

# CULPA LEGIS AQUILIAE

ENLIGT JUSTINIANSK RÄTT.

ETT BIDRAG TILL LÄRAN OM UTOMBLIGATORISKT SKADESTÅND.

---

## I. DET SUBJEKTIVA REQUISITET VID CULPA LEGIS AQUILIAE.

---

AFHANDLING

SOM

MED TILLSTÅND AF

VIDTLAGFARNA JURIDISKA FAKULTETEN I LUND

KOMMER ATT OFFENTLIGEN FÖRSVARAS

Å LÄROSALEN N:O VI ONSDAGEN DEN 1 MARS 1893

KL. 10 F. M.

AF

D:R JOHAN THYRÉN,

DOCENT VID LUNDS UNIVERSITET.

---

DISTRIBUENT:

GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN, LUND

(HJALMAR MÖLLER.)

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023

eISBN: 9789198793352

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.214>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.  
(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

LUND 1893.

E. MALMSTRÖMS BOKTRYCKERI.

## Förord.

I föreliggande arbete har jag satt mig till uppgift att, för den Justinianska rättens räkning, gifva en dogmatisk utredning af en rättsfråga, hvilken, på samma gång den är en af dem, där den Romerska rättens inverkan på modern rätt är mest omiskännelig, äfven torde vara en af dem, där den moderna rätten bestämdast visar en tendens att gå utöfver den Romerska rättens ståndpunkt. Genom den här af föranledda brytning mellan den nedärfda Romerska och en ur moderna kulturförhållanden framgången princip, som både i lagstiftning och i doktrin eger rum inför våra ögon, bör denna fråga i ganska hög grad besitta aktualitetens intresse.

Det är tydligt, att en dylik dogmatisk undersökning af den Justinianska kodifikationens ståndpunkt är, både i afseende på metod och material, något helt annat än en historisk framställning af frågans utveckling genom den Romerska rättens olika stadier. Därmed är visserligen icke sagdt, att dessa båda sidor icke skulle kunna förenas i ett och samma arbete. För min del har jag emellertid, framför allt af det skäl, att jag företagit detta arbete med hänsyn till den Romerska rättens sammanhang med vår Svenska rätt, funnit lämpligast att från början inskränka mig till en dogmatisk framställning af den Justinianska rätten och icke företagit några själfständiga forskningar rörande äldre Romersk rätt. Oafsedt nämnda hänsyn till modern rätt, kan denna inskränkning anses rättfärdigad äfven däraf, att den Romerska rättens historiska utveckling inom sig, med afseende på förevarande fråga, blifvit jämförelsevis mera definitivt utredd, än den dogmatiska sidan, särskildt genom Pernices sorgfälliga undersökningar i *Labeo II*, till hvilka, med det material, vi f. n. besitta, icke så synnerligen mycket af bestämda resultat torde vara att tillägga, om än flere omtvistliga punkter alltjämt stå öppna. Att införa en resumé af nämnda och andra bekanta verk, skulle jag icke ansett lämpligt, äfven om detta arbete icke närmast framkommit såsom ett specimen. Naturligtvis har jag icke kunnat undgå att åberopa dessa resultat på sådana punkter, där den Romerska rättens inre historiska utveckling kan

anses utgöra en instans vid lösandet af tvifvelaktiga frågor inom den Justinianska rätten.

Hvad åter angår den Justinianska rätten, har jag sökt att, genom att fullständigt genomgå rättskällorna, såvidt möjligt sammanbringa allt material, som kunde anses vara af afgörande vikt för här förevarande ämne. Likaledes har jag eftersträfvat största möjliga fullständighet med afseende på den rent moderna litteraturen i ämnet, hvaremot det för den äldre litteraturens räkning naturligtvis icke varit möjligt att medtaga mera än det allra vigtigaste.

På en och annan punkt, där det gälde att gifva den begreppsliga analysen största möjliga bestämdhet, har jag så mycket mindre tvekat att för detta ändamål begagna mig af grafiska beteckningar, som liknande hjälpmedel icke så sällan användts af moderna författare (Ihering, Bar o. a.).

Då jag tänkt mig, att förevarande arbete, på grund af frågans nära samband med vår gällande rätt, möjligen skulle kunna vara af intresse äfven för någon, som icke särskildt sysslat med Romersk rätt, har jag låtit de i texten anförda källställen åtföljas af översättning, hvaremot jag icke ansett detta behöfligt eller lämpligt vid de endast i noterna införda. Detta är emellertid en af de punkter af arbetet, för hvilka jag finner mest nödigt att anhålla om läsarens öfverseende, då jag väl inser, att det fordras att vara filolog af facket för att kunna åstadkomma ett någorlunda otadligt arbete af detta slag. Till de i slutet införda rättelserna, hvilka hufvudsakligen röra dessa översättningar, ber jag att härmed få hänvisa.

Undersökningen är indelad i tvänne delar, af hvilka den ena omfattar de frågor, som vanligen pläga föras till begreppet *culpa*, den senare vissa frågor, som till stor del pläga behandlas i sammanhang med begreppet *interesse* (jfr. § 4). Då tryckningen af yttre omständigheter något fördröjts, ser jag mig nödsakad att mot beräkning skilja de båda delarne och här framlägga endast den första, hvilken emellertid i hufvudsak torde utgöra ett afslutadt helt. I hvarje fall hoppas jag, att med det snaraste kunna låta den andra delen följa.

Lund i Februari 1893.

J. Thyren.

## Hufvudsakligen använda arbeten.

Siffrorna afse sidan, då ej annat anmärkts. Vid mera tillfälliga citater äro titlarna med nödig utförlighet angifna i de beträffande noterna. — Källställena äro citerade efter de vanliga upplagorna.

*Addison* — Addison on torts. A treatise on wrongs and their remedies by C. G. Addison. Sixth Edition. By Horace Smith. London 1887.

*Amira* Altschw. Obl. R. — Nordgermanisches Obligationenrecht von Karl v. Amira. Erster Band. Altschwedisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.

*Audibert* — Des deux formes d'aliénation mentale, reconnues par le droit romain (*furiosus et demens*), par A. Audibert. (I Nouv. Rev. Hist. de droit Franc. et étr. XIV, 846—890 (Paris 1890).

*Bar* Die L. v. Kaus: zus. — Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Rechte besonders im Strafrechte. Von Dr. L. v. Bar. Leipzig 1871.

*Bar* Grünh. — Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht. Von Dr. L. v. Bar. — I Grünhuts Zschr. f. d. Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. Viertes Band. Wien 1877. (ss. 21—90).

*Baron* — Pandekten von Dr. J. Baron. Siebente Auflage. Leipzig 1890.

*Bentzon* — Begrebet Vis Major i Romersk og Nordisk Ret med særligt Hensyn til Reders Ansvar for Ladning, af Viggo Bentzon. Kjøbenhavn 1890.

*Bethmann-Hollweg* — Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Von A. M. v. Bethmann-Hollweg. I—III. Der römische Civilprozess. Bonn 1864 ff.

*Birkmeyer* — Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht von Dr. Karl Birkmeyer. Rostock 1885.

*Brinz* — Lehrbuch der Pandekten von Dr. Alois Brinz. Erster Band. Dritte Auflage. Erlangen 1884. Zweiter Band (I—II). Zweite Auflage. Erlangen 1879—1882.

*Bruckner* — Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur Vis Major nach Römischen Recht, von F. X. Bruckner. München 1889.

*Böcking* — Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems. Von E. Böcking. I—II. Leipzig 1858—1855.

*Cujacius* — Jacobi Cuiacii Opera, ad Parisiensem Fabrotianam Editionem diligentissime exacta cet. I—XI. Venedig 1758—1783.

*Degenkolb* — Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes, von Degenkolb. (I Arch. f. d. Civ. Prax. LXXVI, 1—88. Freiburg i B. 1890).

*Demolombe* — Cours de Code civil, par C. Demolombe. (Pag. inom klammer efter Bryssel-upplagan).

*Dernburg* — Pandekten. I—III. Von Dr. Heinr. Dernburg. Zweite Auflage. Berlin 1888—9.

*Ebbecke* — Der herstellende Rechtsschutz, von J. Ebbecke. (I Jahrb. für Dogmatik des heut. Röm. und Deutsch. Privatrechts XXVII, 304—334; Jena 1889).

*Exner* — Der Begriff der höheren Gewalt, von Exner. (I Grün-

huts Zschr. für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, X, 497—582. Wien 1883).

*Gensler* — Ist nach den römischen Gesetzen das Stufenalter eines Unmündigen ein Maasstab bei der Frage: ob die von ihm verübte schädliche Handlung für dolos, culpos oder für nicht imputabel, zu achten sei? Von Gensler. (I Arch. f. d. Civ. Prax. IV, 216—234. Heidelberg 1829).

*Gimmerthal* — Die Lehre vom Interesse neu in ihren Grundzügen reconstruirt. Von Th. Gimmerthal. Arnstadt 1876.

*Girard* — Les actions noxales, par P. F. Girard. (I Nouv. Rev. Hist. de droit Fr. et étr. XI, 409 ff; XII, 31 ff. Paris 1887—8).

*Glück* — Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar von Dr. Chr. Friedr. Glück. Zehnten Theils erste Abtheilung. Erlangen 1808.

*Grüber* — The Roman Law of Damage to Property being a commentary on the title of the digest ad legem Aquiliam (IX. 2) with an introduction to the study of the Corpus Iuris Civilis by Erwin Grueber. Oxford 1886.

*Hasse* — Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Joh. Chr. Hasse. Kiel 1815.

*Hesse* — Zur Lehre von dolus und culpa. Von Dr. Hesse. (I Arch. für die Civ. Praxis. LXI, 203—276. Tübingen und Leipzig 1878).

*Huschke* Gaius — Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen. Mit einer Zugabe über die Klageformeln in der Lex Rubria. Von Ph. E. Huschke. Leipzig 1855.

*Ihering* Schuld m. — Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Eine Festschrift. Von R. Ihering. Giessen 1867.

*Lassen* Obl. R. — Haandbog i Obligationsretten. Almindelig del. Af Dr. Jul. Lassen. Kjøbenhavn 1892.

*Liszt* — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Dr. Franz von Liszt. Vierte Auflage. Berlin 1891.

*Luden* — Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. Von Dr. Heinrich Luden. Zweiter Band. Göttingen 1840.

*Löhr* — Theorie der Culpa. Von A. v. Löhr. Giessen 1805.

*Matuja* — Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie. Von V. Matuja. Leipzig 1888.

*Mommsen* — Beiträge zum Obligationenrecht. Von Friedr. Mommsen. Dritte und letzte Abtheilung. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. Braunschweig 1855.

*Mot. D. Entw.* — Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

*Noodt* — Gerardi Noodt Juris-Consulti et Antecessoris ad Legem Aquiliam liber singularis (Opera Omnia, Leyden 1724—pp. 135—172).

*Nordling* — Anteckningar efter Prof. E. V. Nordlings Föreläsningar i Svensk Civilrätt. Allmänna Delen. H. T. 1877—V. T. 1879. Utgifna af Juridiska Föreningen i Upsala. Upsala 1882.

*Pernice* Lab. — Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Von Dr. Alfr. Pernice. Erster Band. Halle 1878. Zweiter Band. Halle 1878.

*Pernice* Sachb. — Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte von Dr. Alfr. Pernice. Weimar 1867.

*Pfizer* — Die Physiologie des Irrthums, von G. Pfizer. (I Jahrb. für die Dogmatik des heut. Röm. und Deutsch. Privatrechts XXIX, 107—169. Jena 1890).

*Pollock* — The law of torts, by Sir F. Pollock. London 1890.

- Pothier* — Traité des Obligations. Par M. Pothier. I—II. Paris 1805.
- Rudorff* — Römische Rechtsgeschichte von Ad. Friedr. Rudorff. I—II. Leipzig 1857.
- Savigny* Obl. R. — Das Obligationenrecht. Von Friedrich Carl v. Savigny. I—II. Berlin 1853.
- Savigny* Syst. — System des heutigen Römischen Rechts von Friedrich Carl von Savigny. I—VIII. Berlin 1840 ff.
- Schaaff* — Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Von F. W. Schaaff. Erster Band. Heidelberg 1857.
- Schulin* — Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechtes von Friedr. Schulin. Stuttgart 1889.
- Serger* — Über den Versuch der Verbrechen nach römischem Recht. Von H. Seeger. Tübingen 1879.
- Sell* — Die actio de rupitiis sarceniendis der XII Tafeln, von C. Sell. Bonn 1877.
- Sintenis* — Das practische gemeine Civilrecht. Von Dr. Carl Friedrich Ferdinand Sintenis. Zweiter Band: Das Obligationenrecht. Leipzig 1847.
- Sourdat* — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats. Par M. A. Sourdat. Troisième Edition. I—II. Paris 1876.
- Suarez* — D. Joannis Suarez de Mendoza Jurisconsulti Hispani Commentarii ad legem Aquiliam. (I Meermans Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici. Haag 1751. T. II, 1—206).
- Tuhr* — Der Nothstand im Civilrecht. Von Dr. Jur. Andr. v. Tuhr. Heidelberg 1888.
- Unger* — Handeln auf eigene Gefahr. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Deutsch. Entw., von Jos. Unger. (I Jahrb. für Dogmatik des heut. Röm. und Deutsch. Privatrechts XXX, 363—421. Jena 1891).
- Unterholzner* — K. A. D. Unterholzner's quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Nach des Verfassers Tode mit einer Vorrede herausgegeben von Ph. E. Huschke. I—II. Leipzig 1840.
- Vangerow* — Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen von Dr. Carl Ad. von Vangerow. Neueste Aufl. I—III. Marburg und Leipzig 1848—1849.
- Voet* — Johannis Voet Commentarius ad Pandectas. Editio quarta. Haag 1723.
- Voigt* Bed. wechsel — Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den ökonomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke. Leipzig 1872.
- Voigt* Jus nat. — Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer. Von M. Voigt. I—IV. Leipzig 1856—1876.
- Voigt* XII Taf. — Das Civil- und Criminalrecht der XII Tafeln von Moritz Voigt. Leipzig 1883.
- Wendt* — Eigenes Verschulden. Von Dr. Otto Wendt. (I Jahrb. für die Dogmatik des heut. Röm. und Deutsch. Privatrechts XXXI, 137—189. Jena 1892).
- Wharton* — A treatise on the law of negligence. By Francis Wharton. Second Edition. Philadelphia 1878.
- Windscheid* — Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. Bernh. Windscheid. I—III. 7 Aufl. Frankfurt am Main 1891.
- Wyss* — Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht. Von P. F. v. Wyss. Zürich 1867.





## KAP. I.

# Inledning.

### § 1.

Området för *lex Aquilia* subsumeras under begreppet utomobligatoriskt skadestånd.

*Lex Aquilia*,<sup>1</sup> sådan den i sin utvecklade gestalt möter oss inom den Justinianska rätten, innefattar en vä-

<sup>1</sup> Angående *lex Aquilia's* ålder hafva meningarna varit mycket olika och bestämdt torde den, ur förhandenvarande källmaterial, icke låta fastställa sig (jfr. *Exner*, Krit. Viert. XI, 312). Somliga författare, däribland *Sell*, *Pernice* Sachb. s. 19 (och *Grüber* ss. 183—5, hvilken här, såsom ofta, inskränker sig till att okritiskt reproducera *Pernice*), vilja med stöd af *Teophilus* 4, 8 § 15 — ὁ γὰρ Ῥωμαῖος χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου τοῦ Ἀκουλίου (δῆμαρχος οὗτος ἦν) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος κ. τ. λ. — sätta den till 468/286, i det nämnda διάστασις τοῦ χυδαίου δήμου skulle åsyfta en *secessio plebis* och då med nödvändighet den tredje (*in montem Janiculum*), enär den första (*in montem Sacrum*) egde rum före och den andra (*in montem Aventinum*) strax efter antagandet af XII tab., men *l. Aq.* bevisligen (*l. 1 pr. D. ht.* — j. n.) kommit till stånd betydligt senare än denna lag. Emellertid förefaller det *a priori* ganska egendomligt, att *Teophilus*, om han känt och velat uttrycka en så positiv tidsbestämmelse, klädt den i dessa allmänna och sväfvande ordalag, ur hvilka man genom en lång deduktion måste utleta kärnan. Därför synes den af *Rudorff* (i hans upplaga af *Puchtas Curs. d. Inst.* § 277, *y*; i hans *Röm. Rechtsgesch.* I, § 41, n. 3 och i *Zschr. f. gesch. RW.* XIV, 395) framkastade hypotesen icke osannolik, att *Teophili notis* uppstått ur *l. 2 § 8 D. de O. J.* 1, 2 *Pomp.* (Deinde cum esset in civitate lex duodecim tabularum et ius civile, essent et legis actiones, evenit, ut plebs in discordiam cum patribus perveniret et secederet sibi que iura constitueret, quae iura plebi scita vocantur. mox cum revocata est plebs, quia multae discordiae nascebantur de his plebis scitis, pro legibus placuit et ea observari lege Hortensia: et ita factum est, ut inter plebis scita et legem species constituendi interest, potestas autem eadem esset) jämförd med *l. 1 § 1 D. ht. Ulp.* (*Lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*): i betraktande af kompilatorernes ringa kännedom om den historiska rättsutvecklingen synes en sådan naivitet ingalunda utesluten. —

sentlig del af bestämmelserna om utomobligatorisk skadeståndsskyldighet. Detta innebär dels, att däri behandlade förpligtelser grunda sig direkt och totalt på lagens stadganden (således på den allmänna rättsordningen och icke på ett eller flera enskilda rättssubjekters vilja), dels, att ersättningsskyldighet är förpligtelsens

icke mera, men icke heller mindre värd är en notis af *Pighius* (Ann. u. R. II, 330), som, stödjande sig på uppgiften, att en *L. Aquilius* varit folktribun 574/180 velat fastslå detta årtal. Denna uppgift är nu i och för sig icke mycket bevisande och är dessutom själf icke vederliggen styrkt genom källställen (jfr. *Pernice Sachb.* s. 18) ehuru *Pernices* antagande af en förväxling med *L. Acilius*—*Livius* XL, 31 — synes något djärf: redan de för *Pighius* naturligtvis välbekanta *ll. Aciliae* synas hafva bort förebygga en sådan).

Det enda resultat, som verkligen låter sig med säkerhet uppnås, är att fastställa gränserna för en tidrymd, inom hvilken lagen måste hafva kommit till. De afgörande källställena äro, för bestämmande af gränsen bakåt: *l. 1 pr. D. ht. Ulp.: Lex Aquilia omnibus legibus, quae antese de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit*; för bestämmande af gränsen framåt: *l. 27 § 22 D. ht. Ulp.: Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto*. Det förstnämnda stället visar, att lagen måste hafva tillkommit efter de tolf taflorna (808/451—805/449) och att flere andra lagar öfver samma ämne legat emellan de tolf taflorna och *l. Ag.* (jfr. *Pernice Sachb.* s. 15); det sistnämnda stället visar — enär den nämde *Brutus* tydligen är identisk med den i *l. 2 § 39 D. de O. J.* 1,2 (post hos fuerunt *P. Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*) och ofta eljes nämde *Brutus*, och enär *Bruti* åsigt utgör en interpretterande utvidgning af lagens ursprungliga bokstaf (quasi rupto), att *l. Ag.* på hans tid (o. 621/133) redan temligen länge varit gällande. (Jfr. om den senare gränspunkten äfven de af *Pernice* o. a. s. 17 cit. ställena hos *Cicero, Brut.* § 131 och pro *Tull.* § 9; någon egentligen ny hållpunkt synas de likväl icke gifva). Sålunda kan man med all säkerhet uppställa årtalen 400/354—600/154 såsom gränser för den tidrymd, inom hvilken *l. Ag.*:s antagande måste falla. (Om handskriftens läsart *Aquila (aqlia)* hos *Gaius* IV, 21, hvilken, om den vore riktig, skulle gifva årtalet 400/354 såsom främre gränspunkt, jfr. *Pernice's* anförande mot *Huschke* — *ib.* s. 16).

Den ofvananförda upplysningen i *l. 1 § 1 c.*, att *l. Ag.* ävägbragtes genom ett plebiscit (stödd af *Nov.* 18,8 — icke 18,5, såsom *Pernice* s. 15 uppgifver —: 'Ἡ δὲ περὶ τὴν ἀνωμοσύνην γινομένη παρά τινῶν σπουδῆ ἀναγκαιῶν ἤμιν ἐποίησε τὴν τοῦ δήμου πάσαι νομοθεσίαν ἀποδέξασθαι, ἣν διὰ τινος τῶν οἰκτιῶν ἐγραφε δημάρχων, τὴν τοῦ Ἀκισβίλιου προσήγοριαν ἐξ ἐκείνου δεξαμένην κ. τ. λ.) brukar vanligen anföras i sammanhang med frågan om *l. Ag.*:s ålder, men är icke egnad att gifva någon närmare tidsbestämmelse, då vi icke känna det närmare förhållandet mellan de lagar (i. *Valeria Horatia* 306/448, i. *Publilia* 416/338, i. *Hortensia* 468/286), genom hvilka tribuskomitiernas beslut likställdes med centuriekomitiernas — således icke från denna utgångspunkt komma längre än —

ursprungliga innehåll. <sup>1</sup> Visserligen grunda sig alla obligationer på den allmänna rättsordningen, men obligationer ur kontrakt göra det icke på en gång direkt och totalt, utan antingen indirekt (i det individernas öfverenskommelse sanktioneras genom rättsordningen) eller partielt (detta senare antingen positivt, i det visst innehåll inträder subsidiärt på punkter, som af kontrahenterna lämnats öppna: *naturalia contractus*; eller negativt, i det visst innehåll är uteslutet från rättslig giltighet: jfr. preskription, räntor m. m.). Under gifna förutsättningar låter däremot lagen en obligation uppstå direkt och med alltigenom bestämdt innehåll; så (enligt Romersk rätt) vid obehörig vinst, vissa skyldskapsförhållanden o. s. v., men framför allt vid en persons ensidiga ingripande i en annans rättssfär, vare sig tillåtet (*negotii gestio* o. s. v.) eller otillåtet (obligationer ur delikter). <sup>2</sup>

hvad redan af *l. 1 pr. c.* framgår med full evidens — att *l. Aq.* icke kan vara tidigare än år 306/448.

<sup>1</sup> Om skadeståndsskyldighet t. ex. ur *negotiorum gestio* gäller det förra (den direkta och totala härledningen ur lagen), men icke det senare (att det ursprungliga innehållet är skadeståndsskyldighet). Skadeståndsskyldigheten uppstår här först ur den genom ett tillåtet rättsingrepp uppkomna obligationen; är därför obligatorisk och icke utom-obligatorisk.

Det saknas icke exempel på att egendomliga mellanformer mellan obl. och utomobl. skadestånd framträd under ett rättssystem utveckling. Om t. ex. den äldre engelska rättens *torts* (eller *wrongs*) founded on *contracts*, se *Blackstone Comm.* de äldre uppl. (III: 9) och *Addison* s. 15 f. („The fact that the same cause of action could thus be stated in two different ways and that in one cause it was called an action of tort and in the other an action of contract, led to some confusion as to the real nature of the action.“ *ib.* s. 16).

<sup>2</sup> För ofvanstående ligger, såsom man finner, följande indelning af obligationerna, med afseende på deras uppkomst, till grund:

Obligationer uppstå

I) genom *enskilda rättssubjekters vilja*:

A) genom *ensidig vilja*.

B) genom *aftal*.

II) (direkt och totalt) genom den allmänna *rättsordningen*.

A) *i anledning af rättsingrepp*.

1) *tillåtet rättsingrepp*: neg. gest. o. s. v.

2) *otillåtet rättsingrepp*: delikt.

B) *på annan faktisk grundval*: obehörig vinst o. s. v. Hit äro att föra äfven *quasidelikter* (ordet taget i den i Gem. Recht vanliga betydelsen, icke i betydelsen af den franska rättens *quasi-délits*, hvilken franska författare (t. ex. *Demolombe* III: iv n. 453; T. XV, 139) stun-

Utomobligatorisk skadeståndsskyldighet innebär alltid för den ersättningskyldige en (förmögenhetsförlust medförande) <sup>1</sup> prestation af förmögenhetsvärde (vare sig naturalrestitution <sup>2</sup> eller, såsom i Romersk rätt, penningersättning <sup>3</sup> göres till princip), men förutsätter inga-

dom vilja göra gällande äfven för den Justinianska rätten. — Huruvida obligationen kommer till stånd genom rättsordningens städgande en gång för alla, eller *in casu* bestämmes af domaren (såsom vid delningsprocesserna), begrundar ingen principiel åtskilnad.

<sup>1</sup> Utgiftvande af hvad som ännu icke öfvergått i damnifikantens förmögenhet är icke skadestånd; icke heller återbärande af obehörig vinst.

<sup>2</sup> Naturalrestitution har gjorts till princip af D. Entw.: se *Mot. D. Entw.* § 219 (II, s. 20). Vidare om naturalrestitutionen såsom princip se *Ebbecke*, Jahrb. Dogm. XXVII, 311 ff., och om de gällande moderna rättssystemernas ställning till frågan *Degenkolb* i Civ. Arch. LXXVI.

<sup>3</sup> „Die Leistung des '*id quod interest*' und mit ihm der Römische Schadensersatz ist *Geldersatz*" (*Degenkolb* ib. s. 10). Denna åsigt är emellertid icke obestridd; den motsatta måste tvärtom betecknas såsom den vanligare; jfr. *Windscheid* § 257 n. 6, *Dernburg* II § 44 n. 5 o. s. v. Däremot t. ex. *Brinz* II, § 281 (s. 345); *Gimmerthal*, Die Lehre von Interesse etc. s. 48 ff. och senast *Degenkolb* a. st. Den motsatta åsigten stöder sig hufvudsakligen på följande ställen:

*l. 3 § 5 D. de alien. jud.* 4, 7 *Gaius*: Quid ergo est, si is, adversus quem talis actio competit, paratus sit utile iudicium pati perinde ac si possideret? recte dicitur denegandam esse adversus eum ex hoc edicto actionem.

*l. 9 pr. D. loc. cond.* 19, 2 *Ulp.* Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.

Men med afseende på dessa ställens beviskraft är riktigheten af *Gimmerthals* invändning utom allt tvifvel, att de näm. handla icke om skadeståndets prestation *in natura* utan om uteslutande af sådan prestation genom anbud om ersättning *in natura*, eller, praktiskt uttryckt: nämnda ställen innebära, att ett frivilligt anbud om naturalrestitution kan utesluta skadeståndstalan, men innebära icke något berättigande för målseganden till naturalrestitution: damnifikanten har valet emellan de båda ersättningsmodi, men icke damnifikaten — eller, såsom *Degenkolb* (s. 13) uttrycker förhållandet: „Die Nichterfüllung ist Ursache, dass es zur Interesseleistung (im *Gelde*!) kommt.“

Hvad angår uttrycket *damnum sarcire*, hvarpå man stundom beropar sig, kan det anses afgjordt, att det i Justiniansk rätt icke betyder natural-, utan penningersättning. Så isynnerhet *l. 2 C. ht.*: *Legis Aquiliae actione expertus adversus eum, quem domum tuam deposuisse, vel incendio concremasse, damnoque te afflxisse proponis, ut id damnum sarciat, competentis iudicis auctoritate consequeris. Quin etiam, si aqua per iniuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis.* — Här ställes *damnum sarcire* i uttrycklig motsats till *in*

lunda alltid en förmögenhetsförlust å den berättigades sida. Detta gäller äfven för Justiniansk rätt (*actio iniuriarum*), ehuru ersättningskyldighet för annan skada än förmögenhetsförlust där förekommer i betydligt mindre utsträckning än i den moderna rätten (t. ex. aldrig vid *culpa sens. str.*). Om vi dela den utomobligatoriska skadeståndsskyldigheten i sådan, som förutsätter förmögenhetsförlust för den ersättningsberättigade och sådan som förutsätter skada af annat slag, så faller *l. Aq.* i sin helhet inom den förra delen. Men *l. Aq.* omfattar icke hela det nämnda delområdet och detta leder oss till en hufvudskilnad mellan Justiniansk och modern rätt i förevarande ämne. Man har stundom sagt, att den moderna rätten, i motsats till den Justinianska, uppställer en enhetlig princip för utomobligatorisk skadeståndsskyldighet.<sup>1</sup> Detta påstående kräfver visserligen en väsentlig begränsning. Det är nämligen icke all skada — icke ens all uppsåtliga förorsakad — som medför skadeståndsskyldighet, och denna åtskilnad ligger så i sakens natur, att det icke är tänkbart, att något positivt rättssystem skulle kunna utsträcka skadeståndsskyldigheten till all skada (om än vållad). Under det att vållande af t. ex. kroppsskada, åtminstone i den mån den förorsakar förmögenhetsförlust, utan inskränkning kan och bör medföra er-

*priorem statum restituere.* Jfr. äfven *l. 6 § 6 D. de aq. et aq. pl. arc. 39, 3 Ulp.*: *Officium autem iudicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum iubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet.*

Hvad angår den äldre Romerska rätten, är förhållandet mera omvisteligt. *Rudorff* (vid Puchta C. d. Inst. § 277 z och *Zschr. RG. I, 98 n. 1; II, 359; Huschke* (Gai. 111, 120), *Bethmann-Hollweg* (I, 173), *Voigt XII Taf. § 131, n. 18* (II s. 531) hafva ansett, att *l. Aq.* „in der Stelle des ältern rohen Naturalersatzes eine Geldreduction aufstellt“ (*Rudorff*). *Huschke* stöder sig härvid bl. a. på de tolf tafornas talionsprincip vid injurier: därom jfr. *Pernice* *Sachb. s. 10*, men äfven *Voigt a. st.* Att penningersättning vid vissa quasi-delikter inträdde enligt de tolf taforna, är obestriddigt: jfr. *Voigt* *ib. s. 532—3* och *Pernice* *Sachb. s. 4.*

<sup>1</sup>) „Die moderne Gesetzgebung regelt die Schadensersatzpflicht aus Delikten vorwiegend auf einheitlicher allgemeiner Grundlage.“ (*Mot. D. Entw. II, s. 725*).

sättningsskyldighet, skulle det vara orimligt att låta t. ex. förmögenhetsförlust förorsakad af en än så afsigtlig ekonomisk konkurrens, försåvidt den med hänsyn till medlen håller sig inom vissa gränser, medföra ersättningsskyldighet: det skulle vara detsamma som att förbjuda konkurrens och därmed döda samhällets ekonomiska nerv. Sålunda delar sig hela området för förorsakande af förmögenhetsförlust i två delar: tillåtet och otillåtet — d. v. här säga: ersättningsskyldighet icke-medförande och ersättningsskyldighet medförande. Gränsen mellan dessa båda delområden måste uppdragas genom den positiva rätten (låt vara genom sedvanerätt: illoyalitetsprincipen).<sup>1</sup>

Först då sålunda det otillåtna området är utstakadt, kan det blifva tal om att inom detta genomföra en enhetlig princip för skadeståndsskyldighet, och här möter oss den ofvannämnda skilnaden mellan Justiniansk och modern rätt. Denna skilnad sammanhänger därmed, att den skadegörande handlingen under omständigheter kan hafva en dubbel juridisk följd, nämligen utom den privaträttsliga ersättningsskyldigheten, äfven en straffrättslig. Då nu i straffrättsligt hänseende olika skadegörande handlingar tydligen måste behandlas olika, så kan straffrätten icke undgå att till en viss grad individualisera den skade-

---

<sup>1</sup>) *Mot. D. Entw.* II, s. 726—7 (§§ 704, 705): „Mit gewisser Beschränkung sollen als widerrechtlich auch solche Handlungen gelten, deren Vornahme gegen die guten Sitten verstösst. Die Beschränkung ist die, dass dem Handelnden nicht ein subjektives Recht zur Vornahme der Handlung zustehen darf, dass vielmehr die Handlung an sich nur kraft der allgemeinen Freiheit, weil sie nicht verboten ist, erlaubt ist. — Wer nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer missbrauchen; ein Missbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Als widerrechtlich (Delikt) gilt hiernach auch die zwar kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte, aber illoyale, gegen die guten Sitten verstossende Handlungsweise, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht. Die Handhabung des Prinzipes erfordert allerdings Umsicht und Behutsamkeit, indessen darf darauf vertraut werden, dass die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden. Es ist namentlich auch Aufgabe des Richters, im einzelnen Falle zu prüfen, ob bei blosser Fahrlässigkeit der Verstoss gegen die guten Sitten anzunehmen oder zu verneinen ist.“

görande handlingen och en enhetlig princip är icke i den meningen genomförbar, som vid den privaträttsliga ersättningssskyldighetens bestämmande. Men då den Justinianska rätten icke hunnit till den ståndpunkt att klart skilja den straffrättsliga sidan från den privaträttsliga,<sup>1</sup> var det sålunda helt naturligt, att bestämmelserna om ersättningssskyldighet kommo att splittras efter brottens olika beskaffenhet: en *sepulcri violatio* kunde icke *in toto* ställas under samma regler som skadandet af en mulåсна.

<sup>1</sup> Under det de öfriga privatdelikterna, efter införandet af extraordinarium crimen (*l. 3 de priv. del. 47, 1 Ulp.*: Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus orit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit), småningom minskades i betydelse och „på Justinianis tid synas hafva befunnit sig i ett utdöende tillstånd“ (*Savigny Obl. R. II, 310*). berördes *act. lris Aq. ae* icke häraf (*Savigny ib. 308 p*). Redan detta visar, att åtminstone kulpos sakskada, som ju utgjorde hufvudområdet för *l. Aq.*, af den tidens rättsmedvetande icke längre likställdes med *furtum* och *rapina*; icke betraktades såsom *maleficium*. Åtskilliga andra omständigheter visa detsamma. Särskildt karaktäristisk är, såsom *Tuhr* (s. 132 ff.) framhållit, motiveringen i § 9 *I ht.*:

qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur —

då det jämföres med de äldre juristernes uppfattningssätt, t. ex. *Julian. l. 51 § 2 D. ht.*:

quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdus constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. — Från den privaträttsliga synpunkten skulle man ha funnit det absurda mindre däri, att brottet blefve ostraffadt, än däri, att damnifikationen ginge miste om skadestånd.

Angående den med skadeståndssynpunktens successiva öfvervigt sammanhängande öfvergången från kumulativt ansvar till solidariskt, och förhållandet vid *l. Aq.* i detta afseende, jfr. *Savigny Syst. V, 234 ff.*, *Tuhr 131*, *Unger* (Pass. Correal. und Solidarität) i *Jahrb. Dogm. XXII, 287* och *Eisele* (Corr. und. Solid. Obl.) i *Civ. Arch. LXXVII, 464 ff.* Af källställen jfr. å ena sidan *l. 1 § 4 D. de eo per quem 2, 10 Ulp.* (si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit); *l. 15 D. de tut. et. rat. 27. 3* (licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere); å den andra *l. 11 § 2. l. 51 pr. D. ht. o. ish. l. 5 pr. D. de nox. act. 9, 4. Ulp.*: Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale iudicium in quemvis dabitur: sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditioe, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur.

För att närmare karaktärisera den Justinianska rät-  
tens ställning i detta afseende måste man åtskilja *dolos*  
och *culpa s. str.* Det sätt hvarpå man stundom uttryckt  
denna skilnad, näml. att dolusansvaret varit »allmänt,  
utan afseende på skadans beskaffenhet och föremål», sy-  
nes något vilseledande.<sup>1</sup> I verkligheten vöro bestäm-  
melserna om skadeståndsskyldighet vid dolos skada mera  
splittrade än vid kulpos: oberäknadt *furtum* och *rapina*  
rörde äfven alla de (för en systematisk betraktelse) såsom  
utbrytningar ur *l. Ag.* framträdande speciella aktionerna<sup>2</sup>  
just dolos skada; endast *in subsidium* inträdde *actio doli*.<sup>3</sup>  
Kulpost orsakad förmögenhetsförlust behandlades däremot,  
såvidt den öfverhufvud medförde ansvar, ständigt enhetligt;  
för den gälde ett af tvänne: antingen intet skadestånd  
eller skadestånd enligt *l. Ag.*, hvilken inträdde vid vål-  
lande af förmögenhetsförlust genom sakskada<sup>4</sup>  
eller därmed liktydig fysisk förändring å sak.<sup>5</sup> Det här

<sup>1</sup> T. ex. *Mot. D. Entw.* II, s. 724: „Die Haftung wegen *dolos* ist nach römischen Rechte zwar eine allgemeine, ohne Rücksicht auf Art und Gegenstand der Beschädigung; bloss *culpa*, auch *culpa lata*, ist in dieser Hinsicht aber dem *dolos* nicht gleichgestellt“.

<sup>2</sup> Dylika särskilda bestämmelser, om hvilka det gälde: *ita demum locum habent, si dolo malo damnum datum sit*, funnos, såsom bekant, för *sepulcrum violatum* (D. de sep. viol. 47, 12: C. de s. v. 9, 19); *damnum coactis hominibus* och *damnum turba datum* (D. vi bon. rapt. 47, 8); skadegörelse vid eldsvåda, skeppsbrott och dylika tillfällen (D. de inc. ru. 47, 9) m. fl. fall. Jfr. därom ish. *Unterholzner* nr. 678 ff. (II, s. 703 ff.); äfven t. ex. *Vangerow* § 682 ff. (III, s. 577 ff.). — Utom dessa, jfr. äfv. *a. de serv. corr.* (D. 11, 3), *a. de mort. illat.* (D. 11, 7) m. fl. icke på sakskada grundade.

<sup>3</sup> „Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur, vel ab eo res servari poterit, non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium sit actio vel si ab alio res mihi servari potest“ (*L. 1 § 8. l. 2. l. 3. l. 4 D. de dol. mal.* 4, 3, sammanfickadt från *Ulp.* och *Gai.*). — Att subsidiariteten af *actio doli* åtminstone i flere fall var ett småningom framträdande resultat af den historiska utvecklingen, är bekant: jfr. för hvad angår förhållandet mellan *actio doli* och vissa kontraktsaktioner *Tuhr* 128 ff., *Ihering Schuldm.* 28 ff. och isynnerhet *Pernice Lab. I*, 436 och *passim*.

<sup>4</sup> Vål ett logiskt riktigare uttryck än egendomsskada.

<sup>5</sup> Ett verkligt undantag från sakskada såsom requisit (vi bortse från den i Just. rätt ej längre gällande bestämmelsen i cap. II om be-  
dräglig adstipulator) förekommer vid *l. Ag.* i dess utvecklade gestalt: kroppsskada å fri person. Hufvudstället är *l. 13 pr. D. ht. Ulp.*:



kritiserade uttryckssättet är egnadt att förrycka den för den Romerska rätten karaktäristiska synpunkten, näml. sammansmältningen af den straffrättsliga och den privaträttsliga sidan, hvilken af naturliga skäl just vid *dolus* skulle starkast framträda.

Vi måste därför för den Justinianska rättens räkning uttrycka förhållandet så: 1) vid *dolus* omfattade skadeståndsbestämmelserna ett vidsträcktare område — i det *actio doli* inträdde supplerande — men splittrade sig i flera olika aktioner; 2) vid *culpa s. str.* omfattade de ett inskräntare område — näml. endast det under *l. Aq.* fallande — men hade inom detta område en fullt enhetlig karaktär. Gränsen mellan *dolus* och *culpa s. s.* är i detta fall så att draga, att *culpa lata* icke räknas till *dolus*: hvarken *actio doli* eller de speciella *dolus*-aktionerna kunde grundas på *culpa lata*.<sup>1</sup> Således medförde en *culpâ latâ*, men utan sakskada, förorsakad förmögenhetsförlust, icke efter Justiniansk rätt ersättnings-

Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.

Jfr. äfven *l. 5 § 3. l. 7 pr. eod.* För det närmare bestämmandet af ifrågavarande skada är hufvudstället *l. 3 D. si quadr. paup.* 9, 1 *Gaius*:

Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus. — Undantaget utsträcktes icke till det fall, att en fri person *dödades*, „quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest“ (*l. 1 § 5 D. de his qui off.* 9, 3 *Ulp.*).

I åtskilliga riktningar inträder däremot genom interpretationen den i texten antydda utvidgningen såtillvida, att icke sakskada i sträng mening utan endast därmed liktydig fysisk förändring fordras: saken förtäres (*l. 30 § 2 D. ht.*), göres otillgänglig (silfverbägaren kastas i hafvet *l. 14 § 2. D. de pr. verb.* 19, 5; jfr *l. 27 § 21 D. ht. o. s. v.*), blandas med annat, så att den icke kan fränskiljas (säd med sand *l. 27 § 20 D. ht.*). Vidare härom jfr. ned. Kap. IV.

<sup>1</sup> Denna regel uttalas med mycken energi af *Ulpianus*: „nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari“ (*l. 7 § 10 D. de dol. mal.* 4, 3). — Detsamma gäller om de speciella *dolus*-aktionerna: si lusus gratia fecit, non tenetur (*l. 3 pr. D. de serv. corr.* 11, 3 *Ulp.*). — En annan och svårare fråga, hvartill vi nedan (Kap. V) återkomma är, huruvida vid *l. Aq. dolus* bör fattas inclusive eller exclusive *culpa lata*.

skyldighet (i utomobligatoriska förhållanden, hvilket vi här alltid underförstå).<sup>1</sup> Om den ene fiskaren beröfvar den andre fiskaren hans redan fångade fisk genom att rifva hål på nätet, svarar han (enligt *l. Aq.*) för *omnis culpa*; om han vållar honom förlust genom att på något sätt skrämma bort fisken o. d., svarar han för *dolus*, men hvarken för *culpa lata* eller *levis*. (Hindrar han honom endast genom loflig konkurrens, svarar han naturligtvis alldeles icke). Af det sagda följer, att, vid de ofvan nämnda, (systematiskt sedt) ur *l. Aq.* med afseende på *dolus* utbrutna fallen, *culpa s. s.* faller under *l. Aq.* (kulpost skadande af graf o. s. v.), hvilken sålunda inom hela området för genom sakskada åstadkommen förmögenhetsförlust intager en subsidiär ställning, innefattande 1) all *culpa s. str.* samt 2) all *dolus*, som icke faller under särskilda aktioner.

## § 2.

### Om kausalprincipen vid påläggande af skadeståndsskyldighet enligt *l. Aq.*

Vi veta, att en utomobligatorisk förpligtelse för *A* att ersätta *M:s* förmögenhetsförlust, innebär att lagen, om vissa förutsättningar äro uppfyllda, omedelbart ålägger *A* denna förpligtelse, utan något åtagande från hans sida. Men lagen måste hafva en grund att pålägga just *A*, hellre än någon annan, denna skyldighet — och härmed komma vi till det centrala begreppet i vår undersökning:

<sup>1</sup> Det bör icke lämnas oanmärkt, att i den Forngrekiska rätten, i motsats till den Romerska, omfånget för ansvar vid *culpa s. str.* synes hafva varit lika vidsträckt som vid *dolus*, ehuru med den skilnad, att vid *dolus* dubbla, vid *culpa s. str.* enkla värdet utdömdes. En kort framställning (af *Lécrivain*) kan ses i *La grande encycl.* XIV, s. v. Dommages-intérêts; närmare hos *Daresté Plaidoyers civils de Démosthène I—II*, Paris 1875 och *Lipsius* (bearb. efter *Meier u. Schömann*) *Der Attische Process I—II*, Berlin 1883—7.

kausalsammenhængen. I ældre og yngre ret, Romersk såvel som Germanisk, har kausalsammenhængen mellem *A* og *M:s* formøgenhedsforludt utgjort den for pålæggende af ansvarsskyldighed dominerende — ehuru visserligen icke eksklusiva — synpunkten. Andra sådana vare sig med kausalprincipen sammensmæltende eller sjælfstændigt framtrædende normer hafva varit: skyldskapsforhællende (ættens ansvar for sine medlemmar, paterfamilias' for filiusfamilias)<sup>1</sup>; lokale forhællenden (t. ex. det ur ættens ansvar framgængna ansvar, som påhvilede ett visst lokalt område: hærad o. s. v.;<sup>2</sup> vissa popularaktioner); eganderett (*dominus'* ansvar for skada af slaf och djur<sup>1</sup> o. s. v.); obligatoriska forhællenden (arbejtsgifvares ansvar for arbejtsstagare — i modern ret) o. s. v.. Men hvad angår, inom Justiniansk ret, det egentlige området for *l. Ag.* (vi bortse næml. från de fall, där *l. Ag.* intræder noxalt), måste kausalprincipen anses allenarådende.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Att noxalaktionerne icke, såsom den ældre teorien antog, æro att forklare genom presumption eller fiktion af *culpa* hos paterfamilias r. *dominus*, ær sedan *Zimmern* allmænt erkændt och framgår i sjælfva verket redan af regeln *noxæ caput sequitur*. Jfr. *Wyss* s. 9 ff. och *Girard*, *Les actions noxales* (i *Nouv. Rev. Hist.* XI, 409 ff. och XII, 31 ff.). Inst. forklare den ældre *noxæ dat.* af *fil. fam.* for en *asperitas respuenda*: § 7 *l. de nox. act.* 4, 8. Jfr. æfv. *l. 33 l. 34 l. 35 D. de nox. act.* 9, 4. Dæremot visar *Gaius* I, 140; IV, 75, 77, 78, 79 den ældre stændpunkten.

<sup>2</sup> Jfr. for den Fornsvenska rættens vidkommande, utom de bekante bestæmmelserne om *dulghædrap*, særskildt den i flere rættsskællor stadgæde legale brandforsækringen: *ÖG. B.* 44: 1. Nu hæver þæn wæld sum skæpan hæver fangit. huat han uill hældæe taka þreia markær af þem sum eldinum wite. þem a bondin ensam. ælla will han til þingx fara ok lata døma sik: bran stupir af hæreþinu. þæt ær haluær spandær korns af huarium bonda ællas fiure þønninga o. s. v. Ersættning utgick endast for tvæ bestæmda hus (*stura* och *lupa*) och endast vid kulpos eldskada. Liknænde bestæmmelser i *WM.* I B. 45: 5. II B. 25: pr. *ME.* B. 28: 6. *Chr. B.* 37: 1, 2. I Landslagarne framtræder bl. a. den olikhet, att det ersættningsskyldige området ær olika stort allt efter skadans storlok (hela — halwa — fjerdedelen af hæradet). Jfr. *Amira, Altschw. Obl. R.* ss. 422, 722 och isht. 761—2.

<sup>3</sup> Om *noxæ datio* blifvit omøjlig genom slafs flykt synes det, som om obetingædt ansvar efter *l. Ag.* skulle kunna intræda utan *culpa*: *l. 27 § 3 D. ht. Ulp.*

Sed an is qui servum in fuga habet, toneatur nomine eius Aquilie actione, quaeritur: et ait Julianus teneri et est verissimum: cum et Marcellus consentit.

Försöket att närmare bestämma och genomföra kausalprincipen är emellertid egnadt att ganska snart avslöja en mängd för skadeståndsområdet egendomliga svårigheter, hvilka på sin tid gåfvo *Molinaeus* anledning till den bekanta klagan: »*ineptissime anxietates, controversissime legum huius materiæ conciliationes, imo contorsiones (Tract. de eo quod int.)*» — och hvilka förklara den betydliga olikhet i nära nog alla viktiga punkter, som framträdtt såväl emellan samtida målsmän för teori och praxis som emellan olika skeden af rättens utveckling. Den mest genomgripande olikheten under rättens historiska utveckling har knutit sig till motsatsen mellan den andliga och den kroppsliga sidan hos rättssubjektet. Skall det anses, att ansvar är begrundadt redan genom kausalförbindelse mellan *A:s* fysiska handling *a* och *M:s* förmögenhetsförlust eller bör det fordras att kausaliteten låter föra sig tillbaka till *A:s* andliga natur, till ett medvetenhetstillstånd hos *A*? Är denna principfråga afgjord, så fordras vidare att bestämma, hvad som skall anses såsom kausalförbindelse mellan handlingen *a* och *M:s* förmögenhetsförlust, resp. hvad som skall anses såsom kausalförbindelse mellan *A:s* medvetenhetstillstånd och *M:s* förmögenhetsförlust.

Hvad angår nämnda principfråga, så hafva vi för den följande undersökningen icke behof af att ingå på

Detta ställe har emellertid varit föremål för olika meningar. *Cujacius* (Tr. VI ad Afric., ad l. 28. *D. de nox. act.* 9, 4 — T. I, 1198 A) vill mildra hårdheten i denna bestämmelse genom att göra en åtskillnad mellan det fall, att slafven *possidetur ab alio* och det fall, att slafven *a nemine possidetur*. Han söker visa att bestämmelsen i l. 27 c. endast kan afse det förra fallet, „quia dominus a possessore recuperandi servi facultatem habet men icke det senare „quia iniquum esset eum convenire, qui facultatem servi exhibendi non habet“. — Emellertid synes denna distinktion sakna stöd af källorna („ex diametro adversa superioribus locis“, säger *Suarez*, 73 b 53) och snarare skulle man med *Schol. Bas.* hvartill *Suarez* (*ib.* 54) ansluter sig, kunna förklara stället så, att egaren hade val mellan att ersätta skadan eller „actori vindicationem cedere, ut servum vindicet ubicumque illum invenerit“. — Visserligen skulle man, förutsatt att denna mening är *Ulpiani*, hafva väntat sig ett bestämdare uttryck i texten än det allmänna *teneri*.

en närmare framställning af dess gestaltning under den Romerska rättsutvecklingens olika perioder: <sup>1</sup> endast den allmänna erinran må göras, att under rättsutvecklingens fortgång ett allt starkare framträdande af det senare bland de anförda alternativerna (den psykiska kausaliteten) och tillbakaträdande af det förra är omisskänneligt — helt naturligt, då själfva den skarpa skilnaden mellan själ och kropp förutsätter en icke alltför outvecklad kulturståndpunkt. Detta får naturligtvis icke fattas *in abstracto*, så att utgångspunkten för utvecklingen skulle varit en ståndpunkt, där den psykiska kausaliteten varit absolut irrelevant. Fastmera ligger det i sakens natur (framför allt i betraktande af det odifferentierade förhållandet mellan straff- och privaträtt), att *dolus* åtminstone i vissa yttringar skulle framkalla själfständiga rättsverkningar redan på ett mycket tidigt utvecklingsstadium. Däremot finnas starka hållpunkter för det (äfvenledes af psykologiska skäl stödda) antagandet, att *culpa s. s.* såsom ett mellanstadium mellan *dolus* och *casus*, först småningom uppfattats och ganska sent (*Hadrianus?*) genomförts. I och med sistnämnda förändring kom — hvad vårt ämne angår — den egentligen afgörande gränslinien att dragas mellan *culpa levis* och *casus* (under det dessförinnan vid *l. Aq.* hänsyn synes hafva tagits endast till fysisk kausalitet, således alldeles oberoende af det psykiska momentet): den psykologiska punkt, där *casus* öfvergår i *culpa levis*, blef den punkt, där *l. Aq:s* verkan inträdde; all psykisk kausalitet fr. o. m. denna punkt medförde ansvar, all psykisk kausalitet under densamma betraktades = *casus* och medförde icke ansvar. Endast rent undantagsvis framträda inom *l. Aq:s* eget område *nya* verkningar på någon senare psykologisk punkt, t. ex. vid öfvergången från *culpa s. str.* till *dolus* (hufvudsakligen vid »*compensatio culpæ*», j. n. Kap. V.), hvaremot visserligen i de förutnämnda

<sup>1</sup> *Ihering* Schuldm. 11; *Pernice* Lab. II, 251 ff; *Schulin*, 133. Men äfv. *Brinz* (§ 250 n. 29, § 266 n. 3).

utbrutna fallen den förändring inträder, att i st. f. *actio l:is Aq:æ* den speciella *dolus*-aktionen blir tillämplig. Den Justinianska rättens fordran på *psykisk* kausalitet har i hög grad påverkat den moderna rätten — likasom öfverhufvud utomobligatorisk skadeståndsskyldighet är ett af de områden, där den Romerska rätten visat sig mest lifskraftig. Likväl har, isynnerhet på senaste tiden och framför allt i teorien, men äfven till icke ringa del i lagstiftningen, en reaktion inträdt, väsentligen föranledd af den moderna storindustriens utveckling och afseende att öfverföra ansvaret för kasuel skada, orsakad genom dylika företag, på företagets egare, således för detta område inskränka giltigheten af regeln *casum sentit dominus*. Ett frö till en dylik utveckling kunde anses ligga i den likaledes romerskrättsliga regeln *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum præstare debet* (149 de R. J.) — hvilken visserligen af de Romerska juristerna sjelfva icke erhöå någon synnerligen vidsträckt tillämpning (jfr. likväl noxalaktionerna<sup>1</sup> och äfven i någon mån *actiones adiecticiae qualitatis*).<sup>2</sup> Utom denna i den moderna rätten framträdande medlande princip, som grundar sig på införandet af ett begrepp *Handeln auf eigene Gefahr*,<sup>3</sup> bl. a. i de fall då en gifven verksamhet är (statistiskt

<sup>1</sup> *Wyss* s. 30 ff. vill fatta principen för noxalaktionerna analog med l. 149 c., i motsats såväl till den förutnämnda (j. o. s. 11 n. 1) äldre uppfattningen, som konstruerade en *culpa* hos dominus, som till Zimmern, hvilken ville förklara noxalaktionen ur domini *stälåföreträddarskap* för det skadegörande föremålet.

<sup>2</sup> Jfr. ish. l. 5 § 10 D. de inst. act. 14, 3.

<sup>3</sup> *Unger* Jahrb. XXX, s. 364: „Darüber wird kein Zweifel sein, dass derjenige, der Schaden durch sein Verschulden verursacht, denselben tragen muss. Aber ebenso gewiss ist es, dass es unter Umständen aus Gründen der Gerechtigkeit, der Billigkeit oder der Zweckmässigkeit (utilitas) geboten sein kann, jemandem die Last des Schadens aufzubürden, der an der Herbeiführung desselben unschuldig ist. — Das Problem ist somit dieses: — Auf wessen Gefahr soll (in gewissen Fällen) das schuldlose Handeln stattfinden? Soll der vorwurfsfrei Handelnde (in gewissen Fällen) auf eigene Gefahr (*suo periculo*) oder auf Gefahr Dritter (*alieno periculo*) handeln?“ — Jfr. vidare t. ex. *Merkel* Encykl. § 664 ff.

kan visas vara) öfver en viss grad farlig — och hvilken har alla utsigter att i lagstiftningen vinna allt mera terräng — stå i teorien oförmedlade mot hvarandra de båda ytterliga åsigtarna, som göra psykisk kausalitet till en absolut fordran, resp. fullkomligt vilja utstryka all hänsyn till det psykiska momentet och vända tillbaka till en rent fysisk kausalitet. Jfr. t. ex. *Iherings* bekanta yttrande: »Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld — ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft»<sup>1</sup> med *Pfizers* lika bestämda och rakt motsatta: »Der Gesetzgeber muss, wo es sich um Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, aus Delikten handelt, über das Römische Recht extensiv wie intensiv hinausgehen, er muss — in letzterer Richtung — von dem Erforderniss des Verschuldens, der Fahrlässigkeit, ganz absehen».<sup>2</sup> Visserligen måste sistnämnda åsigt, till denna ytterlighet genomförd, ännu betraktas såsom temligen exceptionel. — Utom de medvetna afvikelserna, större eller mindre, från *culpa*-principen, möter man icke sällan det fåfänga bemödandet att härleda de på speciellt moderna kulturförhållanden grundade rättsreglerna ur denna princip, hvilket bemödande tagit sig ett nästan komiskt uttryck i den bekanta motiveringen af *Bay. Höchst. Ger:hof*: »Der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotiven führt nothwendig und unzertrennlich eine culpose Handlungsweise mit sich»<sup>3</sup> — hvartill *Mataja* med skäl anmärker: »eine Anschauung, nach welcher eigentlich die ganze moderne Grossindustrie auf dem Mangel hausväterlicher Diligenz beruhen würde»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Ihering* Schuldm. s. 40.

<sup>2</sup> *Pfizer* i Jahrb. Dogm. XXIX s. 167. Jfr. vidare t. ex. *Bähr* i Jahrb. Dogm. XIV s. 407 och *Gierke*, Die sociale Aufgabe des Privatrechts (1889) s. 33.

<sup>3</sup> anf. hos *Stobbe* II, § 200 n. 25.

<sup>4</sup> *Mataja* s. 15.

### Allmän bestämning af det juridiska kausalitetsbegreppet.

Då kausalitet är grundvalen för afgörandet af *culpa*, kunna vi icke undgå att i korthet undersöka den betydelse, hvori begreppet kausalitet, kausalsammanhang, här måste tagas. Först och främst måste bestämdt fasthållas, att här icke är fråga om det filosofiska begreppet kausalitet i betydelsen af en absolut och apriorisk form för mänsklig erfarenhet. I denna mening framträder kausaliteten närmast såsom den stricte nödvändiga ordningen mellan (erfarenhets-)»verldens» successiva momenter *in toto* betraktade; d. v. s. de totala verldstillstånden  $T_1$ ,  $T_2$ ,  $T_3$  . . . måste af människan fattas såsom succederande hvarandra just i denna gifna och icke i någon annan ordning: intet verldstillstånd kan tänkas hafva någon annan plats i den oändliga serien än den som det har. Från denna ståndpunkt finnes det intet föregående, som icke är orsak till allt efterföljande och intet efterföljande, som icke är verkan af allt föregående. På annat sätt uttryckt: mellan orsak och verkan finnes ingen annan skilnad än mellan före och efter; kausalitet är = succession (men väl att märka: absolut nödvändig succession; om någon annan kan det från denna synpunkt icke blifva tal). — Inskränka vi nu betraktelsen från de totala verldstillstånden till partiella fakta, så låter samma synpunkt tillämpa sig. Om jag stryker tändstickan mot plånet och i nästa ögonblick dels stickan börjar brinna, dels en vindstöt skakar fönsterrutan, så äro, då kausaliteten betraktas såsom ren form, båda dessa senare fakta på alldeles samma sätt kausalförbundna med det förra: handens rörelse. Handens rörelse var neml. ett moment i det totala verldstillståndet  $T_1$ ; stickans upplågande och rutans skallrande äro momenter i det totala verldstillståndet  $T_2$ . Men allt som innehålles i  $T_2$  måste med absolut nödvändighet följa



på allt, som innehålles i  $T_1$ : man kan därför icke säga, att någon viss realitet  $t_2^a$  med större nödvändighet än t. ex. realiteten  $t_2^b$  (rutans dallring) följer på en viss ur det totala tillståndet  $T_1$  utbruten realitet  $t_1^a$  (handens rörelse) — ännu mindre, att den ena nödvändigt, den andra icke-nödvändigt följer på  $t_1^a$ .

Detta är det rent formala orsaksbegreppet, men det måste tvifvelsutän betecknas såsom ett misstag, då flere författare vilja ur detta härleda — eller t. o. m. därmed likställa — det juridiska orsaksbegreppet. <sup>1</sup> Detta senare är fastmera orsak i samma populära betydelse, som ordet vanligen användes (och måste användas) i människans praktiska lif och hvilken i dubbelt afseende skiljer sig från den absoluta och formala orsakskategorien: dels genom sin begränsning till ett visst (teoretiskt sedt, fullkomligt godtyckligt) område af fakta för hvarje gifvet fall, dels genom sitt (därmed sammanhängande) införande af en annan synpunkt än den rent formala. M. a. o. det praktiska kausalitetsbegreppet är icke absolut och icke formalt, och dessa dess båda negativa sidor bero af hvarandra. Man kan lättast komma till öfvertygelse härom genom följande reflexion. Då människan uppfattar världen i ett gifvet tidsmoment, hvilket som helst,

<sup>1</sup> Så, för att anföra ett ex., *Liszt*, Strafr. s. 140 (§ 30): Die Kausalität ist keine Kraft, sondern eine *Form unseres Erkennens*. Wir bringen Einheit in die Mannigfaltigkeit unserer Erfahrung, indem wir Ereignisse unter der Denkform der Kausalität als Ursache und Wirkung miteinander verknüpfen. Nur dann müsste die Kausalität der Unterlassung verneint werden, wenn diese Verknüpfung die Einheit unserer Erfahrung gefährden, mit den Gesetzen unseres Denkens in Widerspruch treten würde“ o. s. v. Ehuru detta säges om kausaliteten såsom *juridiskt* begrepp, yttrar likväl *Liszt* själf (s. 141, n. 4 i. f.): „Es handelt sich lediglich darum, einzusehen, dass der philosophische Ursachenbegriff im Leben überhaupt und im Rechtsleben insbesondere nicht verwertet werden kann und nicht verwertet werden darf“. Jfr. äfvon s. 134 (§ 28. IV, 1) och s. 132: „Ist die Verknüpfung zwischen Körperbewegung und Erfolg eine in der angegebenen Weise notwendige, so nennen wir die Körperbewegung *Ursache* des Erfolges, den Erfolg *Wirkung* der Körperbewegung, d. h. wir wenden auf die Beziehung von Körperbewegung und Erfolg die Kategorie der *Kausalität* (als eine Form unseres Erkennens) an“.

framstår den för henne icke såsom ett integrerad totaltillstånd, utan såsom sönderfallande i många (från hvarandra mer eller mindre isolerade) realiteter. Då människan i nästa moment ånyo uppfattar en mängd realiteter, förbinder hon dessa med de föregående, men så att hon inför ett mer och mindre af sammanhang (som för den formala orsakskategorien naturligtvis är helt och hållet främmande, då från den synpunkten, såsom nämndt, hvarje föregående är med lika nödvändighet föregående i förhållande till hvarje efterföljande). Hon tänker sig sambandet m. a. o. så, att en viss realitet  $t_2^a$  (lågan) i det senare tidsmomentet är relativt nära förbunden med en viss realitet  $t_1^a$  (handens rörelse) i det förra (så att »om icke  $t_1^a$  hade föregått,  $t_2^a$  icke skulle hafva inträdt»), men däremot relativt (eller helt och hållet) främmande för andra realiteter ( $t_1^b$ ,  $t_1^c$ ... vindstöten etc.) af det föregående tidsmomentet (så att  $t_1^b$ ,  $t_1^c$ ... »kunde hafva varit borta» utan att detta skulle hafva influerat på  $t_2^a$ ). Genom ett dylikt införande af ett graderadt sammanhang (förmedelst hypotetisk eliminering och substitution) kommer man tydligen till en alldeles annan uppfattning än den som skulle följa endast och allenast af den formala orsakskategorien. »Om  $a_1$  hade varit resp. icke varit, så skulle  $a_2$  hafva varit resp. icke varit (eller tvärtom, om orsakförhållandet dem emellan är negativt); om  $b_1$  hade varit resp. icke varit, så skulle  $a_2$ :s existens eller icke-existens däraf ej hafva berörts: alltså är  $a_1$ , men icke  $b_1$ , orsak till  $a_2$ » — så ungefär har man att schematiskt tänka sig det resonnemang, hvarpå människan grundar det praktiska orsaksbegreppet. Att undersöka den inre grunden till detta egendomliga och djupt i människans natur rotade förfarande, genom hvilket hon, uti den i sig fullkomligt lika och för hvarje gradering absolut otillgängliga tanken på nödvändig succession, substituerar en metafysisk åskådning, tanken på ett inre, i tingen liggande, närmare eller fjärrare samband, därom kan

här naturligtvis icke blifva tal — ehuru visserligen den frågan är närmare förbunden med vårt ämne, än som vid första påseende kunde synas; vi måste åtnöja oss med att konstatera, att ett sådant metafysiskt och graderadt moment faktiskt af människan inlägges i fenomenet, och att således det kausalitetsbegrepp, hvarom här allena kan vara fråga, icke är kausaliteten såsom absolut erfarenhetsform.

I och med det att ett mer och mindre införes i kausalitetsbegreppet, blir dess begränsning lätt förklarlig, i det människan (godtyckligt, om man så vill) nekar kausaliteten om hvarje samband, som är mindre än ett visst (ingalunda fixt, utan i hög grad vexlande) mått. Men vi måste här observera, att denna begränsning går i dubbel riktning: dels begränsar människan i sin uppfattning verkningarna af ett gifvet faktum  $t_1^a$  till vissa bestämda fakta i det följande tidsmomentet (fattar således icke faktum  $t_1^a$  såsom inverkan på hela det följande verldstillståndet), dels afbryter hon, äfven med afseende på de partiella fakta, som hon fattar såsom kausalförbundna, den oändliga kausalserien framåt och bakåt i tiden: ( $t_5^a$  är omedelbar orsak till  $t_6^a$ , därigenom i andra hand till  $t_7^a$ , i tredje hand till  $t_8^a$  o. s. v.; på samma sätt är  $t_5^a$  närmast verkan af  $t_4^a$ , i andra hand af  $t_3^a$ , i tredje hand af  $t_2^a$  o. s. v.; men på båda hållen afklipper människan i sin praktiska uppfattning förr eller senare — och vanligen ganska snart — den i verkligheten oändliga kausalserien; då ett visst antal dylika länkar passerats, existerar kausalkedjan icke längre såsom sådan för henne). Detta sista förhållande har åsyftats af Baco i de ofta citerade orden: »*It were infinite for law to judge the cause of causes and their impulsions one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of acts by that, without looking to any further degree*». <sup>1</sup>

<sup>1</sup> Baco, Max. reg. 1.

Uttrycket *immediate cause* får emellertid här icke fattas bokstafvigen, ty omständigheterna kunna vara sådana, att den praktiskt relevanta kausalförbindelsen utsträcker sig genom en ganska lång kausalserie, äfven om detta icke är regel.

Vi kunna så sammanfatta det ofvanstående: Det praktiska (juridiska) kausalbegreppet skiljer sig från kausalbegreppet såsom formal och absolut kategori, dels därigenom att det inför ett innehåll uti det rent formala begreppet nödvändig succession och fattar de särskilda fakta såsom mer och mindre kausalförbundna, dels därigenom att det inför en dubbel begränsning: å ena sidan med afseende på de många i ett och samma gifna tidsmoment framträdande fakta, så att icke alla, utan endast något eller några, fattas såsom verkan resp. orsak till ett gifvet faktum i ett föregående resp. efterföljande tidsmoment; å andra sidan med afseende på de många i tiden hvarandra succederande momenterna, i det det praktiska kausalitetsbegreppet omfattar endast en begränsad serie af successiva fakta såsom kausalförbundna. Af de i tidsmomentet  $T_1$  gifna realiteterna  $t_1^a t_1^b t_1^c \dots$  och de i tidsmomentet  $T_2$  gifna realiteterna  $t_2^a t_2^b t_2^c \dots$  fattas t. ex. endast  $t_1^a$  såsom kausalförbunden med  $t_2^a$ , endast  $t_1^b$  såsom kausalförbunden med  $t_2^b$  o. s. v. Af de successiva realiteterna  $t_1^a t_2^a t_3^a t_4^a \dots$  fattas endast en begränsad serie såsom kausalförbunden med den första termen  $t_1^a$ : hvad som ligger utanför denna serie, fattas såsom stående utanför kausaliteten. Kausalförbindelsen uppfattas praktiskt såsom existerande mellan en begränsad serie af — rel. isolerade — fakta såsom orsak och en begränsad serie af sådana fakta såsom verkan.

Det anförda visar oss orimligheten af att, såsom så ofta skett, uppställa kausaliteten såsom ett faktiskt,

i motsats till *culpa* såsom ett juridiskt begrepp.<sup>1</sup> Att *culpa* är ett juridiskt och icke ett faktiskt-psykologiskt begrepp (d. v. s. att existensen af *culpa* bestämmes rent positivt, genom ett i viss mening godtyckligt fixerande af en bestämd punkt på en i och för sig kontinuerlig skala), är obestridligt, och vi skola nedan utförligt återkomma därtill. Här är däremot stället att starkt framhålla, att alldeles detsamma gäller om kausalitetsbegreppet, såvidt detta är juridiskt användbart. Äfven existensen af orsak måste bestämmas rent positivt, genom införande af en (i samma mening godtycklig) gränslinie inom det i och för sig oändliga objektiva kausal-sammanhanget. Visserligen är själfva fixerandet af denna gränslinie en svårare sak än fixerandet af *culpa*-punkten, men en gränslinie måste dock dragas, generelt af lagen eller *in casu* af domaren: faktiskt kan aldrig någon gräns begrundas, utan från den synpunkten är kausal-sammanhanget åt alla sidor oändligt. Den kritiserade ståndpunkten är så mycket oriktigare, som den juridiska (praktiska) begränsningen af den faktiskt gifna oändliga kontinuiteten i dessa båda fall har fullkomligt samma grund — ja t. o. m. kan anses såsom samma tankeoperation, från olika sidor betraktad. Just därför att det mänskliga medvetandets inskränkthet icke sätter människan i stånd att följa den oändliga kausaliteten genom mera än ett försvinnande litet område, erkänner hon praktiskt kausaliteten icke längre än hon kan följa den, och just af samma skäl kan människans medvetande icke rättsligen betraktas såsom orsak till andra fakta än dem, som, med hänsyn till medvetandets ändliga beskaffenhet, voro till en viss grad möjliga att inse och beräkna. En klar insigt i detta förhållande är af största

<sup>1</sup> Denna uppfattning är särskildt starkt betonad af *Birkmeyer*, *Der Kausal-Zusammenhang im Strafrechte*, s. 3 ff., men ligger på sitt sätt till grund för den öfverhufvud i *Gem. Recht* (och i allmänhet i Tyskland) herskande teorien. Jfr. det följ. i texten, äfvensom nästa not; jfr. äfv. Kap. V.

vigt för att förstå det, teoretiskt såväl som praktiskt, oriktiga i den alltjämt i teorien<sup>1</sup> afgjordt förhärskande uppfattning, som vill bestämma ansvaret genom en addition af en juridiskt fattad culpa och en faktiskt fattad kausalitet: d. v. s. att i princip låta *A*, förutsatt att han juridiskt befinner sig i *culpa*, ansvara för alla med handlingen faktiskt kausalförbundna verkningar (eller m. a. o.: att låta *culpa*'s existens bestämmas från en rent juridisk, men dess omfång från en rent faktisk synpunkt). Då detta icke kan betyda all *A*:s handling succederande realitet (hvilket dock från den strängt faktiska synpunkten är det enda möjliga) och icke skall betyda alla efter viss måttstock beräknliga verkningar, så sväfvat ståndpunkten tydligen i luften och den vanliga hänvisningen till bevisningssvårigheterna såsom korrektiv är egnad att ytterligare framhålla, men icke att häfva dess orimlighet.

#### § 4.

Öfversigt af den följande undersökningens hufvuddelar.

Då människan, såsom hon närmast fattar sig själf, finner uti sig själf två sidor, själ och kropp, så uppstår för henne möjligheten att på dessas inbördes förhållande tillämpa det i det föregående skildrade praktiska kausalbegreppet. Sålunda kan dels ett medvetenhetstillstånd hos henne själf komma att framstå såsom orsak till en serie af yttre fakta, dels en serie af yttre fakta framstå såsom orsak till ett medvetenhetstillstånd. Genom kombination af dessa båda förhållanden kan den ena människans

<sup>1</sup> Under det den här kritiserade ståndpunkten genomgår den tyska teorien, spåras den föga i fransk och engelsk vare sig teori eller praxis. Närmare därom jfr. ned. Kap. V.

medvetande (vilja) komma att fattas såsom orsak till en skada för den andra människan, t. ex. till en minskning för den andra i möjligheten af behofstillfredsställelse. Att detta resultat förutsätter en kombination af nämnda slag innebär emellertid tydligen, att om *A:s* vilja är orsak till *M:s* *damnum*, denna verkan alltid måste förmedlas af ett fysiskt faktum: *A:s* medvetenhetstillstånd kan icke omedelbart framkalla en förändring i *M:s* ekonomiska förhållanden, utan endast därigenom att det framkallar ett fysiskt faktum (t. ex. sakskada, men äfven t. ex. det fysiska faktum, att *M*, utan att sakskada skett, erhåller ett mindre quantum bytesmedel för en honom tillhörig sak, än han eljes skulle hafva erhållit), hvilket i sin ordning framkallar den ekonomiska förändringen (minskningen i möjlighet till behofstillfredsställelse) för *M*. Härifrån böra vi emellertid noga skilja frågan, i hvad mån en (positiv) handling af *A* är nödvändig, för att *A* skall anses såsom orsak till *M:s* förmögenhetsförlust — en fråga som är liktydig med den, huruvida underlåtenhet kan begrunda kausalitet eller icke — hvartill vi nedan (Kap. IV) återkomma. Den förstnämnda, självklara satsen uttalade, att ett fysiskt faktum, som för öfrigt kan vara ytterst vexlande, fordras för att begrunda det ekonomiska faktum (minskningen i möjlighet till behofstillfredsställelse måste hänföra sig till ett objektivt bestämbar faktum, hvilket visserligen kan vara ett sådant som t. ex.: minskning i frekvensen af kunder; sjunkande i pris, d. v. s. minskning af den med ett gifvet föremål eqivalenta kvantiteten bytesmedel o. s. v.); den sistnämnda frågan vill hafva afgjort, huruvida för kausalförbindelse mellan detta fysiska faktum och *A:s* medvetande fordras en fysisk förändring i *A:s* kroppsliga tillstånd — tydligen en alldeles annan sak. Vi uppskjuta svaret på denna senare fråga och antecipera tillsvare det välbekanta förhållande, att, i de ojämförligt flesta under *l. Ag.* hörande fall, nämnda fysiska faktum åstadkommes genom en positiv handling af *damnikanten*.

Af det nu nämnda, jämfördt med utvecklingen i §§ 2 och 3, framgår följande form såsom den schematiska för fallen under *l. Aq.* En kausalkedja är gifven, hvars första länk är ett medvetenhetstillstånd hos damnifikanten *A*, och hvars sista länk är en ekonomisk förlust för damnifikaten *M*: dessa båda länkar måste ovilkorligen förbindas af ett fysiskt faktum, hvaruti sakskada eller därmed eqivalent fysisk förändring måste ingå såsom moment; därjämte ingår såsom moment i den fysiska länken i de allra flesta fall en (positiv) handling af damnifikanten *A*. Beteckna vi det psykiska tillståndet hos *A*, kausalkedjans utgångspunkt, med *n*, *A*:s handling med *a*, det skadegörande elementet af det fysiska faktum (uti hvilket sakskada måste ingå såsom ett moment) med *v* och det ekonomiska slutresultatet (*M*:s *damnum*) med *d*, samt själfva kausalförhållandet mellan de olika lederna med tecknet . . , så framgår följande schema såsom den allmänna typen för *l. Aq*:s område:

$$n . . a . . v . . d$$

Ett psykiskt tillstånd (*n*) hos *A* — förorsakar en handling (*a*) af *A* — hvilken förorsakar en sakskada m. m. (*v*) — hvilken förorsakar en förmögenhetsförlust (*d*) för *M*. Huru bestämmer sig nu begreppet *culpa* i förhållande till detta typiska schema? Tydligen förutsätter existensen af *culpa* (*l*:s *Aq*:*a*) kausalserien *n . . d*: om intet *damnum* för *M* uppstått, så begrundar det blotta psykiska tillståndet hos *A* ingen *culpa*, icke heller det psykiska tillståndet jämte handling (*n . . a*); icke ens ett afsigtligt försök till skadegörelse begrundar *culpa* (efter *l. Aq.* — men väl stundom efter andra rättsbestämmelser),<sup>1</sup> om det blir full-

<sup>1</sup> Privatdeliktterna komma härigenom under Romerska rättens utveckling småningom i principiell motsats till *del. publica*. Ännu i Just. rätten uppstår i intet fall ett privatdelikt genom försök, under det redan i *Ll. Corneliae* vissa försökshandlingar drabbas af samma straff som det fullbordade brottet. I mån som senare *culpa*-begreppet utbildades (genom filosofiskt inflytande?), kom, hvad angår *del. publica*, den subjektiva sidan



komligt utan resultat (*damnum* för *M*). Sålunda kunna vi (inledningsvis) bestämma *culpa* (efter *l. Aq.*) hos personen *A* = det faktum, att ett hans medvetenhetstillstånd, genom förmedling af sakskada, (i juridisk mening) orsakat en förmögenhetsförlust för annan person. <sup>1</sup>

Häri genom framstå tvänne requisiter vid begreppet *culpa*: 1) ett psykiskt requisit, näml. en viss beskaffenhet (egentligen, såsom vi i det följande skola se, en viss grad af en psykologisk beskaffenhet) i *A*:s medvetande; 2) ett fysiskt requisit, näml. en viss objektiv från detta medvetenhetstillstånd utgående kausalserie. Hvardera af dessa requisiter kan och måste undersökas för sig och den följande framställningen kommer därför att naturligen dela sig i tvänne hufvuddelar. Den första afdelningen kommer att utgöra svar på frågan: Huru skall, förutsatt den objektiva existensen af en kausalserie  $a \dots v \dots d$ , det psykiska momentet  $n$  vara beskaffadt för att begrunda

(*voluntas*) allt mera att betonas. Härom jfr. *Pernice* Lab. II, 40 ff. och *Seeger*, Versuch des Verbrechens nach römischem Recht, 1879.

<sup>1</sup> Det bör i korthet framhållas, att den praktiska uppfattningen af kausalitetsförhållandet mellan själ och kropp icke träffas af den möjligen nära till hands liggande invändning, att det hvilar på en filosofiskt ohållbar grundval. Närmast motsvaras det visserligen af den *dualistiska* ståndpunkt (Cartesius), som tänkte sig båda såsom själfständiga substanser och likväl i stånd att inverka *på hvarandra*. Men det praktiska berättigandet beröres icke af ståndpunktens förändring. Antaga vi näml., att endast endera af de båda sidorna är det substantiella och den andra endast fenomen resp. *accidens* (*monism*, resp. „*spiritualistisk*“ eller *materialistisk*), så kommer det verkliga sammanhanget att ega rum endast mellan de psykiska realiteterna inbördes resp. de fysiska realiteterna inbördes, och skenet af öfvergång från den ena sidan till den andra uppstår endast för och genom det mänskliga medvetandet. Det blir då tydligen i här förevarande afseende liktydigt, om vi säga: 1) medvetandet  $a$  förorsakar den fysiska realiteten  $\beta$  (den hvardagliga, *dualistiska* ståndpunkten) — eller 2) medvetandet  $a$  förorsakar den fenomenet  $\beta$  motsvarande psykiska realiteten  $b$  (den „*spiritualistiska*“ ståndpunkten) — eller 3) den medvetandet  $a$  motsvarande fysiska realiteten  $\alpha$  förorsakar den fysiska realiteten  $\beta$  (den *materialistiska* ståndpunkten). — Detsamma gäller om den fjerde tänkbara ståndpunkten, *parallelismen*. Enligt denna kommer medvetandet  $a$  att förorsaka en psykisk realitet  $b$ , samtidigt därmed, att den med medvetandet korresponderande fysiska realiteten  $\alpha$  förorsakar en fysisk realitet  $\beta$ , korresponderande med  $b$ : då nu medvetandet  $a$  fattar sig såsom förorsakande  $\beta$ , blir detta endast ett inexakt uttryck för det förhållande, att den med medvetandet equivalenta fysiska realiteten  $\alpha$  förorsakat  $\beta$ , under det medvetandet  $a$  själf förorsakat den psykiska realiteten  $b$ .

*culpa*? — Den andra afdelningen kommer att utgöra svar på frågan: när skall, förutsatt, att det psykiska momentet i och för sig är egnadt att begrunda *culpa*, den objektiva serien *n . . d* anses föreligga — när skall det anses, att *d* verkligen orsakats af *n*?

Det hittills sagda angår närmast frågan om *culpa's* existens. Men därtill knyter sig en annan fråga, hvilken vi likväl icke i dess helhet skola indraga i den följande undersökningen — näml. frågan om *culpa's* omfång (med afseende på *damnum*) — tvänne frågor, hvilka till hvarandra stå i förhållande af att och hvad. Såvidt denna fråga rör fixerandet af själfva förmögenhetsförlustens belopp (värderingen), sammanhänger den nära med bestämmelserna om ersättnings utgörande och behandlas bäst tillsammans med detta ämne. Såvidt den åter rör omfånget af de fysiska verkningar som skola betraktas såsom förorsakade af det kulposa medvetenhetstillståndet, synes det lämpligast att — visserligen i strid med det vanliga förfaringssättet — upptaga den såsom ett moment i undersökningen af *culpa*. Gränsen kan synas godtyckligt dragen och det kan icke utan skäl anmärkas, att en strängt logisk behandling skulle kräft, att frågan om *culpa's* omfång upptoges i sin helhet, äfven hvad den ekonomiska sidan, värdet, angår; men det nämnda skälet — omöjligheten, eller åtminstone olämpligheten af att söndra undersökningen af värdeomfånget från undersökningen rörande ersättningen (hvilken tydligen innesluter frågor af en helt annan karaktär, som icke rätt gärna låta sig intvingas i en monografisk behandling af *culpa*) har synts mig afgjordt öfvervägande, och frågan om värdeomfånget kommer därför att i detta arbete endast helt tilläggsvis vidröras. Att åter sammanförandet af frågorna om *culpa's* existens och om dess omfång i hvad angår de fysiska verkningarne, har inre grunder i hög grad för sig, hoppas jag, att undersökningens fortgång skall visa.

Ehuru den ofvannämnda indelningen (efter de båda requisiterna) närmast rör *culpa's* existens, är den af betydelse äfven för omfånget och vi måste därför beteckna undersökningen såsom delbar efter två skilda indelningsgrunder: dels i hvad angår det psykiska re-quisitet för *culpa* till skilnad från det fysiska, dels i hvad angår *culpa's* existens till skilnad från dess omfång. För undersökningens yttre form följa vi i hufvudsak den förstnämnda indelningsgrunden, men det torde icke vara obefogadt att erinra läsaren att för en bättre öfverblick öfver de i det följande framställda, delvis ganska invecklade förhållandena, ständigt hålla denna dubbla indelning för ögonen.

---

# I.

## Det psykiska requisitet vid culpa enligt *l. Aq.*

### KAP. II.

#### A. Begreppet culpa.

##### 1. Allmän utredning.

###### § 5.

###### Om medvetandet såsom orsak i allmänhet.

Af det föregående veta vi, att, teoretiskt sedt, hvarje faktum, själf en verkan af en oändlig orsaksserie, i sin ordning är orsak till en oändlig verkningsserie, och att sålunda äfven den mänskliga handlingen — och därmed den mänskliga viljan i och med det att den *innerverar* handlingen — kan betraktas såsom utgångspunkt för en oändlig kausalserie. Gentemot denna absoluta objektiva kausalitet står det mänskliga medvetandets inskränkthet, ur stånd att någonsin fatta och ännu mera ur stånd att på förhand, i handlingens ögonblick, beräkna mera än ett jämförelsevis mycket litet område af den oändliga kausalserien. Att nu rättsordningen icke kan lägga den teoretiska, absoluta kausaliteten till grund för sina bestämmelser, är utan vidare klart <sup>1</sup> och vi veta, att den Romerska rätten, då det gäller att bestämma existensen af subjektets ansvar (enligt *l. Aq.*) åstadkommer den för det praktiska kausalitetsbegreppet alltid nödvändiga be-

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 17 ff.

gränsningen genom att taga hänsyn till förhållandet mellan medvetandet i handlingens ögonblick och verkan *v* (icke: genom hänsyn till det kausalsammanhang mellan handling och verkan, som event. efter handlingens företagande kan uppfattas, hvilket skulle innebära en prestation äfven af *casus*, såvidt det för människan vore möjligt att upptäcka kausalförbindelse mellan *A*:s handling och verkan *v*), i det den inför begreppet *culpa* såsom förutsättning för ansvar<sup>1</sup>. Men härvid kan rättsordningen icke åtnöja sig med att inskränka kausaliteten till verkningar, om hvilka *A* varit akt uelt medveten i handlingens ögonblick. Liksom den absoluta kausaliteten är oändligt mycket för vid för rättens syften, och öfverhufvud för människans praktiska natur, är den nyssnämnda begränsningen — eller kan den åtminstone vara — för trång. Hvilka verkningar subjektet väntar af sin handling, är en rent individuell fråga och varierar i högsta grad med det enskilda medvetandets dels totala beskaffenhet dels momentåna bestämdhet i handlingens ögonblick. Rättsordningen måste i många fall fästa vigt vid just denna individuella fråga (huruvida *A* faktiskt insett verkningarna af sin handling) men den måste äfven ofta — och så särskildt i fråga om skadeståndsskyldighet — gå därutöfver, näml. till frågan, hvad som kunnat inses.

Berättigandet till en sådan utvidgning af *A*:s tillräknelighet utöfver hans medvetenhet om verkningens inträdande i hvarje gifvet fall ligger i det psykologiska sammanhanget mellan det mänskliga medvetandets bestämdhet i olika tidpunkter. Det faktum, att i ett gifvet ögonblick medvetandet är på visst sätt bestämdt (t. ex. att tanken på möjligheten af en viss verkan af den företagna handlingen finnes eller icke finnes; att subjektet »af instinkt» undviker vissa handlingar o. s. v.) är nämligen ingalunda något för subjektet helt och hållet till-

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 13.

fälligt, liksom utifrån kommande; fastmera beror det i hög grad på hela medvetandets allmänna beskaffenhet, på den riktning, som detsamma under sin föregående utveckling genom subjektets egen vilja erhållit. Erfarenheten visar ju, att den människa, som under hela sitt lif vant sig vid ordentlighet, långt snarare i ett kritiskt ögonblick antingen varsnar faran eller »omedvetet», »af instinkt» undviker den, än den slarfvige och vårdslöse; och om det ansvar, som drabbar den senare för ett ögonblicks försummelse (att han icke »kom att tänka på» verkan *v*) kan se godtyckligt ut, så förklaras det dock däraf, att det gemenligen är ett helt föregående lifs (mer eller mindre omfattande) negerande eller åsidosättande af rättsordningens bestämmelser eller åtminstone relativ likgiltighet därför, som alstrat den allmänna disposition till vårdslöshet, hvilken nu i det afgörande ögonblicket straffar sig.

Genom införandet af denna synpunkt komma vi således närmast till att med afseende på en rättsstridig verkan *v*, ur samtliga de fall, där subjektets handling *a* i teoretisk mening varit orsaken till verkan *v*, utbryta de fall, där det hade kunnat tänkas, att subjektet insett kausalsammanhanget mellan *a* och *v* — eller från andra sidan sedt, att utvidga de fall, där subjektet varit aktuellt medvetet om handlingens verkan, till samtliga de fall, där en sådan insigt varit tänkbar. Men endast så bestämd, visar det sig, att den utbrutna resp. utvidgade gruppen blir omöjlig att noggrant afgränsa. Ty den fråga, huruvida någon människa hade kunnat inse resp. (om han insett det) hindra kausalsammanhanget *a—v*, beror tydligen af den frågan, huru högt mänskligt skarpsinne, ansträngningsförmåga och försigtighet möjligen skulle kunna stiga och någon egentlig gräns härför låter sig icke angifva<sup>1</sup>. Vi skulle således praktiskt stå qvar på samma ståndpunkt som förut: enär det ytterst sällan kan påstås, att det icke

<sup>1</sup> Jfr. *Exner* Grönh. X, 512 i. f.: „Es giebt nichts an sich Unabwendbares“ o. s. v.

varit tänkbart att beräkna *r.* afvärja en viss verkan *v.*, så skulle subjektet nästan alltid bli juridiskt ansvarigt för *v.*, så snart det genom sin handling *a* varit fysisk orsak till *v.* Men att fordra af människan, att hon vid hvarje handling skulle beräkna och träffa anstalter mot alla verkningar åt alla möjliga håll, såvidt de kollidera med någon främmande rättssfär, skulle vara ännu mycket hinderligare för mänsklig sammanlefnad än att låta hvar och en ansvara endast för de verkningar, som han faktiskt beräknat, ja, skulle upphäfva själfva möjligheten af mänsklig handling. Däraf följer nödvändigheten att införa en ny och trängre begränsning, nämligen till den grad af förutseende o. s. v., som en människa i hvarje gifvet fall praktiskt sedt kan anses böra ådagalägga, hvilket åter förutsätter införandet af en måttstock, som kan visa oss, huruvida en gifven verkan skall juridiskt anses möjlig för en människa att beräkna *r.* afvärja. Att uppdraga denna gräns blir den positiva rättens sak; den Romerska rätten har ingalunda för alla fall dragit den lika.

I det ofvanstående hafva vi vidrört fyra olika sätt att verkställa den oundgängliga praktiska afgränsningen af kausalförhållandet mellan den mänskliga handlingen och en dess (objektivt) rättsstridiga verkan *v.* Dessa olika afgränsningssätt torde det vara lämpligt att, innan vi gå vidare, här sammanställa.

1) Mellan handlingen *a* och verkan *v* föreligger ett kausalsammanhang, som efter handlingens företagande (och verkans inträdande) låter sig upptäcka <sup>1</sup>. (Personen *A* är »fysisk» orsak till *v* utan afseende på, huruvida *A* är eller hade kunnat vara medveten därom). Här ledes kausaliteten således alldeles icke tillbaka till subjektets psykiska natur <sup>2</sup>.

2) (Specialfall af 1). Mellan *a* och *v* föreligger ett kausalsammanhang af den beskaffenhet, att det varit

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 29.

<sup>2</sup> Jfr. ofv. s. 12.

möjligt att beräkna *r.* undvika (utan afseende på, huruvida *A* faktiskt beräknat — varit aktuellt medveten om — sannolikheten af verkan *v*).

3) (Specialfall af 2). Mellan *a* och *v* föreligger ett kausalsammanhang, i så hög grad möjligt att beräkna *r.* undvika, att den positiva rätten tillräknar *A* verkan *v*.

4) (Äfvenledes specialfall af 2): Mellan *a* och *v* föreligger ett kausalsammanhang, som af *A* faktiskt beräknats.

Om vi beteckna *A*:s förhållande till verkan *v* i fallet 1 med ordet orsak (*A* är orsak till *v*); det psykologiska förhållande hos honom i fallet 2, att han företager (»innerverar») handlingen (ehuru verkan *v* beräknats eller abstrakt sedt, kunnat beräknas), med ordet *neglegentia*;<sup>1</sup> samt den *neglegentia*, som är så stor, att handlingen kommer under fallet 3 (∴ att *A* enligt den positiva rätten blir ansvarig för verkan *v*) med ordet *culpa*,<sup>2</sup> så kommer således dels sfären orsak att omsluta och öfverstiga sfären *neglegentia* (*A* kan vara orsak utan att befinna sig ens i — någon praktiskt uppskattbar grad af — *neglegentia* och således ännu mindre i *culpa*) dels [enligt denna terminologi — jfr. n. 1] sfären *neglegentia* att på enahanda sätt öfverstiga sfären *culpa* (*A* kan befinna sig i *neglegentia* utan att befinna sig i *culpa*). — Den fjerde sfären innefattar hvad vi efter modern terminologi skulle beteckna såsom uppsåt (*Vorsatz*); huruvida den täcker sig med den Romerska rättens *dolus (malus)* eller detta begrepp fordrar en ännu närmare begränsning, är en fråga, som vi uppskjuta till längre fram, då den endast undantagsvis har betydelse för *culpa* vid 1. *Aq.*

<sup>1</sup> Hvilken term vi följaktligen här använda i en annan betydelse än den vanliga — därom j. n. §§ 6—8.

<sup>2</sup> Om dessa termers användning i de Romerska rättskällorna, j. ned. §§ 7—8. Här anmärka vi endast, att liksom *culpa* i vidsträckt mening innefattar äfven *dolus*, så låta vi *neglegentia* innefatta allt slags åsidosättande af rättsordningens bestämmelser, äfven det fullt medvetna, således sträcka sig öfver både *dolus*, *culpa s. str.* och de ännu mindre grader af förbiseende, som icke medföra juridiskt ansvar.



För att utveckla det här berörda förhållandet mellan *neglegentia* och *culpa* i ett konkret exempel, kunna vi tänka oss en jägare, som lossar ett skott ute på sin öppna jagtmark, där ingen människa är synlig: omedelbart efter det att skottet lossats, reser sig en person *M*, som legat gömd i ett dike, och träffas. Här är jägaren onekligen orsak till den skada, som träffar *M*, men befinner sig icke i (någon praktiskt uppskattbar grad af) *neglegentia* och ännu mindre i *culpa*. Förhållandet förändras något, om vi tänka oss skottet lossadt i en skog och *M* gömd bakom en trädstam: här kan jägaren i allmänhet icke hafva fullt så starkt skäl att känna sig förvissad om att ingen menniska skall träffas, som i förra fallet. Om man vill, kan man därför anse, att en minimal grad af *neglegentia* här föreligger (att draga en fullt bestämd gräns mellan *neglegentia* och icke-*neglegentia*, är, såsom förut nämndt, omöjligt). Genom att förändra förutsättningarna, kunna vi låta jägarens *neglegentia* växa: han har sett en mänsklig varelse eller hört mänskliga ljud i skogen, ehuru på temligen stort afstånd från trädet; — han har nyss sett *M* i närheten af trädet; — han vet vid skottets lossande, att *M* står bakom trädet, men har, på mer eller mindre goda skäl, beräknat, att skottet skall gå så långt till sidan, att ingen möjlighet finnes att träffa *M* o. s. v. Under det vi på detta sätt låta graden af *neglegentia* variera uppåt, öfverskrida vi förr eller senare den gräns, där (det juridiska begreppet) *culpa* börjar. Hvar denna gräns ligger, beror, som sagdt, på lagens positiva bestämmelse; med den Romerska rättens stadganden i denna del skola vi längre fram utförligen sysselsätta oss.

I det nämnda exemplet låg variationsgrunden i subjektets uppfattning af de yttre omständigheterna. Man kan lätt finna lika åskådliga fall, där variationsgrunden till större eller mindre del ligger i en beskaffenhet (skicklighet, kunskap o. s. v.) hos subjektet; t. ex. om vi (efter *Sourdat*) jämföra en skadegörelse, åstadkommen af en skicklig

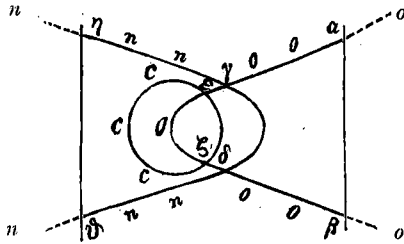
ryttare, som ridande i vanlig takt på en vanlig ridväg, noga iakttagit alla vederbörliga försigtighetsmått, med en skadegörelse, åstadkommen af en oskicklig ryttare, som i sporrsträck jagar fram på en tätt trafikerad stadsgata. Mellan dessa extremer låta sig utan svårighet otaliga gradationer tänkas, och variationen åstadkommes här icke endast af de yttre omständigheterna utan äfven, och ännu mer, af subjektets större eller mindre *imperitia*.<sup>1</sup>

Innan vi lämna denna förberedande undersökning, bör det erinras, att vi här tagit hänsyn till medvetandets innehåll i handlingens ögonblick endast såtillvida som det kongruerat (i relativ mening — jfr. ned. Kap. V) med de realiter uppståndna verkningarna. Endast ur denna synpunkt kan det sägas, att sfären 1 omfattar sfären 2 (så att ett rent subordinationsförhållande eger rum dem emellan). Helt annorlunda, om vi taga hänsyn till alla i handlingens ögonblick tänkta eller tänkbara verkningar, utan afseende på huruvida de realiserats. Då kommer tydligen den tänkta eller tänkbara (ideala) sfärens innehåll att till stor del falla utom den reala (enär människan på grund af sin bristande insigt i det objektiva kausalsammanhanget alltid måste — eller åtminstone alltid kan — tänka sig många verkningar såsom möjliga, hvilka dock icke realiseras, eller m. a. o. emedan icke allt subjektivt möjligt blir objektivt verkligt) — visserligen så, att den ideala sfärens olika delar till stor del stå i alternativt förhållande till hvarandra: subjektet väntar sig antingen den ena eller den andra.

Grafiskt kunna vi framställa dessa båda synpunkter — hvilka det är lämpligt att från början hålla klart åtskilda — på följande sätt. Vi låta kurvan *n* (uppfattad såsom yta!) beteckna alla i handlingens ögonblick tänkbara verkningar och kurvan *o* alla för människan upp-

<sup>1</sup>) Jfr. *Sourdut* n:r 655 (I, 649).

fattbara reala verkningar. Gränsen för båda dessa områden är högst obestämbär: vi fastslå en (mer eller mindre godtycklig) gräns genom att draga linierna  $\gamma\delta$  och  $\alpha\beta$  resp.



Det område, som är gemensamt för kurvan  $n$  och kurvan  $o$  (området  $\gamma - \varepsilon - o - \zeta - \delta$ ) blir = sfären 2 i ofvan gjorda framställning (s. 32). Den del af kurvan  $n$ , som icke faller inom kurvan  $o$  (området  $\gamma - \eta - \delta - \delta - \zeta - o - \varepsilon - \gamma$ ), betecknar däremot sådana subjektivt möjliga verkningar, som icke realiserats, hvilka sålunda endast på grund af det mänskliga medvetandets ofullkomliga uppfattning af de orsakande momenterna och deras verkningsförmåga af människan väntats kunna inträda. Inom kurvan  $n$  afskiljer sig vidare (den i motsats till de två föregående någorlunda bestämbara) kurvan  $c$ , omfattande icke alla tänkbara verkningar utan endast sådana som, enligt den af den positiva rätten fastställda måttstocken, subjektivet varit skyldigt att förutse. Naturligtvis faller kurvan  $c$  helt och hållet inom kurvan  $n$ , men, liksom denna, behöfver den icke falla (och kan, såsom man lätt finner, icke i allmänhet anses falla) helt och hållet inom kurvan  $o$ . Inskränka vi oss nu till endast de af handlingen realiter framkallade verkningarne, d. v. s. till området  $\alpha - \gamma - \varepsilon - o - \zeta - \delta - \beta$ , så kommer inom detta område förhållandet mellan de tre sfärerna (1, 2, 3 sid. 32) att blifva det ofvan angifna. Först afskär näml. linien  $\alpha\beta$  af kurvan  $o$  ett stycke = samtliga reala verkningar af handlingen  $a$  (så långt människan antages sträcka sin

förmåga att efter verkningarnes inträdande upptäcka kausaliteten) = sfären 1; af detta område afskär bågen  $\gamma \delta$  ett nytt = alla de bland nyssnämnda verkningar, som det varit tänkbart att beräkna = sfären 2; och af detta område afskär slutligen bågen  $\varepsilon \zeta$  ett tredje = alla de bland sistnämnda verkningar, som enligt lagens måttstock subjektet varit skyldigt att beräkna (r. undvika) = sfären 3.

---

### § 6.

#### Om det juridiska momentet i det psykiska re- quisitet för culpa.

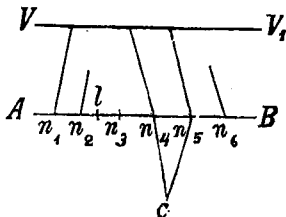
I föregående § hafva vi sett, att den juridiska tillräkningen innebär ett inskränkande, begränsande, af en större, fast till sina gränser obestämbart psykologisk sfär, samt att sättandet af denna juridiska gräns är något rent positivt och icke gifvet såsom ett psykologiskt faktum: lagen, och icke naturen, gifver den positiva måttstock, hvarom fråga är. Ehuru sålunda det juridiska moment, som tillkommer till det omedelbart gifna psykologiska, icke är någon konkret kvalitet i själen, såsom sensationen röd eller blå (eller såsom egenskapen vårdslöshet, hvilken äfvenledes är en konkret kvalitet), knyter den sig likväl till en sida uti det konkreta tillståndet (vårdslöshet etc.), näml. till dess grad — alldeles som om man ville bestämma intensiteten hos olika tillstånd af smärta genom att fixera en viss förestäld grad af smärta och ange de konkreta smärttillståndens förhållande till denna grad: tydligen blefve fixerandet af en dylik grad ett utifrån infördt och icke ursprungligen psykologiskt moment. Det juridiska momentet kan därför närmast bestämmas såsom det konkreta psykologiska tillståndets relation, med afseende på sin grad, till en förestäld fix grad.

Tydiligen kan detta hänsyntagande till ett gifvet psykologiskt tillstånd förhållande till en förestäld fix grad tänkas ske på två principiellt skilda sätt, näml. antingen så, att det innebär en verklig mätning, angifvande afståndet från den fixa punkten och sålunda innebärande ett fixerande äfven af det *in casu* gifna tillståndet (likasom om man i det nämnda exemplet ville mäta smärtans intensitet, genom att angifva dess större eller mindre afstånd från den såsom fix antagna smärte-graden) — eller så, att det helt enkelt angifver, huruvida det konkreta tillståndet ligger öfver eller under den fixa punkten (likasom om man ville afskilja alla smärtetillstånd öfver den fixa graden och sammanfatta dem — till skilnad från smärtetillstånd af lägre intensitet — till ett särskildt begrepp). Det förra sättet innebär ett verkligt mätande, det andra innebär ett alternativt afgörande: *culpa* eller *non-culpa*? Det måste på det bestämdaste accentueras, att det juridiska *culpa*-begreppet — *nb.* såvidt det rör *culpa l. Aq.*, således utomobligatorisk skadeståndsskyldighet enligt Justiniansk rätt [hvilket vi här alltid underförstå, då icke annat uttryckligen säges] — innebär det senare och icke det förra fixeringssättet, och att det således häri är diametralt motsatt det psykologiska *neglegentia*-begreppet (efter vår ofvan angifna terminologi), hvilket naturligtvis, såsom hvarje psykologisk kvalitet, kan och måste tänkas oändligt grade-radt. Det är ingen öfverdrift att påstå, att de allra flesta af de ändlösa tvisterna om den Romerska privaträttens *culpa* och af de svårigheter, hvari man invecklat sig vid undersökningen af detta begrepp, förr eller senare låta föra sig tillbaka till underlåtenheten att klart åtskilja dessa båda enligt sakens natur fullkomligt olika momenter: det psykologiska och det juridiska. Existensen af *culpa* (med afseende på det psykiska rekviritet) betyder således: existensen af en *neglegentia*, hvars grad ligger öfver gränspunkten (då vi med gränspunkten

förstå: den grad af *neglegentia*. där lagen låter tillräkning inträda), och *culpa* är (i nämnda afseende) = det faktum, att en *neglegentia* af dylik grad är gifven. Det behöfver efter det nu sagda icke särskildt framhållas, huru ytterst nödvändigt det är att icke förblanda *culpa* i modern straffrättslig mening (äfvensom i privaträttslig mening inom flera moderna rättssystemer) med *culpa l. Aq.*

Resultatet af ofvanstående är således, att subjektet i hvarje gifvet fall är antingen *i culpa* eller *icke i culpa*: att tala om att subjektet är mer eller mindre *i culpa* är i civilrättsligt afseende från romerskrättslig ståndpunkt i allmänhet obefogadt (huru de fall böra uppfattas, då vid en högre grad af *neglegentia* nya verkningar inträda, jfr. ned.). I nyssnämnda exempel, då vi läto jägarens *neglegentia* småningom växa, fans *culpa* hos honom icke i början, utan uppstod på en viss punkt af *neglegentia*; om *neglegentia* växer ytterligare, så inverkar detta alldeles icke: han kommer därigenom icke mera *i culpa*. *Culpa* utmärker endast, att i det gifna fallet *neglegentia* är öfver den punkt, där lagen betraktar subjektet såsom orsak till verkan *v*: huru mycket *neglegentia* står öfver sagda punkt, är, civilrättsligt betraktadt, i regeln fullkomligt irrelevant<sup>1</sup>.

På grund af denna frågas särskilda vikt för vårt förevarande ämne skola vi åskådliggöra det nu nämnda genom vidstående grafiska schema. Vi tänka oss de olika graderna af *neglegentia* grafiskt framställda genom en



linie *AB*, hvars ena ändpunkt *A* utmärker det fall, där *neglegentia* = 0, d. v. s. där subjektet är absolut fritt från *neglegentia* i ofvan angifna (psykologiska) mening, eller m. a. o. där det varit subjektet under

<sup>1</sup> Jfr. ned. Kap. V.

förevarande omständigheter absolut omöjligt att beräkna verkan  $v$  af handlingen  $a$ . I mån som vi aflägsna oss från punkten  $A$ , komma då liniens olika punkter att utmärka allt större grader af *neglegentia*. Vi antaga att punkten  $l$ , »gränspunkten», just öfverstiger den högsta grad af *neglegentia*, som lagen i det gifna fallet ännu fritager från ansvar: hvarje grad af *neglegentia* från och med graden  $l$  ( $\rho$ : hvarje punkt af linien  $lB$ ) kommer då att begrunda *culpa*, i alla de fall, där denna måttstock för afgörande af *culpa* skall följas. Däremot komma alla, de grader af *neglegentia*, som ligga mellan  $A$  och  $l$  ( $\rho$ : hvarje punkt af linien  $Al$ ) icke att under nämnda förutsättningar begrunda *culpa*, enär de ännu icke äro större, än att de af lagen anses tillåtliga. Beteckna vi *culpa* med punkten  $c$  och det faktum att den grundas på en viss grad af *neglegentia* (en viss punkt af  $lB$ ) genom en sammanbindande linie, så kommer således  $c$  att kunna sammanbindas med punkterna  $n_4$ ,  $n_5$ , men icke med punkten  $n_1$ . Men afståndet från punkten  $l$  är fullkomligt irrelevant:  $n_4$  begrundar *culpa* hvarken mer eller mindre än  $n_5$ :  $c$  är i båda fallen oförändradt samma punkt.

Att en motsatt uppfattning — i det näml. själfva (det civilrättsliga) *culpa*-begreppet fattats såsom inom sig kontinuerligt graderadt — ofta kunnat framkomma, visar en förblandning af begreppen, förorsakad af rättskällornas prägnanta uttryck *culpa levissima*, *levis*, *lata*, *magna*, *gravior* o. s. v., hvarigenom föreställningen väckts om verkliga grader af *culpa*. Samtliga dessa uttryck härröra däraf, att lagen i stället för den ena gränspunkten  $l$  bestämt flera olika gränspunkter. Detta kan tänkas ske antingen 1) på det sätt, att lagen i olika fall låter *culpa* uppstå vid olika *neglegentia*-grad (så att den *neglegentia*-grad, som i ett fall, t. ex. vid ett kontrakt, skulle begrunda *culpa*, icke gör det vid ett annat), eller 2) så, att för samma fall (d. v. här s.: enligt samma rättsbestämelse — icke: samma konkreta casus) olika verkningar

uppstå på olika punkter, så att *culpa* uppstår vid en lägre *neglegentia*-grad, men nya verkningar tillkomma vid en högre *neglegentia*-grad.

Det första af dessa fall karaktäriseras sålunda däraf, att, vid jämförelse af flera olika fall af kulposa handlingar, gränspunkten visar sig enligt lagens positiva bestämmelser hafva olika läge. Uttryckt i det till *neglegentia* reciproka begreppet *diligentia*<sup>1</sup>, innebär detta, att i olika fall en olika grad af *diligentia* fordras för ansvarsfrihet: stundom den grad af *diligentia*, som en *bonus paterfamilias* under dylika omständigheter skulle iakttagit, stundom den grad af *diligentia*, som svaraunden bevisar sig i egna angelägenheter vanligen hafva iakttagit o. s. v. Härigenom kommer man till ett slags skala *in abstracto*, skenbart graderande begreppet *culpa*, men i verkligheten blott utmärkande de olika lägen, som gränspunkten i olika fall intager på skalan af *neglegentia*. Det faktum att jag är ansvarig, eger icke rum i högre grad därför att lagen i ett visst fall låter det inträda först vid en högre grad af vårdslöshet än eljes: det eger alldeles icke rum, så länge min *neglegentia* ännu icke uppfyller det af lagen för detta fall fastställda måttet (äfvén om min *neglegentia* är större än det för andra fall bestämda minimum) och från och med det ögonblick, som detta mått fylles, eger det åter (i hvad på det psykiska rekviritet ankommer) rum helt och fullt. I st. f. att tala om ansvar för *culpa levis*, *lata* o. s. v. i olika fall, borde man därför korrekt säga, att *culpa* inträder i ett fall där hvarest *neglegentia levis* börjar (då man med

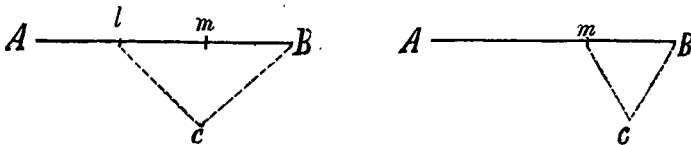
<sup>1</sup> Vi använda sålunda ordet *diligentia* här icke såsom diskret begrepp (reciprokt till *culpa* i här utvecklade betydelse) utan såsom kontinuerligt (reciprokt till *neglegentia*). Efter denna terminologi komma sålunda begreppen *neglegentia* och *diligentia* att variera i motsatt riktning, så att den minsta tänkbara grad af *neglegentia* motsvaras af den största tänkbara grad af *diligentia* o. s. v. — Ordets betydelse i den äldre Romerska rätten, där det användes reciprokt till *culpa* i obligatoriska förhållanden, är ej längre fasthållen i den Just. rätten (*Pernice Labeo* II, 280—286; 314); jfr. vid. ned. § 7.



*negl. levis* menar all *neglegentia*, som icke understiger en viss positivt bestämd grad och icke öfverstiger en annan bestämd grad och således innefattar alla mellan två bestämda gränsgrader liggande grader af *neglegentia*, i ett annat fall, där *negl. lata* börjar o. s. v. Det vanliga talesättet, väl begrundadt i de Romerska rättskällorna, är att anse för ett sammandraget och beqvämt uttryck, mot hvilket ingenting vore att anmärka, om det icke, såsom vi snart skola se, visat sig i hög grad förvirra terminologien och begreppsbestämningen och därigenom försvåra inblicken i de vid skadeståndsskyldigheten relevanta momenternas rätta inbördes sammanhang.

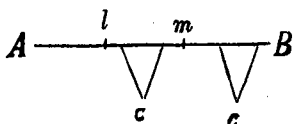
I anslutning till det ofvan (s. 38) framställda grafiska schemat kunna vi uttrycka förhållandet så: läget af punkten  $l$  på linien  $AB$  har icke minsta inflytande på punkten  $c$ 's egenskap af icke-kontinuerlig: punkten  $c$  är lika mycket punkt och icke linie, vare sig den korresponderar med ett större eller mindre stycke af linien  $AB$ .

Hvad angår det senare af ofvannämnda tvänne fall (s. 39 *i. f.*), finner man lätt, att det är fullkomligt likartadt med det ofvan schematiskt framställda enkla fallet. Antag att *culpa*-verkningarna, *in toto* betraktade, i st. f. att uppstå en gång för alla i gränspunkten  $l$ , fördela sig på två olika gränspunkter  $l$  och  $m$ . Om de till gränspunkten  $l$  hörande verkningarna sträcka sig öfver hela stycket



$lB$  (och således för stycket  $mB$  gå parallellt med de till gränspunkten  $m$  hörande verkningarna), så är det utan vidare klart, att dessa verkningar uppstå fullkomligt lika på alla punkter af  $lB$  ( $n_3$  frambringar dem icke i högre grad än  $n_4$ : jfr. s. 38). Om däremot de till  $l$  hö-

rande verkningarna fr. o. m. punkten *m* upphävas och ersätts med andra, så gäller det nyssnämnda för stycket *lm*; *n*<sub>4</sub> frambringar icke andra verkningar än *n*<sub>3</sub> o. s. v.



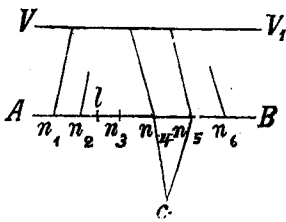
På samma sätt de till *m* hörande verkningar: *n*<sub>6</sub> frambringar dem, under alla omständigheter, icke annorlunda än *n*<sub>5</sub>. Sålunda blifva alltid samtliga punkter af *lm* sinsemellan juridiskt liktydiga (ehuru psykologiskt olika) och samtliga punkter af *mB* äfvenledes sinsemellan juridiskt liktydiga. Det är alldeles icke tal om förvandling af det diskreta begreppet *culpa* till ett kontinuerligt, utan blott om en addition af två (eller flere) diskreta: punkten *c* förvandlas icke till en linie, utan det sättes två punkter i stället för *en*. Praktiskt sedt är skillnaden äfven här mest iögonenfallande vid en jämförelse med modern straffrätts-*culpa*, där en verklig kontinuitet eger rum jämte den diskreta additionen: äfven om *dolus* här har specifika verkningar, så frambringa de kontinuerligt växande graderna af *dolus*, — såväl som af *culpa s. str.*, dess straffbarhet förutsatt — kontinuerligt växande verkningar.

Vid jämförelse mellan de två nu behandlade fallen af olika gränspunkter kunna vi så uttrycka förhållandet dem emellan, att i första fallet *culpa* alltid representeras af *en* punkt, i andra fallet af två o. s. v. punkter, men i intetdera fallet af en linie. I den moderna straffrätten representeras *culpa* i regel af en linie.

För bättre uppfattning af sammanhanget mellan undersökningens olika delar, sammanställa vi med det här gifna grafiska schemat en schematisk bild af det fysiska rekviritets inverkan på *culpa's* existens (naturligtvis utan att här ingå på någon analys af detta rekvirit). Såsom förut nämnt, är det, för att *culpa* skall finnas, icke nog, att *neglegentia* — vore den än så stor — finnes i subjektets själ; det fordras äfven, att denna *neglegentia* på visst

sätt framkallar en viss objektiv verkan, eller, för att uttrycka förhållandet i funktion af de förut (s. 34) uppställda begreppen, det förutsättes (en relativ) kongruens mellan den ideala och den reala kausalserien. Det faktum, att jag icke beräknat ett visst kausalsammanhang mellan min handling och ett ingrepp i en främmande rättssfär, som jag haft skäl att vänta, försätter mig aldrig i *culpa*, utan därtill måste vidare komma ett yttre resultat af denna min bristande beräkning: om ingreppet i den främmande rättssfären icke realiseras, så begrundas *culpa* ej däraf, att en sannolikhet (subjektiv möjlighet) därtill (antagits eller) vårdslöst förbisetts.

Vi kunna grafiskt framställa detta förhållande genom att låta linien  $VV'$  i sina olika punkter utmärka



olika, rättsstridiga verkningar (huru som helst ordnade på linien  $VV'$ ; deras inbördes förhållande kunna vi här lämna åsido). Om vi nu utmärka det faktum, att en viss *neglegentia* framkallat en rättsstridig ver-

kan, genom att sammanbinda den *neglegentia*-graden motsvarande punkten af linien  $AB$  med en punkt af linien  $VV'$ , så fordras det tydligen, för att *culpa* skall uppstå, dels att *neglegentia* ligger öfver gränspunkten (d. v. s. att den ifrågavarande punkten på linien  $AB$  ligger på stycket  $lB$ ) dels att denna punkt är förbunden med en punkt på linien  $VV'$ . Först om båda dessa förutsättningar äro uppfyllda, kan punkten på  $AB$  förbindas med punkten  $c$ . Sålunda kunna hvarken  $n_1$ ,  $n_2$ ,  $n_3$ , eller  $n_6$  begrunda *culpa*. (Vid  $n_2$  och  $n_6$  antages en i riktning mot en rättsstridig verkan gående kausalserie inledd, men afbruten). Att tillämpa det nu sagda för den händelse, att flera gränspunkter äro gifna för samma fall, så att *culpa*-verkningarna äro fördelade, möter ingen svårighet.

Ofvanstående grafiska schema visar oss på en gång följande tre bestämningar hos *culpa*:

1) *culpa* är ett ograderadt, diskret begrepp, som icke innehåller ett mer och mindre, i motsats till *neglegentia* (∴: *culpa* betecknas af en punkt *c*, *neglegentia* af en linie *AB*),

2) *culpa* inträder först vid en viss grad af *neglegentia* (∴: af linien *AB* kan endast stycket *lB*, men icke stycket *lA* förbindas med punkten *c*);

3) *culpa* förutsätter, att *neglegentia* ledt till ett objektivt rättsstridigt resultat (∴: en punkt af linien *lB* kan endast under den förutsättning, att den är förbunden med linien *VV*<sup>1</sup>, förbindas med *c*).

## 2. Terminologiska anmärkningar.

### § 7.

Om de olika användningarne af ordet *culpa* i rättskällorna.

Den obestämdhet i uppfattningen af det romerskrättsliga begreppet *culpa*, som mer eller mindre framträder hos de flesta författare, har onekligen i hög grad föranledts af rättskällorna själfva, i det de, sin vana likmätigt, hvarken uppställt eller uttryckligen följt någon abstrakt bestämning däraf, utan använt ordet i ganska många skiftande betydelse.

Bortse vi från den historiska ordning, hvori dessa olika skiftningar efterträdt hvarandra (antaget, att en bestämd ordning funnits)<sup>1</sup> och gruppera skiftningarna en-

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb. s. 26 anmärker om begreppen *iniuria* och *culpa*: „Beide Begriffe haben keine eigentliche historische Entwicklung durchgemacht: wenigstens lässt sich eine solche nirgends mehr nachweisen.“

dast efter deras inre begreppsliga förvandtskap, så åtskilja sig närmast en mera objektiv och en mera subjektiv riktning, allteftersom *culpa* öfvervägande fattas såsom ett i det objektiva framträdande faktum eller såsom ett psykiskt tillstånd. Inom den objektiva riktningen afskiljer sig en användning af *culpa* i en betydelse som närmar sig till objektiv orsak (*A* är i »*culpa*», i det han är objektiv orsak till en rättskränkning — utan afseende på hans subjektiva tillstånd) och en användning i betydelsen objektiv verkan (själfva den objektiva rättskränkningen betecknas — mer eller mindre skarpt uttaladt — såsom en *culpa*; *culpa* således = *iniuria*). Inom den subjektiva riktningen åter måste man skilja mellan två indelningsgrunder. Båda dessa indelningar knyta sig till det psykologiska omfånget af *culpa*, näml. antingen till olika delar af *culpa*-området i ett fall eller till de olika *culpa*-områdena i olika med hvarandra jämförda fall (j. o. s. 39 ff.): i förra afseendet åtskiljer sig *culpa sens str.* (exclusive *dolus*) från *culpa sens. lat.* (inclusive *dolus*); i senare afseendet framträder skilnaden mellan hvad man, med ett icke alldeles lämpligt uttryck, kallat formel *culpa* och materiel *culpa* (*Bruckner*)<sup>1</sup>, den förra hänförande sig endast till ett bestämdt fall och omfattande endast det område, som i detta fall medför tillräkning<sup>2</sup>, den senare omfattande hela det psykologiska område, som i något fall, hvilket som helst, medför tillräkning.

Det nu sagda gifver oss icke mindre än 6 olika, i källorna från hvarandra mer eller mindre skarpt afgränsade skiftningar i betydelsen af ordet *culpa* [utan att det härmed skall påstås, att man icke i källorna kan upp-

Sie sind von der Theorie gefunden und ausgebildet und treten deshalb fertiger auf als andere Rechtsbegriffe“. Jfr likväl *Pernice* själf i *Lubeo* II, 230 ff. 251 ff.; 280 ff.; 314; 330; 336 ff. m. ff. st. Äfvenså *Ihering* Schuldm. 11 ff.; *Hölder* i Münch. Viert. XVI, 529 (mot *Knip*, Über Kontraktsculpa 1873); *Voigt*, Bedeutun swechsel 4, 6 ff.; *dens.* XII Taf. I, 416.

<sup>1</sup> *Bruckner* passim, t. ex. s. 255, n. 1; jfr. ned. § 8.

<sup>2</sup> Jfr. o. s. 40.

söka ännu flera varianter]: 1) *culpa* såsom objektiv orsak, 2) *culpa* såsom objektiv verkan, 3) *culpa sens. str.*, 4) *culpa sens. lat.*, 5) formel *culpa*, 6) materiel *culpa*. I betydelsen 1 (*culpa* = objektiv orsak) är *A* i *culpa*, äfven om han af ren våda vållat slafvens död; i betydelsen 2 (*culpa* = objektiv verkan) är slafvens dödande en *culpa* (= rättskränkning); i betydelsen 3 (*culpa sens. str.*) är *A* icke i *culpa*, om han uppsåtligen dödar slafven (utan i *dolus* — jfr. emell. ned. Kap. V); i betydelsen 4 (*culpa sens. lat.*) är *A* i *culpa* äfven i fall af uppsåtlighet; i betydelsen 5 (formel *culpa*) är kommodanten eller depositaren icke i *culpa* (nb. ur kontraktet), om han genom *levis neglegentia* förorsakar kommodataren resp. deponenten skada; i betydelsen 6 är kommodauten resp. depositaren äfven då i *culpa* (ur kontraktet).

Vi få emellertid icke föreställa oss, att alla dessa betydelser i fråga om freqvens i källorna äro likställda, eller att de alla ens förekomma klart och otvetydigt uttryckta. Af de båda objektiva betydelserna, isynnerhet den första, förekomma endast temligen sällsynta spår. Af de subjektiva betydelserna förekommer *culpa* vida oftare *sens. str.* än *sens. lat.*, och *culpa* i »materiel» betydelse vida oftare och bestämdare än *culpa* i »formel». Sålunda kan man säga, att den öfvervägande användningen af ordet i de Justinianska rättskällorna är 1) subjektiv: i detta afseende öfverensstämmer den med den ofvan gifna begreppsbestämningen; 2) *culpa sens. str.* — icke inkluderande *dolus* och 3) materiel *culpa*: beräknad från en och samma fixa psykologiska punkt, utan afseende på hvad som presteras såsom *culpa* i det enskilda fallet. I de båda sistnämnda afseendena (2 och 3) afviker således den ofvan (II, § 6) angifna och i detta arbete följda begreppsbestämningen från den i rättskällorna vanligaste: om skälen härför, jfr ned. § 8.

En detaljerad undersökning af källornas språkbruk, borde, om den skulle företagas, grunda sig på en full-

ständig statistik öfver användningen af ordet *culpa* i *C. J. J.*, men en sådan skulle icke hafva ett dess vidlyftighet och möda motsvarande värde för vårt egentliga ämne. Jag inskränker mig därför till anförandet af följande exempel ur rättskällorna på olika betydelse af *culpa*.

1). Bland exempel i rättskällorna på en användning af ordet *culpa*, som åtminstone starkt närmar sig till objektiv orsak, — och som t. o. m., om man så vill, går utöfver detta begrepp — är att anföras *l. 62 § 5 D. de furt. 47, 2 Afric.*:

*Quod vero ad mandati actionem attinet . . . ait . . . hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnatum decidere cogatur. — — Sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.*

Hvad angår *actio mandati* . . . så förklarar [Africanus] . . . att det här ännu mera än i föregående fall bör iakttagas, att den, som gifvit någon i uppdrag att köpa en bestämd slaf, tillhållles att ersätta förlusten, äfven om han icke visste, att [slafven] var en tjuf. — — Likasom vid ofvannämnda aftal, köp, lega och pant, dens *dolus*, som visste [att slafven var en tjuf] och förteg det, har förklarats straffbar, så! bör i de nu nämnda fallen deras *culpa*, för hvilkas räkning aftalet ingåtts, snarare vara förlustbringande för dem själfve [än för andra]. Ty *culpa* finnes tydligen hos mandanten, enär han gifvit [mandataren] i uppdrag att åt honom köpa en dylik slaf.

I en liknande betydelse förekommer ordet i *l. 1 § 4 D. de his qui effud. 9, 3 Ulp*:

*Haec in factum actio in eum datur, qui in-*

Denna *actio in factum* gifves emot den, som bebor [huset], då

*habitat, cum quid deiceretur, vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.*

föremålet kastades eller haldes ned, icke mot egaren af huset, ty *culpa* fins hos den förre. Det nämnes ingenting om *culpa* eller *infitiatio* [i ediktet], så att talan [endast i dessa fall] skulle gå ut på det dubbla, ehuru *actio damni iniuriae* fordrar båda [näml. för att den skall gå ut på det dubbla].

Särskildt egendomligt är här, att *culpa* i den ena betydelsen nästan omedelbart följes af *culpa* i en alldeles annan. Hyresgästen o. s. v. drabbas af ansvar, därför att han är i [objektiv] »*culpa*» för hvad som nedkastas från hans våning, men till hans [subjektiva] *culpa* tager ediktet icke hänsyn (»ehuru hänsyn till denna tages vid *l. Ag.*» -- såsom i fortsättningen till yttermera visso anmärkes). Det senare stället visar, att det förra ställets *culpa* icke kan konstrueras såsom en underlåtenhet i uppsigt öfver de i våningen befintliga personer o. d. — i så fall hade ju subjektiv *culpa* presumerats äfven vid *a. de eff. et dej.*, och obehöfligheten af (subjektiv) *culpa* icke kunnat anmärkas såsom en skilnad från *a. damn. iniur.*<sup>1</sup>

Med dylika, i rättskällorna sällsynta fall kunna jämföras sådana i den icke-juridiska literaturen vanliga uttryck som *machinae culpa*, *fati culpa* (*Sen.*), *temporum culpa* (*Cic.*) o. s. v. Naturligtvis kunna sådana uttryck ofta bero på en poetiskt personifierande stil.

<sup>1</sup> Det af *Wendt* Jahrb. Dogm. XXXI, 177 för denna betydelse af *culpa* äfven åberopade stället *l. 66 pr. D. sol. matr. 24, 3 larol.* (*Ea sententia P. Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, [statuit del: Mo] quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere*) synes knappast gå utöfver subjektiv *culpa*. Snarare kunde detta anses om det bekanta, äfvenledes af *Wendt* åberopade stället *l. 25 § 4 D. loc. cond. 24, 2 Gai.*: *Culpa autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.* — Härmed kan sammanställas användningen af *culpa* vid skada, som ett subjekt tillfogat sig själf („welches denn“, såsom *Hasse* med rätta anm. ss. 180—1, „nichts weiter heisst, als: die Ursache des Schadens ist in ihm selbst zu suchen, er hat sich den schädlichen Erfolg selbst zuzuschreiben“).



2) Betydelsen af objektiv verkan synes framträda ytterst skarpt i *l. 45 § 4 D. ht. Paul.*:

*Qui cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt.* De som åstadkommit en skadegörande *culpa*, då de icke på annat sätt kunde rädda sig, äro fria från ansvar.

Emellertid är uttrycket *damni culpam* efter all sannolikhet korrumperadt (*damnum culpa?* — *damnum cuiquam?* — *damni quiddam* [Mo]?). Men då *Pernice* på grund häraf påstår: »*die Bedeutung von culpa im durchaus objectiven Sinne ist nicht nachweisbar*»<sup>1</sup>, så synes han icke hafva tagit i betraktande *l. 11 § 1 C. de repud. 5, 17 Justin.*:

*Si vero sine culpa reiecerit vel ipse talem culpam contra innocentem mulierem commiserit cet.* Om [mannen] utan [qvinnans] *culpa* förskjutit henne eller själf begått en dylik *culpa* mot en otadlig qvinnu o. s. v.

Såvidt jag kan finna, är uttrycket *culpam committere* icke i någon väsentlig mån mindre objektivt än *culpam dare*<sup>2</sup>.

3), 4). Hvad angår förekomsten af *culpa s. str.* och *s. lat.* (af hvilka betydelse den förra är den regelbundna), kunna vi hänvisa till de vanliga pandektläroböckerna<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb. s. 29.

<sup>2</sup> Tydligt låg den objektiva betydelsen nära till hands, enär för *culpa* äfven fordrades ett *fysiskt* requisit; å andra sidan förekommer *iniuria* i sammanhang, där man skulle väntat *culpa*, t. ex. *l. 7 § 3 D. ht. Ulp.* (Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit, teneri, quia non occidit, neque eum, qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit). *Hasse* ann. ss. 56-7, att „wenn gleich beide die gänzliche Widerrechtlichkeit der Handlung umfassen, dennoch in *culpa* (Schuld) das Subjektive, in *iniuria* (Unrecht) das Objective vorherrscht. Man kann sagen: *culpa* ist Widerrechtlichkeit überhaupt, weil im *Jus* ohne Unrecht keine Zurechnung in Betracht kommt, *iniuria* dasselbe, weil Unrecht ohne Zurechnung nicht mehr Unrecht ist“. — I icke-juridisk litteratur har *culpa* ofta en hithörande, men vidsträcktare betydelse, näml. (i st. f. rättsstridighet) hvad som strider mot den *sedliga* ordningen, omoralisk handling (jfr. vid. *Hasse* 12, n. a. 1); t. o. m. hvad som strider mot en regel öfverhufvud (*magistra culpa potare*, Hor. Sat. II, 2 v. 123).

<sup>3</sup> Se t. ex. *Windscheid* I § 101 n. 7. Jfr. *Pernice* Lab. II, 57 ff., 237 ff.

och anföra endast följande ställe ur hithörande digesttitel, l. 5 § 1 *Ulp.*:

*Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

*Iniuria* måste vi här fatta icke i betydelsen af ärekränkning, såsom vid *a. iniur.*, utan såsom något, som sker utan rätt, d. v. s. mot rätt, således om någon dödat med *culpa*; sålunda konkurrera stundom båda aktionerna, *a. l. Aq.* och *a. iniur.*, men två värderingar komma [då] att ske, den ena af förmögenhetsförlusten, den andra af ärekränkningen. Därför skola vi här fatta *iniuria* såsom en förmögenhetsförlust, åstadkommen med *culpa*, äfven af en, som icke hade uppsåtet att göra skada.

På detta ställe icke blott fattas *culpa* såsom omfattande *dolus*, utan det anmärkes t. o. m., att äfven *culpa s. str. (qui nocere noluit)* är *culpa* — liksom om *culpa* närmast hade inneburit uppsåtligt handlande.

5), 6). Frågan om förhållandet mellan »formel» och »materiel» användning af ordet *culpa* sammanhänger nära med användningen af ordet *casus*. Af den af *Bentzon* gjorda utredningen<sup>1</sup> framgår, att den genomgående användningen af *casus* i rättskällorna är den af kompletärbegrepp till formel *culpa*, så att *casus* omfattar hvad som i hvarje särskildt fall icke är ansvarmedförande (»for Strafferettens vedkommende enhver ikke doløs, for l. Aq.'s enhver ikke culpøs Handling») <sup>2</sup>. Här-

<sup>1</sup> *Bentzon* ss. 55—61.

<sup>2</sup> *ib.* s. 60. *B.* jämför träffande användningen af ordet *casus* med ordet *civil*, som, själf negativt, får olika betydelser genom att motsättas olika (positiva) kompletärbegrepp, t. ex. *civil* i motsats till militärisk, till ecklesiastisk o. s. v.

med synes äfven *Bruckner* öfverensstämma<sup>1</sup>, ehuru han likväl »i och för källexegesen» åtskiljer ett formelt och ett materielt *casus*-begrepp, såsom komplementärbegrepp till resp. formel och materiel *culpa*<sup>2</sup>. Resultatet häraf blir, att den vanligaste användningen af ordet *culpa* utgår från en annan synpunkt än användningen af ordet *casus*: *culpa* användes regelbundet i materiel, *casus* i formel betydelse. Att den materiella användningen af ordet *culpa* verkligen är långt öfvervägande, torde icke behöfva något bevis. Detta ligger redan i de vanliga graderingarna: *levis culpa*, *lata culpa* o. s. v. och ännu påtagligare i yttrandena om prestation i vissa fall af *omnis culpa*, som ju förutsätta, att icke alltid *omnis culpa* presteras<sup>3</sup>. — Hvad speciellt *l. Ag.* angår,

<sup>1</sup> *Bruckner* s. 256: „Der *casus* existirt daher auch für die Quellen immer nur als *negativer* (die Schuld verneinender) Begriff, als ein Begriff, der sich immer erst im concreten Fälle durch Feststellung des Nichtvorhandenseins von Schuld ergibt.“

<sup>2</sup> *Bruckner* s. 255 n. 1: „Es muss daher bei der Quellenexegese der materielle und formelle Culpabegriff und dessen Kehrseite, der materielle und formelle *Casus*begriff, jederzeit wohl auseinandergehalten werden.“

<sup>3</sup> En annan sak, att de Romerske juristerne i allmänhet icke öppet uttala denna konsekvens af de nämnda uttrycken (så att de ej gärna uttryckligen tala om en *culpa*, som ej presteras). Endast såtillvida är *Hassel's* anmärkning (s. 180) riktig angående de kontrakt, vid hvilka *diligentia quam suis* får bevisas: „Daher denn bei den dahin gehörigen Contracten die Römer Unterlassung des in eigenen Sachen nicht gewöhnlichen Fleisses nicht leicht *culpa* nennen, sondern es oft deutlich genug zu verstehen geben, dass sie dieselbe als schuldlos betrachten. Nur ganz uneigentlich kann dies Wort hier so gebraucht werden“ o. s. v. — Den logiskt nödvändiga konsekvensen af sådana uttryck som *omnis culpa* o. s. v. är dock tillräckligt tydlig, för att här icke behöfva närmare utföras. Tydligt är det härvidlag alldeles liktydigt, om det heter att någon *presterar all culpa*, eller om det heter, att någon *icke presterar all culpa*; om den betydelse af *culpa* vore genomförd, att ordet endast omfattar den *neglegentia*, som presteras, vore det ju en meningslös tautologi att särskildt tala om prestation af *all culpa*. Till yttermera visso förekomma dock stundom ställen, där det uttryckligen talas om icke-prestation af *culpa*, t. ex. *l. 1 § 1 D. si mens. 11, 6 Ulp.*: sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti — och ännu uttryckligare *l. 1 § 2 D. si is qui test.*, 47, 4 *Ulp.*, där det heter om den slaf, som „testamento liber esse iussus, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse aut corripuisse quid dicitur“, och som genom denna testamentsbestämmelse blifvit „audacior, quia neque ut servum se coërceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti

kan denna betydelse mindre lätt träda i dagen, enär *omnis culpa* där regelbundet presteras, och således området för den vid *l. Ag.* gällande formella *culpa* fullständigt täcker sig med (det ständigt enahanda) området för den materiella *culpa*. Emellertid innehålla rättskällorna åtminstone ett ställe, som — visserligen ett enastående undantag — innebär, för *l. Ag:s* räkning, isärfallande af den formella och materiella *culpa*; och på detta ställe, *l. 54 § 2 D. de adqu. rer. dom. 41, 1 Modest.*, är den materiella användningen af ordet omisskännelig:

*Sed damnum dando dam-* Men genom att göra skada  
*ni iniuriae tenebitur, ut* blir han ansvarig enligt *a.*  
*tamen culpam in damno* *damn. ini.*, dock så, att man  
*dando exigere debeamus* måste fordra en svårare *culpa*  
*graviorem nec tam levem* vid skadegörelsen, icke så ringa  
*quam ab extraneo*<sup>1</sup>. som af tredje man.

Vi anmärka slutligen i förbigående rörande användningen af orden *neglegentia* och *diligentia* i rättskällorna, att de synas täcka sig med, resp. reciprokt motsvara be-

actionem cum servo suo quamvis postea ad libertatem pervenerit etc. —: Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur: *culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est* [d. v. s. den kan tänkas föreligga men presteras likväl icke], sed culpa dolo proxima dolum repraesentat.

För egen del har *Hasse* med ganska stor bestämdhet häfdat uppfattningen af *culpa* såsom formel (j. n. i texten). Så t. ex. s. 181: „Es ist nur *das culpa*, nur *das* imputable, was bei dem vorliegenden *negotium* zu imputiren ist, gleichviel ob es bei einem andern *negotium* zugerechnet werden könnte oder nicht“; och s. 182: „die *culpa* schliesst auch relative Nicht-imputabilität aus; nur da, wo alles bis an den *casus* zugerechnet wird, stösst sie unmittelbar an diesen, also bei der *Aquilia* etc.“ Men detta hindrar honom icke att uppfatta *culpa* såsom ett inom sig kontinuerligt graderadt begrepp; jfr. t. ex. utförandet angående *culpa levissima* s. 127 och polemiken mot *Coccejus* i Anh. II, s. 624 ff. Om något klart åtskiljande hos *Hasse* af den juridiska synpunkten från den psykologiska (j. n. s. 56), kan det därför icke blifva tal.

<sup>1</sup> Om detta ställe jfr. ned. Kap. III § 13. Såsom ett särskildt uttryckligt uttalande i denna riktning kan märkas det redan af *Hasse* (s. 13) betonade *l. 11 § 1 C. de repud. 5, 17 Justin.* (Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a coniugio suo repellere voluerit, non aliter ei hoc facere liceat, nisi talis culpa intercesserit, quae nostris legibus condemnatur), hvilket uttryckligen motsätter en *culpa quae legibus condemnatur* mot en *culpa, quae legibus non condemnatur*.

greppet *culpa s. str.* Detta gäller, sedt från själfva den Justinianska rättens ståndpunkt, ty det lider intet tvifvel, att begreppen *diligentia* och *culpa* inom den äldre rätts-terminologien divergerat, så att *culpa* hänfört sig närmast till *l. Aq:s* område och däremot *diligentia* till obligatoriska förhållanden; men smånigom synes hvarterda begreppet hafva utvidgat sig till att omfatta äfven det andras sfär<sup>1</sup>.

Hvad angår *neglegentia*, finnas i rättskällorna äfven spår af en användning, som öfverensstämmer med den i detta arbete följda terminologi, i det *neglegentia* fattas såsom en psykologisk bakgrund för det juridiska begreppet *culpa*. Så isynnerhet *l. 226 D. de V. S.* 50, 16 *Paul.*:

*Magna neglegentia* En hög grad af *neglegentia* är *culpa est, magna culpa culpa*; en hög grad af *culpa* är *dolus est.*

Det synes icke möjligt att fatta detta ställe på annat sätt, än att *magna neglegentia*, som begrundar *culpa*, motsättes en mindre *neglegentia*, som icke begrundar *culpa*, och då detta icke, såvidt af texten framgår, hänför sig till något af de undantagsfall, där endast *culpa lata* presteras, så måste denna mindre *neglegentia* betyda en sådan, som kan finnas äfven hos en *bonus paterfamilias* (och måste finnas, eftersom människan icke är fullkomlig) och som således icke begrundar *culpa*. Jag kan därför icke finna *Hasse's* förklaring<sup>2</sup>, hvilken här vill fatta *culpa*

<sup>1</sup> Se *Pernice* Lab. II, ish. s. 280 ff.; jfr. äfv. om olika meningar *Bentzon* ss. 102—3.

<sup>2</sup> *Hasse* s. 276: „Grosse Nachlässigkeit ist immer Schuld, obwohl kleine es nicht immer ist; grosse Schuld aber, also, da grosse Nachlässigkeit, wenn sie Schuld ist, nur grosse Schuld sein kann, auch diese, ist immer *dolus*. So, glaube ich, muss man die Lücken, welche die sehr gedrängten Worte gelassen, ausfüllen“. Tydligen förvandlar *Hasse* motsatsen mellan *Schuld* och *nicht-Schuld* till en motsats mellan *immer Schuld* och *nicht immer Schuld*, utan att för denna modifikation hafva någon grund i källstället. *Hasse* fortsätter: „Es konnte bezweifelt werden, ob eine Nachlässigkeit *dolus* sein könne und ob ein grosser Grad derselben — — für *dolus* zu halten?“ Men hvarför skulle juristen, om han

i betydelsen *culpa lata*, annat än ytterst godtycklig: den kan svårligen förestafvas af något annat motiv än att påvisa konsekvens i källornas terminologi — ett från början hopplöst företag<sup>1</sup>.

## § 8.

### Oegentligheten af den Justinianska terminologien.

Den användning af ordet *culpa*, som enligt ofvanstående är den vanliga i rättskällorna, och hvilken vi därför kortligen kunna beteckna såsom Justiniansk terminologi, är således densamma som ordets s. a. s. populära användning (*culpa levis in abstracto, levis in concreto*,

vid detta ställe utgått från en likställighet mellan *neglegentia* och *culpa* (enligt *Hasses* uppfattning skulle ju satsen *magna neglegentia culpa est* egentligen heta „*magna neglegentia magna culpa est*“) finna detta mera tvifvelaktigt för *neglegentia* än för *culpa*?

<sup>1</sup> *Hasse* vill, i sammanhang med sin förut anmärkta uppfattning af *culpa* såsom „formel“ *culpa* (se föreg. n.), fatta *neglegentia* såsom „materiel“ *culpa*. „Die Begriffe *culpa* und *neglegentia* . . . coincidiren ihrem Umfange nach keinesweges. Die *neglegentia* nämlich schliesst nur absolute Nichtimputabilität aus, sie gränzt unmittelbar an den *casus* an, an das was nun und nimmermehr zu imputiren ist; die *culpa* dagegen schliesst auch relative Nichtimputabilität aus“ etc. (s. 182). Skiljandet af dessa begrepp är ju en förtjänst, men med orätt synes *H.* betrakta detta såsom källornas språkbruk. *H.* anför icke heller några källställen för att begrunda sin åsigt (såvida man icke vill dit räkna *l. 226 de V. S.*, hvarom j. föreg. n.). I verkligheten finnas icke så få ställen, där *neglegentia* och *culpa* uttryckligen utbytas mot hvarandra (i en betydelse, som *innesluter* „relative Nichtimputabilität“), så t. ex. *l. 12 pr. D. de cust. et exh. 48, 3 Callistr.* (Nam *divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum*). -- Det förekommer t. o. m. fall, där *neglegentia* ganska tydligt användes i inskränktere betydelse än *culpa*, jfr. t. ex. *l. 1 § 1 D. si mens. 11, 6 Ulp.*: *Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aequè mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare cet.* — Här uppställes ganska tydligt *neglegentia* såsom en svårare grad än *imperitia*, och båda såsom jämte *lata culpa* och *dolus* ingående i *omnis culpa*.

*lata*» o. s. v.), i det *culpa* (med afseende på dess psykiska requisit, såsom vi här tillsvidare underförstå) <sup>1</sup> tänkes såsom en på en gång juridisk och psykologisk skala. Till grund för densamma ligger näml. en jämförelse af de olika fall, där tillräkningen inträder vid olika grader af *neglegentia* och ordet *culpa* blir gemensamt uttryck för alla de grader af *neglegentia*, som i något af dessa fall kunna medföra ansvar. Att en person »befinner sig i *culpa*» kommer efter denna terminologi att uttrycka det faktum, att hans *neglegentia* uppnår eller öfverstiger en viss en gång för alla bestämd grad, näml. den minsta grad, som lagen i något fall låter medföra tillräkning <sup>2</sup>. Den juridiska synpunkten framträder däri, att skalan börjar på en positivt af lagen fastställd punkt (»gränspunkten *l*» — j. o. s. 39), och innehåller vissa bestämda steg (nya gränspunkter — j. o. s. 40); likaledes fastställda af lagen (t. ex. gränspunkten mellan *culpa levis* och *culpa lata*). Den psykologiska synpunkten framträder dels däri, att skalan i trots af den fixa utgångspunkten och de fixa stegen fattas såsom alltigenom kontinuerligt graderad (så att källorna kunna tala om *culpa levissima* o. d. icke i betydelsen af någon juridiskt ny grad under *culpa levis*, utan af den psykologiskt lägsta graden af *culpa levis* — under det de med *culpa gravior*, *magna*, *lata* o. s. v. verkligen mena en juridiskt ny grad); dels däri, att skalan ständigt är en och samma, oberoende af de enskilda fallens juridiska natur (d. v. s.: en person kan, efter denna terminologi, »befinna sig i *culpa*» utan att tillräkning eger rum: han befinner sig i *culpa levis*, men presterar endast *culpa lata* o. s. v.).

<sup>1</sup> Att den Justinianska terminologien använder ordet *culpa*, endast då, jämte det psykiska, äfven det fysiska requisitet föreligger, se Voigt Bedeutungswchsel s. 6. Jfr. Bar Grünh. Zschr. IV, 53.

<sup>2</sup> näml. då öfverhufvud (subjektiv) *culpa* fordras; de fall, då ansvar inträder utan afseende på psykisk kausalitet (då »*casus presteras*»), höra icke hit.

Det hade icke behöfts den sekellånga, knappast ännu afslutade striden om *culpa levissima* (och om så många andra frågor rörande *culpa*-begreppet) för att öfvertyga hvar och en, att detta sammanförande af (eller underlåtenhet att, söndra) de enligt sakens natur bestämdt skilda båda momenterna, det juridiska och det psykologiska, icke skulle kunna undgå, att i den detaljerade tillämpningen leda till mycken förvirring. Då, såsom vi sett, psykologiskt alltid (utan någon åtskilnad för olika fall) samma kontinuerligt fortlöpande skala af *neglegentia* är att uppställa, så blifva tydligen de punkter, där *culpa levis, lata* o. s. v. inträda, för den psykologiska synpunkten i och för sig fullkomligt främmande, något konventionellt bestämdt; juridiskt åter är det relevanta endast motsatsen mellan de grader af *neglegentia*, som för detta fall medföra och dem, som icke medföra ansvar. Om t. ex. en person ansvarar för »*culpa levis in concreto*», så är den juridiskt afgörande skiljepunkten den grad af *neglegentia*, som han bevisar sig i egna förhållanden vanligen hafva ådagalagt: all *neglegentia* öfver denna punkt medför ansvar, all *neglegentia* under den är juridiskt = *casus* (presterar han ej det nämnda beviset, blir skiljepunkten en annan, men förhållandet mellan de båda lederna detsamma). Det är för att utmärka hvardera af dessa områden, det ansvar medförande och det ansvar icke-medförande, som vi behöfva bestämda ord. Men den vanliga terminologien delar det sistnämnda (ansvar icke medförande) området af *neglegentia* uti två delar, näml. *en* del, sträckande sig från ansvarspunkten (gränspunkten för tillräkning vid det gifna fallet) ned till den punkt, där i andra fall (vid prestation af »*culpa levis in abstracto*») ansvar skulle inträda och en annan del, sträckande sig från sistnämnda punkt vidare nedåt till den punkt, där *neglegentia* upphör och subjektet är uteslutande fysisk orsak till verkan *v.*: därpå sammanfattar den under en och samma term *culpa* den förra af sistnämnda delar med den *neglegentia*, hvarför i detta fall

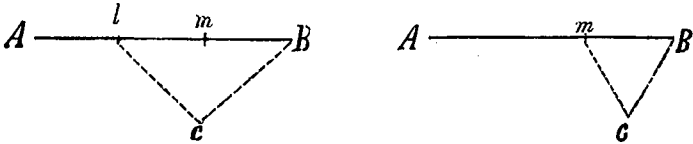


ansvaras [och får således *in toto* för detta fall följande tre juridiska grader: 1) den *culpa*, hvarför ansvaras, 2) den »*culpa*», hvarför icke ansvaras och 3) den *neglegentia*, som är ännu mindre än sistnämnda *culpa* och hvarför således icke heller ansvaras] — ett alldeles onödigt och förvillande beteckningssätt. Saken blir i hög grad både enklare och bestämdare uttryckt genom att skilja det psykologiska momentet från det juridiska (källorna hafva icke något särskildt ord för något af dessa båda begrepp), och framställa förhållandet så: psykologiskt finnes alltid en och samma kontinuerliga skala = *neglegentia*; juridiskt delar sig denna skala för hvarje fall i två, och icke flera områden: det ansvar medförande och det ansvar icke medförande; det faktum, att subjektets *neglegentia* i det gifna fallet ligger öfver den för detta fall bestämda gränspunkten, betecknas med ordet *culpa*; jämförelse mellan gränspunktens olika läge i olika fall sker genom hänförande till den ständigt lika skalan af *neglegentia* («*culpa* inträder i ett fall vid *neglegentia levis in concreto*, i ett annat vid *negl. lata*» o. s. v.). En depositar, som låtit komma sig *neglegentia levis* till last, är således (i regeln) icke i *culpa* (efter den vanliga terminologien måste man — såsom ofvan framhölls — säga, att han befinner sig i *culpa [levis]*, men att hans handling likväl icke juridiskt tillräknas honom, enär depositar endast presterar *culpa lata*). Vi undgå därigenom det motsägande och för den vanliga terminologien oundgängliga begreppet *otillräknelig culpa*<sup>1</sup>, och komma ej

<sup>1</sup> En skenbart motsatt åsigt uttalas af *Brinz* § 266,<sup>o</sup> (II, 251): „In allen diesen Richtungen sind *dolus* und *culpa* möglich, und kommen alle Schuldgrade vor, ganz unabhängig davon, ob die Schuld zu prästiren ist oder nicht. Ob eine Schuld vorliege und ob sie zu prästiren sei, sind zwei ganz verschiedene Fragen. Keine Vorstellung ist unrichtiger und verwirrender als die, dass die Schuld von der Prästation abhängen“. (Uttalandet är riktadt mot *Hasse's* ofv. s. 54 n. 1 anförda yttranden). — Men det förvirrande ligger just — såsom *B.* själf antyder — i underlåtenheten att åtskilja de grader, som presteras, från dem, som icke presteras, och möjligheten till förvirring blir tvifvelsutan säkrare utsluten genom att inskränka begreppet *Schuld (culpa)* till hvad som presteras, och gifva de icke-pre-

heller i frestelse att tala om en *culpa levissima*, som endast psykologiskt skiljer sig från *culpa levis*.

Grafiskt kan skillnaden mellan de båda terminologierna, i anslutning till den förut bifogade schematiska afbildningen, uttryckas på följande sätt. Från den ståndpunkt, som söndrar de båda momenterna, kommer det psykologiska begreppet (*neglegentia*) att representeras af en linie och alltid samma linie, näml. hela  $AB$ ; det ju-



ridiska begreppet (*culpa*) representeras af en punkt  $c$ , som motsvarar vare sig linien  $lB$  eller  $mB$  o. s. v., allteftersom lagen bestämt gränspunktens läge i det förevarande fallet. — Enligt den Justinianska terminologien åter representeras *culpa* af en linie och alltid af samma linie, näml.  $lB$ . Att det är en linie, som motsvarar *culpa*, innebär, att man öfverallt kan skilja mellan liniens olika punkter och således t. ex. kalla de närmast (till höger om)  $l$  liggande punkterna *culpa levissima*. Att det alltid

---

sterade graderna något annat namn, än genom att behålla ordet Schuld (*culpa*) för båda och, med  $B$ ., skilja emellan att „die Schuld vorliegt“ och att „die Schuld zu prästiren ist“. Moraliskt kan man naturligtvis tala om en „skuld“, som icke presteras (jfr. *ib.* s. 250), men hvad är en juridisk *culpa*, som *von vorn* är bestämd att icke presteras (det är naturligtvis icke här fråga om, att en i sig själf presterbar *culpa* upphäfves t. ex. af nödvärn och dyl. grunder — antaget att man fattar dessa fall såsom ett upphäfvande af *culpa*) och i hvad afseende kan ett sådant begrepp betraktas såsom juridiskt relevant? — Lika litet kan jag instämma i den af *Bruckner* s. 255 n. 1 i. f. uttalade åsigt: „Indem man so *culpa* bald für Schuld, bald für Zurechnung überhaupt nahm, wahrte man äusserlich die Reinheit des Culpaprincipes“ (i förbig. anm. tager *Bruckner* här ordet Schuld just i den af *Brinz* förkastade betydelsen — liksom öfverhufvud äfven författarnes terminologi med afs. på dessa begrepp är ytterligt vxlande och villsam). *Culpa*-principens renhet kan omöjligen ens i yttre afseende anses befordrad därigenom, att man i densamma indragit en psykologisk eller moralisk synpunkt.

är samma linie, som motsvarar *culpa*, innebär bl. a., att man i sådana fall, där endast »en högre grad af *culpa* presteras», måste dela *culpa*-området i tvänne, näml. 1) den *culpa*, som motsvarar linien *mB*, hvilken presteras, och 2) den *culpa*, som motsvarar linien *lm*, hvilken icke presteras och hvilken sålunda blir likställd med den utom begreppet *culpa* fallande linien *Al*.

Sedan vi emellertid på detta sätt för tanken bestämdt söndrat de båda momenterna och ej löpa fara att förvexla eller sammanblanda dem, finnes intet hinder att i den följande framställningen för beqvämlighets skull använda de förkortade uttrycken *culpa levis*, *lata* m. fl. »grader af *culpa*» — i st. f. de exaktare uttrycken den *culpa*, som motsvarar *neglegentia levis* o. s. v. Från en dylik beqvämlighetssynpunkt är källornas uttryckssätt förklarligt och väl motiveradt.

### 3. Förutsättningar för culpa med afseende på medvetandets allmänna tillstånd.

#### § 9.

Den inskränkning i den rent fysiska kausaliteten, som åstadkommes genom *culpa*-principen (j. o. s. 12 ff.), låter tydligen i sista hand föra sig tillbaka till det på subjektet, såsom medlem af rättsordningen, ställda kraf, att dess vilja, såvidt den framträder i handlingar, ledes af rättsidén. Med det sätt, hvarpå detta kraf, med hänsyn till utomobligatoriskt skadestånd, närmare genomföres i den Justinianska rätten, få vi i nästa kapitel utförligen sysselsätta oss; här framträder den allmänna fråga, huruvida rättsordningen utan vidare på hvarje enskildt rättssubjekt (såsom sådant, utan afseende på dess

individuella beskaffenhet) ställer detta kraf eller vissa vilkor uppställas, vid hvilkas deficiens krafvet och, med detta, subjektets skadeståndsskyldighet förfaller.

Denna fråga grundar sig på den individuella olikheten i rättsidéns aktualitet i medvetandet, hvilken, vare sig vi jämföra olika individer eller samma individ i olika tillstånd (t. ex. det nyfödda barnet med den fullt utvecklade mannen), visar sig vara oändligt graderad, kontinuerlig. Själfva principfrågan blir därför, huruvida rättsordningen följer den faktiskt gifna kontinuiteten: om den (kontinuerligt) afpassar det ofvannämnda krafvet efter rättsidéns aktualitetsgrad hos damnifikanten i hvarje gifvet fall, eller om den, bortseende från de individuella olikheterna i detta afseende, fastslår skadeståndsskyldigheten efter en och samma fixa norm. Vi måste här noga uppmärksamma, hvarom fråga är: det gäller icke subjektets (damnifikantens) större eller mindre förmåga att adaptera sina handlingar efter de yttre förhållandena och beräkna deras kausalitet: (praktiskt) »förstånd» i vanlig mening. Denna fråga — huruvida dumhet kan anföras från damnifikantens sida såsom ursäkt för en handling, som en person med normalt förstånd skulle funnit skadegörande och därför underlåtit — förutsatt näml. att damnifikanten ådagalagt ett så stort mått af sorgfällighet (själfva viljans riktning på rättsidén) som det af lagen fordrade — lämna vi tillsvidare öppen (jfr. därom utförligt nästa kap.). Här gäller det uppfattandet af skilnaden mellan rätt och orätt i och för sig, förmåga att inse förkastligheten af det rättsstridiga såsom sådant; ty om människan skall undvika det orätta för orättens skull, så måste hennes medvetande vara så beskaffadt, att detta motiv kan påverka detsamma. Den Justinianska rätten har uttryckligen valt det senare af ofvannämnda alternativ. Den ställer med afseende på viljans beskaffenhet samma kraf på alla: fordrar af alla samma *diligentia*. Men vissa undantag har den, i betraktande af sin allmänna princip,

psykisk kausalitet, icke ansett sig kunna undgå att medgifva (i motsats till några moderna rättssystemer, som upptagit samma allmänna princip) — undantag, som historiskt hafva utvecklats sig hand i hand med själfva principen af psykisk kausalitet.

Dessa undantagsfall låta dela sig i tvänne hufvudgrupper: normala och abnormala fall, allteftersom de hänföra sig till medvetandets, af den naturliga utvecklingen betingade, olikhet i aktualitetsgrad eller till (mer eller mindre permanenta) tillstånd, som icke följa af den naturliga utvecklingen såsom sådan: »själssjukdomar» och därmed analoga tillstånd. I båda fallen bestå emellertid dessa undantag icke i ett afpassande efter den faktiska kontinuiteten (icke i en graderad tillräknelighet), utan (i hufvudsak) i ett alternativt skiljande mellan tillräknelighet och icke-tillräknelighet<sup>1</sup>.

I. Normala fall. Med afseende på de naturliga utvecklingstillstånden har den Justinianska rätten rörande skadeståndsskyldighet gjort uttryckligt undantag endast för ungdomlig ålder, hvarom följande bestämmelser framgå såsom resultat af den föregående rättsutvecklingen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jfr Voigt, XII Taf. I, 420: „Während psychologisch beiden (dem *furiosus* und *infans*) ein Willensvermögen nicht abzusprechen, die Frage dagegen inwieweit im einzelnen Falle der Wille von dem Verstande ordnungsmässig controlirt und geleitet sei, nur *in concreto* entscheidbar ist, so schneidet das Recht solche concrete Untersuchung und Erwägung schlechweg ab, indem er das Erkenntnisvermögen des *furiosus*, wie *infans*, nicht als befähigt anerkennt, eine genügende Controle über Willensacte auszuüben“ etc. — Jfr äfv. Brinz I, § 55 (s. 212): „Seitdem die geistige Reife anstatt individuell überall generell, nach gewissen Altersstufen bestimmt, also Mancher für reif erklärt wird, der es noch nicht ist, und umgekehrt, ist die natürliche Handlungsfähigkeit aus einer blossen *res facti* halbwegs zur *res iuris* und das sie betreffende Recht halbwegs konstitutiv geworden.“ — Källställen, som uttryckligen grunda den i dessa fall inträdande otillräkneligheten på *viljans* ofullkomlighet (eller, efter deras ordalydelse, på *viljans* frånvaro) äro t. ex. l. 40 *D. de R. J.* 50, 17 *Pomp.* (*furiosi nulla voluntas est*); l. 189 *D. eod. Cels.* (*pupillus nec velle nec nolle creditur*); l. 1 § 6 *D. ne vis fiat* 43, 4 *Ulp.* (*neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent*); — om *affectus* jfr. Voigt, XII Taf. I, 392 n. 1 i. f. och *dens*. Bed: Wechs. s. 64 ff.).

<sup>2</sup> Jfr. för det följ. ish. Savigny Syst. III §§ 106—111; Pernice Labco I, 206—233 o. ish. 216—20; Voigt XII Taf. I, 314 ff.; 415 ff.;

Jämte de båda urgamla <sup>1</sup> åldersgränserna, nämligen dels mellan *infantes* (*qui fari non possunt*) och *infantia majores*, dels mellan *impuberes* och *puberes*, hade en senare åldersgräns kommit till, mellan *pub. minores* och *pub. majores*, hvarigenom de bekanta fyra åldersklasserna uppstått: *infantes*, *impuberes i. m., p. minores* och *p. majores*.

Hvad angår den första, *infantia*, så sträckte den sig enligt Justiniansk rätt <sup>2</sup> till fyllda 7 år och innebar obetingadt otillräknelighet. Detta uttalas ofta i källorna <sup>3</sup>, så äfven i hithörande digesttitel l. 5 § 2 *Ulp. : et si infans damnus dederit, idem erit dicendum* (näml. detsamma som om vansinnig: *cessabit Aquiliae actio*).

Den andra åldersklassen, *impuberes infantia majores*, omfattade, som bekant, enligt Justiniansk rätt tiden från 7 till 14 r. (för qvinnor) 12 år <sup>4</sup>. Här kom småningom (sedan *Julianus*?) <sup>5</sup> tillräkneligheten i fråga om skadeståndsskyldighet att bestämmas i viss mening konkret, näml. med förenadt afseende å deliktets beskaffenhet <sup>6</sup> och den befintliga förståndsmognaden hos subjektet, genom

---

*Genster* i Civ. Arch. IV, 216. — [*Thibaut* i Civ. Arch. VIII, 74: Über die Senectus, ingår ej på de utomobl. förh. rörande frågor].

<sup>1</sup> Om *pubertas* såsom urgammal åldersgräns, se *Savigny* Syst. II, 24 ff. etc.; om *infantia* se *Pernice* Lab. I, 212; *Voigt* Jus nat. III, 269.

<sup>2</sup> Om åldersgränsen för *infantia* se *Pernice* ib., 214 ff., hvilken i likhet med flertalet författare antager att de 7 åren först småningom (under inflytande af pythagoreisk talmystik) fastställdes såsom gräns. — Där emot *Voigt* l. c.

<sup>3</sup> När regeln om *infantes'* otillräknelighet framträdde är ovisst; ursprunglig synes den icke vara. Jfr. *Pernice* ib., 219 och 217. — En samling af källställen och ställen ur senare Romersk (juridisk och icke-juridisk) litteratur hos *Voigt* XII Taf. I, 420 n. 16 och 421 n. 17; jfr. *Suarez* 18 b 26 ff.

<sup>4</sup> Om tidpunkten för den juridiska *pubertas* jfr. *Pernice* Lab. I, 206; *Voigt* XII Taf. I, 315 ff. Jfr. äfv. *pr. I. quib. mod.* 1, 22 och l. 3 C. quando tut. 5, 60 *Just.* Om detta senare ställe ish. *Pernice* ib. 211.

<sup>5</sup> Efter *Julianus* finner man i allm. skillnaden mellan *pubertati* och *infantiae proximi* genomförd. Så redan *Gaius* III, 109 (och l. 111 de R. J.). Undantag, se *Pernice* ib. 219, n. 45 och 46; de kunna delvis förklaras ur delikternas olika beskaffenhet.

<sup>6</sup> Om inflytandet af deliktets beskaffenhet ish. l. 7 C. de poen. 9, 47 *Alex.* (Impunitas delicti propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen, quod intenditur, cadere potest). Jfr. äfv. *Geib*, Strafr. II, 70.

införande af begreppet *doli l. culpa capax* (äfvén: *iniuriae capax*). Det är omtvistadt, huruvida detta begrepp skall innebära tillräknelighet både för *dolos* och *kulpos* eller endast för *dolos* skadegörelse<sup>1</sup>. De båda företrädesvis afgörande källställena äro följande:

l. 23 *D. de furt.* 47, 2 *Ulp.*:

*Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Julianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit: item posse cum impubere damni iniuria agi, quia id (id del. Hal. Mo.) furtum ab impubere fit. sed modum esse adhibendum ait: nam in infantes id non cadere. nos putamus cum impubere culpae capace Aquilia agi posse. item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto (non ins. Mo) teneri eum.*

l. 5 § 1 § 2 *D. ht. Ulp.*:

*Iniuriam hic damnatum accipiemus culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit. § 2. Et ideo quaerimus, si furiosus damnatum dederit, an legis Aquiliae actio*

Julianus skrifer i 22 boken af Digesterna, att en *impubes* kan begå stöld, om han redan är *doli capax*; äfvén, att *act. damn. iniur.* eger rum emot en *impubes*, eftersom stöld [kan] begås af honom. Men han förklarar, att en begränsning måste göras, enär detta icke gäller om *infantes*. Jag anser, att *act. l. Ag.* kan anställas mot en *impubes culpae capax*. Likaledes är det riktigt, hvad Labeo anför, att en *impubes* icke ansvarar för stöld, begången med hans medhjälp. [enl. *Mo:s* konj.: — — icke undgår ansvar för stöld, begången med hans medhjälp].

*Iniuria* fatta vi här i betydelsen af förmögenhetsförlust, förorsakad genom *culpa*, äfvén af den, som icke haft uppsåtet att göra skada. § 2. Vi uppställa nu frågan, om *act. l. Ag.* eger rum i det fall, att en vansinnig förorsakat ska-

<sup>1</sup> *Baron Pand. § 21 a (s. 40):* „pubertati proximus heisst derjenige Unmündige, welcher derart entwickelt ist, dass ihm eine *dolos* begangene Rechtswidrigkeit zugerechnet werden kann; mit Unrecht wollen ihm viele Schriftsteller auch ein *culposes* Verhalten zurechnen.“

*sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.*

dan. *Pegasus* har besvarat den med nej, ty »hvad *culpa* skulle kunna finnas hos den, som icke är vid sina sinnen?» och detta är fullkomligt riktigt. Alltså förfaller [i så fall] *act. l. Aq.*, alldeles som *l. Aq.* icke är tillämplig, om ett fyrfotadjur gjort skada, eller ett taktegel fallit ned. Men äfven för det fall, att en *infans* förorsakat skada, bör samma [regel] uppställas. Har åter en *impubes* gjort den, så förklarar *Labeo*, att han, när han ansvarar för stöld, äfven bör ansvara enligt *l. Aq.*; och detta anser jag riktigt, om han redan är *iniuriae capax*.

Redan den uttryckliga motsatsen i *l. 23 c.* mellan *doli* och *culpae capax* synes icke medgifva någon annan uppfattning, än att *Ulpianus* för sin del, hvad som än kan hafva varit *Juliani* mening, velat utsträcka en *impubes'* tillräknelighet till all *culpa*. Man har för den motsatta åsigten väsentligen stödt sig<sup>1</sup> på uttrycket *iniuriae capax* i *l. 5 § 2 c.*, hvilket skulle innebära en begränsning till *dolus*. Men man har därvid icke beaktat sammanhanget med närmast föregående § (ur samma ställe hos *Ulp.*), där *iniuria* uttryckligen bestämmes såsom innebärande äfven *damnum* förorsakadt af den *qui nocere noluit* (och där det dessutom heter: *iniuriam autem hic accipere nos oportet . . . quod non iure factum est. hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*). — Härtill kommer, såsom ett viktigt stöd för den här försvarade ståndpunkten, det historiska förhållande, att införandet af

<sup>1</sup> *Baron* ib. n. 12a: „siehe hiegegen namentlich der Schluss von *l. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9, 2: si sit iam iniuriae capax.*“



begreppet *doli capax l. pubertati proximus*<sup>1</sup> ända från början helt visst afsett att i förevarande fråga jämnställa *imp. pub. proximi* med *puberes*, m. a. o. att draga den afgörande gränslinien icke efter den fysiska puberteten (resp., enligt den Proculianska och sedermera Justinianska regeln: efter den fixa åldersgränsen) utan efter förståndsmognaden. Däremot finnes det ingenting, som antyder, att meningen varit att skapa ett öfvergångsstadium, för hvilket specifika bestämmelser skulle gälla<sup>2</sup>. Jfr *l. 4 § 26 D. de d. m. exc. 44, 4 Ulp.*:

*Julianus quoque saepissime scripsit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius solvit? fingendus est, inquit, pubes esse.*

Också säger *Julianus* på flera ställen, att *impuberes*<sup>3</sup>, som stå nära puberteten, äro *doli capaces*. Hvad är då att göra, om gäldenär på grund af en *impubes'* delegation, utbetalar en penningssumma till hans borgenär? Han bör, förklarar [*Julianus*], genom fiktion betraktas såsom *pubes*.

Den praktiska betydelsen af ansvaret för *culpa s. s.* led visserligen, såsom vi strax skola se, såväl hvad angår en *impubes* som en *pubes minor*, en högst väsentlig inskränkning.

Egendomlig är tillsatsen i slutet af den ofv. cit. *l. 23 D. de furt.*: *nec ope impuberis furto facto teneri eum*. Vi hafva anfört *Mommsens* konj. (*nec ope . . . non teneri eum*); den har emellertid äfven *Basil.* emot sig (*σπουδάσας δὲ ἄλλῃ κλέπτουσι ὀφχ ὑπόκειται τῇ περι κλοπῆς ἀρχῆς*: *LX, 12, 24*)<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Om identiteten mellan *doli (culpa) capax* och *pubertati proximus* se *Savigny Syst. III § 108* (s. 42 n. e).

<sup>2</sup> Jag bör likväl ej underlåta att tillägga, att uttrycket *culpa capax*, såvidt jag kunnat finna, endast på detta ställe förekommer i de Just. rättskällorna.

<sup>3</sup> *Pupillus* är en *impubes*, som står under förmynderskap. Jfr. *Windscheid § 54 n. 6* (I, 180).

<sup>4</sup> Jfr. schol. 2 ib.: καὶ τοῦτο ἔχει ὁ ἄνηθος τῶν μειζόνων διαφέρον, ὅτι ἐκείνοι καὶ συμβουλεύοντες ὑπόκεινται τῇ περι κλοπῆς, οὗτοι δὲ μόνον, ὅταν κλέψωσιν. (*Heimb. V, 474*).

hvertill kommer, att den dubbla negationen, såsom *Pernice* anmärker, onekligen gör ett konstladt intryck. Å andra sidan kan det svårigen vara tal om att *Ulpianus* — och ännu mindre om att kompilatorerna — skulle velat stadga, för hvad anginge *impuberes doli capaces*, en principiellt olika behandling af gärningsman och medhjälpare (en uppfattning, som visserligen, om den vore möjlig, skulle gifva ett afgörande skäl för uteslutande af ansvaret för *culpa s. s.*). Såvida man icke vill antaga *Jauchs* konj., att helt enkelt utbyta *nec* mot *et* (hvilket kunde anses i någon mån stödjas af sammanhanget med det följande fragmentet: *nec minus etiam condici ei posse Julianus scripsit*), torde därför den sannolikaste förklaringen af stället vara den, att *Ulpianus* för sin del (och sålunda äfven kompilatorerne) uttalat regeln (*nec teneri*) med den af sammanhanget framgående inskränkningen (o: en *impubes*, som icke är *culpae capax*, är ansvarsfri äfven för medhjälp). Visserligen förefaller denna plötsliga omkastning af synpunkten (i det det först uppställes den regeln, att en *impubes* svarar för gärningen med bifogande af villkoret *culpae capax*, därpå, omedelbart efter, den regel, att en *impubes* icke svarar för medhjälp, underförstådt det vilkor att han icke är *c:ae capax*) mycket hård och oväntad.

3) Hvad angår den tredje klassen, *puberes minores*, fans ingen direkt begränsning i deras ansvar. Men praktiskt kom en sådan till stånd därigenom, att åt en *pubes minor* (och följaktligen äfven åt en *impubes*) *restitutio in integrum* beviljades vid kulpos skadegörelse<sup>1</sup>. Det gene-

<sup>1</sup> Hvad angår det fall, att både *damnificat* och *damnificatus* äro *minores*, synes af *l. 11 § 6 D. de min. 4, 4 Ulp.* framgå, att ingen *restitution* eger rum (Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus. et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. puto autem inspiciendum a praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit).

rella stadgandet härom innehålles i *l. 1 C. si adv. del. 2, 35. Sev. et Ant.:*

*In criminibus quidem aetatis suffragio minores non juvantur: etenim malorum mores infirmitas animi non excusat. Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit: noxia non committitur, etiam si poenae causa pecuniae damnum irrogetur: et ideo minoribus in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit.*

I fråga om brott njuta *minores* ingen förmån af sin ålder, ty karaktärssvaghet är ingen ursäkt för dåliga personers vandel. Om likväl ett delikt icke är uppsåtligt, utan »kommer utifrån», så begås ingen förbrytelse, äfven om en penningeförlust pålægges såsom straff; därför hafva *minores* i en dylik sak förmånen af *restitutio in integrum*<sup>1</sup>.

Vid *dolus* egde däremot *restitutio* icke rum, utom med afseende på den eljes för *l. Ag. gällande regeln lis infitiano crescit in duplum*. Hufvudstället är *l. 9 § 2 D. de min. 4, 4 Ulp.:*

*Nunc videndum* Det är nu att undersöka, huruvida *minoribus* *utrum in* rättshjälp [genom *restitutio*] bör

<sup>1</sup> Något tvifvelaktigt synes *l. 46 D. de O. et A. 44, 7 Paul.:* *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit: nam iudicio communi dividendo obligabuntur.* Härom *Glück X, 324:* „Es hat zwar keinen Zweifel, dass, wo eine *obligatio ex re* entsteht, auch der Wahnsinnige und Unmündige, ohne Curator und Tutor verbunden sind. Dass dieses aber durch Schadenszufügung geschehen könne, sagt *Paulus* in der angeführten *l. 46*, der hier so genau unterscheidet, ausdrücklich nur von dem *Pupillen*, welcher allerdings, sofern er *pubertati proximus* ist, sich einer *culpa* schuldig machen, und also *ex lege Aquilia* gehalten sein kann; aber keinesweges von dem *furiosus*, bei dem doch die Sache den meisten Zweifeln unterworfen ist. Was von einem *furiosus* gilt, muss aus gleichem Grunde auch von einem *infans* gelten.“ — Onekligen finnes ingen tillräcklig teoretisk grund att i fråga om *condominium* göra ett undantag från hufvudregeln; dock synes det vågadt att vid ordet *pupillus* underförstå inskränkingen *pubertati proximus*, helst ordet i början af samma ställe tydligen måste fattas utan denna inskränking. Från hermeneutisk synpunkt ligger det afgjort närmare till hands att fatta *pupillus* på senare stället såsom exempel, representerande båda de kort förut anförda begreppen (*furiosus* et *pupillus*). — Om de s. k. *actiones ex re venientes* jfr. för öfr. *Pernice Lab. I. 228—4; 239.*

*contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata . . . an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri. nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit [sc. minor] vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur.*

gifvas åt *minores*, endast då de blifvit bedragna i [rättsförhållanden ur] aftal, eller äfven då de själfva gjort sig skyldiga till förseelse [däruti]; t. ex. huruvida rättshjälp bör gifvas åt en *minor*, som handlat dolost med deponerad eller låntagen sak . . . , om han därvid icke gjort vinst. Åsigten [härom] är, att rättshjälp icke gifves vid mindre delikter; därför kommer icke heller rättshjälp att gifvas i nämnda fall. Äfven om [en *minor*] begått stöld eller förorsakat *damn. iniur.*, kommer han icke att erhålla rättshjälp [genom restitution]. Men om han föredrager att neka, ehuru han [i en process] i anledning af *damn. [iniur.] datum*, kan erkänna för att undgå ansvar för dubbla beloppet, så bör han erhålla restitution endast såtillvida, att det anses, som om han erkänt <sup>1</sup>.

Praktiskt kunna vi således säga, att en person med afseende på skadeståndsskyldighet enligt *l. Aq.*

a) är fullkomligt ansvarsfri, så länge han är *infans* och därutöfver till den tidpunkt, särskildt bestämd i hvarje konkret fall, då hans medvetande nått nödig utveckling — hvilken tidpunkt dock icke kan ligga öfver 14 r. 12 år;

b) svarar definitivt för dolos skadegörelse från nämnda tidpunkt till fyllda 25 år (då han blir *pubes major*); samt

<sup>1</sup> Jfr. äfv. *l. 9 § 5 D. de min. 4, 4 Ulp.* (Si in commissum incidisse vectigalis dicatur, erit in integrum restitutio. quod sic erit accipiendum, si non dolus ipsorum interveniat: ceterum cessabit restitutio).

c) inträder i fullständig ansvarighet vid 25 år.

II. **Abnorma fall.** Dessa åtskilja vi närmast i mera permanenta och mera öfvergående <sup>1</sup>. Beträffande de förra, hafva vi redan haft före bestämmelsen i l. 5 § 2 *D. ht.* angående *furiosus* (j. o. s. 63 *i. f.*); en *furiosus*, säger Ulpianus, kan lika litet blifva ansvarig för den skada, han gör, som ett djur eller ett taktegel. *Furiosus* kan här utan betänkande fattas i den vidsträckta betydelse, som ordet ofta har, i det det omfattar icke endast *furor* i bokstaflig mening, utan äfven *dementia*, svagsinhet <sup>2</sup>. Att under *lucida intervalla* tillräkning inträder, är bekant och själfklart <sup>3</sup>.

Hvad beträffar öfvergående tillstånd, jämförliga med vansinne, lider det intet tvifvel, att om sjukdomsfall i egentlig mening, feberyra o. d., samma regler gälla som om *furiosi*, ehuru källorna, för hvad angår obligationer ur delikter, icke yttra sig därom <sup>4</sup>. Icke heller angående rus yttra sig de Justinianska källorna; emellertid torde det kunna anses, att det i Grat. Dekret införda välbekanta stadgandet härom (*jacent sepulti; ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes iudices venia quidem facti donantur, sed levitatis damnantur auctores — c. 7 C. XV qu. 1*) enligt hvilken ruset, såsom själföfvålladt, begrundar *culpa*, öfverensstämmer med den Just. rättens anda.

Under den sistnämnda synpunkten (såsom själföfvållade) kunna äfven affektutbrotten betraktas,

<sup>1</sup> Jfr. *Savigny Syst.* III § 112; *Pernice Labeo* I, 234—240; *Voigt XII Taf.* I. 420.

<sup>2</sup> Om förhållandet mellan begreppen *furiosus* och *demens* jfr. ish. *Audibert*, *Des deux formes d'aliénation mentale reconnues par le droit romain (furiosus et demens)* i *Nouv. Rev. Hist.* XIV, 846—890 (1890). Om den olika behandlingen i den äldre Romerska rätten af *furiosi* och *dementes* jfr. *Pernice* l. c. 235. Om det terminologiska förhållandet mellan *demens*, *mente captus*, *fatuus*, *ib.* n. 5.

<sup>3</sup> Jfr. *Savigny Syst.* § 112 (III, 85).

<sup>4</sup> Jfr. *Savigny* *ib.* (III, 86). Endast med afseende på *testamentifactio activa* innehålla källorna uttrycklig bestämmelse härom: l. 17 *D. qui test.* 28, 1 *Paul.* (In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest).

hvilka, om än så starka och (sedan subjektet låtit dem taga öfverhand) oemotståndliga, icke kunna anses befria från tillräkning<sup>1</sup>. Huru svårt det än må vara att draga den psykologiska gränsen mellan dylika tillstånd och yttringar af verkligt vansinne, så måste likväl rätten af praktiska skäl fasthålla en sådan gräns, och det föreligger ingen anledning att för den Justinianska rättens vidkommande antaga en afvikelse från denna allmänna rättsregel. Den i *l. 48 D. de R. J.* uttalade generella bestämmelsen —

(*Paulus*;) *Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse*      Hvadhelst som göres eller säges i vredesmod, är icke giltigt förr, än (om) det genom framhårdande [däri] visat sig vara ett uttryck för öfverlagdt uppsåt

— måste anses redan efter sin ordalydelse röra endast aftal. För hvad angår *Pauli* egen syftning med detta stadgande, modifieras dess räckvidd dessutom högst betydligt genom det sammanhang, hvori det, enligt *l. 3 D. de div. 24, 2*, hos honom förekommit:

*Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore cet.*      Äktenskapsskillnad föreligger icke, om den icke är allvarligt menad, sådan som företages i uppsåt att åvägabringa en beständig skiljsmessa. Därför är hvadhelst, som göres eller säges i vredesmod o. s. v.

Men att anse denna begränsning vidlåda äfven *l. 48 c.*, sådant sistnämnda ställe faktiskt föreligger i den Justinianska kodifikationen, synes mig mycket betänkligt<sup>2</sup>. Stadgandet är där framställt såsom en allmän *regula iuris* och måste bedömas efter den form, hvori det föreligger,

<sup>1</sup> Vidare om affektstillståndets inflytande på *culpa*, j. n. kap. III § 13. Om affektstillståndets inflytande på *dolus*, jfr. *Savigny Syst. III, 87*.

<sup>2</sup> Så *Windscheid* § 71 n. 5 (I. 174): „Die zu allgemein redende *l. 48 D. de R. J. 50, 17* erhält ihr richtiges Verständniss durch *l. 3 D. de div. 24, 2*, wo die Rede des Paulus vollständiger wiedergegeben ist.“

utan afseende därpå, att ett annat ställe af *C. J.* händelsevis ådagalägger, att det i sitt ursprungliga sammanhang haft en långt inskränkta betydelse — helst det ena uttalandet ingalunda står i strid med det andra, utan endast är mera speciellt. Emellertid kan *l. 3 c.* alltid tjena att ytterligare bestyrka den af ordalagen framgående och i sakens natur väl begrundade uppfattning, att regeln icke har tillämpning på utomobligatorisk skadeståndsskyldighet<sup>1</sup>.

Medan vi sålunda måste betrakta affektutbrotten, om än så (skenbart) spontana och oemotståndliga, såsom själföfvållade och därför icke uteslutandetillräknningen, så kunna vi däremot icke i de Justinianska rättskällorna finna anledning till en sådan utvidgning af denna princip, som i modern rätt stundom ifrågakommit, och som, ehuru teoretiskt deducibel, torde emot sig hafva starka praktiska betänkligheter, näml. inträdande af tillräkning vid själföfvålladt vansinne (i sistn. ords vanliga mening)<sup>2</sup>. Redan den allmänna affattningen af de förut anförda bestämmelserna om *furiosus* torde utesluta en dylik tolkning, men till evidens framgår dess omöjlighet af den *ratio legis* för vansinnigs otillräknelighet, som på några (åtminstone trenne) ställen i *C. J. J.* anförts (hvilken visserligen icke är den vanligen anförda:

<sup>1</sup> Det enda ställe i *C. J. C.*, som kunde synas uttryckligen begrundas en likställighet mellan affektstillstånd och vansinne, är väl *l. 7 § 3 D. ad. l. lul. mai.* 48, 4 *Mod.*: nec lubricum lingue ad poenam facile trahendum est: quamquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est. — Men denna bestämmelse rör gränsen mellan *dolus* och icke-*dolus*, ingalunda gränsen mellan *culpa* och icke-*culpa*; är således närmast att jämföra med förhållandet mellan *dolus* och *lascivia*, hvarom se *Pernice* Lab. II, 380 och *Tuhr*, 126 ff. Dessutom är detta fragment äfven eljes egendomligt, isynnerhet därigenom, att det synes fordra öfverlagd *dolus* (Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, et an ante quid fecerit, et an cogitaverit, et an sanæ mentis fuerit).

<sup>2</sup> Jfr. t. ex. *Demolombe* III: iv, n:r 490 (T. XV, 154).

om denna j. Voigt XII T. I, 420). Så l. 14 D. de off. præ. 1, 18 Macer (reskr. af kejss. Marc. Aurel. och Comm.):

*Si tibi liquido com-  
pertum est Ae. Priscum  
in eo furore esse . . .  
potes de modo poenae eius  
dissimulare, cum satis  
furore ipso puniatur.*

Om du ernått full visshet om att Ae. Priscus befinner sig i sådant vansinne . . . så kan du lämna hans bestraffning därhän, enär han tillräckligt straffas af själfva vansinnet <sup>1</sup>.

4. Ingår en *animus damni dandi* såsom nödvändigt moment i det psykiska rekvizitet vid culpa enligt l. Aq.?

#### § 10.

#### Allmän utredning.

Innan vi lämna undersökningen rörande den allmänna bestämningen af begreppet *culpa*, återstår en teoretiskt och praktiskt vigtig fråga, som vi på detta ställe måste, för den Justinianska rättens vidkommande, åtminstone principiellt afgöra, om också dess närmare utförande måste uppskjutas till ett annat sammanhang. Vi hafva ofvan (s. 26) skiljt mellan *culpa's* existens och dess omfång (med afs. på *damnum*); vi hafva äfven erinrat (s. 34) om nödvändigheten, för *culpa's* existens, af en (partiel och) relativ kongruens mellan den ideala och den reala verkningsfären, d. ä. mellan förutsebara (subjektivt möjliga) och verkligen inträdda, objektiva verkningar; äfvenså veta vi, att bland objektiva verkningar fordras, för att l. Aq. skall inträda, förmögenhetsförlust för-

<sup>1</sup> Samma ståndpunkt intages af l. 12 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8 Mod. och l. 9 § 2 D. de l. Pomp. de par. 48, 9 Mod. På sistnämnda ställe återopar Modestinus uttryckligen det i l. 14 c. intagna reskriptet,



orsakad genom sakskada, och att det är just denna objektiva verkan, som *l. Aq:s* bestämmelser angå. Men naturligtvis kunna äfven andra, och andra rättsstridiga, objektiva verkningar uppstå ur *A:s* handling, än just de, som bestå i sakskada, och det kan tänkas, att bland de af samma handling *a* förorsakade rättsstridiga verkningar, några bestå i sakskada, andra icke. Då uppstår den fråga, huruvida det är tillräckligt, för inträdande af *l. Aq.*, att den nyss berörda kongruensen mellan subjektivt möjliga och objektivt realiserade verkningar, eger rum med afseende på någon objektivt rättsstridig verkan, hvilken som helst, således äfven sådan, som icke består i förmögenhetsförlust, åtföljd af sakskada<sup>1</sup>. — Eller, enklare och mera ungefärligt uttryckt: inträder skadeståndsskyldighet på grund af handlingens blotta rättsstridighet, utan afseende på huruvida sakskada rimligtvis var att vänta af handlingen?

Följande konkreta fall kunna göra frågan åskådlig. *A* jagar på oloflig jagtmark och råkar därunder att såra en person, som t. ex. klättrat upp i ett träd midt i skogen — hvarom *A* icke rimligtvis kan hafva någon aning. *A* letar utan tillstånd i *M:s* gömmor och förorsakar en explosion genom att åvägabringa en kontakt mellan vissa ämnen, om hvilkas existens på detta ställe han icke kunde hafva den minsta förmodan (*Luden*)<sup>1</sup>; vi kunna här tänka oss de mest olikartade motiv för *A:s* handling: afsigt att stjäla; — nyfikenhet; — t. o. m. *animus donandi*. *A* söndertager utan tillstånd ett *M* tillhörigt sammansatt föremål (ett fickur, gevär o. s. v.) i sina delar, och utan att oförsigtighet eller *imperitia* kan läggas honom till last (*A* är i förevarande afseende sakkunnig, men en tredje person ingriper plötsligt), förstöres eller skadas därvid en under de gifna förhållandena svärersättlig del af föremå-

<sup>1</sup> *Luden*, II, 306 n. 1.

let. — Alla dessa exempel öfverensstämman däri, att *culpa* icke kan begrundas genom förbiseendet af möjligheten till sakskada (ty det antogs, att denna möjlighet, subjektivt sedt, var minimal: äfven om vi med *Bar* o. a. vilja medgifva, att »*die Rechtswidrigkeit der Handlung den Handelnden besonders stark darauf hinweist, dass aus seiner Handlung noch andere nachtheilige Erfolge hervorgehen können*»<sup>1</sup>, så kunna dock tydligen de konkreta omständigheterna vara sådana, att man endast genom en ren fiktion skulle kunna påstå, att *A* bort antaga möjligheten af sakskada). — Motsvarande fråga framträder från synpunkten af *compensatio culpa*: förlorar *M.* sitt anspråk på skadestånd, om han, såsom i ett fall ur fransk rättspraxis<sup>2</sup>, med en II-klass biljett oloffigen tagit plats i en I-klass kupé och han skadas vid en sammanstötning, som drabbar just denna kupé och icke II-klass kupéerna?

Vi hafva, såsom ofvan antyddes, på detta ställe icke att göra med det större eller mindre omfång af den skadegörande verkan, hvilket *A:s* ansvarighet event. bör omfatta; icke heller med beskaffenheten af det särskilda kausalsammanhang mellan den insedda rättsstridiga verkan och den (icke insedda) skadegörande verkan, som det ligger nära till hands att tänka sig såsom en fordran för att ansvar skall inträda. Båda dessa frågor förutsätta, att principfrågan redan är besvarad, näml. den ofvan framställda: kan öfverhufvud i dylika fall ansvar inträda enligt *l. Ag.*, eller skall sådant ansvar anses principiellt uteslutet? Fordras det för existensen af *culpa* enligt *l. Ag.* (ty med den *culpa*, som på grund af andra lagbestämmelser event. kan uppstå, hafva vi här icke att göra), endast insigt (o. möjlighet till insigt) om verkans rättsstridighet, eller fordras det den mera speciella insigten (möjligheten till insigt), att denna rättsstridighet

<sup>1</sup> *Bar*, Die L. v. Kaus:zus. im R. s. 17.

<sup>2</sup> *Demolombe* III: iv n:r 507 (T. XV, 159 ff.).

(bl. a.) består i sakskada och däraf följande förmögensförlust?

Inom den moderna rättsdoktrinen råder ingen enighet vid denna principfrågas besvarande<sup>1</sup>. Vi vända oss nu till den Justinianska rättens bestämmelser i ämnet.

## § 11.

### Den Justinianska rättens bestämmelser.

Redan tidigt har, på grund af ordalydelsen af några digestställen, den åsigt uttalats, att enl. Justiniansk rätt *animus damni dandi* vore ett väsentligt moment i *culpa* vid *l. Aq.* Den framträder åtminstone redan hos *Faber*, som förklarar: *damnum iniuria non datur, quin animus damni dandi adsit. Suarez*, som ej synes hafva fattat den djupare innebörden af denna tanke, anför den med

<sup>1</sup> Den åsigt, som fordrar förutseende (o. möjlighet till förutseende) af den rättskränkande verkans *skadegörande* beskaffenhet, företrädes särskildt uttryckligt af *Mot. D. Entw.* §§ 704—5 (II, 727): „Aus der vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung der widerrechtlichen Handlung folgt jedoch die Verpflichtung zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens nur dann, wenn Vorsatz und Fahrlässigkeit sich auch auf die Schadenszufügung beziehen. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine Schadenszufügung vorausgesehen ist oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vorausgesehen werden musste.“ Med, såvidt jag kan finna, fullkomlig inkonsequens (hvarom mera ned. kap. V) fortsätta *Mot.*: „Liegt aber dieser Fall vor, dann kann es nicht mehr darauf ankommen, ob auch der Umfang des verursachten Schadens vorauszusehen war.“ — Den rakt motsatta ståndpunkten intages, lika bestämdt, af den Engelska rätten; jfr. *Addison* 17, 20: „If A in doing an *unlawful* act causes damage to B, A is liable to an action, whether the damage was caused accidentally or intentionally. — — — Whenever, in doing an act otherwise *lawful*, a man unintentionally causes damage to another, which with ordinary care could have been foreseen and guarded against, he will generally speaking be liable to an action, provided such other person was injured in the exercise of a right available against the world at large, or against the person guilty of the negligence.“ Denna åsigt har bland senaste Tyska författare uttalats t. ex. af *Ebbecke*, *Der herstell. Rechtsschutz* (i *Jahrb. Dogm.* XXVII, 304 ff.) s. 312 ff.; bland äldre särskildt uttryckligt af *Luden*, *Abh. aus dem gem. T. Strafr.* II, 306; *Sintenis* *Prakt. gem. Civ. R.* § 125 n. 8 (II, 772) etc.

omdömet »*ita absurdum ut non egeat confutatione.*» Den vederläggning, som han framställer, inskränker sig också till den anmärkning, att en *animus* vid delikter, hvilken som helst, nödvändigt förutsätter *dolus*, hvadan *furtum* icke kan tänkas i *culpa s. str.*, då *animus furti faciendi* är ett väsentligt requisit<sup>1</sup>. Sedan dess hafva de fleste författare antingen alldeles icke eller helt flyktigt vidrört frågan. *Pernice* har emellertid upptagit *Fabers* åsigt, dock, efter hvad det synes, utan att känna, att den redan förut uttalats. Han uppställer, i stöd af de beträffande digestställena, *animus damni dandi* såsom »*ein neues Moment für die Bestimmung der culpa*». *P.* synes vilja förebygga den terminologiska invändningen, att man endast vid *dolus*, icke vid *culpa s. s.* kan tala om en *animus*, genom antagandet af ett »*analogon*» till *animus damni dandi*, som skulle inträda vid *culpa s. str.* och vara oberördt af det vexlande motivet till handlingen. Man måste härvid medgifva honom, att om *a. d. d.* vore ett nödvändigt requisit för *culpa* vid *l. Ag.*, ett dylikt »*analogon*» utan svårighet låte konstruera sig för *culpa s. s.* Liksom *animus damni dandi* är en »*besondere Erscheinungsform des dolus*»<sup>2</sup> koordinerad med *animus furandi*, *iniuriandi* etc., så kan förbiseendet af möjligheten till just den rättskränkning, som består i *damnum* för annat rättssubjekt, betraktas såsom en med nämnda *animus d. d.* analog *besondere Erscheinungsform der culpa s. s.* En annan fråga är, huruvida denna »*besondere Erscheinungsform*» verkligen fordras för existensen af *culpa* enligt *l. Ag.*: vi

<sup>1</sup> *Suarez* I: II, 26 ff. (s. 18 b).

<sup>2</sup> „Die beiden mit dem *damnum i. d.* regelmässig zusammengestellten Privatvergehen *furtum* (wovon die *rapina* nur eine Unterart ist) und *iniuria* erfordern zu ihrem Thatbestande einen besondern *animus: lucri faciendi* und *iniuriam inferendi*. Es ist für die vorliegende Frage gleichgiltig, ob man diesem *animus* ein selbständiges Dasein neben dem *dolus* zuschreiben müsse oder nicht: jedesfalls wird man, auch wenn man sich für das letztere entscheidet, denselben als eine besondere Erscheinungsform des *dolus* anerkennen müssen. In ganz ähnlicher Weise wird nun gerade bei Vergleichung mit diesen Delicten für die Anwendung der *lex Ag.* ein *animus damni dandi* erfordert“ (*Pernice* Sachb. s. 56).

öfvergå nu till en granskning af de af *P.* såsom stöd härför åberopade källställena.

*l. 41 § 1 D. ht. Ulp.:*

*Interdum evenire ele-  
ganter Pomponius ait,  
ut quis tabulas delendo  
furti non teneatur, sed  
tantum damni iniuriae,  
ut puta si non animo  
furti faciendi, sed tan-  
tum damni dandi dele-  
vit.*

Stundom händer, såsom Pomponius träffande anmärker, att en person, som förstört ett testamente, ansvarar icke enligt *act. furti*, utan enligt *act. damn. iniur.*, näml. om han förstört det, icke i uppsåt att begå ett *furtum*<sup>1</sup>, utan [i uppsåt] att förorsaka en förmögenhetsförlust.

*l. 14 § 2 D. de praescr. 19, 5 Ulp.:*

*Si calicem argenteum  
quis alienum in profun-  
dum abiecerit damni dan-  
di causa, non lucri fa-  
ciendi, Pomponius . . .  
scripsit, neque furti ne-  
que damni iniuriae ac-  
tionem esse, in factum  
tamen agendum.*

Om någon kastat en annans silfverbägare i djupet för att åstadkomma en förmögenhetsförlust, icke för vinnings skull, så är (mot honom), såsom Pomponius säger . . . , hvarken *act. furti* eller *act. damni iniur.* användbar, men väl en *act. in factum*.

Intet af dessa ställen gör *a. d. d.* på minsta sätt till *conditio sine qua non für culpa* enligt *l. Aq.* I det första exemplet vill Pomponius uppdraga en gräns mellan *furtum* och *damnum iniuria datum* genom att betona väsentligheten för *furtum* af *animus furti faciendi*. Han antager därför det fall, att någon uppsåtligen fördärfvat testamentet och att hans *animus* härvid varit riktad icke på *furtum facere* utan på *damnum dare*. Däraf, att damnikanten icke haft *animus furti faciendi*, följer då, att han icke faller under *actio furti*; däraf, att han haft *animus damni dandi*, följer, att han faller under *actio legis*

<sup>1</sup> Sålunda ett af de fall, där *furtum* ej täcker sig med det svenska stöld.

*Aquiliae*. Men antaget att han icke haft *animus damni dandi*, så följer däraf icke, att han skulle fritagas från *l. Aq. M. a. o.*: Pomponius har icke uppställt såsom en analogi, att *an. damni dandi* skall spela samma rol vid *l. Aq.* som *an. furti faciendi* vid *furtum*; den själfklara satsen, att en skadegörande handling *animo damni dandi* faller under *l. Aq.*, kan icke konverteras till den satsen, att hvarje handling, som skall falla under *l. Aq.*, måste vara företagen *animo damni dandi*. Att Pomponius icke berör det fall, då skadegörelsen sker utan *animus damni dandi*, beror helt visst därpå, att han icke tänkt sig möjligheten af att detta fall skulle förväxlas med *furtum* och därför icke känt behof att afgränsa *furtum* mot detsamma. Det dubbla *tantum*, som *Pernice* med en nog egendomlig tolkning anser bevisa, att *a. d. d.* såsom en subsidiär bestämdhet skulle fordras för subjektets *culpa* (såsom ett slags minimum af rättsstridig animus), då *animus furti faciendi* eller *animus iniuriam inferendi* icke kunde anses föreligga vid ett privatdelikt<sup>1</sup>, afser tydligen endast den omständighet, att *furtum* medförde svårare följder än *damnum iniuria datum* (m. a. o. det afser icke, såsom *Pernice* vill, ett minus uti en obligat *animus* hos gärningsmannen, utan ett minus i gärningens påföljd). — Det andra digeststället (*l. 14 c.*) är af fullkomligt samma beskaffenhet (utom att *damnum* icke är *corpori datum*, hvadan endast en *actio in factum* gifves damnifikaten).

*Pernice* anför vidare

*l. 4 § 14 D. vi bon. rapt. 47, 8 Ulp.:*

*Et si quis ipse turbam convocasset, ut turba coram servum verberaret iniuriae faciendae* Äfven om någon tillställt en folksamling, i afsigt att inför hopen prygla en slaf för att skymfa [hans herre<sup>2</sup>], så är detta edikt

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb. 57 ff.

<sup>2</sup> Jfr. § 3 *I. de iniur.* 4, 4: *Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri videtur: non tamen isdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte*

*causa, non damni dandi consilio, locum habet edictum: verum est enim eum qui per iniuriam verberat, dolo facere et eum, qui causam praebuit damni dandi, damnum dedisse.* användbart. Ty det är obestridligt, att den, som slår för att skymfa, handlar med *dolus*, och att den som gifvit tillfälle<sup>1</sup> till förmögenhetsförlusten[s åstadkommande] åstadkommit förmögenhetsförlusten.

Detta ställe synes mig snarare gifva ett analogiskt bevis mot den obligata *animus damni dandi* vid *l. Aq.* än bevisa något för densamma. Det är frågan om en af de förutnämnda speciella *dolus*-aktionerna (j. o. s. 8. n. 2), näml. den pretoriska *actio*, som gafs vid *damnum in turba datum*. Denna *actio*, som gick *in duplum*, gafs endast under förutsättning af *dolus* å damnifikantens sida<sup>2</sup>. I *l. 4 c.* bestämmes närmare, när dylik *dolus* skall anses föreligga: bl. a. fordras icke, att damnifikanten tillstått folksamlingen i den ursprungliga afsigt att förorsaka *damnum*: fastmera svarar han äfven för det *damnum*, som han dolost förorsakat i en folkhop, hvilken af annan samlats, eller hvars samlande han själf på icke-dolost sätt föranledt<sup>3</sup>. Antag nu, att *B* åstadkommer ett *damnum* i en folksamling, som *A* väl dolost föranledt, men genom en *dolus*, som icke gått ut på skadegörelse, utan på ärekränk-

---

ad contumeliam domini respicit. veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur: at si quis servo conviciium fecerit vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit. — Jfr. *Gai.* III, 222.

<sup>1</sup> Om uttrycken *causam praebere, praestare* i detta sammanhang jfr. t. ex. *l. 7 § 6. l. 9 pr. l. 11 § 1 D. ht.*

<sup>2</sup> *l. 4 pr. D. vi bon rapt. 47, 8 Ulp.*: Praetor ait: 'Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplicium iudicium dabo.'

<sup>3</sup> *l. 4 § 6 D. eod. Ulp.*: Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit, vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat: si dolo malo eius datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur. verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit.

ning (i det pryglandet af slafven innebar en skymf mot hans herre, j. s. 78 n. 2). *Ulpianus* förklarar i § 14 c., att detta fall likväl betraktas, såsom om *A* dolost åstadkommit *damnum*. D. v. s.: den omständighet, att *damnifikantens dolus* icke gått ut på skadegörelse (utan på annan rättskränkning) hindrar icke, att han faller [icke under *l. Aq.* utan] under ifrågavarande stränga *actio*, hvilken dock, enligt ediktets ordalydelse, är riktad mot »dolost i folksamling åstadkommet *damnum*» (*»cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicitur, in eum . . . in duplum . . . iudicium dabo»*). — *Ulpianus* motiverar detta, såsom ofvan synes, genom en formlig analys och addition: det psykiska tillståndet af *dolus* föreligger i o. m. den *dolosa skymfen*,| orsaksförbindelsen föreligger likaledes (mellan *A:s* handling och skadegörelsen): alltså finnes både *dolus* och *damnum datum* och förutsättningarna för ediktet (*dolo malo damnum datum*) äro uppfyllda. I och för sig är detta resonnemang utan tvifvel betänkligt, och skulle naturligtvis för ingen del kunna extenderas till bestämmelser om *dolos rättskränkning* i allmänhet (så att t. ex. *A* fölle under *l. Corn.*, om slafven i den af *A* på nämnda sätt föranledda folksamling blefve dödad), men desto bestämdare synes det mig utgöra ett starkt skäl för det antagandet, att *Ulpianus* vid *culpa s. s.* (där ingalunda de vid *dolus* framträdande betänkligheterna kunna anses förekomma, åtminstone i *den* utsträckning), skulle hafva resonnerat på analogt sätt, och icke för existensen af *culpa* ansett ett *analogon* till *animus damni dandi* (j. o. s. 76) såsom nödvändigt requisit. Äfven där skulle han säkerligen hafva förklarat: *culpa* finnes i o. m. rättskränknigen, hvilken som helst, och *damnum datum* i o. m. det faktiska inträdandet af *damnum* såsom verkan af *A:s* handling, men *culpa + damnum datum* är = *damnum culpâ datum*, och *l. Aq.* inträder således. — Såsom förut anmärkt, blir det en annan fråga, som vi tillsvidare uppskjuta, huru sambandet mellan det kulposa tillståndet och



den skadegörande verkan i detta fall bör närmare bestämmas.

Ett nytt skäl mot *animus damni dandi* såsom obligat ligger i den historiska utvecklingen af *l. Aq.* Såsom förut nämndt (s. 13), synes under lång tid (4—500 år?) hänsyn, vid tillämpningen af *l. Aq.*, hafva tagits endast till fysisk kausalitet: någon differentiering mellan *culpa* och *casus* finnes ännu icke. Införandet af begreppet *culpa sensu stricto* innebär således en befrielse från ansvar för vissa damnifikanter, som enligt den äldre rätten skulle hafva ansvarat, och tydligen har det all historisk sannolikhet för sig, att denna befrielse, som i början naturligtvis måste hafva framträdt såsom ett slags rättsförmån, ett *auxilium*, kom blott den till godo, som *in concreto* syntes förtjena densamma, hvilket svårigen kunde vara fallet med någon, som genom en rättskränkning — låt vara af alldeles annat slag — varit en (i öfrigt kasuel) anledning till skadan. (Annorlunda kunde rättsregeln hafva blifvit, om den från början framgått fullfärdig ur en utvecklad doktrin). Sammanställa vi nu härmed *Ulpiani* ofvan (s. 50) anförda förklaring af lagens uttryck *iniuria occidere (quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit)*, så synes denna gifva vid handen, att nämnda ståndpunkt, som, historiskt sedt, i hvarje fall måste betraktas som ett nödvändigt mellanled, alltjämt fasthållits af *Ulpianus* och ett vidare skäl för att samma ståndpunkt äfven bibehålles af den senromerska rätten, är upptaget i kodifikationen af *Pomponii* bekanta sats: *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti (l. 36 de R. J.)*, hvilken bär alla spår af att närmast åsyfta just utomobligatoriska förhållanden.

Äfven bör i detta sammanhang anföras *l. 28 § 1. l. 29 D. ht.*: [hvarmed jfr. § 5 *I. ht.*].

(*Paul.*) *Multa huiusmodi* Många dylika fall före-  
*deprehenduntur, quibus sum-* komma, i hvilka kändanden  
*movetur petitor, si evitare pe-* visas tillbaka, om han kun-

*riculum poterit: 29 (Ulp.): nat undvika faran; t. ex. quemadmodum si laqueos eo om du utlagt snaror på ett loci posuisses, quo ius ponendi ställe, där du ej hade rätt att non haberes, et pecus vicini utlägga dem, och grannens in eos laqueos incidisset. kreatur råkat i snarorna.*

Visserligen är här närmast fråga om ett fall, där *l. Aq.* icke inträder (på grund af *compensatio culpae*), men *a contrario* kan af ofvanstående slutas, att om *culpa* ej ligger damnifikaten själf till last (*»si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit»*), skadeståndsskyldighet för damnifikanten inträder på den blotta grund, att han icke haft rätt att utlägga snaran på detta ställe, hur osannolikt det än kunde synas att något kreatur skulle komma dit.

Återigen viktiga skäl mot den obligata *animus damni dandi* utgöra de bekanta bestämmelserna om s. k. *casus mixtus*. Vi inskränka oss till att erinra om *l. 18 pr. D. comm. 13, 6 Gaius*:

*Si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet.*

Om jag af det skäl lånat någon silfver, att han sagt sig skola bjuda vänner till middag, och han fört det med sig till främmande ort, så bör han utan tvifvel ansvara äfven för *casus* [förorsakad] af sjöröfvare, stråtröfvare och skeppsbrott<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Det bör anmärkas, att själfva termen *animus damni dandi*, äfven från den här kritiserade ståndpunkten sedt, är något oegentlig och lätt kan gifva anledning till missuppfattning. Om jag t. ex. *animo donandi* inverkar på ett främmande föremål och därunder genom oförsigtighet framkallar en skada (hvilken jag sålunda antages hafva kunnat förutse), så skulle detta så förklarar, att den aktuelt medvetna *animus donandi* varit åtföljd af ett latent „analogon till *animus damni dandi*“ och att det är denna latent *animus*, som begrunder *culpa* enligt *l. Aq.* Detta sätt att uttrycka det psykologiska förhållandet måste onekligen betecknas såsom konstladt och ingalunda nära till hands liggande. Fastmera är termen *animus damni dandi* egnad att framkalla den, äfven enligt den kritiserade ståndpunkten, alldeles felaktiga uppfattning, att tillvaron af en annan (aktuel) *animus*, t. ex. *an. donandi* (under det *an. d. dandi* icke vore aktuel, utan motsvarades af det latent *analogon*), skulle fritaga från ansvar efter *l. Aq.*

### KAP. III.

## B. Vid hvilken grad af *neglegentia* inträder *culpa* enligt *lex Aquilia*?

### 1. Allmän utredning.

#### § 12.

Psykologisk härledning af begreppet *diligentia boni patris familias*.

Vi hafva ofvan (s. 36 ff.) funnit, att existensen af *culpa* förutsätter, att den psykologiska qvalitet, som vi betecknat såsom *neglegentia*, öfverstiger en viss grad. Det kommer nu i ordningen att undersöka, hvilken denna grad är, eller m. a. o., uttryckt i förhållande till det grafiska schemat (s. 38), att bestämma läget af punkten *l*. Detta leder oss till en analys af det bekanta, af den Romerska rätten uppställda begreppet *diligentia boni (diligentis, diligentissimi) patris familias*. Visserligen bör det på förhand anmärkas, att den Romerska rätten, under det den ganska otvetydigt såsom den normala måttstocken för skadeståndsskyldighet i obligatoriska förhållanden inför begreppet *bonus pater familias* och blott af särskilda anledningar fastställer en annan, däremot saknar en alldeles bokstaflig bestämmelse härom för skadeståndsskyldighet enligt *l. Aq.* Häraf kan emellertid genast den förmodan begrundas, att de Romerska juristernas mening är, att samma måttstock, som eljes är den normala, äfven skall inträda vid *l. Aq.*, då det vore högst egendomligt, om de i annat fall skulle underlåtit att med full tydlighet uttala sig

därom. Skulle af enskilda textställen en annan måttstock för vissa fall indirekt framgå, måste därför redan af nämnda skäl presumptionen vara för att fatta dessa fall såsom undantag och icke såsom begrundande någon allmän regel. Innan vi underkasta hithörande källställen en närmare granskning, skola vi för att hafva en ledtråd vid deras bedömande först utveckla innehållet af begreppet *diligentia b. p. f.*, då ett missförstånd af detta begrepp synes hafva varit anledningen till några af de i detta ämne framställda åsigter.

Först och främst är det därvid, för att få en fast utgångspunkt för undersökningen, nödvändigt att närmare bestämma den psykologiska kvalitet, som vi betecknat med ordet *neglegentia*, och som vi hittills i hufvudsak behandlat såsom ett bekant faktum. För detta ändamål måste vi inom medvetandet åtskilja en (relativt) fix faktor (omfattande t. ex. individens allmänna grad af »förstånd» i detta ords hvardagliga mening), hvilken det icke ligger i subjektets fria skön att (åtminstone momentan och i nämnvärd grad) förändra och en variabel faktor, näml. den riktning (användning på ett eller annat mål), som subjektet gifver åt nämnda fixa faktor, och hvilken riktning måste anses i väsentlig mån spontant bestämbar af subjektet själf. Till den fixa faktorn hör, utom subjektets grad af »naturligt förstånd» (»förståndsbeväring»), och dess (visserligen under livets fortgång mera än förståndsgraden vexlande, men likväl vid hvarje särskild tidpunkt temligen fixa och för olika subjekter olika) ansträngningsförmåga, äfven sådana resultater af dessa naturliga kvaliteters användning, som kunskaper och erfarenhet, hvilka visserligen »kunde hafva varit andra», om subjektet i sitt föregående lif riktat sina förmögenheter åt annat håll, men i en gifven tidpunkt äro (relativt) oföränderliga. Samma olikhet mellan ett fixt och ett variabelt moment framträder på ett ännu påtagligare sätt inom det sensationella området af medvetandet: min för-

måga att skilja två' närliggande tonhöjder eller färgnyanser (»gehör», »färgsinne») är något relativt fixt (om den än, genom längre tids öfning, r. brist på öfning kan förändras), men det mer eller mindre af uppmärksamhet, som jag hänvänder på' de i det närvarande ögonblicket sig erbjudande ton- eller färgförmimmelserna' ligger det (åtminstone i ojämförligt högre grad) i mitt fria skön att själf bestämma. — Det bör vidare anmärkas, att konstaterandet af nämnda faktiska! åtskilnad är alldeles oberoende af den metafysiska frågan om viljans frihet: riktandet af förståndet, af ansträngningsförmågan, uppmärksamheten o. s. v. är något äfven hos samma subjekt och vid samma tidpunkt af lifvet starkt variabelt, hvar än den metafysiska grunden till denna variabilitet må vara att söka.

Man kan, på ett för vårt ämne lämpligt sätt, föreställa sig denna skilnad så, att förstånd, ansträngningsförmåga, kunskaper, erfarenhet o. s. v. äro medel, som subjektet har i sin hand, och af hvilka det kan göra olika användningar, men valet mellan dessa användningar, målet, kan af subjektet i hvarje ögonblick fritt bestämmas. Subjektet kan sålunda i sina handlingar låta sig ledas af ett eller annat normerande syfte: det kan gå ut på vetgirighet, ärelystnad, maktlystnad, penningeförvärf, sensuella njutningar o. s. v.; bland sådana handlingsnormer — hvilkas inbördes samband och inre grund det naturligtvis ligger utanför vårt närvarande ämne att undersöka: vi upptaga dem, sådana som de omedelbart visa sig för den praktiska erfarenheten — framstår äfven rättsidén: (det negativa) sträfvet att i sina handlingar icke kränka andras rätt. Nu är det tydligen praktiskt omöjligt, att en människa skulle kunna lifvet igenom använda allt sitt förstånd, ansträngningsförmåga, kunskaper, erfarenhet endast på detta negativa mål, att icke kränka annans rätt; hon måste äfven, för att det skall komma till handling, bestämmas af andra och positiva (egoistiska eller altruistiska) normer. Sålunda

kan medvetandets totala quantum af förstånd, ansträngning o. s. v. ur denna synpunkt betraktas såsom deladt i två delar, så att visserligen alltid *en* del kan riktas på undvikandet af rättskränkning, men en annan del måste riktas på fullföljande af andra syften af olika art. Detta förhållande kan, om man så vill, uttryckas såsom en i hvarje ögonblick framträdande relativ divergens från rättsidén såsom norm eller, riktigare, såsom ett oundvikligt minus i rättsidéns beherskande af medvetandet och just detta minus, hvilket sålunda aldrig kan undgå att i någon grad förefinnas, är den psykologiska kvalitet, som vi utmärkt med ordet *negligentia*. Till sitt väsen är denna kvalitet, som man finner, alltid, äfven vid den mest uttryckliga *dolus, negativ*, hvarnär den vanliga skillnaden mellan *dolus* såsom positiv och *culpa s. s.* såsom negativ, måste betecknas såsom psykologiskt ogrundad; de skilja sig fastmera endast genom den aktualitetsgrad, hvarmed rättsidén negeras (d. v. s. graden af den aktualitet, hvarmed subjektet är medvetet om rättsidéns kränkning). Af det sagda följer äfven, att *negligentia* ingalunda är att fatta såsom något i och för sig klandervärdt eller (praktiskt) rättsstridigt, utan såsom ett, på grund af människans och tingens beskaffenhet, nödvändigt moment i medvetandet: det är dess grad allena, som kan göra den klandervärd och rättsstridig.

Men ehuru enligt det ofvanstående, teoretiskt sedt, en nästan fullständig variabilitet råder med afseende på den i medvetandet framträdande viljeriktningen, så måste denna sats från praktisk synpunkt betydligt modifieras. Om än en abstrakt möjlighet (åtminstone möjlighet i subjektiv betydelse) till en förändring i viljeriktningen måste anses i hvarje ögonblick föreligga, äfven hvad t. ex. angår upptagandet af rättsidén såsom mera eller mindre dominerande handlingsnorm, så visar erfarenheten, att det faktiskt, under lifvets fortgång, äfven i detta hänseende bildar sig, såsom ett slags resultat af de under tidens lopp

framträdande momentana viljebestämningarna, ett fast drag, en  $\xi\epsilon\tau$  i karaktären. Likasom på detta sätt bestämda passioner kunna utbilda sig och mer eller mindre beherska subjektets hela medvetande — ända till monomani —, så utbildar sig äfven, hvad särskildt angår subjektets viljas förhållande till rättsidén, en viss för detta subjekt karaktäristisk allmän grad af *diligentia*.

Det vore nu visserligen tänkbart att (såsom den Romerska rätten verkligen i vissa undantagsfall gjort) taga den sistnämnda egenskapen hos hvarje gifvet subjekt till måttstock för detta subjekt, men dels möter det stora praktiska svårigheter att afgöra, hvad som är ett gifvet subjekts allmänna *diligentia*, dels vore det oriktigt att i princip göra en person mindre ansvarig för åstadkommen skada, därför att han i sitt vanliga lif är vårdslös: äfven det vore — alldeles som att bestämma ansvarigheten efter hvad damnifikanten faktiskt varit medveten om — att privilegiera den försumlige och oordentlige. Men likasom detta begrepp, en persons allmänna *diligentia*, franträder vid en jämförelse af hans i många olika tidpunkter af lifvet ådagalagda *diligentia* och utdragande af en viss abstrakt normalgrad, gällande för denna person, så kan man gå vidare i abstraktion och jämföra de olika subjekterna med afs. på den hos hvar och en funna allmänna *diligentia*. Det visar sig då närmast, att det egentligen finnes lika många grader af allmän *diligentia*, som det finnes människor, ehuru det visserligen icke är tänkbart att urskilja alla dessa grader. Bland dem alla kan man emellertid slå fast någon viss grad såsom norm; denna normgrad skulle kunna tänkas vald efter olika grunder; t. ex. den högsta af någon människa veterligen uppnådda *diligentia*; eller den *diligentia*, som utgjorde s. a. s. det aritmetiska mediet mellan samtliga grader. Be-tecknar man abstraherandet, ur ett gifvet subjekts olika handlingar, af en för detta subjekt utmärkande allmän *diligentia* såsom en abstraktion af första graden, så kan

man beteckna den senast nämnda tankeoperationen såsom en abstraktion af andra graden. De Romerska juristerna hafva gifvit frågan om denna senare abstraktion den utan tvifvel mest praktiska lösning, som den kan få, i det de såsom normgrad uppstått den allmänna *diligentia* hos en *bonus pater familias*, d. v. s. en person, som utan utomordentlig ängslighet och försigtighet, efter sin tids och sitt folks uppfattning<sup>1</sup>, kan gälla såsom typen af en sansad och ordentlig man; hos hvilken sålunda omsorgen att undvika skadliga verkningar af sina handlingar och den för familjens uppehälle och förkofran nödiga graden af företagsamhet och handlingskraft hålla hvarandra i jämvigt.

Det behöfver knappast anmärkas att *bonus pater familias* är att fatta såsom ett abstrakt begrepp: ingen verklig människa, äfven den, som kommer typen närmast, står i alla sina handlingar på oföränderligen samma grad af *diligentia*: han går stundom under, stundom kanske öfver den iirågavarande graden. *Dil. b. p. f.* betyder därför icke: den grad af *diligentia*, hvarunder en verklig människa, som måste erkännas för en *bonus pater familias*, icke kan visas hafva gått (så att damnifikanten skulle få försvara sig med att någon viss såsom *b. p. f.* allmänt erkänd person vid något tillfälle visat samma låga grad af *diligentia*, som han själf) utan betyder (såsom äfvenledes *Hasse* betonat):<sup>2</sup> den grad af *diligentia*, som en *b. p.*

<sup>1</sup> „Ohno Zweifel ist hier auf Volkssitte und Volksweise Rücksicht zu nehmen, denn auch nach dieser richtet sich die gewöhnliche Fähigkeit des Einzelnen, und ein türkischer Richter, der von seinen Landleuten die Agilität eines Franzosen fordern würde, handelte eben so thöricht, als wer von einem kranken die Stärke eines gesunden fordern wollte: ein Abstractum von menschlicher Culturfähigkeit aber über die Culturfähigkeit des Volks und Landes, worin man lebt, hinaus, auf die Culpa angewandt, halte ich für ein wahres Unding, und ein jeder wird nach reiferer Überlegung es dafür halten. (*Hasse*, 137). Jfr. *Mommsen* III, 363.

<sup>2</sup> „Die Natur der Sache zwingt uns also schon . . . den für fleissig gelten zu lassen, welcher das that, was in der Regel ein fleissiger Mann, indem er fleissig ist, gethan hätte. Der Zusatz: indem er fleissig ist, steht nicht müssig, denn ein Fleissiger kann auch wohl einmal in einem einzelnen Fall unfleissig sein; aber solche Ausnahmen dürfen hier, wo von an sich widerrechtlichen Beschädigungen die Rede ist, nicht geduldet wer-



f., såsom sådan, d. v. s. i de handlingar, där han just visat sig vara en *b. p. f.*, ådagalagt.

Den nyssnämnda klausuln, »efter sitt folks och sin tids ståndpunkt», är af särskild vikt för den rätta uppfattningen af *culpa's* förhållande till möjligheten att förutse en rättskränkande verkan. Det är näml. icke själfva denna möjlighet i och för sig, som begrundar *culpa* (ehuru väl, omvänt, *culpa* icke kan finnas utan en sådan möjlighet), utan det fordras, att denna möjlighet skall vara

---

den, da ja ein im ganzen fleissiger Mann sonst nie verantwortlich werden könnte; die jedesmalige Schadenszufügung würde immer die Ausnahme sein, da er sich selbst vergass“. (*Hasse*, 92). — Svärigen kan, för Justiniansk rätt, den i modern rätt stundom framträdande åsigt anses riktig, enligt hvilken *diligentia b. p. f.* är att fatta såsom den genomsnittliga, för flertalet af människor utmärkande grad af *diligentia*. Så *Mot. D. Ento.* § 145 (I, 280): „Insbesondere kann nicht mit dem Dresd. Entw. Art. 228 bestimmt werden, dass die grobe Fahrlässigkeit in der Ausserachtlassung derjenigen Sorgfalt bestehe, welche jeder gewöhnliche Mensch anzuwenden pflege. Die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen ist der Regel nach diejenige eines ordentlichen Hausvaters.“ Likaså t. ex. *Wendt* i Jahrb. Dogm. XXXI, 186 ff. (äfvärlades polemiskt mot Dresd. Entw.). — Den Justinianska rättens uppfattning synes dock, i öfverensstämmelse med *Dresd. Entw.*, verkligen vara den, att *neglegentia* större än det vanliga måttet begrundar *lata culpa*. Jfr. l. 213 § 2 *D. de V. S.* 50, 16 *Ulp.* (*Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*); l. 223 *pr. D. eod. Paul.* (*Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt*) m. fl. ställen. Då *omnes* i alla fall icke kan fattas absolut bokstafligt, synes naturligtast att betrakta det såsom afseende det genomsnittliga, om människor i allmänhet gällande förhållandet. — Härmed jfr. *Hasse's* befogade anmärkning (s. 121): „Dass man aber dieser doch in der That so sehr natürlichen Vorstellungsart (näml. att *dil. b. p. f.*, omfattade „alle juristisch denkbare Imputation“) so lange nicht hat Gehör geben wollen, daran ist ausser den bekannten Stellen, welche zu dieser Beharrlichkeit im Irrthum verführten, vielmehr auch noch das Vorurtheil Schuld, dass man sich die *diligentia diligentis patris familias* viel zu gering dachte. Man war hier einmal auf die Vorstellung eines gemeinen Fleisses verfallen, und dachte dabei an etwas Vulgäres, etwas dem grossen Haufen eignes, vor dem es eben nicht so gar schwer sei, sich auszuzeichnen, und wovon es also auch in der Erfahrung eine Menge Ausnahmen gebe. Allein dies stimmt nun mit der Ansicht der Römer gar nicht überein“ etc. — Jfr. vidare l. 25 *pr. D. de prob. et praes.* 22, 3 *Paul.*: *Qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iacet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas cedissee dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse.* Här göres, ish. genom ordet *maxime*, en alldeles uttrycklig skilnad mellan hvad som kan anses för det mera genomsnittliga förhållandet å ena sidan och en *diligens pater familias* å den andra.

af den (icke blott grad, utan äfven) art. att en *b. p. f.*, efter sin tids uppfattning skulle hafva undvikit den. Lika som bland ett krigiskt naturfolk uppfattningen lätt kan vara sådan, att vapenöfningar i det fria, äfven om de äro af beskaffenhet att medföra en betydlig möjlighet till skada, icke anses strida mot *diligentia b. p. f.*, så gäller alldeles det motsvarande för den moderna tiden med afseende på de ur en högt utvecklad industri härflytande faror. Egaren till en järnväg, gasfabrik o. s. v. kan ej gärna undgå den reflexionen, att enligt hvad statistiken visar, en ganska stor möjlighet, stundom kanske sannolikhet eller nästan visshet, finnes för att hans företag förr eller senare skall åstadkomma skada. (Jfr. kirurgen, som ofta företager en lifsfarlig operation, och anses fullt berättigad därtill, ehuru han finner öfvervägande skäl att antaga dess misslyckande). Men naturligtvis kan man, såsom särskildt *Bar* med energi framhållit (ehuru han häraf tagit sig anledning till ett förhastadt förnekande af förutseendet såsom grundval för *culpa*)<sup>1</sup>, icke förklara detta förutseende af natur att begrunda *culpa*; i och med det att ett företag är en fullt erkänd och vigtig gren af samhällets ekonomiska verksamhet, måste det obetingadt anses falla inom gränsen för *diligentia b. p. f.* (Visserligen blir det en annan fråga, om icke skäl kunna finnas, att i dylika fall låta företagets egare ansvara, ehuru han icke kan anses vara i *culpa*; vi stöta här på det förut om-

<sup>1</sup> *Bar*, Die L. v. Kaus: zus. im R. s. 119. Jfr. *Lassen* Obl. R., 157; *Wharton* § 75 (s. 63). Hvad angår *Bars* förklaring (ib. s. 16) af exemplet om den, som upptänder eld i sin spisel en stormig dag och därigenom åstadkommer eldsvåda hos grannen (att ansvarigheten skulle bero på *motivet* för handlingen), så strider den mot hans egen (s. 15) uttalade mening om skillnaden mellan vilja och önskan. Just ett sådant ex. visar nödvändigheten af förutseendet såsom norm, ty om damnifikantens önskan, att gnistorna måtte falla ned och antända grannens hus, varit än så intensiv, torde ingen ansvarighet kunna komma i fråga, om ej förhållandena (spisels beskaffenhet, vindens styrka och riktning, beskaffenheten af grannens tak o. s. v.) varit sådana, att eldsvådan med någon grad af sannolikhet kunnat förutses; har det skett mot all mänsklig *beräkning*, så är det likgiltigt, huruvida damnifikanten *önskat* detsamma eller icke.

talade begreppet »*Handeln auf eigene Gefahr*») <sup>1</sup>. Men på den punkt, där sannolikheten till skada går öfver det mått, som efter tidens och folkets ståndpunkt äro att anse såsom med ifrågavarande verksamhet nödvändigt förbundna, måste gränsen för *dil. b. p. f.* anses öfverskriden och härvid är det tydligt, att det åter är just förutseendet, som bestämmer *culpa*. Hade *A* väl bort kunna förutse en möjlighet till skada, men denna möjlighet icke öfverstiger det efter tidens och folkets uppfattning för denna särskilda art af verksamhet medgifna mått, så är *A* icke i *culpa*; hade *A* bort kunna inse, att en större möjlighet än den nämnda förelåg (på grund af de närmare omständigheter, hvarunder han utöfvade sitt företag), är han i *culpa*. Detta förbiseende af den tillåtliga farans ökning öfver måttet framträder oftast i form af underlåtenhet eller bristfällighet i fråga om faran motverkande åtgärder: underhålligt material eller konstruktion vid järnvägsbyggnad, skeppsfart med icke fullt sjödueligt skepp o. s. v. — om hvilken form af *culpa* jfr. kap. IV.

Hvad särskildt beträffar Justiniansk rätt, saknas icke ganska bestämda antydningar om att den, äfven för bestämmandet af *culpa* vid *l. Aq.*, fasthåller senast utvecklade ståndpunkt. Så isynnerhet *l. 28 pr. D. ht. Paul.*:

*Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid deciderit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.*

Personer, som gräfva gropar för att fånga björnar och hjortar, ansvara enligt *l. Aq.*, om de gräft dem på vägar och därigenom något fallit ned och blifvit skadadt; men om de gräft dem på andra ställen, där de vanligen gräfvas, ansvara de ingalunda.

Detta fall får icke konstrueras såsom en blott *compensatio culpa*e, ty utan tvifvel är damnifikanten ansvarsfri,

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 14.

äfven om damnifikaten genom någon särskild omständighet icke kan anses å sin sida befinna sig i *culpa*.

Om § 4 *I. ht.* och *l. 9 § 4 D. ht.* jfr. ned. § 13.

Såsom stöd för denna uppfattning kan äfven anföras *l. 45 § 3 D. ht. Paul.:*

*Cum stramenta ardentia transilirent duo, concurrerunt amboque ceciderunt et alter flamma consumptus est: nihil eo nomine agi, si non intellegitur, uter ab utro eversus est.*

Två [slafvar], som [vid en Palielie-fest]<sup>1</sup> hoppade öfver brinnande halm, stötte tillsammans: båda föllo och den ene förtärdes af lågorna. På denna grund eger ingen talan rum, om det icke låter sig afgöra, hvilkendera, som kullkastades af den andre.

Detta ställe bör jämföras med *l. 7 § 4. l. 52 § 4 D. eod.*

*l. 7 § 4 D. eod. Ulp.:*

*Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui*

Om någon dödar en annan vid brottnig eller *pancratium*<sup>2</sup> eller då knytnäfskampar öfva sig inbördes, öfverhufvud om det sker vid offentlig täflan, så inträder icke *l. Ag.*, emedan skadan synes gjord för äras och tapperhets skull, icke för att begå rättskränkning. Detta inbegriper ej slaf, enär vanligen [blott] friborne täfva;

<sup>1</sup> Vidlyftigt härom *Suarez III, vi: 3* (s. 162 b 4 ff.): "Non dubie Ulpianus tangit morem priscum transilienti ignem e foeno et stipulis excitatum, expiationis causa . . . Ineunte vere Natalem urbis multis ceremoniis veteres Romani celebrabant . . . Peractis sacris vesperi sub noctem acervos foeni et stipularum ardentis saltu trajiciebant etc." *Suarez* ib. gifver mycket utförliga litteraturhänvisningar och intressanta upplysningar om fortvaron af denna sed i senare tider.

<sup>2</sup> *Pancratium* beskrives såsom "certamen mixtum ex pugna et pugilatu" och är enligt *Budaeus* "ex eo dictum pancratium quod omnibus corporis membris certetur, nempe calcibus, cubitis, pignis." — Utförliga litteraturhänvisningar se *Suarez I, ii: 3* (s. 23 b 22 ff.).

*solent certare: in filio* däremot gäller det om en så-  
*familias vulnerato procedit:* rad *filius familias.*

l. 52 § 4 D. eod. *Alfen.:*

*Cum pila complures* Under det flere personer öf-  
*luderent, quidam ex his* vade sig med bollspel, stötte en  
*servulum, cum pilam per-* af dem till en liten slaf, som  
*cipere conaretur, impu-* försökte fånga bollen: denne föll  
*lit, servus cecidit et crus* och bröt benet. Det frågades:  
*fregit: quaerebatur, an* kan slafvens egare anställa talan  
*dominus servuli lege* enligt l. *Aq.* mot den, genom  
*Aquila cum eo, cuius im-* hvars stöt han fallit? Jag svarade,  
*pulsu ceciderat, agere po-* att han icke kunde det, enär det  
*test. respondi non posse,* syntes hafva skett mera genom  
*cum casu magis quam* *casus* än genom *culpa.*  
*culpa videretur factum.*

En jämförelse af dessa ställen visar, att man med afseende på skada, förorsakad genom vedertagna spel och lekar, måste skilja på två fall: I) att skadan härrört ur en fara, som hörde till den ifrågavarande leken eller spelet, följde af dess beskaffenhet, och II) att den varit af annat slag.

Med afseende på I) det första fallet, måste man åter skilja mellan lekar, täflingar o. s. v., som pläga företagas endast mellan frie inbördes, och sådana, hvori äfven slafvar pläga deltaga. Är det förra förhållandet (*ludi virtutis causa*)<sup>1</sup>, så inträder icke *culpa* om skadan träffat en friboren deltagare (naturligtvis under förutsättning, att ingen vid ifrågavarande öfning ovanlig oförsigtighet egt rum) men väl om skadan träffat en slaf (l. 7 c.): är det senare, förhållandet, så betraktas slaf i detta afseende lika med friboren, och det anses, just därför, att

<sup>1</sup> Jfr. l. 2 § 1 D. de aleat. 11, 5 Paul. (Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo ve currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat) och [de ogloss.] l. 1. l. 2 l. 3 C. de aleat. 3, 43 Just.

slafvar pläga deltaga, icke att *culpa* gentemot slafvens egare föreligger å de öfriga deltagarnes sida *l. 52 c.*

Med afseende på II) det' andra fallet begrundar leken o. s. v. icke frihet från *culpa*. Om därför två samtidigt gjort hoppet öfver den brinnande halmen, hvilket icke hörde till denna lek <sup>1</sup>, inträder ansvar, såvida det kan visas, hvem som varit vållande till sammanstötningen, m. a. o. denne anses hafva varit skyldig att beräkna den i en sådan sammanstötning liggande möjlighet till skada och undvika densamma. Detta ehuru möjligheten till skada i och för sig säkerligen kunde anses större t. ex. vid en kamp mellan *pugiles* än vid samtidigt hoppande öfver *stramenta ardentia*.

Vid ofvanstående allmänna härledning af begreppet *diligentia b. p. f.*, hafva vi anteciperat dess giltighet för *l. Aq:s* område, För den vidare undersökningen framträda därför tvänne uppgifter, näml. dels att genom en granskning af källställena visa, i hvad mån denna måttstock verkligen är vid *l. Aq.* konstant använd, dels att undersöka de närmare konsekvenserna af dess införande. Hvad angår förstnämnda fråga, skola vi fördela källställena i två grupper, näml. sådana, som kunna (med mer eller mindre skäl) synas för särskilda fall uppställa en annan synpunkt än den i begreppet *diligentia b. p. f.* liggande, och sådana, som kunna anses uttala en allmän princip för *l. Aq:s* område öfverhufvud.

---

<sup>1</sup> Jfr. *Bar*, Die Lehre v. d. Kaus: zus. i. R. s. 121.

## 2. Undersökning af källornas uttalanden om måttstocken för culpa l. Aq.

### § 13.

Källställen, som för särskilda fall uppställa eller kunna synas uppställa en annan måttstock än *diligentia b. p. f.*

Bland hithörande källställen nämna vi först l. 31 *D. ht. Paul.:*

*Si putator ex arbore rami cum deiceret — — — hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. — — — Non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.*

Om en person, som qvistat träd, — — — dödat en förbigående slaf genom att nedkasta en gren från trädet, så ansvarar han i det fall, att den fallit ned på en allmän [väg] och han icke ropat, så att [skadan af] dess fall kunnat undvikas. — — — Det betyder föga, huruvida vägen gick öfver enskild eller allmän mark, enär vägar gemenligen läggas öfver enskild mark. Men om ingen väg finnes, bör han ansvara endast för *dolus*: att han icke släpper ned grenen på den, som han sett komma förbi. Ty (prestation) af *culpa* kan ej fordras af honom, enär han icke kunnat ana, att någon skulle gå öfver det stället.

Denna förklaring, att i det förutsatta fallet endast *dolus* presteras, är onekligen egendomlig och missledande. Men att *culpa sens. str.* (eller rättare *neglegentia* af motsvarande grad) i detta fall skulle vara fri från ansvar, vore en uppfattning, som skulle förutsätta ett maximum af godtycklighet och principlöshet hos de Romerske juristerne;

helt visst är stället så att förklara, att juristen i det nämnda fallet icke ansett en *culpa s. str.* möjlig: en *b. p. f.* eger antaga, att ingen skall passera och därefter inrätta sig; skulle han åter verkligen *se* någon komma och han likväl nedkastar grenen, så förutsätter ett dylikt handlings-sätt *dolus*. Att detta är Pauli mening, är i sig själf klart och bevisas ytterligare af motiveringen: *cum divinare non potuerit* etc., men en annan fråga är, huruvida detta resonnemang är korrekt. Detta kan svårligen medgifvas, ty i det nämnda fallet, liksom eljes, måste en oändlig gradering kunna tänkas: jag ser en person komma på afstånd, men antager på mer eller mindre goda skäl, att han icke skall hinna fram, så att han träffas af grenen; emellertid fastnar grenen på vägen, faller ned just då han passerar och skadar honom o. s. v. I stort sedt, kan det emellertid väl sägas, att det i det nämnda fallet endast sällan bör kunna bli tal om *culpa levis*, och att de faktiska betingelserna för *culpa levis* äro helt andra i detta fall än i de förut i samma § behandlade (jfr. § 16).

Hvad angår öfriga hithörande lagställen, böra vi, för att rätt uppfatta dem, erinra oss, att det kunde och måste i praxis uppstå fall, där det icke var lätt att afgöra, huru långt en *b. p. f.* skulle hafva gått i försigtighet, t. ex. i fall, där äfven en *b. p. f.* lätt skulle kunna antagas hafva råkat i affekt och handlat under inflytande därpå eller i fall, där, i öfverensstämmelse med hvad ofvan nämdes, en *b. p. f.*'s uppfattning af hvad som hörde till försigtighet kunde väsentligen förändras i och med en förändring af den allmänna uppfattningen i den tid och bland det folk, där han lefde. I sådana fall kunde lagstiftaren känna behof af att på ett annat och närmare sätt bestämma ansvarsskyldigheten, utan att det därför är sagdt, att han ansåg ansvarsskyldigheten hvarken större eller mindre än den vanliga. Likaledes kunde det ju förekomma fall, där själfva substitutionen — försöket att tänka sig en *b. p. f.* i de gifna omständigheterna



— kunde stöta på svårigheter, och där följaktligen fordran af *diligentia b. p. f.* kunde komma att åtminstone skenbart, för billighets skull, modifieras: t. ex. vid skada, gjord af en *bona fide serviens*, hvilken ju omöjligen, framför allt i förhållande till den putative *dominus*, skulle kunna uppfatta sig själf som en *b. p. f.*

Det först nämnda motivet ligger, såvidt jag kan finna, till grund för *l. 39 § 1 D. ht. Pomp.*:

*Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum (quod . . . damnum? — quid . . . damni? — si quis . . . ? [Mo])<sup>1</sup> cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.*

Om än någon påträffat främmande kreatur på sin åker, så bör han jaga bort dem på samma sätt som om han påträffat sina egna, eftersom han har särskilda aktioner för den händelse, han därigenom lidit någon skada. Sålunda har den, som påträffat främmande kreatur på sin åker icke rätt att inspärra dem, eller, som nämnt, drifva dem [därifrån] på annat sätt än sina egna: antingen måste han drifva bort dem utan skada eller åtvarna egaren att hemta sin egendom.

Det kunde sättas i fråga, om icke äfven en *b. p. f.* af vrede öfver intrånget skulle kunna låta hänföra sig till en hårdare behandling af de främmande djuren än om de varit hans egna: Pomponius vill emellertid (i anslutning till ett uttalande af Scaevola)<sup>2</sup> för att undanröjda detta

<sup>1</sup> Jfr. *Basil. LX: 3, 39*: 'Ο γὰρ ἀλλότριον ἄλογον βροσκόμενον ἐν τοῖς ἰδιοῖς ἐβράν οὕτε ἀποκλείειν αὐτό, οὕτε ψοφούρις τύπτειν ἢ ἐλαύνειν ὀφείλει, ἀλλ' ὡς ἰδίου. ἔχει γὰρ ἀγωγὴν κατὰ τοῦ δεσπότου περὶ ὧν ὡς εἰκόσ ἐζημιῶται. (*Heimb. V, 310*).

<sup>2</sup> Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceret, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possetne cum

tvifvel hafva sagt, att det skall anses höra till en *b. p. f. s. diligentia* att likväl behandla de främmande djuren såsom sina egna. Att bestämmelsen icke af honom fattats såsom innebärande någon särskildt förhöjd ansvarighet, synes af motiveringen »*quoniam habet proprias actiones*»: hade damnifikanten icke genom dessa aktioner (*a. de pastu pecoris l. 14 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5*<sup>1</sup>, äfvensom eventuelt *a. de pauperie*) haft utväg att få ersättning för den skada, han möjligen lidit, kunde hans uppbrusning hafva ansetts ursäktlig. Samma motiv (*quoniam* etc.) visar äfven tydligt, att orden *quam si suum* icke afse att, såsom det påståtts<sup>2</sup>, fixera *culpa in concreto* såsom måttstock för det förevarande fallet, så att damnifikantens eljes visade vårdslöshet mot egna djur skulle kunna anföras såsom ursäkt: motivet visar näml., att denna bestämmelse är afsedd att hindra en nedsättning, icke att hindra en förhöjning af ansvarigheten öfver det tillhöriga måttet. Hade meningen varit att minska den vanliga ansvarsskyldigheten till prestation af *culpa in concreto*, så skulle det hafva motiverats t. ex. så, att enär de främmande djurens närvaro på *A.*s egendom vore ett intrång i dennes rätt, *A.* endast behöfde visa samma *diligentia*, som han vanligen ådagalade beträffande sina egna djur. Såsom fragmentet nu lyder, är dess tydliga mening: enär det bör anses, att en *b. p. f.* i dylika fall behandlar de främmande djuren såsom sina egna, bör damnifikanten för att undgå ansvar hafva behandlat dem

---

eo qui coëgisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse (*l. 39 pr. D. ht.*).

<sup>1</sup> Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de [*de del.*: *Mo*] damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum. — Om åsigtan att en särskild *actio de pastu pecoris* aldrig funnits (skild från *a. de pauperie*) jfr. *Girard* i *Nouv. Rev. Hist.* XI, 412 n. 3. och där anförd litteratur.

<sup>2</sup> Jfr. *Pernice Sachb.*, 70, 74.

med icke mindre omsorg än den, hvarmed en *b. p. f.* behandlar sina egna djur <sup>1</sup>.

Vi öfvergå därefter till de omtvistade, förut vidrörda ställena, *l. 9 § 4 D. ht. Ulp.* och *§ 4 I. ht.*

*Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.*

*§ 4. I. ht: Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo eoque ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpae reus est. idem iuris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.*

Om en slaf dödats under en lek med spjutkastning, inträder *l. Ag.* Men om under det andra kastade med spjut på ett [därtill upplåtet] fält, slafven gick öfver detta ställe, förfaller *a. l. Ag.*, enär han icke borde i otid taga vägen öfver ett till spjutkastning upplåtet fält. Den som med flit kastar spjutet mot honom, ansvarar emellertid i alla fall enligt *l. Ag.*

Om sålunda någon, under det han leker eller öfvar sig med spjutkastning, genomborrar din förbipasserande slaf, så är en åtskilnad att göra. Om det näml. gjorts af en soldat på ett fält, där soldater vanligen öfva sig, anses han icke vara i *culpa*: om en annan begått något dylikt, så är han i *culpa*. Detsamma gäller om soldaten, om han begått det på annat ställe än det, som anvisats åt soldater att öfva sig på.

<sup>1</sup> Hvarpå *Pernice Sachb.*, 75 grundar sitt omdöme om detta fall: „Vielmehr mindern hier äussere Umstände die Sorgfalt des *b. pater f.*“, kan jag ej finna. Intrycket af stadgandet är, såsom ofvan i texten framhållits, snarare det motsatta, att man hade kunnat vänta ett mildare bedömande af *culpa*, än det som gifvits; den meranämnda motiveringen *quoniam* o. s. v. pekar, som sagdt, äfven åt detta håll.

Det första intryck, man röner vid en jämförelse af dessa hvarandra motsägande källställen är onekligen det, att texten i *l. 9 c.* är korrumpierad och att Mommsens konjektur [exciderunt similia iis quae leguntur Inst. 4, 3, 4, talia fere: *si miles, qui iaculis exercitatur in campo, ubi solent exercitari, transeuntem servum tuum traiecerit, nulla culpa eius intellegitur* — näml. närmast före det första *sed si*] har alla skäl för sig: innehållets olikhet med § 4 *c.*; det första *sed si*; det med det efterföljande *servus* korresponderande *alii*. Mot konjekturen reser sig emellertid en mycket allvarsam betänklighet i den omständighet, att *Basil.* <sup>1</sup> och *Schol. Basil.* <sup>2</sup> förutsätta samma läsart som *Florent.* Under sådana omständigheter, ehuru möjligheten till en textkorruption naturligtvis icke därmed är utesluten, torde likväl i det längsta en annan förklaringsgrund böra sökas. Man har sökt en sådan på olika håll: *Pernice* vill finna den i en för den Justinianska rätten egendomlig restriktion af privatpersoners rätt till vapenöfning. Till stöd härför skulle man visserligen, till det af *Pernice* åberopade stället ur *Teoph. Par. ad h. l.* (ἐπειδὴ ιδιώτης ἐν ὄπλοις γυμνάζεσθαι οὐ νενόμισται) kunna tillägga *Nov.* 85 <sup>3</sup>, som så uttryckligt som möjligt uttalar denna ståndpunkt. Dock synes det, särskildt vid jämförelse med *l. 2 § 1 D. de aleat.* 11, 5 och *l. 1 l. 2 l. 3 C. de aleat.* 3, 43 *Just.* (där spjutkastning upptages bland de fem särskildt tillåtna spel, vid hvilka vad intill

<sup>1</sup> Εἰ δὲ τινες ἀκοντίῳ παίζοντες φονεύσουσι, χώρα τῷ Ἀκουλίῳ, εἰ μὴ ἄρα ἐν κάμπῳ ἠκόντιζον· οὐ γὰρ ὀφείλει παρά καιρὸν ἐκείθεν παρελθεῖν: LX: 3, 9 (*Heimb.* V, 272).

<sup>2</sup> Τοῦτο νόμι κατὰ τὴν εἰρημένην διαίρεσιν ἵστασι. δ' τι. γ' ὅτι, ἐὰν ἀκοντίῳ παίζων ἢ γυμναζόμενος φονεύσῃ παρίοντα δοῦλον, εἰ μὲν στρατιώτης εἰμί, καὶ ἐν τῷ συνήθει τοῦ γυμνασίου τόπῳ γέγονε τοῦτο, ἀνεύθυνός εἰμι· εἰ δὲ ἀλλοκοῦ ἢ ιδιώτης ἦμην [εἰμί Fabr.], ὀπόμεμαι κ. τ. λ.

<sup>3</sup> Kap. I: . . . Συνείδομεν τὸ τῆς ὀπλοποιίας ἔργον μηδὲνα μὲν ιδιώτην ἐργάζεσθαι . . . τοὺς δὲ ἐργαζομένους τὰ ὄπλα μηδὲν πιπράσκειν ιδιώτῃ . . . Kap. III: . . . Ἄδεια παντελῶς οὐδενὶ δοθῆνεται, οὔτε τοῖς τὰς πόλεις οἰκοῦσιν ιδιώταις, οὔτε τοῖς τὰ χωρία γεωργοῦσιν ἀγρόταις ὄπλοις κεχρησθαι . . . Kap. IV: . . . Μόνας δὲ γίνεσθαι παρὰ ιδιωτῶν καὶ ιδιώταις πιπράσκεσθαι συγχωροῦμεν μαχαίρας μικράς κ. τ. λ.

1 sol. värde finga ingås), att denna tendens åtminstone icke med afseende på ifrågavarande lek eller spel kan hafva framträdt i lagstiftningen före *Nov. c.*, således svårligen antagas hafva bestämt affattningen af § 4 c. till skilnad från 7. 9 c.

Det torde därför hafva skäl för sig att, antaget läsartens riktighet, snarare söka förklaringen i en förändring af den allmänna uppfattningen af hvad som var en, på grund af farligheten, otillåten öfning, än i en regeringsåtgärd, företagen vare sig af statskäl eller i kriminalpolitiskt syfte (hvilket senare motiv den nämnda novellen låter påskina)<sup>1</sup>. I och för sig är det ju helt naturligt, att då spjutkastning är en långt farligare handling än t. ex. bollkastning, fordra större försigtighet *r.* skicklighet vid öfning i den förra idrotten än vid öfning i den senare<sup>2</sup>. Men hvar gränsen skall dragas — om båda idrotterna skola medföra ansvar, eller endast den farligare, eller ingendera — beror tydligen i hög grad af folkets seder under den tid, lagen skall tillämpas. Bland ett krigiskt folk, hos hvilket öfning med spjutkastning ingår såsom ett allmänt moment i uppfostran och den dagliga sysselställningen, är det helt naturligt att fritaga både spjutkastning och bollspel: *neglegentia* är i båda fallen — äfven om den måste anses något större vid spjutkastning — på grund af handlingens alldaglighet så ringa, att den icke för rättsmedvetandet innebär *culpa*. Är däremot folkandan af annan beskaffenhet, så att folket endast mera sällan eller till ringa antal befattar sig med sådana öfningar som spjutkastning, så kan en sådan likställighet

<sup>1</sup> Προοίμ.: *σπεύδομεν πάντας τοὺς ἡμετέρους ὑπηκόους . . . ἀβλαβεῖς καὶ ἀνεπηρέαστους φυλάττειν, καὶ καλύειν τοὺς πολέμους κ. τ. λ.*

<sup>2</sup> Jfr. om sistnämnda öfning utom förut (s. 93) citerade *l.* 52 § 4 *D. ht.* äfven *l.* 11 *pr. D. ht. Ulp.*: Item Mela scribit, si, cum pila quidam ludent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

mellan de båda idrotterna icke rätt gärna komma i fråga: det kan då tänkas, att antingen endast den farligare idrotten eller att båda medföra ansvar. Men om under en dylik tid en viss del af folket — såsom soldatståndet — är skyldigt till öfning i den farligare idrotten, så är det rättvist att för dessa personers räkning låta den förra synpunkten inträda, hvilket lika litet innebär ett *sänkande* af soldatens ansvarighet under *dil. b. p. f.*, som den motsatta regeln, för de privata, innebär ett *höjande* af *dil. b. p. f.* Likasom en *b. p. f.* handlar olika under *olika* yttre omständigheter i *samma* tid och folk, så handlar han äfven olika under *samma* yttre omständigheter i *olika* tid och folk: han är, hvad människan alltid är, »ett barn af sin tid».

Vi öfvergå nu till det digestställe, som, ensamt bland alla hithörande, skulle kunna anses i viss mån utgöra ett verkligt undantag från principen af *diligentia b. p. f.* Vid detta ställe skulle i så fall framträda det andra af de ofvan (s. 97) anförda motiven för lagstiftaren att gifva en närmare bestämning: obilligheten af att *stricte* fordra *dil. b. p. f.*

l. 54. § 1. *D. de adq. rer. dom.* 41, 1 *Modest.*:

<p><i>Promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis servit, . . . obligari ipso iure poterit. § 2. Sed damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem nec tam levem quam ab extraneo.</i></p>	<p>En fri person, hvilken <i>bona fide</i> tjenar oss såsom slaf . . . kan genom stipulation till oss <i>ipso jure</i> blifva obligatoriskt förbunden. Genom att förorsaka skada blir han ansvarig enligt <i>a. damni iniur.</i>, likväl så, att man måste fordra en högre grad af <i>culpa</i> vid skadegörelsen, icke så ringa, som af tredje man.</p>
---	--

Här ställes en *extraneus* i jämförelse med en *bona fide serviens* och den senares ansvar bestämmes uttryckligen såsom mindre än den förres. Att nu först och främst i hvarje fall *extraneus* representerar regeln och *b. f. serviens* undantaget, borde väl ej kunna sättas i fråga (hvil-

ket likväl skett);<sup>1</sup> oafsedt själfva det språkliga uttrycket (*gravior* = svårare än vanligt) följer detta af den relativa sällsyntheten af det antagna fallet. En annan fråga blir, huruvida undantaget är verkligt eller det endast är skenbart och beror på bristande exakthet i användningen af ordet *culpa*. Är det förra fallet, så måste juristen hafva utgått från den reflexion, att en *bona fide serviens* icke kan fatta sig själf såsom verkligt rättssubjekt. Om han nu än låtit honom, äfven gentemot den putative egaren, gälla såsom rättssubjekt m. afs. på obligatoriska förbindelser, som han uttryckligen ingått (i trots af regeln *servus ex contractibus non obligatur*, l. 43 *D. de O. et. A.* 44, 7 *Paul.* o. s. v.), så har han likväl ansett det obilligt att mäta hans *culpa s. str.* — åtminstone i utomobligatoriska förhållanden gentemot den putative egaren — med det fulla måttet af en *b. p. f.* M. a. o.: själfva försöket att substituera en *b. p. f.* i denna situation, har, enligt denna förklaring af stället ansetts innebära en *contradictio in adiecto*. — På detta sätt fattas stället bl. a. af *Pernice*<sup>2</sup>.

För min del finner jag likväl en annan förklaring sannolikare, näml. att vi här hafva att göra med en mindre noggrann användning af det mångtydiga ordet *culpa*. Tvänne med hvarandra sammanhängande omständigheter

<sup>1</sup> Jfr. *Pernice* Sachb., 70 ff. *Schaaff* I, 120 ff.

<sup>2</sup> „Hienach hat also der *b. f. serviens* eine geringere Diligenz als die eines guten Hausvaters aufzubieten. Und dafür sprechen ganz klare Billigkeitsrücksichten, deren Gewicht auch sonst nicht verkannt wird“ (*Pernice* Sachb., 71). *P.* åsyftar (n. 19 *ib.*) med sistnämnda antydning l. 1 § 2 *D. si is qui test.* 47, 4 *Ulp.*: Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Men denna hänvisning är helt och hållet ofogad. För det första är här fråga om en speciell *dolus*-aktion (j. o. s. 8, n. 2) som *intra annum* går in *duplum* (jfr. l. 1 *c. pr.*); för det andra är denna *dolus*-aktion *strängare* än sådana vanligen äro, enär den omfattar äfven *culpa lata*; för det tredje och framför allt tillägges det just i den af *Pernice* anförda §: proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, *quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiterqualiter dederit* — således, i stället för *mildring* af ansvaret, ett, efter bokstafven betraktadt, ännu långt *strängare* ansvar enligt l. *Aq.* än i vanliga fall (om detta *qualiterqualiter* jfr. *emell.* ned. s. 108 ff.).

synas härvid afgörande, näml. dels det uttryckliga framhäfvet af motsatsen till *extraneus*, dels att bestämmelsen afser *b. f. serviens* endast i förhållande till den putative *dominus*, hvilket dels af det föregående (*promittendo nobis . . . nobis servit*), dels af det nyssnämnda *extraneus* göres otvifvelaktigt<sup>1</sup>. Meningen torde vara, icke, såsom orden lyda, att endast en »svårare», högre grad af *culpa*, presteras [*culpa* taget i »materiel» betydelse, j. o. s. 45], utan att själfva grunden för *culpa* bortfaller, i det samma yttre handling, som för en *extraneus*, på grund af den *imperitia*, den ådagalägger (om näml. denne *extraneus* egt kännedom om sin *imperitia* och därför varit pliktig att hålla sig undan — jfr. ned. § 15), skulle innebära en *neglegentia*, nog stor att begrunda *culpa*, hos en *b. f. serviens* icke innebär någon därmed jämförlig grad af *neglegentia*. Regeln *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* (l. 36. *de R. J.*) blir icke på samma sätt tillämplig för en *b. f. serviens* som för en *extraneus*, enär den förre icke kan anse den putative egarens tillhörighet såsom en *res ad se non pertinens*, utan tvärtom ofta måste anse sig nödtvungen att därmed taga befattning. — Visserligen kommer den här gifna förklaringen såtillvida att innebära en väsentlig restriktion af stadgandets ordalydelse, att det endast kommer att gälla den på *imperitia* grundade *culpa*, under det att all annan *culpa* kommer att bestämmas på samma sätt för en *b. f. serviens* som för andra. Men de förutnämnda skälen synas mig afgörande, och restriktionen

<sup>1</sup> hvarjämte jfr. det generella stadgandet i l. 14 *D. de O. et A.* 44, 7 *Ulp.*: *servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent.* Så mycket mera måste detta gälla om en *b. f. serv.* Undantaget, med afseende på förhållandet mellan en verklig *servus* och *dominus*, uttalas t. ex. i l. 1 § 2 *D. si is qui test.* 47, 4 *Ulp.*: *dominus dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo quamvis postea ad libertatem pervenerit; i l. 17 pr. § 1 D. de furt.* 47, 2 *Ulp.*: *Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: ideo nec actio ei a veteribus prodita est. Unde est quaesitum, si fuerit alienatus vel manumissus, an furti actione teneatur. et placet non teneri: neque enim actio, quae non fuit ab initio nata, oriri potest (postea ins. [Mo.]) adversus hunc furem — m. fl. st.*



i fråga kan äfven anses rättfärdigad genom följande källställe:

*l. 12. § 6. D. de lib. causa 40, 12 Ulp.:*

*Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamatus, illo tempore, quo bona fide mihi serviebat, veluti si ego bona fide dominus noxali iudicio conventus et condemnatus litis aestimationem pro eo optuli: in id mihi condemnabitur.*

*l. 13 Gaius: Illud certum est damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.*

Om den, som gör anspråk på frihet, under den tid, som han *bona fide* tjänar mig såsom slaf, förorsakat mig en förmögenhetsförlust, t. ex. om jag, såsom hans *b. f.* egare, sökt med en noxalaktion och dömd, utbetalt värderingssumman för honom, så dömes han att till mig erlægga detta belopp. Gifvet är, att endast den skada faller under denna *actio in factum*, som tillfogats med *dolus*, icke den, som tillfogats med *culpa*. Därför, om än [den putative slafven] frikännes i denna process, så kan likväl efteråt talan anställas mot honom enligt *l. Aq.*, enär enligt denna lag ansvaras äfven för *culpa*.

Detta ställe gör, som man finner, ingen inskränkning till en »*gravior culpa*» och af uttryckssättet *quod dolo, non etiam quod culpa factum sit* framgår afgjort, att den *culpa*, hvarför här ansvaras, icke inskränker sig till *culpa lata*, då *Ulpianus* eljes säkerligen icke utan någon närmare upplysning ställt den i så uttrycklig motsats till *dolus*, och talat om den såsom den *culpa*, som presteras enligt *l. Aq.*<sup>1</sup>. Vill man nu i trots häraf anse, att *l. 54 c.* innebär ett verkligt undantag, skulle detta sålunda endast kunna betyda, att *culpa* inträder vid en grad af *neglegentia*, som ligger mellan *culpa lata* och »*culpa levis in ab-*

<sup>1</sup> Jfr. äfv. *l. 13 § 1 D. ht. Ulp.* (Julianus scribit, si homo liber bona fide mihi serviat, ipsum lege Aquilia mihi teneri), där ingen inskränkning i ansvaret antydes.

*stracto*». Här af får dock ingalunda slutas, att ansvaret därmed skulle vara bestämdt till »*culpa in concreto*»<sup>1</sup>. Om detta hade varit meningen, hade det utan tvifvel uttryckligen utmärkts, genom orden *diligentia quam suis* eller något motsvarande, icke genom ett så föga adekvat uttryck som *culpa gravior*. Man finge, från denna ståndpunkt, fastmer fatta stället så, att domaren skall bedöma damnifikantens *diligentia* icke efter en *b. p. f:s diligentia*, utan efter en något mildare (men bestämd, icke individuelt varierande) måttstock, utan att taga hänsyn till damnifikantens större eller mindre vårdslöshet i egna förhållanden. Vi skulle således tänka oss en fix grad af *neglegentia* mellan *l* och *B* (j. följ. sid.) såsom den punkt, där *culpa* i detta fall uppstode. Detta synes vara *Pernice's* mening.

---

#### § 14.

**Källställen, ur hvilka en allmän princip företrädesvis skulle kunna härledas.**

Vi öfvergå nu till en undersökning af de textställen som uppställa eller kunna synas uppställa en allmän måttstock för *culpa l. Aq.* Först möter oss det bekanta uttalande af *Ulpianus*, som bestämdast framställer sig såsom allmän regel för ansvarighet enligt *l. Aq.*

*l. 44 ht.: In lege Aquilia et levissima culpa venit.*

Såsom vanligt tänkes *culpa* här graderad (*levissima, levis* etc.) och det förutsättes, att *culpa* i ett gifvet fall kan finnas, utan att tillräkning finnes (*culpa* betyder »mate-

---

<sup>1</sup> Såsom *Schaaff* a. st. („Mit anderen Worten, der *b. f. serviens* haftet für *culpa in concreto* und braucht bloss die Kenntniss und Kräfte anzuwenden, die ihm gegeben sind;“ — här sammanblandar *S.*, i förbig. anmärkt, olika saker: „*culpa in concreto*“ afser icke „Kenntnisse und Kräfte“ utan *diligentia* och därmed visserligen noggrannheten i beräkningen af krafternas event. otillräcklighet), m. fl. Häremot äfven *Pernice* Sachb., 71.

riel *culpa*» — j. o. s. 45): eljes vore ju uttalandet en ren tautologi och skulle utsäga, att äfven den grad af *neglegentia*, som aldrig så litet öfverstege den punkt, där tillräkning börjar enligt *l. Aq.*, verkliggen medförde tillräkning enligt *l. Aq.* Då nu *Ulpianus* talar om »*levissima culpa*» (*c. l. neglegentia*), så äro tydligen tre uppfattningar af detta uttryck, och icke flere, logiskt möjliga. Med användning af den ofvan (s. 38) framställda grafiska beteckningen, hvarvid vi låta *l* betyda den grad af *neglegentia*, som just öfverstiger den hos en *b. p. f.* (såsom sådan, j. o. s. 89) möjliga, kunna vi uttrycka dessa olika uppfattningar på följande sätt.

A ————— *l* ————— B

Den första är, att den punkt *x*, där *culpa* uppstår, sammanfaller med (eller exaktare: ligger omedelbart intill) punkten *A*, så att äfven den absolut lägsta grad af *neglegentia* medför tillräkning; den andra är, att punkten *x* ligger någonstädes mellan *A* och *l*: läget af punkten *x* måste tydligen i detta fall särskildt bestämmas, genom någon ny måttstock; den tredje är att *x* sammanfaller med punkten *l*, d. v. s. *levissima culpa* ingenting annat betyder än *levis culpa*. Mellan *l* och *B* kan *x* tydligen icke ligga, eftersom *l* (hvilken punkt vi antogo bestämd genom måttstocken *b. p. f.*) efter Justiniansk terminologi utmärker *levis culpa* och *levissima culpa* ej kan inträda senare än *levis culpa*. Af nämnda tre olika uppfattningar har, i korthet sagdt, den första aldrig blifvit på allvar framställd (då den absolut strider mot en mängd lagställen, uti hvilka, med afs. på *l. Aq.*, gränsskilnad uppdrages mellan de fall, där tillräkning inträder och de fall, där tillräkning icke inträder); den andra har varit den allmänna åsigten i äldre tider (denna åsigt sammanhängande med det förut allmänna och på allra sista tiden i viss mån åter framkomna antagandet af tre fixa grader af *culpa s. str.* i obligatoriska förhållanden); den tredje är

f. n. den öfvervägande, i all synnerhet inom den Tyska doktrinen.

Den första uppfattningen (att *culpa* skulle inträda, så snart någon möjlighet till skadans förutseende föreläggat), som rent bokstafligen betraktadt, kunde anses ligga närmast till hands, skulle tydligen praktiskt innebära en så godt som absolut ersättningsskyldighet i alla de fall af kausalsammanhang mellan subjektet *A* och *damnum*, då de öfriga förutsättningarna (positiv handling, sakskada o. s. v.) för *l. Aq:s* tillämplighet äro uppfyllda: m. a. o. det vore detsamma, som att utstryka rekvizitet af psykisk kausalitet. Den, som uppgjort eld ute en lugn dag, skulle då icke kunna fritagas från ansvar, om en plötslig vindstöt förde elden vidare (*l. 30 § 3 ht.*), ty en dylik händelse låge ingalunda absolut utom möjligheten af beräkning; den, som nedkastar grenar från träd, skulle icke kunna fritagas från ansvar, därför att trädet befinner sig på ett ställe, aflägsset från allmän stråkväg (*l. 31 ht.*) o. s. v. Då således denna tolkning visar sig omöjlig, kan det ännu mindre blifva tal om att efter orden fatta vissa källställen, som kunde synas utsträcka tillräkneligheten till och med till sådana fall, där damnifikanten är absolut fri från *neglegentia* och endast fysisk orsak. Så isynnerhet

*l. 1. § 2. D. si is qui test. 47, 4 Ulp.:*

<i>Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiterqualiter dedit.</i>	Sålunda, om han orsakat skada utan <i>dolus</i> , förfaller denna <i>actio</i> <sup>1</sup> , ehuru han i alla fall ansvarar enligt <i>l. Aq.</i> därför att han åstadkommit skada, likagodt hur.
--	---

Då en bokstaflig tolkning af nämnda ställe är omöjlig, såsom af ofvanstående framgår, måste uttrycket fattas

---

<sup>1</sup> Näml. en pretorisk *actio in factum*, som gifves emot den, „qui testamento liber esse jussus, post mortem domini ante aditam hereditatem surripuisse aut corripuisse quid dicitur“, och är en speciel *dolus*-aktion, som *intra annum* går *in duplum*. Jfr. o. s. 103 n. 2.

endast i motsats till den dolosa skadegörelse, hvarom i samma § handlas: *qualiterqualiter* = utan afseende på huruvida *dolus*<sup>1</sup> eger rum, men därmed icke afgjort, hvilka andra hänsyn, som kunna göra sig gällande — visserligen ett påfallande inexact uttryckssätt. Uttrycket måste emellertid underkastas en liknande restriktion med afseende på sättet för åstadkommande af förmögenhetsförlusten (*damnum*), enär, såsom vi veta, ingalunda hvarje *damnum*, »*qualiterqualiter*» åstadkommet, utan endast *damnum*, åstadkommet genom sakskada, föll under *l. Aq.* Denna sistnämnda restriktion pläga källorna visserligen regelmässigt underförstå, såsom i de ständigt återkommande uttrycken *damnum datum*, *damnum iniuria datum*.

Den *andra* uppfattningen har, som nämdt, under äldre tider varit allmänt omfattad. Den kunde anses nödvändigjord af superlativen *levissima*, som väl kunde väntas hafva någon särskild betydelse, då det — ensamt på detta ställe i hela *C. J. C.* — användes i st. f. den vanliga positiven *levis* såsom attribut till *culpa*. Men hade det verkligen varit de Romerske juristernes mening att för *culpa* enligt *l. Aq.* fastställa en annan måttstock än *diligentia b. p. f.*, så skulle detta icke kunnat undgå att i genomförandet vid de många konkreta fall, som behandlats, taga sig ett mera otvetydigt uttryck, och det blir en bestämd instans emot denna uppfattning, att, åtminstone i det stora flertalet af dessa fall, ingen *diligentia* fordras, som på minsta sätt kan anses öfverskrida den för en *b. p. f.* vanliga och naturliga. Därtill kommer, att af det lagställe, som jämte det nu behandlade, närmast gör intryck af att vilja fastslå en generell bestämning af *culpa* vid *l. Aq.*, en *b. p. f:s diligentia* temligen otvetydigt framgår såsom den åsyftade normen:

<sup>1</sup> Här, i motsats till det vanliga förhållandet vid speciella *dolus*-aktioner, inclusive *culpa lata* (*l. 1 § 2 c.*; jfr. o. s. 103 n. 2).

## l. 31 D. ht. Paul:

*Si putator ex arbore ramum cum deiceret . . . hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.*

Om någon, som qvistat ett träd, dödat en förbipasserande slaf genom att nedkasta en gren från trädet, ansvarar han, såvida grenen föll ned på en offentlig väg och han icke ropat, så att [skadan af] dess fall kunde undvikas. Men Mucius [Scaevola] har förklarat, att äfven om detsamma inträffat på en enskild väg, talan kunde anställas på grund af *culpa*: *culpa* åter vore för handen, då anstalt icke blifvit träffad, ehuru den kunnat träffas af en *diligens*, eller faran tillkännagifvits först då den ej längre kunde undvikas.

Af gammalt har detta ställe satts i förbindelse med l. 44 c. och allt efter den olika mening, man haft om betydelsen af *levissima culpa* i l. 44, har man velat tolka l. 31 olika. De äldre författarne (isynnerhet före *Donellus*<sup>1</sup>, men äfven i senare tider, före *Thibaut* och *Hasse*), som sökte häfda en särskild *levissima culpa* till skilnad från *levis c.*, måste konsekvent tillgripa den underliga tolkningen, att i l. 31 c. endast den ena graden af *culpa* vore

<sup>1</sup> Äfven i äldre tider var åsigten om *culpa levissima* såsom särskild grad för ingen del allenarådande, såsom förhållandet ofta framställes. Jfr. *Suarez* III, vi (159 a 8): *Neque obstat l. si putator 31. D. hoc tit., ex qua contrariae sententiae auctores eliciunt, definiri a Q. Mucio culpam quae hac lege vindicatur: culpam (ait) esse, quod, cum a diligente provideri poterat, non esset provisum.* Quae quidem definitio cum conveniat *levi culpae*, l. *ea igitur* 14. *D. de pignoratitia actione*, visum est illis nihil distare nisi vano verborum sono inter *levem* et *levissimam*. — Att här närmare ingå på *culpa*-trikotomiens historia har för oss intet intresse; utförl. därom i flere punkter se *Hasse*; ett helt kort sammandrag (hufvudsakligen efter *Hasse*) se *Wharton* s. 46 (§ 61). Bekant är *Glossans* uttalande: „Intra *levissimam culpam* et *casum fortuitum nihil est medium*“; äfvenså att många kommentatorer icke stannade vid *tre* grader (*levissima*, *levis*, *lata*), utan, på grund af källornas skiftande uttryck, räknade sig till 5, 6 och flere grader.

definierad, och att det dessutom finnes en annan grad, som i *samma* fall medförde ansvar. Det behöfver knappt påpekas, hur osannolik den uppfattning är, att *Scaevola* och efter honom *Paulus* skulle definiera en grad af den *culpa*, som i föreliggande fall skulle komma till användning och utelämnas den andra. — Ett stöd för denna åsigt är ingalunda

*l. 7 D. ad l. Corn. de sic. 48, 8 Paul.:*

*Neque in hac lege [sc. Cornel. de sic.] culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator, ex arbore cum ramum deiceret, non praecclamaverit, et praetereuntem occiderit, ad hujus legis coercionem non pertinet*

Vid *l. Corn. de sic.* betraktas *culpa lata* icke såsom *dolus*. Därför, om någon från en högre belägen plats kastat sig ned och fallit på en annan och dödat honom, eller om en, som qvistat träd, kastat ned en gren från trädet utan att ropa och dödat en förbipasserande, bestraffas de icke enligt denna lag

— hvilket *Suarez* anför såsom bevis för att *culpa*, vid nedkastande af grenar vid allmän väg, öfverhufvud måste vara *culpa lata* (1) och att därför i *l. 31 c.* omöjligan hela den vid *l. Aq.* förekommande *culpa* kunde afses. Det anförda stället skulle på sin höjd kunna anses bevisa, att *culpa* i nämnda fall enligt juristens mening aldrig kunde anses öfverstigta *culpa lata* och därför denna handling aldrig falla under *l. Cornelia de sicariis*, som fordrade *dolus* (j. o. s. 9)<sup>1</sup>. Emellertid strider t. o. m. detta uppenbart mot fortsättningen på ofvan anförda uttalande af samme *Paulus*:

*l. 31 c.:*

*Quod si nullum iter erit. Men om ingen väg finnes, dolum dumtaxat prae-* bör han endast prestera *do-*

<sup>1</sup> *Suarez* a. st.: „Ex his verbis solum deducitur, puniri lege Aquilia levem culpam quod et nos non inficiamur . . . Coercetur enim ibi levis culpa, quia et levissima culpa alias punitur lege Aquilia . . . Apparet Mucium ibi, solam levem culpam definiisse, non levissimam.

*stare debet, ne immittat in greum, quem viderit trans-* *lus, att han icke kastar (gre-*  
*euntem.* *nen) ned på den, som han sett*  
*komma förbi.*

Det må medgifvas, att förhållandet mellan de båda lagställena (*l. 31 c.* och *l. 7 c.*) icke är alldeles tydligt; emellertid får väl *l. 7 c.* icke så förstås, att en sådan handling under *absolut inga* omständigheter skulle kunna falla under *l. Corn.* (t. ex. om någon visste, att en bestämmd person skulle passera under trädet och klättrar upp i den bestämda afsigt att döda honom med grenen), utan så, att, typiskt betraktadt, detta fall icke egnar sig för *dolus*; då i allmänhet den, som vill döda, kan antagas välja mera bestämdt beräkneliga medel.

Huru man än vill lösa denna antinomi, kan det vid det först behandlade stället, *l. 31 c.*, så mycket mindre vara tal om någon inskränkning till *culpa lata*, som det fall, där *culpa* presteras (nedkastande på enskild eller offentlig väg), sättes i motsats till det fall, där endast *dolus* presteras (nedkastande på ett ställe, där ingen väg går fram).

Man har i senare tider på annat sätt velat minska beviskraften af den i *l. 31 c.* gifna bestämningen af *culpa*, näml. genom att betona dess karaktär af enskildt fall, hvilket sålunda icke utan vidare skulle kunna anses begrundade en allmän regel för hela området af *l. Aq.*. Så *Pernice*<sup>1</sup>. Väl måste man medgifva *P.*, att ordalydelsen (*denuntiasset*) visar, att definitionen närmast afpassats efter det föreliggande enskilda fallet, men detta behöfver väl icke upphäfvast dess karaktär af allmängiltighet; det är dessutom svårt att tänka sig, hvarför juristen skulle velat etablera en annan *culpa* för detta fall särskildt, än för *l. Aq.* i allmänhet, helst fallet, såsom nyss antyddes, ganska väl egnar sig till typ för kulpos skadegörelse. Den *alternativa* affattningen, som *P.* betonar, kan väl icke

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb., 66—67.



anses utgöra något bevis mot definitionens afsedda allmängiltighet, då näml. *neglegentia* i allmänhet kan tänkas konkret framträda i två hufvudformer, antingen i brist på förutseende eller, då skyldighet till handling förelåg för subjektet, i brist på energi att afvärja faran. Således finnes, *in summa*, öfvervägande skäl för att fatta anförda ställe såsom en verklig definition af *culpa* vid *l. Aq.* öfverhufvud.

Med mindre skäl har *Pernice* till bevis för *dil. b. p. f.* såsom måttstock vid *l. Aq.* anført *l. 30 § 3 ht. Paul.:*

<i>At si omnia quae oportuit observavit [is qui stipulas in agro comburit] vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.</i>	Men om [den som bränner stubb på åkern] iakttagit allt » <i>quae oportuit</i> », eller om en plötslig vindstöt dref elden för långt, är han icke i <i>culpa</i> .
--	---

Detta ställe synes mig likväl icke egentligen bevisande. Äfven om *oportet* närmast icke afser, hvad som är juridiskt rätt, utan hvad som är billigt, förnuftigt o. s. v., så kan man svårligen a priori påstå, att denna bestämmning i ett sådant fall som det förevarande (det är ju ej fråga om något *oportet ex fide bona*) nödvändigt skulle sammanfalla med *diligentia b. p. f.* Tvärtom är det ganska saunolikt, att juristen, i st. f. att fatta lagens stadgande såsom beroende af begreppet *oportet*, snarare fattade begreppet *oportet* såsom bestämdt af lagens stadgande. M. a. o.: om lagen fordrat mera *r.* mindre än en *b. p. f. s. diligentia*, så hade säkerligen juristen fattat denna större *r.* mindre *diligentia* såsom det, som »*oportet*» o. s. v. Det synes därför vara en *petitio principii* af *Pernice*, då han förklarar: »Das was er beobachten musste, ist eben alles, was ein ordentlicher Mensch bei solcher Gelegenheit zu beobachten pflegt».

I sammanhang med nu nämnda ställe har *Pernice* äfven framhållit (såsom bevis mot prestation af en särskild *levissima culpa*)

## l. 29 § 2 D. ht. Ulp.:

*Si navis tua inpacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immittendo . . . an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.*

Det har frågats, hvilken *actio* jag hade, om ditt skepp stött mot min båt och förorsakat mig skada. *Proculus* förklarar: har det stått i besättningens magt [att hindra] olyckan, och den inträffar genom deras *culpa*, så gifves *act. l. Aq.* mot besättningen, emedan det ingenting betyder, huruvida du åstadkommit skadan genom att drifva skeppet på [min båt] . . . eller du gjort skadan [omedelbart] med egen hand, enär på alla dessa sätt skada tillfogas mig genom ditt vållande. Men om skeppet lupit mot [båten] därigenom att ankartåget brustit eller då ingen fans, som styrde, gifves ingen *actio* mot egaren.

Den strid, som i äldre tider förts angående läsarten af detta ställe, har sitt intresse för här förevarande fråga. *Faber* ville nämligen borttaga negationen *non* i slutet just därför, att stället eljes skulle betyda fritagande från *levissima culpa*, då det i allmänhet måste anses innebära bevis på *neglegentia* hos egaren, att skeppet hade så dåliga ankartåg. *Fabers* konjektur, som eljes skulle hafva äfven den språkliga konstruktionen för sig (enär *non* medför en stilistiskt oklar, dubbel motsats mellan dels *agendum* och *non agendum*, dels *nautae* och *dominus*) är emellertid knappast möjlig gentemot *Florentinas* och *Basilikornas*<sup>1</sup> förenade vittnesbörd och *Pernice* anser därför, utgående från samma uppfattning som *Faber*, att stället utgör exempel på en *levissima culpa*, som icke medför tillräkning

<sup>1</sup> εἰ δὲ τοῦ σχοίνου βυγμέντος, ἢ μηδενὸς ἰθύνοντος, ἐπέπεσεν, ἀρχὴ ὑπόκειται ἡ δεσπότης. *Basil.* LIII: 2, 5 (*Heimb.* V, 114).

(eller m. a. o. på en *levissima negligentia*, som icke fattas såsom *culpa*)<sup>1</sup>. Naturligtvis måste det medgifvas, att här verkligen föreligger en *levissima negligentia* från skeppssegarens sida. Likväl synes det mig, som om man med lika mycket eller mera skäl skulle kunna anföra flertalet af de ställen, där en gräns drages mellan icke-tillräkning och tillräkning, t. ex. vapenöfning på därtill anslaget ställe och vapenöfning på annat ställe; gräfvande af björngrop på ställe, där detta plägar ske och på annat ställe; nedkastande af grenar vid väg och eljes; uppgörande af eld ute på en lugn dag och på en blåsig dag o. s. v. Ty meningen kan väl icke vara, att skeppssegaren vid *funis ruptus* obetingadt under alla omständigheter skulle vara fri från ansvar, äfven om han med vett och vilja och då han kunnat inse, att däraf förestode skada för annans egendom, haft odugliga ankartåg. Framför en sådan uppfattning, som skulle innebära frihet icke blott för *levissima negligentia* utan äfven från både *levis* och *lata negligentia*, synes mig t. o. m. *Fabers* konjektur, i trots af *Basil.*, afgjort att föredraga.

Af de förutnämnda (s. 107) tre möjligheterna återstår således endast *en*, näml. att fatta punkten *x* såsom identisk med punkten *l*, eller m. a. o. *levissima* såsom liktydigt med *levis*. Men ehuru uppställandet af en särskild *culpa levissima* vid *l. Aq.*, i trots af uttrycket i *l. 44 c.*, icke kan anses begrundadt inom Justiniansk rätt, utan den vanliga måttstocken *bonus pater familias* måste anses gälla äfven för utomobligatoriska förhållanden, så får man likväl icke anse frågan, såsom allmän rättsfråga, så själfklar och afgjord, som många författare, isynnerhet inom den moderna Tyska doktrinen<sup>2</sup>, göra. Det är en-

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb., 77.

<sup>2</sup> Jfr. t. ex. *Puchta* Vorles. II, 99 („Über die Sorgfalt eines *dil. p. f.* hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narren“); *Bruckner*, 95; *Exner* i Grünh. Zschr. X, 518 m. fl. Om moderna riktningar inom Tysk teori, som mer eller mindre närma sig antagandet af en *culpa levissima*, jfr. t. ex. *Exner* i Grünh. Zschr. ib. och *Bentzon*, 104.

dast genom en, icke i sakens natur liggande, analogi med den (moderna) straffrättsliga *culpa'n*, som frågan får denna skenbart själfklara gestaltning: från en sådan synpunkt kan det visserligen med fog sägas, att det skulle vara oförnuftigt af lagstiftaren att såsom förseelse bestraffa en grad af ordentlighet, som icke understege en ordentlig mans; det vore t. o. m., i betraktande af den moderna uppfattningen af straffets betydelse, en uttrycklig logisk motsägelse. Men det finnes intet nödtvång *a priori* att på detta sätt betrakta det civilrättsliga förhållandet. Här rör frågan icke straff, utan lyder fastmera: på hvems risk skall en handling företagas: på den handlandes eller på tredje mans? Och likasom denna risk kan tänkas så fördelad, att den inom gränsen för *diligentia b. p. f.* (hos den handlande) faller på tredje man och utom denna gräns på den handlande (såsom fallet är i den Justinianska rätten) eller i sin helhet kan tänkas öfverförd på den handlande (så att den handlande alltid blir ansvarig för sin handling, om dess verkan varit honom än så omöjlig att beräkna — m. a. o. ett fullständigt uppgifvande af principen af psykisk kausalitet och införande af principen af fysisk kausalitet), så finnes det ingenting orimligt i att bestämma den så, att ansvar inträder, så snart verkan varit i någon helt ringa grad möjlig att beräkna (äfven om denna grad är betydligt mindre än den, hvartill en *diligens p. f.* regelmässigt är i stånd att taga hänsyn: han kan just såsom en *diligens p. f.* icke i oändlighet reflektera öfver möjliga faror, utan måste skrida till handling). Det säger ju sig själf, att en dylik bestämmelse icke vore så att fatta, att lagen betraktade det såsom en (i modern mening) straffvärd förseelse af den handlande, att han icke, med koncentrerande af hela sitt medvetande på denna punkt, varsnat den ringa möjligheten till skada och undvikit densamma. En straffrättslig *culpa* (i modern mening) skulle aldrig kunna beräknas från en mindre grad af *neglegentia* än gränsen för *dili-*

*gentia b. p. f.*: den som uppför sig såsom en *b. p. f.* kan ej straffas (hit höra ej sådana undantagsfall, där bötesansvar inträder på grund af ett rent objektivt förhållande, utan hänsyn till psykisk kausalitet); men det fins intet, som hindrar, att den straffrättsliga tillräkningen inträder på *en* punkt, den civilrättsliga tillräkningen (ersättningskyldigheten) på en annan. Också är det hufvudsakligen endast inom den moderna Tyska doktrinen, som frågan — såsom allmän rättsfråga — antagits så afgjord. Den Franska doktrinen står öfvervägande på den ståndpunkt att för utomobligatoriska förhållanden antaga en *culpa levissima*, mindre än *culpa* vid obligatoriska förhållanden, sålunda att låta *culpa levissima* betyda något annat än *culpa levis*. Så bl. a. det bekantaste specialverk, för modern Fransk rätt, öfver utomobligatoriskt skadestånd (af *Sourdat*)<sup>1</sup>. Detsamma gäller om den Franska rättspraxis<sup>2</sup>. Inom den Engelsk-Amerikanska rätten är förhållandet mera svårbestämbart, men att åsigten om *culpa levis* såsom normerande den utomobligatoriska skadeståndsskyldigheten åtminstone är långt ifrån allenarådande. visa *Wharton's* vidlyftiga utföranden mot denna ståndpunkt<sup>3</sup>.

Striden om *levissima* och *levis culpa*, för hvad angår den Romerska rätten, är ett det mest slående vittnesbörd om faran af bristande skärpa i begreppsöndring och terminologi. Just därför att de Romerske juristerne och efter dem kommentatorer och författare icke söndrat det juridiska, ograderade begreppet tillräkning )( icke-tillräkning från det psykologiska, graderade begreppet *negle-*

<sup>1</sup> *Sourdat*, nr:is 655 (I, 650), 107 (I, 108) etc. Lika afgjort *Demolombe* III: iv nr 473 (T. XV, 145). Bland äldre författare *Domat* II, 8, 4; *Toullier* XI, 153, och isynnerhet *Polhier*, som möjligen varit den egentlige begrundaren af denna åsigt för den Franska rättens räkning (jfr. *Wharton* § 61). I allmänhet framställa de Franske författarne alljämt denna åsigt såsom gällande äfven för den Justinianska rättens räkning, hvarpå de gemenligen beropa sig. För senare tid finnas dock flere undantag, t. ex. *Demangeat Cours de droit Rom.* III, 450 o. s. v.

<sup>2</sup> Jfr. t. ex. *Demolombe* III: iv nr 481 (T. XV, 150).

<sup>3</sup> *Wharton* § 61 (s. 46 ff.). — En antydning om en dylik riktning inom Tysk rättspraxis se *Pfizer* i Jahrb. Dogm. XXIX, 167 (1890).

*gentia*, utan med *culpa* visserligen närmast åsyftat det förra, men likväl låtit den från begreppet *neglegentia* hemtade synpunkten af gradering inflyta i begreppet *culpa*, så har det blifvit dem möjligt att tala om en *culpa levissima*, utan att mena annat än *culpa levis*. Såsom *Brinz* anmärker, hvilken själf gjort sig skyldig till samma oklarhet, skall med superlativen »*keine Gradation der Haftung, sondern nur der[!] Annäherung der culpa levis bald an culpa lata bald an casus ausgedrückt sein*»<sup>1</sup>. Det lider intet tvifvel, att han här uttalat de Romerske juristernes mening, men just detta, att betrakta *culpa levis* såsom inom sig variabel och kalla dess »ena ända», såsom *Hasse* uttrycker sig<sup>2</sup>, för *culpa levissima*, utan att mena att punkten för inträdandet af »*culpa levissima*» är en annan än för inträdandet af »*culpa levis*», är ytterst vilseledande, och man kan verkligen ej förtänka de äldre författarne, att de i det längsta sökte uppfatta förhållandet mellan termerna *c. levissima* och *c. levis* i analogi med förhållandet mellan *c. levis* och *c. lata* och således låta *c. levissima* betyda en verkligt ny grad. Den kritiserade terminologien är föga mindre oriktig än om man med *c. levis* ville mena *än* hvad som vanligen menas därmed, således ett visst område af *culpa*, liggande nedanför *c. lata*, *än* åter de mindre graderna af *c. lata*, under den förevändning, att de i förhållande till de större graderna af *c. lata* vore *leves* och utgjorde den »ena ändan» af *c. lata*.

<sup>1</sup> *Brinz* § 267 n. 26 (II, 258). Jfr. *ib.* § 266, ad n. 9 (II, 251).

<sup>2</sup> *Hasse*, 127 (§ 25).

### 3. I hvad mån bör vid substitutionen af *bonus pater familias* hänsyn tagas till damnifikantens individualitet?

#### § 15.

I föregående § hafva vi sett, att enligt de Justinianska rättskällorna måttstocken för *culpa* äfven i utom-obligatoriska förhållanden måste anses vara *bonus pater familias*. Det kommer nu i ordningen att undersöka, i hvad mån den Justinianska rättens bestämmelse af själfva begreppet *diligentia* öfverensstämmer med den ofvan (s. 83 ff.) gifna härledning. Trots sin eminenta praktiska vikt är denna fråga föga behandlad inom den Tyska teorien, och af de spridda yttranden, som föreligga, framgår ingen enighet, lika litet i uppfattningen af den Justinianska rättens ståndpunkt, som *de lege ferenda*.

Vi kunna uttrycka denna fråga på följande sätt. Skall substitutionen af det fingerade subjektet, hvilket, enligt hvad vi i föregående § funnit, utgöres af typen för en *bonus pater familias*, omfatta endast själfva *diligentia* i sträng mening, d. v. s. karaktärens af människan själf (genom den föregående utvecklingen) bestämda riktning på att undvika skadliga verkningar, eller skall den gälla äfven graden af förståndsbeväring, af förmåga till ansträngning o. s. v., kortligen, de egenskaper, som det antingen alldeles icke, eller åtminstone i långt mindre grad än fallet är med försigtigheten, ligger i subjektets magt att själf hos sig utbilda. För att iklåda frågan en mera åskådlig gestalt: om *A* har vållat skada, skall man då, vid afgörande af hans ansvarsskyldighet, i hans läge substituera en *b. p. f.* af en viss normal försigtighet, af en viss normal förmåga af ansträngning samt af ett visst normalt praktiskt förstånd (∴ förmåga att beräkna verkningarna af gifna fakta) eller skall man substituera en *b. p. f.* af en viss normal försigtighet, men af *A:s* förståndsgrad och af *A:s* förmåga till ansträngning?

Hvad angår den i detta arbete intagna ståndpunkt, är svaret på frågan redan gifvet *anticipando* genom ofvan framställda härledning af begreppet *diligentia*. I och med det att vi hafva, från de af subjektets vilja oberoende faktorerna i medvetandet (förstånd o. s. v.), åtskilt *diligentia* såsom den (medelbart eller omedelbart) af subjektets vilja bestämda riktningen på rättsidén, så hafva vi därmed uttalat, att *culpa* principiellt hänför sig endast till den förra och icke till den senare faktorn i medvetandet. Inom den Tyska doktrinen finner man denna ståndpunkt om icke utförd, så åtminstone antydd, af flere författare: så *Ihering* (om han ock fäller enstaka yttranden, som stå i strid därmed) <sup>1</sup>, *Ebbecke* <sup>2</sup> m. fl.; öfverhuvud måste den väl anses latent innehållas i den af många författare uttalade bestämningen af (äfvén den civilrättsliga) *culpa* såsom ett viljefel <sup>3</sup> — ehuru det är mycket oviss, om samtliga dessa författare haft sig konsekvenserna klart medvetna. — Afgjortt herskande och uttryckligen uttalad är denna åsigt framför allt inom Fransk teori och praxis <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> T. ex. hans begründande (Schuldm., 52), i fråga om *compensatio culpa*, af den regel, att dånifikatens egen *culpa* s. s. icke kompensera dånifikatens *dolus*: „auch die Dummen sollen keine Beute der Schlechten sein“ — hvilket, om det vore att fatta såsom ett exakt uttryck af hans mening, skulle innebära ett bestämmande af *culpa* s. s. såsom förståndsfel (eller ätm. alternativt vilje- eller förståndsfel) till skilnad från *dolus* såsom viljefel.

<sup>2</sup> *Ebbecke* i Jahrb. Dogm. XXVII, 315 (1888): „Ein Sachverständiger haftet weitergehend als andere Personen wegen eines jeden Versehens, das er bei Benutzung der ihm zu Gebote stehenden sachverständigen Kenntnisse, oder bei Beobachtung sachverständiger Geschicklichkeit hätte vermeiden können, da die Schuld nur in einem Willensfehler, in einer mangelnden Anstrengung des Willens zu suchen ist, ein jeder Mensch daher nach Massgabe der ihm beiwohnenden körperlichen und geistigen Fähigkeiten (soweit dieselben nicht schuldhafterweise hinter dem Normalen zurückbleiben) verantwortlich zu machen ist“.

<sup>3</sup> Jfr. *Bentzon* ss. 96—97, som erinrar bl. a. om *Brinz'* bestämning af *culpa* = nicht-nicht-wollen (se *Brinz* § 250; II, 156).

<sup>4</sup> Jfr. *Sourdat* nr 658 (I, 652): „Cependant, la faute doit être considérée *in concreto* sous un certain rapport. Les facultés intellectuelles de l'agent rendent la faute plus ou moins grave à son égard. S'il y a absence complète de volonté, on reconnaît qu'il n'est pas obligé; de même si elle n'est qu'imparfaite. En s'en tenant à la rigueur absolue des art,



Den motsatta ståndpunkten har bland Tyska författare bestämdt intagits af *Bar*<sup>1</sup>. Samma ståndpunkt intages af *Bentzon*<sup>2</sup>, hvilken egentligen har förtjänsten af att klart och bestämdt hafva, för den Justinianska rättens räkning, uppställt principfrågan såsom sådan. Äfven inom modern Dansk rätt synes denna uppfattning af civilrättslig *culpa* vara uttryckligen rådande<sup>3</sup>.

För att komma själfva tvistefrågan på lifvet och isolera den verkliga differensen mellan de båda motsatta åsigtarna, är det nödvändigt att närmare undersöka konsekvenserna af den förstnämnda, här följda ståndpunkten. Dess princip är, att *culpa*, enligt Justiniansk rätt, grundar sig på viljefel, och att förståndsunderlägsenhet o. d. icke kan utgöra grund för *culpa*. Men detta hindrar icke, att förståndsunderlägsenhet m. m. kan blifva den närmaste anledningen till *culpa* — något som mycket förtydligas genom en jämförelse med *culpa's* förhållande till de i de yttre tingen inneboende fysiska krafterna. Människan kan naturligtvis aldrig på grund af dessa naturkrafter råka i *culpa*, enär deras existens är gifven, oberoende af hennes vilja. Men hon kan applicera dem, så att de åstadkomma vissa (förutsedda eller förutsebara) verkningar, och därigenom kan hon råka i *culpa*. Alldeles på samma sätt med subjektets oefarenhet, förståndsunderlägsenhet o. d. Denna brist i och för sig kan icke begrunda *culpa*, men om människan frivilligt inträd i ett kausalsammanhang, hvarvid hon bort kunna beräkna de skadegörande verkningarna af denna brist, så blir den,

---

1882 et 1883, on consacrerait souvent l'injustice". — Jfr. *Demolombe* III: iv, nr 475 (T. XV, 147).

<sup>1</sup> *Bar* Grünh. IV, 27 ff.; jfr. *dens.*, Die L. v. Kaus: zus. i. B. 119 ff.

<sup>2</sup> *Bentzon*, 95 ff.

<sup>3</sup> Jfr. *Lassen* Obl. R., 170—171. *L.* ansluter sig till samma åsigt, för hvad angår den Justinianska rätten (s. 171, n. 8 i. f.). — Däremot torde man icke kunna medgifva *Bentzon*, såsom en allmän sats, att denna ståndpunkt genomgår den moderna rättspraxis öfverhufvud. Jfr. föreg. s. n. 4 uttalandet i *Sourdats* arbete, den Franska rättens *standard work*. Äfven *Ebbecke* är framstående *praktisk* jurist.

likasom de yttre naturkrafter, dem hon tager i sin tjänst, anledning till *culpa*. Båda kunna ses ur synpunkten af medel, som subjektet, i trots af [möjligheten till] kännedom om deras farlighet använder: det minus i viljans riktning på rättsidén, som ligger i förbiseendet af denna farlighet, och icke själfva minus i förståndsbevägningen m. m., är det, som konstituerar *culpa*.

Denna utsträckning, eller rättare tillämpning, af den allmänna principen är i sig själf klar och rättskällorna uttala den, äfven för *l. Aq.:s* område, ofta och tydligt. Läkaren, som oskickligt åderlätit, eller oriktigt använt läkemedel (§ 7 *I. ht*; *l. 7* § 8. *l. 8 pr. D. ht.*); handverkaren, som af oskicklighet skadat honom anförtrödd sak (*l. 27* § 29 § 35 *D. eod.*); ryttaren, som af oskicklighet eller svaghet icke kan tygla sin häst och därigenom orsakar skada; mulåsnedrifvaren, som på enahanda sätt orsakar skada (§ 8 *I. eod*; *l. 8* § 1 *D. eod.*) äro välbekanta exempel ur hithörande titt. ur Inst. och Dig. — Tydligt är, att i trots af några ställen, som, efter bokstafven tolkade, kunde gifva ett annat resultat, denna svaghet eller oerfarenhet icke får bedömas efter någon utomordentlig måttstock, utan, i enlighet med den allmänna principen af *dil. b. p. f.*, genom jämförelse med en ordentlig och fullgod man af yrket. Då § 8 *I. c.* förklarar mulåsnedrifvaren *propter infirmitatem i culpa*, »*si retinere non poterit, cum alius firmior retinere potuisset*<sup>1</sup>, så får man, såsom Hasse anmärker, icke under denne *alius* förstå »*den Authariten, der die Streitaxt in den Baum hieb, dass sie keiner wieder herausziehen konnte*»<sup>2</sup>. Denna själfklara restriktion bekräftas till yttermera visso äfven af liknande ut-

<sup>1</sup> Jfr. *l. 1* § 5 *D. si quadr.* 9, 1 *Ulp.*: Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alieni damnus dederit: si contineri firmius ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.

<sup>2</sup> Hasse, 546 ff. „Die Römer hätten schon recht ängstliche Menschen, viel mehr als *boni et studiosi auctores* sein müssen, um zu besorgen, dass man ihren offenen Worten einen so wunderlichen und thörichten Sinn unterlegen würde“.

talanden i rättskällorna angående *culpa* i obligatoriska förhållanden — ställen, som lika litet tillåta en bokstaflig tolkning <sup>1</sup>.

I och med det att vi på nämnda grund utsträcka damnifikantens ansvar till *imperitia* och *infirmitas*, hafva vi emellertid indirekt äfven angifvit gränsen för ansvarigheten, sådan den framgår ur den allmänna principen: de verkningar af förståndsunderlägsenhet, oerfarenhet, kroppslig svaghet, yttre fysiska agentier, som damnifikanten icke med den bestämda graden af viljans riktning på rättsidén kunnat på förhand beräkna, kunna icke begrunda *culpa*.

Att detta, enligt Justiniansk rätt, gäller för yttre fysiska agentier, är väl helt och hållet obestriddt och obestridligt. Dessa fall äro de, där principen af psykisk kausalitet närmast och mest påtagligt ställer sig i motsats till principen af fysisk kausalitet (j. o. s. 13). Skada, som ingen *b. p. f.*, af hvad förståndsbeväring och erfarenhet som helst, kunnat beräkna, måste tillskrivas dylika oberäkneliga yttre agentier (eller de med dem i förevarande afseende likstälda oberäkneliga handlingarne af tredje man) och det kan icke blifva tal om någon *culpa* i anledning af denna skada.

Såsom det omtvisteliga området återstå sådana psykiska eller fysiologiska egenskaper hos damnifikanten, som förståndsbrist; oerfarenhet; kroppslig svaghet eller sjuklighet. Bör damnifikanten, enligt Justiniansk rätt, svara för skada, föranledd af dylik underlägsenhet, utan

<sup>1</sup> Jfr. § 2 *I. quib. mod. re contr.* 3, 14 (at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo *alius diligentior* poterit eam rem custodire; § 1 *i. f. J. de obl. qu. ex contr.* 3, 27 (sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo *alius diligentior* commodius administraturus esset negotia); *l. 1 § 4 D. de O. et A.* 44, 7 o. s. v.

afseende på den sorgfällighetsgrad, han ådagalagt? Underlägsenheten blefve tydligen att bestämma genom jämförelse med en förestäld normalgrad, hvilken, i enlighet med hvad ofvan anmärktes (s. 122), icke finge innebära kraf på utomordentliga egenskaper.

Hvad till en början angår den sistnämnda bland ofvan uppräknade grupper af egenskaper, kroppslig svaghet (*infirmitas*), måste svaret på den framställda frågan blifva ett bestämdt *nej*, grundadt närmast på ett *a-contrario*-slut ur l. 8 § 1 *D. ht. Gaius*:

*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram.*

Allmänt anses, att äfven mulåsnedrivaren, om han på grund af oskicklighet ej kunnat hålla in skenande mulåsnor och de söndertrampa en annans slaf, är i *culpa* och ansvarar. Detsamma gäller, om han på grund af svaghet icke kunnat hålla in skenande mulåsnor. Och det synes icke obilligt att betrakta svaghet såsom *culpa*, då hvar och en är skyldig att icke företaga sig något af den beskaffenhet, att han inser eller bör iuse, att hans svaghet kan blifva farlig för en annan.

Uppställandet af *intellegere debet* som *ratio legis* innebär, såsom man genast finner, en uttrycklig begränsning af det genom *infirmitas* förauledda ansvaret. Har mulåsnedrivaren vid full vigör fattat tömmarne, men, under det han körde, angripes af en plötslig *infirmitas*, så kan icke om honom sägas *intellegere debet cet.*, och han är icke i *culpa*.

Att nu detta stadgande, ehuru bokstafligen gällande endast *infirmitas*, äfven måste anses omfatta *imperitia*, är af sammanhanget klart, och, såvidt jag känner, har det

äfven blifvit så uppfattadt af alla författare, som yttrat sig därom<sup>1</sup>. I någon mån kan det väl äfven vara berättigadt att såsom stöd för denna tolkning anföra *l. 6 § 7 D. de off. praes. 1, 18 Ulp.*:

*Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.*

Likasom [å ena sidan] den dödliga utgången<sup>2</sup> icke bör tillräknas läkaren, så bör [å andra sidan] tillräknas honom, hvad han vållat genom oskicklighet; dens förseelse, som bedrager människor vid tillfällen af fara, bör icke lämnas ostraffad under förevändning af mänsklig ofullkomlighet.

<sup>1</sup> Uttryckligen så bland äldre författare t. ex. *Suarez III: vi, 2* (160 b 3): „Nec sine ratione est, quod imperitia culpa assignetur, hoc est eius imperitia, qui se peritum esse profitetur: nam affectare quisque non debet eam artem, in qua vel intellegit vel intellegere debet, imperitiam suam aliis periculosam futuram“; *Noodt c. VIII* (s. 149): „Et imperitia culpa adnumeratur . . . imperitia tamen non quaelibet, ne quis putet: (quod enim vitium est, quem id nescire, quod non affectet?) sed imperitia eius rei, cuius scientiam professus est . . . Proxima imperitiae videtur infirmitas: nam et ipsa, si sola sit, non magis potest cuiquam imputari, quam potest coeco aut surdo imputari vitium oculorum aut aurium: et tamen si quis affectaverit id, in quo vel intellegebat, vel debebat intellegere, infirmitatem suam alteri periculosam futuram, non videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeratur“; *Vort ad D. ht. n:o 23* (I, 547): „Cum vero artis imperitia in illo, qui artem venditat aut profitetur, culpae adscribatur . . . uti et infirmitas; dum affectare nemo debet id, in quo vel intellegit, vel intellegere debet, imperitiam suam aut infirmitatem alteri periculosam futuram“. Hos moderna författare finner man väl mera sällan uttryckliga uttalanden härom (emellertid kan anföras t. ex. *Hesse i Civ. Arch. LXI, 211*: „Nun aber wird auch Ungeschicktheit und Schwäche . . . zur Schuld angerechnet. Wie verhält sich das zur Voraussetzung des Wissens und Vorhersehens der Gefahr? Darauf gibt uns *l. 3 § 1 § 2 D. 9, 2* genügende Antwort, indem sie die *imperitia* und infirmitas darum für Verschuldung erklärt, *quum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram*); men mig veterligen finnes hvarken bland äldre eller yngre någon, som uttalar sig för en inskränkning af motiveringen i *l. 8 § 1 c.* till dess bokstafliga lydelse.

<sup>2</sup> Ordet *eventus* innebär, att händelsen är *kasuel*. Jfr. *l. 60 pr. D. de cond. et dem. 35, 1 Paul.* (In facto consistentes condiciones varietatem habent et quasi tripartitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat, vel retro, ne detur, ne fiat, ne obtingat. ex his dandi faciundique condiciones in personas collocantur aut ipsorum, quibus quid relinquatur, aut aliorum: tertia species in eventu ponetur. Jfr. äfv. t. ex. *Böcking § 102 n. 3, 4* (I, 340).

Beviskraften af detta ställe är visserligen icke så stor, ty sammanhanget, hvori det förekommer, visar, att det snarast innebär en administrativrättslig bestämmelse i syfte att hindra quacksalfveri: jfr. ish. det generella stadgandet i § 4 af samma fragment<sup>1</sup>.

Sakens egen beskaffenhet är emellertid det förnämsta skäl för att icke härvid göra en åtskilnad mellan *infirmitas* och *imperitia* (för hvilken det skulle vara alldeles omöjligt att uppsöka någon förnuftig grund), utan låta den slutledning *a contrario*, som är alldeles oafvislig med afseende på *infirmitas*, äfven gälla för *imperitia*. Utan tvifvel är det fullkomligt berättigadt och i den Justinianska rättens anda att utsträcka friheten från ansvar för *infirmitas* och *imperitia* äfven till sådana fall, där visserligen möjligheten till en af dem föränledd skada kunnat inses, men där särskildt starka skäl talade för att likväl företaga handlingen. Om en lekman uppträder som läkare, ordinerar läkemedel och företager operationer, begrundar hans *imperitia*, försåvidt den förorsakar skada, i regeln *culpa*. Men vare sig omständigheterna voro af den beskaffenhet, att han omöjligen kunde inse vådan af sitt ingripande (fallet såg t. ex. ut som någon vanlig lättare åkomma, mot hvilken ingen *b. p. f.* skulle tveka att använda en viss huskur) eller (ett relativt) nödtvång till

<sup>1</sup> Neque licita negotiatione aliquos prohiberi neque prohibita exerceri neque innocentibus poenas irrogari ad sollicitudinem suam praeses provinciae revocet. Jfr. *pr.*: Ne quis iniquum lucrum aut damnus sentiat, praeses provinciae provideat. Äfvenså de med § 7 *c.* koordinerade speciella stadgandena rörande en praeses' åligganden: ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiant neve defensores eorum calumniosis criminibus insectentur innocentes . . . ne tenuis vitae homines sub praetextu adventus officiorum vel militum, lumine unico vel brevi suppellectili ad aliorum usus translatis, iniuriis vexentur . . . ne quid sub nomine militum, quod ad utilitates eorum in commune non pertinet, a quibusdam propria sibi commoda inique vindicantibus committatur, praeses provinciae provideat. — Det är följaktligen endast med nämnda reservation, som man kan instämma med de författare, hvilka utan vidare sammanställa *l. 6 c.* med *l. 8 § 1 D. ht* (såsom *Suarez III: vi, 2*). — Om straffet för quacksalfveri, jfr. *Paul. R. S. V, 23, 19*: Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior fuerit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur.

handling förelåg (ingen läkare kunde under den närmaste tiden anskaffas och ett hastigt ingripande syntes oundgängligt), bör *culpa* icke anses begrundad. Jfr. de af *Pollock* åberopade exemplen: <sup>1</sup> besättningen på skeppet är genom upprepade missöden så medtagen, att en eldare får sköta navigationen eller en matros ångpannan; lokomotivföraren och eldaren dödas af samma blix och konduktören måste öfvertaga lokomotivet för en sträcka o. s. v. Naturligtvis måste graden af nödtvång, då det gäller att afgöra existensen af *culpa* ställas i sammanhang med storleken af den från subjektets *imperitia* hotande faran: ju större fara, som synes förbunden med subjektets underlåtenhet att ingripa, desto större kan den på subjektets *imperitia* beroende faran vara, utan att begrunda *culpa*. Därmed är icke sagdt, att förhållandet mellan dessa hvarandra motvägande momenter är att fatta s. a. s. aritmetiskt, så att damnifikanten skulle befrias från ansvar, så snart han visade, att möjligheten till en på hans underlåtenhet att ingripa beroende skada icke syntes mindre än möjligheten till en på hans *infirmetas* eller *imperitia* beroende skada; fastmera måste detta närmare afvägande, utan fastslående af dylika abstrakta regler, bestämmas ur principen af *dil. b. p. f.* — och i allmänhet torde det kunna anses, att en *b. p. f.* icke ingriper, om icke den från underlåtenheten hotande faran syntes väsentligen öfverväga den från hans personliga oskicklighet till den ifrågavarande handlingen hotande. — Tydligt är vidare, att det ansvar för *imperitia* i regelbundet utöfvadt yrke, som rättsordningen stadgar för hvarje rättssubjekt, alldeles icke beröres af de nu nämnda grunder, som i vissa fall utesluta ansvar för *imperitia* i tillfälligtvis utöfvadt yrke. Om sålunda en barnmorska eller fältskär af nödtvång företager en åtgärd, som under vanliga omständigheter bort lämnas åt en läkare, så fordras visserligen icke af dem den *peritia*, som fordras af

---

<sup>1</sup> *Pollock*. 25 ff.

en läkare; men hafva de, såsom ju lätt kan tänkas, vid denna handling ådagalagt mindre *peritia*, än som fordras af deras egen klass, så råka de naturligtvis lika väl i *culpa*, som om de företagit hvilken annan inom deras yrke fallande handling som helst.

Om riktigheten af ofvanstående medgifves, så hafva vi reducerat det område, som ännu skulle kunna vara omtvistligt, till själfva den abstrakta förmågan af förstånd och ansträngning (till skilnad från den i konkreta kunskaper och färdigheter framträdande *peritia*). Något källställe, som uppställer och afgör denna principfråga i sin renhet, låter sig väl svårligen uppleta. Men det synes mig, som om saken afgjorde sig själf dels genom den fullständiga omöjligheten af att i verkligheten draga en skiljelinie mellan det konkreta, tillämpade förståndet (*peritia*) och det abstrakta förståndet (*intellectus*) hos människan, dels genom den fullkomliga frånvaron af en *ratio legis* för en dylik skilnad, där den vore genomförbar. Det »abstrakta förståndet» är just endast en abstraktion, som faktiskt alltid (ehuru mer eller mindre påtagligt) framträder i bestämda konkreta (i viss mening yrkesmässiga) tillämpningar, sålunda såsom ett slags *peritia* — eller omvänt: en brist eller svaghet i detta »abstrakta förstånd» har, såsom den faktiskt framträder, alltid mer eller mindre formen af en *imperitia* i någon viss riktning. Den verkliga skilnaden människor emellan i fråga om abstrakt förstånd framträder hufvudsakligen i dess inflytande på lättheten att förvärfva *peritia*. Det blefve därför ytterst svårt att draga en gräns mellan hvad som i ett gifvet fall skall räknas till *peritia* och till abstrakt förståndsbeväring, r. till *imperitia* och till brist i förstånd. Men äfven antaget möjligheten af en sådan åtskilnad, hvori skulle grunden och berättigandet ligga till den juridiskt olika behandlingen af dessa båda momenter: icke-prestation af oförfvälad *imperitia*, men prestation af oförfvälad förståndsbrist? Icke är det tänkbart att i det nyssnämnda,



efter *Pollock* anförda exemplet, låta matrosen ansvara för den skada, han vid detta tvångsläge orsakar på grund af ren naturlig enfald (och som en person, lika oefaren som han uti en ångpannas skötande, men med mera förstånds-begåfning i allmän mening, skulle hafva vetat undvika), under det han vore fri för sådan skada, som han förorsakat icke genom enfald utan genom oefarenhet? *Bars* uttalande: »*Niemand wird in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle behaupten können, dass nicht der Dumme und Unerfahrene doch, wenn er nur ernstlich gewollt hätte, ein besseres Mass von Verstand und Einsicht sich früher hätte verschaffen können*»<sup>1</sup> — sammanför två skilda påståenden, af hvilka det ena är själfklart ända till trivialitet (*dass der Unerfahrene sich früher Einsicht hätte verschaffen können*), det andra är en paradox, som svårligen kan vara allvarligt menad (*dass der Dumme sich Verstand hätte verschaffen können*). Att själfva lättheten att förskaffa sig *peritia* är olika hos olika människor, bevisas bäst, om bevis behöfves, af de talrika fall, där en hög grad af energi och flit gifva ett jämförelsevis ringa resultat af *peritia* (eller *vice versa*). Dessutom skulle ju, äfven om hela denna skilnad verkligen låte sig, *in der ungeheuren Mehrzahl der Fälle*, hänföras till subjektets vilja, likväl ingen människa kunna hinna att förskaffa sig någon nämnvärd *peritia* i mera än ett litet fåtal af de i lifvet förekommande riktningar, och sålunda frågan alltjämt stå kvar, huru hennes ansvar borde bedömas i de fall, där hennes *imperitia* i en eller annan riktning varit en af hennes vilja oberoende orsak till skada.

För min del kan jag ej finna annat, än att det blir en fullkomlig lek med ord, att å ena sidan uppställa *diligentia* b. p. f. såsom norm för ansvarsskyldighet, å den andra utföra denna princip så, att en person skulle kunna anses i *culpa*, äfven om han ådagalagt den allra yttersta

<sup>1</sup> *Bar* Grünh. IV, 27.

grad af *diligentia*, långt större än den af lagen fordrade (antaget näml., att hans enfald varit orsak till skadegörelsen); resultatet skulle i många fall blifva, att den mera sorgfällige men enfaldige komme att ansvara, medan den jämförelsevis mindre sorgfällige men begåfvade ginge fri. Utan fråga innebär det en motsägelse att låta den med godt förstånd utrustade undgå ansvar, därför att han icke kunnat inse eller undvika en skadegörande verkan *v*, men däremot låta den med svagt förstånd utrustade ansvara, ehuru han, med sitt förstånd, icke kunnat inse eller undvika skadan *v'* (på den grund, att en annan med mera förstånd skulle hafva insett den). Detta betyder att hos några subjekt taga, hos andra subjekt icke taga hänsyn till viljan vid ansvarets afgörande. Antingen är det oriktigt att fritaga den ene eller att icke fritaga den andre.

Såsom bevis för den här bestridda åsigten har man anført åtskilliga källställen, däribland isynnerhet ett uttalande i hithörande tit. af Dig., som vi redan i ett annat sammanhang hafva behandlat, näml. l. 31 *Paul.* :

*Si putator ex arbore ramum cum deiceret . . . hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit.*

Om någon, som qvistat ett träd, dödat en förbipasserande slaf genom att nedkasta en gren från trädet, ansvarar han, såvida grenen föll ned på en offentlig väg och han icke ropat, så att [skadan af] dess fall kunde undvikas. Men Mucius [Scaevola] har förklarar, att äfven om detsamma inträffat på en enskild väg, talan kunde anställas på grund af *culpa*: *culpa* åter vore för handen, då anstalt icke blifvit träffad, ehuru den kunnat träffas af en *diligens*, eller faran tillkännagifvits först då den ej längre kunde undvikas.

Man har betonat ordet *providere*, hvilket här (i trots af *Basil:s προϋώνου: LX: 3, 31*) visserligen måste fattas i betydelsen *träffa anstalt mot*, och däraf slutit, att öfverhufvud *culpa* vore att bestämma genom jämförelse mellan damnifikantens handling och en objektiv normalhandling, sådan som en i alla afseenden normal *b. p. f.* skulle hafva företagit den <sup>1</sup>. Häraf skulle således följa, att en differens mellan dessa handlingar i och för sig vore egnad att begrundas *culpa* hos damnifikanten, utan afseende på huruvida den härledde sig ur viljefel hos damnifikanten, eller ur förståndsfel, oerfarenhet, eller hvad annat som helst. — Att nu stället sannolikt verkligen åsyftar en allmän bestämning af *culpa* och icke en för detta fall särskild måttstock, hafva vi redan ofvan framhållit (s. 110 ff.). Men likasom ordet *denuntiasset* utmärker en form för *diligentia's* framträdande, som icke är generell för all *culpa l. Ag.*, utan en för detta och dylika fall karaktäristisk yttring af den i afvärjande af en redan yppad fara framträdande *diligentia* (j. o. s. 112 *i. f.*), så synes det lika själfklart, att uttrycket *träffa anstalt mot* icke kan innebära, att all i form af förutseende framträdande *diligentia* skall mätas efter en viss för hvarje gifvet fall bestämbar »anstalt», en objektiv normalhandling, sådan som kan väntas företagen af en *diligens* af viss normal förståndsbeväring och erfarenhet. Bestämmelsen är fastmera att förklara ur fallets konkreta beskaffenhet. Den »anstalt», som juristen haft i tankarna, bestod säkerligen helt enkelt i uppsättande af en varningsskylt eller annan i dylika fall bruklig åtgärd, på hvars företagande den större eller mindre förståndsgraden hos damnifikanten icke kunde hafva något inflytande. Har han försummat en dylik enkel och honom välbekant åtgärd, så är han i *culpa*, men icke därför, att han för att undvika ansvar under alla omständigheter måste handla *så* (exaktare ut-

<sup>1</sup> *Bar Die L. v. Kaus: zus. i. R., 119; Bentzon, 95, 97; jfr. Pernice Lab. II, 252 n. 45, 46.*

tryckt: med sin handling uppnå samma objektiva resultat med afs. på rättssäkerhet för tredje man — ty om någon annan kongruens mellan de båda handlingarna är naturligtvis icke fråga), som en med normal förståndsskärpa o. s. v. utrustad *b. p. f.*, utan därför, att nämnda underlåtenhet ofelbart skulle hos honom utvisa verkligt viljefel. Att med stöd af detta ställe vilja begrunda den romerskrättsliga *culpa* på differensen från en objektivt fastställd normalhandling, torde därför vara att i det enkla exemplet inlägga långt mera, än hvad juristen därmed åsyftat.

*Bentzon* åberopar åtskilliga andra källställen, däribland den bekanta »*anreis literis digna*» l. 137 § 2 *D. de V. O.* 45, 1 *Venul.*:

*Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quæritur. et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est ad virum bonum remittamus, qui æstimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, ut qui Ephesum daturum se sponderit, neque diplomate (diplomate del. Mo) diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habitu ratione temporis ætutis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat,*

Då jag vid stipulation har betingat mig, »att betalning skall ske i Ephesus», så innehålles häri en tidsbestämmelse, och frågan är, hvilken. Det riktiga är att till domaren, såsom en *bonus vir*, öfverlämna hela saken, för att bedöma på huru lång tid en *diligens p. f.* kan utföra, hvad han förbundet sig att göra; så att den som förbundet sig att betala i Ephesus, hvarken nödgas att (med särskildt *diploma*) natt och dag och i trots af allt slags väder fortsätta sin resa, och ej heller får resa så långsamt, att han synes klandervärd, utan med fästadt afseende på årtid, ålder, kön och helsotillstånd [en sådan skyndsamhet fordras af honom, som] då han lägger sig vinn om att komma fram i tid,

*id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire.* d. v. s. på den tid, som fler-  
talet människor i hans ställ-  
ning pläga använda.

Visserligen bestämmes här såtillvida en objektiv norm, att, såsom regel, den tid tages till måttstock, *quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire*. Men att meningen icke är att utan hänsyn till individuella olikheter konsekvent upprätthålla densamma såsom objektiv, visa redan förbehållen om *aetas sexus valetudo*. Den individuella olikhet, som det kunde ligga närmast till hands att i detta exempel tänka på, var otvifvelaktigt just den fysiska, då de kroppsliga egenskaperna spela en afgjordt större rol i fråga om en resas fullbordande på viss tid, än de andliga. Till att uppställa frågan om dessa senare egenskapers inflytande på *culpa* egnar sig exemplets beskaffenhet så mycket mindre, som promittenten tydligen måste anses i och med stipulationen hafva iklädt sig ansvar för den allmänna *peritia* (resvana etc.), som kunde komma ifråga vid en dylik resa och på den grund vara i *culpa*, om genom hans oskicklighet resan försenas (åtn. såvida icke stipulanten hade sig hans ringa *peritia* bekant). Att det nu icke göres en uttrycklig skilnad mellan sådan *imperitia*, för hvilken på denna grund ansvaras, och sådan *imperitia*, hvilken, enär dess inflytande icke kunnat beräknas, icke medför ansvar, är lika litet någon instans mot denna skilnads betydelse, som man af den omständighet, att hänsyntagandet till *valetudo* bestämmes helt generelt, skulle kunna sluta, att en *infirmitas* hos promittenten, som vid stipulationens ingående varit väl denne, men icke stipulanten bekant, af promittenten kunde anföras som ursäkt, för att resan dragit ut på tiden. Lika litet som man skulle kunna fritaga honom från allt ansvar för *infirmitas*, lika litet skulle man kunna pålägga honom obegränsadt ansvar för *imperitia* (om det än vid det nämnda exemplet i verkligheten långt oftare skulle inträffa, att han fritages från ansvar för *infirmitas* än för *imperitia*,

då den senare egenskapen är jämförelsevis mera konstant och på förhand beräknelig). Jfr. för öfr., om det oberrättigade i att genomföra en skilnad mellan *infirmitas* och *imperitia*, s. 126. Öfverhufvud är vid detta, likasom vid de i det följande nämnda ställen, att märka, att det rör *culpa* i obligatoriska förhållanden, hvarom jfr. följ. sid.

Såsom vidare stöd för en rent objektiv bestämning af ansvaret återopas: l. 137 § 3 *D. de V. O.* 45, 1 *Venul.*:

*Item qui insulam fieri sponpondit, non utique conquisitis undique fabricis et plurimis operis adhibitis festinare debet nec rursus utroque aut altero contentus esse, sed modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris et temporum locorumque.*

Den som åtagit sig att uppföra en bygnad, är icke skyldig att skynda, genom att på allt sätt och från alla håll sammanskaffa timmermän eller genom ett stort antal arbetskrafter, och får å andra sidan icke nöja sig med en eller annan [arbetare], utan ett lagom måste iakttagas efter måttstocken af en ordentlig byggmästare och med hänsyn till tid och ort.

l. 25 § 7 *D. loc. cond.* 19, 2 *Gaius*:

*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*

Om någon tagit transporten af en kolonn på beting, och den sönderslås, medan den uppreses, fortskaffas eller nedlägges, så ersätter han den skadan, om den inträffat genom hans *culpa* eller deras, hvilkas arbete han använde. Men *culpa* finnes icke, om allt blifvit gjort, som äfven den sorgfälligaste skulle iakttagit. På samma sätt bör det bedömas, om någon tagit transporten af vinfat eller af en bjelke på beting och detsamma kan äfven utsträckas till andra saker.

*l. 14 D. de pign. act. 13, 7 Paul.:*

*Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solent, a creditore exiguntur.* Sålunda fordras af borgenären (panttagaren), hvad en *diligens p. f.* vanligen presterar i egna förhållanden.

I samtliga dessa exempel — likasom i *l. 137 § 2 c.* — är det fråga om *culpa* i obligatoriska förhållanden. Att kontrahenten här blir ansvarig, om han icke besitter de egenskaper, som, objektivt betraktadt, måste anses nödiga för att uppfylla det aftal, han ingått, är i sig själf klart, och såtillvida kan man visserligen tala om en objektiv måttstock. Men ansvaret på grund af en differens mellan kontrahentens personliga egenskaper (förstånd, erfarenhet o. s. v.) och denna objektiva måttstock, förklaras tydligen genom en vanlig *culpa in contrahendo* och räcker icke längre än detta begrepp. Har kontrahenten åtagit sig forslingen af en kolonn, så innebär detta en garanti från hans sida, icke blott att han skall använda all möjlig flit vid forslingen, utan äfven, att han besitter det förstånd och den speciella erfarenhet, som därvid kan fordras; på samma sätt om han åtager sig att bygga ett hus eller hvad annat som helst. Detta är ingenting annat än hvad som direkt framgår ur den förut behandlade regeln: *affectare quisque non debet, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam [vel imperitiam] alii periculosam futuram.* Helt annat vore, om kontrahenten skulle anses i och genom aftalet vara förbunden till en viss objektiv prestation på det sätt, att han ansvarar äfven för sådan *imperitia* o. s. v., som det vid kontraktets ingående varit honom omöjligt att beräkna: om t. ex. oförutsedda omständigheter inträdde under arbetets fortgång, hvilka, för att aftalet skulle kunna uppfyllas i rätt tid, på kontrahenten stälde krafvet af andra färdigheter, än dem han besitter. Bortsedt från den i vissa fall framträdande prestationen af *custodia*, hvilken efter all sannolikhet innebär ett dylikt rent objektivt moment, men i

och med hvilken vi också stå utanför *culpa*-begreppet <sup>1</sup>, så är denna utsträckning af ansvaret för *imperitia* etc. säkerligen, efter Justiniansk rätt, ännu mindre befogad i, än *utom* obligatoriska förhållanden, och alla de nämnda ställena låta helt naturligt förklara sig så, att kontrahenten är skyldig att ådagalägga de kvaliteter, som han, såväl som medkontrahenten, vid kontraktets ingående kunna antagas hafva förutsatt, men inga andra. Att dessa förutsatta kvaliteter under omständigheter kunna vara såväl öfver som under det vanliga måttet, är klart, och äfvenså, att om inga särskilda skäl till en dylik afvikelse föreligga, det måste antagas, att kontrahenterne förutsatt de hos en ordentlig och fullgod man af yrket (*diligens aedificator* etc.) framträdande egenskaper. Också finner man, att författare, som uttalat sig med större eller mindre bestämdhet mot hänsyntagandet till individualiteten utom obligatoriska förhållanden, uttryckligen erkänt denna hänsyn (med nämnda begränsning) för obligatoriska förhållanden <sup>2</sup>. Ingenting är rättvisare, än att *A*, som ingått ett kontrakt, hvarvid medkontrahenten låtit bestämma sig af sin kändedom om *A*:s stora och allmänt bekanta talang, också svarar i förhållande till denna talang: den som särskildt visat sig framstående såsom t. ex. affärsman, bör icke såsom mandatar i en affärssak mätas med samma mått som den förste bäste af yrket <sup>3</sup>; likaså en konstnär

<sup>1</sup> Jfr. *Baron Civ. Arch.* LII, 44—95; *Bruckner Die Cust.* etc.

<sup>2</sup> Jfr. t. ex. *Mommsen* III, 371: „Bei der, ausser einem obligatorischen Verhältniss zu prästirenden *Culpa* kann allerdings die Individualität des Verletzters nicht in Betracht kommen; anders verhält sich aber die Sache nicht selten bei der *Culpa*, welche in contractlichen Verhältnissen zu prästiren ist. Hier ist immer zugleich zu untersuchen, *quod actum est*, indem es wesentlich darauf ankommt, was der Berechtigte hiernach von dem Verpflichteten mit Fug erwarten konnte. In dieser Beziehung können aber nicht blos die ausdrücklich verabredeten Bestimmungen des Contracts, die allerdings für Jeden, der in einen solchen Contract eintritt, eine gleiche Wirkung äussern werden, von Bedeutung sein, sondern es können eben sowohl auch die persönlichen Verhältnisse des Schuldners in Betracht kommen“.

<sup>3</sup> Detta är tydligen något alldeles annat, än om mandatar vore förbunden till *diligentia quam in suis*. Enligt det ofvanstående bör han



o. s. v. Men ingenting vore orättvisare än att låta honom ansvara för sådana egenskaper, som af oberäknelig anledning kunna komma att krävas för kontraktets uppfyllande, t. ex. låta målaren ansvara för *imperitia* såsom affärsman. Själfva uttrycket *diligens aedificator* (l. 137 § 3 c.) hänvisar också omisskänneligen på denna begränsning af de till bokstafven mera generella uttryck, som stundom kunna förekomma, och leder oss till den regel äfven för obligatoriska förhållanden, att kontrahent presterar *imperitia* dels i sitt yrke, dels i sådan verksamhet hvori han i öfrigt under aftalets utförande kan utan tvingande skäl hafva inlåtit sig, men ej vidare; kortligen: han presterar aldrig en *imperitia*, hvars verkningar han icke kunnat beräkna.

För att göra den här kritiserade ståndpunkten rättvisa, bör det framhållas, att själfva principen vid den Justinianska *culpa l. Aq.* bär inom sig en motsägelse, som uppstått ur den historiska utvecklingen. Det kan svårigen betvivlas, att införandet i den Romerska rätten af principen psykisk kausalitet vid *l. Aq.* — såsom en inskränkning i den äldre principen fysisk kausalitet<sup>1</sup> — sammanhänger med aktionens karaktär af penal. Just därför att det enligt *l. Aq.* utgående penningbeloppet uppfattades såsom ett straff, icke såsom en ersättning, kom det småningom, under den historiska utvecklingen, att

---

svara efter *sin* talang (såvidt den af kontrahenterna beräknats) och efter *en ordentlig mans* diligentia, vare sig han själf är en sådan eller icke. Jfr. Hasse, s. 192: „Der Richter hat auf zweierlei zu sehen; zunächst, ob einer gethan, was ein fleissiger Mann gemeinlich zu prästiron pflegt, dies ist in der Regel genug; findet sich aber, dass er zu der Sache, wovon die Frage, ein ausserordentliches Talent besitzt, so hat er noch ferner darauf zu sehen, wie ein fleissiger Mann, mit diesem Talent begabt, sich benommen haben würde. Es kommt hier aber darauf an, worauf man billiger Weise rechnen konnte. Wer einem vorzüglichen Baumeister einen wichtigen Bau anvertraut, kann mit Recht fordern, dass er sein volles Talent anwende, alles in trefflichen Stand zu setzen; thut er das nicht, so handelt er nicht wie ein *homo diligens et studiosus pater familias*, und täuscht er die Erwartung in einer Art, die sich nachweisen lässt, so muss er den Schaden bessern: dazu bedarf es keiner Vergleichung mit seinem Benehmen in eignen Dingen“.

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 13.

knytas till förutsättningen af skuld hos subjektet. Denna ur den penala uppfattningen framgående bestämmelse upptogs af den Justinianska rätten. Men då själfva den till grund för bestämmelsen liggande penala karaktären icke (i någon väsentligare mån) under den Justinianska tiden qvarstod för rättsmedvetandet <sup>1</sup>, så blef *l. Ag.* icke delaktig af den vidare utveckling af förhållandet mellan straff och skuld, som eljes i åtskilliga fall, inom det rent straffrättsliga området, framträdde i den Justinianska rätten — näml. såsom en afpassning af straffet efter skuldens grad: straffmätning <sup>2</sup>. *Culpa l. Ag.* var och blef ett ograderadt begrepp, såsom vi ofvan (s. 38 etc.) utfört, i motsats till den psykologisk-moraliska och straffrättsliga skulden. Men att denna ståndpunkt — att låta synpunkten af straff framträda sätillvida, att skuld öfverhufvud fordras, men däremot icke, såsom det skulle följa af straffets väsen, taga hänsyn till graden af skuld — innebär en halfhet och inkonsequens (eller, om man anser en sådan ståndpunkt nödvändig: en kompromiss mellan två motsatta principer), torde icke vara möjligt att förneka. Två vägar förelågo för den Justinianska rätten, af hvilka endast *en* konsekvent kunnat väljas; antingen utbilda den äldre uppfattningen af straff, genom de af den mögande insigten i straffets väsen förestafvade modifikationer, eller upphäfva de qvarstående verkningarne af

<sup>1</sup> Jfr. ofv. s. 7 n. 1.

<sup>2</sup> hvarom jfr. ish. *Pernice* Lab. II, 244. Jfr. äfv. t. ex. *l. 14 D. de off. praes.* 1, 18 *Macer* (reskr. af *Marc. Aurel.* och *Comm.*): Si tibi liquido compertum est Ae. Priscum in eo furore esse, ut continua mentis a ienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. — — — cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae negligentiae excuseris et *in unumquemque eorum, prout tibi levari vel onerari culpa eius videbitur*, constitueris. Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint.

denna äldre princip och stadga en civilrättslig ansvarighet alldeles oberoende af skuld. I stället blef resultatet, för den Justinianska rätten, att den påbörjade utvecklingen af den straffrättsliga synpunkten afbröts, utan att den nya, civilrättsliga synpunkten genomfördes.

Utan tvifvel är det känslan af denna halfhet, som drifvit den moderna rätten att försöka en konsekventare genombildning af principen för utomobligatorisk skadeståndsskyldighet, hvarvid den gått än i den ena, än i den andra af de båda nyssnämnda riktningarna. Sålunda har särskildt det Franska rättssystemet betydligt närmat sig ett verkligt genomförande af den straffrättsliga synpunkten för skadestånd, genom att gradera äfven det civilrättsliga *culpa*-begreppet. I mycket vidsträckt mån, äfven inom Tysk teori och praxis, har denna princip framträdtt i fråga om *compensatio culpa*e, och somliga författare hafva t. o. m., för detta fall, velat begrunda densamma direkt på Justiniansk rätt<sup>1</sup>. Å andra sidan innebär den här kritiserade, af *Bar*, *Bentzon* o. a. fasthållna ståndpunkten ett steg i den motsatta riktningen, i det den, såsom *Bentzon* med skärpa utför, uppställer en objektiv normalhandling såsom måttstock för *culpa*. Men äfven denna ståndpunkt intager, icke annat jag kan finna, en sväfvande ställning mellan de båda konsekventa. Under det den Justinianska rätten fordrade verklig skuld hos damnifikanten (men visserligen icke tog hänsyn till graden af denna skuld), så vill nämnda åsigt bestämma ansvaret genom hänsyn till en fingerad persons skuld: därför att en handling sådan som damnifikantens, hade ineburit skuld, om den företagits af en så och så beskaffad normalmänniska, måste damnifikanten ansvara. M. a. o.: fiktionen af denna normalmänniska leder till en fiktion af skuld hos damnifikanten (ty att damnifikantens »skuld» i många praktiska fall verkligen

<sup>1</sup> Så *Wendt* *Eig. Verschuld.* i *Jahrb. Dogm.* XXXI, 166 ff. (1892). Vidare härom. j. n. Kap. V.

blir rent fingerad, om man följer denna princip, torde det ofvanstående ådagalagt). Men själfva denna grundtanke: en fingerad skuld, är såvidt jag kan finna, en *contradictio in adiecto*, och det synes mig för denna åsigt nödvändigt, att taga steget fullt ut och låta det civilrättsliga (utomobligatoriska) skuldbegreppet alldeles falla, eller m. a. o. låta ersättningsskyldigheten inträda i och med skadans förorsakande, utan något vidare requisit. Skall ersättningsskyldighet hos några subjekter föreligga utan afseende på vilja, och således på moralisk skuld, så bör ersättningsskyldigheten hos alla subjekter bestämmas utan afseende på vilja. Att den moderna rätten småningom, om än långsamt, rör sig i denna riktning, innebärande ett fullständigt och medvetet åtskiljande mellan den civilrättsliga och den straffrättsliga synpunkten, torde det knappast vara för djärft att förutsäga, och såsom ett steg ditåt, om än icke såsom definitiv, är ifrågavarande åsigt af intresse och har sitt berättigande. — Schemat för den historiska utvecklingen skulle då blifva ungefär följande:

I) skadeståndet fattas såsom straff, och enär sammanhanget mellan straff och skuld ännu ej står klart för rättsmedvetandet, utgår skadeståndet utan afseende på skuld (så i den äldre Romerska rätten);

II) skadeståndet fattas såsom straff, och enär rättsmedvetandet kommit till insigt, om sammanhanget mellan straff och skuld, utgår skadeståndet endast under förutsättning af skuld (så i den Romerska rätten åtm. sedan Hadrianus);

III) skadeståndet fattas ej längre såsom straff, utan (i hufvudsak) såsom civil ersättning, men från närmast föregående ståndpunkt kvarstår (inkonseqvent) förutsättningen af skuld (så den Justinianska rätten);

IV) skadeståndet fattas såsom civil ersättning, och tendensen att genomföra denna princip framträder i ett partielt undanskjutande af förutsättningen af skuld. Detta kan ske bl. a. därigenom, att skuld i vissa fall

fingeras (när fiktionen inträder, bestämmes genom jämförelse mellan damnifikantens och en objektivt bestämd handling). Så t. ex. modern Dansk rätt. Det kan äfven ske därigenom, att i vissa fall all hänsyn till skuld bortfaller, så att t. ex. vissa arter af verksamhet ega rum »*auf eigene Gefahr*» (j. o. s. 14).

Såsom eventuel slutpunkt hade man att tänka sig

V) skadeståndet fattas såsom civil ersättning och, i det denna princip genomförts, har förutsättningen af skuld fullständigt bortfallit: kausalsammanhanget ledes tillbaka, icke till damnifikantens vilja, utan endast till hans handling. Frågan om skuld och straff är därmed fullständigt skild från den civilrättsliga frågan, och däruti att den förra kan erhålla en af den senare fullkomligt oberoende behandling, ligger olikheten mellan denna ståndpunkt och den historiska utgångspunkten (ståndpunkten I). Vid ståndpunkten I äro den straffrättsliga och den civilrättsliga frågan sammansmälta till ett förfarande, vid hvilket ingen hänsyn toges till skuld; vid ståndpunkten V är den straffrättsliga frågan, vid hvilken hänsyn toges till skuld, fullständigt skild från den civilrättsliga, vid hvilken ingen hänsyn toges till skuld.

Den moderna rätten kan, för så vidt den slagit in på den här skildrade riktningen, anses befinna sig på ståndpunkten IV: den har ärfit den Justinianska ståndpunkten (III), men har uti sig tendensen att föra den vidare (till ståndpunkten V). Såsom ofvan anmärkt, framtäder dock i modern rätt äfven den motsatta riktningen: att bibehålla och konsekventare genomföra förutsättningen af skuld. Men att denna senare utveckling icke är den naturerliga, göres troligt redan däraf, att de rättssystemer, som representera den, på samma gång upptagit betydliga drag af den förstnämnda riktningen. Det kan i detta afseende vara tillräckligt att erinra om det vidsträckta ansvar, som *Code civ.* art. 1384 pålägger arbetsgifvare, utan allt afseende på hans skuld, för skada förorsakad af ar-

betare och anställda — en påfallande inkonsekvens, hvilken också några af de lagstiftningar, som anslutit sig till det Franska rättssystemet, sökt afhjälpa <sup>1</sup>.

Då vi emellertid, för den Justinianska rättens räkning, måste fasthålla den ofvan utvecklade åsigten, att substitutionen af *b. p. f.* endast afser vilje momentet (incl. hvad som därtill indirekt hänför sig), så bör härvid en erinran göras med afs. på den praktiska betydelsen af skiljandet mellan vilje- och förståndsmomenterna. Tydligen är det högst sällan möjligt att med någon större grad af noggrannhet bestämma en gifven individs grad af naturligt förstånd; den praktiska differensen i detta afseende mellan de båda åsigterna (den som fordrar verklig skuld hos damnifikanten och den som bedömer ansvaret efter jämförelse med en objektivt bestämbar handling) kommer därför hufvudsakligen att visa sig i sådana undantagsfall, där en betydligare afvikelse från det normala måttet föreligger, och förträdesvis i fall af särskildt ringa förståndsbeväring. Förhållandet kan därför, från den Justinianska rättens ståndpunkt, så uttryckas, att presumptionen är för, att damnifikanten är en person af normalt förstånd (i det man bortser från den oändligt graderade variationen subjekterna emellan) och att särskild hänsyn till hans förståndsgrad tages endast, då den i påfallande grad skiljer sig från den vanliga — hufvudsakligen i form af mildare bedömande vid ovanlig enfald. Till *imperitia* måste däremot alltid hänsyn tagas, så snart den är oförskyld, då den praktiska olikheten människor emellan här är mycket större och påtagligare: en icke-läkare, icke-ingeniör, icke-affärsman o. s. v. kan endast i det fall bedömas efter en läkares, ingenjörs o. s. v. *peritia*, att han bort kunna beräkna följden af sin *imperitia* och att intet nödtvång förelegat (j. o. s. 127). Härigenom förfaller den invändning, som *Bar*, hvilken anser

<sup>1</sup> Se *Schweiz. Bd. Ges. Art. 62*, som uttryckligen medgifver arbetsgifvaren rätt till exkulpationsbevisning.

att hänsyntagandet till individuella egenskaper är detsamma som »*die ganze Lehre von der culpa rein individuell zu fassen, d. h. eigentlich aufzulösen*»<sup>1</sup>, så uttrycker: »*will man hier vollkommen dem Individuum gerecht werden, so verflüchtigt man den Begriff der culpa in unfassbaren Nebel*»<sup>2</sup>. Det är ju icke fråga om fullkomlighet härvidlag, hvilken öfverhufvud aldrig är praktiskt upphinnelig; det är icke heller fråga om att bestämma *culpa* individuellt *toto genere*; tvärtom ställer man ju, såsom ofvan framhållits (s. 60 *i. f.*), alldeles samma kraf på de olika subjekterna i hvad rör viljan, vare sig de i verkligheten stå på en högre eller lägre utvecklingsgrad: alla presumeras vara lika mäktiga att påverkas af skillnaden mellan rätt och orätt (hvilket dock, äfven detta, är en fiktion) och undantag göres endast för bestämdt afgränsade kategorier: *furiosi, infantes* etc. Individualiserandet beträffar endast sådana sidor hos subjektet, som ligga utanför själfva viljan: naturbestämtheter hos subjektet, som det icke ligger i dess magt att förändra; och äfven dessa begrunda ansvarsfrihet blott såvida deras inverkan icke kunnat beräknas af subjektet, d. v. s. blott såvida de icke medelbart upptagits i subjektets vilja. För öfrigt ligger, gentemot *Bars* resonnemang (hvilket man möter äfven hos andra författare) en hänvisning på den moderna straffrätten nära till hands: denna kan väl icke anses upplösa eller förflyktiga *culpa*-begreppet, därför att den tager hänsyn till individuella momenter? Den tager dessutom vida mera hänsyn till sådana momenter än hvad här sättes i fråga, när den dels svårligen kan undgå att gifva betydelse åt subjekternas olika förmåga att uppfatta den allmänna skillnaden mellan rätt och orätt (så att den t. ex. fordrar större *diligentia* af den bättre uppfostrade och mera utvecklade, *r.* straffar en sådan person strängare *par. cet.*), dels icke nöjer sig med att, såsom vid *l. Aq.*, fråga, om skuld föreligger, utan äfven

<sup>1</sup> *Bar Grünh.* IV, 31.

<sup>2</sup> *ib.*, 55.

frågar, huru stor skulden är och såvidt möjligt söker åvägabringa en »eqvation mellan skuld och straff» i det gifna fallet. (Visserligen synes *Bar*<sup>1</sup> själf vilja tillämpa sin åsigt äfven inom det straffrättsliga området)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jfr. *ib.*, 26 i. f.

<sup>2</sup> Mot ofvanstående åsigt om det principiella icke-tillräknandet af förståndsunderlägsenhet kunna icke anföras sådana ställen som *l. 6 § 5 D. de iur. et fact. ign.* 22, 6 *Paul.* (reskr. af *Sever.* och *Anton*): Quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus. Ty åtskilliga andra källställen visa, att *ignorantia iuris* uppfattades (visserligen genom en fiktion) såsom ett viljefel „cum ius finitum et possit esse et debeat“, i motsats till *ignorantia facti*, hvilken icke anses generellt tillräknelig, utan om hvilken det gäller: neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita est neque delatoria curiositas exigitur. Jfr. ish. de bekanta bestämmelserna om de från denna regel un. antagna kla-terna (*rusticitati parcendum* etc.): att en *rusticus* uttryckligen fritages, medan en *stultus* förklaras ansvarig, visar, att *stultus* icke kan afse ren förståndsunderlägsenhet. — Icke heller kan anföras *l. 4 D. qu. vi aut cl. 43*, 24 *Venul.*: Servius etiam cum clam facere [ait] qui existimare debeat sibi controversiam futuram, quia non opinionem cuius et resupinam existimationem esse oporteat, ne melioris condicionis sint stulti quam periti. Sammanställningen med *resupinus* visar, att *stultus* icke heller här närmast hänför sig till själfva förståndsbevärfningen. Likväl torde meningen vara, att det här omtalade förhållande verkligen skall bedömas rent objektigt, så att äfven ren enfald å den handlandes sida icke hindrar, att han under angifna förutsättningar anses *clam facere*. Men detta förklaras däraf, att det här är fråga om *interd. quod vi aut clam*, vid hvilket frågan ju är en helt annan än om *culpa* hos dammfikanten (jfr. *l. 1 § 2. D. eod. Ulp.*: parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non). Dett. institut intager en komplementär ställning till det äldre *operis novi nuntiatio*, i det båda afse att skydda den prohibitionsberättigades intresse genom att gifva honom rådrum att utföra saken, innan han lidit en möjligen oersättlig skada, och det kunde ej finnas skäl att neka honom detta slags skydd på grund af dammfikantens individuella egenskaper, så snart denne senares handling företagits *clam* (i objektiv mening) i förhållande till den prohibitionsberättigade.



#### 4. Om bestämningen af diligentia med hänsyn till de i det konkreta fallet gifna yttre omständigheterna.

##### § 16.

Af utredningen i föregående § följer, att då existensen af *culpa l. Aq.* skall bestämmas med hänsyn till en skadegörande handling, fallande inom visst yrke, jämförelsen med en *b. p. f.'s diligentia* måste — utom i de undantagsfall, då *imperitia* icke presteras — ske så, att det abstrakta begreppet *b. p. f.* specificerar sig efter mångfalden af mänskliga yrken och lefnadsställningar: en *b. p. f.*, som är sjöman, bärgsman, jordbrukare, läkare, kusk o. s. v.; det vore tydligen alldeles meningslöst att t. ex. vid bedömandet af en sjömans *diligentia*, substituera en jordbrukande *b. p. f.*, som aldrig varit till sjös och ingen kännedom hade om de särskilda vid dylik sysselsättning hotande farorna — hvilken sålunda med all möjlig *diligentia* icke skulle hafva några utsigter att träffa de rätta åtgärderna i det rätta ögonblicket.

Den på detta sätt konkret bestämde *b. p. f.* måste vidare, i det han substitueras i damnifikantens ställe, tänkas befinna sig i samma faktiska yttre omständigheter, hvori denne i handlingens ögonblick befann sig. Härvid visar sig, att det bestämda mått af *diligentia*, som vi just med tillhjälp af begreppet *b. p. f.*, på nämnda sätt konkresceradt, velat fixera, ingalunda såsom man stundom antagit (och hvilket antagande utgjort grunden till åtskillig polemik mot detta begrepps giltighet för *l. Aq.*)<sup>1</sup> är liktydigt med en viss under olika omständigheter oföränderligen lika kvantitet af medvetenhets-energi använd på att uppspara *r.* afvärja möjliga faror. Den person *A*, för att analogiskt utföra ett i *l. 7 § 2 ht.* framställt fall<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> Jfr. *Schaaff*, Abhandl. I, 120 ff.; *Gensler*, Beiträge z. L. v. d. Dilig., 19 etc.

<sup>2</sup> Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, Aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare.

som då han går på en hal och tätt trafikerad isgata, icke använder större energi på att undvika möjliga faror, än då han går på en vanlig väg under vanliga förhållanden, visar helt visst mindre *diligentia* i förra fallet, än den han vanligen visar, och blir ansvarig, om han t. ex. faller och slår ett bräckligt föremål ur handen på en mötande person, så att det krossas. »Det sätt, hvarpå fotogén handhafves, kan anses för vådsamhet, men samma sätt, använt med afseende på gasolja, såsom oaktsamhet»<sup>1</sup>, o. s. v. Just för att *A:s diligentia* i ena fallet skall vara lika med hans *diligentia* i det andra, måste hans på undvikandet af faran riktade energi i ena fallet vara betydligt starkare än i det andra. Härur kan lätt den allmänna regel abstraheras, att, på grund af olika omständigheters olika farlighet, en fix grad af *diligentia* med nödvändighet fordrar en med de yttre omständigheterna varierande spänning eller energi i medvetandet med afseende på farans förutseende *v.* undvikande. Att fordra, att subjektet under alla omständigheter skulle med samma uppmärksamhet efterforska eller med samma ifver söka afvärja tänkbara skadegörande verkningar af hvarje sin handling, skulle därför strida just mot uppställandet af *b. p. f.* såsom norm: så handlar ingen *b. p. f.*<sup>2</sup>.

---

nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege Aquilia eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel neglegentius per lubrica transierit.

<sup>1</sup> Nordling, 204.

<sup>2</sup> Ur fransk rättspraxis anför *Sourdat* (n:r 648; I, 644) ett exempel, där en person blifvit dömd att ersätta annan person tillfogad skada af ett vådaskott, på den grund, att han låtit sin bössa antaga horisontal ställning och utan afseende därpå, att han befann sig midt i en skog, där han icke hade anledning att misstänka att någon befann sig i närheten. Emellertid är väl detta fall att förklara ur den franska rättens uppfattning af *culpa levissima* (j. o. s. 117 n. 1) och svårligen torde t. ex. enligt modern Svensk rätt under dylika omständigheter skadestånd ådömas ensamt på den anförda grunden. En annan sak, att på en trafikerad plats ett dylikt handterande äfven af ett i och för sig mindre farligt föremål än en bössa skulle begrunda *culpa*, t. ex. om en promenerande på gatan bär sin kapp horisontalt under armen och därmed åstadkommer skada.

Sålunda visar sig den genom *b. p. f.* gifna måttstocken vara på en gång fix och variabel, i hög grad förena fast bestämdhet med förmågan att apteras efter lifvets vexlande förhållanden. Den är fix, ty en *b. p. f.*'s allmänna grad af *diligentia* är en viss beständ, och under vissa gifna förhållanden måste hvarje *b. p. f.* - sjöman, *b. p. f.* - läkare o. s. v. antagas använda ett visst bestämdt mått af energi på uppspårandet *r.* afvärjandet af fara: mera än den slarfvige, mindre än den ängslige. Grunden till att han använder just detta mått af energi och icke ett större eller mindre, är en i hans medvetande inneboende permanent kvalitet, en viss allmän riktning på rättsidén (j. o. s. 86), eller, om man så vill, en viss grad af fruktan för att åstadkomma rättskränkning, hvilken han icke får gå under, om han skall behålla egenskapen af en *b. p. f.*, men icke heller går öfver (ty allt för stor försigtighet skulle, såsom ofvan utfördt, förlama handlingskraften och göra människan praktiskt oduglig). Måttstocken är variabel, ty ehuru den allmänna *diligentia* hos *b. p. f.* är konstant — eller rättare: emedan den så är — måste den på grund af omständigheternas olika farlighet taga sig uttryck i vid olika tillfällen högst olika grader af den mot faran riktade energien. Just därför, att en *b. p. f.* alltid är lika mån om att icke genom sina handlingar kränka annans rätt, måste hans på undvikande eller afvärjande riktade verksamhet (den må bestå i tanke eller i handling) vara mera energisk, ju större möjligheten till rättskränkning synes vara. M. a. o.: ju mera tryggheten och säkerheten i lifvet skall vara konstant, desto noggrannare måste den oupphörliga variationen i omständigheternas farlighet motsvaras af en oupphörlig variation i denna energigrad hos den handlande personen. Det är i (det afsedda) resultatet, icke i medlen, som konstantheten af *diligentia* framträder <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Det ofvanstående är tydligen något helt annat än att, såsom *Wendt* vill, specificera begreppet *b. p. f.* efter yrken äfven med afseende

5. Kan den grad af *neglegentia*, vid hvilken *culpa l. Aq.* inträder, förändras på grund af ett bestående obligatoriskt förhållande mellan damnifikant och damnifikat?

§ 17.

Det återstår, innan vi lämna frågan om den grad af *neglegentia*, vid hvilken *culpa l. Aq.* inträder, att nämna något om den komplikation, som uppstår, då det mellan damnifikant och damnifikat eger rum ett obligatoriskt förhållande (angående den skadade saken) af beskaffenhet att för *culpa* förutsätta en annan måttstock än *diligentia b. p. f.* Kan depositar (hvilken ur aftalet endast presterar *culpa lata*) göras ansvarig efter *l. Aq.*, om han *culpâ levi* åstadkommer skada å deponerad sak? Kan en *socius* göras ansvarig, om han vid skadegörelse å en *res communis* ådagalagt en *neglegentia*, som visserligen öfverstiger den hos en *b. p. f.* antagliga, men icke öfverstiger den,

på själfva graden af *diligentia* (icke endast med afs. på *peritia*), hvilket egentligen innebär ett upphäfvande af begreppet *b. p. f.* *Wendt* anför såsom exempel, att hos åtskilliga slag af fabriksarbetare en större eller mindre „Unbesonnenheit erfahrungsgemäss vorhanden zu sein pflegt“, och påstår, att „als Schuld des Verletzenden erst eine Unachtsamkeit oder Unbesonnenheit gelten kann, welche jenes gewöhnlich vorhandene Maass übersteigt (*Wendt Eig. Versch.*, i *Dogm. Jahrb.* XXXI, 185). Man erinras härvid om *Windscheids* yttrande (i *Krit. Übersch. der Deutsch. Gesetzg. u. Rechtsw.* VI, 256) mot *Schaaff*, hvilken (i *Abh.* I, 136 etc.) framställt en likartad åsigt: „Als wenn das Recht desswegen weniger die Sorgfalt eines guten Hausvaters verlangte, weil die zu seiner Kategorie gehörigen Menschen gewöhnlich keine guten Hausväter sind!“ För *Wendts* räkning synes denna åsigt sammanhånga med hans uppfattning af individuel enfald såsom under inga omständigheter begründande ansvarsfrihet: han anser det för ett slags konsekvens, att ursäktta individens slarf, därför att klassen är slarfvig och tillräkna individens enfald, därför att flertalet människor äro mera begåfvade. Sätillvida är detta förfarande också konsekvent, som det i båda fallen vänder ut och in på den naturenliga uppfattningen af saken: befriar individen från ansvar i fall, där han är psykologiskt tillräknelig och låter honom ansvara i fall, där han är otillräknelig. — Naturligtvis böra härmed icke förblandas de fall, där viss verksamhet med nödvändighet är förbunden med större fara än vanligt, men likaväl, såsom ett erkänt moment i samhällets ekonomiska lif, måste anses ligga inom gränsen för *diligentia b. p. f.* (j. o. s. 90), och där sålunda ansvar icke låter sig begrunda ur *culpa*-principen: här är icke fråga om „Unbesonnenheit“, eller „Unachtsamkeit“.

som damnifikanten i egna förhållanden visar? Någon alldeles uttrycklig bestämmelse härom i källorna låter sig svårigen påvisa, och man nödgas därför att hufvudsakligen hålla sig till en indirekt bevisning.

En konkurrens mellan *l. Ag.* och olika kontraktionsaktioner omtalas på flera ställen i källorna<sup>1</sup>. Äfvenså bestämmes denna konkurrens uttryckligen såsom hvad den äldre teorien plägade kalla »elektiv aktionskonkurrens» (till skilnad från »alternativ» och »kumulativ») <sup>2</sup>. Sålunda medför å ena sidan litiskontestationen icke i och för sig en processuel konsumtion af den konkurrerande aktionen (såsom vid »alternativ aktionskonkurrens»; jfr. t. ex. förhållandet mellan *actio redhibitoria* och *actio quanti minoris*: *l. 25 § 1 D. de except. rei iudic. 44, 2 Julian*). Å andra sidan gäller regeln: *bona fides non patitur, ut bis*

<sup>1</sup> *l. 7 § 8 D. ht. Ulp.* (Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem); *l. 18 D. eod. Paul.* (Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debet actor); *l. 42 D. eod. Julian.* (Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur; quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit, legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit; corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit); *l. 18 § 1 D. comm. 13, 6 Gai.* (Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur); *l. 47 § 1 l. 48 D. pro soc. 17, 2 Ulp.* (Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt: [*Paul.*:] sed nihilo minus et pro socio tenetur); *l. 25 § 4 § 5 D. loc. 19, 2 Gai.* (Culpa autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit. Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdieto quod vi et clam: sed utique iudicis, qui ex locato indicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat); *l. 30 § 2 D. eod. Alfen.* (Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recti agi); *l. 43 D. eod. Paul.* (Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur) m. fl. st.

<sup>2</sup> Jfr. ish. *Merkel*, Über den Concurs der Actionen nach römischem Privatrecht.

*idem exigatur* (l. 57 de R. J.), så att, om full satisfaktion skett genom endera aktionen, den andra förfaller. Men om den använda aktionen gått ut på ett mindre belopp än den icke använda, så kan denna differens alltjämt ernås genom sistnämnda aktion, så att, med afseende på här förevarande fall, det genom den för l. *Aq.* egendomliga värderingen (*quanti id in eo anno plurimi fuit . . . resp. quanti ea res erit in diebus triginta proximis*) uppstående *plus* af ersättningen kan utkrävas genom a. l. *Aq.*, oberoende af kontraktsaktionens användning och af de för kontraktet i fråga gällande bestämmelser <sup>1</sup>.

Denna omständighet synes mig, vid källornas tystnad angående förhållandet mellan de konkurrerande aktionernas olika *culpa*-bestämningar, afgörande. Om en

<sup>1</sup> Jfr. ish. *Suarez* III: III (150). Afgörande källställen äro isynnerhet l. 7 § 1 *D. commod.* 13, 6 *Ulp.*: Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnus dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, acquissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem — och l. 34 § 2 *D. de O. et A.* 44, 7 *Paul.*: Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simpli accedit: et [et del. Mo.] simpli subducto locum non habet. Angående borttagandet eller bibehållandet af *Florentis* non i sista satsen, jfr. å ena sidan *Cuiacius* Obs. III: 25, som vill borttaga det, å den andra *Suarez* III: III, 13 (151 b 13), hvilken (efter *Mevillius* Obs. IV: 38) vill bibehålla det. Den senare åsigten har, sedan den upptagits af *Jauch*, småningom blifvit den allmänna. I hvarje fall kan innehållet icke blifva annat än det ofvan i texten framställda. Jfr. *Basil.* LII: 1, 33: εἰ δὲ καὶ ἡμετέροις χρῆσασθαι, καὶ διαφθείρειν αὐτά, ἀρμόζει καὶ ἡ τῶν ἐν χρήσει δεδομένων. καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν ἀπαιτοῦσα τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγῆ. καὶ ταύτης μὲν κινουμένης ἀναιρεῖται ἡ κατὰ τῶν ἐν χρήσει δεδομένων κινουμένη ἀγωγῆ: ταύτης δὲ κινουμένης, ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται ἡ ἀπαιτοῦσα ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγῆ. Jfr. vid. om detta ställe *Glück* IV, 24 ff.; X, 369 ff.; *Savigny* Syst. § 233 p ff. (V, 229 ff.); *Huschke* i *Zachr. für Civ. R. und Proz.* (Giess. Zschr.) N. F. II, 184 ff.

deponitar skall prestera icke blott den ersättning för skada å deponerat gods, hvartill aftalet förpligtar honom, utan dessutom det genom *l. Aq.* för utomobligatorisk skadegörelse stadgade *plus* — alldeles så som om intet kontraktsförhållande egde rum mellan damnifikant och damnifikat — så måste presumptionen vara för, att de Romerske juristerne till frågan om förhållandet mellan de båda *culpa*-måttstockarna intagit samma ställning, som till de båda olika värderingarna af ersättningsbeloppen, då ingen förnuftig grund synes föreligga för att i ena fallet låta den utomobligatoriska aktionen vara oberoende af den obligatoriska, i det andra icke.

För den motsatta åsigten har man ur hithörande Dig: titel anført <sup>1</sup> *l. 27 § 29 Ulp.*:

*Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: et ideo ple- rumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

Om du gifvit någon [en dyrbar sten?] <sup>2</sup> att svarfva till form af bägare, så ansvarar han enligt *a. damn. iniur.*, försåvidt han krossat stenen af oskicklighet; men om det icke skett af oskicklighet, utan stenen haft felaktiga gångar, så kan han anföra detta såsom ursäkt. Därför pläga handtvverkare ofta, då dylika föremål öfverlämnas till dem, betinga sig att icke företaga detta arbete på egen risk, en åtgärd, som upphäfver både *a. locati* och *a. l. Aq.*

För min del kan jag i detta ställe icke upptäcka den ringaste beviskraft för nämnda åsigt. Naturligtvis står

<sup>1</sup> Så t. ex. *Unterholzner* II, 698 q; *Pernice* Sachb., 83. m. fl.

<sup>2</sup> Om olika gissningar angående denne *calix diatretus*, se *Suarez* II: II *i. f.* (117 a 23 ff.: „*Budaeus* non alium esse scribit quam caelatum . . . quod toreuma dicitur . . . *Turnebus* putabat alium non esse a crystallino vel myrrhino . . . ad includendas gemmas . . . *Salmasius* . . . concludit calicem esse ex vitro . . . *Ego* puto et ex vitro et ex lapide fieri posse . . . Nego tamen calices ex vitro habuisse in mente *Ulpianum*, sed ex materia pretiosa, ut locum attendenti planum erit.“

det tvänne personer fritt att uttryckligen om en bestämd sak, tillhörig endera öfverenskomma, att den andre icke skall ersätta eventuel skada, vare sig så, att han är ansvarsfri för hvarje skada, som kan träffa föremålet, eller blott för skada, som uppstår på visst sätt (såsom sannolikt meningen är i anförda ex.: *conductor* svarar icke för skada, som uppstått vid borringen eller svarfningen, men väl, om han t. ex. af vårdslöshet låter stenen falla i gatan och den krossas). Lika naturligt är, att en dylik öfverenskommelse, i stället för att utgöra ett själfständigt aftal, kan inflyta såsom bibestämmelse vid ett annat aftal: arbetsbeting; depositum o. s. v. (visserligen med den reservation, som följer af ogiltigheten utaf ett *pactum de dolo non praestando*). Om en dylik bestämmelse införes t. ex. i ett depositiaftal, så är det klart, att ingen talan ur *l. Ag.* kan anställas på grund af *culpa levis* hos depositaren näml. för de fall, som omfattats af bibestämmelsen. Men detta gäller ju alldeles på samma sätt t. ex. om det öfverskott af skadestånd, som enligt de nyss (s. 149 n. 1) anförda källställena kan utkrävas med *a. l. Ag.*, äfven sedan *simplum* utkräfts med kontraktsaktionen. Har jag uttryckligen med en person öfverenskommit att i händelse af skadegörelse å hans sida icke utkräfva detta *plus*, så finnes (nyssnämnda reservation förutsatt) intet skäl, hvarför jag icke skulle vara bunden af detta aftal. Men ingen skulle väl häraf vilja draga den slutsatsen, att möjligheten att genom uttrycklig öfverenskommelse upphäfva nämnda verkan af *l. Ag.* bevisade, att den ur kontraktets natur följande ersättningsskyldigheten måste anses genom sin blotta existens utesluta den af *l. Ag.* följande — en slutsats, som stode i uppenbaraste strid med de citerade *l. 7 § 1 comm.* och *l. 34 § 2 de O. et A.* — Ännu mindre kan en sådan slutsats vara befogad i fråga om de olika *culpa*-måttstockarne, då den obligatoriska *culpa* omfattar ett vidsträckt område, som icke beröres af *culpa l. Ag.*, och för hvilket sålunda den ur aftalets beskaffenhet



följande *culpa*-måttstocken blir ensam normerande: *culpa l. Ag.* hänför sig ju endast till förmögenhetsförlust, försakad genom en på visst sätt åstadkommen sakskada. Om därför en kontrahent öfverenskommer med den andre, att denne endast presterar *culpa lata*, så blir denna öfverenskommelse verksam i den mån, som kontraktet utgör grund för skadeståndsanspråk, och icke vidare: ett anspråk däremot, som har en af kontraktet fullkomligt oberoende grund, kan förfalla endast därigenom, att sistnämnda grund med afseende på det bestämda fallet uttryckligen upphäves. Alldeles detsamma gäller, om rättsordningen såsom ett *naturale contractus* fastställt prestation af *culpa lata* vid visst aftal: denna bestämmelse blir praktiskt verksam endast i de fall, då ingen själfständig grund till ersättningsskyldighet föreligger jämte aftalet, eller då denna grund måste anses genom aftalet uttryckligen upphäfd (hvilket sistnämnda förhållande äfven eger rum t. ex. då för damnifikanten en *res ad se non pertinens* genom aftalet förvandlats till en *res ad se pertinens* näml. såtillvida, som genom denna förvandling, hvilken tydligen inträder *ipso iure*, i och med det att aftalet kommer till stånd, regeln *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* göres otillämplig). — Här af framgår sålunda det obefogade i *Unterholzners* af *Pernice* upptagna resonnemang angående det anförda exemplet l. 27 § 29: »*Was hier die ausdrückliche Verabredung bewirkt, das muss doch wohl in andern Fällen die sich von selbst verstehende Natur des vertragsmässigen Verhältnisses bewirken*«. Det är alldeles samma felslut, som om man ville säga: Emedan kontrahenternas uttryckliga upphäfvande af den aquiliska värderingen och fastställande af en annan norm för ersättningen är verksam, så måste öfverhuvud de vid hvarje kontrakt enligt rättsordningen gällande regler för ersättningsskyldighet utsluta den aquiliska värderingen. Men lika säkert, som kontrahenterna hafva i sin magt att genom uttrycklig öfverenskommelse upphäfva den aquiliska värderingen,

vare sig före eller efter skadegörelsen, lika säkert stadga *l. 7 § 1 c.* och *l. 34 § 2 c.*, att denna värdering icke skall, genom ett aftals blotta existens, anses *ipso iure* upphäfd. Den egentliga kardinalpunkten i *Unterholzners* felslut är den, att han utan närmare analys betraktar tvänne begrepp såsom kongruenta, hvilka i verkligheten icke äro det: den genom den i exemplet omtalade »*ausdrückliche Verabredung*» träffade bestämmelsen, att viss skada icke skall ersättas, täcker sig alldeles icke med den ur vissa aftals »*sich von selbst verstehende Natur*» följande bestämmelsen, att *culpa* ur aftalet skall inträda först vid en viss grad af *neglegentia*. Hade »*die ausdrückliche Verabredung*» haft sistnämnda innehåll, t. ex. gått ut på att helt generelt förändra den vid *locatio conductio* gällande måttstocken *culpa levis* till *culpa lata*, likasom den vid *depositum* såsom *naturale contractus* framträdande bestämmelsen (för depositar), så hade också denna »*ausdrückliche Verabredung*» haft hvarken mer eller mindre verkan än nämnda *naturale contractus* och sålunda lika litet som denna förmått ändra den på annan grund hvilande aquiliska *culpa'ns* måttstock: hade åter det »*sich von selbst verstehende*» *naturale contractus* gått ut på att upphäfva ansvaret för en bestämd skada, så hade ett dylikt *naturale contractus* lika väl som ifrågavarande *Verabredung* uteslutit både obligatorisk och aquilisk *culpa*. Såsom emellertid nu de båda bestämmelserna till sitt innehåll äro beskaffade, innebär det, enligt min åsigt, alldeles ingen motsägelse, att i ena fallet aquilisk *culpa* upphäfves, i det andra icke.

Analogt med det anförda stället är *l. 30 § 2 D. loc. 19, 2 Alfen.*:

*Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte*

En person, som utlegt mul-  
åsnor att belastas intill viss  
tyngd, rådfrågade om *actio*, då  
legotagaren förderfvat dem ge-  
nom för stor tyngd. [Juristen]  
svarade, att han hade såväl *a.*

*eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.*

*l. Aq.* som *a. locati*, men *a. l. Aq.* kunde användas endast mot den, som då drifvit mulås-norna, *a. locati* kunde användas mot legotagaren, äfven om en annan förderfvat dem.

Att i detta fall *l. Aq.* icke vore användbar, om mulåsnan skadats redan af en tyngd, som ej öfverstege den öfverenskomna (förutsatt naturligtvis, att skadan ej uppstått genom en kulpos handling af annat slag), är tydligt. Men lika tydligt är, att detta beror därpå, att grunden för *culpa* i detta fall blifvit uttryckligen upphäfd, i det legotagaren är i sin fulla rätt, då han belastar mulåsnan intill den öfverenskomna tyngden <sup>1</sup>.

Man har vidare, från båda sidorna, beropat sig på *l. 24 § 5 D. sol. matr. 24, 3 Ulp.:*

*Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat cum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coërcendum: quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exiget [exhibet?], nec plus possit, attamen*

Det är nu att undersöka, huruvida en äkta man, som varit grym mot dotalslafvar, kan sökas (med *a. rei ux.*) för denna sak. Har han varit grym endast mot hustruns slafvar, så ansvarar han afgjordt på denna grund. Om han åter till sin natur är så beskaffad äfven mot sina egna, så bör saken i alla fall afgöras så, att en öfver måttet gående våldsamhet hos honom bör tyglas genom denna process. Ty ehuru hustrun endast fordrar den *diligentia* af honom, som han [använder?] i egna förhållanden och ej kan fordra mera, så bör likväl

<sup>1</sup> Äfven *Pernice* (s. 81) medgifver för detta ställe ofvanstående uppfattning. Däremot är bl. a. *Hagemester* (Mag. f. Rechtsw. III, 160) af annan mening. (Jfr *Vangerow* § 681, Anm. 3, II: 1).

*saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.*

den våldsamhet, som i egna förhållanden är tadelvärd, tyglas i fråga om andras tillhörigheter, näml. dotalsaker.

Enligt *Pernices* åsigt skulle detta ställe tolkas på följande sätt: Mannen ansvarar enligt *a. rei ux.*, dels om han misshandlar hustruns slafvar, men icke sina egna dels om han behandlar sina egna och dotalslafvarne med lika, men med så stor grymhet, att den äfven i fråga om hans egna vore tadelvärd. »*Der Mittel-fall also, dass der Ehemann gegen beide Arten von Sklaven die gleiche, aber keine übermässige Sävitia zeigt, begründet die actio rei uxoriae nicht*». Då nu fragmentet ej yttrar sig om något ansvar i detta fall, skulle häraf följa, att ett visst område af den aquiliska *culpa'n* (näml. motsvarande all *neglegentia* större än en *b. p. f.'s*, men mindre än den i den nämnda *immoderata saevitia* framträdande) i fråga om dotalsaker vore *ipso iure* upphäfd<sup>1</sup>. — Mot denna tolkning kan väl icke *Vangerows* anmärkning, att stället icke talar om *a. l. Ag.*, utan endast om *a. rei ux.*,<sup>2</sup> anses tillfyllestgörande, ty det qvarstode just såsom en egendomlighet, att då det är fråga om dylik inom *l. Ag.'s* område fallande skadegörelse, juristen ej yttrat sig om *l. Ag.* (om det varit hans mening, att ansvaret enligt *l. Ag.* skulle varit vidsträcktare än det i fragmentet nämnda). Det torde därför hafva all sannolikhet för sig, att ansvaret enligt *l. Ag.* icke i detta fall sträckt sig utöfver det nämnda. Men häraf följer icke, att något område af den aquiliska *culpan* skulle vara att anse såsom upphäfdt. Hvad som i *l. 24 c.* betecknas såsom en *immoderata saevitia* är helt visst samma grad af *saevitia*, som den *nimia sae-*

<sup>1</sup> *Pernice* Sachb., 92—93.

<sup>2</sup> *Vangerow* l. c.: „In dieser Stelle wird ausschliesslich die Frage behandelt, ob der Ehemann, wenn er mit der actio rei uxoriae belangt wird, wegen übermässiger Grausamkeit gegen die Dotalsklaven zur Rechenschaft gezogen werden könne; und dabei auch nicht im Entferntesten von der actio legis Aquiliae die Rede ist, so vermag ich in der That nicht einzusehen wie aus der Entscheidung dieses Gesetzes irgend etwas für oder gegen unsre Meinung gefolgert werden könnte“.

*vitia*, hvarom i *l. 6 D. ht.*, där frågan uttryckligen rör vanlig aquilisk *culpa*, säges: *culpae adsignatur*. I sådana fall, som det där nämnda (en praeceptors förhållande till sin discipulus) kan en viss grad af stränghet i behandlingen anses tillåten utan att begrunda *culpa l. Aq.* efter vanliga regler: endast en *nimia saevitia* blir kulpos. Och det motsvarande måste gälla i fråga om de under mannens uppsigt och förvaltning stående dotalsakerna. Under det att äfven ett måttligt agande af slafven för en *extraneus* begrundar *culpa*, om skada däraf följer, kan detta omöjligen ställas i fråga för en *maritus*, och icke heller för en *praeceptor*. — Sätillvida som stället stadgar ansvar äfven för den *immoderata saevitia*, som icke öfverstiger den mot egna slafvar ådagalagda, gör det ett undantag från den vanliga regeln om *diligentia quam suis* vid *dos*; att emellertid häri, såsom man å andra sidan velat, finna ett direkt stöd därför, att *culpa l. Aq.* blir oberörd af den för ett gifvet obligatoriskt förhållande gällande måttstocken, är icke heller befogadt: det är ju, i enlighet med *Vangerows* nyss anförda anmärkning, endast fråga om en exceptionel utvidgning af *a. rei ux.* Man måste åtnöja sig med att konstatera, att bestämmelsen icke inskränker det regelmässiga området för *culpa l. Aq.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Likaledes måste man medgifva *Pernice* (ss. 88—89) mot *Vangerow*, att *l. 12 § 6 l. 13 pr. D. de lib. c. 40, 12 Ulp.* (Si quod damnus mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore, quo bona fide mihi serviebat, veluti si ego bona fide dominus noxali iudicio conventus et condemnatus litis aestimationem pro eo obtuli: in id mihi condemnabitur., [*Gaius*:] Illud certum est damnus hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur) samt *l. 1 § 2 D. si is qui test. 47, 4 Ulp.* (Non alias tenebitur iste libertus quam si dolo quid dissipasse proponatur. culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnus qualiterqualiter dederit) ingalunda kunna användas såsom direkta bevis för den här försvarade åsigten. Det är här ej fråga om ett ansvar ur obligatoriskt förhållande, utan om ett speciellt mot *dolus* riktadt förfarande, af samma karaktär, som öfriga genom särskilda *dolus*-aktioner afskilda fall (j. o. s. 8 n. 2). Dessa ställen bevisa således hvar-

Då vi sålunda måste, för Justiniansk rätt, fasthålla, att *culpa l. Ag.* icke *ipso iure* influeras af *culpa*-måttstocken vid ett konkurrerande obligatoriskt förhållande, bör det likväl anmärkas, att själfva det faktiska grundlaget för bedömandet af graden af *neglegentia* (j. o. § 16) kan genom obligationsförhållandet blifva ett annat, än då intet sådant förhållande eger rum. Härpå är redan hänvisadt vid behandlingen af ofvannämnda källställen: mycket, som innebure *neglegentia* hos en *extraneus*, kan icke anses innebära *neglegentia* hos en *conductor*, *maritus*, *depositar* o. s. v. Härigenom reduceras åtminstone i någon mån betydelsen af *Pernice's* anmärkning, att, om ansvaret för sakskada äfven vid *depositum* skulle utsträckas till *culpa levis*, »schwerlich jemand sich zur unentgeltlichen Aufbewahrung fremder Sachen entschliessen würde».

ken mer eller mindre, än den omständighet, att *l. Ag.* inträder (subsidiärt) t. ex. då icke *dolus* utan endast *culpa* förelegat vid en *damnum turba datum*. — Detsamma torde väl äfven kunna medgifvas *Pernice* (s. 88) i fråga om *precarist* och *agrimensor*. („Der Precarist und der Feldmesser hafteten nur für *dolus* und für *culpa lata*, nicht weil die Parteien es so wollen oder ihnen rechtlich ein darauf gerichteter Wille zugeschrieben wird, sondern weil hier überhaupt keine eigentlichen Contracte vorlagen“). — Då man anför *l. 10 pr. D. comm. div. 10, 3 Paul.* (Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet [praestat?], si quid defunctus in re communi admisit. quo nomine legis Aquiliae actio nascitur), såsom bevis, för att *a. l. Ag.* icke blott icke inskränkes af ett *societas*-förhållande, utan t. o. m. utvidgas, såtillvida som den kan anställas mot arfvinge icke endast intill beloppet af vinsten utan för hela intresset, så måste man väl äfven här erkänna riktigheten af *Pernices* invändning („Diese Erklärung würde das ganz eigenthümliche Resultat ergeben, dass der Schadensersatz für Sachbeschädigungen, welche Socii *culpa levi* einander zugefügt haben, von den Erben derselben in vollem Umfange beigetrieben werden könnten, d. h. also, dass der Gesellschafter sich wesentlich schlechter steht, als jeder Extraneus, dessen Erbe nur auf die Bereicherung haftet. — Der Sinn ist ganz einfach: wegen Sachbeschädigung durch einen Socius haftet dessen Erbe mit der *actio legis Ag.* nicht, wenigstens nur unvollständig; man stellt deshalb nicht die Klage aus diesem *ex professo* über den Gegenstand handelnden Gesetze, sondern die *actio communi div.* an, mit welcher man auch gegen die Erben durchdringt“. *Ib.*, s. 82—83; jfr. *Schaaff* I, 131). Visserligen blir, efter sistnämnda tolkning, juristens uttryckssätt mycket inexact (quo nomine legis Aquiliae actio nascitur).

## Öfversigt af innehållet.

### Inledning. KAP. I.

- § 1. Området för *lex Aquilia* subsumeras under begreppet utomobligatoriskt skadestånd. . . . 1—10.

Bestämningen utomobligatoriskt skadestånd innebär, att förpligtelsen grundar sig direkt och totalt på den allmänna rättsordningen och att skadeståndsskyldighet är dess ursprungliga innehåll (ss. 1—3). Den innebär alltid en förmögenhetsprestation för den skadeståndsskyldige, men kan med afscende på den skadeståndsberättigade delas i sådan, som förutsätter förmögenhetsförlust, och sådan, som förutsätter skada af annat slag: *l. Aq.* faller i sin helhet inom den förra delen (4—5). Icke allt förorsakande af förmögenhetsförlust medför skadeståndsskyldighet: gränsen uppdrages af den positiva rätten (5—6). Den Justinianska rätten har icke genomfört en enhetlig princip med afs. på otillåtet förorsakande af förmögenhetsförlust: grunden härtill är den straffrättsliga synpunktens inverkan. (6—7). Splittringen framträdde dock endast vid *dolos* skada (8). Kulpost orsakande af förmögenhetsförlust (utom obligatoriska förhållanden) föll alltid under *l. Aq.*, såvida det medförde skadeståndsskyldighet, men detta inträffade endast, då förmögenhetsförlusten förmedlats af sakskada (8). Af hela området för förmögenhetsförlust, åstadkommen genom sakskada, omfattar sålunda *l. Aq.* 1) all *culpa s. s.* och 2) all sådan *dolus*, som icke faller under särskilda aktioner (9—10).

- § 2. Om kausalprincipen vid påläggande af skadeståndsskyldighet enligt *l. Aq.* . . . . . 10—15.

Den hufvudsakliga grunden för rättsordningen att pålägga *ett* subjekt skyldighet att ersätta ett annat subjekts förmögenhetsförlust har alltid varit kausalsammanhang mellan det ena subjektet och det andras förmögenhetsförlust: vid *l. Aq.* var denna princip den enda bestämmande (10—11). Kausalprincipen har söndrat sig i tvänne: principen af fysisk och, såsom inskränkning däri, principen af psykisk kausalitet (12). Af dessa är i den Romer-

ska rätten den förra äldre; den senare framträder åtminstone sedan *Hadrianus* (13). I den moderna rätten har en partiel reaktion mot den från Romersk rätt upptagna psykiska kausalitetsprincipen redan trängt igenom, och i teorien yrkande framstälts på ett fullständigt återvändande till den fysiska kausalitetsprincipen (14—15).

§ 3. Allmän bestämning af det juridiska kausalitetsbegreppet . . . . . 16—22.

Kausalitet i juridisk mening är icke kausalitet i betydelsen af en absolut och apriorisk förstånds-kategori (16—19). Den sammanfaller däremot med orsaksbegreppet i hvardaglig, praktisk mening, tänkt såsom en förbindelse mellan tvänne begränsade serier af relativt isolerade fakta (19—20). Följaktligen kan icke *kausalitet* såsom ett faktiskt begrepp motsättas *culpa* såsom ett juridiskt: båda äro, i den mening hvori de här måste tagas, juridiska och icke faktiska begrepp (20—22).

§ 4. Öfversigt af den följande undersökningens hufvuddelar . . . . . 22—27.

Det ena subjektet kan vara orsak till det andras förmögenhetsförlust endast genom framkallande af ett fysiskt faktum, som i sin ordning framkallar förmögenhetsförlusten (22—23). De under *l. Ag.* (i dess Justinianska gestalt) hörande fallen måste därför hafva formen af en kausalkedja, hvars första länk är ett medvetenhetstillstånd hos damnifikanten, och hvars sista länk är en ekonomisk förlust för damnifikaten: dessa båda länkar måste förbindas af ett fysiskt faktum, hvori sakskada ingår såsom moment (24). Härigenom framstå vid begreppet *culpa* tvänne requisiter: ett psykiskt requisit, näml. ett medvetenhetstillstånd hos damnifikanten och ett fysiskt requisit, näml. en viss objektiv från detta medvetenhetstillstånd utgående kausalserie (25—26). Med denna indelning korsar sig på vissa punkter en annan, näml. frågan om *culpa's* existens till skillnad från dess omfång (26—27).

I. Det subjektiva (psykiska) requisitet vid culpa I. *Aq.*

A. Begreppet culpa. KAP. II.

1. Allmän utredning.

§ 5. Om medvetandet såsom orsak i allmänhet. 28—36.

För att åstadkomma den nödvändiga praktiska begränsningen af kausalitetsbegreppet, tillämpadt på damnifikantens medvetenhetstillstånd, fordras en måttstock, som visar, huruvida en gifven verkan



skall juridiskt anses möjlig för en människa att beräkna r. afvärja (28—31). Sammanställning af de fyra olika sätt att afgränsa kausalförhållandet mellan damnifikanten och den skadegörande verkan, som vi här (hänfördt till damnifikanten) utmärkt med orden *orsak*, *neglegentia*, *culpa* och *uppsåt* (31—32). Skilnaden mellan dessa begrepp utförd i exempel (33—34). Samma skilnad grafiskt framställd (34—36).

- § 6. Om det juridiska momentet i det psykiska rekviritet för culpa . . . . . 36—44.

*Culpa l. Aq.* är, i motsats t. ex. till modern straffrättslig *culpa*, ett ograderadt begrepp, som endast innebär, att den *in casu* föreliggande *neglegentia*-graden ligger öfver »gränspunkten» (36—38). Grafisk framställning häraf (38—39). Förklaring af den motsatta uppfattningens tillkomst: 1) lagen har i olika fall låtit *culpa* uppstå vid olika *neglegentia*-grad (39—41): 2) lagen har för samma fall låtit olika verkningar uppstå på olika punkter (41—42). Grafisk sammanställning af det i denna § utvecklade förhållande med det fysiska rekviritets inverkan på *culpa*'s existens (42—43). Sammanfattning: *culpa* är ett ograderadt begrepp, inträder först vid en viss grad af *neglegentia* och förutsätter, utom *neglegentia*, ett objektivt rättsstridigt resultat (44).

## 2. Terminologiska anmärkningar.

- § 7. Om de olika användningarne af ordet culpa i rättskällorna . . . . . 44—54.

Öfversigt (44—46). Betydelsen objektiv orsak (47—48); objektiv verkan (49); *culpa s. s.* i motsats till *culpa s. l.* (49—50); »formel» *culpa* i motsats till »materiel» *culpa* (50—52). — Tillägg: användningen af orden *neglegentia* och *diligentia* i rättskällorna (52—54).

- § 8. Oegentligheten af den Justinianska terminologien . . . . . 54—59.

Denna oegentlighet grundar sig på underlåtenheten att åtskilja det psykologiska och det juridiska momentet. Sålunda uttrycka gradationsbestämningarna af *culpa* stundom endast en psykologisk gradation (t. ex. *levissima*), stundom en juridisk (t. ex. *levis* i motsats till *lata*), och »*culpa*» kan finnas utan att tillräkning eger rum (54—55). Fördelen af en annan terminologi, som åtskiljer det psykologiska och det juridiska momentet (56—59).

### 3. Förutsättningar för culpa med afseende på medvetandets allmänna ståndpunkt.

§ 9 . . . . . 59—72.

Den Justinianska rätten ställer i princip samma kraf på alla subjekter i afseende på viljans beskaffenhet (59—60). Undantagsfall har den likväl ansett sig böra medgifva (i motsats till vissa moderna rättssystemer), och dessa fall kunna delas i normala och abnorma (61).

Normala fall. 1) *infantes*: obetingad otillräknelighet (62). 2) *Imp. inf. majores*: tillräkneligheten bestämmes med förenadt afseende å deliktets beskaffenhet och den individuella förståndsmognaden, genom införande af begreppet *doli capax* (62—63), hvilket (mot *Barons* m. fl. åsigt) måste, hufvudsakligen på grund af l. 23 *D.* 47, 2, anses innebära tillräknelighet äfven för kulpos skadegörelse (63—65). Om läsarten af l. 23 c. i. f. (65—66). — 3) *Pub. min.*: vid kulpos skadegörelse beviljades åt denna och föregående klass *restitutio in integrum*; däremot icke vid *dolus*, utom med afseende på regeln »*lis injunctio crescit in duplum*» (66—68). — Praktiskt åtskilja sig således tre åldersklasser: I) från födelsen till tidpunkten för *doli capacitas*; II) därifrån till fyllda 25 år; III) fr. o. m. 25 år (68—69).

Abnorma fall. Permanent vansinne eller svag-sinnet befriar från tillräkning; likaledes därmed analogt, öfvergående tillstånd, om det icke är själf-förevålladt (69). Affekter betraktas såsom själf-förevållade och medföra icke ansvarsfrihet (69—71). Begreppet själf-förevålladt vansinne (i egentl. mening) har däremot ingen betydelse för Justiniansk rätt (71—72).

### 4. Ingår en animus damni dandi såsom nödvändigt moment i det psykiska rekviritet vid culpa l. Aq?

§ 10. Allmän utredning . . . . . 72—75.

Formulering af frågan: Är för existensen af *culpa l. Aq.* möjligheten till insigt om verkans rättsstridighet tillräcklig, eller fordras det möjligheten till insigt, att denna rättsstridighet består i sakskada (72—75)?

§ 11. Den Justinianska rättens bestämmelser . 75—82.

Historik och framställning af *Pernices* åsigt (75—76). Granskning af de af *P.* åberopade källställen: l. 41 § 1 *D. ht.*; l. 14 § 2 *D.* 19, 5 (77—78); l. 4 § 14 *D.* 47, 8 (79—80). Skäl mot a. d. d.: l. 4 c.; den historiska utvecklingen och l. 36 *de R. J.*; § 5 *I. ht.*; l. 28 § 1. l. 29 *D. ht.*; bestämmelserna om *casus mixtus* (80—82).

## B. Vid hvilken grad af *neglegentia* inträder culpa I. Aq.? KAP. III.

### 1. Allmän utredning.

#### § 12. Psykologisk härledning af begreppet *diligentia boni patris familias* . . . . . 83—94.

Föremålet för denna del af undersökningen är, grafiskt uttryckt, att bestämma läget af punkten *l.* (83). Presumtion för måttstocken *dil. b. p. f.*, grundad på bestämmelserna om obligatoriskt skadestånd (83—84). Närmare bestämning af begreppet *neglegentia* genom åtskiljande af en fix och en variabel faktor i medvetandet (84—85). Den exakta bestämningen af *neglegentia* är: det i hvarje ögonblick gifna minus i den variabla faktorns riktning på rättsiden (85—86). Hos hvarje subjekt bildar sig under livets fortgång en för detta subjekt karaktäristisk allmän grad af *neglegentia* r. *diligentia* (86—87). Bland de otaliga grader af allmän *diligentia*, som faktiskt förekomma, fixerade de Romerske juristerne en normalgrad genom införande af begreppet *bonus pater familias*, för hvilket den harmoniska jämvikten af försigtighet med afs. på andras rätt och af nödig handlingskraft var det karaktäristiska (87—88). *B. p. f.* är att fatta såsom en abstrakt typ. *Dil. b. p. f.* ansågs icke af de Romerske juristerne (såsom stundom i modern rätt) liktydigt med den för flertalet människor utmärkande *diligentia* (88—89). *Dil. b. p. f.* måste bestämmas med hänsyn till folkets och tidens uppfattning (89—90). Korollarium häraf med afs. på moderna rättsförhållanden (90—91). Källställen, af hvilka nämnda uppfattning stöddes: § 4 *I. ht. l.* 7 § 4 *l.* 9 § 4 *l.* 28 *pr. l.* 45 § 3 *l.* 52 § 4 *D. ht.*; (91—94).

### 2. Undersökning af källornas uttalanden om måttstocken för culpa I. Aq.

#### § 13. Källställen, som för särskilda fall uppställa eller kunna synas uppställa en annan måttstock än *diligentia b. p. f.* . . . . . 95—106.

*l.* 31 *D. ht.* (95—96); *l.* 39 § 1 *D. eod.* (97—98); § 4 *I. ht.* och *l.* 9 § 4 *D. ht.* (99—102); *l.* 54 § 1 *D.* 41, 1 (102—106).

#### § 14. Källställen, ur hvilka en allmän princip företrädesvis skulle kunna härledas . . . . . 106—118.

*l.* 44 *D. ht.* Tre uppfattningar tänkbara af uttrycket *levissima culpa* (107). Den första, att *culpa* omfattar absolut all *neglegentia*, är oförenlig med många bestämmelser i rättskällorna (108—109). Den andra, att *levissima* utmärker en finit »gränspunkt», lägre än *dil. b. p. f.*, i äldre tider vanlig; har emot

sig bl. a. l. 31 *D. ht.* (109—115). Den tredje, att *levissima* ingenting annat betyder än *levis*, är numera den allmänna inom den Tyska doktrinen; i öfrigt är den moderna rättens ställning till frågan vexlande (115—118).

**3. I hvad mån bör vid substitutionen af bonus pater familias hänsyn tagas till damnifikantens individualitet?**

§ 15 . . . . . 119—144.

Formulering af frågan: skall substitutionen af den fingerade normalmänniskan afse endast den handlandes vilja eller äfven hans öfriga egenskaper: förstånd, ansträngningsförmåga o. s. v. (119)? Olika åsikter härom inom den moderna rätten. Representanter för den åsigt, som vill inskränka substitutionen till viljan (120). Den motsatta ståndpunkten uttryckligen intagen af *Bar* och *Bentzon* (121). Närmare bestämning af differensen mellan de båda åsigtarna. Substitutionen af viljebestämheten innebär alla sådana personliga egenskaper, hvilkas verkan bort kunna beräknas (121—122). Sålunda återstå såsom omtvisteliga blott de fall, då verkan af dylika egenskaper icke kunnat beräknas (123—124). Att *infirmitas* i sådant fall icke begrundar *culpa*, visas *a contrario* af l. 8 § 1 *D. ht.* Detta ställe måste anses omfatta äfven *imperitia* (124—128). Men däraf följer, att detsamma måste gälla om förståndsbegåfning *in abstracto*, på grund af omöjligheten att afskilja denna från *peritia* (128—129). Den motsatta ståndpunkten skulle göra måttstocken *dil. b. p. f.* illusorisk (129—130). — l. 31 *D. ht.* kan ej anföras såsom stöd för den bekämpade åsigten (130—132). Icke heller de af *Bentzon* anförda l. 137 § 2 § 3 *D.* 45, 1; l. 25 § 7 *D.* 19, 2; l. 14 *D.* 13, 7. Dessa ställen röra obligatoriska förhållanden och ansvaret ur personliga brister begränsas af begreppet *culpa in contrahendo* (132—137). Åsigten förklaras af den Justinianska rättens brist på konsekvens, i det den behållit en ur den *acquil.* aktionens penala karaktär härrörande förutsättning för ansvar, näml. fordran på skuld, ehuru den i öfrigt låtit den penala synpunkten falla och icke, såsom vid den straffrättsliga utvecklingen, tagit hänsyn till graden af skuld (137—139). Den historiska utvecklingens hufvudstadier: straff utan afseende på skuld; straff grundadt på skuld; civil ersättning grundad på skuld [Just. rätt]; civil ersättning, vanligen grundad på skuld, men med vissa utvidgningar därutöfver [modern rätt]; samt [såsom möjlig slutpunkt] civil ersättning utan afseende på skuld (140—142). Om det praktiska genomförandet af den här försvarade åsigten för den Just. rättens räkning (142—144).

4. Om bestämningen af *diligentia* med hänsyn till de i det konkreta fallet gifna yttre omständigheter.

§ 16 . . . . . 145—147.

En fix grad af *diligentia* är icke detsamma som en fix grad af den mot faran af rättskränkning riktade medvetenhetsenergien, utan betingar ett afpassande af denna efter de yttre omständigheternas farlighet (145—146). Sålunda innebär den genom *b. p. f.* gifna måttstocken på en gång ett fixt och ett variabelt moment (147).

5. Kan den grad af *neglegentia*, vid hvilken culpa l. *Aq.* inträder, förändras på grund af ett bestående obligatoriskt förhållande mellan damnifikant och damnifikat?

§ 17 . . . . . 148—158.

Källorna gifva härom ingen uttrycklig bestämmelse; däremot stadgas uttryckligen, att den för *l. Aq.* egendomliga värderingen är oberoende af den ur kontraktets natur följande: häraf är den slutsats berättigad, att detsamma, vid källornas tystnad, måste anses gälla om måttstocken för *culpa* (148—151). Undersökning af de för den motsatta åsigten anförda källställena: *l. 27 § 29 D. ht.* (151—154); *l. 30 § 2 D. 19, 2* (154—155); *l. 24 § 5 D. 24, 3* (155—157). Förändring genom obligationens existens i det faktiska grundlaget för bedömande af graden af *neglegentia* (158).

## Tryckfel och rättelser.

Sid. 2 r. 10 nedifr.	<i>står</i> stödd af Nov. 18, 8	<i>läs</i> stödd af § 15 <i>I. Id.</i> och Nov. 18, 8.
> 9 r. 16 uppifr.	> kunde grundas	> kunde i allmänhet grundas* * (jfr. s. 103 n. 2)
> 17 r. 9 nedifr.	> s. 141, n. 4 i. f.	s. 141, n. 1 i. f.
> 49 r. 5 uppifr.	> rädda	> försvara
> 67 r. 13	> förmånen	> rättshjälpen
> 79 r. 4	> tillfälle	> anledning
> 92 r. 20	> öfverhufvud om	> om nämligen
> 95 r. 16 nedifr.	> enär vägar gementigen läggas öfver enskild mark	> enär vägar för allmänheten mycket ofta läggas öfver enskild mark
> 97 r. 17 uppifr.	> [Mo]	> <i>Mq</i>
> 107 r. 6	> <i>c. l. neglegentia</i>	<i>s. l. neglegentia</i>
> 115 r. 18	> från bäde	> för bäde
> 124 r. 6 nedifr.	> körde	> kör
> 132 r. 10	tillägges såsom not: om <i>diploma</i> se <i>Glück XIII</i> , 328; <i>Duaren</i> . Op. p. 787) Comm. ad h. l. (quod a principe impetratur, ut equis publice dispositis uti liceat. Postam vulgo dicimus. Privatis enim absque principis diplomate cursus publicus olim non permittebatur) m. fl.	

