driving his master's horses, and whilst so doing he had run over the plaintiff through inattention, his master would have been responsible; for this would have been a negligent way of driving horses, and not merely a negligent way of lighting pipes. But if, after lighting his pipe under the same circumstances, he had negligently thrown away the match, and so burned the plaintiff's crops, his master would have been free from responsibility. This would be a negligent way of smoking tobacco, but an unexceptionable way of driving horses.» Salmond återgiver också ordagrant kontentan av domsmotiveringen, som meddelades av domaren Keating. Av särskilt intresse — till belysning av betraktelsesättet — synes mig detta Salmonds uttalande, s. 110: »It is submitted that even if the carpenter had been expressly permitted to smoke while doing his work, the master would have been equally free from liability» (såvida icke själva tillåtelsen måste betraktas såsom en »master's» egen »negligence»). Tändningen av pipan förbleve icke desto mindre »the business of the servant» och icke »that of the master». — Pollock, s. 93, säger att fallet kommer nära den situation, att en gruvarbetare öppnar sin »safety-lamp» för att få eld i sin pipa och därvid förorsakar explosion. Domstolarna hade visserligen icke avgjort något sådant fall »in any reported case», men av deras uttalanden vore det dock tydligt, att arbetsgivaren i ett dylikt fall icke skulle anses ansvarig. Se angående Williams v. Jones, utom Salmond och Pollock, Clerk & Lindsell, s. 78 f. samt Lord Justice Bankes' votum i Jefferson v. Derbyshire Farmers Ld. Bankes återgiver också minoritetens ståndpunkt, se L. R. 1921, 2 K. B. s. 286 f.

[7] Clerk & Lindsell, s. 79.

[8] Lord Justice Atkin i Jefferson v. Derbyshire Farmers Ld, L. R. 1921, 2 K. B. s. 284. Det var här flera personer på kärandesidan, och fallet är i samband därmed ganska invecklat, men den fråga, som här intresserar oss, ligger till på följande sätt. Innehava-

Utifrån de antagna distinktionerna är det nog uteslutet att kunna få någon rätsida på vissa fall med hänsyn till frågan, huruvida »master's liability» bör anses föreligga eller icke. Man måste väl säga, att om tändningen av pipan, resp. cigarretten, icke var »incidental to the authorised act» i ena fallet (Williams v. Jones, 1865), så var den det icke heller i det andra (Jefferson v. Derbyshire Farmers, 1921), och vice versa. Konsekvensen härav blir emellertid närmast endast den anmärkningen, att det i de båda fallen ur synpunkten i fråga hade bort dömas på samma sätt. Men nu inträffar det märkliga, att något uttryck för en dylik åsikt icke framträder i doktrinen, som tvärtom betraktar vardera fallet som fullt »auktoritativt». Tydligen kan en skadebringande handling av »servant» vara »incidental to the employment» utan att bilda kriterium på »master's liability». I själva verket synes man gradera »incidentaliteten», så att blott sådan över en viss minimigrad får leda till »master's liability». Clerk & Lindsell säger om »servant's» handling i ett visst fall, att den »was considered not *sufficiently* incident to the ordinary duties of his employers to render his master liable».[9] Varför var handlingen icke tillräckligt »incident to etc.»? Uppenbarligen därför att sanningslösheten i fiktionen om handlingen såsom på något sätt auktoriserad av »master» var alltför tydlig. I fallet i fråga, Stevens v. Woodward (1881), hade svarandenas bokhållare i direkt strid mot uttryckligt förbud gått in i ett av principalernas rum, där han tvättat händerna i en lavoar. Han stängde icke vattenkranen ordentligt efter sig, med påföljd att vattnet flödade över och inträngde i kärandenas våning under svarandenas kontorslägenhet. Svarandena friades från ansvar, enär bokhållarens handlingssätt icke varit »in any way incident to his employment as a clerk» och icke innefattat något »within the scope of

---

ren av ett bilgarage lät svarandena begagna detta för sina lastbilar. Svarandena hade en yngling vid namn Booth anställd i garaget. När denne tappade motorsprit »from a drum into a tin», tände han sin cigarrett, varefter han kastade tändstickan på golvet. Detta var betäckt med »petrol and oil», som fattade eld, vilken småningom brände ned garaget. Court of Appeal var enig om, att »master's liability» här vilade å svarandena. Visserligen kunde man säga, att Booth icke hade anställts »to light the match and throw it away». Detta vore dock icke det sätt, varpå man hade »to approache the question». Det fölle inom »the scope of his employment» att fylla kannan med motorsprit från behållaren, ett arbete som krävde »special precautions». Genom sitt handlingssätt hade Booth utfört »the work of his employers in an improper way and without taking reasonable precautions». Därför vore hans arbetsgivare ansvariga. (Lord justice Warrington, a. st. s. 288.) Lord justice Bankes sade angående Williams v. Jones (1865), att domstolsledamöterna i det fallet icke differerade i någon »question of law» utan endast beträffande »the proper inference to be drawn from the fact that the man lit his pipe while working at a sign-board», a. st. s. 286.

[9] Clerk & Lindsell, s. 72.

his authority or incident to the ordinary duties of his employment».[1] Hur detta nu skall kunna bringas i samklang med avgörandet i det ovan s. 493 n. 1 berörda fallet Limpus v. London General Omnibus Co. (1862), där »master's liability» utdömdes, trots att »servant» varit uttryckligen beordrad att icke handla så, som han gjorde, är kanske icke så lätt att förstå.[2]

När Stevens v. Woodward (1881) är nämnt, måste också Ruddiman v. Smith (1889) beröras. Fallen äro till det yttre mycket lika varandra, men utgången blev här den motsatta; »master» befanns ansvarig. »Servant» var också här en »clerk», som — »upon leaving off his day's work» — hade tvättat sina händer och glömt att stänga vattenkranen. Men handlingen hade i detta fall försiggått »in a lavatory provided for the use of himself and other clerks in the defendant's service». Med allt skäl sade här chief justice, lord Coleridge, att det vore svårt att säga, »that it is within the scope of a clerk's employment to wash his hands». Däremot fann han det otvetydigt vara »an incident to his employment». Följaktligen gjordes principalen ansvarig för kontoristens »negligence».[3] Man kan fråga sig, varför kontoristens handlingssätt i detta fall mera än i Stevens v. Woodward vore att betrakta såsom »an incident to his employment»[4], i all synnerhet som man ju i båda fallen var på det klara med, att handlingen icke fölle »within the scope of his employment».

---

[1] Domaren Grove i Queen's Bench Division, se L. R. 1881, 6 Q. B. D. s. 321. Det var efter det att principalen, som hade lavoarrummet, lämnat kontoret, som bokhållaren gick in och tvättade sig. Det synes vara ostridigt, att principalen förbjudit kontorspersonalen att gå in i rummet, sedan han lämnat detsamma. Inför rätta hade han dessutom sagt: »The lavatory is in my room, and is for my own use exclusively», men något särskilt förbud för personalen att använda lavoaren — utöver det som framgick av entré-förbudet för personalen — synes icke ha givits.

[2] Fallet Limpus etc. är icke berört i Stevens v. Woodwaard. Svarandena i detta senare fall hade dock dömts ansvariga i första instansen. Emellertid medgav domaren Grove (i appellationsinstansen, Queen's Bench Division), att det funnes fall, i vilka »a prohibition would have no effect». I förevarande »case» vore emellertid förbudet »material as shewing the local limit of the clerk's duties». (Se L. R. 1881, 6 Q. B. D. s. 320 och s. 322.) Antag, sade han, att det varit icke en bokhållare utan en tjänsteflicka — till vilkens plikt det hört att hålla lavoaren ren — som trots uttryckligt förbud begagnat densamma: »her act of using the bason and omitting to turn off the water would be so incident to her employment that the master would be liable» (a. st. s. 320 f.).

[3] Fallet Ruddiman v. Smith finns, egendomligt nog, icke refererat i Law Reports, icke heller hos Campbell, Ruling cases, eller Kenny, Cases. Det är ref. i mig icke tillgängliga 60 Law Times (New Series) 208. Min redogörelse härleder sig främst från Smith, Master and servant, s. 232. Av Salmond, s. 110, framgår att saken avgjordes av en »Divisional Court», vilket måste betyda, att den, liksom Stevens' fall, bedömts av Queen's Bench Division.

[4] Salmond säger s. 110, beträffande Ruddiman v. Smith, att det icke vore lätt att

Jag skall nu helt kortfattat belysa den förevarande frågan med en del fall, i vilka »servant» skadat tredjeman, när han kört »master's» häst och vagn. En »servant», som var ute i London »in his master's business» men därvid icke hade att köra in i city, hade likväl gjort detta för något sitt eget syfte och så genom vårdslös körning skadat tredjeman. »Master» dömdes ansvarig.[5] Några år senare dömdes »master» ansvarig i ett liknande fall. Efter att ha kört sin »master» till en viss plats fick »servant» order att köra vagnen till stallarna vid Leicester Square. Han körde emellertid först till ett annat ställe och avlämnade där en paket för egen räkning. På färden därifrån till stallarna inträffade olyckshändelsen. Det gjordes inför domstolen gällande, att »the servant was not at that time engaged in his master's business». Men domaren Erskine menade, att »servant» handlade »in the course of his employment», ända tills åkdonet inlämnats i stallarna.[6]

---

se, »how the clerk in such circumstance could be said to be engaged on his master's business». Det är möjligt, att Salmond skulle ha funnit domen anmärkningsfri, om händelsen inträffat under och icke »after office hours». Clerk & Lindsell, vilkas kunskapskälla för detta fall är 5 Times Law Reports 417, säga, s. 79, att »the actual decision in this case may perhaps be supported on grounds unconnected with the law of agency (bl. a. omfattande 'master's liability'); the case may possibly come within the principle that a person who permits another to commit a nuisance on his premises is responsible for it, although the parties may not stand in the relation of principal and agent». Lord Coleridge gjorde dock, synes det, ingen antydan om en sådan grund för ansvaret. Den ansvarsgrund, som Clerk & Lindsell alludera på, måste väl vara principen i Rylands v. Fletcher. Jfr domaren Wright i Blake v. Woolf (ovan s. 372). Emellertid synes nämnda princip för ett sådant fall som det föreliggande vara definitivt avvisad genom Rickards v. Lothian (ovan s. 372 ff.), ehuru principens tillämplighet eljest väl kunde diskuteras (jfr ovan noten å s. 360 f. samt s. 367 ff.).

[5] Joel v. Morison (på 1830-talet), 6 Carrington & Payne, Nisi Prius Reports, 501. Knapphändigt berört hos Campbell, Ruling cases, XVII, s. 254, och Kenny, Cases, s. 86. Se emellertid Smith, Master and servant, s. 233. — Lord Wensleydale sade i domen bl. a.: »The master is only liable where the servant is acting in the course of his employment. If he was going out of his way, against his master's implied commands, when driving on his master's business, he will make his master liable; but if he was going on a frolic of his own, without being at all on his master's business, the master will not be liable.» (Uttalandet härleder sig, enligt domsuttalanden i Mitchell v. Crassweller, 1853, från Baron Parke, som förmodligen senare blivit Lord Wensleydale.) Wensleydale betecknade »servant's» avvikelse från den behöriga körvägen blott såsom en »détour».

[6] Sleath v. Wilson (omkr. 1840), 9 Carrington & Payne, Nisi Prius Reports, 607. Erskines instruktion till juryn har återgivits av Kenny, Cases, s. 86, delvis också i Campbell, Ruling cases, XVII, s. 255, och Smith, s. 234. Han sade i denna bl. a. att, om man i ett sådant fall ansåge »servant» icke handla i tjänsten, »it might be contended that if a master directs his servant to drive slowly, and the servant disobeys his orders and drives fast, and through his negligence occasions an injury, the master will not be liable. But that is not the law: the master in such a case will be liable, and the ground is, that *he has put it in the servant's power to mismanage the carriage by intrusting him with it*» (kurs. här). I de kursiverade orden synes en sakligt betonad synpunkt på frågan framträda.

I ett mycket känt fall, Mitchell v. Crassweller (1853), blev utgången en annan. Svarandena voro här järnhandlare i Welbeck Street (i London) och hade för affärens skull en lastvagn, som kördes av en anställd person S. Denne hade att efter dagens körningar återvända till Welbeck Street för att få nyckeln till en stallbyggnad 500 yards därifrån och där ställa in häst och vagn. När S en kväll fått nyckeln, kom svarandenas »foreman» och bad honom köra sig hem. S gick »to ask his masters' leave, and not being able to find them, said 'that he would chance it'», varpå han körde »the foreman» till Euston Square. På hemvägen körde han över käranden, som blev illa skadad. Samtliga ledamöterna av domstolen (Court of Common Pleas) voro av den mening, att skadegörelsen icke inträffat »in the course of his employment».[7]

---

[7] Originalreferatet finns i 13 Common Bench Reports 237. Fallet synes emellertid vara fullständigt refererat också i Campbell, Ruling Cases XVII, s. 252 ff. Chief justice Jervis sade, att, ehuru S var »on his masters' business up to the time that he arrived first in Welbeck Street», så hade han därefter »started on a new journey, and not with the intention of performing his masters' business, but, as it were, upon a frolic of his own». Domaren Maule yttrade: »It cannot be said that his journey to Euston Square was a mere *détour* (så hade 'servants' avvikelse från 'his master's implied commands' betraktats i Joel v. Morison, nästföreg. not 5) from Welbeck Street to the stable, any more than a man ordered to go from Dover to Calais would be said to make a détour if he were first to go from Dover to Australia and then return to Dover and go to Calais. The servant here did something contrary to, and inconsistent with, his masters' business.» — 1869 ha vi ett liknande fall, nämligen Storey v. Ashton. En vinhandlare i V. Street sände en lördag sitt biträde och sin »carman» med häst och vagn att leverera vin i Blackheath. Det ålåg åkardrängen att taga de mottagna tombuteljerna med sig tillbaka till V. Street och att därpå köra åkdonet till stallet i närheten. Emellertid bad biträdet honom på återvägen en kvarts mil hemifrån — efter affärstidens slut — först köra en helt annan väg, till biträdets hem i City Road. När de hunnit ett stycke in på City Road, körde de på käranden, som skadades. Vinhandlaren friades från ansvar av Queen's Bench. Chief justice Cockburn menade, att domen i Mitchell v. Crassweller uttryckte »the true view of the law». Han kunde icke godtaga Erskines synpunkt i Sleath v. Wilson, att »the master» vore ansvarig, enär han hade »intrusted the servant with the control of the horse and cart». Frågan vore, om personen begått vårdslösheten »in the course of his employment as servant» eller icke. I fall av denna art vore det en gradfråga, om avvikelsen från den behöriga körrouten kunde betraktas som »a separate journey» (och sålunda falla utom »the course of his employment»). I detta fall vore dock saken klar, enär »the carman started on an entirely new and independent journey which had nothing to do with his employment». Denna »case» vore visserligen icke fullt så »strong» som Mitchell v. Crassweller. Likväl vore det »a strange thing to hold that in such a case (som den föreliggande) the master is responsible». Se L. R. 1869, 4 Q. B. 476; och även Smith, s. 235. Den faktiska skillnad, som fanns mellan fallen Sleath v. Wilson och Mitchell v. Crassweller — nämligen att »servant» återvänt hem i senare fallet men icke i det förra, före den »extra» körningen — fanns icke mellan Sleaths fall och Storey v. Ashton. Domarna i dessa båda fall synas därför skära sig med varandra. Att »the negligence» i Storeys »case» skedde efter »business hours» har icke tillmätts någon särskild betydelse i domsuttalandena. Domen i ett fall året före Storey v. Ashton, nämligen Whatman v. Pearson (1868), innefattar, att »master» blev

Det kunde tyckas, att man på detta område i litteraturen skulle träffa på ett stort antal fall med frågor om *bilägares* ansvarighet för skada genom vårdslös körning från deras »servants'» sida. Detta är dock icke händelsen. Man synes icke ägna denna sak någon större uppmärksamhet. En särskild princip att tillämpas i fråga om skada genom motortrafik, till skillnad från trafik med andra åkdon, synes icke ha framträtt.[8] Det äldsta fall avseende motorfordon, som jag sett refererat, är Samson v. Aitchinson. Här hade bilägaren under färden överlåtit ratten till en viss Collins. Genom dennes negligence under körningen blev tredje man påkörd och skadad. Bilägaren dömdes ansvarig i alla instanser.[9] — Denna dom lades till grund för avgörandet i Pratt v. Patrick. Patrick hade inviterat två vänner, Pratt och Essex, att följa med på en tur i Patricks bil. Essex körde bilen, såsom han också gjort förut vid liknande tillfällen. Genom försummelse å Essex' sida inträffade kollision med en lastbil, varvid Pratt fick så svåra skador, att han avled. På änkan Pratts talan dömdes Patrick till skadestånd.[10]

---

ansvarig för skada, uppkommen därigenom att hästen skenade, under det att åkdonet stod utanför »the carman's» bostad, dit denne i strid mot avtalet begivit sig för att på sin lediga arbetstimme äta middag. Det förefaller, som om ingen anledning funnes att bedöma de båda fallen på olika sätt. Angående Whatman v. Pearson se L. R. 1868, 3 C. P. 422.

[8] Vad U. S. A. angår, bör man dock märka »the family automobile doctrine» samt »the doctrine of dangerous instruments», båda berörda i noten å s. 506.

[9] L. R. 1912 App. Cas. 844. Målet kom från Australien och avgjordes slutligen av Privy Council. Här citerade lord Atkinson, med gillande för egen och övriga bisittares räkning, vissa uttalanden av domaren Williams i första instans, bl. a. följande: »I think that where the owner of an equipage, whether a carriage and horses or a motor, is riding in it while it is being driven, and has thus not only the right to possession, but the actual possession of it, he necessarily retains the power and the right of controlling the manner in which it is to be driven, unless he has in some way contracted himself out of his right, or is shewn by conclusive evidence to have in some way abandoned his right... The owner indeed has a duty to control the driver.» Man bör lägga märke till restriktionen. Den tycks innesluta tanken, att om bilägaren klart och tydligt hade förklarat, att Collins finge köra, endast om denne också övertoge all »control of the car», så skulle bilägaren icke i detta fall ha varit ansvarig. Om bilägaren lånt ut bilen till Collins, men bett att få följa med på en tur i sin egen bil, så skulle »bailment» ha förelegat, och man svarar, som vi sett ovan s. 474 f., icke för skada genom handlingar av »the bailee». (Jfr även Winfield, Text-Book, s. 135.) — Emellertid sade nu lord Atkinson själv å domstolens vägnar, att blott det förhållandet i och för sig, att bilägaren hade bett eller tillåtit Collins, som satt bredvid honom, att köra bilen, icke vore tillräckligt som grund för åsikten, att han hade »abandoned control of his car». Och, fortsatte han, »if the control of the car was not abandoned, then it is a matter of indifferens whether Collins, while driving the car, be styled the agent or the servant of the appellant (bilägaren, svaranden i första instans) in performing that particular act, since it is the retention of the control which the appellant would have in either case that makes him responsible for the negligence which causes the injury»; L. R. 1912 App. Cas. s. 849 f.

[10] L. R. 1924, 1 K. B. 488.

Man har anledning fråga sig, hur det skulle ställa sig med frågan om bilägarens ansvar, ifall han icke suttit inne i bilen, när olyckan inträffat under en väns körning. Svaret måste tydligen bero på, om han skall anses ha »abandoned the right of the control» över bilen eller icke. Har vännen för egen räkning fått låna bilen, då synes ju »bailment» vara förhanden och ägaren såsom »bailor» fri från ansvar.[1] Nu finns det emellertid ett fall, Parker v. Miller (1926), som icke refererats i Law Reports[2], och som i litteraturen helt kort angivits ha innebörden att utvisa, att ägaren kunde betraktas såsom behållande »the right of control of the chattel even if he is not present at the time of the accident, e. g., where he allows a friend to drive it»[3]. I ett annat referat av samma fall sägs, att Court of Appeal ansåg bilägaren ansvarig, ehuru olyckan inträffade, när han icke själv var närvarande och hans vän hade lämnat bilen stående utanför sitt eget hus. Förf. tillägger denna kommentar: »the test of service is not physical control, but the right to control».[4] Lyckligtvis får man en något fylligare bild av fallet genom dess omnämnande i en annan dom. Bilägaren hade tagit sin vän och dennes dotter med på en tur. Han hade därunder stigit ur bilen samt »permitted or requested the friend to drive himself and his daughter home». Detta har uppenbarligen icke betraktats såsom uppgivande av »the right of control» utan endast, förefaller det, såsom en »casual delegation of the control of the car».[5]

En motsatt utgång fick målet Hewitt v. Bonvin. Här hade John Bonvin av sin mor fått löfte att köra två »girl friends» hem till Wisbeck. Hewitt medföljde som sällskap. På återvägen gjorde bilen på grund av Bonvins vårdslösa körning en kullerbytta, varigenom Hewitt dödades. Bonvins far hade förbjudit sina söner att köra bilen utan hans tillstånd. Han var vid tillfället borta, men modern hade »the authority from her husband» att giva tillstånd till den ifrågavarande bilkörningen. Till fakta i saken hör vidare, att föräldrarna icke kände flickorna, samt att, såsom lord justice Mac Kinnon uttryckte det, »it was no concern of either of them that the girls should be driven to Wisbeck». Av Hewitts sterbhus fördes talan mot både John Bonvin och dennes fader. Domaren i King's Bench Division dömde fadern skadeståndsskyldig, enär han ansåg, att John

---

[1] Detta bekräftas av lord justice Du Parcqs uttalande i Hewitt v. Bouvin, L. R. 1940, 1 K. B. s. 195 f. Se även Pratt v. Patrick, L. R. 1924, 1 K. B. s. 493.

[2] Fallet är refererat i 42 Times Law Reports 408. Referatet där skall dock vara väl magert (enl. lord justice du Parcq i L. R. 1940, 1 K. B. s. 195).

[3] Winfield, Text-Book, s. 134.

[4] Salmond—Stallybrass, s. 91.

[5] Se L. R. 1940, 1 K. B. s. 195 f.; jfr L. R. 1924, 1 K. B. s. 488.

Bonvin »was driving the car as the servant or agent of his father». Fadern appellerade till Court of Appeal. Här uttalades, att han vore ansvarig, blott om sonen dels anställts att såsom »servant» köra bilen och dels vid olyckstillfället hade kört för faderns räkning och icke blott »for his own benefit and for his own concerns». Följaktligen befriades fadern från ansvarighet för skadan.[6]

Ytterligare ett bilfall av intresse vid behandlingen av »master's liability» har jag — tyvärr dock blott bristfällig — kunskap om. Det är Britt v. Galmoye and Nevill (1928?). I detta fall gjordes »master» icke ansvarig för skada genom »servant's» vårdslösa körning. Denna hade visserligen företagits efter slutat arbete för dagen och för »servant's» egen räkning, men — väl att märka — »with the employer's full permission».[7]

Den engelska judikaturen giver (liksom f. ö. även, såsom vi sett, den franska) vid handen, att den ifrågavarande ansvarigheten icke alltid är begränsad till skada uppkommen under utövandet (positivt eller negativt) av åtagna tjänsteprestationer. Även när skadan har föranletts av en »servant» på annat sätt, kan »master» stundom bliva ansvarig.[8] Så snart det icke är uppenbart, antingen att den skadebringande handlingen skett i tjänsteutövning eller ock att den saknat allt samband med tjänstens utövning, har man icke någon säker ledning för ansvarsfrågans besvarande däri, huruvida handlingen skett eller icke skett »in the course of

[6] L. R. 1940, 1 K. B. 188. Det är lord justice Mac Kinnons dom, som berörts i texten. Lord justice du Parcq uttryckte saken så, att faderns ansvarighet förutsatte, att sonen »was acting for and behalf of the appellant» (= fadern). Dessförinnan hade du Parcq sagt bl. a. detta: »It is plain that the appellant's ownership of the car cannot of itself impose any liability upon him. It has long been settled law that where the owner of a carriage or other chattel confides it to another person who is not his servant or agent, he is not responsible merely by reason of his ownership for any damage which it may do in that other's hand.» (A. st. s. 194.) Till stöd för detta uttalande åberopade sig du Parcq på två »cases», den ena av 1826 och den andra av 1840! Då kände man dock bra litet till om bilar och skador genom biltrafik.

[7] Enligt uppgift hos Smith, Master and servant, s. 234. Egendomligt nog är fallet icke berört hos Clerk & Lindsell. Det är icke refererat i Law Reports, däremot i 44 Times Law Reports 294, vilket tyder på att det är av 1928. Vi veta ju icke, hur domstolen här närmare har resonerat. Men det förefaller dock som om man från Erskines tanke i Sleath v. Wilson — angående betydelsen för »master's» ansvarighet av att han hade »intrusted the servant with the carriage» (ovan s. 499 n. 6) — hade tagit än mera markerat avstånd än i fallet Storey v. Ashton. Fallet synes mig vara en ytterligare illustration (utöver du Parcqs i föreg. not citerade ord) till att doktrinen om »master's liability» alltjämt får reglera situationer, i vilka dock ganska genomgripande förändringar i levnadsförhållandena synas motivera nya rättsprinciper. Se emellertid ovan s. 217 n. 6.

[8] Se t. ex. Poland v. John Parr; Ruddiman v. Smith.

his employment», huruvida den varit eller icke varit »incidental to his employment». Uttrycken äro alltför obestämda för att icke lämna rum för motsatta tolkningar angående sin innebörd och därmed till tvivelsmål. I ännu högre grad måste detta kanske sägas om deras allehanda omskrivningar, vilkas tillämpning ofta förutsätter det rena fingerandet, såsom att handlingen fallit »within the scope of his authority», berott på »implied authority», varit »a wrongful and unauthorised mode of doing an authorised act», eller dylikt. Icke i något av prejudikaten ha vi sett ansvarsfrågan klart och tydligt ventilerad med hänsyn till synpunkter, som förnuftigtvis kunde vara ägnade att tala till förmån för resp. emot hävdandet av »master's liability».[9] Ty en regel om »master's liability» kan icke för människor med krav på logiskt sammanhang i deduktionerna vara motiverad av blott detta i och för sig — att »servant» genom handling i denna sin egenskap, d. v. s. i sin utövning av tjänsten, vållat skadan, eller att denna skett genom en »servant's» handling, som, utan att vara en tjänstehandling, likväl kunde ställas i visst sammanhang med sådan handling. För att ansvarsregeln i sådana situationer skall kunna anses vara motiverad måste någonting tillkomma, nämligen dels angivandet av ett visst syfte med ansvarsregeln i fråga och dels påvisandet av att detta syfte med ansvarigheten just i de ifrågavarande situationerna befrämjades. När man såsom »motivering» för ansvaret nöjer sig med att åberopa sig på handlingens företagande »in the course of» eller såsom »incidental to» tjänstens utövning handlar man följaktligen i viss mån tanklöst. Nu måste emellertid sägas att det beträffande den engelska judikaturen egentligen icke är på denna punkt, som anmärkningen bör sättas in, enär grundorsaken till förfaringssättet ligger i att man vid hela den ifrågavarande doktrinen alltjämt är bestämd av rättsideologiskt syfte med ansvarsregeln: »within the scope of his employment» fattas lika med »within the scope of his authority». Därmed antydes också, att syftet med ansvaret måste vara att realisera rättvisan, vilket skulle åstadkommas därigenom, att man ledde detsamma till det »egentliga» upphovet till skadegörelsen, till den som hade »auktoriserat» densamma.[1] Ett sådant syfte är naturligtvis orealiserbart.[2] Det ovetenskapliga ligger emellertid

[9] *Indirekt* ha dock stundom sådana synpunkter framträtt, t. ex. i Erskines uttalande i Sleath v. Wilson, ovan s. 499 not 6, samt i Willes' uttalande i Limpus v. London General Omnibus Co., ovan s. 493 n. 1.

[1] Också uttryckte sig domaren Maule i Mitchell v. Crassweller (»leading case») så, att den avgörande frågan vore, huruvida »the masters» *genom* sin »servant» körde åkdonet vid tiden för olyckshändelsen eller icke. Se Campbell, Ruling cases, XVII, s. 255 och s. 257.

[2] Se ovan s. 115 ff. Jfr även nedan s. 600.

icke blott i uppställandet av detta chimäriska syfte utan jämväl i de konstruktioner om »authority», som blivit erforderliga, på det att syftet skenbarligen skulle kunna upprätthållas.

Är man emellertid på det klara med den rättsideologiska metodens oduglighet, och anlägger man sådana rättspolitiska synpunkter på frågan om »master's liability», som jag i det föregående skisserat[3], då synes saken i största korthet ligga till på följande sätt, under förutsättning att man funnit en regel om principalens ansvarighet för anställdas culpa principiellt motiverad. De rättspolitiska grunderna leda då till, att ansvarighet alltid måste föreligga, när skadan skett genom vad man utan tvekan finner vara vårdslöshet i tjänsten. När situationen är sådan, behöver man blott åberopa detta för att döma till ansvarighet; man behöver icke ingå i särskilda spekulationer över den närmare grunden till ansvaret. Men när situationen icke är på detta sätt beskaffad, och man icke heller är på det klara med, att skadegörelsen *icke* är att sätta i någon förbindelse med den anställdes verksamhet i denna hans egenskap, då finns ingen annan utväg för lösningen av ansvarsfrågan än att anställa en undersökning till utrönande därav, huruvida i den föreliggande situationen ansvaret vore motiverat enligt de rättspolitiska grunderna för principalens ansvarighet eller icke.[4]

[3] Se ovan s. 464 ff. och noten å s. 489 ff.

[4] Amerikansk rätt och rättslitteratur har jag i det föregående icke kunnat närmare gå in på. Till undvikande av missförstånd i anledning av Harpers ovan s. 463 n. 1 citerade uttalande, vill jag nämna, att regeln om »master's liability» synes gälla i fullaste utsträckning i U. S. A. Det heter i detta avseende hos Harper själv s. 639: »The rule which has finally prevailed may be generalized as holding a master or principal liable for harms due to tortious conduct committed by the servant or agent while acting within the scope of the employment or agency. Once the relationship of master and servant is established and the scope of the service ascertained, the master is liable for harm caused by *all* (kurs. här) tortious conduct of the servant while so engaged.» Beaktar man nu ytterligare, att Harper till stöd för sitt uttalande åberopar bland andra »cases» även och (synes det) i första hand Barwick v. English Joint Stock Bank, 1867 (se ovan s. 453 f.), förstår man, att »all tortious conduct» även innefattar »wilful wrongs». Genom Burdick, Cases, s. 354, känner jag här ett intressant fall av 1919: Daigle v. Summit Mercantile Co. Svarandebolaget hade panträtt i viss Daigles egendom, angående vars förverkande bolaget ansåg sig kunna inleda förfarande. För detta ändamål infann sig hos Daigle bolagets »president and general manager» jämte en »deputy sheriff». Denne skulle dels delgiva Daigle stämning dels ock företaga »replevin proceedings to obtain possession of the mortgaged property». Sheriffens »deputy» råkade emellertid i gräl med käranden, »which was followed by an assault upon him». Nu förhöll det sig så, att Daigle bodde utanför sheriffens distrikt och att följaktligen »the deputy» icke hade någon authority to serve a summons or take property under the replevin papers in Itasca county» (eftersom han hörde till Beltramy county). Han kunde sålunda icke ha handlat som »public officer». Han hade handlat »as the agent (här = servant) of the Mercantile Company» och under sådana omständigheter, att bolaget vore »liable as principal for the acts of its agent». Här blev sålunda »master» ansvarig för ett visserligen i has-

Doktrinen om »common employment».

Slutligen skall en viktig inskränkning i »master's liability» i korta drag beröras. Den avser skada, som genom »the act of a servant» vållas »a fellow-servant», d. v. s. en person som likaledes är i »master's» tjänst.

tigt mod företaget men dock uppsåtligt brott av »servant». — Det råder nog intet tvivel om, att regeln om »master's liability» har lika vidsträckt omfattning i U. S. A. som i England. Alla synas dock icke ha varit nöjda därmed, ehuru de måste foga sig. Sålunda uttalade den berömde Mr Justice Holmes i Dempsey v. Chambers (1891): »It is hard to explain why a master is liable to the extent that he is for the negligent acts of one who at the time really is his servant, acting within the general scope of his employment. Probably master and servant are 'feigned to be all one person' by a fiction which is an echo of the *patria potestas* and of the English frankpledge». Se Burdick, Cases, s. 356 f. »Frankpledge», ett fransk-normandiskt uttryck, är namnet på de 10-mannasammanslutningar, som människorna vid tiden för den normandiska erövringen måste sammansluta sig i. »They were standing sureties for one another's good behaviour.» Se Byrne, s. 405. Vad nu själva fallet Dempsey v. Chambers angår, synes det ha rört sig om skadestånd för krossandet av ett spegelglasfönster vid en kolleverans, som käranden beställt av svaranden. Skadegörelsen skedde genom negligence av en viss Mc Cullock, som fullgjorde leveransen. Denne hade på eget bevåg kört kollasten till käranden, men detta hade sedermera ratificerats av svaranden (= leverantören). Denna ratifikation tycks enligt underinstansen ha gjort »Mc Cullock in law the agent and servant in the delivery of the coal». I högsta instansen (i Massachusetts) uttalade Holmes: »We have found hardly anything in the books dealing with the precise case, but we are of opinion that consistency with the whole course of authority requires us to hold that the defendant's ratification of the employment established the relation of master and servant from the beginning with all its incidents, including the *anomalous* (kurs. här) liability for his negligent acts.» Se Burdick, Cases, s. 359. — I sitt systematiska arbete »The law of torts» formulerar Burdick, med hänsyn till U. S. A., regeln om »master's liability» på vanligt sätt. Men han menar, s. 165, att den icke synes överensstämma med »the facts of English legal history» samt att det vore praktikabilitetssynpunkter, som under 1800-talet lett till den nutida innebörden av regeln (se ovan s. 463 n. 1 och jfr n. 9, s. 462). — — Ytterligare vill jag här tillägga, att regeln om »master's liability» i U. S. A. har fått sitt område utökat genom två »doktriner». Den ena är »the family automobile doctrine». Familjefadern, som har en bil till allmänt bruk för familjen, svarar för skada genom vårdslös körning av maka eller barn. Grunden för detta ansvar skall enligt Harper, Treatise, s. 642, vara den, »that the head of the family by thus providing the car and permitting its use by members of the family for their own pleasure, business or convenience, thereby makes their pleasure his 'business'». Man tycks emellertid mena, att denna »doctrine» egentligen intet hade med »master's liability» att skaffa. Den andra »doktrinen», som kallas »The doctrine of dangerous instruments», innefattar, att »master» svarar även om »servant» handlat utom »the scope of his employment» och helt och hållet varit ute i sina egna ärenden, nämligen om skadan inträffat genom hanteringen av »an instrument itself dangerous or one the use of which involves extraordinary risks to others» samt detta instrument anförtrotts åt »servant» av »master». Bland ting, i avseende å vilka denna »doctrine» funnit användning äro »fire-arms and explosives, poisons, and steam and electric vehicles». I de flesta »cases» har den avvisats i fråga om »motor vehicles». I ett fall av 1931 hade den emellertid tillämpats beträffande »taxicabs», vilket Harper prisar såsom »a highly social development». Denna »doctrine of dangerous instuments» tillämpas dock icke, när »servant» har begått »intended wrongs» utom »the scope of his employment». Se Harper, Treatise, s. 642 f.

Grunden för detta undantag från ansvarigheten är så skolastisk som möjligt: när en person tager en anställning hos annan, så ikläder han sig »impliedly» den risk, som är »naturally incident to the employment undertaken by him».[5] Till sådana risker hänföres då också risken att skadas genom med-anställdas »negligence or incompetence». En »fellow-servant» betraktas följaktligen, såsom hade han utfäst sig till »master» att avstå från det skadeståndsanspråk, som han eljest skulle ha haft i enlighet med regeln om »master's liability».[6] Man synes numera i England vara på det klara med, att denna »doctrine of common employment» egentligen är förfelad.[7] Det förefaller som om denna tanke icke heller vore främmande för judikaturen. Man synes rent av här kunna få en intressant belysning av, hur domstolarna känna sig bundna genom sina egna avgöranden, så att de endast genom lagstiftning kunna frigöras. Denna »doctrine of common employment» anses ha sin upprinnelse

---

[5] Salmond, s. 111. Domaren Blackburn yttrade i Morgan v. Vale of Neath Rlwy (1864), att »a servant who engages for the performance of services for compensation does as an implied part of the contract take upon himself, as between himself and his master, the natural risks and perils incident to the performance of such services; the presumtion of law being that the compensation was adjusted accordingly, or in other words, that these risks are considered in his wages» (5 Best & Smith, Queen's Bench Reports, s. 578; citatet omedelbart från Clerk & Lindsell, s. 80).

[6] I ovan s. 459 f. berörda fallet Bartonshill Coal Co. v. Reid (1858) — ref. i Campbell, Ruling cases, XIX, s. 107 ff. — yttrade lord Cranworth i House of Lords: »When several workmen engage to serve a master in a common work, they know, or ought to know, the risks to which they are exposing themselves, including the risks of carelessness, against which their employer cannot secure them, and they must be supposed to contract with reference to such risks» (Campbell XIX, s. 130). Dessförinnan hade Cranworth uttalat sig sålunda, efter det att han karakteriserat vissa situationer, i vilka maximen »respondeat superior» hade giltighet: »But do the same principles apply to the case of a workman injured by the want of care of a fellow-workman engaged together in the same work? I think not. When a workman contracts to do work of any particular sort, he knows, or ought to know, to what risk he is exposing himself; he knows, if such be the nature of the risk, that want of care on the part of a fellow-workman may be injurious or fatal to him, and that against such want of care his employer cannot by possibility protect him. If such want of care should occur, and evil is the result, he cannot say that he does not know, whether the master or the servant was to blame. He knows that the blame was wholly that of the servant; he cannot say, that the master need not have engaged in the work at all, for he was a party to its being undertaken.»

[7] Salmond, s. 110, säger, att rättsregeln är irrationell och att man måste beklaga, att densamma — som delvis undanröjts genom »statute law» — icke helt och hållet upphävts. Se även slutet av citatet från Pollock nedan s. 509. — Av Salmond-Stallybrass meddelas å s. 106, att ett förslag framlades år 1934 »to abolish the defence of common employment», samt att förslaget remitterats till »a Standing Committee». Såvitt jag kunnat finna, har dock något resultat icke kommit till stånd. Ännu så sent som i slutet av 1937 friade Court of Appeal en »master» från ansvarighet i enlighet med »the doctrine of common employment»: Radcliffe v. Ribble Motor Services, Ld. Se L. R. 1938, 2 K. B. 345.

i ett för övrigt ganska oklart fall av 1837[8], varefter den egentliga grundläggningen torde ha skett några år senare, egendomligt nog genom ett amerikanskt fall[9]. Detta följdes åtta år därefter av Hutchinson v. York, Newcastle & Berwick Rlwy Co. (1850), som torde anses såsom det första klarläggande fallet i England. Denna »case» följdes i sin tur efter åtta år av det redan berörda avgörandet i Bartonshill Coal Co. v. Reid.[1] Utöver dessa finns nu en rad andra fall av större eller mindre »authority». Lord justice Scrutton, som i Fenton v. Denville (1932) givit en utom-

---

[8] Priestly v. Fowler, 3 Meeson & Welsby, Exch. Rep., 1, ref. också hos Campbell, Ruling cases XIX, s. 102 ff. På en slaktares order hade en hans »servant» åkt ut med varor i slaktarens vagn, körd av en annan »servant». Den förre hade därvid blivit skadad på grund av vagnens bristfällighet. Ehuru det är oklart vad domstolen velat fastställa som princip i denna sak, är det dock tydligt av domen (meddelad av lord Abinger), att man fann det med hänsyn till konsekvenserna »inconvenient, not to say absurd» att låta en »master» svara för skada å en »servant» genom en annan »servant's negligence».

[9] Farwell v. Boston and Worcester Railroad Corporation (1842). Fallet, som är ref. i Burdick, Cases, s. 422 ff., har berörts ovan, s. 458, där jag citerade Chief Justice Shaws grundsyn på maximen »respondeat superior». Men fallet rörde frågan om »master's liability» gentemot »fellow-servant». »Master» var ett järnvägsbolag och käranden en »fellow-servant» till den »servant», genom vars »carelessness and negligence» den förre lidit skada. De synpunkter till grundande av »respondeat superior», som jag efter Shaw anfört å s. 458 ovan, kunde enligt honom blott ha giltighet, när en »stranger» lidit skada. Ett anspråk mot »master» från en »fellow-servant» kunde endast tänkas grundat på kontrakt. Då det i förevarande avseende icke funnes några uttryckliga kontraktsbestämmelser, måste anspråket vara »placed on the footing of an implied contract of indemnity, arising out of the relation of master and servant». Emellertid ginge det nu icke att på detta sätt finna något stöd för en »fellow-servant's» anspråk mot sin »employer». Det torde vara överflödigt att återgiva Shaws uttalanden, då kontentan av dem innehålles i citatet efter Pollock å nästa sida. Pollock betecknar emellertid Shaws dom som »the fountain-head of all the latter decisions» samt säger, citerande annan författare, att den judiciellt har erkänts i England såsom »the most complete exposition of what constitutes common employment» (Pollock, s. 103).

[1] Se ovan s. 459 och s. 507 n. 6. Med fallet Barthonshill etc. förknippar sig ett särskilt intresse, såtillvida som House of Lords här hade att bedöma en dom i Skottland, där ditintills »the doctrine of common employment» icke ansetts ha någon giltighet, en ståndpunkt som uppenbarligen med iver förfäktats av de skotska domarna. Lorderna fastställde nu, att doktrinen i fråga hade giltighet likaväl i Skottland som i England; se Campbell, Ruling cases XIX, s. 123—130. — Vad angår Hutchinsons »case» — ref. i 5 Welsby, Hurlstone & Gordon, Exch. Reports, 343 — var situationen densamma som i det amerikanska fallet Farewell v. Boston etc.: det rörde sig om järnväginnehavarens ansvar för skada genom »servant» å »fellow-servant». En del av Baron Aldersons uttalanden i Hutchinson v. York etc. ha återgivits av lord justice Scrutton i Fenton v. Denville (se L. R. 1932, 2 K. B. s. 318). Där finns ett särskilt kuriöst led i argumentationen. Alderson sätter det fall, att »master» uppdragit åt sina två »servants», A och B, att föra kreatur till marknaden. Om nu genom A:s »unskilfulness» tredjeman skadas, blir »master» ansvarig. »Not so, if A. by his unskilfulness hurts himself; he cannot treat that as the want of skill of his master.» Detta skall uppenbarligen på något sätt indicera åsikten, att »master» nu icke heller kunde vara ansvarig om »B. the other servant is injured while they are jointly engaged in the same service»!

ordentligt intressant översikt över hela den ditintillsvarande judikaturen i ämnet[2], säger därvid, att

»the doctrine has been established so long and by such high authorities that it is impossible, in my opinion, in 1932 even for the House of Lords in its judicial capacity to overrule it».

Viljan finns där tydligen, ehuru förmågan saknas. — Pollock sammanfattar den av prejudikaten framgående »doctrine of employment» i följande ord:

»Strangers can hold the master liable for the negligence of a servant about his business. But in the case where the person injured is himself a servant in the same business he is not in the same position as a stranger. He has of his free will entered into the business and made it his own. He cannot say to the master, You shall so conduct your business as not to injure me by want of due care and caution therein. For he has agreed with the master to serve in that business, and his claims on the master depend on the contract of service. Why should it be an implied term of that contract, not being an express one, that the master shall indemnify him against the negligence of a fellow-servant, or any other current risk? It is rather to be implied that he contracted with the risk before his eyes, and that the dangers of the service, taken all round, were considered in fixing the rate of payment. This is, I believe, a fair summary of the reasoning which has prevailed in the authorities (= leading cases). With its soundness we are not here concerned. It was not only adopted by the House of Lords for England, but forced by them upon the reluctant Courts of Scotland to make the jurisprudence of the two countries uniform.[3] No such doctrine appears to exist in the law of any other country in Europa.»[4]

[2] L. R. 1932, 2 K. B. s. 315—327. — I detta fall var käranden skådespelare och hade skadats under repetitionen av en pjäs på grund av på försumlighet av andra hos teaterdirektören-svaranden anställda »servants» beroende bristfällighet i vissa arrangemang. Bland dessa »servants» synas för övrigt »the business manager», »the stage manager» och »the producer» ha befunnit sig, och juryn hade funnit »the property as a whole» (scenen med vad därtill hörde av redskap och material) icke vara »fit for the purpose for which it was applied». Kärandens talan bifölls av domaren i Northumberland Assizes. Men Court of Appeal upphävde domen, enär, såsom Scrutton uttryckte det, »the doctrine of common employment, as defined in the cases to which I have referred, prevents the employee from recovering against his employer». Se L. R. 1932, 2 K. B. s. 327; se även slutet av lord justice Greers votum, a. st. s. 339.

[3] Detta skedde som vi nyss sett genom Barthonshill Coal Co. v. Raid (1858).

[4] Pollock, s. 104. Såsom »a clear judicial statement of the doctrine in its settled form» citerar Pollock följande uttalande av chief justice Erle i Tunney v. Midland Railway Co.: »A servant, when he engages to serve a master, undertakes, as between himself and his master, to run all the ordinary risks of the service, including the risk of negligence upon the part of a fellow-servant when he is acting in the discharge of his duty as servant of him who is the common master of both.» Det var i detta fall fråga om en olycka, som drabbat en hos järnvägen anställd kroppsarbetare genom järnvägstjänstemans negligence i tjänsten. Olyckan inträffade, när den förre åkte hem på tåget — som han enligt avtalet hade anspråk på att få göra — efter slutat dagsarbete. Hans skadeståndstalan ogillades, enär han detta oaktat befanns vid tillfället

Beträffande begreppet »fellow-servant» må endast nämnas, att det vid tillämpningen av denna doktrin får en särskild begränsning i fråga om »corporations». Personer i ledande ställning hos ett aktiebolag t. ex. betraktas icke såsom »fellow-servants» i förhållande till andra anställda. Deras handlingar betraktas såsom bolagets »rather than those of its servants».[5]

Det är emellertid icke nog för tillämpningen av den ifrågavarande doktrinen, att skadevållaren och den skadelidande äro »fellow-servants», de skola båda vara *engagerade* i »common employment» och detta »at the time of the accident».[6]

Som en viss motvikt mot »master's» ansvarsfrihet på grund av »common employment» betonas hans ansvarighet på grund av egen »negligence» bestående i åsidosättandet av »reasonable care in choosing competent and careful servants and in dismissing those who prove themselves incompetent and careless».[7]

---

vara »in the employ of the company» och olyckan sålunda berott på negligence av en »fellow-servant». Se L. R. 1866, 1 C. P. s. 296 f.

[5] Detta tydligen vare sig de juridiskt tekniskt äro att betrakta som bolagets organ eller anställda hos bolaget. »Otherwise a corporation would always be exempted at common law by the rule of common employment from liability to its own servants», Salmond, s. 112. — Att en överordnad tjänsteman i ett bolag dock icke betraktas såsom de underordnades »master» och följaktligen icke svarar efter regeln om »master's liability», utan att de ur *denna* synpunkt snarare betraktas som »fellow-servants», har förut, ovan s. 482 f., påpekats.

[6] Ett närmare ingående på sist berörda frågor får jag avstå ifrån, hänvisande till Pollock, s. 105 ff., Clerk & Lindsell, s. 80 f. samt Salmond, s. 111 ff. I fråga om tillämpningen av begreppet »common employment» gives bl. a. följande exempel i det senare arbetet, s. 114 f.: »If a conductor of an omnibus, while doing his work, is injured by the negligence of the driver, he will have no remedy against his employers; but if he is run down by the omnibus while he is crossing the streat on a holiday granted to him by his employers, they will presumably be liable to him. For this purpose, however, a servant is engaged in his employment not merely while actually at work, but also while going to or from his work, so long as he is on his employer's premises or is using means of access provided by the employer and under his control.»

[7] Salmond, s. 115. Salmond-Stallybrass gör här, s. 111 f., ett påpekande, som har betydelse, när en »master» delegerar driftsledningen till en annan. Skadas en arbetare på grund av driftsledarens culpa, kan ju »master» icke åtkommas, enär »common employment» föreligger. Nu heter det emellertid hos Salmond-Stallybrass, att »the providing of a proper plant (= inventarier, redskap och materiel för driften), as distinguished from its subsequent care, is especially within the province of the master rather than of his servants. The master cannot relieve himself of responsibility merely by delegating it to a person who is incompetent for the task.» Å andra sidan framhäves det, att det icke finns någon rättsregel av innehåll, att »an employer, not guilty of any negligence himself, is nevertheless to be held liable because ha was bound to supply plant». Nu berörda uttalanden citerades i det nyss berörda skådespelarfallet (Fenton v. Denville, 1932) av lords justices Scrutton och Geer. Den senare syntes de »accurately to state the law». Se L. R. 1932, 2 K. B. s. 326 och s. 339.

Doktrinen om »common employment» anses icke leda till »a master's» frihet från ansvar, när situationen är den, att genom »fellow-servant's» skadevållande handlingssätt samtidigt en å »master» vilande »absolute duty» åsidosatts. Åtminstone är detta åsikten, om »the absolute duty» är »statutory», d. v. s. har sin grund i särskild lag, t. ex. en lag med föreskrift om vissa skyddsåtgärder mot olycksfall i arbetet. Om nu en »fellow-servant» genom sitt slarv minskar effektiviteten i sådan åtgärd och skadegörelsen därigenom uppstår, blir »master» — oberoende av all »negligence» å sin sida — ansvarig på grund av »the breach of an absolute statutory duty». Detta är belagt med »cases».[8] Så är däremot icke händelsen, därest den å »master» vilande »absoluta plikten» har sin grund i common law. Man synes därför här finna det något tvivelaktigt, huruvida »the defence of common employment» hade eller icke hade framgång gentemot »master's» ansvarighet, som vilade på en »absolute duty» efter common law.[9] Emellertid vet jag sannerligen icke, hur man skulle resonera för att i detta hänseende komma till olika resultat endast och allenast på grund därav, att pliktgrunden i ena fallet utgjordes av »statute» i andra av »common law».[1] I båda fallen kan pliktföreställningen icke ha avseende å någonting annat i fråga om skadestånd, än att »master» bleve strikt ansvarig, så snart skada inträffat såsom följd av att det »pliktiga» handlingssättet icke iakttagits. Invänd-

[8] Bl. a. Groves v. Lord Wimborne, L. R. 1898, 2 Q. B. 402. Wimborne ägde Dowlais Iron Works. I sect. 5 (4) av »Factory and Workshop Act» (1878; 41 & 42 Vict. c. 16) föreskrevs, att »all fencing (of machinery) shall be constantly maintained in an efficient state . . .». Denna föreskrift befanns tillämplig i avseende å det ifrågavarande maskineriet; följaktligen hade genom föreskriften å svaranden lagts en »absolute and unqualified duty» beträffande skyddsåtgärden i fråga; a. st. s. 407. Därför kunde svaranden till sitt fredande från ansvar icke åberopa sig på »the doctrine of common employment». Se särskilt yttrandena av lords justices A. L. Smith och Vaughan Williams, a. st. s. 410 och s. 417 ff. Principerna i Groves v. Lord Wimborne diskuterades med gillande av House of Lords i Lochgelly Iron and Coal Co., Ld. v. M'Mullan, L. R. 1934, App. Cas. 1. Se lorderna Atkins och Wrights domar, a. st. s. 10 och s. 26 f.

[9] Se Clerk & Lindsell, s. 82. Salmond talar, s. 115 f., i detta sammanhang blott om »the breach of some absolute statutory duty», men i Salmond-Stallybrass sägs, s. 113, att sir John Salmond hade den åsikten, att detsamma »probably» hade giltighet vid »breach of a common law duty». Stallybrass själv erinrar om att en sådan ståndpunkt överensstämde med »the language used in formulating the rules relating to statutory duties», varvid han syftar på A. L. Smiths i nästnästa not citerade uttalande i Groves v. Lord Wimborne. Pollock synes överhuvud icke beröra frågan.

[1] Vi kunna tänka oss följande fall. »Master» har en farlig hund, vars farlighet han har vetskap om. Han är nu strikt ansvarig för skada å annan genom hundbett. Genom en »servant's» vårdslöshet blir annan »servant» biten. Hur skulle nu regeln om *denna* strikta ansvarighet, som ju är något helt annat än »master's liability», kunna sättas ur tillämpning på grund av »common employment», som enligt sin innebörd blott kunde beröra regeln om »master's liability»?

ning om »common employment» kan ju enligt sitt eget innehåll endast rikta sig emot tillämpningen av en regel om »master's liability for the acts of his servant». Följaktligen kan den förnuftigtvis icke göras gällande emot en regel om en arbetsgivares ansvarighet, såvitt denna regel har en helt annan grund, en grund som alltså intet samband har med grunden för regeln om »master's liability for the acts of his servant».[2]

Att tillägga är nu endast, vad som förut redan antytts, att »the doctrine of common employment» lidit betydligt intrång genom senare s. k. social lagstiftning. Ända sedan 1880 föreligger Employers' liability Act (43 &

---

[2] Vad »cases» angår kan man åtminstone i ett fall finna ganska tydligt stöd för, att invändningen om »common employment» överhuvud icke kunde beröra en arbetsgivares ansvarighet på annan grund än »the negligence of a servant in the course of his employment», följaktligen icke heller hans ansvarighet för »breach of an absolute duty», likgiltigt om denna grundat sig på »statute» eller »common law». I det förut berörda fallet Groves v. Lord Wimborne (1898) uttalade nämligen lord justice A. L. Smith bl. a. följande: »In my judgement the defence of common employment *only* applies where the action is by a servant against the master and is founded upon the negligence or misconduct of his fellow-servant» (kurs. här; se L. R. 1898, 2 Q. B. s. 410). Detta står i bästa överensstämmelse med de i texten anlagda synpunkterna. Dessa motsägas emellertid av vissa formuleringar i Knott v. London County Council, L. R. 1934, 1 K. B. 126. Knott var anställd hos London County Council som städerska i vissa dess skolor. Vaktmästaren vid en av dessa — givetvis också en »servant» hos L. C. C. — hade »for his own purposes» en hund, känd som argsint. »In the course of her employment» vid denna skola blev Knott biten av hunden, varpå hon förde skadeståndstalan mot L. C. C. Denna ogillades av domaren i County Court bl. a. på grund av »the doctrine of common employment»; a. st. s. 128. Detta synes obegripligt ur den synpunkten, att han betraktade vaktmästarens kunskap om hundens farlighet och hans »negligence» såsom »those of his employers, the defendants». I King's Bench fastställde domarna, att kärandens talan icke grundades på någons »negligence», men funno icke desto mindre, att »the defence of common employment is open to the defendants in the circumstances of this case», a. st. s. 129. Och de uttalade — gentemot hävdandet från kärandesidan, att svarandena i detta fall icke kunde försvara sig med »common employment» — att »all the cases on this subject (incl. Groves v. Wimborne) relate to duties imposed by statutes dealing with factories of firms», a. st. s. 133. Likväl grundade sig den svarandena frikännande domen icke på »the defence of common employment». Ty domstolen fann, att någon »breach of duty» överhuvud icke förelåge å svarandenas sida, a. st. s. 133 (d. v. s. att svarandena måste vara fria från ansvarighet, helt oberoende av någon hjälp i »the defence of common employment»). Även i Court of Appeal frikändes svarandena av sådan anledning, att »the doctrine of common employment» icke kunde diskuteras ha någon betydelse i fallet. Lord Wright uttalade emellertid därvid, att det icke funnes någon »precise authority» till stöd för att en »strict or absolute liability under the common law, such as for the keeping of dangerous animals» i förevarande avseende hade samma betydelse som en sådan ansvarighet »under a statute». Det vore dock mycket möjligt, sade han, att »the defence of common employment» icke heller i förra fallet kunde tillgripas; a. st. s. 139 f. Med hänsyn till detta lord Wrights uttalande samt lord justice Smiths i Groves v. Wimborne torde judikaturen snarast kunna sägas stödja åsikten, att »absolute duty» vis à vis »common employment» hade samma betydelse, vare sig den vore grundad å »statute» eller »common law».

44 Vict. c. 42). Enligt denna lag berättigas »railway servants» och kroppsarbetare (dock icke »domestic or menial servants»)[3] till ersättning för »personal injury», förorsakad antingen genom vissa bristfälligheter i de materiella förhållandena på arbetsplatsen eller genom närmare angiven försumlighet från »fellow-servants'» sida. Ansvaret begränsas till efter vissa beräkningsgrunder fastställbart maximumbelopp. Kände den skadelidande till bristfälligheten eller försumligheten utan att inom skälig tid ha underrättat arbetsledningen därom, föreligger ingen ansvarighet efter lagen.[4] Vidare anses det, att man rättsgiltigt kan avsäga sig förmånen av att åberopa sig på statuten, jämlikt doktrinen »volenti non fit injuria».[5] »Common law»-regeln om betydelsen av »contributory negligence» såsom grund för befrielse från ansvarigheten är även här tillämplig, vid det förhållande att statuten intet innehåller om motsatsen.[6]

Föreligger arbetsgivarens egen »negligence», eller är situationen eljest den, att invändning om »common employment» icke verksamt kan framställas, kan den skadelidande välja mellan att föra talan efter statuten eller efter »common law». Han måste välja den senare, om talan efter statuten hunnit prekluderas, sect. 4, och han har naturligtvis särskild anledning att grunda sin talan på »common law», när han icke anser sin skada täckt av maximumbeloppet enligt statuten. Ehuru denna alltjämt gäller, har den sedan länge sällan kommit till användning[7], alldenstund det behov, som motiverade densamma, i det hela mera rationellt tillgodosetts genom lagstiftningen om »workmen's compensation», som visserligen kom till stånd redan 1897 men blev av mera genomgripande betydelse först genom en lag av 1906. Numera gäller alltjämt, såvitt jag vet, Workmen's Compensation Act 1925.[8] Denna lag utgör en viss motsvarighet till vår lag om försäkring mot skada genom olycksfall i arbete. Det finns ingen anledning för mig att i denna framställning närmare gå in på detta ämne. Jag endast nämner, att situationen faktiskt kan vara den, att en arbetare för liden skada »in the course of his employment» har möjlighet att — i fråga om den lagliga grunden för sin talan — välja mellan »common law», Employers' liability Act och Workmen's Compensation Act.[9]

---

[3] Se 38 & 39 Vict. c. 90 s. 10.
[4] Employers' liability Act ss. 1, 2 (3) och 3.
[5] Salmond, s. 117.
[6] Salmond, s. 117.
[7] Se Salmond-Stallybrass, s. 115.
[8] 15 & 16 Geo. 5 c. 84. Denna lag hade i allt fall giltighet under år 1940.
[9] Se Salmond-Stallybrass, s. 115.

Master and servant: joint tortfaisors.

Slutligen torde några anmärkningar böra givas om det förhållandet, att en »servant», som begår en »tort» i utövningen av sin tjänst, tillsammans med »master» betraktas som »joint wrongdoers» eller »joint tortfeasors», ett begrepp tillämpligt så snart flera personer vare sig på grund av någon slags delaktighet eller eljest äro ansvariga för samma »tort».[1] Om nu en av flera »joint tortfeasors» dömts att ersätta skadan och fullgjort betalningen, så gällde (efter »common law») såsom allmän regel, att han icke kunde återvinna »any proportion of the sum so paid from the others».[2] Såsom denna regel framställes av Clerk & Lindsell, måste man få den föreställningen, att den utan undantag gällde också för en »master», som dömts betala för skada genom »a servant's tort». Men så kan det rimligtvis icke förhålla sig.[3] Salmond säger, att det synes i princip klart, att i fråga om »vicarious liability» (bl. a. just sådant som »master's liability») den, som hålles ansvarig för en annans »tort», måste ha rätt till gottgörelse av denne. »Thus, a master who has paid for the negligence of his servant can doubtless sue that servant for indemnity.»[4] Man kan emellertid fråga sig, hur »common law» varit att utlägga beträffande frågan om »master's» regressanspråk, därest »servant» hade begått en »wilful tort» i tjänsten. Salmonds sist berörda uttalande gäller uttryckligen med undantag »in the case of wilful wrongdoing». Men är detta att fatta såsom tillämpligt även om »the wilfulness» funnits endast på »servant's» sida? Förvisso icke. Genom särskild lag, som tillkommit efter Salmonds här citerade framställning och strax skall beröras, har man emellertid numera upphävt principen i Merryweather v. Nixan. Redan dessförinnan hade man dock gjort vad man kunnat för att kringskära området för dess tillämpning. Grunden till principen ansågs ju

[1] Genom maximen »qui facit per alium facit per se» framstår »master» själv såsom en »wrongdoer» eller »tortfeasor». Jfr Salmond, s. 84 f. Se även Pollock, s. 202; Clerk & Lindsell, s. 60.

[2] Clerk & Lindsell, s. 61. — Som grund för denna regel åberopar man ett fall av 1799, Merryweather v. Nixan. Fallet är icke omnämnt hos Campbell, Ruling cases, och mycket knapphändigt refererat i Kenny, Cases, s. 221.

[3] Det torde dock icke vara möjligt att anse, att redan i lord Kennyons dom i Merryweather v. Nixan undantag gjorts för sådant som »master's liability». Han sade, att »this decision would not affect cases of indemnity, where one man employed another to do acts, not unlawful in themselves, for the purpose of asserting a right». På antydda sätt vidsträckt har jag ingenstädes funnit dessa ord tolkade; se nästa not.

[4] I det sammanhanget nämner han ingen »case». Att han icke hänvisar till de i föregående not citerade orden från Merryweather v. Nixan kan näppeligen bero på annat, än att de icke hade någon betydelse för frågan om »master's» regressanspråk mot »servant».

vara, att regresstalan av en av exempelvis två »joint tortfeasors» mot den andre måste vara »based on an implied contract between the wrongdoers», ett avtal som vore ogiltigt, enär det slutits med hänsyn till utförandet av en olaglig handling. Ett dylikt resonemang, säger dock Salmond, är icke övertygande:

»Contribution between joint wrongdoers is no more based on a contract than is contribution between joint sureties. It is based on the principle of justice, that a burden which the law imposes on two men should not be borne wholly by one of them.»[5]

I senare »cases» har man uttalat sig så, att regeln i Merryweather v. Nixan blott skulle vara tillämplig i fall av »wilful and conscious wrongdoing», däremot icke i fråga om »mere negligence, accident, mistake, or other unintentional breaches of the law».[6] Det var under förutsättning,

---

[5] Salmond, s. 90.

[6] Salmond, s. 90. Se även Pollock, s. 203 f., som dock alls icke vid denna fråga tycks ha haft spörsmålet om »master's» regress mot »servant» i sikte. Han uppehåller sig företrädesvis vid frågan om en mandatar el. dyl. hade regressanspråk mot mandanten, när den förre måste betala skadestånd på grund av en »wrong», som han trott sig ha blivit lagligen auktoriserad av mandanten att utföra. Den frågan besvaras jakande. Pollock säger bl. a.: »The proposition that there is no contribution between wrongdoers must be understood to affect only those who are wrongdoers in the common sense of the word as well as in law.» Dessa ord måste ovillkorligen också ha den innebörden, att en »master» i princip hade regress mot sin »servant» för vad han fått betala i skadestånd för dennes »wrongs». Även Salmond har naturligtvis i förevarande framställning i dess helhet mindre tanken på »master's» rätt till »indemnity» än fördelningen av förlusten mellan andra »joint wrongdoers». — Vad nu emellertid angår Salmonds nyss i texten citerade uttalande måste detta leda till regressmöjlighet även om »wilful wrongdoing» förelegat. Att domstolarna icke kunnat gå så långt beror därpå, att »the rule in Merryweather v. Nixan is now too firmly established to be questioned» (Salmond, s. 90). Att de likväl vågat begränsa den till »cases of wilful wrongdoing» — varvid »wilfulness» tydligen måste ha funnits å den regresskrävande »tortfeasor's» sida (se uttalandet strax av chief justice Best) — har uppenbarligen sin grund i uppfattningen, att möjligheten att så tolka domsmotiveringen icke befunnits logiskt utesluten. I Betts v. Gibbins (1834, 12 Adolphus & Ellis) förklarades det såsom allmän regel, att mellan »wrongdoers» ifrågakommer varken »indemnity» (full regress, såsom därest »master» kunde föra talan mot »servant») eller »contribution»; dock med undantag för det fall, att »the act is not clearly illegal in itself» (Salmond, s. 90). Tydligen hade tanken uttryckts i Adamson v. Jarvis (1827), där chief justice Best uttalade: »... from the concluding part of Lord Kenyon's judgment in Merryweather v. Nixan and from reason, justice, and sound policy, the rule that wrongdoers cannot have redress or contribution against each other is confined to cases where the person seeking redress must be presumed to have *known* that he was doing an unlawful act». (Citat ur Law Reports, App. Cas. 1894, s. 324.) Hur lågt i kurs domen i Merryweather v. Nixan står, har fått en ganska pikant belysning i Palmer v. Wick and Pulteney Steam Shipping Co. (1894). Palmer appellerade från en dom i Skottland till House of Lords. Där uttalade lordkanslern Lord Herschell, efter påpekandet att skälen i Lord Kenyons dom, såvitt de refererats, vore väl magra, följande: »It is now to late to question that decision (= Kenyons i

att denna tolkning vore »correct», som Salmond gjorde sitt uttalande om den till synes klara principen, att »master» hade regressrätt mot »servant» för den förlust, han lidit såsom ansvarig för »servant's tort». Även om denna fråga sålunda möjligen kunnat föranleda något tvivelsmål efter »common law», har det emellertid numera, genom en statut av 1935, uttryckligen förordnats att — när en person lidit skada genom »a tort» —

»any tort-feasor liable in respect of that damage may recover contribution from any other tort-feasor who is, or would if sued have been, liable in respect of the same damage, whether as a joint tort-feasor or otherwise . . .».[7]

Genom en annan föreskrift i samma stadgande skedde emellertid en ändring, som otvivelaktigt har betydelse också i fråga om »master's liability». Antag att den skadelidande hade fått dom på skadestånd antingen mot »master» eller mot »servant», men att det utdömda beloppet icke tillfullo täckte skadan eller att svaranden icke kunde betala. Det var då efter »common law» uteslutet för käranden att kunna vända sig mot den andre »tortfaisor». Man ansåg nämligen, att genom domen »the cause of action *transit in rem iudicatam*»[8]; och detta även om käranden i rättegången mot den ene av »the tortfeasors» svävade i okun-

---

Merryweather v. Nixan) in this country (= England); but when I am asked to hold it to be part of the law of Scotland, I am bound to say that it does not appear to me to be founded on any principle of justice or equity, or even public policy, which justifies its extension to the jurisprudence of other countries (d. v. s. från Englands till Skottlands). There has certainly been a tendency to limit its application even in England.» (Se L. R. 1894 App. Cas. s. 324.) Med den sista punkten avsåg lordkanslern chief justice Bests nyss citerade uttalande i Adamson v. Jarvis.

[7] 25 & 26 Geo. V. c. 30 s. 6 (1, c). Statuten kallas Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act. — Man märke, att ingen skillnad göres mellan »wilful» och »negligent» handlingssätt. Intressant är också att föreskriften, så långt som den citerades, överhuvud icke synes beröra »master's» regressrätt. Det talas ju blott om »contribution», icke om »indemnity». Är sålunda »master's» regressrätt icke avsedd, så måste detta bero därpå, att man förutsatt denna såsom självklar redan enligt »common law». Detta bekräftas f. ö. av fortsättningen av föreskriften, där det heter att »no person shall be entitled to recover contribution under this section from any person entitled to be indemnified by him in respect of the liability in respect of which the contribution is sought». I denna bestämmelse måste bl. a. ligga, att — ehuru »master» och »servant» äro »tort-feasors» — har »servant» ingen regress mot »master», vilken däremot gentemot sin »servant» är berättigad till »indemnity». Dessutom torde i sist citerade delen av föreskriften avses en situation nära nog motsatt den nu berörda: en mandant har fått betala skadestånd på grund av en »tort», som mandataren på den förres uppdrag utfört utan att känna dess »rättstridiga» karaktär. Mandanten kan nu icke »recover contribution» från mandataren, vilken däremot, om han hade måst betala till den skadelidande, skulle gentemot mandanten ha varit »entitled to be indemnified».

[8] Pollock, s. 202.

nighet om, att han hade »any right of action against the other . . . For the judgment, even when so obtained in ignorance, merges and destroys the whole cause of action.»[9] Det stadgas emellertid nu i sect. 6 mom. 1 a av Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act, att, om en person lidit »damage» på grund av »a tort»

»judgment recovered against any tort-feasor liable in respect of that damage shall not be a bar to an action against any other person who would, if sued, have been liable as a joint tort-feasor in respect of the same damage».

[9] Salmond, s. 88.

Tredje avdelningen

Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi?[1]

Rättsideologi är, såsom den föregående framställningen flerstädes givit vid handen, en i »tanken» utan erfarenhetsmässig kontroll gjord överbyggnad på vissa faktiska, alltså erfarenhetsmässigt konstaterbara förhållanden, som vi kunna kalla för rättsliga realiteter. Den rättsideologiska byggnaden själv ligger helt utanför alla faktiska förhållanden. Den tillhör icke den naturliga världen utan en ideell eller andlig värld. Det synes därför vara omöjligt, att de rättsideologiska konstruktionerna skulle kunna bidraga till att skaffa klarhet angående de rättsliga realiteterna. Och eftersom man torde kunna utgå ifrån att varje vetenskap har till uppgift att skaffa klarhet angående verkligheten, så tycks den i titeln uppställda frågan utan vidare vara att besvara nekande. Då detta summariska resonemang dock icke kan förväntas göra intryck på någon, torde det vara lämpligt att först på ett särskilt lärorikt område påvisa, hurusom rättsideologien endast utgör en regelrätt förfalskning av realiteterna.

Rättsideologiens äganderätt i erfarenhetsmässig belysning.

Vi antaga att A har ärvt en viss sak, fått den i testamente, köpt den, tillbytt sig densamma eller mottagit den i gåva. Enligt allmänt vedertaget språkbruk har nu A äganderätt till saken. Denna äganderätt skall emellertid icke vara blott och bart en term eller beteckning för detta sakförhållande — vad det nu kan innebära — att A ärvt, köpt o. s. v. saken, utan den föreställes i allmänhet också ha den materiella innebörden, att

[1] Framställningen under denna rubrik har i väsentligen samma skick redan varit tryckt i Festskrift tillägnad Thore Engströmer, 1943. I detta tryck inneslöt framställningen jämväl några av s. 549 ff. här nedan.

A *i och genom den nämnda transaktionen erhållit en rättslig kvalitet* eller, kanske riktigare, *ett rättsligt attribut* i avseende å saken (en rättsmakt, ett rättsligen skyddat intresse eller hur det nu uttryckes). *I kraft av detta attribut* skall A ha (det stundom tillnärmelsevis oinskränkta) herraväldet över saken — bestående i att bruka och utnyttja den efter förgottfinnande samt avyttra den eller vidtaga andra rättsliga dispositioner över densamma. Han skall vidare *i kraft av sitt rättsliga attribut* kunna, med hänsyn till saken, ställa vissa anspråk emot annan, t. ex. på skadestånd och på sakens utbekommande eller på straff för att saken rövats från honom, stulits, försnillats, olovligen brukats eller för att den utsatts för skadegörelse eller åverkan.[1] Hela denna föreställning strider emot vad vi känna genom vår erfarenhet, strider alltså emot verkligheten.[2] Den har emellertid sin förklaring i den allmänna tron på en över lagarna stående högre rätt, den *objektiva* eller *materiella rätten*. Denna antages i nutiden vanligen emanera från den oss alla överordnade och sålunda absolut mäktiga samhällsviljan. Den antages vidare genom sina bud och befallningar giva sådan auktoritet åt av domstolarna använd skriven och oskriven lag, såsom nu avtalsrättens och arvsrättens regler, att vissa fakta — t. ex. köpslutet eller dödsfallet — föranledde nyss beskrivna rättsliga kvalitet eller attribut för köparen eller arvingen.

Det är föreställningar av nu berörda art som jag avser med termen *rättsideologi*. Hithörande föreställningar tillhöra den rena metafysiken: objektet för en sådan föreställning kan icke inplaceras i den naturliga världen utan tillhör en annan, som icke är bestämd av tid och rum. Man talar av denna anledning stundom också, t. ex. i Tyskland, om rättsvetenskapen såsom en *Geistes-Wissenschaft* i motsats till *Erfahrungs-Wissenschaft*. D. v. s. man erkänner öppet, att juridiken såsom vetenskap rör sig jämväl med sådant som icke kan existera annorlunda än i andevärlden, d. v. s. än som fantasiskapelser.

Saken förefaller verkligen vara mycket egendomlig. Det är dock ett för alla uppenbart förhållande, att juridiken endast och allenast angår människornas liv här på själva jordklotet. Och man synes haft fog för antagandet, att metafysiskt tänkande såsom innefattande övertro och sålunda saknande kontakt med verkligheten *i vår tid* vore bannlyst åtminstone från all vetenskap. Jag skall senare försöka något belysa denna

[1] Att straffanspråket plägar konstrueras icke såsom den rättskränkte ägarens utan såsom statens kunna vi här för enkelhetens skull bortse ifrån. Vems nu än anspråket må vara, skall det ju förutsätta kränkning av A:s äganderätt såsom innefattande ett rättsligt attribut till honom, och A kan alltid göra anspråket gällande.

[2] Se härom Obligationsbegreppet I, §§ 2—5, och jfr Obligationsbegreppet II, s. 109—149.

fråga, hur det kommer sig, att skarpsinniga människor kunna taga sig före att bemänga sina rättsvetenskapliga arbeten med övertro. Men först skola vi fastställa vissa faktiska, d. v. s. genom vår erfarenhet bestyrkta, förhållanden i den situation som föreligger därmed, att en person A t. ex. har köpt en sak av B. Till undvikande av särskilda komplikationer kunna vi antaga, att fråga är om en lös sak och icke fastighet eller byggnad å ofri grund; vidare att saken efter köpslutet avlämnats i A:s besittning. Vi kunna nu iakttaga åtskilliga realiteter, vilka jag för åskådlighetens skull indelar i tre grupper.

De tre realitetsgrupperna.

Första realitetsgruppen.

Saken står faktiskt efter köpet i allmänhet till A:s disposition. Han kan efter sitt behag bruka och hantera eller eljest på allehanda sätt utnyttja saken, bl. a. också genom att förfoga över den till förmån för en tredje, vare sig detta sker mot vederlag eller benefikt. Allt detta *kan* A merendels göra, och han kan det utan att därigenom riskera några rättsliga efterräkningar i form av straff eller skadeståndstvång.[3] Dessa A:s riskfria handlingsmöjligheter erhålla helt och hållet naturliga — d. v. s. på vår erfarenhet grundade — förklaringar, såsom framgår av vad jag nu går att anföra.

Om någon annan än A utan dennes tillstånd på något sätt utnyttjar saken eller eljest hindrar A från dispositionen över densamma, riskerar han att av sådan anledning bliva utsatt för rättsliga efterräkningar i form av straff och skadestånd eller något av dessa alternativ, vartill så även kan komma den ekonomiska förlust, som ligger i kostnaden för den egna och motpartens processföring. Om han har några impulser att handla på antytt sätt, så övervinnas de i allmänhet antingen genom hans i samband med regelmässigheten i dessa tvångsreaktioner stående, ofta blott instinktiva pliktkänsla emot att så handla eller ock genom hans medvetna reflexion över de risker han skulle löpa genom handlingssättet. Vi kunna faktiskt först och främst iakttaga följande, som jag specificerar i fyra moment, vartill för åskådlighetens skull lägges ett femte:

[3] Till de nämnda handlingsmöjligheterna i fråga om saken hör dock icke att A utan risk för rättsliga tvångsreaktioner kan hantera densamma så, att annans person eller egendom kommer till skada. Även andra inskränkningar kunna ifrågakomma både på grund av allmän och speciell lag. Framför allt få icke förglömmas lagstadganden angående konkurs och utmätning och straffbud som härmed hava samband. Efter denna erinring kan jag i min analys bortse från inskränkningarna i fråga.

1:o. Var och en, som utan A:s medgivande företager vissa manipulationer med saken, kan dömas till straff och skadestånd, därest tillräcklig utredning åstadkommes. Manipulationerna i fråga bestå i sådant som att uppsåtligen anställa skadegörelse å saken, att sätta sig i besittning av densamma eller att, om man *med* A:s tillstånd redan har besittningen, *utan* hans tillstånd sälja saken, pantsätta den eller eljest avyttra den till tredje man.

2:o. Var och en, som också blott genom enkel vårdslöshet skadar saken, blir, därest detta orsaksförhållande kan i viss mening utredas, på A:s föranstaltande dömd till skadestånd; vartill också kommer, att tredjeman stundom även utan att kunna övertygas om s. k. vållande till skadan kan på A:s yrkande tvingas betala skadestånd. (Också detta senare nämnes, enär även det nu berörda, strikta ansvaret kan ha betydelse såsom incitament för tredjeman till handlingssätt, som befrämja skonandet av A:s sak från skadegörelse.)

3:o. Den som utsättes för dessa tvångsreaktioner nödgas i allmänhet även att betala både sina egna och A:s processkostnader.

4:o. Slutligen kunna vi även iakttaga, att människorna allmänneligen uppfatta de under 1:o och 2:o nämnda rättsreaktionerna såsom motiverade därav, att ett ingrepp i A:s äganderätt har skett och följaktligen en rättskränkning ägt rum. Detta uppfattningssätt beror på rättsideologiseringen och innefattar — såsom jag redan påpekat under hänvisning till föregående utredningar och såsom också skall framgå av den följande framställningen — en förfalskning av de erfarenhetsmässigt konstaterbara förhållandena. Denna förfalskning, som jag nedan s. 532 f. skall något närmare beröra, utgör dock själv ett faktiskt förhållande, ett förhållande som är av högviktig betydelse för tillkomsten av de nu ifrågavarande realiteterna: A:s ovan angivna riskfria handlingsmöjligheter i avseende å den köpta saken.

5:o. Till förståendet av tillkomsten av dessa handlingsmöjligheter måste så till sist beaktas det faktiska förhållandet, att *A:s egna handlingar i avseende å saken* — med de ovan s. 520 n. 3 påpekade restriktionerna — *icke medföra någon som helst risk för rättsliga reaktioner mot honom själv*. Även annan än A (eller hans representanter) kan tillfälligtvis känna sig stå inför riskfria handlingsmöjligheter beträffande saken — av den grund att han icke behöver räkna med att ett utövande av sådan möjlighet skulle kunna upptäckas och följaktligen draga tvångsreaktion med sig. Men han tillbakahålles då merendels av en mer eller mindre starkt utpräglad moralinstinkt emot handlingen. Det är därför på sin plats att här erinra om att A:s riskfria handlingsmöjligheter i fråga om

saken icke motas av dylika moralinstinkter och att rättsideologiseringen, som just skärper *andras* pliktkänslor *emot* handlingarnas företagande, tvärtom s. a. s. animerar A därtill, i det att den går därpå ut, att handlingarna falla *inom hans rättsliga maktsfär*.

Allt detta verkar nu *på helt naturligt sätt*, att alla andra än A (och hans representanter eller eljest av honom auktoriserade personer) praktiskt taget *städse* avhålla sig från handlingar av nu berörd art i avseende å saken, d. v. s. sådana handlingar som skulle stå hindrande i vägen för A:s utnyttjande av densamma. Därigenom blir situationen faktiskt den efter A:s inköp av saken, att han står där utan konkurrenter, såsom ensam herre över densamma, och följaktligen att han har alla slags riskfria handlingsmöjligheter i avseende därå.

När jag säger att allt detta på helt *naturligt* sätt verkar tillkomsten av denna realitet (eller dessa realiteter), som jag uttrycker med A:s riskfria handlingsmöjligheter vis à vis saken, menar jag att det endast rör sig om *erfarenhetsmässiga* psykologiska sammanhang mellan å ena sidan de under de 5 momenten här ovan berörda förhållandena och å andra sidan tredjemans beteende i fråga om saken och A:s möjligheter att utnyttja densamma. Vad nu angår sammanhanget mellan dessa förhållanden (d. v. s. de i mom. 1—4 angivna) och tredjemans handlingssätt är detta sammanhang icke genomgående av ett och samma slag. Stundom är det fråga om ett enkelt och lättfattligt psykologiskt sammanhang, stundom om ett mera komplicerat sådant. Att den medvetna reflexionen i konkreta situationer om vissa rättsliga tvångsreaktioner såsom konsekvenser av en A:s förhållande till saken störande handling verkar avhållande från sådan handling är ju lätt att förstå. Men hur uppehållandet av hithörande tvångsreaktioner på stora områden verkar det rent spontana eller instinktiva avböjandet av dylika handlingar är ett mera invecklat kapitel. Men även här är det blott fråga om ett resultat av *människan med hennes sociala läggning och psykiska anlag i övrigt* såsom *direkt eller indirekt influerad* av den allmänna insikten om regelmässigheten i tvångsreaktionerna på vissa handlingssätt, bland dessa reaktioner framför allt straffet. Hithörande straffbuds regelmässiga uppehållande har så påverkat sinnena, dels att hos de flesta människor — även när faktiskt tillfälle för dem till nu ifrågavarande handlingar erbjuder sig — icke ens några impulser till deras företagande uppstå och dels att, om frestelsen till handlingens begående dyker upp, denna gemenligen övervinnes av moralinstinkten emot densamma.[4]

[4] Om allt detta får jag hänvisa till »Principinledning. Kritik av straffrättens grund-

Som sagt uppstår emellertid i allmänhet faktiskt det resultat efter köpslutet mellan A och B, att den förre *realiter blir ensam herre över saken*, innefattande resultatet sålunda, att han har *alla slags riskfria* möjligheter i fråga om saken. Om man vill, kan man naturligtvis kalla dessa möjligheter för »befogenheter», men man bör då veta, att detta är lika missvisande som talet om rättigheter, därest man icke iakttar nödig försiktighet och klargör den betydelse, man själv lägger i ordet. Bakom den naturliga och allmänna språkliga innebörden av »befogenhet» icke mindre än »rättighet» ligger nämligen hela den grundfalska rättsideologiska föreställningsvärlden. Båda begreppen avse, i enlighet med sin både tillkomsthistoria och hittillsvarande användning, något för subjektet fördelaktigt av *beskaffenhet* att *böra* realiseras, i fall av behov på annans bekostnad. Detta *böra* skall så ha den kraften, att — om den andre icke frivilligt lämnar sin medverkan till realiserandet — så inträder lagens tvångsmakt. Några »befogenheter» i denna mening existera icke. Finns det då överhuvud »befogenheter» i *någon* mening? Nej! Men förvisso kan man använda orden, som man behagar, och införa en ny terminologi, så att man låter ett visst ord mista gammal och erhålla en helt ny betydelse. Men det förhåller sig med »befogenhet» på alldeles samma sätt som med »rättighet»: båda orden ha uppkommit och använts såsom termer för något, som skall vara *primärt* och *fristående* i förhållande till de rättsliga tvångsreaktionerna. Liksom Olivecrona finner jag det motbjudande att i rättsvetenskaplig litteratur fortsätta med dessa uttryckssätt, när de måste förlänas en betydelse rakt motsatt den de haft i det hittillsvarande bruket. Av praktiska skäl har jag dock icke sett mig i stånd att följa hans råd och slopa ordet »rättighet» utan använder det för egen räkning i helt ny terminologi, som dock innefattar ett radikalt våldförande på språket. Är gärdet sålunda upprivet, finns det kanske ingen anledning att göra någon större affär av saken i fråga om »befogenhet». Men att kalla de riskfria handlingsmöjligheter, som nyss nämnts, för »befogenheter» — det *är*, och det bör man veta, att radikalt våldföra sig på språket. *Om* man nu likväl gör det så gäller det att städse hålla fast för sig själv och göra klart för andra, att dessa A:s »befogenheter» äro fullkomligt *lika naturliga handlingsmöjligheter*

åskådningar», s. 23—32; »Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén», s. 105—116, särskilt s. 112 f., samt Obligationsbegreppet II: 1, s. 83 ff. Beakta även antydningarna i min Obligationsbegreppet I, s. 119—121. Hithörande psykologiska problemkomplex är självfallet alltjämt långtifrån fullständigt utrett. Att vår kunskap på området sålunda är ofullständig betyder icke att övernaturliga faktorer äro med i spelet.

som t. ex. lejonets i vildmarken »befogenhet» att kasta sig över och äta upp en antilop eller zebra.[5]

Med vad jag nu sagt torde jag tillräckligt tydligt ha angivit *arten* av just de *realiteter* i situationen, som framför allt sedan gammalt föranlett konstruktionen av A såsom ägare[6], i det att han skulle besitta det rättsliga herraväldet eller makten (enligt senare jurisprudens visserligen blott av relativt slag) över saken[7]. Men den »makt», som jurisprudensen sålunda talar om, är en ren fantasiprodukt. Ty enligt jurisprudensen skall A:s makt i fråga just vara en rättslig sådan, d. v. s. en genom den materiella rätten auktoriserad makt, och följaktligen ha existens helt oberoende av alla dessa lagreglers uppehållande, enligt vilka straff och skadestånd kunde drabba dem, som begått sådana handlingar beträffande saken, som jag nyss antydde. Denna personens makt över saken bildar enligt jurisprudensen en *utgångspunkt* för reaktionsreglerna i fråga. Dessas uppehållande tänkes nämligen förutsätta, att annan utan makthavarens tillstånd gjort intrång på dennes maktområde (ingrepp i eller kränkning av äganderätt). I A:s fall anses uppehållandet av dessa lagregler ha till syfte att utgöra rättslig reaktion emot en person, därför att han åsidosatt respekten för A:s rättsliga makt och gjort intrång däri. A:s rättsmakt över saken tros alltså vara till på en grund, fristående i förhållande till reaktionsreglernas uppehållande. Emellertid vore det omöjligt att tala om denna A:s makt över saken, ja fantasien skulle icke ens kunna gå i sådan riktning, om icke reaktionsreglerna uppehölles. Vid detta förhållande är det oresonligt att, såsom jurisprudensen gör, hävda att *tillämpningen av dessa regler förutsätter* kränkningen av eller den bristande respekten för, därmed också *existensen* av denna A:s makt eller herravälde över saken, som man kallar för äganderätt. Jurisprudensen har bokstavligen genom sin rättsideologiska tro kommit att förväxla följd och orsak. Ty, såsom vi sett, ådagalägger erfarenheten, att A:s handlingsmöjligheter i fråga om saken — om man så vill hans *faktiska makt*[8] över denna — endast och allenast utgöra en samlad *konsekvens* av de ifrågavarande lagreglernas uppehållande och dettas inflytande på människorna[9]. Följaktligen är det logiskt ute-

[5] Jfr mina anmärkningar nedan s. 526 f. angående användningen av uttrycket A:s »position» till saken.

[6] De realiteter, som nedan beröras såsom tillhörande andra och tredje realitetsgrupperna, ha naturligtvis också haft betydelse i detta avseende, särskilt kanske den tredje gruppens.

[7] Att det är lika metafysiskt och sålunda osakligt att tro på *relativa* rättigheter som på absoluta har jag flerstädes påvisat, senast ovan s. 136 ff.

[8] Om makt-uttryckets missvisande karaktär se dock nedan s. 527.

[9] Detta inflytande förstärkes genom den ovan nämnda rättsideologiseringen. Alltid,

slutet, att dessa handlingsmöjligheter kunde härflyta ur något som utgjorde förutsättning för reaktionsreglernas uppehållande. Jurisprudensen har sålunda ställt de hithörande realiteterna rakt på huvudet. Jag återkommer senare härtill.

Andra realitetsgruppen.

Här måste ånyo skadeståndsreaktionen nämnas. Denna har naturligtvis icke blott betydelsen att verka återhållande på andras handlingar, som skulle kollidera med A:s handlingsmöjligheter vis à vis saken och hindra honom att utöva dessa. Den har jämväl betydelsen att utgöra en ekvivalent åt A för dessa möjligheter, när och i den mån han förlorat dem genom nyss antydda handlingar från annans sida. Vid det strikta ansvaret är detta stundom skadeståndsreaktionens egentliga betydelse såsom bidrag till de fördelar i avseende å saken, som A vinner genom köpslutet.

Tredje realitetsgruppen.

Gentemot en var, som utan A:s medgivande innehar saken och för sådant innehav icke kan åberopa sig på särskilda omständigheter — såsom sakens mottagande i viss god tro — har A möjlighet att få rättsligt tvång utövat till sakens utlämnande (A:s s. k. vindikationsrätt). Hithörande lagregler ha i förevarande avseende den betydelse de faktiskt ha och ingen annan. Det är m. a. o. blott fantasi, om man föreställer sig, att A genom dessa reglers uppehållande får sin makt över saken, sin äganderätt, skyddad eller realiserad och sålunda från dem sluter till existensen av en äganderätt. Den mer eller mindre trygga position, som uppstått för A blott såsom en konsekvens av de förut berörda reaktionsreglernas uppehållande, är det naturligtvis logiskt omöjligt att betrakta såsom något, vilket nu skulle kunna utgöra förutsättning för vindikationsreglerna och bliva skyddat genom dessa. Deras tillämpning har erfarenhetsmässigt inga andra förutsättningar än sådana, som att A köpt saken i laga ordning samt att han ofrivilligt blivit av med besittningen till densamma, eller i allt fall icke medgivit den efter en viss tidpunkt fortsatta besittningen av saken för tredjeman o. s. v. Men därmed är också sagt, att även A:s enligt rättsideologien föreställda rättsmakt att utfå saken från tredjeman icke innesluter något reellt, som

när jag i det följande talar om handlingsmöjligheterna såsom konsekvens av lagreglernas uppehållande, underförstår jag där också denna rättsideologiseringens betydelse.

icke är *betingat* av vindikationsreglernas uppehållande, och följaktligen icke erfarenhetsmässigt kan utgöra en utgångspunkt eller förutsättning för dessas tillämpning. — På analogt sätt förhåller det sig naturligtvis med sådant som A:s möjlighet att få saken separerad, i händelse annan, som innehar densamma, råkat i konkurs, eller att få den undantagen från utmätning för annan innehavares gäld. För enkelhetens skull låter jag även de sålunda avsedda lagreglerna komma under benämningen vindikationsregler.

Genom uppehållandet av vindikationsreglerna ökas möjligheterna för A att tillgodogöra sig den eller de nyttigheter, som äro förknippade med den köpta saken. Naturligtvis ha också dessa regler en viss betydelse såsom *influerande andras handlingssätt* vis à vis saken till A:s förmån. Medvetandet om att saken tvångsvis kan uttagas från tredjeman, till på köpet på dennes bekostnad, kan utgöra en särskild drivfjäder för honom till att avstå från ett besittningstagande av saken, resp. till att återlämna den till A. Ur denna synpunkt är vindikationsreglernas betydelse att hänföra under »Första realitetsgruppen». Deras om jag så får säga restituerande effekt motiverar emellertid att de tagits i en särskild grupp.

Köparens mer eller mindre »trygga position» till saken.

Vindikationsreglerna såsom uppehållen lag giva tillsammans med uppehållandet av de förut antydda reaktionsreglerna upphov åt den för A — i fråga om sakens hantering eller utnyttjande på ena eller andra sättet — mer eller mindre förmånliga eller trygga position till saken som genom rättsideologien missförståtts och kommit att framstå såsom A:s genom köpslutet uppkomna rättsmakt över saken, såsom hans äganderätt till densamma.[1] — Man må icke missförstå, att jag talar om en A:s »position» (»situation» eller »förhållande») till saken. Ordet kan möjligen vara vilseledande. Rättsreglers uppehållande kan naturligtvis icke leda till uppkomsten av en position i egentlig mening för en person till saken. Position till »saken» tyder ju närmast på något fysiskt, och därom kan det självfallet icke omedelbart vara fråga här. Men i och med

[1] En fråga som jag här icke kan inlåta mig på är, hur det kommit sig, att rättsreglerna så utformats, att deras uppehållande leder till denna mer eller mindre trygga position, som ideologiseras till en äganderätt. Att det är samhällsekonomiska synpunkter, som här legat och ligga i bakgrunden — även om de, alltefter olika tidsskeden, mer eller mindre starkt maskerats av rättschimären — torde näppeligen kunna betvivlas. Jag har särskilt berört denna sak i en diskussion av frågan om ersättning vid expropriation; se Obligationsbegreppet I, s. 110—118.

att man använder ett ord med egentligen fysisk innebörd i figurlig mening, uppkommer lätt inom juridiken — på grund av dess ideologiska inställning — metafysiska föreställningar. Vore det så, att det icke rörde sig om något annat än blott A:s riskfria möjligheter att hantera och utnyttja saken, så skulle jag icke använda sådana termer som »position» och dylikt. Men realiteterna äro ju icke uttömda med angivandet av dessa handlingsmöjligheter för A. Vindikationen är något annat, om den också förmedlar handlingsmöjligheterna i fråga, och skadeståndet är en ekvivalent, alltså ett surrogat, för dem. Detta är skälet till att jag nu som förut för korthetens skull säger, att uppehållandet av dessa rättsregler leder till uppkomsten för A av en viss mer eller mindre förmånlig eller trygg *position* till saken. Jag förväntar mig sålunda att icke av denna anledning bli beskylld för att själv röra mig med metafysiska eller verklighetsfrämmande begrepp. Av liknande grund kan det även bli vilseledande att tala om A:s, låt vara faktiska, *makt* över saken. I båda fallen kan tanken föras över till något, som såvitt sinnevärlden är i fråga, vore rent in abstracto givet och vilande så att säga på sig självt.

Lagregeln om köpet såsom laga fång.

Emellertid har nu i de hittills förda resonemangen en väsentlig sak lämnats å sido. Jag åsyftar den i J. B. 1:1 i fråga om fast egendom direkt uttalade och beträffande lös egendom på andra ställen titt och tätt förutsatta »lagregel»[2], att köparen genom perfekt köp gör ett laga

[2] Jag använder i denna liksom i föregående skrifter uttrycket »lagregel» (eller »rättsregel»). Jag menar därmed lagstadganden och oskrivna motsvarigheter till dem, t. ex. den s. k. skuld-regeln. Jag använder uttrycket blott såsom *term* för något, vars *karakterisering* såsom lag-*regel* jag dock fruktar kunna leda till förvirring. »Lagstadgande» vore ett användbart uttryck, om det täckte både skriven och oskriven lag. »Rättsbud» är olämpligt på grund av sitt utpräglat rättsideologiska ursprung. I sin skrift »Lagens imperativ» har Olivecrona gjort en synnerligen förnämlig analys av det moment i lagstadgandena, som han benämner »imperativtecken». Han använder om dessa stadganden (naturligtvis även om »oskriven lag») benämningen regler, både i nämnda arbete och i sin »Lagen och staten». Dessa regler har Olivecrona träffande karakteriserat såsom handlingsmönster för människorna i tänkta situationer. Självfallet äro dessa handlingsmönster *realiteter*. När jag drar mig för att hänföra handlingsmönstren i fråga under *begreppet* lagregel äro mina synpunkter följande.

Handlingsmönstrens betydelse ligger ju i den psykologiska makt, som de faktiskt hava över människornas — närmast nu domarens — sinnen. Tror man denna makt bero på en över det hela stående högre normativ vilja, då blir regel-tanken naturlig: dess innehåll *gäller*, är *bindande* för domaren. Men, såsom det i verkligheten förhåller sig, är det icke idé-innehållet, handlingsmönstret i sig självt, som blott på grund av sättet för sin tillkomst har denna faktiska makt över sinnena, utan denna makt *förut-*

fång, d. v. s. förvärv av äganderätt, till det köpta (naturligtvis under förutsättning att säljaren själv var »ägare»). Det föregående utvisar,

---

sätter ytterligare ett komplex av faktorer, som äro verksamma i s. a. s. den mekanism, i vilken handlingsmönstret insättes. Isolerat från rättsmekanismen blir handlingsmönstret *tomma ord*. Jag kan därför icke finna, att det låter sig göra att betrakta dessa handlingsmönster *såsom sådana* såsom regler i annan mening än såsom rent *formella* anvisningar, vilkas *reella* betydelse vilar på funktioneringen av en mängd andra »rättsregler» eller kanske bättre rättsmekanismen i det hela. Därmed synes det mig åtminstone vilseledande att tala om skrivna eller oskrivna lagbud såsom inneslutande *regler i karakteriserande* mening. Dessa handlingsmönster ha ju som sagt en betydande »kraft», d. v. s. ett mycket stort psykologiskt inflytande över människorna. Det är *med hänsyn till denna deras kraft*, som man — även i från rättsideologien befriade diskussioner — åberopar sig på dem. Men denna sin kraft ha de — jag upprepar det — icke endast genom lagbudet i fråga, utan den förutsätter också funktioneringen av en mängd *andra* lagbud. Detta torde icke kunna betraktas såsom onödiga hårklyverier utan tvärtom vara av vikt att beakta till förebyggande av förvirring i resonemangen, åtminstone så länge dessa ständigt utsättas för faran att omärkligt ledas in i genom rättsideologien invanda betraktelsesätt. Undéns rättsvetenskapliga inställning efter min rättskritik torde just sammanhänga med förbiseendet av att de »regler», vilka handlingsmönstren i de olika lagbuden förete, *i och för sig* intet annat äro än rent formella anvisningar utan all »kraft». Detta är en av anledningarna till att jag finner det olämpligt att karakterisera ett lagbud såsom sådant såsom någon regel, ehuru man kunde behålla termen, därest man icke accepterar någon bättre, t. ex. lagmönster. En annan anledning ligger däri, att — oavsett det nu sagda — lagbudets (formella) karaktär av regel kan vara blott skenbar; varom se Obligationsbegreppet II: 1, s. 93 f. — Om regler i oantastlig mening för domaren kan det, såvitt jag förstår, blott vara fråga på samma sätt, som man kan tala om regler för varje verksamhet, om man med denna vill uppnå ett visst syfte. En ingenjör, som vill konstruera en maskin, måste skaffa sig kunskap om medlen härför. *Användningen av dessa medel* kan också uttryckas såsom *tillämpningen av reglerna* för maskinens konstruerande. Också en domare måste ställa ett syfte framför sig. Han inhämtar kunskaper om medlen för att nå detta syfte. Han begagnar sig i sin verksamhet av dessa medel, vilket innefattar att han tillämpar vissa regler för sin verksamhet. Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 100 f. Detta regelbegrepp synes dock här vara utan intresse, då det ju icke kan vara avsett i ett sådant uttryck som »lagregel», även om detta är frigjort från all rättsideologisk betydelse. Handlingsmönstret i skriven eller oskriven lag spelar självfallet en utomordentligt stor roll för bestämmandet av de medel, varigenom domaren skall vinna syftet med sin verksamhet, därmed också för bestämmandet av innehållet i reglerna för denna. Men därvid är det naturligtvis icke själva *handlingsmönstret* som utgör ett medel för domarens verksamhet och följaktligen bildar en större eller mindre del av innehållet i reglerna för denna, utan det är *handlingssättet i enlighet med mönstret*. D. v. s. *bland reglerna* för domarens dömande verksamhet finns även denna: att beakta handlingsmönstret (»lagregeln»), därest sådant finnes. Är detta riktigt, då kan det icke vara logiskt att betrakta handlingsmönstret självt såsom tillhörande reglerna för dömandet. Detta påpekas endast till förebyggande av den kanske skenbart näraliggande invändningen, att jag beginge en motsägelse genom att betvivla lämpligheten att tillerkänna handlingsmönstret såsom sådant regelkaraktär, allt under det jag dock menar, att man i oantastlig mening kan tala om regler för domarverksamheten. Jfr till det i denna not sagda Obligationsbegreppet II: 1, s. 91—101, s. 130 f. samt s. 258 f. — Emellertid har nu denna diskussion icke alls någon betydelse för min i texten givna framställning, där jag i brist på bättre som vanligt använder termen »lagregler».

att denna regel icke kan tagas efter orden. Ty dessa innefatta, att genom köpet till A överfördes en rättslig makt över saken, vilken makt A sedan hade att i fall av behov åberopa sig på till föranstaltande av rättsliga tvångsåtgärder emot tjuven, försnillaren, olovlige brukaren, skadegöraren, med återlämningsprestation morante legotagaren, tredjemans konkursbo m. fl. Men om man abstraherar från A:s möjligheter att vid behov föranstalta om dessa tvångsåtgärder eller, korrektare uttryckt, från de lagregler såsom uppehållen rätt, varigenom han har dessa möjligheter, så skulle någon slags makt för A över saken såsom en följd av köpet icke kunna upptäckas. Hade han framför andra en makt däröver, måste denna uteslutande bero på hans list, styrka eller dylikt gentemot andra konkurrenter. Idén om saken såsom A:s tillhörighet skulle ju icke ens ha något skenbart underlag, om saken kunde med våld eller slughet berövas honom, tillintetgöras eller skadas av annan, utan att den, som så handlade, därmed utsatte sig för risken av rättsliga tvångsreaktioner. Varför skulle saken nu antagas vara A:s mera än vilken som helst annan persons? Begreppen stöld, försnillning och olovligt brukande skulle vara obegripliga, likaså vindikation och skada i mening av förmögenhetsförlust. Det är visserligen sant, att köpet såsom faktum utgör en betingelse för att A kommit i denna mer eller mindre trygga position till saken, som underhållit föreställningen om äganderätt till sak, men positionen själv är endast en rent naturlig konsekvens av de nämnda lagreglernas uppehållande, vilket dels leder till att i det stora hela alla andra känna sig föranledda att s. a. s. rymma fältet till förmån för A själv (och hans representanter) och dels innefattar att A stundom — när sagda effekt icke vunnits — tvångsvis kan utfå saken eller skadestånd, det senare vare sig i stället för saken eller på den grund att den skadats.

Det må så vara, invändes kanske nu, att A:s faktiska möjligheter att utnyttja saken endast utgöra konsekvenser av de nämnda reaktions- och vindikationsreglernas uppehållande. Men den lagregel, varigenom just A kommit i denna fördelaktiga ställning till saken — lagregeln om sakens »förvärv» genom köpet, om köpet såsom utgörande ett »laga fång» — måste väl ändock innefatta ett materiellt-rättsligt, d. v. s. objektivt giltigt böra av innebörd, att reaktions- och vindikationsreglerna beträffande saken nu *efter* köpet *äro att* använda till förmån för A, under det att de *före* köpet *voro att* använda till förmån för B? Alldeles icke. Det *kan* lika litet vid denna lagregel som vid någon annan vara fråga om uppkomsten av något objektivt böra, eftersom ett sådant böra ligger helt utom vår erfarenhet. Sådana metafysiska spekulationer äro

också på intet sätt av behovet påkallade, alldenstund lagregelns i fråga betydelse framgår på naturlig och förnuftig väg. Den verkar helt enkelt *genom sin fakticitet såsom lagregel.* Beträffande det närmare härom får jag hänvisa till Olivecronas utredningar.[3] Blott vill jag omedelbart med några ord förebygga det missförståndet, att jag ofrivilligt själv skulle insmyga något metafysiskt i uttrycket »fakticitet såsom lagregel». Därmed avser jag endast det förhållande, att »regeln» med sitt för tanken realiserbara innehåll ingår som en faktor i rättsmekanismen. Detta är något helt annat, än att fråga vore om en materiellt-rättslig, alltså normativ princip. Det innefattar nämligen endast, att det perfekta köpslutet mellan A och B utgör ett s. k. *rättsfaktum,* som bl. a. domaren beaktar, när han tillämpar en mängd andra lagregler, exempelvis nu de reaktionsregler och vindikationsregler, som jag i det föregående har berört. D. v. s. nämnda faktum tillhör den faktiska grund, som är bestämmande för de ifrågavarande lagreglernas tillämplighet i ett visst fall. Köpslutets faktum erhåller som antytt denna betydelse även för frågan om en mängd andra lagreglers tillämplighet.

Att köpslutet har denna betydelse såsom rättsfaktum beror som sagt på den ifrågavarande »lagafång-regelns» tillhörighet till »gällande rätt», d. v. s. till rättsmekanismen. Vad detta innebär och hur det har tillgått just beträffande denna regel om köpet såsom »ledande till köparens förvärv av äganderätt till det köpta» (under förutsättning att säljaren själv vunnit »äganderätt») är naturligtvis ett vidlyftigt kapitel, möjligen något mera komplicerat därigenom, att regeln i fråga icke annat än delvis — nämligen blott beträffande fast, icke lös egendom — direkt uttryckts i skriven lag. Denna sak — till vars utredande höra historiska undersökningar och därvid framkomna faktas och förhållandens bedömande med sådana synpunkter, som anlagts av Olivecrona i hans nyssnämnda skrift — behöva vi dock här icke inlåta oss på, då uppfattningen om regeln i fråga såsom tillhörande »gällande rätt» ingår i varje jurists, ja varje medborgares medvetande. Här är det för övrigt t. o. m. tillräckligt, att uppfattningen ingår i varje *domares* medvetande. Detta verkar psykologiskt på honom, så att han bedömer frågan om tillämpningen av samtliga förut berörda vindikations- och reaktionsregler beträffande saken med utgångspunkt därifrån, att det är A och icke B, om vars mer eller mindre trygga position till saken det rör sig, d. v. s. att det blott är A och alltså icke B, som kan vara rätt kärande i fråga om reglernas

[3] Se Olivecrona, Lagen och staten, kapitlet om rättsreglernas natur bl. a. s. 39—41, s. 64—80 (som innehåller det här viktigaste) samt s. 101 ff., ävensom hans skrift Lagens imperativ.

i fråga tillämpning, såvitt den av A köpta saken är i fråga. Denna verkan på domaren har intet med *objektivt* böra att skaffa utan sammanhänger med det *subjektivt* böra alstrande tryck, varunder han är verksam och som — hur det nu än närmare gestaltar sig — står i ett visst samband med att en domare, som i sin dom skulle åsidosätta det i rättegången utredda eller ostridiga köpslutet såsom rättsfaktum, därmed skulle begå ämbetsbrott, utsättande sig för risken att bli straffad och tvingad betala skadestånd med de socialt menliga följder, som dylika tvångsåtgärder — inkluderande hans »dragande inför skranket» — föra med sig.

Kanske får jag med några ord ytterligare belysa denna sak. Då lagarna faktiskt i det hela äro lämpade efter samhällsbehovet, kommer helt naturligt den sociala läggningen hos människorna att s. a. s. predestinera dem till inställning på lagarnas efterlevnad. Detta bildar ett visst underlag för den moralbildande effekt, som jag påvisat, framför allt i fråga om strafflagen, och som innefattar att man spontant, utan särskild reflexion över risken av tvångsreaktion, undviker det med sådan belagda handlingssättet. Hos domarkåren måste denna spontana, instinktiva, moraliska inställning i överensstämmelse med lagarna vara i särskilt hög grad utpräglad på grund av kårens utbildning och uppfostran i lagarnas direkta tjänst. Därför och då domaren vanligen icke har något eget personligt intresse att handla emot klar och tydlig lag, förhåller det sig i allmänhet icke så, att han följer lagarna på grund av reflexion över de med det motsatta handlingssättet förenade riskerna. Fölle straffrisken bort just för domare i deras ämbetsutövning, skulle visserligen småningom en allmäntskadlig godtycklighet bli följden. Men social bankrutt skulle sannolikt icke inträda förrän efter en oöverskådlig tid. Den på lagenlig verksamhet inställda moralen måste just inom domarkåren av nyss antydda grunder vara mycket djupt rotad. Även om domaren kunde ostraffat döma i strid emot lagarna, så måste dock alltid trycket från en miljö — där uppfattningen om domarsysslan såsom ett nödvändigt, elementärt led i samhällsorganisationen är klar och tydlig och där känslan av domarens därav följande ansvar såsom samhällets tjänare starkt framträder — ävensom från domarens egen månhet om sitt anseende både som samhällsmedlem och som skicklig i yrket sporra honom till att handla i enlighet med lagarna.[4]

[4] Dessa anmärkningar ha, som jag nämnde, gjorts till förtydligande av vad jag menar med att laga-fång-regeln verkar genom sin fakticitet såsom lagregel. Emellertid böra anmärkningarna ses mot bakgrunden av de hänvisningar jag gjorde till Olivecronas Lagen och staten. Vad han där å s. 64 ff. utvecklat angående »grundlagen såsom kraftkälla för lagstiftningen» är kanske det mest rationella, som någonsin skrivits i hithörande misshandlade frågor, vilka icke minst genom denna misshandling blivit så

Överallt — vare sig vi rikta blicken på domstolars (och andra myndigheters) tillämpning av nu berörda reaktions- och vindikationsregler eller vi ha i sikte människors i allmänhet handlingssätt vis à vis den av A köpta saken av sådan art, att A faktiskt blir »herre på täppan» — överallt rör det sig icke om annat än rena fakta, vilka på genomgående fullständigt naturliga vägar, d. v. s. genom erfarenhetsmässigt konstaterbara orsakssammanhang, influera på vederbörande människors handlingssätt. De yttre kausala faktorerna kunna väl förfalskas för den enskilde genom en ideologisering, varigenom han föreställer sig stå under det tryck av en »högre» ordning, som av jurisprudensen satts i »vetenskapligt» system såsom ett i den »objektiva» eller »materiella» rätten grundat och sålunda auktoritativt förbindande »böra». En sådan förfalskning är då själv en psykologisk realitet men omskapar icke de ideologiserade faktorerna. Den verkar — i det stora hela — ingalunda hämmande på de yttre kausala faktorernas inflytande på handlingssätten utan tvärtom skärper i allmänhet detta, i det att den utgör en extra bidragande faktor till uppkomsten av moralinställningen i överensstämmelse med lagarna. Tron på rättigheten såsom en makt med kvaliteten att *böra* realiseras grundar och underblåser hos allmänheten föreställningen om det *rättvisa* i att A får ha saken i fred för inkräktare. En miljö, genompyrd av denna föreställning, utgör ett ständigt och starkt tryck på den enskilde till handlingssätt i enlighet med föreställningen och spelar en utomordentligt stor roll för styrkan i de än instinktiva än mera reflekterade pliktkänslor, som bilda motvikt mot eventuella impulser till handlingar, som kollidera med A:s ifrågavarande handlingsmöjligheter i avseende å saken.

Vi finna sålunda, såsom jag redan påpekat[5], bland de reella faktorer, som giva upphov till A:s mer eller mindre trygga position till saken efter

förvirrade och svårutredda. Olivecrona har överhuvud i sitt ifrågavarande arbete gått *kunskapskritiskt* på djupet. Man har då och då bedömt mina skrifter än välvilligt, än motsatsen ur rättsfilosofisk synpunkt. Synvinkeln är omotiverad. Jag har visserligen av förhållandena föranletts till vissa rättsfilosofiska studier. Men, även om några av mina reflexioner på detta område skulle tillerkännas värde, kan jag dock, till skillnad från Olivecrona, icke göra anspråk på att i egentlig mening ha bedrivit rättsfilosofiska undersökningar. Min kontakt med rättsfilosofien begränsar sig till vad jag funnit nödigt för att kunna komma till rätta med rättsideologien och finna en saklig metod för *juridiken*, d. v. s. den konstruktivt rättsvetenskapliga verksamheten i motsats till den enbart kunskapskritiska, varom se nedan s. 549 ff. På grund av den begränsning i min *rättsfilosofiska* utbildning, vartill jag tvungits för att kunna hinna giva något bidrag till juridiken som vetenskap, är det av utomordentlig betydelse att i nu berörda, för en vetenskaplig förståelse av rätten högviktiga frågor kunna hänvisa till Olivecronas nämnda kunskapskritiskt lagda undersökningar.

[5] Ovan s. 521.

köpslutet, också just denna allmänna ideologisering av A:s position till saken såsom en *rättighet*. Hur det faktiska läget än har förvridits genom denna ideologisering, kommer man icke ifrån, att den icke blott i gångna tider utan alltjämt innefattar en högst betydande realitet, väsentligen kausalverkande för tryggheten i A:s förhållande till den köpta saken. Utan denna och liknande realiteter skulle samhällsbyggandet genom årtusendena ha gått i andra fåror, än som skett; kanske ha blivit det rena fiaskot.[6]

Allt som jag nu utfört angående A:s »äganderätt» till en sak, som han *köpt*, har naturligtvis full analog tillämplighet, om han i stället ärvt saken eller fått den i testamente eller i gåva eller i byte eller på vilket annat »förvärvssätt» som helst. Den konkreta bild, som jag här givit till åskådliggörande av vad som verkligen sker inom rätten, torde kunna till sin riktighet kontrolleras av en var för saken intresserad. Den torde även kunna analogivis användas på vilket rättsområde som helst för vinnande av insikt om den från början till slut erfarenhetsmässiga karaktären hos vad vi kalla rätten och därmed också för vinnande av grunder för bedömande av frågan, om det kunde anses förnuftigt att fortsätta med de vare sig öppet eller förtäckt i en rättsideologisk övertro bottnande resonemangen.

---

[6] Flerstädes i mina skrifter har jag varit angelägen betona rättighets-, plikt- och böra-föreställningarnas vitala betydelse för rättsmekanismens funktionering. (Se även här nedan s. 587—591.) Denna betydelse kan ju icke förringas därav, att det icke finns något *objektivt* böra, följaktligen icke heller några rättigheter, samt att plikten blott är *känslan* av plikt. Det förefaller, som om Vinding Kruse icke tillräckligt beaktade detta i sina anmärkningar SvJT 1942, s. 233 f. Den värdeteori, som jag ansluter mig till, innebär naturligtvis icke, att de nämnda föreställningarna äro »mørk, middelalderlig Overtro», men väl att det är övertro att betrakta dem som *föreställningar i egentlig mening*, d. v. s. föreställningar om verkligheten. De äro nämligen blott till sådana föreställningar knutna *känslor*. Angående Vinding Kruses ståndpunkt se i övrigt ovan noten å s. 122 ff.

Hur förklara rättsmetafysikens makt över vetenskapsmän i vår realistiska tid?

I det föregående har jag på ett visst rättsligt område sökt visa, att vad som där sker är lika naturligt som vilka andra erfarenhetsmässiga fakta och kausalsammanhang som helst. Jag tror också, såsom jag nämnde, att det valda området har varit sådant, att envar genom analoga reflexioner skall vara i stånd att övertyga sig därom, att *ingenstädes* inom vad vi kalla rätten sker något annat än som erfarenhetsmässigt, d. v. s. i vår rumstidliga värld, kan identifieras, och att det följaktligen icke finns några specifikt rättsliga skeenden. Sådana sammanhang, som jag i det föregående sökt i någon mån utreda, ha emellertid som bekant av människorna sedan urminnes tider idealiserats till något över människorna och den värld de leva i upphöjt. Romarna sågo hithörande skeenden ursprungligen icke ens såsom utslag av rätten (*ius*) utan såsom av en direkt av gudarna meddelad ordning (*fas*). Och när äntligen *ius*-begreppet utbildats, betraktades denna *ius* såsom en hemlig kraft, vilken det gällde att nalkas med iakttagande av rituella föreskrifter och vilken sattes i funktion genom lagar, som uppfattades såsom befallningar till den mystiska *ius* att utöva sin kraft. Allehanda mystik har förvisso även omgivit den äldsta germanska rätten. Hur mycket än rättsmystiken omvandlats genom tiderna, står det dock fast, att ännu den dag som är bliva de faktiska rättsföreteelserna beslöjade av rättsliga idealbilder. Och vad rättsvetenskapen angår, har denna alltifrån sitt ursprung[1] intill våra dagar *aldrig* inriktat sitt intresse direkt på de verkliga skeendena och dessas faktiska orsaker utan *städse* betraktat dem genom idealiserande slöjor, varigenom »rätten» blivit något, som ligger utanför eller är höjt över vår mänskliga tillvaro. Denna rättsideologi som sålunda utgör ett föreställt fundament för rättsvetenskapen, har varit underkastad vissa förändringar genom tiderna, beroende på växlande åskådning angående den egentliga grunden för »rätten» och dennas »kraft». Efter naturrätten under 1600- och framför allt 1700-talet och ett stycke in på 1800-talet samt historiska skolan från 1800-talets början, då samtidig

[1] Vad Sverige angår kan väl vår egen rättsvetenskap icke sägas vara mycket mer än 300 år gammal — ehuru ju detta beror på vad man menar med termen.

med naturrätten, ha vi — med upprinnelse under senare delen av 1800-talet — i våra dagar framför allt rättspositivismen, som, med alla inbördes divergenser, domineras av principen: rätten med vad därtill skall höra av rättigheter och plikter m. m. har sin grund i rätts- eller samhällsviljan.

Distinktionerna: naturrätten, historiska skolan och rättspositivismen, äro emellertid ingalunda skarpt markerade. Många auktorer vid sista sekelskiftet hade icke mindre historiska skolan än någon rättspositivistisk riktning att tacka för sin utbildning. Ehuru nedanstående anmärkningar taga sikte på rättspositivismen finna de sin motsvarighet i avseende å både naturrätt och historiska skolan. Gemensamt för dem alla är ju opererandet med en auktoritativ objektiv rätt såsom *materiell* rätt i motsats till den *formella* rätten. I själva verket ha de också det gemensamt, att deras »materiella rätt» måste bottna i en högre *rättvisas* krav. Beträffande naturrätten kan detta sägas ha varit fallet alltsedan Ulpianus: *nomen iuris a iustitia appellatum est.* Hans trenne *iuris praecepta* voro utslag av denna *iustitia.* När rätten enligt historiska skolan skall ha sitt egentliga säte i folkets gemensamma medvetande kan det ju icke vara fråga om rätten annorlunda än såsom baserad på rättviseföreställningarna i det s. k. allmänna rättsmedvetandet. Att icke heller rättspositivismen, trots talet om statsviljan i bakgrunden för »rätten», kunnat frigöra sig från rättsmedvetandets krav på rättvisa torde vara obestridligt.[2]

Enligt rättsideologien existera icke de sammanhang, som jag i det föregående sökt åskådliggöra. De handlingssätt från både myndigheters och enskildas sida, som jag där erinrat om, skola — om vi nu hålla oss till rättspositivismen — ha sin förklaring och betydelse därigenom, att de s. a. s. auktoriserats av den på samhällsviljan vilande *objektiva rätten,* ingalunda att förväxla med de faktiska lagarna låt vara att dessa avspegla den objektiva rättens innehåll. Denna objektiva rätt, som skall bestå av rätts- eller samhällsviljans förbud och befallningar, riktade än till medborgarna i allmänhet än till de särskilda samhällsorganen, kallar man också den *materiella rätten,* till skillnad från process- och exekutionsrätten, den s. k. *formella* rätten.

---

[2] Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 105 f. och s. 179 f. Vad angår de författare jag i detta sammanhang mer eller mindre flyktigt berör, vill jag ingalunda ha sagt att de äro representanter för rättspositivistisk riktning. Det är blott för enkelhetens skull som jag i vissa resonemang förutsätter en rättspositivistisk jurisprudens. Den rättsideologiska grundstommen är densamma i naturrätten, historiska skolan och rättspositivismen. Skiljaktigheterna mellan dem i rättsideologiskt hänseende kunna betraktas som utanverk. Den gjorda indelningen är naturligtvis icke fullständig. Vad s. k. frirättsliga riktningar angår se min Die Unw. der Rechtsw. I, § 10.

Alltefter som en handling överensstämmer med den materiella rättens bud eller befallningar eller icke skall den vara rättsenlig eller rättstridig. Den rättstridiga handlingen skall emellertid även vara stridande emot en rättslig plikt, i det att budet eller befallningen tros belasta adressaten med rättslig plikt att handla i enlighet med budet eller befallningen. Men kan den materiella rätten giva upphov åt rättsplikter, så kan den det även åt rättigheter. I själva verket betraktas rättigheten såsom en av den objektiva rätten skapad makt för den enskilde över någonting.[3] Hur det nu närmare tänkes är för dessa anmärkningar utan större intresse. Det finns författare, som finna, att den objektiva rätten i viss utsträckning direkt giver upphov åt rättigheter. Men i allmänhet är nog uppfattningen den, att rättigheten uppstår via rättsplikten såsom en reflexverkan av denna: adressaten för förpliktelsen får en häremot svarande rättighet mot den förpliktade. (Se t. ex. uttalandet av Reichel nedan s. 542 n. 3.) Rättsfilosoferna synas dock vara angelägna om att betona, att den omständigheten, att rättigheten sålunda uppstår *genom* plikten, icke betyder att den uppstår *tack vare* plikten, utan att det är rättigheten som s. a. s. sakligt bör tillerkännas primatet: »den ene är rättsligen förpliktad, enär den andre är berättigad».[4]

Alltnog; den rättspositivistiska ideologien innefattar lika väl som både naturrätt och historiska skolan en från alla sådana faktiska skeenden, som jag under föregående rubrik beskrivit, överhuvud en från all rumstidlig verklighet skild materiell rätt, vilken icke blott konstituerar handlingars rättstridighet och rättsenlighet utan även giver upphov åt rättigheter och rättsplikter, varvid de förra nu skola vara antingen medfödda (personlighetsrättigheter) eller förvärvade i kraft av den materiella rätten på grundval av vissa tillkomna profana, d. v. s. verkliga, fakta.

Detta är en allmän grundåskådning i vår tids rättsvetenskap. Om dess verklighetsfrämmande karaktär kan man läsa på många ställen i

---

[3] Se t. ex. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I, § 29. — Enligt Kohler, § 4, är rättigheten: *die subjektive Beziehung, die von der Rechtsordnung (= objektives Recht) als unverletzlich erklärt wird*; enligt Somló, t. ex. s. 469: *der durch eine Rechtsnorm geschaffene Anspruch*. Josserand I, n. 117 jfd med n. 16, låter rättigheterna ha *leur source première dans un texte de loi ou bien dans la coutume*, vilka bilda *le droit positif*, som i sin tur skall ha sin grund i *la volonté de la collectivité*.

[4] Radbruch, s. 50 f. Jfr Del Vecchio, Lehrbuch, s. 316 ff. Visserligen, säger denne auktor, kunde det förefalla, som om den objektiva rättens befallningar förnekade eller åtminstone inskränkte den personliga friheten. Detta vore dock blott sken. I verkligheten grundade den objektiva rätten och tryggade friheten. Del Vecchio bestämmer därför rättighetsbegreppet i all korthet såsom »die Einordnung der Freiheit einer Mehrzahl von Menschen auf Grund von Befehlen».

mina skrifter.[5] Jurisprudensen i Sverige liksom i Norden i övrigt kan dock i allmänhet icke sägas ha gjort klart för sig, hur det förhåller sig med de grundtankar, som de utgå ifrån. Man synes vanligen utan djupare reflexion ha accepterat desamma såsom vetenskapligt hållbara. Vad utländsk rättsvetenskap angår, är det ju tydligt, att de verkligt skolade juristerna måste vara på det klara med, att det rättsideologiska underlaget för deras vetenskap icke kan identifieras i tid och rum och att det följaktligen tillhör en annan värld än den naturliga, nämligen rättens andliga värld. Walz, en betydande tysk rättsvetenskapsman, har av mina skrifter föranletts att på ett oförblommerat sätt erkänna denna sak.[6] Min uppfattning, att juridiken endast såsom erfarenhetsvetenskap kunde vara verklig vetenskap, vill han nog icke bestrida, men innebörden härav får särartad belysning därigenom, att han anmärker mot mig, att jag dock ingenstädes bevisat, att blott rums-tidliga skeenden kunna vara föremål för vår erfarenhet.[7] Det är i anledning härav, som jag påvisat »dubbelvärldsteoriens oduglighet».[8] Det är dock ganska remarkabelt, att en rättsvetenskapsman av Walz' allvarliga och grundliga typ attackerat min ståndpunkt på detta sätt: med att fordra bevis för, att människorna icke kunde göra erfarenheter i andevärlden! Walz har verkligen tryckt på den avgörande punkten. Medgiver jurisprudensen, att rättsvetenskapen såsom vetenskap icke kan befatta sig med annat än det i erfarenheten givna, då blir det absolut nödvändigt för jurisprudensen att rädda sin vetenskapliga ära med denna befängdhet att låta erfarenheten sträcka sig ut över den timliga världen in på andevärldens domäner.

Sin anmälan av Hägerströms »Der römische Obligationsbegriff» inleder en av nutidens mest kända romanister, Bernhard Kübler, med följande ord: »Die Rechtsordnung ist eine geistige Welt, welcher sich über die sinnliche erhebt, von ihr sich nährt und wieder auf sie einwirkt. Sie knüpft Rechtsfolgen an die Vorgänge, die wir mit unsern Sinnen wahrnehmen.» Såväl dessa rättsföljder själva som kausalsammanhanget mellan dem och sinnevärldens »Vorgänge» skola sålunda ligga utanför sinnevärlden och tillhöra »rättens intellektuella rike» (jfr Kants *mundus intelligibilis* i motsats till *mundus sensibilis*). *Hur* detta nu skall kunna

[5] Senast i »Det Hägerström-Lundstedtska misstaget» 1942, s. 33—39 och s. 52—58. Utförligt kan saken inhämtas genom studium av stora partier i båda delarna av mitt arbete Obligationsbegreppet. Emellertid rekommenderar jag särskilt framställningen hos Olivecrona, Lagen och staten, kapp. I—III.

[6] Walz, Wesen des Völkerrechts, s. 145 ff.

[7] Walz, a. a., s. 147.

[8] Obligationsbegreppet II: 1, s. 282 ff.

förklaras är, enligt Kübler, »ein bisher ungelöstes Rätsel», som det är rättsfilosofiens uppgift att förklara.[9] Men *att* det likväl förhåller sig på detta för jordlivets människor obegripliga sätt tycks han icke draga i ringaste tvivelsmål. Det är uppenbarligen för honom liksom för andra »rättsidealister» helt enkelt en självfallen utgångspunkt. Så *vill* man tydligen (på grund av naturlig läggning för rättsmystik?) ha det, och auktoriteter i sådant avseende finnas ju i stor skala genom namn sådana som Kant, Hegel, Feuerbach, Savigny, Jhering, Windscheid, Binding, Bierling, Stammler och åtskilliga andra rättsmetafysikens märkesmän av senare datum, vare sig dessa gått i de nu nämndas skolor eller intaga en mer självständig ställning.

Den tyske straffrättsspecialisten Edm. Mezger avslutar en recension av en av mina skrifter i följande ordalag, som synas mig karakteristiska för läget inom rättsvetenskapen:

»Das Buch schliesst mit dem alle Anerkennung verdienenden Satz: 'Nur eines hat die Wissenschaft zu ehren, und dieses eine ist die Wahrheit.' Aber — das ist das, was wir dem Autor und seinem empiristischen Positivismus gerade aus tiefstem 'wissenschaftlichem' Bedürfnis heraus immer wieder entgegenhalten müssen —: ist es denn 'wissenschaftlich', alle Forschung jenseits des unmittelbar räumlich und zeitlich Gegebenen und Erfahrbaren von vornherein *verbieten* zu wollen? Wir vermögen unsererseits *diese* Frage nicht zu bejahen.»[1]

Den italienske rättsfilosofen Giorgio Del Vecchio uttalar i sin lärobok bl. a. följande satser:

Der Rechtsbegriff ist der Begriff von etwas Übersinnlichem. — Die Wirklichkeit des Rechtes hängt nicht von seiner Durchsetzung und Anerkennung in dem Bereiche der Naturerscheinungen ab. Das Recht behält logischerweise sein Dasein auch dann, wenn es innerhalb der Tatsächlichkeit verletzt wird.[2] — Das Recht spricht nie physische, sondern stets metaphysische Wahrheiten aus, es stellt also eine der Wirklichkeit der Naturerscheinungen überlegene Wahrheit, ein ideales Urbild dar, welches dahin strebt, sich dieser Wirklichkeit aufzuprägen, kurz, es bedeutet einen Wertungsgrundsatz.[3]

Vad nordisk rättsvetenskap angår har före min kritik av rättsideologien icke något avståndstagande skett från underlaget för denna, tron på en *normativ* objektiv rätt, den materiella rätten. De formuleringar, som *efter* min kritik gjorts av en del författare — därtill föranledda vare sig av mina skrifter eller Olivecronas — kunna icke rimligtvis betraktas såsom representativa för nordisk rättsvetenskap i förevarande avseende.

[9] Philologische Wochenschrift 1929 nr 7/8 sp. 209 och 211.

[1] Mezger, Recension, s. 47.

[2] Lehrbuch, s. 240 f.

[3] A. a., s. 243. — »Wertungsgrundsatz» har naturligtvis avseende å *objektiva* värden.

Denna har beträffande sitt vetenskapliga fundament utan vidare accepterat de allmänna lärorna i utlandet, främst Tyskland och Österrike. Och att i dessa läror den normativa rätten utgjort själva grundprincipen är ofrånkomligt — ett påstående som jag naturligtvis här icke kan mera ingående verifiera än jag gjort nu och framför allt i mina föregående skrifter (särskilt Obligationsbegreppet), till vilka jag därför får hänvisa. Att jag där icke begått någon överdrift i frågan bestyrkes av den inställning som man i utlandet intagit till min kritik.[4] Därvid finner jag ett uttalande som holländaren Wertheim gjorde vid tillträdet till sin professur vid rättshögskolan i Batavia vara särskilt signifikativt. Wertheim hade i ett tidigare arbete[5] missförstått min åskådning[6] men sedermera kommit till större klarhet. Han säger vid det nämnda tillträdet (i tysk översättning) bl. a. följande:

»Von den Schwierigkeiten, die man auf seinem Wege trifft, wenn man das Tatsächliche vom Normativen scheiden will, erhält man dann einen Begriff, wenn man sieht, welche übermenschlichen Anstrengungen der schwedische Gelehrte Lundstedt sich auferlegt bei seinem Versuch, eine rein naturwissenschaftliche, man möchte fast sagen experimentelle, Rechtswissenschaft aufzubauen, alles was an Recht und Rechtsauffassungen normativ ist, herauszuschneiden. Er gleicht fast einem Don Quichote in seinem unermüdlichen Kampf gegen alle Rechtsgelehrten, die er sieht, mit Ausnahme von einem (seinem Lehrer Hägerström), in seinem Eifer, zu beweisen, dass alle bisher verkündeten Theorien, auch wenn sie noch so überzeugt meinen, 'das Recht der Wirklichkeit' wiederzugeben, doch wieder normativ gefärbt, naturrechtlich, superstitious, metaphysical, 'schimärischer Natur' sind. — Doch müssen wir den Weg gehen, den Lundstedt uns gewiesen hat. Nur *seine* Auffassung vom Recht als einer Maschinerie, die in Bewegung gesetzt wird, um Lebenszwecke zu erreichen, kann uns die bunten Rechtserscheinungen in ihrer wahren Form begreifen lassen. Wir müssen einsehen, dass bei bewusster Rechtsformung der ganze Rechtsmechanismus nur Mittel ist, um andere, ausserrechtliche Ziele zu verwirklichen . . .»[7]

I detta uttalande ligger också inneslutet ett medgivande, att rättsvetenskapen verkligen bygger på normativ rätt i den utsträckning jag påstått.

Man har svårt att förstå, hur »rättsidealismen» kunnat hålla stånd gentemot de realistiska strävanden, som eljest på skilda områden kännetecknа vårt tidevarv. På tal om de mystiska krafter, som tillhöra den rättsliga föreställningsvärlden, säger Hägerström: »Die moderne Rechtswissenschaft, gedrängt von der allgemeinen Forderung, welche nunmehr

[4] Se härom »Det Hägerström-Lundstedtska misstaget», s. 157—169.

[5] Kernvragen van Wetgewing, 1936.

[6] Se härom H. Pfeffer, s. 455—506.

[7] Wertheim, De Verhouding tusschen Rechtswetenschap en Rechtspractijk, 1936, s. 25. — Jag har icke sett detta uttalande annorlunda än i ovanstående översättning, som tillställts mig av H. Pfeffer på dennes eget initiativ.

an die Wissenschaft gestellt wird, sucht diesen angenommenen mystischen Kräften entsprechende Fakta nachzuweisen und gerät in unlösbare Schwierigkeiten, weil es solche Fakta nicht giebt.»[8] Varför leda då icke dessa svårigheter till sprängning av hela det mystiska fundamentet? Möjligen kan man finna en bidragande förklaring i den tyska rättslitteraturens (häri inbegripen rättsfilosofien) »djupgående» art i förbindelse med det förhållandet, att den med hänsyn till rättsteoretiska frågor dominerat rättsvetenskapen i alla länder, som kunna intressera oss. Så länge rättsideologien omhuldats så som skett i Tyskland, har det varit ganska naturligt, att några effektiva attacker emot densamma icke heller skulle komma att göras i andra länder. Och vad den tyska rättslitteratur angår, som nu haft skenet av att pejla på djupet (och utifrån sina utgångspunkter betraktad också måste sägas ha varit djupgående), torde den kunna sägas nära nog ha varit ägnad att suggerera läsaren till tvångstanken, att ett rättsideologiskt underlag vore något absolut ofrånkomligt. Detta underlag är nämligen tyst eller uttryckligt förutsatt på snart sagt varje sida i den hithörande produktionen.[9] Jag har visserligen icke sällan påträffat rättsvetenskapliga arbeten, i vilka framförts högst beaktansvärd kritik av jurisprudensens läror och i vilka i opposition mot dessa meddelats verklighetstrogna iakttagelser i större eller mindre omfattning på skilda rättsområden.[1] Icke desto mindre ha åskådningarna i dessa arbeten laborerat med rättsideologiska effekter, d. v. s. med fakta, som icke kunna erhålla naturlig förklaring, och sålunda utvisa att auktorerna trots sina realistiska bemödanden icke kunnat frigöra sig från grundläggande metafysiska tankar. Rättsideologiens oumbärlighet har så att säga gått auktorerna i blodet.

Och härmed torde jag kanske ha berört en sak, som kan giva oss ett visst bidrag till förklaring av rättsideologiens makt över rättsvetenskapen: ingen — i allt fall ingen som förmått vinna något gehör — har förmått tillägna sig en så penetrerande genomskådning av det fantastiska i rättsideologien och det sätt, varpå vetenskapen byggt på denna, att han kunnat komma sig för med denna helt naturliga frågeställning: hur skulle rättsföreteelserna ta sig ut, om rättsvetenskapen följde *vetenskapens princip* och *konsekvent* sökte fånga dem sådana, som de verkligen äro, d. v. s. sökte granska dem direkt och icke skåda dem genom de för ens

[8] Hägerström i förordet till »Der römische Obligationsbegriff» I, s. 6.

[9] I fransk doktrin påträffar man nog då och då litet välmenande ironi över den tyska grundligheten. Men hur radikalt denna grundlighet varit riktad in i det blå synes man icke ha lagt märke till.

[1] Som exempel kan nämnas skrifter av Schlossmann, Binder, Felix Kornfeld, Ignatz Kornfeld, Duguit, Josserand, Roscoe Pound, Kelsen, Jaehner m. fl.

blick stundom nära nog helt ogenomträngliga rättsideologiska slöjorna? Ett *fullt* allvarligt försök att taga befattning med denna fråga *måste*, synes det mig, småningom ha blivit ödesdigert för rättsideologien och därmed för hela den hittillsvarande rättsvetenskapens olycksaliga metod.

När jag menar att den tyska doktrinens dels på det rättsideologiska djupet gående inriktning, dels dominerande inflytande även utanför Tyskland här spelat så stor roll till realiteternas förkvävande inom rättsvetenskapen, så måste jag dock tillfoga en viktig komplettering. Detta inflytande har blivit så dominerande just genom, om jag så får säga, en särskild — stundom mera öppet uttalad, städse åtminstone latent — *bevekelsegrund* för hela rättsideologien, icke minst under senare århundraden, nämligen idéen om behovet av *rättvisa* i rätten. Därigenom har rättsideologien vunnit en mäktig bundsförvant i vetenskapsmännens egen känsloinställning, härdad och stärkt genom dennas överensstämmelse med allmänt rådande rättsföreställningar, med hela folkens s. k. rättsmedvetande. Det är rättsideologiens sålunda vunna makt över sinnena, som ligger i bakgrunden och bidrager till hindret för icke mindre den tyska rättsvetenskapen själv än rättsvetenskapen i övriga länder att bryta sig loss ur den genom den tyska förstarangsdoktrinen auktoriserade rättsideologien. Mången är väl på det klara med rättsideologiens verklighetsfrämmande karaktär men ser sig likväl icke ha någon möjlighet att kunna undvara densamma. Resignationen torde just bero på det allmänna rättsmedvetandets föreställningar om rätten såsom uttryck för en människorna överordnad rättvisa, inkluderande dessa föreställningar tron på rättigheter och plikter, bådadera avseende något som *bör* realiseras vid äventyr att det eljest uppstode *orätt*, med de restaurerande rättskonsekvenser som denna droge med sig. Den bundenhet vid *normer* såsom grundval för det hela[2], vilken föranledes av dessa rättviseföreställningar, betyder accepterandet av den *materiella rätten* med allt vad därtill hör.

Drastiska exempel på denna rättsideologiens makt över skarpsinniga hjärnor ha vi redan sett i Walz', Küblers, Mezgers och Del Vecchios uttalanden. Ett annat exempel, som jag också har särskild anledning känna till, är det angrepp som Erik Wolf riktade mot mina åsikter, varvid han bl. a. berörde min syn på samhällsmekanismen. Detta mitt »prat», sade han, »führt mit der Behauptung, dass es ein rechtliches Sollen und einen rechtlichen Imperativ nicht gäbe, zu einer derart *unsitt-*

[2] Att sedan — såsom jag visat — rättvisan såsom ledmotiv för normerna måste slå över i kaos observerar man icke, därför att hela rättviseidéen i all hemlighet torpederas genom konstruktioner och abstraktioner. Se ovan s. 126—133.

lichen Rechtsauffassung, dass schon diese tiefe *Unvolkstümlichkeit* seiner Lehre ihm ihre innere Unwahrheit und Irrealität hätte aufzeigen müssen» (kurs. här).[3] Här föreligger i sak det krav, att rättsvetenskapen hade att underordna sig de folkliga rättvise-föreställningarna, d. v. s. att av hänsyn till dessa uppgiva den vetenskapliga principen att forska efter klarhet över verkligheten. Rättviseföreställningarna själva äro naturligtvis realiteter, vilka som sådana måste beaktas. Men detta är något helt annat än att såsom realiteter godtaga vad dessa föreställningar giva uttryck åt.

Det var den romerske iuriskonsulten Ulpianus (död 228 e. Kr.), som lyckades i den gamla romerska civilrätten inspränga de för denna främmande rättviseföreställningarna. Han deklarerade såsom vi sett, ovan s. 535, att rätten har fått sitt namn av *rättvisan*, och angav dennas väsen såsom den *evigt oföränderliga* viljan att låta envar komma i åtnjutande av vad honom tillhörer.[4] Det är icke så egendomligt, att det är genom denna icke-romerska tanke, som den romerska rätten utövat sitt kanske största inflytande på eftervärlden. Det är den resonans, som denna av Ulpianus förmedlade naturrättsliga idé funnit i människornas blandat mystiska och sociala anlag, som förlänat densamma dess alltjämt överväldigande makt över rättsvetenskapen. Rättviseidéens dominerande inflytande på jurisprudensen är dock icke något, som städse i ord framträder hos de olika auktorerna. Men det finns likväl intet annat än denna idé, som den »materiella rättens» drabanter kunna bygga ett skenbart försvar på, när den »materiella rätten» attackeras.

[3] Wolf, s. 163. — Hans Reichel skrev, s. 184, bl. a. följande emot mig: »In Fragen der Rechtswissenschaft — als einer Geisteswissenschaft — lässt sich mit dem Neandertaler nicht argumentieren... Dafür, dass die Rechtswissenschaft ein Teilgebiet der (angewandten) Ethik ist, fehlt dem in einem platten Naturalismus befangenen Verf. offenbar jedes Verständnis. Es ist nur folgerecht, dass er auch das Bestehen einer objektiven Moral leugnet... In der Heimat des Verfassers (Schweden) dürfte das destruktive Buch allgemein abgelehnt werden. Im deutschen Sprachgebiet wird ihm das gleiche Los zuteil werden. Die anmassliche Selbstgewissheit, mit der es geschreiben ist, steht im umgekehrten Verhältnis zu seinem inneren Werte. Das Urteil Hofackers (ARWPh. 1933, 227), es wehe aus ihm ein 'erfrischender Nordwind' wird keinen Beifall finden. — Eines immerhin mag man dem Buche vielleicht zugute halten: die Kritik, welche der Verf. an dem Begriff der Rechtspflicht übt, legt wieder einmal den Finger auf eine brennende Wunde. Der Begriff der Rechtspflicht (oder des rechtlichen Sollens) ist nämlich einerseits der fundamentalste aller elementaren Rechtsbegriffe, da selbst der (vielfach an den Anfang gestellte) Begriff des subjektiven Rechtes von ihm abgeleitet ist. Wollte man ihn schlechthin eliminieren, so würde man die Rechtsordnung aus dem Gefüge der ethischen Ordnungen herausbrechen und zu einer brutalen Gewaltordnung degradieren...»

[4] D. 1. 1. 1. pr. och D. 1. 1. 10. pr. Ulpianus ville härmed förläna den romerska rätten den denna i själva verket fullkomligt främmande stoiskt naturrättsliga bakgrunden. Se härom Hägerström, Obligationsbegriff I, s. 290 f.

Ett mot mina teorier riktat arbete inledde dess författare med ett visserligen oberoende av kritiken mot mig redan färdigställt bidrag, betitlat »Die Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft». Men vid slutet av sin kritik uttalar författaren den uppfattningen, att hans granskning av mina tankar ingalunda kunde föranleda honom att rubba på något väsentligt i den framställning han givit av rättsvetenskapen såsom *rättvise*-vetenskap.[5] Denne auktor gör till sin uppgift att visa rättvise-vetenskapens »einwandfrei wissenschaftliche Möglichkeit» samt — vilket torde ha större intresse — dess »Notwendigkeit als Beraterin des Gesetzgebers».[6] Däri ligger pudelns kärna. Lagarna såsom positiva uttryck för den materiella rätten måste vara *rättvisa*. Rättsvetenskapen måste därför, såvitt som den skall kunna anlitas såsom rådgivarinna av lagstiftaren, vara rättvise-vetenskap. Tydligen har författaren någon erfarenhet av hur bångstyrig denna rättvise-vetenskap måste te sig med hänsyn till logiken. Man får absolut icke, säger han nämligen, söka kringgå »die fundamentalen Schwierigkeiten» genom att helt enkelt säga (varvid han åsyftar min åskådning), att det enda väsentliga i rätten utgjordes av »die massen- und durchschnittsmässigen Verhaltungsweisen, die den Staats- und Gesellschaftsmechanismus in Gang erhalten».[7]

Ganska nyligen utkom på tyska språket en avhandling av den kände italienske både rättsvetenskapsmannen och rättsfilosofen Del Vecchio, i vilken rättvisan hävdas såsom innefattande en högre måttstock för rätt och orätt än lagen, en måttstock som vore alla positiva rättsföreskrifter överlägsen och följaktligen icke kunde ha sin grund i dessa. Begreppet rättvisa, säger han, »kommt unmittelbar aus der innersten Natur des Bewusstseins heraus und stellt eine von dessen notwendigen und grundlegenden Verhaltungsweisen dar».[8] Rättvisans logiska kännetecken skola bl. a. utgöras av »Zweiseitigkeit» (innefattande att det måste röra sig om förhållandet mellan individ och annan individ), Gleichheit (jfr aequitas) och Entgeltlichkeit.[9] I senare avseendet erinras om att *vedergällandet av ont med ont bildar den mest framträdande uppenbarelsen av rättvisan i äldre tider*. Lägger jag till detta, att Del Vecchio finner frågeställningen om förhållandet mellan rätten och rättvisan icke blott vara en fråga, som tvingar sig på vårt medvetande, utan

[5] Wilhelm Fuchs, s. 74.
[6] Fuchs, a. a., s. 18.
[7] Fuchs, a. a., s. 30.
[8] Del Vecchio, Gerechtigkeit, s. 1 och s. 45.
[9] Del Vecchio, a. a., s. 49 ff.

också en fråga, som överhuvud erbjuder *rättsfilosofien dess högsta uppgift*, så kan jag i detta sammanhang icke vidare behöva orda om »rättvisans» betydelse enligt hans utredningar. För mitt syftemål tala dessa sitt tydliga språk så mycket mera, som skriften i fråga tycks ha spritts i en massa länder. Före den tyska upplagan har den publicerats två gånger i Italien. Vidare har den utkommit i »La Justicia» i Spanien med inledande ord av prof. Q. Saldaña; i »Spravedlivost'ta» i Bulgarien med inledning av professor V. Ganev; i rumäniska »Justicia» med inledning av prof. M. Djuvara; samt i den franska »Justice, Droit, Etat» med inledning av prof. Lévy-Ullman.

Jag menar, att vi härmed torde ha funnit en allmän bakgrund för svaret på frågan, hur detta förhållande är att förklara, att man tror sig kunna bedriva vetenskap genom att bygga på utgångspunkter, som icke kunna identifieras i tid och rum och som följaktligen icke kunna anses existera i människans egen naturliga värld. För svaret torde man dock böra skilja mellan två grupper av rättsvetenskapsmän. Till den ena höra de, vilka icke bry sig om någon grund för sin ståndpunkt och resonera på följande sätt. Här är det fråga om juridik, icke om filosofi. Det djupare underlaget för de rättsvetenskapliga resonemangen hör till rättsfilosofien, mena de, en från juridiken skild vetenskap, varmed juristerna icke hade att befatta sig. Det kunde väl förhålla sig så, att underlaget i fråga vore diskutabelt, men man kunde likväl icke finna, att detta spelade någon roll för de frågor man i allmänhet sysselsatte sig med: tolkning av lagar, rättsärenden och domar. Råkade diskussionen in på allmänna rättsprinciper, kunde man väl i dessa göra vissa ruckningar, som man fann nödiga ur synpunkten av rättslivets behov. Men man kände sig icke nödsakad till någon mera ingående befattning med grundläggande frågor. Jag tror, att detta i det hela kan betraktas såsom en verklighetstrogen karakteristik av en stor del av jurisprudensen, dit då den hittillsvarande nordiska i allmänhet torde böra räknas.[1]

Till den andra gruppen höra rättslärda, som sökt att på allvar följa de rättsfilosofiska forskningarna och tillägna sig dessas resultat. När dessa rättslärda med berått mod såsom underlag för sin vetenskap anlita något, som icke kan identifieras i den naturliga världen utan måste förläggas till metafysiken, en från den naturliga skild, andlig värld, torde detta bero därpå, att man icke tror, att man kan få det hela att gå ihop utan ett sådant åskådningssätt. Man föreställer sig sålunda — hur egendomligt

[1] Se t. ex. Eberstein, s. 12. Jfr även den kunskapskritiska inställning, som Eberstein visat sig ha å s. 9—21, och som Hult ådagalagt i skriften Makt och Rätt, 1942, s. 18 ff. Denna inställning hoppas jag senare få tillfälle upptaga till någon granskning.

det än kan låta — hava ett *sakligt* behov av en »högre», d. v. s. utanför det rumstidliga liggande, ordning, som auktoriserar rättsföreteelserna. Denna ordning blir då enligt sakens natur en *normativ* sådan, d. v. s. den objektiva eller materiella rätten. Det måste ju finnas en extraordinär bevekelsegrund för att man helt avsiktligt skall taga sin tillflykt till »realiteter» i andevärlden, och denna bevekelsegrund tycker man sig uppenbarligen också i eminent grad ha funnit — i rättvisekravet. Under rättviseidéens tryck ser man sig helt enkelt svarslös ställd inför frågor sådana som dessa: Hur skulle parten i ett avtal kunna *rättsligen* tvingas till prestationens fullgörande eller till skadestånd, om icke avtalet hade *förpliktat* honom att fullgöra prestationen? Hur skulle en person kunna *rättsligen* tvingas att underkasta sig strafflidandet, om han icke hadeådragit sig *skuld* och följaktligen gjort sig i *rättvisans namn förtjänt* av straffet?[2] Hur skulle skadeståndet icke blott efter culpa-regeln utan även vid fall av strikt ansvarighet kunna bära *rättens*, d. v. s. *rättvisans*, prägel, om icke käranden hade *äganderätt* till den skadade saken eller om icke eljest något hans *rättsliga* intresse hade blivit kränkt, och det under sådana omständigheter (svarandens skuld, skapande av risk, vinning etc.), att rättskränkningen kräver satisfaktion?

Det är visserligen sant, att denna karakterisering av bevekelsegrunden för den »materiella rättens» antagande såtillvida innefattar en *petitio principii*, som med uppgivandet av den »materiella rätten» även dessa föreställningar — om avtalets obligerande verkan, om brottslingens skuld och statens rätt att straffa honom, om en persons allehanda rättigheter och rättsplikter — skulle falla till marken. Men det är icke minst dessa föreställningar — vilka man genom traditionen ännu är bunden vid och vilka finna ständig näring genom trycket från den allmänna känsloinställningen med dess rättvisekrav — som man icke finner någon möjlighet att uppgiva och som därför i sin tur underhålla idéen om nödvändigheten att kvarbliva vid den av vetenskapen såsom grund för hela rättssystemet insatta *normativa* »materiella rätten».

Hur trådarna närmare bestämt löpa i det psykologiska komplex, som bildar förklaringen till att också rättsvetenskapens mest allvarliga idkare kunna vidbliva de rättsideologiska utgångspunkterna, finns ingen anledning för mig att närmare söka utreda. Förvisso kunna meningarna

[2] Thyrén, som enligt egen utsago omfattade »den 'radikala' riktningen inom den moderna straffrätten», ville i sin polemik mot mig — helt bortsett från frågan om straffets ändamål — »från början *på det kraftigaste understryka*» vikten av frågan »om straffets rättsgrund: varför är samhället *berättigat* att straffa?» (kurs. av Thyrén). Min tes om samhällsnyttan fann han därför vara »en upprörande cynism» och leda till »den rena offerdjursteorien». Se Thyrén, Rektorsprogram, s. 8, 9, 12 och 33.

här gå i sär angående vad som omedelbart, vid bedömandet av »der *heutige* Stand der Rechtswissenschaft», skall anses vara primärt och vad sekundärt kausalverkande för rättsideologiens bibehållande. I det hela torde dock förklaringen ligga i det plan, som jag nu skisserat.

Det är denna förklaring som enligt min mening gör det till en utomordentligt betydelsefull uppgift för en nydanande rättsvetenskap, att *positivt* — alltså icke blott genom kritik av rättsideologien — visa att man *icke vid framställningen eller utvecklingen av någon enda rättsfråga kan ha något sakligt behov av att tillgripa rättsideologiska* (= *rättsmetafysiska*) *utgångspunkter* utan att *allt* låter sig till fullo och genomgående belysas genom undersökningar utförda efter rent vetenskapliga principer, principer enligt vilka intet annat betraktas såsom argumentationskraftigt än det som har stöd i verkliga fakta, d. v. s. i erfarenheten. Denna synpunkt, har varit bestämmande för en stor del av mitt författarskap. Även jag stod emellertid länge under det rättsvetenskapens suggestiva inflytande, som jag nyss talat om, och jag kan icke berömma mig av att av egen kraft ha löst mig ur dess mäktiga grepp. Det var, som jag så ofta föranletts uttala, min kontakt med Hägerströms djupgående analyser, som möjliggjorde min egen småningom skeende frigörelse. Dessa analyser ha, ehuru deras direkta syfte väsentligen varit kritiskt, dock jämväl positivt grundläggande betydelse för rättsvetenskapen såsom erfarenhetsvetenskap. Denna deras betydelse framträder ofta på ett mera omedelbart sätt.[3]

Men om också redan genom Hägerströms arbete »Till frågan om den objektiva rättens begrepp» vägen var banad för fullständig insikt om icke blott rättsideologiens metafysiska och sålunda ovetenskapliga natur utan jämväl den ovillkorliga möjligheten att komma till rätta med rättslivets alla företeelser på rent vetenskaplig väg, alltså utan något som helst behov av att anlita rättsideologiska utgångspunkter, så torde dock denna väg på den tiden för en forskande student få anses ha varit vida svårframkomligare än den nu 25 år efteråt har blivit. Härtill ha icke minst bidragit Hägerströms egna senare utgivna populärfilosofiska skrifter.[4] Själv torde jag också kunna sägas ha medverkat till underlättandet av förståelsen för juridikens möjligheter såsom erfarenhetsvetenskap.[5] Särskilt önskar jag dock hänvisa till Olivecronas arbete

---

[3] Se t. ex. citatet i min bok Obligationsbegreppet II: 1, s. 63 ff. ur Hägerströms »Är gällande rätt uttryck av vilja?», 1915.

[4] En väsentlig del av dem efter hans död samlade och publicerade av Martin Fries 1939.

[5] I sådant avseende tillåter jag mig särskilt hänvisa till mina framställningar om betydelsen av strafflagens uppehållande för den allmänna pliktkänslan eller moralinstink-

»Lagen och staten». I en glänsande framställning har denne författare här genomfört uppgiften att — väsentligen byggande på redan utförd kritik av rättsideologien — »gå vidare» och, »direkt behandlande det sociala livets fakta», giva en positiv framställning av rätten i realistisk mening.[6] Till förf:s utomordentliga skarpsinnighet och hans säregna inlevelse i ämnet kommer här något, som jag skulle vilja beteckna som stor pedagogisk konst. Det är mig mer och mer obegripligt, att akademiskt utbildat folk, som uppgiva sig känna innehållet i Olivecronas ifrågavarande skrifter, kunna undgå att förstå, att vad vi kalla samhället eller rätten i det stora hela fungerar just så, som Olivecrona framställer saken, samt att hans utredningar därigenom måste ha den största betydelse icke blott för rättsvetenskapen utan också för våra allmänna sociala kunskaper.

Emellertid var det min erfarenhet av dylik egendomlig brist på förståelse, som föranledde mig att här förut så att säga koncentrera uppmärksamheten på en viss rättsföreteelse och där söka giva en *konkret* bild till åskådliggörande av vad som verkligen sker, en bild som, efter vad jag redan då tillät mig säga, torde kunna kontrolleras av varje normal människa och som av en sådan även torde kunna analogiskt användas på andra rättsområden för vinnande av klarhet i den frågan, huruvida det funnes någon förnuftig anledning att betvivla den från början till slut erfarenhetsmässiga karaktären hos vad vi kalla rätten och att fortsätta med dessa öppet eller förtäckt i rättsideologien bottnande funderingar. Till klarhet i denna fråga hoppas jag likaledes, som nämnt, direkt kunna bidraga genom vad jag under nästa rubrik utvecklar angående metod inom juridiken.

Självfallet är med de nyss nämnda undersökningarna av Hägerström, Olivecrona och undertecknad icke samtliga rättsproblem behandlade eller uttömmande förklaringar givna till alla rättsliga företeelser. Men

---

ten emot brott (se Principinledning, s. 22—33; Svar till professor Thyrén, s. 105—135); vidare till mina undersökningar av de realiteter, som man beslöjar genom rättighetsföreställningen (se bl. a. Hyresutredning, s. 72—82, Obligationsbegreppet I, 2—5 §§, och Culpa-Regeln, s. 38 ff.), av realiteterna, dolda under föreställningen om avtalets såsom sådant giltighet (Obligationsbegreppet I, s. 135—138) samt av realiteterna bakom det s. k. skuldansvaret (Culpa-Regeln, s. 104—110); vidare till mina utredningar av rättsmedvetandets betydelse i rättsmaskineriet (Obligationsbegreppet II: 1, s. 74—91) samt av samhällsnyttan såsom ledande synpunkt vid lagstiftning och lagtolkning (Obligationsbegreppet II: 1, s. 187—273 och SvJT 1932, s. 537 ff. samt 1933, s. 121 ff.). — Vad jag utvecklat i detta kapitel ävensom i det nästa »Om metod etc.» hoppas jag skall vara ägnat att ytterligare bidraga till förståelsen i fråga.

[6] Se Olivecrona, a. a., s. 7 och s. 23 f. Jag har framförallt de tre första kapitlen i denna bok i sikte: Om rättsreglernas natur; Lagstiftningen; samt Rättighetsbegreppet. Det första av dessa kapitel har förf. sedermera kompletterat med sin förträffliga analys i skriften Lagens imperativ.

så mycket måste efter dem stå fast, som att varje förnuftig anledning saknas till annat antagande, än att *allt* som sker inom den rättsliga världen *måste* kunna erhålla sin fullt naturliga, från metafysik helt och hållet frigjorda förklaring. Vad mitt eget arbete angår, har jag haft i sikte att efter kritik och utmönstring av rättsideologien beskriva den metod, som rättsvetenskapsmannen enligt min mening bör tillämpa, samt närmare belysa denna metod genom att söka tillämpa densamma framför allt på mitt eget rättsområde. Jag övergår nu till en framställning av grunddragen i denna metod.

Om metod för en från rättsideologien frigjord konstruktiv rättsvetenskap.

Vad jag menar med »konstruktiv rättsvetenskap».

När man bragts till insikt om, att det inom juridiken lika litet som på andra områden är möjligt att bedriva en vetenskap, som räknar med andra utgångspunkter och andra kausalsammanhang än sådana, som äro givna i tid och rum, och följaktligen tager avstånd från all slags rättsideologi, så kan detta icke betyda något annat, än att man också inser, att juridiken — bortsett från vissa ofrånkomliga sociala värderingar, som i denna del av framställningen skola göras till föremål för behandling — verkligen är vetenskap, d. v. s. att den begränsar sig till kunskaper om naturliga fakta och sammanhang och följaktligen i sådant avseende måste dirigeras av *samma princip som andra vetenskaper*. Detta är det emellertid nu icke särskilt fråga om i detta kapitel. Den kritik, jag utövat i mina »Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten», har alltifrån sin början 1920 städse utgått från uppfattningen, att juridiken vore en rent empirisk vetenskap. Min kritik torde såtillvida få betecknas såsom positiv, att jag genom densamma sökt komma fram till de fakta, som verkligen föreligga i av mig berörda situationer, och till ett svar på frågan, vad som i realiteten tilldrager sig vid vissa s. k. rättsliga skeenden. Men jag har i nämnda föreläsningsserie också sökt giva ett positivt bidrag till juridiken av helt annan art. Jag har gått in på frågan, vad som kunde utgöra motivering för innehållet i lagarna och för dessas uppehållande, en fråga som ju enligt sin egen beskaffenhet synes böra ha avgörande betydelse för både lagstiftning och lagtolkning. Det är denna fråga, som ligger i bakgrunden för den sida av juridiken, som jag nu går att behandla, fastän jag i föregående skrifter redan utvecklat densamma (framför allt under rubriken samhällsnyttans betydelse för lagstiftning och lagtolkning i Obligationsbegreppet II: 1, s. 187 ff.).

Så snart man bestämt sig för rättsideologiens övergivande, kan man näppeligen undgå att genast ha åtminstone på känn en synpunkt, som, såvitt jag förstår, småningom måste visa sig bliva dominerande för en betydande del av rättsvetenskapsmannens arbete. Synpunkten giver sig

såsom svar på denna näraliggande fråga: vad kunna människorna i ett samhälle eller de, som styra detta eller eljest där hava något att säga till om, vilja, mena eller åsyfta med lagarnas[1] fortsatta tolkning och uppehållande, med stiftandet av nya lagar och upphävandet av gamla, kort uttryckt, med rättsverksamheten[2], när de blivit på det klara med, att denna icke kan utövas för tillgodoseendet och realiserandet av rättvisans krav eller den på rättvisan uppbyggda rättsideologiens synpunkter? Den frågan kan ju icke anses innesluta någon förtäckt, ännu mindre öppen metafysik. Att förnuftiga människor icke i allmänhet utföra eller låta utföra verksamhet utan att ha någon bevekelsegrund därför, är ett påstående, som erfarenheten i varje ögonblick giver belägg för. Att den ifrågavarande verksamheten uppehålles av hänsyn till något intresse för *människor* måste ju också vara uppenbart. Vilka människor kunna då ha intresse av verksamheten i fråga, och hurudant är deras intresse beskaffat? blir nästa spörsmål, som omedelbart kan följas av detta tankeexperiment: hur skulle det gå för människorna, om verksamheten i fråga verkligen nedlades? Man behöver icke ha mycken fantasi, endast minsta möjliga, för att förstå, att detta betydde samhällets och därmed människornas undergång, i den mån de icke kunde finna sin tillflykt i något annat land, där samhället till äventyrs ännu ägde bestånd. Därmed förefaller följande synpunkt befogad: rättsverksamheten är faktiskt oumbärlig för samhällets bestånd och därmed för människorna i samhället. Beaktas nu detta, då kan icke något annat intresse såsom drivfjäder för rättsverksamheten utletas, som icke vore bestämt av rättsideologiska eller eljest falska föreställningar, än just detta: rättsverksamhetens oumbärlighet för samhällets bestånd. Om icke detta påstående kan vederläggas genom uppvisandet av ett annat, icke på falska föreställningar beroende intresse för rättsverksamhetens bedrivande, måste det godtagas. För egen del anser jag det uteslutet, att ett annat sådant intresse

[1] Med »lagar» avser jag icke blott formligen »stiftad» lag utan även »oskriven lag», alltså varje »rättsregel» (ang. detta begrepp se ovan s. 527 n. 2), som domstolarna (eller vissa andra myndigheter) med en viss regelmässighet lägga till grund för sina beslut. Detta är dock icke fullt riktigt uttryckt. Såsom framgår nedan s. 561 n. 6, kan domstolen vid »oskriven lag» anses fungera såsom en lagstiftare in casu. När så sker, vet varken domstolen eller annan med någon säkerhet, om den maxim, för vilken »lagen» varit uttryck, någonsin mera vinner efterföljd, såvida icke domen härrör sig från högsta domstolen under särskilda förhållanden. Blott i dylik händelse, eller efter det att maximens användning i viss grad upprepats, kan man tala om någon »regelmässighet». Första gången maximen användes, kan naturligtvis ännu icke talas om någon regelmässighet, icke ens om den härrör från högsta domstolen.

[2] Jag fäster uppmärksamheten på att jag i det följande med »rättsverksamhet» endast avser de lagstiftande och rättskipande verksamheterna; sålunda innefattas däri icke utövandet av rättsvetenskap, varken kunskapskritisk eller konstruktiv sådan.

skulle kunna utletas. I den litteratur, jag känner, har man aldrig kommit ett sådant intresse på spåren. Därför återstår mig intet annat än att hävda den tesen, att för sådana utövare av rättsverksamheten, vilka frigjorts från rättsideologien och ha realistisk blick för verksamheten i fråga, finns ingen annan raison d'être till denna än dess oumbärlighet för samhällets bestånd. Om sålunda hänsynen till samhällets bestånd måste utgöra drivfjädern till rättsverksamhetens fortsatta bedrivande överhuvud, så måste verksamhetens närmare utformning av lagstiftaren och domstolarna också vara bestämd av hänsyn till samhällsorganisationen, nu väl icke dennas bestånd men väl dess fungerande så fritt från friktioner och störningar som möjligt. — Jag har redan betonat, och det kan icke eftertryckligt nog understrykas, att denna karakterisering av drivfjädern till rättsverksamheten förutsätter frigjordhet hos dess utövare från allehanda i rättsideologien bottnande chimäriska syften. (En självfallen förutsättning är dessutom naturligtvis, att rättsverksamheten bedrives av normala människor och sådana som icke äro korrumperade av särintressen.)

Till vetenskapen om fakta och orsakssammanhang på rättslivets område, därmed också om realiteterna i fråga om lagstiftning och rättskipning, hör naturligtvis jämväl att närmare utreda nyss berörda motivlägen. Vetenskapen, som sysslar med dessa ting, kan kallas för rättsfilosofi. Men den har omedelbar betydelse för rättsvetenskapen och kan också kallas för rättsvetenskap samt bedrivas inom rättsvetenskapen. Såsom rättsvetenskaplig verksamhet är — och väl också lämpligen bör vara (varom strax här nedan) — organiserad i ett land, blir det emellertid, med hänsyn till andra krävande uppgifter för rättsvetenskapen, angeläget, att rättsfilosofien arbetar så, att juristen kan så mycket som möjligt bygga på rättsfilosofien och i görligaste mån varda befriad från att själv utföra antydda kunskapskritiska undersökningar. Detta är dock för närvarande att betrakta som ett orealiserbart önskemål, då rättsfilosofien i det hela icke befinner sig i sådant skick, att den kan vetenskapligt godtagas. En jurist, som vill verka som *vetenskapsman*, är i våra tider nödgad till självständigt och tidsödande ställningstagande till allehanda kunskapskritiska frågor inom juridiken. Emellertid innefattar nu rättsvetenskapsmannens arbete utöver en rent kunskapskritisk eller teoretisk verksamhet även en mera aktuellt på samhälls- eller rättslivet inriktad, en om jag så får säga mera konstruktiv verksamhet.[3] Det är här fråga

[3] Ordet »konstruktiv» har naturligtvis intet att göra med juridisk »konstruktion» eller dylikt. Jag begagnar ordet såsom avseende rättsvetenskapens bidrag till samhälls*byggnaden*.

om sådant som ståndpunkttagande till innehållet i lagar och lagförslag, vidare tolkning av lagar såväl i allmänhet som med hänsyn till deras användning i givna situationer samt slutligen också en systematisering av det hithörande materialet. Såvitt denna konstruktiva verksamhet är i fråga, föranleda de nyss framlagda synpunkterna uppställandet av följande tes: den konstruktiva juridiken måste — så länge situationen är den, att något annat från chimäriska föreställningar befriat motiv för lagstiftning och rättskipning icke kan utredas än syftet att med dessa verksamheter gagna samhället — *utgå från detta syfte med verksamheterna i fråga.* Denna tes innebär, något närmare utförd, följande:

1:o. Den konstruktiva juridiken måste, i fråga om sitt (indirekta) bidrag till landets lagstiftning, bestämmas uteslutande därav, om uppehållandet av en tilltänkt lag kan eller icke kan — efter en med hänsyn till tillgängliga resurser allsidigt företagen prövning av de tillhörande omständigheterna — förutses medföra största nytta för samhället eller, annorlunda uttryckt, på bästa sätt fullgöra en social funktion.

2:o. Den konstruktiva juridiken måste, i fråga om gällande lagars tolkning till befrämjande av landets juristutbildning och till hjälp åt dess rättskipning, utlägga en lag i görligaste mån så, att dess konsekventa tillämpning i enlighet med utläggningen kan förutses lända samhället till största nytta eller, annorlunda uttryckt, komma lagen att på bästa sätt fullgöra en social funktion.

3:o. Den konstruktiva juridiken måste i sin systematisering av lagarna och därmed sammanhängande behandling av rättsinstituten väl beakta rättsideologiens både historiskt givna och aktuella betydelse men städse ha uppmärksamheten inriktad därpå, att för en rättsåskådning, som själv är frigjord från rättsideologien, finns intet annat att grunda resonemangen på än de sociala realiteterna, d. v. s. människorna sådana som de äro fysiskt och psykiskt beskaffade, de fakta som betinga deras inbördes förhållanden, dessa förhållanden själva samt människornas faktiska strävanden.

När jag säger, att den konstruktiva juridiken »måste» vara verksam på nu angivet sätt, så ligger däri intet annat, än att detta är nödvändigt, därest den vill undgå att råka i strid med vetenskapligt utredda förhållanden och städse söka hålla sig i direkt kontakt med realiteterna, det erfarenhetsmässigt givna. »Måste» har här lika litet med något objektivt »böra» eller »kategoriskt imperativ» att skaffa som t. ex. i påståendet att man »måste» ta sig över vatten för att komma till Amerika.[4]

[4] Framställningen å dessa sidor har med smärre ändringar återgivit s. 124—126 i Festskrift för Thore Engströmer 1943.

Att den konstruktiva juridiken utgår från det angivna syftet med rättsverksamheten från dess utövares sida innesluter — såsom det föregående utvisar — att man anser det vara konstaterbart, att syftet i fråga är förhanden. Intagandet av en sådan utgångspunkt är naturligtvis i och för sig icke oförenlig med vetenskapens princip. Allt hänger här på argumentationens tillräcklighet. Däremot är det tydligt, att den konstruktiva juridiken icke bedrives såsom vetenskap, när den tager ställning till frågan om en lag på bästa sätt fullgjorde en social funktion eller om en lagtolkning stode i bästa överensstämmelse med »samhällsnyttan». Här är det icke blott fråga om konstateranden utan även om värderingar. Detta är anledningen till, att jag talat om konstruktiv »juridik» och icke »rättsvetenskap». Emellertid är det min mening att här söka lansera termen »konstruktiv rättsvetenskap».

Den nyss uppställda tesen — som jag för korthetens skull kan kalla för tesen om »samhällsnyttan» — skall jag i det följande belysa, en belysning som jag vågar tro samtidigt skall bliva en verifiering av densamma. Dessförinnan önskar jag dock något närmare uttala mig om detta begrepp »konstruktiv rättsvetenskap», som jag tillåter mig introducera. Redan av vad jag sagt framgår, att juridiken, när man är på angivet sätt konstruktivt verksam, icke fungerar endast såsom vetenskap i begreppslig mening. Vetenskapen i denna mening konstaterar, huruvida något är eller icke är, har skett eller icke har skett o. s. v., eller såsom det också kan uttryckas, huruvida ett visst omdöme i egentlig mening är sant eller falskt. Denna vetenskapliga verksamhet kallar jag kunskapskritisk. Men den verksamhet, som jag betecknar som »konstruktiv rättsvetenskap», är icke enbart konstaterande utan jämväl värderande, följaktligen icke genomgående vetenskaplig i begreppslig mening. Borde då icke denna jämväl värderande verksamhet avskiljas från rättsvetenskapen och denna begränsas till blott kunskapskritisk verksamhet? Det kan synas vara särskild anledning beröra denna fråga efter analysen i det föregående av värdeomdömenas art, utvisande att dessa falla utanför frågan »sant eller falskt?»[5] och att följaktligen en värderande verksamhet faller utom vetenskapens i begreppslig mening råmärken.

Emellertid kan man naturligtvis icke lämpligen som *ovetenskapligt* karakterisera i och för sig detta att fälla värdeomdömen. All vetenskaplig verksamhet förutsätter i själva verket i högre eller lägre grad värderingar från utövarens sida. Vetenskaplig verksamhet skulle sålunda icke vara möjlig utan värderingar. Man kan då icke lämpligen rubricera värde-

[5] Ovan s. 116 ff.

rande verksamhet i och för sig som ovetenskaplig, låt vara att den faller utanför begreppet vetenskap. Vad som däremot måste betraktas såsom ovetenskapligt, av det enkla skälet att det är direkt osant, falskt — det är att behandla värdeomdömena såsom omdömen i egentlig mening. Det är av denna anledning, som rättsideologien måste avvisas såsom ovetenskaplig.

Vad nu den konstruktiva rättsvetenskapen angår, är den naturligtvis icke endast, kanske icke ens till väsentlig del, värderande. Den kan icke utövas utan inhämtandet av kunskaper. Dessa kunna givetvis blott avse realiteter, och kunskapernas inhämtande är självfallet en kunskapskritisk verksamhet. Föremålet för kunskaperna i fråga kan sammanfattas i ordet rättsmekanismens struktur. Till denna höra, utom den yttre organisationen samt skrivna och oskrivna lagar, allehanda psykologiska sammanhang, inkluderande värderingar av skilda slag hos skilda kategorier av människor. Om rättsvetenskapen nöjde sig med undersökningar och konstateranden av hithörande förhållanden, skulle den helt och hållet falla inom ramen för vetenskapen i begreppslig mening. Även om det — såsom vi strax skola finna — kanske vore tänkbart, att rättsvetenskapen på detta sätt kunde begränsas, förefaller det, som om ett land icke kunde vara tillräckligt betjänt med en sålunda begränsad rättsvetenskap. Frågor om lagars, lagförslags och lagtolkningars *lämplighet* äro ju en högviktig samhällelig angelägenhet. Vem kan vara mera skickad att, till vad som uppfattas såsom gagneligt för samhället, göra hithörande värderingar än den, som med hänsyn till sitt yrke kunskapskritiskt behandlar eller i allt fall kunskapskritiskt inhämtar de i bakgrunden liggande samhälleliga realiteterna, d. v. s. rättsvetenskapsmannen? I allt fall synes det mig, att samhällsutvecklingen skulle bli lidande på att sakna tillgång till ifrågavarande just från rättsvetenskapen emanerande sociala värderingar. Värderingarna knytas ju till våra föreställningar om verkligheten. Vore det icke bakvänt, om just den kategori, som kan presumeras ha den bästa överblicken över och den grundligaste inblicken i samt följaktligen de tillförlitligaste föreställningarna om sammanhangen i rättsmekanismen, skulle undandraga sig att göra värderingar med hänsyn till lämpligaste sättet för denna att fungera? Det torde också särskilt böra nämnas, att den juridiska undervisningen skulle bli föga stimulerande och juristutbildningen vid universiteten få något sterilt över sig, om de studerande icke skulle bibringas kunskaper om värderingar från *rättsvetenskapsmännens* sida om lagars och lagtolkningars lämplighet ur samhällelig synpunkt eller om de skilda rättsinstituten skulle behandlas fritt från sådana värderingar. En blott beskrivande och konstaterande

rättsvetenskap måste, tycks det mig, lämna ett tomrum efter sig i juristutbildningen, som svårligen på annat sätt kunde fyllas.

Nu måste emellertid medgivas, att rättsvetenskapen — även om den begränsade sig till att vara blott kunskapskritisk — skulle på stora områden kunna bli tillnärmelsevis lika nyttig för rättsverksamheten, i det att de värderingar rättsverksamheten då finge göra på egen hand efter rättsvetenskapens kunskapskritiska utredningar vore av sådan art, att någon särskild ledning vid värderingarna icke vore erforderlig. Till en genomgående blott kunskapskritisk rättsvetenskap skulle nämligen höra icke blott att konstatera rättsideologiens och rättvisemetodens ohållbarhet utan jämväl att utreda, hurusom samhälleliga värderingar faktiskt utgöra drivfjädrar för rättsverksamheten och hurusom detta ofta blott indirekt framträder på grund av den rättsideologiska överbyggnaden på händelseförloppet. Vidare skulle höra hit en analys av, om jag så får säga, det sociala värderingskomplexet.[6] Beträffande lagstiftnings- och lagtolkningsfrågor i givna fall skulle en enbart kunskapskritisk undersökning väl kunna konstatera den logiska ohållbarheten i vissa resonemang, vare sig nu det logiska felet ligger i utgångspunkten eller i slutledningen, och vare sig det beror på förbiseende av psykologiska förhållanden eller annat, vilket allt naturligtvis kunde utföras. Den skulle också själv kunna framföra resonemang utifrån *hypotetiska* antaganden om det eller det detaljsyftet för rättsverksamheten i det eller det avseendet.[7] Allt detta skulle kunna tjäna till ledning åt rättsverksamheten i

---

[6] Vad jag därmed avser framgår av den följande framställningen i sin helhet, s. 558—603.

[7] Till exemplifiering av det sist sagda må följande nämnas. Utanför rättsvetenskapsmannens verksamhet skulle falla förordandet av den eller den maximen i fråga om sådant som en principals ansvarighet för anställd persons skadegörelser. Rättsvetenskapsmannen kunde icke positivt uttala sig angående lagtolkning i ett visst fall. Han skulle icke annorlunda än genom konstaterandet av, hur det faktiskt dömes, kunna hävda den eller den maximen såsom tillhörande vad vi kalla gällande rätt. Ty han skulle ju icke få företaga några värderingar. Däremot skulle — om vi nu hålla oss till frågan om principalens nyssberörda ansvarighet — inom rättsvetenskapsmannens uppgifter falla att utreda de sociala konsekvenserna t. ex. 1. av att sådant ansvar helt saknades, 2. av att ansvaret omfattade samtliga skadegörelser i tjänsten, 3. av att »i tjänsten» därvid finge den eller den innebörden, 4. av att ansvaret begränsades till den anställdes »culpa» eller inneslöte jämväl hans dolus, 5. av att av principalen direkt förbjudna handlingar uteslötes från ansvaret, 6. av att detta begränsades till »affärsliv i allmänhet» eller möjligen till vissa bestämda affärsgrenar o. s. v. Bland ytterligare alternativ äro naturligtvis också vissa kombinationer av de nu angivna. När man på detta sätt närmare begrundar saken, finge det, synes det mig, något av fetischism över sig att från rättsvetenskapen utesluta uppgiften att direkt gå in för ståndpunkttagande i fråga om lagars och lagtolkningars lämplighet eller olämplighet ur samhällsnyttans synpunkt.

dennas värderingar. Men det är tydligt, att denna ledning ofta bleve mindre effektiv, än om rättsvetenskapen icke vore begränsad till blott kunskapskritiska framställningar utan också själv företoge sociala värderingar. Vad man här icke minst bör skänka uppmärksamhet, synes mig vara betydelsen av vad jag redan antytt, nämligen att juristen i samband med sin teoretiska utbildning får upp blicken för de sociala perspektiven och rättsfrågornas inställning i dem. Den blicken vinner han förvisso icke genom sin praktik som domaraspirant eller biträde på ett advokatkontor. När skall han då ha förvärvat den, innan han sitter som själv domare eller rådgivande och processförande advokat eller innan han kallas som medhjälpare i lagstiftningsarbetet?

Väl är det sant, att rättsfrågornas inställning i de sociala perspektiven kan göras till föremål för rent kunskapskritiska undersökningar. Men skola sådana undersökningar kunna tillnärmelsevis lända rättsverksamheten till samma gagn som en konstruktiv rättsvetenskap — som själv utgår från »samhällsnyttan» såsom syftet med rättsverksamheten och med denna utgångspunkt tager ställning till frågor om lagstiftning och lagtolkning — fruktar jag, att de måste göras alltför omständliga, delvis kanske rent av förkonstlade. Detta åter skulle kunna verka, att de överhuvud icke toge sådan inriktning, att de finge någon mera direkt betydelse för rättsverksamheten. Ehuru det väsentliga av vad jag här förut och i det följande utvecklar i samband med min tes om den konstruktiva rättsvetenskapens utgångspunkt i antagandet av »samhällsnyttan» såsom rättsverksamhetens syftemål skulle *kunna tänkas* framträda även i en blott kunskapskritisk framställning, fastän formen då bleve en annan, är jag nämligen ingalunda övertygad om, att en så inställd rättsvetenskap med tillräcklig energi skulle gå in på hithörande frågor och följaktligen icke heller om att rättsverksamheten skulle kunna bliva tillnärmelsevis lika betjänt av en blott kunskapskritisk rättsvetenskap som av en konstruktiv sådan.

Rättsvetenskapens män ha i alla tider företagit värderingar, och de komma förmodligen att fortsätta därmed i framtiden. Dessa värderingar ha företagits för angivande av rättsverksamhetens syftemål samt för anvisande av medlen för dessa syftens förverkligande. Både syftemålen själva och värderingarna innefatta frågor, för vilka samhället enligt sakens natur måste ha vitalt intresse och vari det har behov av största möjliga klarhet. Det är ett faktum, att dessa frågors besvarande hittills har ansetts tillhöra rättsvetenskapen (och rättsfilosofien, som det dock nu icke finns någon anledning blanda in i diskussionen). Visserligen ha svaren ofta åstadkommits genom rättsideologiska resonemang och alltså

icke direkt influerats av faktiskt rådande förhållanden. Men den omständigheten, att frågorna i fortsättningen skulle kunna dryftas utifrån kunskapskritiskt utredda saklägen, synes icke i och för sig kunna utgöra någon anledning för rättsvetenskapen att upphöra taga befattning med desamma.

Emellertid ha nu, som sagt, värderingarna i fråga hittills väsentligen influerats av ett rättsideologiskt »böra». För den som inser dettas chimäriska natur, torde — såsom framgår av det föregående — intet annat återstå än att utföra värderingarna med hänsyn till »samhällsnyttan». Naturligtvis, och det har nu upprepade gånger nämnts, fungerar rättsvetenskapen just i *dessa sina egna värderingar* icke såsom vetenskap. Men detta behöver, som förut påpekats, förvisso icke betyda, att den fungerar ovetenskapligt. Det rör sig om en verksamhet, som i och för sig ligger utanför området för vetenskapen i begreppslig mening, men som icke desto mindre genomgående är beroende av en inställning, vilken kräver rent vetenskaplig verksamhet. Vad jag kallat »konstruktiv rättsvetenskap» är en kombination av vetenskaplig och värderande verksamhet. Benämningen »vetenskap» torde alltså vara motiverad, lika väl som när man såsom vetenskaplig gärning karakteriserar fysikerns konstruktion av ett fysikaliskt instrument eller en dito maskin eller astronomens av ett teleskop, för att nu icke nämna fysikerns eller kemistens experiment, som självfallet förutsätta serier av värderingar. Jag säger icke — märk väl! — att analogi föreligger. Jag vill endast påvisa, att det icke finns någon anledning att utesluta rättsvetenskapsmannens konstruktiva verksamhet från *benämningen* »vetenskap», blott av den anledning att verksamheten delvis karakteriseras av värderingar.[8]

Jag önskar tillägga, att det ämne, som inledes med föreliggande band — det strikta ansvaret — synes mig i särskilt hög grad ägnat att understryka behovet av en konstruktiv rättsvetenskap. Detta torde förstås redan av en del anmärkningar i det föregående angående min syn på det

---

[8] Det är ju blott fråga om en term; någon motsägelse i sak kan alltså aldrig uppstå. Och termen rättsvetenskap finner jag lämplig därför, att de sociala värderingarna måste företagas utifrån djupgående kunskapskritiskt ställningstagande till frågorna. Man är sålunda inom den »konstruktiva rättsvetenskapen» *städse* verksam icke blott genom värderingar utan jämväl vetenskapligt i detta ords strängt begreppsliga mening. — Jag har i det förestående försökt kortfattat angiva min syn på denna sak. Ett djupare ingående på ämnet skulle, tycks det mig, förutsätta undersökningar angående rättsvetenskapens funktion i samhället, jämförd med andra vetenskapers. Man torde också bli nödgad inlåta sig på förhållandet — både historiskt och med hänsyn till nutiden — mellan rättsfilosofi och rättsvetenskap i trängre mening. Allt detta är frågor, som jag här icke anser mig böra upptaga. De ligga för övrigt till stor del utom min kompetens.

strikta ansvaret.[9] Och den uppgift, jag förelägger mig i nästa band — att söka ytterligare angiva vissa positiva linjer för en lära om strikt ansvarighet — består väsentligen i en tillämpning av den metod för en »konstruktiv rättsvetenskap», som jag här nedan beskriver. Jag får tillstå, att jag icke inser, huru jag lämpligen skulle kunna ställa uppgiften framför mig på annat sätt. Efter kritiken av rättvisemetoden och annat rättsideologiskt på området, som förvridit frågeställningarna, kan man väl — naturligtvis utöver en granskning av hithörande judikatur och lagar samt systematisering av det därvid framgående stoffet — svårligen göra något annat till befrämjande av skadeståndsrätten och dess utveckling än att gå tillväga på antydda konstruktiva sätt.

När jag härefter övergår till en närmare belysning av min tes om »samhällsnyttan», kommer jag väl icke att framlägga något egentligen nytt utöver vad jag förut utvecklat i detta ämne.[10] Likväl hoppas jag, att min framställning nu utformats på ett sådant sätt, att den skall röna något större intresse från juristernas sida för denna sak, än det jag i föregående skrifter förmått väcka hos dem.

Om »samhällsnyttan» i min tes.

»Samhällsnyttan» har i min framställning ingen som helst etisk anstrykning. Det rör sig icke om något ideal eller överhuvud om något absolut begrepp utan endast och allenast om något högst realistiskt: vissa *aktuella* värderingar av vad som är det bästa för samhället i fråga om stiftande av en lag i ett visst ämne, eller i fråga om tolkning av en viss lag eller slutligen i fråga om uppställandet av någon maxim, när omedelbart användbar lag saknas. »Samhällsnyttan» i min tes betyder intet annat än något, som faktiskt anses, d. v. s. värderas, såsom gagneligt för människorna i samhället med den livsföring och med de strävanden, som de verkligen ha på den tid, varom fråga är. Man kan allmänt uttrycka saken så, att *det* är samhällsnyttigt, som faktiskt uppskattas såsom ett socialt intresse.[11] Stundom kan detta allmänna ord »samhällsnyttan» utan någon specificering vara ganska uttrycksfullt. Såvitt de rättsområden äro i fråga, på vilka jag plägat röra mig — framför allt

---

[9] Ovan t. ex. s. 356 ff., 464 ff., noten å s. 489—491.

[10] Se särskilt Obligationsbegreppet II: 1, s. 187—194; 209 f.; 240—273 samt SvJT 1932, s. 537 ff. och 1933, s. 121 ff.

[11] Från vems eller vilkas sida den ifrågavarande uppskattningen sker är en särskild fråga, som nedan skall behandlas.

tillhörande förmögenhetsrätten — kan man, visserligen alltjämt generaliserande men likväl i någon mån specificerande, karakterisera »samhällsnyttan» såsom innefattande den *allmänna företagsamhetens*, d. v. s. den *allmänna produktionens och omsättningens*, intresse och dettas förutsättning: intresset av *allmän trygghet med hänsyn till överenskommelsers och utfästelsers pålitlighet och umgängets mellan människorna ofarlighet*, kort sagt, intresset av *allmän trygghet i handel och vandel* (naturligtvis inkluderande intresset av allmän trygghet till liv och lem). Men ofta blir det naturligtvis nödvändigt vid utförandet av en argumentation att mer eller mindre detaljerat angiva, vari ett visst socialt intresse består. Härvid inställa sig stundom så stora svårigheter, att man i kommittébetänkanden och avhandlingar förgäves har sökt komma till klarhet i ämnet. Dessa svårigheter ha icke sällan sin orsak i frågans fördunkling genom de rättsideologiska slöjorna. Strafflagstiftningen erbjuder här goda exempel i frågor sådana som om totalförbud, förvaring och internering i säkerhetsanstalt, rattfylleri, försök till brott, »otukt mot naturen», fosterfördrivning m. m.

I en engelsk bok, som jag utgav 1925, meddelade jag också några allmänna anmärkningar om min samhällsnytteteori. Dessa missförstodos av engelsmännen, som förblandade min åskådning med utilitarismen. Detta gav mig anledning att senare närmare belysa denna sak.[1] Bl. a. betonade jag därvid, att jag med samhällsnyttan alls icke avsåg någon etisk, alltså absolut, och icke heller, för att undvika allt missförstånd, någon specifikt filosofisk princip. I förevarande sammanhang finner jag det lämpligt att återgiva denna del av framställningen med några formella ändringar. Med samhällsnyttan såsom princip eller, kanske bättre, ledmotiv för rättsverksamheten menar jag i första hand befrämjandet på bästa möjliga sätt av det, som — enligt vad alla över en viss lägre bildningsgrad stående kunna förstå — *människorna i allmänhet faktiskt sträva efter att uppnå*. Detta består i sådant som tjänlig och välsmakande föda, lämplig och enligt den egna eller allmänna smaken klädsam dräkt, på bästa och bekvämaste sätt inredda bostäder, trygghet till liv, lem och egendom, största möjliga rörelsefrihet, däri även inbegripet arbetsbördans begränsning, bildningsmöjligheter o. s. v. kort sagt all tänkbar materiell komfort liksom även tillvaratagandet av andliga intressen. Jag tager icke någon som helst ståndpunkt till en sådan fråga som vad människorna *böra* sträva efter, icke ens till den frågan, *om* de överhuvud *böra* uppställa något mål för sina strävanden. Varje

[1] Obligationsbegreppet II: 1, s. 259 ff.

slags värdering i sådant avseende är absolut skild från vad jag inlägger i min tes om samhällsnyttan. Jag söker icke ens bestämma något som helst därutinnan, huruvida det är av värde för människorna, att de söka tillvarataga sina livsmöjligheter och till äventyrs utveckla dem, eller huruvida det icke vore bättre för dem att i stället »sätta torpedo under arken». I sådant avseende endast konstaterar jag, vad som kan iakttagas av vem som helst, nämligen att det överväldigande flertalet människor (i Sverige liksom i alla andra i kulturellt avseende därmed jämförliga länder) *faktiskt har önskan att leva och utveckla sina livsmöjligheter.* Med utgångspunkt i detta *sakförhållande* har jag sökt visa, att det — såvitt de, vilka direkt eller indirekt öva inflytande på samhällsförvaltningen, äro frigjorda från föreställningar om rättsideella intressen — icke finns något annat att låta sig bestämmas av vid rättsorganisationens utbildning än hänsyn till vad som erfordras, för att människornas nyss antydda faktiska strävanden må i görligaste mån kunna realiseras.[2] Så vitt människorna faktiskt allmänneligen ha dessa strävanden, så vitt de icke behärskas av t. ex. den indiska kontemplationsprincipen (försjunkandet i Nirvana, det absoluta ingenting, såsom det yttersta målet)[3] eller möjligen, bragta till förtvivlans brant, av lust till positiv samhällsförstörande verksamhet — så vitt kan icke något annat än just nyssnämnda strävanden utletas, som har förmåga att väcka och underhålla ett intresse, så starkt och så allmänt, att det i längden kan bliva bestämmande för lagstiftningen och rättstolkningen. Att med dessa strävanden oupplösligt förenar sig intresset för lagstiftning och rättskipning är självfallet. Utan dessa båda vore ingen ordning tänkbar utan blott kaos, vilket i sin tur skulle omöjliggöra människornas ifrågavarande strävanden.[4]

När jag påstår, att samhällsnyttan »i första hand» innefattar befrämjandet av människornas i samhället faktiska strävanden, så bör man lägga märke till de citerade orden. Med den i dem liggande inskränkningen avses, dels att dylika strävanden kunna tänkas bero på vad lagstiftaren övertygats om vara falska föreställningar, och dels att lagar kunna stiftas, som också ha avseende å sådant, beträffande vilket människornas värderingar icke varit tillräckligt markerade för att föranleda några bestämda strävanden. Naturligtvis kan icke i senare fallet samhällsnyttan såsom bestämmande för lagstiftarens åtgärder karakteriseras såsom befrämjandet av människornas faktiska strävanden. I allmän-

[2] Jfr dock strax här nedan.
[3] Därmed är givetvis icke påstått, att det indiska folket behärskas av denna princip.
[4] Se Obligationsbegreppet, s. 271 ff.

het kan den det icke heller i förra fallet. Detta är dock icke undantagsfritt.[5] Påståendet om samhällsnyttan såsom innefattande befrämjandet av de faktiska strävandena i samhället kommer i det följande att belysas jämväl i andra avseenden. Redan här vill jag nu nämna följande.

Människornas strävanden äro naturligtvis uttryck för eller bero i allt fall på deras värderingar. De sociala värderingar, som bli direkt bestämmande för lagstiftning och lagtolkning, härröra nu visserligen icke omedelbart från »folket» utan från lagstiftaren själv, med allt vad i detta begrepp kan inläggas.[6] Lagstiftaren (och domstolarna) kan i sin tur vara mer eller mindre omedelbart influerad av rättsvetenskapens uppfattning i ämnet, vare sig denna är blott kunskapskritiskt grundad eller också beror på rättsvetenskapens egna i dess konstruktiva funktion gjorda sociala värderingar.[7] Men de ifrågavarande subjekten företaga självfallet icke dessa värderingar för sin personliga räkning utan i sin egenskap av lagstiftare eller rättsvetenskapsmän. Lagstiftaren gör värderingen, därför att han fattar syftet med sin verksamhet vara att gagna samhället; rättsvetenskapsmännen (i sin konstruktiva funktion) göra den därför, att de å ena sidan utgå från detta syfte för lagstiftningen och å andra sidan med sin egen verksamhet sträva efter att gagna samhället genom att vara lagstiftaren till hjälp. Förutsättningen för det sagda är naturligtvis, att de icke förledas av rättsideologiska föreställningar. Men under denna förutsättning torde allmänt kunna sägas, att i våra tider intet annat motiv kan utletas för dem vid uppställande av den eller den rättsmaximen, än att dennas tillämpning länder det samhälle till gagn, med hänsyn till vilket maximen uppställes och såsom vars tjänare de utföra sin verksamhet såsom lagstiftare eller rättsvetenskapsmän.[8] Men

---

[5] Se nedan s. 567 f.

[6] Bl. a. — såvitt Sverige är i fråga — icke blott kontrasignerande statsråd, riksdagen (särskilt dess utskott, motionärer eller eljest i en fråga aktiva ledamöter), lagråd och lagkommitté utan jämväl domstolarna, vilka i tolkningsfrågor kunna betraktas såsom ett slags lagstiftare in casu. Med lagtolkning avses icke användning av klar och otvetydig vare sig skriven lag eller oskriven rättsmaxim utan situationer, där, även om skriven lag finnes, lagorden föranleda skilda meningar om sin innebörd, eller där skriven lag saknas och icke heller klar och otvetydig »sedvanerätt» finnes. Vad som åsyftas är rikligen exemplifierat i den stora mängden av fall i vår prejudikatsamling, i vilka instanserna divergera utan att denna divergens berott på skiljaktigheter angående vad som utretts av fakta, vartill dock bör fogas, att även sådan skiljaktighet kan vara en följd av avsaknaden av klar och otvetydig rättsmaxim på den s. k. bevisrättens område. Noga sett innefattar domstolarnas lagtolkning *alltid*, att man dömer utan stöd i stiftad lag och följaktligen att domaren fungerar som en quasi-lagstiftare, åtminstone in casu.

[7] Jfr ovan s. 551 ff.

[8] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 241 ff. och s. 272.

nu förhåller det sig ju faktiskt så, att rättsideologien allt i från urminnes tider intill den dag som är behärskat och behärskar sinnena. Detta har haft och har alltjämt till följd, att de samhälleliga intressenas inflytande på rättsverksamheten blivit mer eller mindre — allt efter skilda tider och rättsverksamhetens skilda områden — tillbakaträngt. I själva verket ha därför de i ett samhälle uppehållna rättsmaximerna hittills utgjort och utgöra fortfarande resultatet av en kamp eller samverkan mellan två helt skilda föreställningssätt och därmed sammanhängande skilda värderingar och intressen: ett *irrealt* föreställningssätt, framgående ur de rättsideologiska idéerna, och ett *realt*, bestämt av hänsyn till de i samhället levande människornas faktiska strävanden. Jag har sökt visa, hurusom rättsideologien hindrar icke blott rättsvetenskapen[9] utan jämväl, låt vara i mindre grad[1], lagstiftaren[2] från att helt och frankt låta sig ledas av samhällsnyttiga synpunkter. Vad jag påstår är därför också endast, att — därest man verkligen vore frigjord från den rättsideologiska chimären — så skulle varken lagstiftaren eller den konstruktiva rättsvetenskapen förnuftigtvis vara i stånd att utleta något annat rättesnöre för sin verksamhet än detta: att därmed — lagstiftaren direkt och rättsvetenskapen indirekt genom hjälp åt lagstiftaren — gagna det *samhälle*, vars tjänare de äro, det vill i allmänhet säga att befrämja de mål, som medborgarna i gemen faktiskt sträva efter att förverkliga. *Fingerande att nyss sagda förutsättning om frigjordhet från rättsideologien verkligen vore för handen*, skall jag nu tillåta mig ytterligare belysa innebörden av »samhällsnyttan» såsom ledmotiv för lagstiftning och rättsvetenskap.[3] Jag begränsar därvid framställningen till att avse ett land sådant som vårt eget, d. v. s. med demokratisk författning, demokratiska institutioner och allmänt demokratiskt åskådningssätt hos det stora flertalet medborgare, m. a. o. ett land som lever i *västerländsk civilisation under normala* förhållanden. Det säger sig självt, att frågan om »samhällsnyttans» både innebörd och betydelse för rättslivet kommer i ett väsentligen annat läge i diktatoriskt styrda länder, liksom att detta blir förhållandet i ett land under pågående blodig revolution eller eljest under

[9] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 189 ff.

[1] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 209 f.

[2] Obligationsbegreppet II: 1, s. 211 ff. — Det där sagda kan kompletteras med en hänvisning till sådana strafflagstiftningsfrågor, som jag antydde å s. 559 och varom man kan ytterligare läsa i mina skrifter mot totalförbudet och mina uttalanden i riksdagen.

[3] Denna fiktion göres icke genomgående, redan därför att det — alldenstund den rådande jurisprudensen själv trots sina rättsideologiska utgångspunkter ofta förklarar sig bestämd av samhällsnyttiga hänsyn — blir nödvändigt att göra vissa påpekanden angående »samhällsnyttan» i rättsideologiska resonemang, t. ex. nedan s. 583 ff. Även bortsett härifrån har fiktionen, såsom läsaren finner, icke kunnat strikt uppehållas.

terroristisk regim.[4] — För korthetens skull talar jag i det följande egentligen endast om lagstiftaren (inkluderande domaren såsom en quasi-

[4] Vad diktaturer angår kan det naturligtvis ställa sig olika alltefter diktaturens art. Men vissa gemensamma drag i fråga om »samhällsnyttans» inflytande kunna dock iakttagas. Den spelar alltid den *formella* rollen, att makthavarna ständigt föra den på tungan och måste göra så för att icke frambesvärja eller giva näring åt de krafter, som skulle kunna krossa dem (se slutet av noten). Vad därefter angår frågan, om samhällsnyttan har någon betydelse såsom *materiellt* utgörande drivfjäder för rättsverksamheten (lagstiftning och rättskipning), så torde kunna sägas, att denna visserligen omedelbart sett kan vara bestämd av makthavarens intresse att upprätthålla diktaturen och hålla sig kvar vid makten. Men detta förutsätter i sin tur, att åtminstone i någon mån folkets i det hela intressen beaktas. I vilken mån? Svaret därpå är beroende på hur diktatorn har förmått organisera sin makt, hur maktapparaten förvaltas. Alla dem, som han i sådant avseende måste kunna lita på för att icke riskera att genom överrumpling kastas över ända, måste på särskilt sätt tillgodoses. Men detta blir i längden omöjligt, om icke samhällsekonomien kan åtminstone nödtorftigt hållas uppe. Dylikt blir nödvändigt för att åstadkomma de erforderliga medlen för att tillbakahålla missnöjet och vidmakthålla »förtroendet» hos dem, som genom sin närhet till och sitt inflytande på maktapparaten eljest kunna bliva farliga för diktatorn och hans makt. Men samhällsekonomien förutsätter både lagar och rättskipning, som åtminstone i någon mån överensstämma med allmänt rådande värderingar. Visserligen kan i strid med dessa den ekonomiska företagsamheten i viss grad framkommenderas med våldshot. Men resultatet bleve i längden för magert. Därför gör sig också för en utpräglat antisocial diktator behovet av sådan rättsverksamhet gällande, att en viss känsla av trygghet i handel och vandel underhålles till befrämjande av den samhälleliga produktionen och omsättningen. Men icke nog härmed. Han måste även ha intresse av att tillse, att icke folket genom godtycklighet i fråga om lagar och rättskipning i övrigt känner sig så förfördelat, att det allmänna missnöjet varder mobiliserat utöver sådana gränser, att — trots sättet för hans organisering av maktapparaten — fara uppstår för sprängning av själva ramen för det samhälle, vars bestånd dock utgör förutsättningen för hans egen makt. Man kan alltså uttrycka saken så, att även under en antisocialt inriktad diktatorisk regim kommer hänsynen till de sociala värderingarna i samhället att bli bestämmande för lagarna och lagtillämpningen, i den mån detta blir nödvändigt för samhällsekonomien såsom betingelse för samhällsorganisationens bestånd. — Dessa antydningar har jag tillåtit mig endast för att samtidigt till förebyggande av missförstånd göra följande erinran. Det har icke funnits någon anledning för mig att i mina undersökningar av våra dominerande rättsinstitutioner (straffrätten, skadeståndsrätten och avtalsrätten) och rättsmekanismens art — undersökningar varmed jag bl. a. åsyftar att giva bidrag till ledning åt lagstiftare och domare under normala förhållanden i ett land som vårt med västerländsk kultur — gå närmare in på förhållandena under terroristiska ordningar. Dessa ha just *genom frånvaro av stöd i moraliska krafttillgångar hos den övervägande befolkningsmängden* mycket litet att skaffa med rättsordning i vanlig västerländsk mening. Likväl kan ytterligare det påpekandet göras, att man även i terrorismen finner slående belägg för betydelsen för rättsmekanismen av de gemensamma intressenas, samhällsintressenas, beaktande. Hur skulle väl ett terroristiskt regemente, varhelst det än uppträtt — i franska revolutionen, i det gamla och nya Ryssland, i det nyss fascistiska Italien, i det nazistiska Tyskland — överhuvud kunna tänkas ha existerat, om icke makthavarnas intressen hade skrudat sig i *den allmänna välfärdens* färger och de terroristiska åtgärderna utmålats såsom riktade mot *samhällets fiender!* Och å andra sidan: varför just en sådan skrudning, om det icke erfarenhetsmässigt förhölle sig så, att under normala förhållanden något annat bärande motiv för ordningens, d. v. s. lagstiftningens, utformning än den allmänna välfärden icke funnes?

lagstiftare in casu) och blott på särskilda ställen om (den konstruktiva) rättsvetenskapen. I stort sett äro synpunkterna desamma. En skillnad ligger däri, att rättsvetenskapen enligt sakens natur har större frihet än lagstiftaren att urgera sina egna värdeomdömen om det bästa för samhället i det eller det avseendet.[5]

Hur lagstiftaren influeras av den allmänna värderingen.

Det är tydligt nog, att lagstiftarens sociala värderingar såsom motiv för hans verksamhet på stora områden måste stå i överensstämmelse med den i samhället rådande allmänna värderingen.[6] Det är sålunda uppenbart — för att nu något fullständiga den ovan s. 559 givna bilden — att lagstiftaren på intet sätt råkar i konflikt med utan tvärtom harmonierar med den av resp. lagfråga berörda allmänhetens inställning, när han t. ex. finner (och handlar därefter): att förbättrade vägar gagna omedelbart den allmänna omsättningen, därmed också den allmänna produktionen; att det är angeläget för den allmänna tryggheten och därmed också åtminstone i någon mån befrämjande för produktion och omsättning att hämma t. ex. s. k. trafikterror av alla slag; att jordbruksdriften och därmed en del av produktionen är beroende av på visst sätt (möjligen varierande för skilda landsdelar) anordnad skiftesrätt; att motsvarande gäller i fråga om vattenrätten; att utformandet av arrende- och hyreslagar har betydelse för den allmänna tryggheten och därmed för produktionen och omsättningen; att de senares innehåll jämväl kan befrämja människornas strävanden efter hygien, komfort och trevnad; att den allmänna omsättningen (icke begränsad till blott handel och affärsliv i stort och smått) och därmed även produktion och annan företagsamhet är beroende på avtalsrätten och att det är av vikt, att denna med hänsyn till sin ifrågavarande betydelse varder på mest praktiska sätt utformad; att det för den samhälleliga tryggheten till liv, lem och egendom är angeläget, att strafflagen i dessa avseenden i det hela

[5] Jfr nedan s. 566 n. 9. — Visserligen är det i min framställning fråga om metod för (den konstruktiva) *rättsvetenskapen*. Men denna metod giver sig — såsom man förstår av s. 549 ff. här ovan — av sig själv, sedan klarhet vunnits angående *rättsverksamhetens* art.

[6] Med den »allmänna värderingen» i samhället menas naturligtvis värderingen, så vitt den överhuvud företages av människorna i samhället. Större eller mindre mängder av dessa kunna av de mest skilda anledningar (kunskapsbrist, bristande allmänt intresse, bristande intresse just för en viss fråga, vare sig därför att denna direkt blott angår en minoritet eller därför att den eljest icke har förmågan att tilldraga sig allmänhetens intresse) ställa sig mer eller mindre likgiltiga till en viss lagstiftningsfråga.

alltjämt uppehålles; att den s. k. culpa-regelns uppehållande är av betydelse för den allmänna tryggheten i handel och vandel och därmed för befrämjande av produktion och omsättning; att detsamma även måste sägas om vissa maximer om s. k. strikt ansvar o. s. v.

Där lagstiftarens och allmänhetens värderingar icke på nu antydda sätt utan vidare korrespondera med varandra, kommer lagstiftarens uppfattning angående det bästa för samhället likväl merendels att på ett eller annat sätt influeras av den bland medborgarna rådande värderingen. Detta följer redan därav, att lagstiftaren förnuftigtvis icke kan undgå att vara medveten om, att lagarna icke stiftas för lagstiftarens utan för samhällets, d. v. s. folkets skull. Emellertid ställer det sig naturligtvis härvid på olika sätt. Gå värderingarna hos allmänheten i skilda riktningar, utan att någon av dem synes vara mera utslagsgivande än de andra, eller kan man överhuvud icke tala om någon värdering i samhället såsom inriktad på en viss av ett lagstiftningsprojekt berörd fråga, så kan lagstiftaren ha en mera obunden ställning och låta sin värdering angående lämpligaste åtgärden bestämmas uteslutande av sina kunskaper om samhällsbyggnaden, självfallet inkluderande kunskaper om medborgarna såsom psykofysiska existenser.[7] I dylika fall kan han likväl ha influerats av värderingarna inom folket, i det att hans åtgärder ha bestämts därav, att dessa värderingar icke haft någon utslagsgivande betydelse utan lämnat honom fria händer. Men lagstiftaren kan i nu berörda situationer också på ett annat sätt tänkas influerad av den samhälleliga värderingen. Han måste nämligen allt efter omständigheterna stundom räkna med möjligheten, att en tilltänkt åtgärd från hans sida komme att skärpa värderingarna, resp. väcka det slumrande intresset, från den av frågan närmare berörda allmänhetens sida. Han måste räkna med möjligheten av kritik från sådana personers sida, som känna sig därtill skickliga och som genom sin opposition kunna komma att leda den allmänna värderingen emot åtgärden och därigenom minska dennas gagnelighet för det allmänna. Är lagstiftaren med hänsyn till dessa möjligheter icke fullt säker på sin sak, på att lagstiftningsåtgärden med den motivering han förmår giva densamma utan knot kommer att godtagas och förty fullgöra sin beräknade sociala funktion, så blir han naturligtvis betänksam, även om han slutligen skulle våga övervinna betänkligheterna.

[7] På detta sätt »indifferenta» rättsfrågor finnas på alla områden av civilrättsjuridiken. De allmänna sociala värderingarna begränsa sig här mycket ofta helt generellt till behovet överhuvud av det eller det rättsinstitutet. Därvid är den självfallna utgångspunkten, att lagstiftaren med sin tillgång till fackmannamässiga insikter och erfarenheter är kompetent att utföra den detaljerade lagregleringen. Vid denna ledes så lagstiftaren av *sin* sociala värdering i enlighet med vad som följer i texten.

Det kan med andra ord vara erforderligt för lagstiftaren även i situationer av nu antydd art att, innan han definitivt beslutar sig, ställa den frågan för sig: hur kommer allmänna opinionen, d. v. s. den av lagfrågan närmare berörda allmänheten, att förhålla sig till lagen efter den upplysning, som den kan komma att vinna genom att en saklig granskning av lagen framlägges?

Om det i en föreliggande fråga från början finns en mera kompakt värdering, stridande emot lagstiftarens s. a. s. ursprungliga eller egentliga egna intentioner, så bör man åtminstone teoretiskt skilja mellan två situationer. Dessförinnan måste emellertid en vulgärföreställning undanrödjas angående värderingarna, en föreställning uttryckt i fraser sådana som att värderingarna »ju inte göras, med förnuftet, tanken, utan med känslan». En sådan där fras tillägnar man sig kanske från Hägerströms värdelära — på oreflekterat sätt, utan att ha förståelse för densamma.[8] Eljest borde man dock kunna begripa, att en enfaldig och grovt okunnig individ kan ha samma både inriktning av och styrka i sina känslor i allmänhet som en intelligent och kunskapsrik människa, men att icke desto mindre deras värderingar kunna gå stick i stäv mot varandra. Visserligen äro värdeomdömena uttryck för våra känslor. Men *dessa känslor äro knutna till våra föreställningar om verkligheten.* Dessa föreställningar äro i sin tur bestämda dels av våra direkta kunskaper om enskilda fakta, dels av våra kunskaper om sammanhangen mellan dessa fakta. Kunskaperna av båda slagen kunna vara högst växlande hos olika människor. Beträffande kunskaper av senare arten bör dessutom särskilt beaktas, att de icke alltid kunna förvärvas endast genom iakttagelser och studium, utan att de icke sällan också förutsätta ett visst mått av intelligens. De föreställningar, till vilka känslorna knyta sig och vilka sålunda kunna bliva bestämmande för värderingarnas inriktning, kunna m. a. o. vara antingen verklighetstrogna eller falska. Detta har självfallet den största betydelse för insikten om samhällsnyttemetodens innebörd.

Finner lagstiftaren, när hans egen värdering beträffande en tilltänkt åtgärd råkar i konflikt med allmänhetens, att denna bygger sin mening på falska föreställningar om verkligheten, så kan han naturligtvis icke, åtminstone icke utan vidare, följa den allmänna opinionen. Alltefter omständigheterna väljer han i stort sett något av följande alternativ. Han kan förhålla sig passiv i avvaktan på att allmänhetens värderingar i ämnet på upplysningens och övertygelsens väg skola komma att ändras.[9]

[8] Se skriften »Makt och rätt», 1942, s. 51.

[9] Här ha vi ett exempel på en tydlig olikhet mellan lagstiftarens och den konstruk-

Han kan också tänkas skrida till lagstiftningsåtgärd i enlighet med sina linjer. Men situationen är då den, att han känner sig kompetent att kunna förebringa så stark och framför allt effektiv överbevisning om falskheten i de föreställningar, på vilka allmänhetens värdering grundar sig, att han icke behöver riskera, att denna kan komma att vålla något moraliskt motstånd mot den nytillkomna lagen eller eljest leda till allvarligare missnöje med denna.[1] Slutligen kan lagstiftaren finna det vara bäst överensstämmande med samhällsintresset att böja sig för den allmänna värderingen, trots det att han finner denna knyta sig till föreställningar, som grunda sig på bristfälliga kunskaper om faktiska förhållanden och sålunda icke äro hållbara. Med hänsyn till styrkan i och skadligheten av den moraliska indignation, som i samhället skulle kunna förutses uppstå, därest lagstiftaren handlade i strid mot den allmänna värderingen, kan lagstiftaren finna, att samhällsnyttan endast kunde gagnas därigenom, att han böjde sig för densamma. Under fullt normala förhållanden äro dylika eftergifter från lagstiftarens sida säkerligen ganska sällsynta, därest allmänhetens värderingar utmynna i krav på lagstiftningsåtgärd. En situation, i vilken eftergift sker, måste uppenbarligen karakteriseras därav, att å ena sidan det ligger fara i dröjsmål och å andra sidan en effektiv upplysningsverksamhet till undanrödjande av de falska föreställningarna måste läggas på lång sikt. Däremot torde det icke kunna betraktas som en sällsynthet, att lagstiftaren i strid mot sin egen åskådning på det sätt böjer sig för samhälleliga värderingar, som enligt honom grunda sig på osakliga föreställningar, att han avstår från en av honom eljest såsom samhällsnyttig ansedd lagstiftningsåtgärd. En upplyst lagstiftare, som genomskådar falskheten i vissa föreställningar, kan likväl i samhällsnyttans intresse se sig föranlåten att foga sig i på dessa föreställningar grundade värderingar av en ifrågasatt lag såsom medförande orättvisor. Genom en lagstiftningsåtgärd i strid mot sådana värderingar kan man — hur välbetänkt åtgärden eljest än vore — tillfoga samhällslivet mera skada än gagn. I detta avseende kan jag ungefärligen återgiva, vad jag förut i ämnet uttalat:

---

tiva rättsvetenskapens attityder. Den senare har ingen anledning att förhålla sig passiv utan fullgör endast sin funktion såsom konstruktivt verksam, när den framlägger och med argumentation styrker sina synpunkter. På detta sätt kan den bana vägen för lagstiftaren.

[1] I allmänhet innebär själva lagstiftningsproceduren betydande garantier emot nämnda fara. En juristkommission och vederbörande departement ha vanligen allsidigt undersökt frågans läge. Allehanda andra myndigheter med kompetens i fråga om den eller den aspekten på saken liksom även lagrådet ha uttalat sig. Går så slutligen majoriteten inom utskott och riksdagskamrar med på lagförslaget, så måste detta gemenligen betyda, att berörda farhåga är ogrundad.

Den samhällsnyttiga effekten av en ny lagstiftningsåtgärd kan utebli eller minskas, om den allmänna rättskänslan alltför bryskt trädes för nära och vördnaden för lagen minskas. Det är av stor vikt för uppnåendet av sådan effekt, d. v. s. för att lagen må kunna fullgöra sin sociala funktion, att redan allmänt utbildad rättsövertygelse i viss grad respekteras, även om den bestämts av oriktiga föreställningar. Och man måste därför noga tillse, att stiftandet av ny eller upphävandet av gammal lag icke råkar i sådan konflikt med vad som förut uppehållits inom landet, att ändringen i den allmänna opinionens ögon antager karaktär av godtycklighet eller av något orättvist till fördel för vissa, till nackdel för andra.[2]

Återstår nu att lagstiftarens och allmänhetens värderingar differera sinsemellan, utan att denna differens å någondera sidan uppfattas såsom beroende på verklighetsfrämmande föreställningar bakom någonderas värderingar. Med detta antagande, vilket, som vi strax skola se, är ganska opraktiskt, kan något försök till korrigering av allmänhetens inställning icke komma i fråga från en klok lagstiftares sida. Han måste kunna förstå, att en korrigering av själva värdeomdömena såsom sådana — d. v. s. när situationen är den, att bakomliggande föreställningar icke kunna med argument attackeras — måste vara irrationell och utsiktslös. Man kan dock icke på den sakliga argumentationens väg ändra vad som endast och allenast utgör människornas känsloinställning.[3] Här stode alltså, för att nu vidbliva tankeexperimentet, lagstiftarens värdeomdöme emot allmänhetens, d. v. s. emot den samhälleliga värderingen.[4] Det säger sig självt, att det förra icke kunde läggas till grund för lagstiftningen. Försökte sig en justitieminister i vårt land på genomförandet av en sådan lagstiftning, så skulle han visserligen kunna tänkas få stöd

---

[2] Se Obligationsbegreppet II: 1, s. 252 f.

[3] Det är visserligen sant, att genom ren propaganda även den blotta känsloinställningen kan influeras. Men en härtill duglig propagandaapparat har lagstiftaren i ett demokratiskt samhälle icke att tillgå. För övrigt skulle de, som manövrerade en sådan apparat, aldrig medgiva annat, än att den bearbetade värderingen vore en följd av mer eller mindre ogrundade föreställningar. Jfr början av nästa not.

[4] Det är som sagt blott ett tankeexperiment, att saken skulle kunna ligga så renodlat till. Om lagstiftaren verkligen ifrågasätter att vidtaga en åtgärd, som ginge emot den allmänna värderingen i samhället, så skulle han aldrig medgiva, att det begränsade sig till en skiljaktighet i fråga om den nakna värderingen utan städse utfinna grunder, med vilka hans egen ståndpunkt vore motiverad. Men även oavsett detta, måste sägas, att lagstiftaren i egentlig mening — med den mängd heterogena element som det är fråga om i detta begrepp — näppeligen kunde tänkas ha en klar värdering, som strede emot den samhälleliga värderingen, utifrån den förutsättning som nu föreligger: att den senare icke är attackerbar på grund av bakomliggande falska föreställningar. Är det emellertid fråga om lagtolkning av domare såsom en quasilagstiftare in casu, då kunde kanske den ifrågavarande värderingsdifferensen lättare tänkas vara förhanden. Är det då en klok och förståndig domare, som har sinne för, hur rättsmekanismen fungerar, så uppgiver han i domen sin egen värdering till förmån för den samhälleliga.

i en kommission, som han själv tillsatt, och hos en del myndigheter, men projektet skulle ofelbart stranda på motståndet från riksdagen, folkrepresentationen, även om dennas majoritet gjorde samma värdering i frågan i och för sig som justitieministern.[5]

Att närmare gå in på alla frågor, som stå i samband med »samhällsnyttan» såsom direktiv för lagstiftning och lagtolkning, finner jag näppeligen nödigt för juridikens behov. Möjligen kunde det dock vara lämpligt med en större utförlighet till förebyggande av missförstånd av min rättsliga grundåskådning. Särskilt torde det vara av en viss vikt i sådant avseende att påpeka, att en lag ingalunda behöver direkt befrämja de av lagen berörda medborgarnas intressen i det hela för att kunna sägas vara dirigerad av »samhällsnyttan», ja att så dirigerade kunna t. o. m. sådana lagar betraktas, vilka strida emot flertalets direkta intressen. Jag anser mig dock icke här behöva gå in på denna sak utan kan nöja mig med att hänvisa till vad jag på annat ställe därom uttalat.[6] Jag skall i stället nu göra ytterligare en del preciseringar i anledning av vissa invändningar, som framställts emot min teori om »samhällsnyttan».

Dessförinnan önskar jag dock göra ett påpekande till förebyggande av missförstånd. När jag i »lagstiftningen» även inbegriper domstolsverksamhet eller när jag någon gång särskilt berör denna såsom bestämd av sociala värderingar, har jag städse endast *lagtolkningen* i sikte, såsom jag, ovan s. 561 n. 6, fattat detta begrepp. Jag berör sålunda i denna framställning domarens verksamhet, endast såvitt som han *icke har klar och otvetydig lag* (inkl. oskriven rättsmaxim) att följa. Finns sådan lag, då tillhör det samhällsnyttemetoden att ovillkorligen handla i enlighet med densamma, även om domaren på hur goda grunder som helst finner dess innehåll otillfredsställande såsom icke överensstämmande med sina sociala värderingar i enlighet med det i det föregående sagda. Lagar som på grund av sitt innehåll måste anses socialt onyttiga, böra naturligtvis upphävas eller ändras. Men så länge detta icke skett, måste det vara ett av de tongivande sociala värderingarna uppburet intresse, att de tillämpas. Den allmänna tryggheten är en av grunderna för samhällsmekanismens gnisslingsfria gång och därmed för samhällsekonomien.

---

[5] Det sagda avser visserligen bokstavligen endast civil- och kriminallag. Men en departementschef skulle säkerligen vara alltför klok för att ens vilja införa en blott administrativ förordning, som stode i strid med det allmänna värdeomdömet såsom sådant i samhället. Insikten om det motstånd, han i fortsättningen skulle få röna från riksdagens sida på grund av ett sådant handlingssätt, skulle utgöra en tillräcklig hämning på honom.

[6] Obligationsbegreppet II: 1, s. 255 ff. — Uttalandet i texten minskas i räckvidd i samma mån som samhällets demokratisering fördjupas.

Största möjliga trygghet för samhällsindividerna måste sålunda vara något, som tillhör de faktiska sociala strävandena. Men sådan trygghet förutsätter bl. a. största möjliga objektivitet i rättskipningen, i sin tur innefattande framför allt annat, att lagarna, i den mån skilda tolkningsmöjligheter äro uteslutna, varda efter sitt klara innehåll tillämpade. Det måste vara så att säga ett axiom ur samhällsnyttans synpunkt, att domstolarna icke få börja tumma på klar och otvetydig lag och ersätta denna med sina värderingar, hur starkt genomträngda dessa än kunna vara av socialt betonad övertygelse.

Kunna samhällsindividernas överensstämmande intressen betraktas som ett samhällsintresse och icke blott som varje individs intresse?

Jag har, som vi sett här ovan s. 559 f. (jfr s. 564), till belysande av »samhällsnyttans» innebörd såsom avseende realiteter och icke några absoluta värden konstaterat vissa påtagliga faktiska strävanden från människornas sida och betecknat bl. a. befrämjandet av dessa strävanden såsom inneslutna i »samhällsnyttan». Såsom exempel nämnde jag också strävandet efter »på bästa och bekvämaste sätt inredda bostäder». Detta har föranlett den danske författaren Ross att karakterisera det som ett falsarium, när jag talar om *samhälls*-nyttan. Ty, säger han, A strävar efter en god bostad åt A, B efter god bostad åt B o. s. v. Om nu icke förhållandena tillåta, att allas önskningar uppfylldes, så blir det här fråga om disharmoniska, konkurrerande intressen. Med talet om *samhälls*-nytta täckte jag över denna disharmoni och fingerade blott, att harmoni rådde mellan de olika individernas ifrågavarande intressen.[7] — Det finns mycket att säga i anledning av denna kuriösa missuppfattning. Följande må emellertid här vara tillräckligt.

Det faller ju av sig självt, att jag icke med samhällsnyttan kan ha menat summan av de olika individernas intressen eller dylikt. Hade jag givit något uttryck åt en sådan enfaldig mening, skulle väl Ross' invändning vara förklarlig. Men dylika föreställningar tillhöra just det, som jag bekämpat.[8] Det är, såsom jag alltid framhållit, överhuvud icke samhällsindividernas egna värderingar, som bliva direkt bestämmande för lagstiftningen, utan det är »lagstiftarens». Om det nu är ofrånkomligt, att praktiskt taget alla vuxna i samhället äro angelägna, *var och en för*

[7] Ross i SvJT 1932, s. 347.
[8] Se bl. a. Culpa-Regeln, s. 179—181.

sig, om bästa möjliga bostäder, så kan naturligtvis lagstiftaren konstatera detta förhållande eller, vilket är detsamma, att »människorna i allmänhet» — låt vara envar för sin egen räkning — ha detta intresse, som därigenom ur *lagstiftarens* synpunkt måste bli ett *samhälleligt* intresse. Naturligtvis skulle de enskilda människorna i allmänhet också uppfatta det som ett samhällsintresse, om de verkligen närmare reflekterade däröver. Men detta göra de kanske icke; de flesta ha icke direkt anledning därtill, enär de icke annat än tillfälligtvis syssla med sociala frågor. Den som något litet reflekterade över saken skulle säkerligen eljest säga sig, att det icke kunde vara önskvärt, att blott han och icke andra hade drägliga bostäder att tillgå, redan därför att nöden eller avundsjukan runt omkring honom kunde göra hans eget läge obehagligt för att icke säga osäkert. Men vidare måste ihågkommas, vad samhällsgemenskapen (med allt vad detta ord innefattar av sinnenas påverkan i socialt hänseende) faktiskt betytt för människornas humanisering dels i djupare mening, dels ock ytligt på det sätt, att människorna, hur de än känna det i sitt inre, icke kunna undgå att åtminstone i sitt framträdande utåt ansluta sig till människovänliga linjer.[9]

Samhällsnyttan i min tes ingen princip i logisk mening utan praktisk vägledare.

Med nyss berörda invändning har Ross emellertid icke låtit sig nöja. Ofrånkomligt vore, säger han, att jag begagnade »samhällsnyttan» såsom en »princip», d. v. s. något som hade en »entydig» mening, som i till bedömande föreliggande rättspolitiska frågor alltid förmådde säga, att blott just en viss bestämd lösning stode i överensstämmelse med »samhällsnyttan».[1] Det är mycket sant, att jag stundom talat om »samhällsnyttan» såsom en princip för lagstiftning och lagtolkning. Men det borde vara uppenbart för envar, som gittat mera fullständigt taga del av vad jag sagt, att jag därvid icke använt ordet »princip» såsom en tekniskt filosofisk term. Detta skulle ju ha innefattat, att jag toge samhällsnyttan såsom ett absolut värde, en mening som jag allt ifrån första början tagit mest bestämda avstånd från. Ur denna synpunkt synes man icke ens kunna förebrå mig att med »samhällsnyttan» ha gjort ett språkligen sett olämpligt ordaval. Om en person säger sig, att han vill i det eller det avseendet tillgodose nyttan för honom själv eller annan, betyder detta

[9] Jfr f. ö. nedan s. 575 f.
[1] SvJT 1933, s. 117.

endast att han vill handla på det sätt, som enligt *hans* övertygelse, d. v. s. *hans* värdering är nyttigt i avseendet i fråga. Jag har m. a. o. med »samhällsnyttan» endast velat giva ett förkortat uttryck för vad som enligt vissa värderingar anses vara det bästa för samhället med hänsyn till frågan om lagstiftning (eller lagtolkning) i det eller det hänseendet. Redan därigenom, att det här aldrig kan vara fråga om blott en enda människas värdering måste det ju vara klart, att den av Ross proklamerade »entydigheten» måste vara främmande för »samhällsnyttan» i min terminologi. Ty något för *fleras värderingar* utmärkande är bl. a. att de genom sin subjektivitet icke behöva vara entydiga. Jag har här använt ordet princip ungefärligen på samma sätt, som en bibliotekarie eller industriman kan tala om sina »principer» för skötseln av biblioteket eller fabriken. Dessa »principer» äro naturligtvis fullt förenliga med, att man då och då kommer i valet och kvalet angående den bästa, d. v. s. mest praktiska, utvägen samt att man i sådana situationer efter saklägets dryftande gör sitt *val*, vare sig detta nu skall komma till stånd genom enmans-beslut, majoritetsbeslut eller i viss annan på förhand bestämd ordning. Även om jag stundom betecknat »samhällsnyttan» som en princip, är det med andra ord — såsom jag f. ö. också ganska ofta givit direkt uttryck åt — blott fråga om en *metod* för lagstiftning och lagtolkning och därmed också för den konstruktiva rättsvetenskapen.

Intet företag kan med någon framgång bedrivas, om icke företagaren vet, vad han *vill* med detsamma. Det syfte han sålunda sätter för sin verksamhet blir, såvitt han är förnuftig, och i mån av hans kunskaper i ämnet, bestämmande för hans beslut och handlingar. På liknande sätt måste det förhålla sig med detta »företag», som jag kallat rättsmaskineriet. På grund av dess komplicerade natur — sammanhängande icke blott med dess omfattning utan framför allt med dess art och sedan tusentals år fortgående utveckling — har företagaren-lagstiftaren visserligen ännu i dag icke alltid fullt klart för sig, vilket syfte han bedriver med sin verksamhet, och ännu oklarare synes detta stundom vara för hans sakkunnige rådgivare, såsom man i detta sammanhang kan karakterisera rättsvetenskapen, såväl den blott kunskapskritiska som den konstruktiva. Men detta är en sak för sig. Det är en sak för sig, att de rättsideologiska utgångspunkterna här blandat sig med de realistiska synpunkterna och så att säga beslöjat dessa, så att de stundom blott mer eller mindre oklart kunnat tagas som ledmotiv och bliva bestämmande för lagstiftarens och domstolarnas beslut samt för rättsvetenskapens verksamhet. Min tes om samhällsnyttan går, som vi sett, ut på, att man bör helt befria sig från den rättsideologiska chimären och uteslutande

låta sig bestämmas av realistiska synpunkter, vilka man sålunda har att klart och öppet ställa direkt framför sig i den verksamhet, som här är i fråga.[2] De ifrågavarande synpunkterna har jag sammanfattat i termen »samhällsnyttan», därför att de dels och naturligtvis måste vara bestämda av något syfte, som lagstiftaren ställer framför sig i sin verksamhet, och dels något annat syfte, efter övergivandet av rättsideologien, icke hittills kunnat utletas än detta: att gagna det samhälle, vars tjänare han är, alltså människorna av vilka detta samhälle är en organisation, d. v. s. i det stora hela att befrämja det, som människorna faktiskt allmänneligen sträva efter i enlighet med sina värderingar.[3]

Saken kan mycket väl i förevarande avseende åskådliggöras genom att man jämför samhället med ett företag, vartill flera människor sammanslutit sig under gemensam ledning. Om ledaren är förnuftig och icke korrumperad, så sätter han företagets framgång såsom syfte för sin verksamhet. Men detta betyder naturligtvis icke, att han icke ofta eller åtminstone stundom kan råka i svår förlägenhet av den anledning, att han i den föreliggande situationen icke är övertygad om, *vad* som är det bästa för företagets framgång i en föreliggande situation. Bör han antaga en viss offert eller i stället göra upp en annan affär, eller bör han med hänsyn till osäkra konjunkturer för närvarande förhålla sig helt passiv? Bör en ifrågasatt tillbyggnad i affärskomplexet ske, bör företaget utvidgas med en ny bransch, bör verksamheten i stället inskränkas eller en del av företaget läggas om på en ny linje? o. s. v. Dessa frågor kunna alltefter ett företags natur och omfattning för ledaren vara mycket svåra att besvara och tarva ingående undersökningar, som han ofta själv icke ensam mäktar med utan för vilka han nödgas inhämta andras råd eller särskilda sakkunskap. Och trots den största omsorg och energi kan det likväl hända, att han icke kan övertyga sig om, vilket handlingsalternativ som bäst förenar sig med företagets välgång. Han kan då tänkas förhålla sig passiv, men han kan också välja att handla, vare sig därför att passivitet i situationen måste vara utesluten, eller därför att han finner det lämpligt att här taga en viss risk. Men vad än resultatet

---

[2] När jag här eller annorstädes för egen räkning talar om att man »bör» eller att man »har att» göra något, är det naturligtvis aldrig fråga om något objektivt giltigt »böra» utan endast om ett handlingssätt, som sättes i relation till ett visst syfte, som man sätter framför sig. Ligger man i en segelbåt och kryssar, så »bör» man hala skoten, girar man därefter och seglar undan vinden, så »bör» man släcka skoten, allt under förutsättning att man *åsyftar* att komma fram så fort som möjligt. Att på detta sätt använda sig av ordet »böra» har intet med metafysik att skaffa, varom jag tyvärr varit nödgad upplysa Ross, se SvJT 1932, s. 541 ff.

[3] Jfr ovan s. 549 ff.

blir, så har han — förutsatt att han är förnuftig och ärlig — både ställt och försökt besvara frågorna med företagets, d. v. s. de däri deltagandes, bästa för ögonen.

På liknande sätt förhåller det sig nu med »samhällsnyttan» såsom bestämmande för ledningen av samhället, som vi nu för åskådlighetens skull liknat vid ett kooperativt företag. Den människa har avstängt sitt förnuft från all möjlighet att förstå mina skrifter, som ävlas att — trots vad jag gjort till förebyggande därav — betrakta min tes om samhällsnyttan såsom uttryck för metafysik, översinnlighet, i någon som helst mening. Lika litet som den ekonomiske företagaren blott genom att hänvisa till företagets välgång kan anses ha för varje tänkbar situation preciserat en viss utväg och uteslutit en annan, lika litet, ja, i våldsamt mycket lägre grad — på grund av »samhällsföretagets» svåröverskådlighet och komplicerade natur — kan lagstiftaren och lagtolkaren, blott genom att sätta samhällets välgång framför sig såsom syfte för sin verksamhet, sägas ha fastställt linjerna för sitt handlingssätt (annat än i sådana allmänna drag, som jag i det föregående angivit).

Att min tes om samhällsnyttan har denna innebörd måste framgå av den utveckling av saken, som jag tidigare, låt vara i andra ordalag, givit. När Ross icke tagit intryck därav utan framhärdat i sitt tal om »entydigheten» i min »princip», d. v. s. om dennas absoluta eller objektiva karaktär, så torde detta sammanhänga med en viss finurlighet i hans precisering av vari den objektiva karaktären skulle ligga. Samhällsnyttans »entydighet» skall nämligen framgå därav, att jag tänkte densamma »bestemt gennem en *kvantitativ Maximering* af den gennem forskellige tænkelige Løsninger bevirkede *Behovstilfredsstillelse*».[4] Meningen skall väl vara, att jag i allt fall, hur jag än söker slingra mig undan, måste uppfatta det såsom något nyttigt i absolut eller objektiv mening, att största möjliga behovstillfredsställelse vinnes, även om medlen för detta mål äro beroende på subjektiva värderingar. Detta är dock ren fabulering från Ross' sida. Jag har ju så eftertryckligt som möjligt tillkännagivit, att jag utgår från människornas konstaterbara *faktiska* strävanden för tillvaratagande av sina livsmöjligheter, varvid den frågan är lämnad helt åsido, huruvida människorna *böra* ha dessa strävanden eller icke. Är denna min utgångspunkt icke ologisk — något som Ross icke ens påstått — då måste ju hans försök att framställa mig som metafysiker vara utsiktslösa.

Jag har nämnt denna egendomliga envishet hos Ross för att såsom en möjlig förklaring till densamma ifrågasätta, att han kan ha vilseletts

[4] SvJT 1933, s. 117.

genom ett särskilt förbiseende, nämligen därav att de värderingar, som jag åberopar mig på såsom i sin tur bestämmande för lagstiftaren — ehuru självfallet subjektiva — dock faktiskt ha en viss, om ock blott relativ, *homogenitet*. Denna homogenitet har Ross möjligen betraktat som en metafysisk fantasiprodukt i min åskådning. Den är emellertid erfarenhetsmässigt grundad just beträffande de värderingar, som ha betydelse i mina ifrågavarande undersökningar. Det förhåller sig på följande sätt, som jag tror det vara lämpligt att kortfattat redogöra för, även oavsett de missförstånd, vartill Ross gjort sig skyldig.

Vad som genomgående är bestämmande för mina resonemang, är detta, att inga andra värderingar kunna få betydelse såsom grundval för en lagstiftning, som skall kunna vinna moralisk kraft och förty kunna fullgöra sin sociala funktion, än sådana, i vilka man värderar *i medvetandet om sin samhörighet* med andra individer. Det är m. a. o. fråga om sociala värderingar. Man värderar med hänsyn till ett visst samhällstillstånd, varvid sålunda tanken på samhörigheten med andra ständigt ingår i värderingen. Oaktat den sociala inställningen kunna värderingarna givetvis utfalla olika alltefter olika social miljö, olika politisk, etisk eller religiös åskådning, olika sociala kunskaper o. s. v. Därigenom uppstå olika sociala värdeskalor. Detta har jag aldrig bestritt utan, till förebyggande av missförstånd, ofta framhävt. Men trots alla divergenser finns det dock åtskilligt, som är gemensamt. Det finns städse vissa elementära behov, som människorna i allmänhet ha, t. ex. de förut å s. 559 och 564 f. angivna intressena av föda, bostäder, trygghet o. s. v. Sådana elementära behov föranleda bl. a. dessa gemensamma intressen: att motverka en mängd skilda handlingssätt (brotten i allmänhet i kriminell mening, kontraktsbrott och skadegörelser); att stimulera till andra handlingssätt (för befrämjande av materiell odling och andlig kultur); samt att både på dessa och andra sätt tillgodose den allmänna folkförsörjningen. Därmed föreligger då också en i det hela gemensam inställning för uppehållandet av straffrätt, skadeståndsrätt, avtalsrätt, bolagsrätt, föreningsrätt, skiftesrätt, vattenrätt, diverse s. k. sociala lagar m. m. Naturligtvis kunna värderingarna dela sig, när det gäller detaljerna, både angående det föreliggande intresset självt och medlet för dess realiserande. Emellertid får det härvid en särskild betydelse, att de olika värderingarna icke ske på det sätt in abstracto, att de företagas med bortseende från maktförhållandena inom samhället. Huru mycket än de samhällsideal, som föresväva olika samhällsgrupper, kunna skilja sig åt, blir dock alltid varje grupp i sina värderingar nödsakad att taga hänsyn till de faktiska maktförhållandena. Därigenom sker en utjämning, åstadkommes

så att säga en *plattform, på vilken de olika gruppernas sociala strävanden mötas.* En långt gående radikal grupp söker t. ex. icke på allvar fullt genomföra sina ideal utan modererar sig på villkor av ett visst tillgodoseende av sina intressen, liksom å andra sidan en grupp med konservativa intressen, för att hämma omstörtningstendenser, finner det lämpligast att göra medgivanden till förmån för radikalare grupper. På detta sätt uppstår *i alla fall en viss gemenskap i de sociala värderingarna.* Ett lättfattligt exempel kanske kan åskådliggöra, hurusom resultat kan nås på basis av ursprungligen skilda värderingar. Vi antaga, att 20 man från olika håll samlats för att flytta ett stenblock, rädda en byggnad från eldfara eller dylikt. Ingen auktoritativ ledare framträder. Somliga finna den metoden, andra den, en tredje grupp den o. s. v. vara den lämpligaste. Till sist utföres dock ett gemensamt arbete efter en viss av de framkastade metoderna. Det enande intresset, att åtminstone åstadkomma *något*, som alla anse värt att arbeta för, gör att de motstridiga grupperna underordna sig en av dem i och för sig ogillad värdering i ena eller andra avseendet. Naturligtvis kan det också hända, att stridigheten i värderingarna leder till fullkomligt fiasko. Återgå vi till de sociala värderingarna, är läget såtillvida gynnsammare, som det är lagstiftarens värdering, som omedelbart blir bestämmande, och lagstiftaren har tid och resurser till överblick i sitt val av bästa möjliga samlande linje. Naturligtvis kan lagstiftaren misslyckas i sitt försök att finna en acceptabel linje och därigenom en lagstiftningsåtgärd utebli. Naturligtvis kan han också med sådan åtgärd taga miste, i det att den eller de värderingar, som icke alls eller blott delvis blivit tillgodosedda, icke låta sig nedtystas och därigenom den stiftade lagen icke erhåller den erforderliga moraliska kraften. Lagstiftaren får då taga i övervägande, huruvida den uppkomna gnisslingen i maskineriet bör uthärdas eller ändring av ett eller annat slag bör åvägabringas.[5]

[5] Jfr till det sagda Obligationsbegreppet II: 1, s. 249—259. Det långa sista stycket i texten är nästan ordagrant återgivet från min polemik mot Ross i SvJT 1933, s. 127 f. — Beträffande mitt uttalande om relativiteten i de sociala värderingarnas homogenitet må påpekas, att det naturligtvis finns stora områden på vilka de kunna vara praktiskt taget fullständigt homogena. Hit hör sådant som frågan om bestraffning av åtskilliga brott såsom mord, rån, stöld och förskingring m. m. Dock kunna naturligtvis även här värderingsdifferenser uppstå beträffande gränsdragningen mellan vad som bör vara straffbart och vad som bör vara straffritt. Vidare kunna givetvis de lagstiftarens bestämning av straffskalorna influerande uppskattningarna av det sociala värde, som ett visst brott anses lädera, skilja sig åt. Men i båda dessa avseenden kan situationen också vara den, att någon värderingsdifferens icke gör sig gällande ute i samhället. Och såvitt detta är händelsen, kan då sägas, att de sociala värderingarna angående den ifrågavarande kriminaliseringen äro praktiskt taget fullständigt homogena. Relativiteten i de sociala värderingarnas homogenitet belyses däremot, när fråga är — för att alltjämt hålla oss till straffrätts-

För att slutligen återgå till Ross' förebråelse mot mig för metafysiskt resonemang får man kanske såsom en bidragande grund till densamma också tänka sig den möjligheten, att han missförstått innebörden i en av mina utgångspunkter, nämligen den att lagstiftningen måste ha ett mål eller syfte. Jag menar dock, som envar måste kunna begripa, intet annat än att »lagstiftaren», såsom bestående av förnuftiga människor, måste ha något motiv för sin verksamhet. Dylik är väl överhuvud icke möjlig av en människa, som icke är sinnessjuk, utan att hon *vill* något med densamma. Följaktligen måste utgångspunkten i fråga vara empiriskt grundad. Hela Ross' kritik mot mig synes bero på oförmåga hos honom att följa mina resonemang. Vad denna oförmåga kan bero på, har väl dock icke något större intresse.[6]

---

området — om sådant som straff för anordnande av visst slag av bojkott, för deltagande i visst slag av strejker, för tvång mot strejkbrytare, för vissa försöksbrott eller förberedelser till brott, för fosterfördrivning, för tillhandahållande av preventivmedel, för homosexuella handlingar m. m. På civilrättens område erbjuda de sociala värderingarna kring hyreslagstiftningen ett gott exempel på relativiteten i dessas homogenitet. I övrigt kan hänvisas till en stor del av den s. k. sociala lagstiftningen. I alla sist antydda fall finner man, hur de sociala värderingarna mer eller mindre starkt brutit sig eller alltjämt bryta sig mot varandra, skiljande sig åt än genom olika uppskattningar av vad som är det nyttigaste för samhället, än genom olika mera utpräglat moraliska åsikter. Den kamp, som uppstår mellan de olika värderingarna, när dessa så att säga aktualiseras, kan verka utjämnande på motsättningarna och resulterar kanske småningom i att man å ömse håll av praktiska skäl, d. v. s. för att verkligen utvinna åtminstone något, »giver med sig» så pass mycket, att en lagstiftningsåtgärd varder möjlig.

[6] Följande fakta må dock relateras. På Nordiska Juriststämman i Sverige hösten 1926 höll jag ett föredrag i Uppsala om »Realiteter i skadeståndsrätten». Detta föranledde, att jag inbjöds av de danska och norska studenterna till resp. Köpenhamn och Oslo. På vardera platsen höll jag två föredrag. Ross, som då var ivrig Kelsenian, åhörde båda mina föredrag i Köpenhamn. Det första av dessa angick nationell rätt, det andra internationell. I diskussionen efter mitt första föredrag förhöll sig Ross passiv. Debatten efter mitt andra föredrag, det internationellträttsliga, inleddes av prof. Axel Møller, som höll ett mycket långt anförande. Jag hade betingat mig att omedelbart få replikera prof. Møller. Efter dennes inlägg efterkom jag emellertid ordförandens begäran, att en kandidat Ross skulle före mig få göra ett »mycket kort» inlägg. I bortåt tre kvarts timme, vill jag minnas, höll så Ross på med att söka konfrontera sitt Kelsenska och övriga rättspositivistiska vetande med några uttalanden från — mitt *första* föredrag. Dagens aktuella föredrag berördes icke alls. Ross' anförande och hela hans taktlösa beteende att på detta sätt tränga sig på med ett inlägg, som icke ens formellt hade någon raison d'être, då det tillhörde den föregående dagens ämne, har möjligen sin förklaring däri, att Ross såg sina äregiriga aspirationer såsom Kelsensk banbrytare här i Norden hotade. Det lokalpatriotiskt inställda auditoriet — lika okunnigt som Ross i fråga om mina teorier — förstod uppenbarligen icke det inkorrekta i hans beteende, som på grund av omständigheterna nödgade mig att avstå från replik på prof. Møllers långa anförande för att i stället taga Ross under behandling. Jag visade emellertid, att denne — vilkens kännedom om mina åsikter begränsade sig till ett ytligt studium under sist förflutna dygnet av en tidskriftsartikel av mig — icke ens begripit vad han läst i denna artikel, att han lika litet mäktat förstå innehållet i mitt

En svensk domares missuppfattning av min tes om samhällsnyttan.

Av vad jag nu sagt torde man också inse bristfälligheten i den låt vara mera välvilliga kritik, som riktats emot min tes om samhällsnyttan, på samma ställe och vid samma tid f. ö. som Ross' angrepp, av nuvarande justitierådet Harry Guldberg.[7] Med fog kan ifrågasättas, menar Guldberg, huruvida det lönar sig att anlita samhällsnyttan såsom en rent praktisk princip, d. v. s. såsom rättesnöre för lagstiftning och rättstillämpning. Man har, säger han, »mera närliggande mål, även i mycket viktiga fall och med det allra bästa uppsåt». Han tager som exempel, att man skall uppställa nya regler för kontroll å aktiebolagsförvaltningen. Det är då icke så mycket fråga om, säger han, citerande mina ord, »tjänlig och välsmakande föda, lämplig och etc. . . . liksom även tillvaratagandet av andliga intressen».[8] Gentemot detta hävdar nu Guldberg, att lagstiftaren här helt enkelt bör syfta till en ordning, som på bästa möjliga sätt tillgodoser de med bolaget förknippade intressena. Om han lyckas, fortsätter Guldberg,

»kan man naturligtvis göra gällande, att reglerna tjäna samhällsnyttan, men någon påtaglig vinst innebär knappast inskjutandet av detta begrepp, såvitt angår det avgörande, som lagstiftaren har att träffa. I fråga om åtskilliga lagstadganden, särskilt på handelsrättens område, kan på goda grunder sägas, att de uppställts

---

föregående föredrag och att han följaktligen i sin »polemik» emot mig icke på någon enda punkt nått saklig kontakt med min åskådning. Detta har han väl aldrig kunnat smälta. Ehuru han nödgats successivt uppgiva sin gamla inställning och enligt eget vittnesbörd mer och mer glidit över till Hägerströms rättsfilosofiska åskådning, har han likväl fortsatt med sina osakliga angrepp mot mig, beskyllande mig för att i min filosofiska okunnighet »stå till halsen i metafysik» och dylikt. Den intresserade kan taga del av våra replikskiften i SvJT 1932 och 1933. Beträffande hans kritik av min rättighetslära (särskilt i avhandlingen Virkelighed og Gyldighed, 1934, s. 227 ff.) har jag icke ansett mig behöva taga upp denna kritik till särskild behandling. Emellertid tror jag icke, att man skall behöva läsa mera än de sex första föreläsningarna i Det Hägerström-Lundstedtska Misstaget samt s. 518—533 här ovan för att begripa, att Ross icke heller vid sitt nu berörda angrepp lyckats sätta sig in i de tankegångar, som han angriper. Eek har, s. 239 n. 4, tagit ståndpunkt i kontroversen mellan mig och Ross i fråga om min tes om samhällsnyttan och uttalat med denna överensstämmande åsikt. Vad nu denna min tes angår, torde intet tvivel kunna råda därom, att Hägerström utifrån sin rättsfilosofi fann densamma i det hela vetenskapligt grundad. Hägerström har aldrig vare sig direkt eller indirekt i sina skrifter eller föreläsningar tagit avstånd från densamma men väl gjort uttalanden, som tyda på att han i det väsentliga delade min åskådning. Se t. ex. hans uttalande i Vår lösen 1927, s. 76, återgivet i Obligationsbegreppet I, s. 126. Muntligen betygade han mig ofta, att han i sak var fullt ense med mig. Han sade sig gilla min utredning i Obligationsbegreppet II: 1, föremålet för Ross' kritik.

[7] »Teori och verklighet. Några reflexioner» i SvJT 1932, s. 553 ff.

[8] Det är samma ord, som finnas återgivna här ovan å s. 559.

i den allmänna omsättningens intresse och befordra säkerhet i handel och vandel. Såtillvida föreligger en viss abstraktion från de närmaste uppgifter, som dessa regler fylla, men icke ens här är det anledning att driva abstraktionen längre och åberopa samhällsnyttan.»[9]

Att dansken Ross ideligen missförstått mig kan ju, såsom vi sett i noten här ovan, förklaras. Men att en svensk rättslärd — som haft närmare skäl än Ross att följa min strid med Thyrén, och mina meningsutbyten med Björling och andra och se, vad jag haft att anföra i fråga om attackerna mot mig, och som också torde haft tillfälle läsa min polemik mot Ross i SvJT 1932 och som näppeligen kan, såsom möjligen Ross, förmodas ha haft något känsloskäl emot mina teorier — kunnat *på detta sätt* missförstå min positiva åskådning gjorde mig verkligen nedstämd.

Jag skall nu först återgiva det väsentliga av vad jag på sin tid skrev i SvJT 1933 s. 124 ff. gentemot Guldbergs ifrågavarande kritik:

Det är självfallet, att det vid utformning av »regler för kontroll å aktiebolagsförvaltningen» icke skulle falla mig in att helt allmänt och direkt åberopa mig på människornas strävanden för »tjänlig och välsmakande föda etc. etc.». Hur en skribent i anledning av mina utredningar kunnat få en sådan uppfattning om min metod är mig ofattligt. Den närmare utformningen av bolagsrätten liksom denna själv bestämmes givetvis av hänsyn till det av mig städse betonade behovet av produktionens och affärslivets tillgodoseende. Men varken bolagsrätt eller affärsliv vore tänkbara utan uppehållande av straff-, skadestånds- och avtalsrätten. Och *att* affärslivets behov blir bestämmande för lagstiftningen såväl på dessa områden (dock naturligtvis, särskilt vad straffrätten angår, tillsammans med andra intressen) som på bolagsrättens område har sin empiriska förklaringsgrund däri, att människorna faktiskt allmänneligen sträva efter sådant som »tjänlig och välsmakande föda etc. etc.» (se ovan) samt att lagstiftaren icke kan undgå att beakta dessa strävanden.[10] När Guldberg gent emot min åskådning säger, att lagstiftningen med de ifrågavarande reglerna »bör helt enkelt syfta till en ordning, som på bästa möjliga sätt tillgodoser de med bolaget förknippade intressena», så har detta därför samma meningslösa innebörd, som om man angående reparationen av ett lokomotiv påstode, att denna tillgodosåge de med lokomotivet förknippade intressena men icke trafikens intressen. Guldbergs uttalanden måste vidare uppfattas så, att de ifrågavarande bolagsreglerna tillhörde sådana lagstadganden, som icke uppställas »i den allmänna omsättningens intresse» och icke »befordra säkerhet i handel och vandel». Det torde vara överflödigt att utförligare vederlägga en sådan åsikt. »Allmänna omsättningen» är ju ett uttryck för allt slags produktion och affärsliv. Liksom aktiebolaget såsom rättsinstitut icke kan — därest man är frigjord från tron på objektiva värden och därmed sammanhängande rättsskolastiska konstruktioner — motiveras av

[9] SvJT 1932, s. 555.

[10] Må man för övrigt märka vad jag antytt i text och not å s. 565 här ovan.

något annat än intresset att befrämja produktionen och affärslivet i rådande privatekonomiska samhälle, så måste givetvis detsamma sägas om nytillkomna regler inom bolagsrätten, som äro ägnade att i trygghetssyfte förbättra denna. Dessa regler bidraga självfallet genom sin ifrågavarande karaktär till ökning av den bolagsbildningen och bolagsdriften, och därmed produktionen och affärslivet, stimulerande trygghetskänslan. Att de nämnda reglerna icke skulle »befordra säkerhet i handel och vandel» är därför obegripligt, såvida icke Guldberg tilläventyrs hade i sikte det förhållandet, att dessa regler givetvis icke kunde, åtminstone icke på ett direkt märkbart sätt, befrämja tryggheten i det *helt utanför all bolagsrörelse* fallande affärslivet. Missuppfattar man emellertid i sådan grad det, varom saken rör sig, att man inför dylika synpunkter, då blir ett meningsutbyte alltför tungrott. Vad Guldberg anfört angående »samhällsnyttan» ställer hela min metod rakt på huvudet, varom man kan övertyga sig genom att endast läsa vad jag förut i denna artikel anfört. — Till detta fogade jag följande not: Jag är ledsen att i det hela angående Guldbergs så välvilliga kritik nödgas säga, att den beror på missförstånd av min åskådning. Vore denna verkligen så kortsynt och osammanhängande, som Guldberg framställer densamma, förtjänade den sannerligen intet annat än tystnadens förakt.

Guldberg har uppenbarligen icke förstått, att »samhällsnyttan» i min tes är det signifikativa ord, varmed jag velat *sammanfatta alla de realiteter*, som bli bestämmande för lagstiftning och lagtolkning. Hade han förstått detta, då skulle han icke kunna ha gjort någon anmärkning mot mig för »inskjutandet av detta begrepp». Det är i min framställning så långt ifrån fråga om ett »inskjutande» av begreppet, att jag tvärtom efter ingående argumentation av både kritisk och positiv art hävdat, att »samhällsnyttans» tillgodoseende borde vara det gemensamma syftet för all rättsverksamhet och såtillvida bilda *utgångspunkt* för denna. Har man sinne för vetenskaplig metodik, då inskjuter man icke utgångspunkterna i sina resonemang utan tar dem för vad de äro, d. v. s. just utgångspunkter, vilka snarast kunna betraktas såsom motsatsen till inskjutningar. Inser man detta, då inser man också oresonligheten i anmärkningen mot mig, att jag skulle »driva abstraktionen» för långt genom att »åberopa samhällsnyttan». — Dock skulle jag naturligtvis ha kunnat använda en annan term än »samhällsnyttan». Jag har emellertid vanligen använt detta uttryck just därför att det synts mig så karakteristiskt såsom *sammanfattning* av de ifrågavarande realiteterna. Såsom jag ibland säger på mina föreläsningar, är det ju omöjligt för mig att i varje ögonblick uttrycka allt, som hör till min åskådning och är nödvändigt att ha kunskap om för dennas förståelse. Men den som haft tillfälle studera hela min framställning av samhällsnyttemetoden i Obligationsbegreppet II: 1 synes mig böra ha förstått, att jag aldrig avsett att uttrycka mig på ett sådant sätt, att det vid diskussion om bestämda lagstiftningsprojekt skulle

vara till fyllest att för lagens utformning blott åberopa sig på samhällsnyttan, utan måste man självfallet göra klart för sig, vilket eller vilka särskilda »samhällsnyttiga» intressen som man vill tillgodose med lagen. Vad jag i sådant avseende sagt har den innebörden, att lagen blir otillfredsställande och fördenskull måste ändras, om man låtit sig bestämmas av ett intresse, som icke harmonierar med samhällsnyttan, sådan som denna i enlighet med vad jag här utvecklat och hänvisat till framgår av värderingarna i samhället. Detta betyder, att man i varje fall, där samhällsnyttans innebörd i denna mening icke ligger klar och uppenbar för lagstiftaren, har att gå till en närmare undersökning av hithörande värderingar i samhället, varvid beaktas, 1. att värderingarna, utom av känsloläget, äro bestämda av föreställningarna, i sin tur beroende av kunskapsläget för vederbörande och hans intellektuella kvalifikationer; 2. att det är lagstiftarens värderingar som äro utslagsgivande samt 3. att dessa i sin tur på sätt jag ovan angivit måste vara influerade av medborgarnas värderingar. Lägger man nu ytterligare märke till, att dessa lagstiftningen direkt eller indirekt bestämmande värderingar kunna avse faktiska förhållanden och handlingar i samhället av mest växlande slag, då förstår man, att samhällsnyttan i min tes intet har att skaffa med en sådan stupiditet som antagandet, att »samhällsnyttan» vore ett »Sesam öppna dig» och att man följaktligen vid varje tillfälle blott hade att fråga »stämmer projektet med samhällsnyttan eller icke?», utan att — av allt att döma — *dess tillämpning måste giva rättsvetenskapen i vidaste mening fullt upp att göra generationerna igenom*, så länge vårt samhälle i tillnärmelsevis sin nuvarande form består. Och då förstår man också, att det syfte, jag fullföljer med min lära om samhällsnyttan, så att säga har två sidor. Dels fäster jag uppmärksamheten på, att det måste förhålla sig så för en från rättsideologien befriad rättsverksamhet, att den förnuftigtvis städse måste låta leda sig av vad den — när allt lägges till allt — värderar såsom samhällsnyttigt.[1] Dels påvisar jag i särskilda frågor, som komma under min behandling, den mera detaljerade arten av de samhällsnyttiga synpunkter, som göra sig gällande. Jag har följaktligen talat om samhällsnyttan dels i mera allmän, dels i mera speciell betydelse. Det närmare härom kan för redans skull vara lämpligt behandla under särskild rubrik.

---

[1] Detta kan också uttryckas så, att jag — efter utmönstring av rättsideologien och den därmed förbundna rättvisemetoden — hävdar en av min tes om samhällsnyttan bestämd metod för den konstruktiva rättsvetenskapen.

Samhällsnyttan i allmän och speciell betydelse.

När jag talat om samhällsnyttan utan att anse mig behöva närmare specificera de samhälleliga synpunkterna, så har detta skett såsom en komplettering till mitt fullständiga avståndstagande från rättsideologien. Jag har därmed avsett att påvisa den allmänna arten av de reella synpunkter, som alltid i högre eller lägre grad övat inflytande på rätten och som enligt sakens egen natur måste i sådant avseende vara *helt* dominerande, så snart man lyckats frigöra sig från de rättsideologiska föreställningarna. I sådant avseende synes mig just ordet »samhällsnyttan» vara synnerligen expressivt. Jag har valt detta ord såsom allmänt karakteriserande ledmotivet för en rättsverksamhet, frigjord från rättsideologiska bevekelsegrunder. Ett koncentrat av min tankegång i dess helhet kan jag kanske formulera sålunda. Rätten liksom allt annat i vår rumstidliga värld måste ha en fullt naturlig förklaring. Rätten måste följaktligen från början till slut vara människoverk, låt vara starkt influerat av människornas mystiska och ideologiserande anlag. Detta människoverk bildar ett kraftkonglomerat av faktorer, ömsom påverkade av och påverkande varandra medelst ett nätverk av psykologiska trådar. Nämnda kraftkonglomerat kan liknas vid ett maskineri, varigenom individerna hållas organiserade till den samverkan, som vi kalla samhället i betydelse av nationen.[2] Såvitt människorna äro upplysta och icke behärskade av översinnliga föreställningar angående samhället, kunna de följaktligen *i sin verksamhet för rättens uppehållande förnuftigtvis icke låta sig bestämmas av annat än sina värderingar av det bästa för den nämnda organisationen, d. v. s. det bästa för samhället.*

Det är med hänsyn härtill som jag talat om »samhällsnyttan» på det sätt in abstracto, att jag icke påvisat den närmare arten av det eller de samhälleliga intressen, som i olika situationer tillgodoses med en viss lag, eller skulle komma att tillgodoses genom en ny lag. När rättsideologien kastas över bord, är det ju nödvändigt, att man inom rättsvetenskapen har något annat att konsekvent låta sig bestämmas av. Det är i denna mening jag då helt allmänt satt upp »samhällsnyttan» såsom direkt ledmotiv, ingående motiverande varför jag så gjort. När jag i sådant sammanhang utan specialisering eller differentiering helt allmänt begagnat mig av termen »samhällsnyttan», så har detta sålunda skett fullständigt avsiktligt, nämligen i medvetandet om, dels att det icke finns något annat än samhällsnyttiga synpunkter, som kunde vara be-

[2] Jfr nedan s. 587 f.

stämmande för en lag, som hade den nödiga moraliska kraften och förty i längden kunde fullgöra en social funktion[3], och dels att de samhällsnyttiga synpunkter, som kunna ha denna betydelse, icke äro begränsade till vissa kategorier, utan att vad som helst i sådant avseende kan komma i betraktande. Jag kan icke utleta något ord, som bättre täcker just vad jag vill ha sagt än »samhällsnyttan» eller något därmed jämförligt.

Jämte nu berörda sida av innebörden av samhällsnyttan i min tes framträder helt naturligt vid tesens närmare bearbetning den mera speciella. Denna måste utvecklas, om man skall kunna bidraga till den närmare utbildningen av en arbetsmetod för en från rättsideologien frigjord konstruktiv rättsvetenskap. Icke ens ur denna synpunkt äro emellertid de båda sidorna skarpt avgränsade från varandra. Detta ligger ju i sakens natur. Den speciella sidan framträder dock naturligtvis alltid — låt vara mer eller mindre skarpt — så snart fråga blir om behandlingen av bestämda rättsområden. När jag diskuterat vissa grunder för straffrätten, den s. k. skuldregeln, det strikta ansvaret, ersättningen vid expropriation, hyresrätten, leverantörens ansvarighet m. m. har jag städse mer eller mindre utförligt behandlat det eller de intressen, som enligt de faktiska värderingarna göra sig gällande och som äro att specialisera under samhällsnyttans vidsträckta begrepp. Dessa intressen framgå dock ofta — det kan nu icke hjälpas — omedelbart av de mera allmänna värderingarna: alla finna det t. ex. uppenbart, att det är en samhällelig angelägenhet, att vissa handlingar, däribland de flesta brott, ävensom skadegörelser, motverkas så, att de ske i så liten skala som möjligt. Hur detta motverkande lämpligast bör ske, om medelst straffhot eller på annat sätt, därom kunna meningarna på åtskilliga punkter skilja sig åt. Bestämmande för den ena eller andra meningen kan här det svar komma att bliva, som man vill ge på den kunskapskritiska frågan, *på vilket sätt* straffhotet faktiskt verkar prevenerande i samhället, om väsentligen genom avskräckning eller genom vad jag kallat moralbildning. Diskussionen härom kan bliva mycket djupgående.

Såvitt man influeras av rättsideologien med dess rättvisekrav, måste ofta det vid strafflagstiftning åberopade samhällsintresset te sig annorlunda än för den, som frigjorts därifrån. Goda exempel härpå erbjudas genom diskussionerna angående fosterfördrivning som brott och den utvidgade kriminaliseringen av försöket. Men även om inflytandet från rättsideologien tänkes helt borta, måste meningarna inom själva strafflagstiftningsarbetet icke sällan kunna bryta sig angående ett straffbuds

[3] Se framställningen under nästa rubrik, särskilt s. 588 f.

sociala nyttighet — vare sig fråga är om upphävande av ett sådant eller stiftandet av ett nytt. Detta icke blott ligger i värderingarnas subjektiva natur ävensom i de bakomliggande föreställningarnas beroende av vederbörandes växlande inställning till ämnet i sakligt avseende utan beror även på olika uppskattning av den hänsyn, som vid lagstiftningen ur social synpunkt är att taga till särskilda värderande strömningar bland medborgarna eller inom vissa grupper bland dem.

Vad den s. k. skuld- eller culpa-regeln angår är åtminstone för närvarande någon lagstiftningsfråga icke aktuell hos oss. Hur djupt rotad i samhällsintresset denna skadeståndsregel än är, kunna dock tolkningsfrågor uppstå: är det föreliggande handlingssättet att fatta såsom »culpa» och förty culpa-regeln tillämplig eller icke?; hur bör den ersättbara skadan bestämmas? Meningarna i fråga om svaren kunna självfallet bryta sig, allteftersom man betraktar »culpa» såsom *skuld* och alltså såsom rättvis grund för skadeståndet eller blott såsom beteckning för ett ur allmän synpunkt icke önskvärt handlingssätt, vilket det fördenskull är angeläget att genom skadeståndsregelns i fråga uppehållande prevenera emot.[4] Men de kunna differera också utifrån en från rättsideologien frigjord åskådning, som klart och direkt sätter upp de samhälleliga intressena såsom syftemål för rättsverksamheten. Hur långt bör aktsamhetsstandarden drivas genom culpa-regeln i en situation av den eller den arten? Går man alltför rigoröst tillväga kan ett bakslag uppstå. Vad som vinnes genom ökad trygghet med hänsyn till personer utanför den verksamhet, vari handlingen i fråga företagits, kan förloras genom minskad trygghet med hänsyn till just denna verksamhet: det skärpta ansvaret kan komma att hämma verksamheter av dylikt slag till visst förfång för samhällsekonomien. Gentemot denna synpunkt kan återigen tänkas ställt påpekandet, att vederbörande ju dock har möjlighet att gardera sig emot ifrågavarande risk genom s. k. drulleförsäkring. Detta kan i sin tur föranleda diskussion inom lagstiftningsarbetet, huruvida icke särskilda restriktioner borde införas beträffande sådana försäkringsmöjligheter till förebyggande av att de utnyttjas till förslappning i culpa-regelns sociala funktion. I alla dylika avseenden kunna värderingarna angående vad som är det bästa för samhällsekonomien bryta sig mot varandra. Tänkbart är i hithörande frågor, att även själva värdeomdömena som sådana — d. v. s. utifrån samma kunskapsläge och rent intellektuella reflexioner — kunna gå isär angående vilken tolkning som bäst överensstämmer med hänsynen till den allmänna företagsamheten.

[4] Jfr ovan s. 4.

Beträffande aktsamhetsstandardens bedömande i rättstillämpningen hör det naturligtvis till tolkning i överensstämmelse med samhällsnyttan, att domaren följer sin värdering. Dock måste ett observandum göras. Vet han, att annan värdering av det bästa för samhällslivet i allmänhet leder praxis i sådana situationer som den förevarande, så kan detta utgöra en förnuftig anledning för honom att följa denna värdering och icke sin egen. Men i själva verket är läget då sådant, att domaren, när han lägger allt till allt, finner ett domslut enligt den vanliga tolkningen stå i överensstämmelse med det allmänna bästa. Situationen kan nämligen vara den, att detta icke skulle befrämjas av enstaka domar, som principiellt strede emot den vanliga rättstillämpningen, på grund av bl. a. den missaktning för domstolsverksamheten, som de kunde medföra. Men där domaren är övertygad om, att värderingen bakom den vanliga tolkningen beror på sakligt ogrundade föreställningar och sålunda att differensen icke hänför sig blott till själva värdeomdömena som sådana, samt följaktligen kan ha grundad förhoppning att genom domslut efter sin egen värdering bana väg för en socialt nyttigare praxis — där kan han naturligtvis finna det riktigt just ur samhällsnyttans synpunkt att i sitt domslut gå emot den vanliga tolkningen, trots att denna innefattar en i och för sig icke önskvärd brytning mot en ditintillsvarande praxis. Hur det närmare förhåller sig är här icke platsen att utreda. Jag påpekar endast, att läget för en domare i högsta domstolen i förevarande avseende kan vara ett annat än för en domare i lägre instans. Den förre kan ha större anledning än den senare att mena sin tolkning stå i överensstämmelse med samhällets intresse, när han följer sin värdering och därvid skiljer sig från den allmänna tolkningen.

Med culpa-regelns otvivelaktiga införlivande i rättssystemet är — vare sig culpa tages i rättsideologisk mening eller blott såsom uttryck för att vissa handlingssätt, de s. k. kulposa, draga skadeståndstvång med sig — intet omedelbart sagt angående grunden för begränsningen av de skade-följder, vilka skola bestämma skadeståndets belopp. Tror man sig här kunna gå efter de skador, som kunna tillräknas personen på grund av hans »skuld» — som naturligtvis då endast kan tagas i rättsideologisk mening — så famlar man efter något orealiserbart. Men även när man är fullt på det klara med, att man här förnuftigtvis icke kan låta sig ledas av annat än uppfattningen av vad som är mest gagneligt för den allmänna tryggheten och den av denna betingade allmänna produktionen och omsättningen, måste man här stundom vara ställd inför mer eller mindre svårartade tvivelsmål angående de synpunkter, som äro att anlägga på frågan om en lämplig begränsning av skadeståndet.

Men däråt är intet att göra. Man får handla så gott man efter bästa förstånd och urskillning förmår. *Ett* försök till lösning kan småningom efterträdas av ett *annat*, som giver ett resultat, som står högre i kurs. Alla sådana försök utgöra, vart och ett på sitt område, moment i den ständigt pågående samhälls- eller rättsutvecklingen, vilket naturligtvis icke betyder, att icke ett senare lösningsförsök tilläventyrs, exempelvis på grund av ett rent förbiseende, kan innefatta ett bakslag, mot vilket nya korrigeringar senare äga rum.

Vad det strikta ansvaret angår, har — såsom jag visat — skuldregeln i rättsideologisk mening kastat sin skugga framför sig. Den har föranlett rättvisemetodens användning även i fråga om det strikta ansvaret och därigenom förhindrat en sund utveckling av detta. Genom att i stället för rättvisemetoden anvisa samhällsnyttan såsom metod har man självfallet icke löst hithörande problem. Men man har, visserligen i största allmänhet, angivit ett syfte för rättsverksamheten på detta område, som icke är bestämt av chimäriska föreställningar. Och något annat från sådana föreställningar frigjort syfte för denna verksamhet har icke kunnat utletas. Man har följaktligen angivit den enda metod, som är möjlig för en konstruktiv rättsvetenskap. Något närmare specificerad innefattar samhällsnytte-metoden här, att diskuterade maximer före sitt accepterande granskas med hänsyn till frågan, om deras uppehållande är ägnat att stärka den allmänna känslan av trygghet i handel och vandel och därmed också att stimulera produktion och annan företagsamhet, kort sagt den allmänna omsättningen, inkluderande framför allt affärslivet i både stort och smått. I åtskilliga slags situationer kan man kanske utan specialkunskaper komma fram till resultat redan genom det sålunda sagda. Men ett bedömande av denna fråga i situationer av vissa andra slag kan förutsätta mer eller mindre djupgående kunskaper i ekonomi, stundom kanske också i statistik.[5] Erinras må här också om vad jag i andra sammanhang berört[6], nämligen att det strikta ansvaret har s. a. s. två sidor, en nyttig och en onyttig ur det allmännas synpunkt. Denna tveeggade karaktär hos ansvaret i fråga har naturligtvis sin motsvarighet på andra rättsområden. Men den framträder vid diskussionen om det strikta ansvaret på ett särskilt sätt och försvårar deras arbete, som äro verksamma för utletandet av de lämpligaste rättsmaximerna.

Liknande kan sägas t. ex. om de aktuella frågorna inom hyresrätten.

---

[5] När man framlägger mer detaljerade positiva linjer i en lära om strikt ansvarighet, blir det nödvändigt att syssla med hithörande frågeställningar. Utrymmet medgiver icke att redan här närmare gå in på saken.

[6] Ovan s. 169 ff. och s. 470 f.

Det är en allmän önskan, att hithörande rättsregler skola vara så avpassade, att hyresgästerna kunna i största möjliga utsträckning känna det egna hemmets trygghet och trivsel. Men går man i denna riktning utöver vissa gränser, så kunna rättsreglerna bli alltför betungande för hyresvärdarna, vilket i sin tur kan inverka hämmande på bostadsbyggnadsverksamheten och sålunda leda till ett samhällsekonomiskt bakslag.[7]

Beträffande de sociala synpunkterna på frågorna om ersättning vid expropriation och leverantörens ansvarighet oberoende av egen culpa får jag hänvisa till vad jag i sådant avseende på andra ställen har antytt eller utvecklat.[8]

Rättskänslornas betydelse i samhällsorganisationen.

Emellertid är det — om man nu betraktar rätten eller samhället såsom ett slags maskineri — av vikt att städse hålla i minnet, att materialet i detta maskineri väsentligen icke utgöres av kroppsliga ting i vanlig mening utan av människorna såsom psyko-fysiska existenser, d. v. s. av deras handlingar såsom bestämda av faktorer, vilkas inflytande förmedlas genom en samverkan mellan förnuft och känslor. Det är självfallet detta förhållande som utgjort betingelsen för hela rättsideologien. På grund av oförmåga att fatta hithörande sammanhang eller på grund av förbiseende av dem — eller hur förklaringen nu lämpligen bör uttryckas — har människornas inställning till rätten faktiskt ideologiserats till föreställningen om en materiell rätt, upphöjd över tid och rum. Hur det i rent schematiska drag i verkligheten torde förhålla sig har jag på annat ställe sökt framställa.[9] Här vill jag emellertid nu så eftertryckligt som möjligt betona, att de mänskliga samhällena — såvitt de äro beroende av människornas natur — ingalunda betingas blott av människorna såsom tänkande, d. v. s. rent intellektuellt reflekterande varelser. Jämväl människornas känslor av plikt mot enskilda och mot det allmänna, deras i förbindelse med föreställningar om rättigheter och plikter, om rätt och orätt uppståndna ideella krav på rättvisa och deras moraliska reaktioner mot föreställda orättvisor — jämväl allt detta bildar *absolut nödvändiga* ingredienser i rättsmaskineriet. Dem förutan vore en samhällsorganisation av sådan art, som vi känna, helt enkelt otänkbar (jfr ovan s. 532 f.). När lagarnas uppehållande inverkar på handlingssätten till dessas överensstämmelse med lagarna, så sker detta icke blott genom medveten

[7] Se närmare härom Hyresutredning, bl. a. kap. V och VI.
[8] Se Obligationsbegreppet I, s. 109—118, samt SvJT 1921, s. 343 ff.
[9] Obligationsbegreppet II: 1, s. 74—91 och där gjorda hänvisningar.

reflexion i konkreta situationer från individernas sida om lämpligheten för dem att icke »råka i konflikt med lagen», utan det viktigaste remediet är ofta den kontakt, som lagarna, genom sitt i det hela konsekventa uppehållande medelst doms- och exekutionsprocessen, förmå etablera med vissa strängar i människornas *känsloliv*, där de underhålla och skärpa de nyss berörda föreställningarna om rätt och orätt. Av alldeles särskild betydelse är härvid den kontakt av nu berörda slag som åstadkommes genom strafflagen. Här torde saken för åskådlighetens skull kunna uttryckas så, att strafflagen utövar sin kanske främsta funktion genom att liksom gripa fatt i den allmänna moralen och rycka denna med sig mot de straffbelagda handlingarna. I någon mån torde detsamma kunna sägas om effekten av culpa-regelns uppehållande, ehuru effekten här icke skulle ha kommit till stånd, om icke så att säga jordmånen förberetts genom de lojalitetsinstinkter, som uppodlats genom uppehållandet av en strafflag. För övrigt kan nog sägas, att strafflagen och till en del även skadeståndsrätten ha vidsträckta återverkningar utanför sina egna områden till allmän spontan böjelse att respektera lagarna och att hålla kontrakt och utfästelser.[1]

Nu antydda förhållanden — i förbindelse med de strax förut nämnda föreställningarna om rätt och orätt, om rättigheter och rättsliga plikter samt om rättvisans krav på deras realiserande — bilda, som vi kunna förstå, det *kraftcentrum*, vilket utgör det väsentliga i rättsmekanismen eller samhällsorganisationen och utan vilket denna icke vore möjlig. Uppkomsten och den fortsatta tillvaron av detta kraftcentrum kunna vi icke förklara på annat sätt än genom antagandet — bekräftat av människosläktets hela historia — av en särskild psykologisk läggning hos människorna, en instinkt hos dem till samhällsbyggande verksamhet,

---

[1] Denna sak kan man icke förstå, om man icke tager del av min närmare utveckling av densamma. Härom se Obligationsbegreppet II: 1, s. 86—90 samt de andra ställen i mina skrifter, som jag hänvisat till, a. a., s. 89 n. 2 och n. 3. — I all korthet må dock här nämnas, att detta faktiska förhållande — att samhällena icke översvämmas av brott, andra skadegörelser och för samhällsekonomien hinderliga handlingssätt — icke skulle kunna ha åstadkommits genom lagarna och deras uppehållande, rättskipningen, om icke människornas känsloliv varit så beskaffat, som det faktiskt är. En nödvändig betingelse för rättsmekanismens effekt på vissa områden, särskilt straffrättens, utgöres nämligen därav, att lagarna påverka i stort sett alla i samhället till en viss socialt-psykisk inställning. Därigenom kommer praktiskt taget varje människa att leva i och influeras av en miljö, varest så att säga ackumuleras ett moraliskt kraftkomplex till förmån för lagarnas efterlevnad. Det är framför allt trycket från denna miljö, som alstrar och underhåller impulserna emot de lagstridiga handlingarna. Det är detta jag åsyftar, när jag brukar säga, att särskilt strafflagen, om den är lyckad och fullgör sin sociala funktion, har effekten att gripa fatt i den allmänna moralen samt rycka denna med sig emot de lagstridiga handlingarna.

liksom andra instinkter hos både människor och djur förklarlig såsom en drift till handlingar, vilka äro livsbevarande för släktet.

Redan av vad jag nu sagt inses, att i fråga om »rätten» föreligger psykologiskt hos människorna en blandning av medvetna föreställningar och känslor. Om vi nu — med bibehållande av en vedertagen term — kalla denna blandning för det *allmänna rättsmedvetandet*, måste vi sålunda beakta, hurusom denna i och för sig fullständigt irrationellt fungerande produkt blir till detta sociala instrument, som jag nyss antytt, genom dels den sociala instinkten och dels rättsmedvetandets av denna sociala instinkt betingade säregna och intensiva *mottaglighet för påverkan genom de i kraft varande lagarna.* Såsom jag både förut i denna skrift och på skilda ställen i min föregående produktion torde nära nog i överflöd ha visat, ställa rättsmedvetandets ideologiserande »föreställningar» i och för sig snart sagt allting på huvudet. Men därigenom att så att säga på dess botten går en socialt strävande grundton, låter det i allmänhet böja sig för socialt uppenbart nyttiga synpunkter, om dessa urgeras med behörig auktoritet. Denna auktoritet utövas genom uppehållandet av lagarna. Men förutsättningen för denna lagarnas auktoritet är visserligen då just, att dessa själva i det hela överensstämma med vad som kan uppfattas såsom samhälleliga intressen. För att genom ett lika kortfattat som slående exempel belysa denna sak har jag plägat anföra rättsmedvetandets nutida förhållande till självtäkten. Rättigheterna måste för tillgodoseende av rättsmedvetandets rättfärdighetssynpunkter egentligen till varje pris realiseras. Därmed skulle den konsekvensen uppstå, att självtäkt bleve ett allmänt, åtminstone subsidiärt, rättsinstitut. Men självtäktens oförenlighet med samhällsnyttiga intressen — såsom innebärande ett allas krig mot alla skulle självtäktens »konsekventa» hävdande ju faktiskt omöjliggöra hela samhällsorganisationen — har fört det ursprungliga nationella (i motsats till det internationella) rättsmedvetandet så långt i riktning mot självuppgivelse, att den s. k. självtäktens otillåtlighet i mycket hög grad numera kan sägas ha blivit rättsmedvetandets eget postulat.

Det sammanhang, vari rättsmedvetandet sålunda måste inställas, för att någon förståelse för rättsmekanismen och dess funktionssätt skall vara möjlig, har hittills — d. v. s. före mina på Hägerströms rättsfilosofiska kritik grundade skrifter — så vitt jag vet, varit förbisett. Man har faktiskt i större eller mindre omfattning betraktat rättsmedvetandets föreställningar såsom rationella manifestationer, vilka fått tjäna som diskutabla utgångspunkter för rättsvetenskapliga resonemang.[2] Denna

[2] Se bland flera andra ställen i mina skrifter Obligationsbegreppet I, s. 4 ff. och jfr

brist på förståelse för hur ifrågavarande stora sak ligger till har haft en ödesdiger betydelse för rättsvetenskapen tiderna igenom. Det är genom denna brist, som rättsmedvetandet har kommit att bilda den än hemliga än erkända källan för naturrättens, historiska skolans och rättspositivismens rättsideologier, kretsande kring en »högre», materiell rätt, varifrån både skriven och oskriven lag samt rättskipningen skulle hämta sin auktoritativa kraft.

I mina teorier har jag, såsom man förstår av det sagda, icke förbisett rättsmedvetandets utomordentligt stora betydelse i rättsmekanismen. Men denna betydelse är rakt motsatt dess betydelse i rättsideologierna. Långt ifrån att utgöra källan för någon högre rätt utgöres det, som framför allt karakteriserar rättsmedvetandet och betingar dess säregna betydelse i rättsmekanismen, av ursprungligen högst primitiva känslor *för* »det rätta» och *mot* »det orätta», vilka känslor, i viss grad dirigerade av sociala instinkter, ytterligare hyfsats under seklernas lopp genom samhällsorganisationens, d. v. s. lagarnas uppehållande. Det är såsom tämjda och tyglade i rättsmekanismen som rättskänslorna göra sin oumbärliga tjänst i samhället. Deras ursprungliga spontana natur undertryckes icke, i allt fall icke fullständigt, genom hyfsningen, och det är just därför som de bliva till en sådan utomordentligt stor betydelse för samhällslivet.[3] Men att grunda rätten i meningen av lagarna på allmänna rättsmedvetandet, det är som att spänna kärran för hästen. Väl kan man säga, att det råder en viss växelverkan mellan det allmänna rättsmedvetandet och lagarnas innehåll: det genom bl. a. lagarnas uppehållande utbildade och utvecklade rättsmedvetandet[4] får naturligtvis i sin tur betydelse för den fortsatta lagstiftningen. Men detta är en sak för sig, som visserligen utgör en förutsättning för rättsideologierna men som i och för sig intet har att skaffa med dessas inställning till rättsmedvetandet. Vad som i förevarande sammanhang har intresse, det är det viktiga förhållandet, *att utan lagarnas uppehållande skulle det allmänna rättsmedvetandet förlora just de stödjepunkter, som äro nödvändiga för dess sociala betydelse.* Att vilja grunda lagarna på allmänna rättsmedvetandet förutsätter alltså, för att återigen använda en bild, samma slags konstfärdighet som att bita sig själv i ryggen. Upphörde rättsmaskineriet, skulle rättskänslorna förlora all styrsel och genom allehanda sofistik länkas in i helt andra banor, till förmån för de enskilda intressena på bekostnad av

---

därtill Obligationsbegreppet II: 1, s. 241 ff. samt min framställning här ovan om rättvisemetodens orimlighet, s. 115 ff.

[3] Se till det sagda Obligationsbegreppet II: 1, s. 83 ff.

[4] Jfr ovan s. 135.

de allmänna. Småningom skulle de övergå i renodlade hämndinstinkter och bliva redskap för den animalt primitiva egoismens drifter. Genom allt detta skulle till sist samhällsbildningen upplösas. Beaktar man på detta sätt *hela sammanhanget*, kanske inses, hur radikalt verkligheten förvanskas av dem, som tro på rättigheter och rättsordning såsom havande sin grund i det allmänna rättsmedvetandet, vare sig nu dettas egen karaktär av giltig grundval härledes ur rättsmedvetandet självt eller ur »positiv rätt».[5]

Slutligen skall här blott anmärkas, att kunskaper angående nu berörda förhållanden självfallet måste vara av största vikt för den konstruktiva rättsvetenskapen. Vare sig denna direkt giver sig i kast med undersökningar på området eller blott tager ställning till resultaten av andras forskningar, är det naturligtvis icke fråga om värderande verksamhet utan om en kunskapskritisk sådan.

Influerar det på hållbarheten av min tes att värderingarna ur samhällsnyttans synpunkt kunna vara delade?[6]

Björling, efterföljd av andra, har framställt den invändningen emot min tes om samhällsnyttan, att hur eftersträvansvärd denna än vore, så vore det dock icke säkert »att alla kunna enas om vad som är det bästa, eller t. o. m. om vad som är nyttigt för samhället».[7] Detta tema upprepar han i allehanda vändningar i ett nytt inlägg, föranlett av min artikel »Fiktion eller sanning i Juridiken?», SvJT 1924, s. 241 ff.:

> Dess värre stöter man rätt snart på olika åsikter om det samhällsnyttiga. Lundstedt är t. o. m. nog uppriktig att själv erinra om, huruledes han i fråga om hyresrättsreformen mött ganska skilda uppfattningar om vad den rätta samhällsnyttan krävde. Under ett ganska ingående försök till exemplifiering tror sig Björling kunna konstatera, att »rättsordningen icke kan byggas på samhällsnyttans grund allenast. Det behövs en mångfald av grundsatser, det behövs till och med ofta nog att avväga stridiga grundsatser mot varandra.»[8]

Man kunde kanske tycka, att Björling borde ha blivit något betänksam i fråga om befogenheten i sin kritik när han iakttagit, hurusom jag

[5] Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 90 f.

[6] Det nekande svaret på denna fråga framgår redan av utredningen här ovan å s. 571—577. Saken tages upp här i anslutning till vissa på sin tid av professor Björling framställda invändningar, som jag hittills icke haft tillfälle att offentligen bemöta.

[7] Björling, SvJT 1923, s. 285. Denna artikel var föranledd av min uppsats, SvJT 1921, s. 325 ff.: Kan härskande tolkning av 24 § köpelagen anses riktig?

[8] Björling, SvJT 1924, s. 432 ff. Jfr Eberstein, s. 26: »En hänvisning enbart till samhällsnyttan ger icke tillräcklig ledning.»

själv var fullt på det klara med, att kontroverser kunde uppstå angående vad som i olika fall vore gagneligt för samhället. Jag skulle helt kort kunna sammanfatta mitt bemötande av Björlings opposition med två erinringar: 1. De utanför hänsyn till samhällsnyttan liggande grundsatser, som Björling visat sig ha i tankarna, tillhöra antingen rättsideologien eller ock utgöras de av fiktioner. De sakna alltså vetenskaplig karaktär. 2. Något annat med vetenskapligt hållbara utgångspunkter förenligt motiv för lagstiftning och rättskipning i samhället har aldrig kunnat utletas än syftet att med dessa verksamheter gagna samhället.[9] Efter vad jag anfört här ovan å s. 549 ff. torde bevisbördan åvila den, som hävdar motsatsen härtill.

Emellertid skall jag nu tillåta mig några anmärkningar i ämnet. Därvid skall jag först upptaga ett par av de exemplifieringar, med vilka Björling vill belysa sin kritik. Han citerar ett uttalande av mig från SvJT 1924, s. 259, att mord, bedrägeri, åverkan m. m. obestridligen vore för samhället skadliga handlingar, som fördenskull böra motverkas, och att straffrätten därmed vore bättre motiverad än genom sådant som rättstridighet. Till detta citat fogar nu Björling följande egna ord:

»Men hur mycket omfattar begreppet mord? Är det mord, då läkaren ger efter för sin obotligt sjuke patients böner och förkortar hans kval med en dosis gift? Eller då en tullman skjuter skarpt mot en spritsmugglarbåt och träffar smugglaren själv? Och var skall gränsen dragas mellan bedrägeribrottet och icke-straffbart svek eller alltför 'smart' handlingssätt? Eller mellan åverkan och icke-straffbart ingripande i annans rätt till fast egendom?»[1]

Dessa Björlings frågor torde få anses fullkomligt omotiverade, såvitt som de föranletts av min åsikt. Uppenbarligen vill han med dem påvisa, att »samhällsnyttans» grundsats här ensam är otillräcklig och att den måste kompletteras med »principer» hämtade från rättstridighetsläran (vid sista frågan jämväl från rättighets-chimären). Björling har sålunda helt gått förbi mina utredningar på denna punkt. Jag har ju varit mycket angelägen om att i min rättstridighetskritik utreda bl. a., att rättstridighetskravet i straffrätten intet annat är än den rättsideologiska slöja, som man lägger över det eljest solklara förhållandet, att samhällets lagstiftare förnuftigtvis icke kan straffbelägga och följaktligen motverka handlingar, vilka det med hänsyn till i samhället rådande humanitära värderingar

[9] Visserligen tillgodosågo lagarna under diverse forna statsformer (för att icke tala om moderna diktaturer) omedelbart vissa enskildas eller en viss klass' intressen. Men även här måste det ha förhållit sig så, att de ytterst bestämdes av samhällets intressen, enär de omedelbara intressenterna just för tillgodoseendet av sina egna intressen voro beroende av samhällets bestånd; jfr ovan noten å s. 563.

[1] SvJT 1924, s. 433.

eller på grund av samhällsekonomiska synpunkter måste vara önskvärt att uppmuntra eller, i allt fall, icke motverka.[2] Med sina frågor synes Björling vilja föra diskussionen in på vissa gränsfall, där straffbarhetsfrågan tycks tvivelaktig. Här hjälper, menar han, sannerligen icke något tal om samhällsnyttan såsom motiv för domarens lagtolkning. Jag riposterar först, att »rättstridighetsbegreppet» självfallet icke kan komma oss på något sätt till undsättning. Men vidare: är domaren verkligen frigjord från rättsideologisk belastning, då finns ingen annan möjlighet för honom att lösa tvivelsmålet än att söka komma till klarhet genom att utleta den tolkning, vars konsekvenser bäst harmoniera med den uppfattning han har om »samhällsnyttans» innebörd i ett föreliggande fall. Kanske kan en domare i ett visst fall, hur han än resonerar för att komma till klarhet, icke frigöra sig från tvivelsmål. Vanligen äro dock tvivelsmålen starkare i ena riktningen än i den andra, och domaren fäller då sin dom i enlighet därmed. Vågar han sig av samvetsbetänkligheter alls icke på att döma, får han begära tjänstledighet och ersättas av annan domare. Ty avdömd måste saken bli. Icke kan väl detta — att tvivelsmålen vid dömandet i enlighet med tesen om samhällsnyttan kunna tänkas i något enstaka fall bli domaren övermäktiga — utgöra någon saklig invändning emot tesen i fråga. Och hur skulle rättstridighetsbegreppet kunna komma domaren till hjälp? För att antaga handlingens rättstridiga karaktär, måste han ju faktiskt redan *veta*, att handlingen faller under strafflagen (se Obligationsbegreppet II: 1, s. 200 ff.). Men denna vetskap kan han endast förskaffa sig genom att anlägga »samhällsnyttans» synpunkter!

Begränsa vi oss emellertid nu till läkarfallet, synes saken kortfattat ligga till på följande sätt. De i samhället allmänt rådande humanitära värderingarna skulle — därest de ensamma vore utslagsgivande för vad som kunde anses gagneligt i en sådan fråga ur samhällelig synpunkt — leda till att läkarens handling *överhuvud* icke bedömdes såsom straffbar. Vid detta förhållande får bristen på särskild straffskala för förmildrande omständigheter, ja t. o. m. på varje tänjbarhet i fråga om straffet[3] en särskild betydelse. Det står helt enkelt utom allt tvivelsmål, att läkarens handling — även efter beaktande av strax berörda synpunkter, som möjligen korsa sig med de humanitära — icke efter den allmänna uppskattningen kan ha kränkt *ett så betydande socialt värde*, att en dom på livstids straffarbete skulle kunna vara på något sätt motiverad. Följaktligen skulle en sådan dom verka i hög grad utmanande på den all-

[2] Jfr min Principinledning, s. 69 ff. Se också ovan s. 25 ff.

[3] 14: 1 S. L. förutser intet annat straff än detta fixa: straffarbete på livstid.

männa rättskänslan och allmänt framkalla reflexioner om orimligheten i lagens eller domens eller bådaderas ståndpunkt, i sin mån bidragande till minskning i vördnaden för strafflagen och straffrättsskipningen. Det är visserligen sant, att rättsideologiska, etiska eller religiösa synpunkter eller en kombination av dessa influera icke oansenliga skaror i samhället till den värderingen, att ingen under några omständigheter (bortsett från t. ex. exekutor av ådömt dödsstraff eller soldaten i krig) hade »rätt» att beröva annan människa livet, såvida detta icke vore nödvändigt för att i vissa situationer rädda eget eller en tredjes liv; sålunda icke ens läkaren att befria sin obotlige patient, som ligger plågad på sin dödsbädd och anropat honom om det dödande giftet. Men även sådana människor, som hava denna inställning, besjälas i allmänhet också av andra, mindre dogmatiskt humanitära värderingar. Hur mycket de än ogilla läkarens beteende, skola de likväl säkerligen känna så mycken förståelse för hans handlingssätt, att de instämma i reaktionen emot en dom på livstids straffarbete.

Därmed kan det synas, att man även i ett sådant fall av lagtolkning som detta vinner fullt klart resultat genom att låta sig ledas av samhällsnyttan såsom motiv för lagtolkningen: såvitt 14:1 S. L. tolkas så, att läkarens handling såsom innefattande mord fölle därunder, fullgör lagbudet ingen social funktion utan länder samhället till skada. Emellertid finns det ytterligare en social synpunkt, som något komplicerar frågan. Domaren kan säga sig, att genom nyss gjorda, läkaren friande, lagtolkning öppnas vissa risker, för att personer skulle kunna straffritt avlivas, utan att situationen *i verkligheten* är sådan som den i vårt fall antagna. Naturligtvis måste läkaren — eller vilken annan som helst som utfört handlingen — ha övertygat domaren om de särskilda omständigheterna för att bli straffri. Men även om domaren just i *detta* fall känner sig fullt övertygad, kan han säga sig, att en konsekvens av en straffriande dom är, att den öppnar nya möjligheter för en verklig mördare att gå fri, i det att den nödiga bevisningen i särskilda fall lätteligen kan *arrangeras*, med hänsyn därtill att ingen risk finnes för att saken avslöjas. Den sjuke ligger i graven och kan följaktligen icke bestrida vare sig de kvalfulla plågorna eller bönerna om förlossning. Argumentationen för sjukdomens obotlighet kan även ha varit falsk, utan att dock detta kunde efteråt avslöjas. Men även den sålunda hävdade synpunkten är helt och hållet socialt betonad, bottnande som den gör i hänsynen till den samhälleliga värderingen av trygghet för människorna till liv och lem.

Vilket resultat domaren efter ventilering av dessa synpunkter kommer till, när han lägger allt till allt, är ju egentligen likgiltigt för det behand-

lade ämnet. Ty vare sig han friar eller fäller läkaren, har han låtit sig ledas av sina sociala värderingar. Även om hos skilda personer på en domares bildningsnivå i ett fall som detta värderingarna skulle gå i skilda riktningar och den ene fria, den andre fälla, så kunde detta — såsom måste framgå av mina anmärkningar ovan s. 571 ff. — icke tagas till intäkt för en invändning mot min tes om samhällsnyttan. Emellertid synes det mig näppeligen troligt, att någon meningsskiljaktighet vid tillvägagångssätt i enlighet med denna metod skulle kunna uppstå mellan skilda domare, frigjorda som de med denna förutsättning måste vara från rättsideologisk åskådning och därmed sammanhängande lagtolkningssätt. Ty just ur *social* synpunkt måste orimligheten i att döma läkaren till livstids straffarbete vara alltför slående. Den synpunkt, som jag i slutet av mitt resonemang anförde såsom i någon mån komplicerande, måste naturligtvis tagas för vad den är, nämligen en påminnelse om att vi här möjligen ha en viss lucka i vår lag och om behovet av att i lagstiftningssyfte då den frågan varder diskuterad, vilka garantier som lämpligen böra införas till förebyggande av den risk, som uppstode genom en i det givna exemplet friande dom av den anledning, att en dylik vore uttryck för det legala erkännandet av att man i ett sådant fall icke vore straffbar. En klok domare låter detta vara detta. Han låter icke den omständigheten, att för närvarande antydda lakun förelåge, föranleda en vanvettig dom efter lagens *bokstav*, då han vet, att man av straffbudets i fråga ord icke kan vara absolut bunden att döma till straff, eftersom detta förutsätter handlingens »rättstridighet», vilken förutsättning icke kan ha någon annan realiserbar mening än att leda till just sådana diskussioner, som jag nyss skisserat. »Rättstridighet» contra »rättsenlighet» är den slöja varmed rättsideologien övertäcker bl. a. sådant som de anförda synpunkterna.

Efter detta kan jag icke finna det erforderligt att även upptaga de tre återstående frågorna i citatet från Björling. Lika litet för dessas besvarande är det möjligt att få någon hjälp genom rättstridighetsbegreppet. Dettas »anlitande» innefattar ett kringgående av frågan genom att i dennas ställe sätta upp en ny, som i sin tur blott är en täckmantel för det, som man dock har på känn, att man borde diskutera. Vad den sista och fjärde av Björlings frågor angår — om gränsen »mellan åverkan och icke-straffbart ingripande i annans rätt till fast egendom» — är det uppenbarligen icke blott distinktionen rättstridighet contra rättsenlighet utan jämväl rättighets-läran, som enligt Björling skall (gentemot eller vid sidan av samhällsnyttan?) leverera principerna till ledning för svarets åstadkommande. Denna utökning av »grundsatserna» kan naturligtvis

icke på något sätt stärka hans ståndpunkt. Den »annans rätt till fast egendom», varom Björling här talar skall naturligtvis framför allt vara äganderätten, utan ringaste tvivel i rättsideologisk mening. Någon sådan existerar dock icke. Den mer eller mindre trygga position vis à vis egendomen åter, som av jurisprudensen ideologiserats till äganderätt, är, såsom vi förut sett[4], blott en konsekvens framför allt av de regler om tvångsreaktioner (inkl. straff), som uppehållas mot »ingriparen». Hur det än vrides och vändes, är det följaktligen logiskt omöjligt att vinna någon hjälp till svar på Björlings fråga genom utredning av rättighets-förhållandena i avseende å egendomen. Vad som däremot hjälper oss och som är det enda som kan hjälpa oss till ett svar på denna fråga, det är en utredning om konsekvenserna ur samhällsekonomisk eller, i allt fall, ur samhällelig synpunkt, allteftersom man i det föreliggande fallet betraktar »ingreppet» såsom åverkan eller lämnar det straffritt. Det skulle föra för långt att med exempel närmare belysa ämnet.

Emellertid exemplifierar Björling en annan av sina invändningar på följande sätt:

»Penninggäldenärens skyldighet att betala uppskovsränta förklaras (sc. av Lundstedt) med hänsyn till affärslivets sunda fortgång, för vars skull en eggelse till 'att största möjliga punktlighet regelmässigt iakttages vid betalning av penningskulder' icke utan avsevärt men kan avvaras (1924 s. 250). Bevisningen är så kraftig, att den alldeles lika väl skulle kunna användas för att försvara återinförande av regeln i 1734 års lag, att insolvent gäldenär skall avtjäna sin gäld med arbete eller sitta i häkte, där borgenärerna ej annorledes sig nöja låta — eller rättare: införande av denna regel i skärpt avfattning, med tillämplighet på varje morant penninggäldenär.»[5]

Detta inpass av min gamle vördade lärare, med allt skäl beundrad och prisad både av mig och andra lärjungar icke blott för sin skarpsinnighet utan tillika för sin utpräglade samvetsgrannhet, har jag aldrig fullt begripit. Ty på det ställe, vartill Björling hänvisar, uttrycker jag mig så pass utförligt, att Björling synes böra ha förstått, att hans anmärkning överhuvud icke kunde träffa mig. Gentemot min kritik av garantiteorien, SvJT 1921, såsom innefattande resonemangens baserande på fiktiva, alltså overkliga, utgångspunkter hade Björling i sin artikel av 1923 hävdat garanti-teorien såsom en nödfallsutväg, bl. a. som förklaring till tvånget å penninggäldenären att betala uppskovsränta. Jag skrev då (SvJT 1924 s. 250 f.) ordagrant följande:

---

[4] Ovan s. 518 ff.
[5] SvJT 1924, s. 434.

»Härefter[6] taga vi grunden till penninggäldenärens skyldighet att betala uppskovsränta. Här få nu först och främst samma synpunkter betydelse, som jag i min uppsats utfört angående leveransavtalet.[7] Penningen är ju den mest kuranta vara som finns, och synpunkterna få därför om möjligt ökad styrka. Att största möjliga punktlighet regelmässigt iakttages vid betalning av penningskulder är naturligtvis av eminent vikt för affärslivets sunda fortgång. Det är obestridligt, att räntetvånget utgör en eggelse till sådant iakttagande, vilken icke utan starkt framträdande menliga följder skulle kunna avvaras. Tänkom oss nu, att detta räntetvång icke vore ovillkorligt utan kunde undkommas genom bevisning om att betalningens uteblivande icke berodde på slarv. Är det nu icke alldeles givet, att räntetvångets prevenerande verkan skulle avsevärt minskas? Och hur skulle icke rättegångarna angående penningskulder urarta i rena parodier! Gäldenären skulle framföra bevisning för att han ej känt till sin skuld, för att han trott rätten vara sådan, att skuldförhållandet upphävts eller aldrig uppstått, för att han trots aktsamhet glömt av skulden, för att hans affärsbiträde slarvat i sitt skötande av den ifrågavarande penningaffären, för att mot all rimlig förmodan konjunkturerna ändrats, så att han kommit på obestånd, för att dröjsmålet vållats av mankemang å hans egna gäldenärers sida, för att överhuvudtaget betalningen i rätt tid uteblivit på grund av hinder, som mellankommit utan gäldenärens slarv! Man torde på grund av det antydda nödgas medgiva, att samhället är bäst betjänt med en regel, som rätt och slätt ålägger gäldenären att betala uppskovsränta. Och vad vore väl att anmärka mot att en gäldenär i enstaka fall finge betala sådan ränta, fastän hans dröjsmål icke berott på oaktsamt handlingssätt? Det kan ju icke med någon logik såsom princip hävdas, att det vore obilligare mot gäldenären att låta honom få betala räntan än mot borgenären att låta denne få lida en ränteförlust, som han skulle undgått, om han haft en annan gäldenär och betalningen hade skett i rätt tid. (Not: Det oförnuftiga i att överhuvud tolka rättsreglerna ur billighetssynpunkt, d. v. s. ur rättsmedvetandets synpunkt, har jag så ofta utrett i mina skrifter, att jag här icke behöver närmare ingå på saken. Se utom min 'Revolt mot rättsskolastiken' och min 'Kritik av nordiska skadeståndsläror' min Hyresutredning, s. 74—80 samt s. 116—120.)[8] *Har icke med det nu sagda en verklig förklaring givits till skyldigheten att oberoende av culpa betala uppskovsränta?*»

Man finner sålunda, att jag endast utgår från vad som obestridligen uppehålles, nämligen regeln (9: 10 H. B.) om uppskovsränta oberoende av gäldenärens culpa och söker angiva en förnuftig motivering för densamma i stället för det mot verkligheten uppenbart stridande och följaktligen ohållbara påståendet, att gäldenären hade iklätt sig garanti för prompt betalning. Huruvida tvånget såsom tryck på gäldenären till prompt betalning av skulden lämpligen borde ytterligare skärpas (eller

[6] D. v. s. efter en erinran om mitt försök i 1921 års artikel till förklaring av leverantörens strikta ansvarighet, som jurisprudensen också plägade motivera med garantifiktion.

[7] Härmed åsyftade jag vissa sidor i min av Björling förut kritiserade artikel i SvJT 1921.

[8] Se numera angående denna fråga utredningen här ovan s. 115—134.

möjligen mildras, dock icke till blott vanligt culpa-ansvar) är ju en fråga, som faller *helt och hållet utanför den av mig förda diskussionen.* Vad Björling i sådant avseende för fram såsom konsekvens av min ståndpunkt visar emellertid till full evidens, att han icke fullt satt sig in i vad denna rör sig om. Något mera icke blott uppenbart stridande utan jämväl utmanande mot nutidens sociala värderingar och följaktligen mot »samhällsnyttan» än gäldsarbete och bysättningshäkte eller dylikt kan näppeligen proponeras. Så vitt man låter sig ledas av sin uppfattning om samhällsnyttan, kan man väl icke framställa projekt, som stå i uppenbar strid mot denna uppfattning! Denna reflexion synes Björling ha förbisett.

Ehuru Björling sålunda icke helt beaktat, vad det i verkligheten rör sig om i min tes om samhällsnyttan — kanske förklarligt, då jag på detta tidigare stadium ännu icke hunnit mera ingående utveckla dess innebörd — är det naturligtvis mycket riktigt, att det ofta kan råda olika meningar om vad som är nyttigt eller bäst för samhället. Men skall detta utgöra en invändning emot min lära, då är denna invändning sannerligen förfelad, i det att den, såsom måste framgå av snart sagt varje rad i det föregående, endast slår in öppna dörrar. Jag har aldrig givit den ringaste antydan om att mina aspirationer skulle ha sträckt sig till att vilja tillhandahålla någon slags nyckel, varmed man på vid gavel kunde slå upp kunskapens port på det rättsliga området. Jag har med min teori endast avsett att angiva den — allt efter frågornas beskaffenhet — *lättare eller mera svårframkomliga väg,* som man inom den konstruktiva rättsvetenskapen hade att gå fram, för att efter bästa möjliga kunskapskritiska inblick i rättsmekanismens funktionering kunna arbeta vidare på dess korrigering och utbildning. Jag har hävdat, att rättsideologien såsom ovetenskaplig måste helt kastas överbord samt att man icke kunnat utleta någon annan mot vetenskapligt fastställda utgångspunkter icke stridande metod än den, som jag kallat samhällsnyttans, en metod vars användning stundom kan förutsätta en myckenhet av skarpsinne, kunskaper och ihärdighet. Därest till och med en sålunda kvalificerad forskare likväl beträffande det uppställda problemet icke känner sig övertygad om, hur det bör lösas, d. v. s. icke känner sig övertygad om, vad som i en föreliggande fråga är att fatta såsom gagneligt, resp. mest gagneligt för samhället, eller om innehållet i den handlingsmaxim, genom vars uppehållande det av honom såsom samhällsnyttigt uppfattade intresset skulle kunna tillgodoses, så får han handla därefter och framlägga sina skäl. En annan forskare kan kanske korrigera honom eller komplettera hans utredning. Detta kan man inte göra något åt. Den konstruktiva rättsvetenskapens värderingar kunna vara mycket krävande på grund

av det intrikata föremål, som de beröra — rättsmaskineriet med sitt nätverk av oräkneliga och för blotta ögat osynliga trådar, som löpa härs och tvärs, visserligen i en ordning, som är kausalbunden, men där dock orsakssammanhanget på grund av kuggarnas otaliga mängd och säregna art samt själva kausaliteternas successiva utbildning stundom är så komplicerat, att man icke ens efter mest ihärdiga forskningsarbete kan vara fullt på det klara med hur trådarna löpa.

Har en på detta sätt »olöslig» fråga blivit aktuell för lagstiftaren eller för domaren såsom lagtolkare, så förstås av sig självt, att å min tes, fri som den är från alla absoluta förutsättningar, måste kunna sättas mottot: det bästa ej det godas fiende. Detta betyder, att lagstiftaren eller domaren i den uppkomna situationen får handla efter bästa förstånd, vartill hör att uppmärksamheten städse inriktas på konsekvenserna, för det allmänna, av handlingssättet. Kanske kommer lagstiftaren i enlighet härmed att antingen helt avstå från planerad åtgärd eller söka anordna denna så, att tvistefrågan kringgås, resp. blir så litet utmanad som möjligt. Men det kan också hända, att han på grund av en mer eller mindre pockande värdering ute i samhället tror sig tillmötesgå dettas intresse genom att trots allt medelst lagstiftningsåtgärd »lösa frågan».[9] Vad den lagtolkande domaren angår, är han ju städse nödgad att skrida till beslut. Han har nu intet annat att göra än att giva en sådan dom, som trots tvivelsmålen angående tolkningen dock synes honom med hänsyn till sina konsekvenser ur samhällets synpunkt fördelaktigast. Fanns en domstolspraxis i ämnet, vars riktighet genom nu antydda oavslutade forskningar gjorts tvivelaktig, torde domaren dock ofta handla i enlighet med samhällsnyttemaximen, när han helt enkelt fortsätter på den väg, som praxis ditintills beträtt.[1]

Härefter borde kunna förstås, att detta påstående emot min tes — att man (d. v. s. framför allt lagstiftaren och domaren men naturligtvis även vad jag kallat den konstruktiva rättsvetenskapen) icke alltid kunde besluta sig för vad som i en viss fråga vore »samhällsnyttigt» eller vad som krävdes för att ett under »samhällsnyttan» specificerat intresse skulle kunna på bästa sätt tillgodoses — visserligen i och för sig är fullt korrekt, men såsom riktad emot tesen i fråga icke kan ha någon betydelse utan endast bildar ett rent meningslöst inpass. Finns det väl någon, som är beredd att angiva ett annat realiserbart, alltså icke chimäriskt, motiv

[9] Jfr ovan s. 566 ff.

[1] Jag upprepar vad jag sagt ovan s. 569 f., att jag blott har lag*tolkning* i sikte och att domaren inför klar och otvetydig lag självfallet måste följa denna och icke sina emot densamma eventuellt stående sociala värderingar.

eller syfte för rättsverksamheten än det, som jag här sökt skildra och som jag i största allmänhet betecknat med samhällsnyttan? Hav då godheten att angiva detsamma! Varje sådant syfte som »realiserandet» av »rätten» eller »rättvisa och billighet» eller vad som helst av rättsmedvetandets manifesteringar kan i realiteten icke leda till annat än försöket att lyfta sig själv i håret. Syften av denna art kunna endast vara »förankrade» i den rättsideologiska chimären med dess fantasi om en materiell rätt.

Väl är det sant och framgår av vad jag sagt i det föregående, att även en upplyst, från rättsideologiska fördomar helt frigjord lagstiftare kan känna sig nödgad falla undan för en social värdering, som har sin grund i rättsideologiska föreställningar om absoluta plikter och om rättigheter (vilka alltid ha absolut karaktär, även om de blott skola vara »relativa»), överhuvud om alla slag av objektiva värden. Men en sådan lagstiftare inser dock, att föreställningarna i fråga äro verklighetsfrämmande. Han kan följaktligen icke låta deras innehåll ingå i det mål, som han ställer framför sig, ty detta betydde, att han läte sig ledas av en ren chimär. Det mål, han i en sådan situation fullföljer, kan därför endast vara att gagna samhället genom att giva efter för den ifrågavarande värderingen. Omständigheterna ha då varit sådana, att de föranlett lagstiftaren att betrakta åsidosättandet av den sociala värderingen i fråga såsom tillförande samhället större skada än gagn.[2]

Genom en lag som tillkommit eller bibehållits genom eftergift för en på rättsideologien baserad social värdering kan visserligen det *handlingssätt*, som förmenas vara det objektivt rätta, befrämjas. Men aldrig kan genom en sådan lag målet att *förverkliga det objektivt rätta* realiseras, ty detta är blott en fantasiskapelse. För att taga ett exempel. Naturligtvis kan straffbestämmelsen mot fosterfördrivning i någon grad motverka frekvensen av denna handling. Men *det* är ren vidskepelse, att genom en sådan straffbestämmelse något förverkligades, som vore objektivt rätt eller objektivt moraliskt gott. Insikten härom måste självfallet ha de mest vittgående praktiska konsekvenser — naturligtvis inom ramen för den föreliggande frågan. Den leder nämligen till, att de kriminalpolitiska värderingarna på detta område varda helt befriade från alla dessa orkeslösa synpunkter, som kretsa kring fostrets »rätt till liv» samt ytterligare en del andra skolastiska idéer.[3] Genom denna befrielse

[2] Jfr ovan s. 565 ff.

[3] Se mitt anförande i A. K:s protokoll 1938 nr 35, s. 7 ff.

bleve det möjligt för värderingarna i fråga att låta sig bestämmas uteslutande av det ifrågavarande straffbudets (positiva eller negativa) betydelse ur social synpunkt. Då skulle humanitära värderingar om friheten för kvinnan liksom för mannen att själv bestämma över sin kropp få fritt spelrum; då skulle man förstå att självmordsförsökets straffrihet med en konsekvens, som är obönhörlig, ja, som kanske kan dragas e fortiori, måste leda till fosterfördrivningens straffrihet; då skulle man fritt kunna värdera »gagnet» för samhället av att *minskningen* i läkaraborternas antal hade en fullständig motsvarighet i det *ökade* antalet kvacksalveriaborter.[4] — Detta som sagt blott *ett* exempel. Det säger sig självt, att det överallt måste vara av betydelse för de rättspolitiska värderingarna, att de varda befriade från den i rättsideologien förankrade tron på möjligheten att »realisera» vad som är »rätt» i motsats till »orätt».

Under det självfallna antagandet, att rättsverksamhetens utövare äro vanliga normala människor, i allt fall icke under medelmåttan, måste det emellertid nu sägas vara ett faktum, att man icke kunnat utleta något annat realiserbart syfte, som denna verksamhet (och därmed även den konstruktiva rättsvetenskapen) vid sina värderingar kunde sätta framför sig, än det av mig angivna, nämligen tillgodoseendet av vad som efter mer eller mindre ingående undersökningar värderas såsom ett samhälleligt intresse. Detta sakförhållande får man till sist lov att böja sig för. Man får söka begripa, att man intet kan vinna genom att taga sin tillflykt till metafysikens domäner, vilka icke kunna lämna något annat bidrag än tomma klichéer. Tvekan och osäkerhet angående de sociala värderingarna måste i högst betydande utsträckning bero på svårigheter att kunna överblicka de faktiska förhållandena, alltså på kunskapsbrist. Det finns följaktligen, när av sådan anledning oklarhet råder angående lösningen av ett rättsligt problem, intet annat medel än

[4] Man skulle då kanske icke heller föra fram den godtyckliga »argumentationen» med samhällets krav, av hänsyn till nativiteten, på fostrets framfödande med liv. Ty friheten att reflektera ohindrad av rättsdogmerna angående fostret skulle komma arten av denna nativitets-»argumentation» att avslöjas: man bevisade nämligen alldeles för mycket med densamma. Man bevisade bl. a., att jämväl sådana handlingar borde kriminaliseras som *användningen* av preventivmedel (icke blott sålunda, såsom enligt numera upphävda preventivlagen, det offentliga tillhandahållandet eller förevisandet) och *coitus interruptus*. Ehuru vid sidan om ämnet må det dessutom framhållas, icke blott att påståendet om minskning i nativiteten såsom indirekt följd av upphävandet av straffet för fosterfördrivning är obestyrkt, utan att det snarare förhåller sig på rakt motsatt sätt. Fosterfördrivningens straffrihet skulle i betydande grad minska frekvensen av nämnda konceptionen förebyggande handlingar. Om så havandeskap inträffar, torde i den stora majoriteten av fall hämningar inställa sig mot företagande av abort, grundade framför allt på motvilja mot ingreppet, vare sig denna motvilja har sin orsak i modersinstinkter eller andra psykologiska faktorer.

att så djupt som man förmår studera de faktiska förhållandena, varvid man får begagna sig av tillgängliga sociala kunskaper samt vunna psykologiska erfarenheter. Kan likväl icke övertygelse ernås om att ett visst tillvägagångssätt är det mest fördelaktiga ur det allmännas synpunkt, så får man söka göra det bästa möjliga av situationen och, allt efter omständigheterna, avstå från planerad åtgärd, gå på kompromisslinje eller eljest handla på ett sätt, som man finner innefatta någon nytta för samhället eller i allt fall medföra de minsta riskerna för uppkomsten av sociala nackdelar. Att den skillnaden råder mellan den egentlige lagstiftaren och domaren såsom lagtolkare, att den senare alltid måste intaga bestämd ståndpunkt i frågan har jag förut påpekat. För dem båda gäller emellertid, även vid tvivelsmål angående den enligt deras mening bästa lösningen, att de icke kunna fullgöra sina funktioner, om de icke städse handla i medvetandet om att de äro samhällets tjänare och att syftet med deras verksamhet följaktligen måste vara att i mån av förmåga söka tillgodose vad de, alltefter situationens beskaffenhet, uppfatta såsom samhällets intresse.

Till sist må i detta sammanhang angående vad jag kallar konstruktiv rättsvetenskap uttalas följande. Det är visserligen så, som vi sett, att den konstruktiva rättsvetenskapen icke blott konstaterar andras — allmänhetens och utövarnas av rättsverksamheten — sociala värderingar utan jämväl gör sina egna. Men denna värderande verksamhet utmärkes därav, att den genomgående strävar efter att ansluta värderingarna till empiriskt grundade föreställningar om verkligheten. Den tager bestämt avstånd från att låta sig ledas av några rättsideologiska idéer, innefattande antagandet av en andlig värld — »böra»-världen — vid sidan av den naturliga, »varats» värld.[5] Med hänsyn härtill kan man säga, att dess värderingar äro grundade på verklig vetenskap, d. v. s. icke på »Geisteswissenschaft» utan på erfarenhetsvetenskap, till sin grundprincip icke att skilja från naturvetenskap. Beaktar man detta, så förstår man kanske bättre ohållbarheten i denna invändning emot min tes, som går ut på, att man icke kunde avvara de rättsideologiska begreppen, alldenstund det icke vore säkert, »att alla kunde enas om vad som är det bästa, eller t. o. m. om vad som är nyttigt för samhället» (se ovan s. 591). Invändningen i fråga är av samma slag, som om man proklamerade, att en läroboksförfattare i medicin arbetade efter ohållbar metod, om han underläte att hämta stöd i översinnliga föreställningar och fiktioner, så snart han behandlade företeelser, i vilka enighet icke rådde exempelvis

[5] Jfr Obligationsbegreppet II: 1, s. 282—292.

angående prognos, diagnos, terapi, hygien m. m. Dylik oenighet har sin grund i förhållanden, som kunna vara fullt analoga med dem, som kunna antagas föranleda oenighet angående tillämpning, på stora områden av straffrätten och privaträtten, av på »samhällsnyttan» byggd metod. I ena fallet rör det sig om människoorganismens ans och skötsel, i andra fallet om samhällsorganismens. Värderingarna av vad som är nyttigt för organismen bero i båda fallen i första hand på kunskapsläget. Följaktligen växla i allmänhet värderingarna angående det nyttiga vid skilda kunskapslägen. De *kunna* även växla utifrån samma kunskapslägen — för medicinaren icke mindre än för rättsverksamhetens och den konstruktiva rättsvetenskapens utövare.

*

Under tryckningen av detta arbete åhörde jag professor P. O. Ekelöfs installationsföreläsning »Om innebörden av termen rättighet», refererad i Upsala Nya Tidning den 3 april 1944. Om talaren själv betraktade föreläsningen såsom ett rättsvetenskapligt inlägg och i så fall ur vilken synpunkt, fattade jag icke. Då han emellertid inledningsvis omnämnde bl. a. min kritik av rättighetsbegreppet, anser jag mig här böra göra följande erinring. Denna kritik har riktat sig mot rättigheten (och rättsplikten) såsom ett *fundamentalbegrepp i rättsvetenskapen*, ett begrepp som icke kan vetenskapligt utmönstras, utan att hela den rättsvetenskapliga byggnaden börjar rasa. Vad jag riktat mig mot är föreställningen om *något, kvalificerat såsom objektivt börande realiseras.* Denna kvalitet förutsätter den materiella rätten med dennas befallningar till människorna, vilka befallningar transformeras till å människorna vilande plikter. Rättigheterna skola nu i allmänhet framgå såsom korrelat till dessa plikter. Min kritik av rättsvetenskapens rättighetsbegrepp är följaktligen icke att skilja från min kritik av rättsideologien i det hela och den med denna nödvändigt förbundna rättvisemetoden. Skulle vad jag till kritik av rättighetsbegreppet utvecklat icke i det hela vara sakligt och hållbart, så skulle bl. a. allt vad jag i föreliggande arbete framfört såsom mina åsikter vara förfelat. M. a. o. den nu berörda kritiken av rättighetsbegreppet måste, såvitt dess sakliga hållbarhet erkännes, vara destruktiv för rättsvetenskapens grundsatser och hela metod. *Därom gavs icke någon antydan i prof. Ekelöfs installationsföreläsning.* Han talade om primitiv magi och vissa andra vidskepligheter, som icke kunna ha något som helst intresse för aktuell rättsvetenskap. Men *den* övertro, som i detta avseende har dominerande intresse — nämligen idéen om en

rättighetsmakt utmärkt av ett *objektivt böra realiseras* — tillvaron av denna övertro, oupplösligt förbunden med själva fundamentet för rättsvetenskapen[6], låtsades föreläsaren icke om. Jag är rädd, att den mestadels juridiskt illitterata publiken fick en alltför skev och torftig uppfattning av vad det här, rättsvetenskapligt sett, rör sig om. Må så vara, att föreläsaren hade för avsikt att icke giva sin publik någon inblick i det rättsvetenskapliga läget. Efter sina inledningsord angående Olivecronas och mina undersökningar utifrån Hägerströms rättsfilosofi, tror jag dock, att det skulle ha varit lämpligt — till förebyggande av de i ämnet icke insatta åhörarnas vilseledning — om prof. Ekelöf hade klart tillkännagivit sin nämnda negativa avsikt. Denna förefaller så långsökt, att den synes ha bort mycket skarpt markeras.

[6] Jfr ovan s. 535 ff.

Förteckning över i första hand citerad litteratur.

(Förteckningen är icke fullständig.)

Austin II: Lectures on jurisprudence. Being the sequel to »The province of jurisprudence determined». II. London 1863.

Baudry-Lacantinerie, Précis II: Précis de droit civil. 13 éd. par Paul Guyot. II. Paris 1925.

Baudry-Lacantinerie et Barde IV: Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations. 3 éd. IV. Paris 1908.

Bentzon: Begrebet vis maior i romersk og nordisk Ret med særligt Hensyn til Reders Ansvar for Ladning. Diss. 1890.

Besson: La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses. Thèse. Paris 1927.

Bettremieux: Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. Thèse. Lille 1921.

Bichot: L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine. Paris 1933.

Blackstone-Kerr I: Commentaries on the laws of England. A new edition by R. M. Kerr. I. London 1857.

Blackstone-Kerr III: Commentaries ... III. London 1857.

Bonnecarrère II: Bonnecarrère, Laborde-Lacoste et Créminieux, Précis élémentaire de droit civil. II. Paris 1934.

Bracton II: Henrici de Bracton, De legibus et consuetudinibus Angliae. Libri quinque ... Edited by Travers Twiss. Vol. II. London 1879. Arbetet ingår i Chronicles and memorials (70) of Great Britain and Ireland during the middle ages. Published ... under the direction of the Master of the Rolls.

Bracton IV: Henrici de Bracton, De legibus ... Vol. VI. London 1883. Arbetet ingår i Chronicles ... of the Rolls.

Burdick, Constitution: The law of the American Constitution. Its origin and development. By Charles Burdick. New York & London 1922.

Burdick, Cases: Cases on the law of torts. By Francis Burdick. 4 ed. by Charles Burdick. Albany N. Y. 1929.

Burdick, Torts: The law of torts. A concise treatise on civil liability for actionable wrongs to person and property. By Francis Burdick. 4 ed. by Charles Burdick. Albany N. Y. 1926.

Byrne: A dictionary of English law. London 1923.

Campbell, Principles: Principles of English law. Founded on Blackstone's Commentaries. London 1907.

Campbell, Ruling Cases, I, VII, XVII, XIX, XXII eller XXVII: Ruling cases.

Arranged, annoted, and edited. With American notes. Vol. I 1894; Vol. VII 1896; Vol. XVII 1899; Vol. XIX 1899; Vol. XXII 1901; Vol XXVII 1908.
Capitant, Arrêts: Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Supplement au cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise Colin et H. Capitant. Paris 1934.
Capitant, Vocabulaire: Vocabulaire juridique. Rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes sous la direction de Henri Capitant. Paris 1930.
Carr: The general principles of the law of corporations. Cambridge 1905.
Clerk & Lindsell: On the law of torts. 9 ed. London 1937. (Från och med 8 ed. består arbetet av ett antal avhandlingar av skilda nutida författare över de olika till »law of torts» hörande områdena. En del avhandlingar ha dock samma författare.)
Cohendu: La methode d'un arrêtiste au XIX siècle. Labbé. Son application aux questions de responsabilité. Thèse. Paris 1910.
Cohn: Erstatningsretlige spørgsmaal. I Juridisk Tidskrift. Udg. af G. og N. Cohn. 19 Aarg. 1923.
Colin et Capitant II: Cours élémentaire de droit civil français. II. 3 éd. Paris 1921.
Coke IV: The institutes of the law of England. 4 Part. 1648.
Cuq: Manuel des institutions juridiques des romains. Paris 1917.
Dalloz II: Dalloz, Nouveau dictionnaire pratique de droit. Par R. Lavatier. II. Paris 1933.
Del Vecchio, Gerechtigkeit: Die Gerechtigkeit. Basel 1940.
Del Vecchio, Lehrbuch: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin 1937.
Demogue III: Traité des obligations en général. I. Source des obligations. III. Paris 1923.
Demogue V: Traité ... V. Paris 1925.
Demogue, Rapport: La responsabilité du fait des choses en droit français. Otryckt redogörelse till Deuxième Congrès International de Droit Comparé, Haag 1937.
Demogue, Responsabilité: Responsabilité pour la chute d'un arbre. I Revue trimestrielle de droit civil. Paris 1936.
Demolombe: Cours de code civile. XV. Traité des engagements qui se forment sans convention. Bruxelles 1882.
Duguit: Les transformations générals du droit privé. 2 éd. 1920.
Durand, Not: Not hos Sirey 1937. 2. s. 97—100.
Eberstein: Det svenska rättsarvet. I Svensk lag och rätt, utg. av Ivar Agge m. fl. 1941.
Eek: Om tryckfriheten 1942.
Esmein, Not 1: Not hos Sirey 19. 1. s. 209—212.
Esmein, Not 2: Not hos Sirey 1924. 1. s. 321—323.
Esmein, Responsabilité: Jurisprudence civile. Responsabilité civile. I Revue critique de législation et de jurisprudence. Nouvelle Série. 44. Paris 1915—1924.
Fries, Grunddragen: Inledningen till Axel Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser, utg. av Martin Fries, 1939.

Fries: Verklighetsbegreppet enligt Hägerström, 1944.
Fuchs Wilhelm: Die Zukunft der Rechtswissenschaft. Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft. Zugleich eine Auseinandersetzung mit A. V. Lundstedt. Stuttgart 1933.
Fuzier-Herman IV: Code civil annoté. Nouv. éd. sous la direction de Demogue et de Josserand. IV. Paris 1938.
Halsbury XX: The laws of England. Being a complete statement of the whole law of England. Vol. XX. London 1911.
Halsbury XXI: The laws ... Vol. XXI. London 1912.
Halsbury XXVII: The laws ... Vol. XXVII. London 1913.
Harper, Report: Liability in Anglo-American law for damage done by chattels. Otryckt redogörelse till Deuxième Congrès International de Droit Comparé, Haag 1937.
Harper, Treatise: A treatise on the law of torts. A preliminary treatise on civil liability for harms to legally protected interests. Indianapolis 1938.
Harris: Liability without fault. I Tulane Law Review (formerly The Southern Law Quarterly). VI. Nr 3 (1932).
Heckel & Harper: Effect of the doctrine of res ipsa loquitur. I Illinois Law Review. XXII. Nr 7 (1928).
Hicks: Materials and methods of legal research. With bibliographical manual. 2 ed. Rochester, N. Y. 1933.
Hindenburg: Bidrag til Læren om Skadeserstatning. I Tidsskrift for Retsvidenskab 1910.
Holdsworth I: A history of English law. I. 3 ed., rewritten. London 1922.
Holdsworth II: A history of English law. II. 3 ed., rewritten. London 1923.
Holdsworth III: A history of English law. III. 3 ed., rewritten. London 1923.
Holdsworth VII: A history of English law. VII. London 1925.
Holdsworth VIII: A history of English law. VIII. London 1925.
Holdsworth IX: A history of English law. IX. London 1926.
Holmes: Law in science and science in law. I Collected legal papers by Oliver Wendell Holmes. New York 1921. (Avhandlingen förut tryckt i Harvard Law Review. XII.)
Horwood I: Year Books of the reign of King Edward the first. Edited and translated by Alfred Horwood. (Den anglo-normandiska originaltexten med parallellt löpande översättning. Dessutom Appendices I—III, innehållande på latin samtida »reports and notes of criminal cases», ävensom — Appendix III — »writs and inrolments under Edw. I:s 31 regeringsår.) London 1863. — Arbetet, avseende Edw. I:s 31 och 32 regeringsår, ingår i Chronicles and memorials (31) of Great Britain and Ireland during the middle ages. Published ... under the direction of the Master of the Rolls.
Horwood II: Year Books of the reign of King Edward the first. Years XXXII—XXXIII. Edited and translated by Alfred Horwood. (Med Appendix på latin innehållande »inrolments».) London 1864. Arbetet ingår i Chronicles and memorials (31) ... of the Rolls.
Hägerström, Naturrätt?: Naturrätt i straffrättsvetenskapen? I Svensk Juristtidning 1920.
Hägerström, Obligationsbegriff I: Der römische Obligationsbegriff. Im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. I. 1927.

Hägerström, Rudimenter: Om primitiva rudimenter i modernt föreställningssätt. I »Presens» 1935. (Omtryckt i Axel Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser, utgivna av Martin Fries, 1939.)
Hägerström, Värdepsykologien: Kritiska punkter i värdepsykologien. I Festskrift tillägnad E. O. Burman 1910.
Indermaur: Principles of the common law. Intended for the use of students and the profession. 12 ed. London 1914.
Jenks, Digest I: A digest of English civil law. By Edward Jenks, W. M. Geldart etc. I. 3 ed. London 1938.
Jenks, History: A short history of English law. From the earliest times to the end of the year 1911. London 1912.
Jellinek: Das Recht des modernen Staates. I. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. Berlin 1905.
Jonsson: Det kategoriska imperativet. Ak. avh. 1924.
Josserand I: Cours de droit civil positif français. I. Théorie générale du droit et des droits. Les personnes etc. 3 éd. Paris 1938.
Josserand II: Cours ... II. Théorie générale des obligations etc. 2 éd. Paris 1933.
Josserand, Droits: De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits. 2 éd. Paris 1939.
Keeton: An introduction to equity. London 1938.
Kenny: Selection of cases illustrative of the English law of tort. 3 ed. Cambridge 1920.
Kerly: An historical sketch of the equitable jurisdiction of the Court of Chancery. Being the Yorke prize essay of the university of Cambridge for 1889. Cambridge 1890.
Kohler: Einführung in die Rechtswissenschaft. 4 Aufl. Lpz. 1912.
Krabbe: Borgerlig Straffelov. 2 Udg. 1935.
Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I: System des österr. allg. Privatrechts. 5 Aufl. I. Der allg. Teil und das Sachenrecht. Wien 1913.
Kruse, se Vinding Kruse.
L. R.: The law reports. Under the supervision of The (incorporated) council of law reporting. (Skilda serier från 1865, varom se »Förord» och nedan s. 614 f.)
Labbé: Två Noter, den ena hos Sirey 10. 1. s. 750 f.; den andra hos Sirey 16. 4. s. 3 f.
Laborde-Lacoste: De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale. Thèse. Bordeaux 1918.
Leyat: La responsabilité dans les rapports de voisinage. Thèse. Lyon 1936.
Locré XIII: La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français. XIII. Paris 1828.
Lundstedt: Se nedan s. 611.
Main: Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Cheap. ed. London 1908. (Första uppl. 1861.)
Marton I: Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essay d'un système unitaire. I. Paris 1937.
Marton II: Les fondements ... II. Paris 1938.
Mazeaud I: Henri et Léon Mazeaud. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. I. 2 éd. Paris 1934.

Mazeaud II: Henri et Léon Mazeaud ... II. 2 éd. Paris 1934.
Mazeaud III: Henri et Léon Mazeaud ... III. 2 éd. Paris 1934.
Mazeaud Not: Henri Mazeaud, Note II (A) hos Sirey 1933. 1. s. 259 f.
Mémoires: Mémoires de l'académie internationale de droit comparé. Tome II. Deuxième Partie. Publié par les soins de M. Elémer Balogh. Paris 1934.
Mezger, Recension: Anmälan av A. V. Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I. I Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3 F. XXVIII.
Mezger: Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2 Aufl. München und Leipzig 1933.
Møller: Erstatningsansvaret ved Skibssammenstød. I. Erstatningsreglerne. Khn 1914.
Odgers I: On the common law of England. I. 3 ed. By Roland Burrows. London 1927.
Olivecrona, Juridisk person: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt. Ak. avh. 1928.
Olivecrona, Bevisskyldigheten: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. 1930.
Olivecrona, Lagen och staten: Om lagen och staten. 1940.
Olivecrona, Lagens imperativ: Lagens imperativ. Bilaga: Vidräkning med docenten I. Hedenius. 1942.
Olivecrona, Domen i tvistemål: Domen i tvistemål. 1943. I Skrifter utgivna av Juridiska Fakulteten i Lund.
Oppenheim I: International law. A treatise. I. Peace. 4 ed. By Arnold Mc Nair, London 1928.
Pickering I, II, III, IV och XXX: The statutes at large ..., utgivna I—III år 1762, IV år 1763 och XXX år 1773.
Pfeffer: Kernvragen van Rechtswetenschap. I Rechtsgeleerd Magazin. 55:e Jaarg. Haarlem 1936.
Planiol II: Traité élémentaire de droit civil. 9 éd. II. Paris 1923.
Planiol et Ripert VI: Traité pratique de droit civil français par M. Planiol et G. Ripert. VI. Obligations. Première partie. Avec le concours de P. Esmein. Paris 1930.
Pollock: The law of torts. A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law. To which is added the draft of a code of civil wrongs prepared for the government of India. 13 ed. London 1929.
Pollock, Essays: Essays in the law. London 1922.
Pollock & Maitland II: The history of English law. Before the time of Edward I. 2 ed. II. Cambridge 1898.
Pothier: Traité des obligations, selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur. Nouv. éd. par M. Bernhardi. I. Paris 1805.
Pound: An introduction to the philosophy of law. New Haven 1925.
Prudehomme: La responsabilité de l'automobiliste. I Revue critique de la législation et de jurisprudence. Nouvelle Serie. 45. Paris 1925.
Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie. Altenburg 1914.
Reichel: Anmälan av Lundstedt, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft I. I Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis. Bd. 6.
Ripert, Règle morale: La règle morale dans les obligations civiles. 2 éd. Paris 1927.

Salmond: The law of torts. A treatise on the English law of liability for civil injuries. 5 ed. London 1920.
Salmond, Jurisprudence: Jurisprudence. 7 ed. London 1924.
Salmond-Stallybrass: Salmond's Law of torts. A treatise on the English law of liability for civil injuries. 9 ed. By W. T. S. Stallybrass. London 1936.
Sirey (avseende domsreferat före 1901): Recueil général des lois et des arrêts. Fondé par J.-B. Sirey. Jurisprudence du XIX° siècle (1791—1900). Refondue d'après l'ordre chronologique. (Var och en av hithörande volymer innehåller flera årgångar och citeras därför icke per årgång utan per volym. De därpå följande siffrorna angiva resp. »la partie» i volymen och sidan.)
Sirey (avseende domsreferat efter 1900): Recueil général des lois et des arrêts. (Till och med 1923:) En matière civile, criminelle, administrative et de droit public. Fondé par J.-B. Sirey. (Från och med 1924:) Fondé par J.-B. Sirey. Journal du palais. (Hithörande volymer citeras genom angivande av årgång. Siffrorna efter årtalet angiva resp. »la partie» inom årgången och sidan.)
Smith, Equity: A practical exposition of the principles of equity. Illustrated by the leading decisions thereon. For students and practitioners. 5 ed. London 1914.
Smith, Master and servant: A treatise on the law of master and servant. By Ch. M. Smith. 8 ed. by C. M. Knowles. London 1931.
Somló: Juristische Grundlehre. 2 Aufl. Lpz. 1927.
Thyrén, Principerna II: Principerna för en strafflagsreform. II. Brottsbegreppets objektiva sida. 1912.
Thyrén, Rektorsprogram: Den moderna straffrättens grundåskådningar. Anmärkningar vid prof. A. V. Lundstedts skrift 'En principinledning' etc. (Uppsala 1920). S. k. Rektorsprogram. Lund 1920.
Ussing I: Skyld og Skade. Bør Erstatningspligt udenfor Kontraktsforhold være betinget av Culpa? Khn 1914.
Ussing II: Erstatningsret. Khn 1937.
Vinding Kruse, Erstatningsansvar: Til Problemet om Erstatningsansvar uden Skyld. I Tidsskrift for Retsvidenskab 1915.
Vinding Kruse, Erkendelse og Vurdering: Erkendelse og Vurdering. Erkendelselærens og Etikkens Grundproblem. Khn 1942.
Vinding Kruse, Videnskabens Begrundelse: Videnskabens begrundelse. De beskrivende og de eksperimentale Videnskaber. Forelæsninger holdt ved Upsala Universitet i April 1943. Khn 1943.
Walz: Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner. I Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von Stier-Somlo. I: 1 a. Stuttgart 1930.
Wigmore, Tortius liability: Responsibility for tortious acts: its history. I Select essays in Anglo-American legal history by various authors. Compiled and edited by a committee of the Association of American law schools. In three volumes. Vol. III. Cambridge 1909. (Wigmore's essay utgör en reviderad upplaga av hans framställning i Harvard Law Review 1894, vol. VII.)
Williams, Personal property: Principles of the law of personal property intended for the use of students in conveyancing. 18 ed. London 1926.
Williams, Real property: Principles of the law of real property intended as a first book for the use of students in conveyancing. 22 ed. London 1914.

Windeyer: Lectures on legal history. Sidney 1938.
Winfield, Myth: The myth of absolute liability. I The Law Quarterly Review 42 (1926).
Winfield, Negligence: The history of negligence in the law of torts. I The Law Quarterly Review 42 (1926).
Winfield, Text-Book: A text-book of the law of tort. 2 ed. London 1943.
Wolf: Rechts- und Staatsphilosophie. Sammelbericht erstattet von Dr. Erik Wolf, Professor in Freiburg in Br. I Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 55.
Woodbine I: Bracton. De legibus et consuetudinibus Angliae. I. New Haven 1915.
Woodbine II: Bracton. De legibus ... II. New Haven 1922.

Mina egna skrifter citerar jag i detta arbete sålunda:

Principinledning: Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar. 1920.
Svar till professor Thyrén: Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén. 1921.
Obligationsbegreppet I: Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner. 1929.
Obligationsbegreppet II: 1: Obligationsbegreppet. Senare delen: Den i förra delen hävdade åskådningen ytterligare konfronterad med jurisprudensens läror. Första häftet. 1930.
Culpa-Regeln: Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen: Culpa-regeln. 1935.
Hyresutredning: Förberedande utredning av vissa principer för reformering av hyresrätten. 1923. (S. O. U. 1923: 76.)
Die Unw. der Rechtsw. I: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objectivem Recht und subjectiven Rechten. 1932.
Die Unw. der Rechtsw. II: Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Zweiter Band. Erster Teil. Strafrecht. Vertragsrecht. Deliktische Haftung. 1936.
Det Hägerström—Lundstedtska misstaget: Det Hägerström—Lundstedtska misstaget. Sju föreläsningar samt efterskrift. 1942.

(De fem första här nämnda skrifterna ingå liksom föreliggande arbete i serien: Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten I—IV.)

Index till engelska (och amerikanska) rättsfall.

Adamson v. Jarvis, 515.
Armory v. Delamirie, 449, 450.

Bainbridge v. The Postmaster General and Another, 483.
Bamford v. Turnley, 417.
Bartonshill Coal Co. v. Reid, 459 f., 507, 508, 509.
Barwick v. English Joint Stock Bank, 453 f., 454 f., 456, 462, 480, 488, 494, 505.
Beard v. London General Omn. Co., 486 f., 494.
Beaulieu v. Finglam, 391—394, 401, 447, 448.
Benedick v. Potts, 269, 279.
Betts v. Gibbins, 515.
Black v. The Christchurch Co., 402.
Blake v. Woolf, 368, 372, 373, 499.
Booth v. Rome, Watertown etc., 360, 361, 377, 386 f., 388.
Boson v. Sandford, 448 f., 450.
Box v. Jubb, 366, 368, 375.
Briggs v. Oliver, 270.
Britt v. Galmoye and Newill, 503.
Brown v. Kendall, 252, 264 f., 303, 380.
Buckle v. Holmes, 320 f., 322 f., 324.
Byrne v. Boadle, 267 f., 270, 281.

Card v. Case, 325.
Carstairs v. Taylor, 368 f.
Cheshire v. Bailey, 488 f.
Collingwood v. Home and Colonial Stores, 427, 435.
Colls v. Home Colonial Stores, 339, 340—347, 353.
Cox v. Burbidge, 319, 320.
Crowhurst v. Amersham Burial Board, 376.

Daigle v. Summit Mercantile Co., 505 f.
Dempsey v. Chambers, 506.
Donoghue v. Stevenson, 248, 255—261, 272 f., 275, 278, 294, 315.

Eller v. Selfridge, 272.
Ellis v. Loftus Iron Co., 318, 319, 334.
Entick v. Carrington, 313, 334.
Evans v. Liverpool Corp., 474, 476 f.
Exner v. Sherman Power Constr. Co., 382 f., 384, 385, 390.

Farewell v. Boston & Worcester Railroad Corp., 458 f., 508.
Farnell v. Bowman, 482.
Fenton v. Denville, 508 f., 510.
Filburn v. People's Palace Co., 323, 324.
Filliter v. Phippard, 400, 401, 426, 432.
Fishmongers' Co. v. East India Co., 342.
Fletcher v. Rylands, se Rylands v. Fletcher.
Francis v. Cockrell, 277 f.

Gaylor and Pope v. Davies, 271, 321.
Gee v. Metropolitan Rlwy Co., 270.
George v. Skivington, 256 f.
Giles v. Walker, 259, 370, 371.
Grant v. Australian Knitting Mills, 248, 254 ff., 260, 262, 272, 315.
Green v. Chelsea Waterworks Co., 410—412.

Groves v. Lord Wimborne, 253, 511, 512.

Hale v. Jennings Bros., 377.
Hall v. Smith, 440 f.
Hallet's Estate, Re, 298 f.
Hammersmith Rlwy Co. v. Brand, 220, 310, 408, 409, 411 f., 413, 416—422.
Harrop v. Hirst, 337 f.
Hay v. Cohoes Co., 387 f.
Haynes v. Harwood, 271 f.
Heaven v. Pender, 256.
Hern v. Nichols, 449, 450, 451, 452, 458.
Hewitt v. Bonvin, 502 f.
Hillyer v. St. Bartholomew's Hosp., 474, 477—479, 480, 485.
Hoare & Co. v. Mc Alpine, 361, 377.
Holmes v. Mather, 252, 263 f., 274.
Horwood v. Smith, 329.
Hudson v. Roberts, 325 f., 327.
Hutchinson v. York, Newcastle etc. Rlwy Co., 508.

Indermaur v. Dames, 276 ff.

Jackson v. Smithson, 325 f.
James v. Probyn, 478 f.
Jefferson v. Derbyshire Farmers, 496 f.
Joel v. Morison, 499.
Jones v. Festiniog Rlwy Co., 333, 389, 403 f., 406—410, 411, 414, 415, 435.

Kearney v. London, Brighton and South Coast Rlwy, 269 f., 281.
Kelk v. Pearson, 342, 344.
Kingston v. Booth, 448.
Knott v. London County Council, 512.

Lane v. Cotton, 483.
Lambert v. Bessey, 351.
Langridge v. Levy, 257.
Leame v. Bray, 311, 314, 347.
Le Lievre v. Gould, 256.
Limpus v. London General Omnibus Co., 493 f., 504.
Lindsey County Council v. Marshall, se Marshall v. Lindsey etc.
Livingstone v. Adams, 379, 381.
Lloyd v. Grace, Smith & Co., 454 f., 456, 488 f., 494.
Lochgelly Iron and Coal Co. v. M' Mullan, 248, 250, 253 f., 260, 262, 511.
Losee v. Buchanan, 361, 380—382, 383, 384.

M'Alister v. Stevenson, se Donoghue v. Stevenson.
Manton v. Brocklebank, 320, 326 f.
Marshall v. Lindsey County Council, 478, 479.
Marshall v. Wellwood, 382.
May v. Burdett, 323 f.
Mc Gowan v. Stott, 272.
Mc Manus v. Crickett, 453.
Merryweather v. Nixan, 514, 515.
Metropolitan Rlwy Co. v. Jackson, 280, 285 f.
Middleton v. Fowler, 449, 450, 451, 452.
Miles v. Forest Rock Granit Co., 385.
Mitchell v. Crassweller, 499, 500, 504.
Montgomery etc. v. Chapman & Co., 330.
Morgan v. Vale of Neath Rlwy, 507.
Musgrove v. Pandelis, 360, 368, 377, 385, 400, 413, 423, 424—435.

Nichols v. Marsland, 365 f., 367 f.
Nield v. London & N. W. Rlwy Co., 370 f.

Page v. Richards & Draper, 272.
Palmer v. Wick and Pulteney Steam Shipping Co., 460, 515 f.
Parker v. Miller, 272, 474, 502.
Penhallow v. Mersey Docks etc., 481.
Philadelphia etc. Rlwy v. Derby, 463 f.
Poland v. John Parr & Sons, 486, 491 f., 503.
Ponting v. Noakes, 376.
Powell v. Fall, 333, 403, 407—410, 414, 435.

Pratt v. Patrick, 474, 501.
Priestly v. Fowler, 508.

Quarman v. Burnett, 453.

Radcliffe v. Ribble Motor Services, 507.
Rapier v. London Tramways Co., 333.
Read v. Edwards, 325 f., 327.
Rex v. Peace, 220, 404—406, 408, 410, 415, 420, 421.
Rex v. Walker, 473.
Rickards v. Lothian, 368, 372—375, 385, 389, 430, 499.
Ruddiman v. Smith, 498 f., 503.
Ruoff v. Long & Co., 275.
Rylands v. Fletcher, 218, 243, 246, 251, 274, 275, 277, 278, 322, 337, 347, 348—385, 388—390, 391, 402, 403, 410, 411 f., 413 f., 423—432, 435, 436, 461, 499.

Samson v. Aitchinson, 473, 474, 501.
Scott v. London Docks Co., 268, 279.
Shiffman v. Grand Priory, 377.
Skinner v. London, Brighton and South Coast Rlwy, 267 f., 270.
Sleath v. Wilson, 499, 500, 503, 504.
Smith v. Giddy, 310, 376.
Smith v. Martin & Corp. Kingston-upon-Hull, 479 f., 481, 494.
Stanley v. Powell, 252, 263, 274, 303, 314 f.
Stearn v. Prentice Bros., 371.
Stevens v. Woodward, 497 f.
Storey v. Ashton, 500, 503.
Strangways-Lesmere v. Clayton, 478.

Tart v. G. W. Chitty, 272.
Tunney v. Midland Rlwy Co., 509 f.
Turberville v. Stampe, 395—398, 449, 450, 451.

Vaughan v. Menlove, 250, 290, 425 f.
Vaughan v. Taff Vale Rlwy Co., 220, 274, 275, 404, 411 f., 415 f., 417 f., 420, 421, 431.
Venables v. Smith, 474 f.

Wagner v. Portland, 485 f.
Wayland's case, 449, 450, 451, 452, 458.
West v. Bristol Tramways, 376.
Whatman v. Pearson, 500 f.
White v. Spettigue, 329.
Whitfield v. Lord Le Despencer, 483.
Williams v. Jones, 474, 495—497.

För hänvisning till dessa »cases» har man vissa konventionella citeringsmetoder. Dessa äro, i fråga om »cases» från Law Reports (under The Council, se »Förord», s. XII f.), i allmänna drag följande. I fråga om »cases» före år 1891 angives aldrig årtalet utan numret på volymen i den ifrågavarande *serien*. För tiden från och med 1891 angives årtal, men volym endast därest det finns flera än en volym för samma år. Från och med 1891 uteslutes beteckningen L.(aw) R.(eports), varmed dessförinnan hänvisningen städse inledes, såvida den icke avser »App. Cas.», d. v. s. Law Reports angående House of Lords and Privy Council Appeal Cases 1875—1890. »App. Cas.» betecknas i fråga om »cases» efter 1890 blott med »A. C.». För den, som icke är van vid att hantera de olika serierna av Law Reports, synes mig detta sätt att citera något irriterande. Mina hänvisningar har jag städse inlett med L. R. (= Law Reports) och därefter angivit årtalet, om detta icke tydligt framgått på annat sätt. Jag har icke heller skilt mellan »App. Cas.» och »A. C.» utan alltid skrivit »App. Cas.». När volymnummer angives, sättes detta omedelbart före beteckningen på serien, varom fråga är. Sista siffran i hänvisningen angiver den sida varmed referatet av »case» börjar. Står det s. framför denna siffra, då åsyftas en eller flera bestämda sidor i referatet.

Jag skall nu exemplifiera mitt sätt att citera, självfallet i det hela anslutande sig till den konventionella metoden:

L. R. 1875, 10 C. P. 10.	Fallet börjar å s. 10 i vol. 10 i serien Court of Common
L. R. 1875, 10 C. P. s. 13.	Pleas. Då serien börjar 1866 vet man, utan att det behöver angivas, att denna volym måste vara tryckt 1875. Årtalet alltså icke nödvändigt. Den andra citatraden har avseende å ett visst domsuttalande i fallet.
L. R. 1866, 1 Ex. 265.	Fallet (Fletcher v. Rylands i Exchequer Chamber) börjar å s. 265 i vol. 1 i serien Court of Exchequer. Årtalet icke nödvändigt.
L. R. 1876, 2 Ex. D. 1.	Fallet börjar å s. 1 i vol. 2 i serien Exchequer Division. Årtalet icke nödvändigt.
L. R. 1868, 3 Q. B. 733.	Fallet börjar å s. 733 i vol. 3 i serien Court of Queen's Bench. Årtalet icke nödvändigt.
L. R. 1880, 5 Q. B. D. 597.	Fallet börjar å s. 597 i vol. 5 i serien Queen's Bench Division. Årtalet icke nödvändigt.
L. R. 1926, 2 K. B. 125.	Fallet börjar å s. 125 i vol. 2 för år 1926 i serien King's Bench Division. Årtalet nödvändigt.
L. R. 1868, 3 H. L. 330.	Fallet (Rylands v. Fletcher i House of Lords) börjar å s. 330 i vol. 3 i serien English and Irish Appeal Cases and Claims of Peerage before the House of Lords. Årtalet icke nödvändigt.
L. R. 1904 App. Cas. 179.	Fallet (Colls' case) börjar å s. 179 i volymen för 1904 i serien House of Lords and Privy Council Appeal Cases. Årtalet nödvändigt.

År 1875 upphörde serierna Court of Common Pleas, Court of Exchequer och Court of Queen's Bench. I stället vidtogo serierna Common Pleas Division (C. P. D.), Exchequer Division (Ex. D.) och Queen's Bench Division (O. B. D.), alla tre 1880 uppgående i serien Q. B. D. (Om detta se »Förord».) Att serien King's Bench Division icke betecknas »K. B. D.» utan blott »K. B.» beror därpå, att någon förväxling likväl icke kan äga rum, alldenstund det efter 1865 aldrig funnits någon King's Bench utan endast (efter Victoria) King's Bench *Division*.

Vad den franska judikaturen angår ha följande förkortningar i detta arbete använts:

Cass.-Civ. = La Cour de Cassation, la Chambre Civile.
Cass.-Req. = La Cour de Cassation, la Chambre des Requêtes.
Cass.-Crim. = La Cour de Cassation, la Chambre criminelle.
Cass.-Réun. = La Cour de Cassation, les trois Chambres Réunies.

Innehåll.

Sid.

Förord VII

Första avdelningen.

POLEMISKT ANGÅENDE CULPA-REGELN.

(Inledning, s. 1 f.)

Martons anmärkningar 2

Ussings anmärkningar 7

Min karakterisering av jurisprudensen vore »ganske forfejled», till bevis varför Ussing andrager Cohn, Bentzon, Møller, Hindenburg, Vinding Kruse och Krabbe, s. 7—14; Vissa medgivanden av Ussing, s. 14 f.; Halvheten i dessa medgivanden, s. 14—16; Förbiseenden, som jag skall ha gjort i min kritik av Ussing, s. 17—20; Det ologiska i Ussings sätt att betona preventionssynpunkten, s. 20—22; Tanken i min kritik vore icke ny, s. 22 f.; Ussing och rättstridighetsbegreppet, s. 23—29, varvid detta begrepps rättsideologiska grund beröres, s. 27—29.

Andra avdelningen.

KRITISKA SYNPUNKTER PÅ DET STRIKTA ANSVARET I UTLÄNDSK RÄTT.

(Allmän anmärkning, s. 30 f.)

FRANSK RÄTT.

Lagstadganden ..... 32—33

La responsabilité du fait d'autrui ..... 34—79

Inledande anmärkning om skuldidén såsom bakgrund för samtliga tre kategorierna: föräldrar, lärare och hantverkare, principaler, s. 34—36.

Principalens ansvarighet efter C. civ. och den traditionella doktrinen 36

Motsättningen mellan Domat och Pothier, s. 37 f.; Presumtionens ickemotbevisbarhet förminskar icke skuldidéns betydelse, s. 38 f.; Ett uttalande

Sid.

av Pothier om ansvarets prevenerande syfte, s. 41—43; Huru man förgäves snuddar vid preventionssynpunkten, s. 44 f.

Principalens ansvarighet enligt la théorie du risque 45

Josserands teori, s. 45—48; Demogues teori, s. 49—51; Planiols teori, s. 51—54; Mazeauds teori, s. 54—56; Lagstiftarens självbedrägeri, s. 56 f.

Summarisk översikt av innehållet enligt nutida tolkning i den franská rätten om »la responsabilité du fait d'autrui» 57

Faders, resp. moders ansvar, s. 58—62 (i praxis ansvaret strängare än skuldpresumtion »tantum iuris», s. 58 f.; moder, förmyndare, »habitant avec eux», s. 59 f.; barnets skuld, s. 61 f.); Lärares och hantverkares ansvar, s. 62—66 (lärareansvarets olika facer, s. 62—64; numera blott hantverkare ansvarig »du fait d'autrui», s. 64; lärlingsförhållandet att skilja från »louage de services», som leder till »commettant»-ansvar, s. 64—66); Husbönders och andra »uppdragsgivares» ansvar, s. 66—79 (begreppet »préposition», s. 66—68; kan läkare m. m. vara préposé?, s. 69; subordinationsförhållandet dominerar framför val-förhållandet, s. 66 f. och 69 f.; sous-préposé, s. 70 f.; det allmännas »commettant»-ansvar, s. 71 f.; ansvaret förutsätter skuld hos »le préposé», s. 72 f.; hans dolus utesluter icke ansvaret, s. 79; innebörden av »dans les fonctions», s. 73—75; »la théorie de l'apparence», s. 75; från judikaturen, s. 75—79).

La responsabilité du fait des choses ..... 80—106

Innebörden av uttalandet i art. 1384 om ansvar »du fait des choses» 80

Tingens »handling» i motsats till den ansvariges och annans handling, s. 80 f.; quasi-délit = culpa såsom skild från dolus, s. 82 (Pothier, Planiol, Bichot, Treilhard); I $^{3}/_{4}$ sekel ansågs art. 1384 överhuvud icke giva någon regel om ansvar »du fait des choses», s. 84; art. 1385 och 1386 (Bertrand de Greuilles uttalanden), s. 84 f.; Sambandet mellan art. 1384 och art. 1385, s. 85 f.; Spekulativa alternativ i fråga om art. 1385, s. 87.

Allmänt om grunden till art. 1386 88

(Resultat beträffande innebörden av uttalandet i art. 1384, s. 90 f.)

Den moderna tolkningen av »la responsabilité du fait des choses» i art. 1384 91

Allmän anmärkning, s. 91—93; Extensionen av art. 1386 (1877 och 1893 års domar av la Cour de Paris), s. 93—95.

Den moderna tolkningen etc. (forts.): Judikaturens inställning 96

Cass.-Civ. den 16 juni 1896, s. 96 f.; Labbés uttalanden, s. 97—99; Allmänt om judikaturen efter domen den 16 juni 1896, s. 99—106 (mindre rigorös intill domen 1914, s. 99 f.; skuldpresumtionen enligt art. 1385 i judikaturen, noten å s. 100 f.; i anslutning till 1927 års dom beröras begreppen cas fortuit, force majeure och cause étrangère, s. 101—104; ansvarets utsträckning till skada genom fastighet, noten å s. 104 f.; skuld-presumtion utbytes mot ansvars-presumtion, s. 105; begreppet »chose inanimée», s. 105 f.).

Sid.

La théorie du risque créé ..... 107—161

Riskteoriens konflikt med art. 1382 och 1383 107

Riskskapandet är en »fait personel», vadan det borde bli skuld-ansvar, s. 107 f.; Några författare, bl. a. Saleilles och Michel, bestrida skuldförutsättning i art. 1382 och 1383, s. 108; Mazeaud contra Gény och Demogue, s. 109; tillägget till art. 1384 genom 1922 års lag, s. 110 f.; ansvar för eldsvåda från lokomotiv, s. 111 och noten å s. 111 f. (jfr s. 92).

Riskteoriens ohållbarhet ur vetenskaplig synpunkt 112

Inledande anmärkning, s. 112—114 (bakgrunden för det strikta ansvaret måste i allmänhet vara detsamma som för culpa-regeln, s. 112; riskteoretikernas avståndstagande från skuldförutsättningen innefattar icke kritisk inställning till skuldansvaret, därmed också uteslutet att de skulle kunna hävda en vetenskapligt grundad lära om strikt ansvar, s. 113 f.; sammanfattning av riskteoriens resonemang, s. 114).

Riskteoriens ohållbarhet (forts.): Rättvisemetodens orimlighet .. 115

Skuld-ansvaret ett utslag av rättvisa, s. 115 f.; Böra-, skuld- och rättviseomdömena avse icke verkligheten utan äro känslouttryck, s. 116—122; Vinding Kruses opposition, noten å s. 122—125; Rättvisemetodens användning skär sig med samhällets intressen och skulle leda till kaos i stället för rättslig ordning; detta visas i fråga om straffrätten, s. 126 och 128—130, och på skuld-regelns område, s. 126—128; Jurisprudensen tvingas därför förvränga sin egen metod, s. 130—132; Rättvisemetodens förvrängning vid det strikta ansvaret, s. 132 f.

Demogues syn på responsabilité du fait des choses 134

Citat från Demogue, s. 134; individualism contra social åskådning, s. 135 f.; Rättighetens relativitet, s. 136—142.

Demogues syn etc. (forts.) 143

Numera skulle det vara mindre lätt att uthärda skada utan ersättning, s. 143; Ansvaret skulle vara motiverat av mångdubblingen av faran, s. 143—145; (Anmärkning om det strikta ansvarets betydelse för höjning av den genomsnittliga aktsamhetsgraden, s. 145 f., jfr s. 4.) Sakens dyrbarhet såsom skäl till ansvaret, s. 146 f.; Ansvarighetsförsäkring som argument, s. 147—149.

Josserands synpunkter 149

Kontentan av Josserands åskådning, s. 149—151; Hans utmönstring av merit-frågan, s. 151 f.; Preventionssynpunkten ingenstädes av Josserand angiven, s. 152 f.; Risque judiciaire, s. 154 f.; Risque universitaire, s. 155; Risque social, s. 155 f.; Risque professionnel, s. 156 f.; Risque domestique, s. 157; Rättighetens relativitet i bakgrunden, s. 158; Ansvaret såsom de svagas skydd mot de starka, s. 158 f.

Rättvisemystikens inflytande på tolkningen av C. civ. 159

Ytterligare om den franska begreppsskolastiken på området 162—198

(Allmän anmärkning, s. 162 f.)

Sid.

Presumtion om ansvarighet i stället för skuld 163

Farliga och ofarliga ting 166

Riperts åsikt, s. 166 f. och 172 n. 7; Distinktionen ohållbar, s. 168 f.; Strikta ansvarets tveeggade natur, s. 169 f.; Reell betydelse av farlighetsgradering, s. 170 f.; Skillnaden mellan farliga och ofarliga ting numera upphävd, s. 171 f.

Skada genom handling av ting 172

Ansvar för skada genom automobil före 1930 års plenardom, s. 172—174; Fallet Jand'heur, s. 175—177; 1930 års plenardom, s. 177 f.; Trots uppgivande av idéen om skadan såsom tingets »autonoma» verk förblir ansvaret »du fait des choses» en steril konstruktion, s. 178 f.; Skada genom cykelåkning, s. 180—182; Måste tinget ha haft »un rôle actif» för skadan?, s. 182—187; Reflexioner i anledning av de sterila konstruktionerna, s. 187 f.

Le gardien de la chose 189

Ägaren är in dubio »gardien», s. 189; Steriliteten i »la garde juridique», s. 189—192; Behåller bilägaren »la garde», om bilen stjäles?, s. 192 f.; På skjutbanan har innehavaren, icke kunden, pistolen i sin »garde», s. 193 f.; Däremot förlorar beställaren »la garde» till materialier, som han utlämnar till entreprenören, s. 195 f.; Principalen åter, icke hans préposé, är »gardien», s. 196 f. (och noten å s. 190 f.); Därigenom synes »commettant»-ansvaret avsevärt utvidgat, s. 197 f.

Slutanmärkning till kritiken av la responsabilité du fait des choses ..... 199—210

Praxis efter 1930 synes oförändrad, s. 199; Skuldregeln undanträngd i omotiverad grad, s. 200 f.; Sammanfattande förklaring därtill, s. 201 n. 7; Tanken bakom »cause étrangère» såsom befriande från ansvaret, s. 201—203; Ansvar för »Troubles de voisinage», s. 204—210.

ANGLO-AMERIKANSK RÄTT.

Nutida synpunkter på skadeståndsrätten särskilt i Amerika 211—244

Allmänna anmärkningar 211

Uttalanden av Jeremiah Smith utvisa, att skuldansvaret betraktas såsom den egentliga principen, s. 211 f. (jfr s. 245 och 265); Åskådningarna hos Smith, Isaacs och Harris, s. 212 f., s. 213, s. 214—217 och s. 222; Avogheten i U. S. A. mot strikt ansvar belyses med data angående lagstiftning om »workmen's compensation», s. 218 f.; Allmänt om frånvaro av egentliga principer om strikt ansvar inom kommunikations- och industriell verksamhet, s. 217 f., s. 219—222.

Harpers framställning av grunden för skadeståndsrätten 223

Allmänt om oklarheten i Harpers ståndpunkt, s. 223 f.; Harpers postulat: »Law is relational», s. 224, och Rättens funktion att skydda intressena, s. 224—226; Rättvisan = »the collectivist welfare», s. 226—230; Harpers tredje och sista »basic postulate», s. 230; Harpers »torts»-system, s. 230 f.; Harpers ställning till skuldansvaret, s. 231—233.

Sid.

Anmärkningar till Roscoe Pounds rättsåskådning 234

Pound har en del realistiskt färgade uttalanden, s. 234; Rättens ändamål under olika utvecklingsskeden, s. 235 f.; I sin egen åskådning förbiser Pound rättsvetenskapens beroende av rättsideologien, som han icke tagit avstånd från, s. 236—238; Hans »claims» ha sin grund i »materiella rätten», av honom kallad »jural postulate of civilized society», s. 239—241; Pounds syn på skadeståndsrätten, s. 241—244.

Fault-liability huvudregeln i anglo-amerikansk skadeståndsrätt 245—295

(Allmänna uttalanden av Austin m. fl. s. 245 f.)

Exkurs: Negligence och Culpa 246

Oklarheten historiskt ang. »action of negligence», s. 247; Negligence numera dels »a specific tort», dels element i andra »torts», s. 248—250; Salmonds åskådning, s. 249, 251—253; »Duty of care», noga taget = »absolute duty», s. 250 med n. 4 samt s. 253 f.; Donoghues case, noten å s. 255—257 (samt s. 259 n. 4 och s. 294); Lord Wrights uttalande i fallet Grant v. Australian etc., s. 254—259; »carelessness» utan »duty to take care», not å s. 259; negligence såsom »state of mind» contra såsom »conduct», s. 259 f.; I sak ungefärlig överensstämmelse mellan negligence-läran och den kontinentala skuldläran, s. 260—262; Vissa karakteriseringar av negligence sådana, att de täcka allt strikt ansvar, s. 262 f.

Fault-liability huvudregeln (forts.) ..... 263—295

Anmärkningar, berörande Stanley v. Powell och Brown v. Kendall, s. 263—265, samt »inevitable accident» och »inevitable mistake», s. 265 f.

Res ipsa-doktrinen 267

Innebörd enligt cases, s. 267—270; ang. frekvens i England, noten å s. 270—273, i U. S. A., s. 273; Res ipsa-doktrinen och »liability for dangerous things», s. 274—279 (Vaughan v. Taff Vale Rlwy, s. 274; Indermaur v. Dames, noten å s. 276—278); Effekten av »res ipsa loquitur» oklar, s. 279—281; Heckel & Harpers anmärkningar ang. effekten, s. 281—283; Några påpekanden ang. doktrinen, noten å s. 283 f.

Negligence: Fact or Law? 284

Kan juryn konstatera negligence?, s. 284 f.; Kompetensfrågan mellan judge och jury enligt en leading case, s. 285—287; Fördelningen av »facts» och »law» vid negligence är en missriktad frågeställning, s. 287—291 (begreppet negligence i rättslitteraturen ytterligare berört); Vad har i verkligheten skett, när man »konstaterar» negligence?, s. 291—295.

DET STRIKTA ANSVARET I ENGLAND OCH AMERIKA.

(Allmän orientering s. 296—302; distinktionerna »law of torts» och »law of contract» samt »common law» och »equity law» beröras i noten å s. 297—301.)

Trespass ..... 303—331

(Allmänt om »trespass» och »case», s. 303 f.)

Sid.

Exkurs: »The forms of action» 304

Begreppet »writ», s. 304—306; In consimili casu, s. 307 f.; Action on the case, s. 308 f.; »The abolition of forms of action», s. 310 f.; Trespass och case, s. 311.

Trespass såsom grund för strikt ansvar 311

Trespass to land kränkning av besittning, s. 311 f.; »Actionable per se» (abatement och injunction); måste vara »intentional»; »inevitable accident» och »inevitable mistake»; trespass to chattels; s. 313—316.

Cattle trespass 317

Egentligen icke trespass utan case, s. 317; Resonemangen till möjliggörande av trespass-begreppet, s. 318—320; Begreppet cattle, s. 320 f.; Cattle trespass i U. S. A., s. 322.

Ansvar för skada genom djur annorlunda än genom »cattle trespass» 322

Dangerous och domestic animals, s. 322 f.; Vid domestic animals förutsätter ansvaret (culpa eller) »scienter», s. 324—326; Skada å cattle genom hund, s. 327 f.; Ansvaret, när djur-keeper förlorat besittningen till djuret, s. 328.

Conversion 329

Innebörd, s. 329 f.; Vårt godtrosförvärv saknar principiell motsvarighet i England, noten å s. 329 f.; Conversion och trespass, s. 330; Action of trover, s. 331.

Nuisance ..... 332—347

Innebörd, s. 332; Salmonds egendomliga åsikt om negligence såsom grund till ansvaret, s. 333 f.; Avgränsning mot trespass, s. 334 f.; Vetenskaplig behandling av ämnet saknas, s. 335 f.; Pollocks klassificering, s. 336 f.; Obstruction of right to light, s. 337—340.

Colls' case 340

Redogörelse och domsuttalanden, s. 340—345; Reflexioner, s. 345—347.

Rylands v. Fletcher ..... 348—390

Redogörelse för fallet 348

Anmärkningar till fallet Rylands v. Fletcher 351

Domen laborerar oböljt med rättsideologiska effekter, s. 352 f.; Rättvisemetoden i Rylands' fall och i Colls' case, s. 353; Primitiviteten i domens rättvise-synpunkter, s. 353—356; Mera förnuftiga frågeställningar i ett fall som Rylands' antydas, s. 356—359.

Rylands v. Fletcher i judikatur och litteratur 359

Domsprincipen sedd ur synpunkten av nuisance, s. 359—361; Pollocks förklaring av principen ovetenskaplig, s. 361—364; Salmond synes ensam med sin åsikt om domsprincipen såsom uttryck för »vicarious liability» för andras negligence (Nichols v. Marsland och Box v. Jubb), s. 364—368; Doms-

principen avser även »upper and lower occupiers» (Carstairs v. Taylor), s. 368 f.; Intet ansvar för »the escape» av ting, enligt naturens ordning på fastigheten, s. 369—371; Den av lordkanslern angivna förutsättningen för ansvaret: non-natural user (Blake v. Woolf och Rickards v. Lothian), s. 371—375; Ansvaret kan avse »the escape» av vad som helst, s. 375—377; Förutsättningen »dangerous things», s. 377 f.

Rylands' fall i U. S. A. 378

Hur Bohlen förklarar motståndet i U. S. A. (mill dam cases), s. 378—380; Losee v. Buchanan, s. 380—382; Andra uttalanden från judikatur och litteratur, s. 382—385; Ansvar för »blasting», s. 385—388; Principen i Rylands' fall är noga taget ingenstädes accepterad i U. S. A., s. 388—390.

Liability for fire ..... 391—436

Beaulieu v. Finglam (1401) 391

Om Year Books, noten å s. 391 f.; Negligence synes på denna tid ha saknat distinkt betydelse, s. 393 n. 2 (jfr s. 398); Tvivelaktigt i vilken mån fallet utvisar strikt ansvar, s. 393 f.

Turberville v. Stampe (1698) 395

Wigmores och Salmonds skilda åsikter angående fallets innebörd, s. 395 f.; Lord Holts uttalanden innefatta en allmän princip om »master's liability», s. 396 f.; Winfields belysning av fallet, s. 398.

The Fires Prevention (Metropolis) Act (1774), s. 399—401.

(Avser, till skillnad från Annes Act av 1706, jämväl eld utomhus och befriar husbonden från ansvar för eld, som börjat »accidentelly», ursprungligen innefattande »negligently», s. 399 f.; Ansvaret skärpt genom Filliter v. Phippard och Musgrove v. Pandelis, s. 400.)

Den allmänna regeln om »liability for fire», s. 401 f.

Strikt ansvar för skada genom eld enligt principen i Rylands v. Fletcher 402

Ansvar för eldskada genom gnistor från lokomotiv eller lokomobil: Jones v. Festiniog Railway Co. och Powell v. Fall, s. 402 f.; »Statutory powers» befriar från detta strikta ansvar (Rex v. Peace), s. 404—406; Jones' och Powells fall, jfda med Salmond's åsikt (ovan s. 333 f.), att hela driften, utan »the authority of a statute», vore rättstridig, s. 406 f.; Den rättsideologiska förvirringen i ämnet, s. 408—410; »Statutory powers» befriar från ansvar enligt Rylands v. Fletcher även i andra situationer än skada genom eldspridning, såsom framgår av Green v. Chelsea Waterworks Co., s. 410 f.; Vilken har störst auktoritet, en »Act of Parliament» eller »Common Law»?, s. 412—414; Då järnvägsdrift med ånglokomotiv numera regelmässigt är »legaliserad», leder eldskada från lokomotiv blott till ansvar för »negligence» (Vaughan v. Taff Vale Railway Co., s. 415 f.; Hammersmith Rlwy Co. v. Brand, s. 416—422); Befrielsen från strikt ansvar genom »statutory powers» väsentligen modifierad genom »The Railway Fires Act» (1905), s. 422 f.; Är icke principen i Rylands v. Fletcher tillämplig i andra fall av skada genom elds spridning än genom gnistor från lokomotiv?, s. 423 f. (och s. 434 f.).

Musgrove v. Pandelis, s. 424—427.

Reflexioner i anledning av Musgrove v. Pandelis, s. 427—435.

(Varför har domstolen icke subsidiärt åberopat »the master's liability for the acts of his servant»?, s. 427 f.; Tanken att »The Fires Prevention [Metropolis] Act» gåve »protection» mot ansvarighet, s. 428 f.; Vissa otillförlitliga påståenden av domarna, bl. a. att principen i Rylands v. Fletcher vore en gammal »common law»-regel, s. 429 ff.; Maximen sic utere tuo ut alienum non laedas, s. 431 f.; Uppdelningen av elden, till möjliggörande av acceptabel tolkning av »The Fires Prevention [Metropolis] Act», s. 432 ff.)

Ansvaret i U. S. A. för skada genom eld 435

MASTER'S LIABILITY FOR THE ACTS OF HIS SERVANT.

Historiska drag i master's liability for the acts of his servant 437—455

Respondeat superior 437

Romersk och engelsk rätt, noten å s. 437—440; Frasens ursprung, s. 437—440; Cokes uttalanden, s. 440—443.

Master's liability i äldre tider 443

Wigmores uttalanden, s. 443 f.; Cases under 1300-talet, s. 445—447; Faktisk auktorisering sannolikt i princip förutsättning för ansvaret från omkring 1300 till bortåt 1700, s. 447 f.

Lord Holt och Blackstone 448

Holts domsuttalanden, s. 448 f.; Holt lade grunden till nutida doktrin, s. 450; Blackstone, s. 450 f.; Den förmenta uppfattningen om »public policy» såsom grund för Holts ståndpunkt, s. 451 f.; Ansvar jämväl för »wilful acts» (Barwick v. English ... Bank och Lloyd v. Grace etc.), s. 453—455.

Nutida grunddrag i master's liability for the acts of his servant ..... 456—517

Ansvarets motivering 456

Salmond s. 456 f.; Holdsworth s. 458—461; Pollock s. 461 f.; Winfield, s. 462; Harper och Burdick, s. 463 n. 1; Kloka synpunkter i en amerikansk dom, s. 463 f.

Rättspolitiska synpunkter på frågan om principalens ansvarighet för anställdas culpa 464

Förhållandet »master and servant» 472

»Agent», »servant» och »independent contractor», s. 472 f.; Tjänstelega, arbetsbeting, »bailment» (Venables v. Smith), s. 474—476; Läkare och sjuksköterskor servants? (Evans v. Liverpool etc., Hillyer v. Governors etc. m. fl.), s. 476—479; Lärare skolmyndighetens servant (Smith v. Martin etc.), s. 479 f.; Master's liability även å icke-statlig corporation, s. 480 f.; Däremot icke å statlig myndighet (»the king can do no wrong») utom

i kolonierna (Farnell v. Bowman), s. 481 f.; Över- och underordnade, i allmän eller enskild tjänst, icke »masters and servants» utan »fellow-servants» (Bainbridge v. The Postmaster General), s. 482 f.; Maximen »the king can do no wrong» i U. S. A., s. 484—486.

In the course of his employment 486

Handlingen åtminstone indirekt auktoriserad av master, s. 486 f.; Auktoriseringsfiktionen torde ha befrämjat ansvarets utsträckning även till »servant's» dolösa handlingar, s. 488 f.; Är det motiverat att låta »master» i princip svara jämväl för »servant's» dolus?, noten å s. 489—491; »Master» svarar jämväl för »torts», som varken äro »wilful» eller »negligent» (Poland v. John Parr & Sons), s. 490—493; »Master» svarar även för skada genom handlingar, som »servant» förbjudits företaga (Limpus v. London General Omnibus Co.), s. 493 f.; Blott fullgörande av åliggandena samt dessas kulposa handhavande komma otvetydigt under »in the course of the employment», s. 494 f.; Hur därutöver detta begrepp tillämpats visas medelst »cases» (William v. Jones: snickare tänder pipa under arbetet, Jefferson v. Derbyshire Farmers: garagebiträde tänder cigarrett under arbetet i garaget, Stevens v. Woodward: kontorist tvättar händerna i förbjuden lavoar och glömmer stänga kranen, Ruddiman v. Smith: lika med föregående, lavoaren dock icke förbjuden, s. 495—498; därefter följa ett antal fall avseende skada genom »servant's» häst- eller bilkörning, s. 499—503); Några reflexioner, s. 503—505; Anm:r ang. U. S. A. (bl. a. doktrinerna om »familjebilen» och »dangerous instrument»), noten å s. 505 f.

Doktrinen om common employment 506

Innebörd s. 506—510; Invändningen oduglig gentemot »absolute duty» å master's sida, s. 511 f.; Employers' Liability Act och Workmens Compensation Act, s. 512 f.

Master and servant: joint tortfaisors 514

Tredje avdelningen.

HAR RÄTTSVETENSKAPEN BEHOV AV RÄTTSIDEOLOGI?

Rättsideologiens äganderätt i erfarenhetsmässig belysning .. 518—533

De tre realitetsgrupperna 520

Hur A blir ensam herre över saken, s. 520—524; Skadeståndet som ekvivalent, s. 525; Vindikationen, s. 525 f.; Termen »trygg position», s. 526 f.

Lagregeln om köpet såsom laga fång 527

Begreppet lag- eller rättsregel, noten å s. 527 f.; J. B. 1:1 kan icke tagas efter orden, s. 527—530; Köpslutets betydelse såsom rättsfaktum, s. 530 f.; Rättsideologiseringens sociala betydelse, s. 532 f. (och s. 587 ff.).

Hur förklara rättsmetafysikens makt över vetenskapsmän i vår realistiska tid? ..... 534—548

Ett faktum att rättsvetenskapen allt ifrån sin begynnelse intill våra dagar

Sid.

haft och har metafysiska förutsättningar, s. 534—539; Rättvisan såsom drivfjäder till rättsideologien, s. 540—544; Slutanmärkningar, s. 544—548.

Om metod för en från rättsideologien frigjord konstruktiv rättsvetenskap ..... 549—604

Vad jag menar med konstruktiv rättsvetenskap 549

Rättsverksamhetens empiriskt framgående syftemål, s. 549—553; Konstruktiv rättsvetenskap, verksam icke blott kunskapskritiskt utan även värderande, kan icke undvaras i samhället, s. 553—558.

Om samhällsnyttan i min tes 558

Preliminära anmärkningar, tagande avstånd från varje idé om absolut värde, s. 558—560; Lagstiftarens värderingar omedelbart bestämmande, s. 561; Kamp mellan rättsideologiska och sociala värderingar, s. 562; Samhällsnyttan i demokrati och diktatur, s. 562 f.

Hur lagstiftaren influeras av den allmänna värderingen 564

Här betonas bl. a. kunskapslägets för värderingarna bestämmande betydelse.

Kunna samhällsindividernas överensstämmande intressen betraktas som ett samhällsintresse och icke blott som varje individs intresse? 570

Samhällsnyttan i min tes ingen princip i logisk mening utan praktisk vägledare 571

Jämförelse göres med en publik eller enskild företagare, som låter sig ledas av hänsyn till företagets välgång, s. 571—574; Betydelsen av att man gör de sociala värderingarna i medvetandet om sin samhörighet med andra, varigenom en viss homogenitet uppstår, s. 575—577.

En svensk domares missuppfattning av min tes om samhällsnyttan 578

Samhällsnyttan i allmän och speciell betydelse 582

Rättskänslornas betydelse i samhällsorganisationen 587

Influerar det på hållbarheten av min tes att värderingarna ur samhällsnyttans synpunkt kunna vara delade? 591

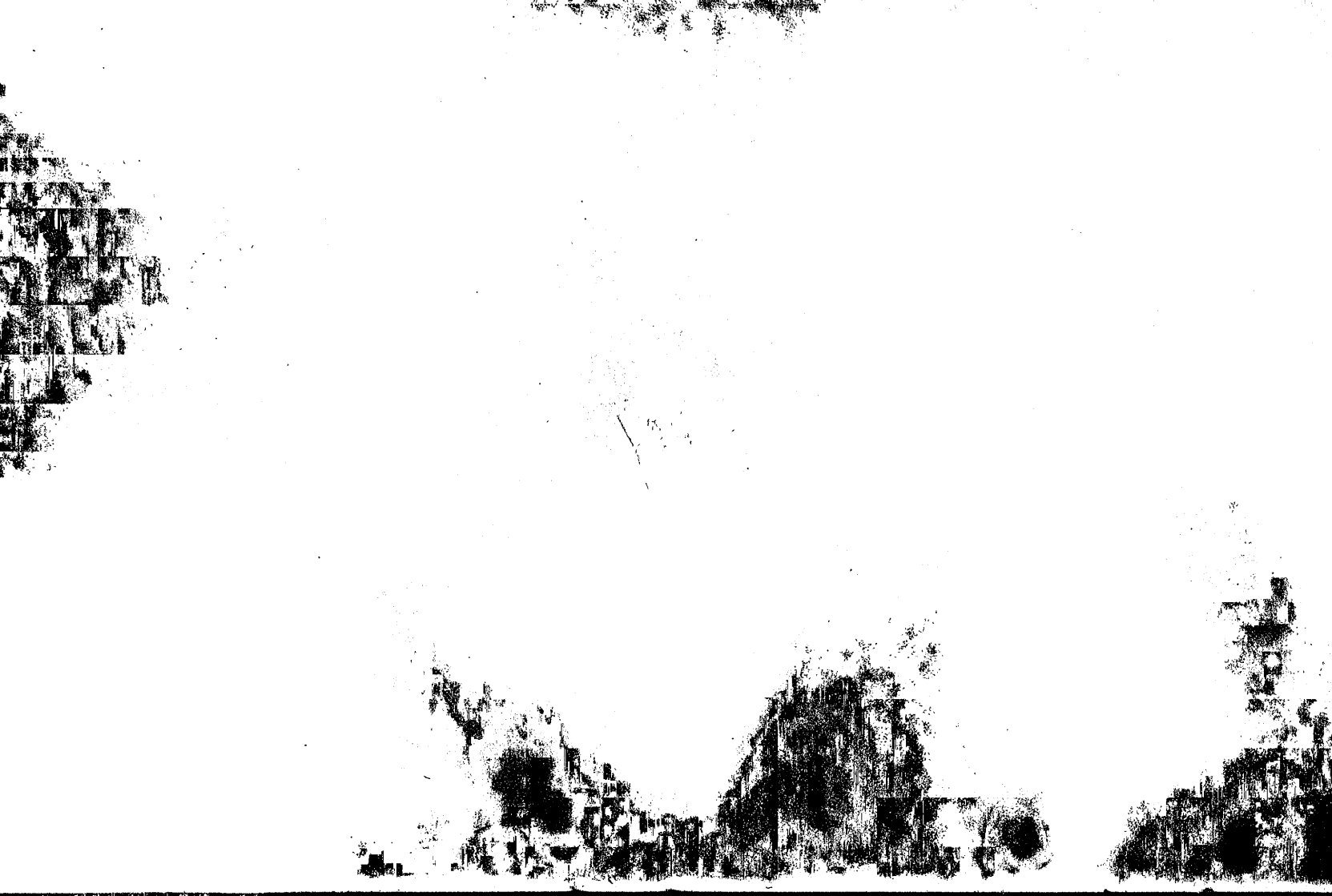
Tvivelsmål kunna icke undanrödjas genom rättsideologi eller fiktioner, s. 592 f.; Synpunkter på frågan om läkaren begår mord, när han förkortar den obotligt sjuke och plågade patientens liv, s. 593—595; En missuppfattning av mitt uttalande angående grunden till kravet på uppskovsränta, s. 596—598; Inpasset, att meningarna om vad som är samhällsnyttigt kunna vara delade, gentemot min tes meningslöst, s. 598—600; Hur mycket än en lag bestämts av rättsideologiskt syfte, kan detta — att *förverkliga det objektivt rätta* — aldrig realiseras, s. 600—602; En egendomlig installationsföreläsning av rättsvetenskapsman, s. 603 f.

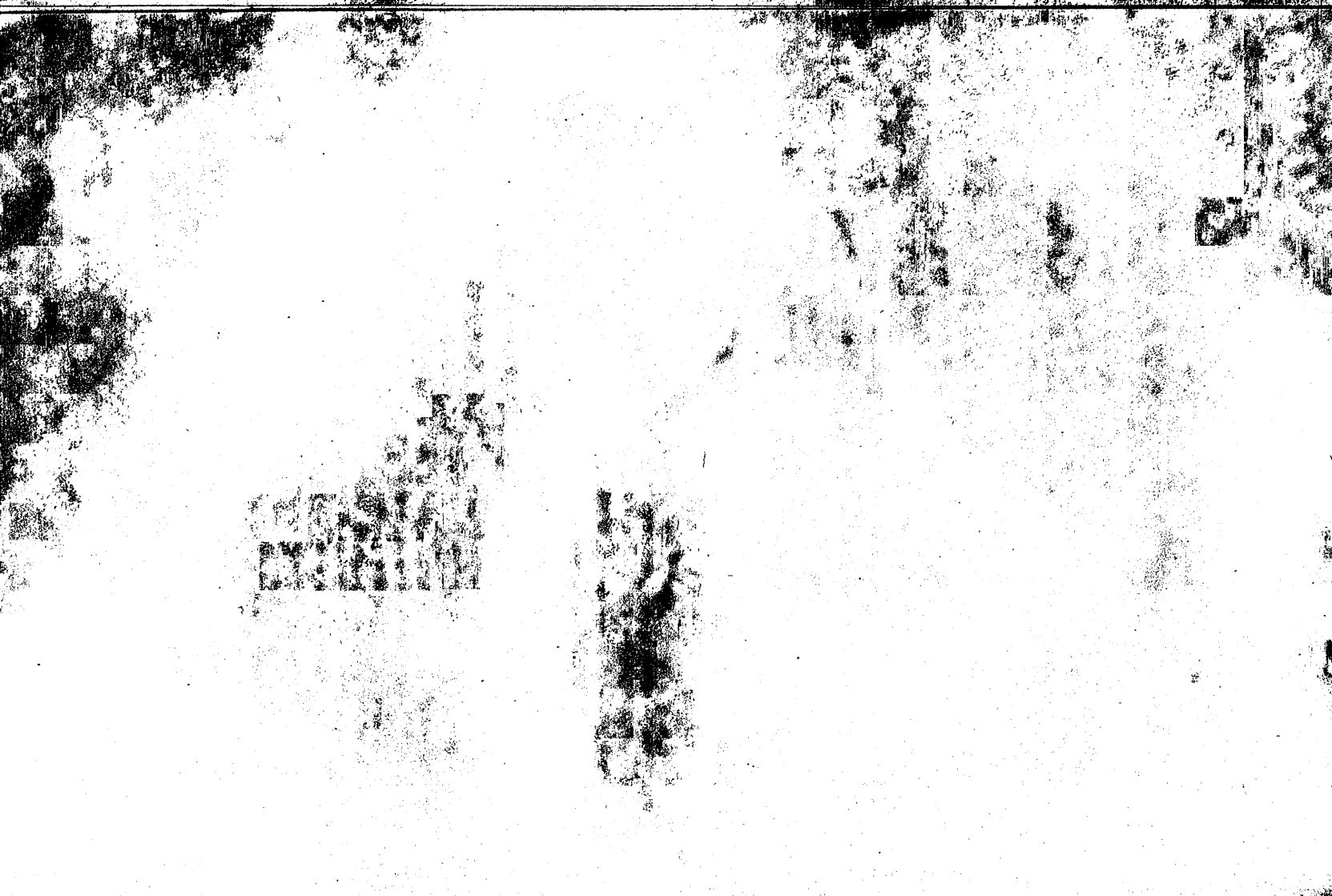
Litteraturförteckning 605

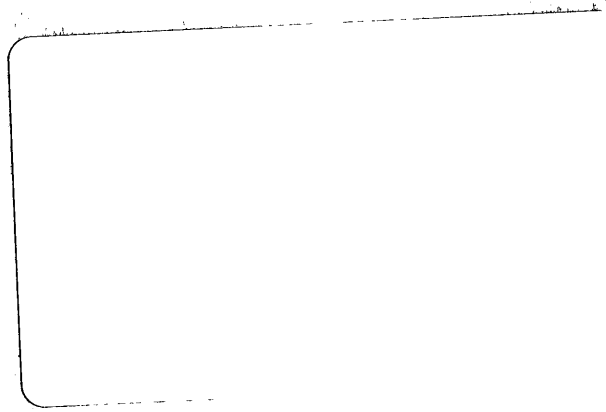
Index till engelska (och amerikanska) rättsfall 612

JURIDISKA SEMINARIET
VID
UPPSALA UNIVERSITET

[illegible]







Genom **L. Norblads Bokhandel, Uppsala,** erhållas jämväl följande föregående arbeten ur samme författares *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten:*

I. **Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar.** 1920.

II. **Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyrén.** 1921.

III. **Obligationsbegreppet. Förra delen: Fakta och fiktioner.** 1929.

III. **Obligationsbegreppet. Senare delen: Den i förra delen hävdade åskådningen ytterligare konfronterad med jurisprudensens läror.** Första häftet. 1930.

IV. **Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen: Culpa-regeln.** 1935.

På **Hugo Gebers Förlag, Stockholm,** har utkommit:

Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Sju föreläsningar samt efterskrift. 1942. Kr. 5: 50.

Pris 20 kronor

Uppsala 1944. Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB 448