

Tredje mans skadeståndsrättsliga räddningsplikt – straffrätt och skadeståndsrätt är emellertid alls icke två sidor av samma mynt*

JAN KLEINEMAN**

1. Inledning

Hur nära står egentligen de två rättsliga disciplinerna straffrätt och skadeståndsrätt varandra ur ett samtida perspektiv? Man möter inte sällan den ståndpunkten att från ett nordiskt perspektiv en gemensam utgångspunkt i den germanska rättens botsystem skulle binda samman de två disciplinerna. Visst finns där likheter som t.ex. uppdelningen i subjektiva och objektiva rekvisit liksom tanken om att båda disciplinerna skall anses ha en allmänt preventiv inverkan på människors beteende genom att avskräcka från åsidosättande av regelsystemen.

Personligen menar jag emellertid att straffrätten har en betydligt mer handlingsdirigerande funktion och effekt än skadeståndsrätten eftersom skadeståndsrätten är i visst hänseende ett amoraliskt regelsystem där övervärtandet av en förlust från den skadelidande till skadevällaren står i centrum och inte upprätthållande av övergripande etiska värderingar. Det är den reparativa funktionen som utgör skadeståndsrättens huvudfunktion och denna får inte brukas för andra om än så behjärtansvärda ändamål. Skadeståndsrätten iakttagar inte någon legalitetsgrundsats eftersom det oftast finns en presumtion mot att skadan skall slutligen drabba den skadelidande utan skall övervältras på skadevällaren.

* Har tidigare publicerats i Skarhed, Anna m.fl. (red.), Ord och rätt: Festskrift till Hans-Gunnar Axberger, eddy.se ab, Visby, 2020, s. 245 ff.

** Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika ordförande för det vetenskapliga rådet vid Stockholm Centre for Commercial Law.

För straffrätten är korrektionen och dess starkt moralbildande effekt vad som primärt driver regelverkets rättspolitiska utformning. Straffrättens legalitetsgrundsats innebär ett individens rättighetskydd men den som orsakat någon en skada har således alltid att räkna med att detta kan leda till ersättningskyldighet och att rättstillämpningen i ett enskilt fall därvid kan tänkas ha *en viss retroaktiv inverkan* som tar mindre hänsyn till förutsebarhet än vad legalitetsprincipen på straffrätten kan tillåta.¹ Närmaste beröringspunkter har de två disciplinerna när fråga är om ersättning för ideell skada eftersom det här saknas krav på en ekonomisk effekt. När fråga är om ersättning för förmögenhetsförluster – det må vara person-, sak- eller andra förmögenhets-skador – kan visserligen beräkningen av skadan utgöra ett stort praktiskt problem, men ibland tar lagstiftaren olika genvägar för att lösa gränsfall där praxis utvisar en inte sällan påtaglig kreativitet.

När t.ex. det grundläggande oacceptabla förhållandet att dödandet av ett barn huvudsakligen medförde ersättning för barnets begravningskostnader framstod som en moraliskt ohållbar position påbörjades en närmast experimentell utveckling i praxis där initialt viljan att öka ersättningen till anhöriga vid först uppsåtligt dödande och sedan grov oaktsamhet ledde fram till frågan om rätt till ideell ersättning eller om fråga skulle vara om någon form av ersättning för psykiskt lidande men således av personskadekaraktär. Lagstiftningen dröjde, men slutade i vad den statliga utredningen² hade föreslagit, närmast en slags kompromiss mellan det finska systemet som är ett renodlat ideellt skaderättsligt system och det svenska lagförslaget byggt på tanken om personskadeersättning, där de praktiska svårigheterna att fastställa ekonomiska förluster medförde övergång till en schabloniserad ersättning till en på visst sätt fastställd krets.³ Inte heller behövde man fastställa förevaron av

¹ En diskussion som numera förs allt oftare, närmast som en följd av frågan om prejudikatinstansens ökade aktivism, är om det finns några klart uppställbara gränser för hur långt HD skulle kunna vara rättsskapande på förmögenhetsrättens område. Det rör sig således om ännu ett fall av frågan om tillåten om än överraskande rättstillämpning. Se här t.ex. min uppsats i Festskrift till Håkan Hydén, Lund 2018 s. 341 ff., *Jura novit curia och advokaternas oro för överraskande rättstillämpning*. Så länge den rättsliga bedömningen antingen innefattar en analogi från existerande rättsregler eller bygger på tillämpning av komparativt accepterade allmänna rättsprinciper kan enligt mitt förmenande inga hinder möta mot den form av retroaktivitet som tillskapande av nya mer konkreta rättsregler genom prejudikatbildning innefattar.

² SOU 1995:33.

³ Se prop. 2000/01:68. I rättsfallet NJA 2017 s. 1208 uttalade HD bl.a. att ”*rättsfallet NJA 2006 s. 738 slog HD fast att samma schablonersättning som för uppsåtligt dödande ska gälla för sådana fall där dödsfallet orsakats av sådan grov vårdslöshet från skadevällarens sida som*

någon verklig psykisk chock, depression eller annan inverkan på den fysiska hälsan för att ersättning skulle utgå. Det blev formellt en personskadeersättning men i hög grad i det praktiska genomförandet en med ideellt skadestånd besläktad företeelse.

Schabloniseringsmetoden innebär ett sätt att kringgå det ofta mödosamma och dyrbara förfarande som faktisk skadeberäkning, fastställande av kausalitet och adekvans ofta innebär. Den innebär däremot inte att man kan använda skadeståndet som ett moralbaserat korrektiv för att främja ett rättspolitiskt önskvärt beteende. Personer som aldrig uppskattat varandra, ja rentav vars relation präglats av långvarig fiendskap, är inte förhållanden som utgör hinder mot att påfordra ersättning om man tillhör den berättigade kretsen som således erhåller ersättning för den depression som presumeras följa av dödsfallet.

2. Ideellt skadestånd

Den mest brukade metoden för att befria skadeståndsrätten från dess primärt reparativa funktion är metoden att vidga ersättningsrätten för s.k. ideella skador, eftersom ideell skadeersättning inte handlar om att ersätta en faktisk skada och att därför ersättningens storlek beror på de intressen av icke-ekonomisk karaktär som man önskar främja. Traditionellt har ersättningsbeloppen vid ideell skada varit synnerligen återhållna i svensk rätt. Den generella uppfattningen har då varit att sådan ersättning i princip skulle fordra lagstöd. Till skillnad från många andra skadeståndsfrågor har principerna om ideellt skadestånd endast blivit sparsamt behandlade i svensk rätt vilket väl speglar det förhållandet att ämnet inte heller tilldelats särskilt mycket resurser vare sig av lagstiftaren eller av prejudikatinstansen.⁴ Visserligen uttalade HD i det epokgörande rättsfallet NJA 2005 s. 462 följande:

ligger mycket nära ett uppsätligt dödande. Domstolen uttalade vidare att schablonbeloppen innebär att beviskravet på den skadelidande har mildrats även när det gäller förlustens storlek. Utan att behöva ta fram någon utredning om skadans omfattning, har den skadelidande alltså rätt till ersättning för sveda och värk motsvarande ett års akut sjuktid med annan vård än sjukhusvård. Vid uppsätligt dödande eller då dödsfallet orsakats av grov vårdslöshet som ligger mycket nära ett uppsätligt dödande borde, enligt domstolen, beloppet vara dubbelt så högt. HD framhöll att den som visar att han eller hon har lidit en mer omfattande skada kan tillerkännas en högre ersättning än vad som följer av schablonerna.”

⁴ Den mycket påtagliga rättsutveckling som t.ex. ägt rum vad gäller ren förmögenhets-skada eller på området för den konstitutionella skadeståndsrätten och den kommersiella skadeståndsrätten saknas här. Se t.ex. min uppsats i JT 2014–15 s. 495 ff. Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism. Även om brottsskadeersättning

”Traditionellt har svensk rätt intagit en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av gärningar som innefattat en kränkning av någon annans rättigheter eller intressen. Det har brukat anses att detta fordrar särskilt lagstöd. Denna princip återgår dock inte i sig på någon uttrycklig lagregel...”

Någon vilja att frigöra sig mer principiellt från kravet på lagstiftarinträde har emellertid inte HD visat, men med utgångspunkt i att det saknas principiellt stöd för att så skulle vara fallet tog HD sats och i detta epokgörande uttalande slogs följande fast:

”När det gäller kränkningar av rätten enligt artikel 6.1 till prövning inom skälig tid får, mot bakgrund av den praxis som Europadomstolen etablerat genom domen i målet Kudla mot Polen och den skyldighet att vid påföljdsbestämningen beakta denna typ av kränkningar som kommit till uttryck i NJA 2003 s. 414, övervägande skäl anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol.”

Intressant är här domstolens hänvisning till det rent straffrättsliga avgörandet NJA 2003 s. 414 där man uttalade följande:

”Av Europadomstolens praxis framgår att ett sådant rättsmedel inte behöver ge möjlighet till ekonomisk gottgörelse. I brottmål kan compensationen bestå i att utgången i målet påverkas till den tilltalades förmån. För att en sådan gottgörelse skall kunna godtas krävs emellertid att det klart framgår att syftet varit att kompensera för tidsutdräkten och att compensationen varit av väsentlig betydelse för påföljden och skett på ett tydligt och mätbart sätt (se Eckle mot Tyskland, dom d. 15 juli 1982, para. 66–67, Beck mot Norge, dom d. 26 juni 2001, para. 27–28 samt Pietiläinen mot Finland, dom d. 5 nov. 2002, para. 44).

Enligt svensk rätt finns inte stöd för att ett åtal skulle kunna avvisas eller ogillas på grund av att rättegång inte hållits inom skälig tid. Däremot skall rätten enligt 29 kap. 5 § BrB vid straffmätningen beakta om det utöver straffvärdet finns någon omständighet som påkallar att den tilltalade får ett lägre straff än straffvärdet motiverar. Om det skulle vara uppenbart oskäligt att döma till påföljd skall rätten enligt 6 § meddela påföljdseftergift. Även vid val av påföljd skall rätten enligt 30 kap. 4 § 1 st. BrB beakta sådana omständigheter som anges i 29 kap. 5 §.

och kränkningersättning liksom frågan om t.ex. diskrimineringsersättning visar på möjligheten att ge rätten till ideellt skadestånd ökad betydelse och därmed föra in moralpolitiska värderingar i större utsträckning i skadeståndsrätten ser vi ännu inte detta som en ur ekonomisk synvinkel stor fråga.

Kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid är uppenbarligen en sådan omständighet som kan påkalla att den tilltalade får ett lägre straff än straffvärdet motiverar. I den mån det är möjligt att på detta sätt inom ramen för ett brottmål beakta påståenden om oskäliga fördröjningar och gottgöra den tilltalade för sådana kan således Europakonventionens krav på tillgång till ett effektivt rättsmedel tillgodoses genom tillämpning av BrB:s bestämmelser om påföljdsbestämning.”

Man har således redan i detta mål valt att ge en reduktion av straffet i något större omfattning än vad som motsvarar det ”*egentliga*” straffvärdet för brottet trots att det enligt domstolens uppfattning vid denna tidpunkt saknades nationella regler som uppfyllde de krav som EKMR uppställer. Straffnedsättning befanns utgöra sådan kompensation som fyllde kravet på ”*gottgörelse*”. Det görs här en tydlig jämförelse mellan ideellt skadestånd och straffnedsättning som två former av ”*gottgörelse*” vid åsidosättande av EKMR genom underlåtenhet att pröva ett brottmål inom skälig tid.⁵

Det finns tydliga exempel på att HD när man varit hågad därtill använt ideella skadestånd som uttryck för en straffrättslig påföljd närmast som en bot som satts i relation till straffvärdet oaktat ersättningen gått till den som utsatts för handlingen. Det mest spektakulära exemplet och därmed också det mest åberopade är det s.k. Hustler-fallet, NJA 1994 s. 637 där HD först uttalade följande om själva gärningen:

”Det aktuella reportaget, som har rubriken ’En smygtitt i kändisarnas hemliga fotoalbum’, innehåller fotomontage där målsägandena förekommer i sexuella situationer genom att deras ansikten fogats samman med andra personers kroppar. Det kan i och för sig lätt konstateras att bilderna inte är autentiska. Bilderna med tillhörande textvinjetter kan emellertid förmedla intrycket att målsägandena är sådana ’kändisar’ som enligt den inledande texten är sexuellt lössläppta och perversa. Särskilt i förening med reportaget i övrigt måste bilderna anses ägnade att utsätta målsägandena för andras missaktning.”

Domstolen tillade i den straffrättsliga bedömningen därtill att hinder inte heller kunde ”*möta att döma för grovt förtal trots att i tryckfrihetsförordningen inte upptagits någon särskild bestämmelse om grovt förtal (se Axberger, Tryckfrihetens gränser s 226).*”

⁵ Frågan om gottgörelse som en slags ventil mellan straffrättsligt tänkande och skadeståndsrättsligt synsätt borde bli föremål för en större rättsvetenskaplig utredning eftersom det kan illustrera frågan om moralpolitiska värderingars ökade intåg på skadeståndsrättens område.

När domstolen sedan gick vidare för att fastställa relevanskriterierna för storleken på det ideella skadeståndet skröder domstolen inte orden:

”I fråga om skadeståndens storlek bör till en början beaktas att fotomontagen med åtföljande text fått stor spridning och åstadkommit betydande obehag för målsägandena. Effekten har förstärkts av att målsägandena är välkända personer, för vilka det finns ett stort intresse hos allmänheten. Redan av dessa skäl är det motiverat att de tillerkänns betydande skadestånd för lidande och som upprättelse för den oförrätt de utsatts för. Härtill kommer att det med hänsyn till brottens karaktär och de ekonomiska överväganden som kan antas ha legat bakom publiceringen finns skäl att bestämma skadestånden på en så hög nivå att de också kan väntas verka preventivt och sålunda bidra till att förebygga fortsatt publicering av samma art i framtiden. Med beaktande av de anförda omständigheterna bör skadeståndet för envar av målsägandena skäligen bestämmas till 100 000 kr.”

Ett vid tidpunkten anmärkningsvärt högt skadestånd döms ut, där behovet av att kompensera såväl graden av lidande som behovet av upprättelse och där slutligen, med hänsyn till brottets karaktär och de ekonomiska överväganden som kunde antas ha legat bakom publiceringen, skadestånden skulle bestämmas ”på en så hög nivå” att de kunde väntas verka preventivt. Det är klart och tydligt brottets straffvärde som motiverar att det ideella skadeståndet sett utifrån svenska traditioner lades på en synnerligen hög nivå. Oviljan att acceptera s.k. amerikansk skadeståndsrätt brukar ofta illustreras med den vidlyftiga ersättningsrätten som där gives i form av *punitive damages*. Om den i viss mån ersätter rätten till ersättning för rättegångskostnader så har den i vart fall utgjort en grogrund för vidlyftiga ersättningsanspråk som i sin tur lagt grunden för lönsamma s.k. class action-processer. I Sverige infördes trots motstånd det s.k. grupptalansinstitutet, men utan möjlighet till att erhålla mycket stora ersättningar för *punitive damages*, vilket i förening med fortsatta om än ej helt fullständiga förbud att i sådana tvister erhålla ombudsersättningar baserade på utgången i målet medförde att processreglerna aldrig fick den betydelse som måhända lagstiftaren hade tänkt sig.

Det straffrättsliga tänkandet har emellertid trots de begränsade beloppen som utdömts snarare än processrättslig effektivitet kommit att denna väg påverka skadeståndets ställning som grund för ”*upprättelse*”. Till det sagda kan naturligtvis även fogas hela den sedan många år pågående rättsutvecklingen kring kränkningsersättning som också den styrs av ett i grunden straffrättsligt tänkande om straffvärdet för den aktuella kränkningen.

3. Har begreppet ekonomisk skada fått en vidgad innebörd på grund av ”skadeståndsrättslig frustration”?

Två rättsfall som framstår som kanske än mer intressanta när det gäller interaktionen mellan straffrikten och skadeståndsrätten är dels det s.k. *fornminnesfallet* – NJA 1993 s. 753 – dels det s.k. *järvfallet* NJA 1995 s. 249. Båda synes mig illustrera en slags frustration inför vad skadeståndsrätten kan åstadkomma i form av ”högre” rättvisa varför prejudikatinstansen funnit skäl att ”*tumma*” på innebörden av vad som utgör faktiskt liden ekonomisk skada. I det förra fallet ”bestämde” HD att vid ägarens ingrepp i en fast fornlämning på dennes fastighet där fornlämningen var skyddad enligt lagen (1988:950) om kulturminnen m.m., fastighetsägaren ansågs ha förorsakat en sakskada. Det senare är visserligen en argumentationsmässig förbättring i rubriken till referatet i Nytt juridiskt arkiv, då det i själva domen anges följande:

”Vid bedömningen av vilken omfattning en arkeologisk undersökning av en fast fornlämning skall ha måste vetenskapliga arkeologiska synpunkter vara vägledande så att den för forskningen erforderliga informationen kan erhållas. För att utröna om det till följd av B.J:s intrång uppkommit några skador på den i fornlämningen påträffade brandgraven har det enligt A.B:s vittnesmål varit nödvändigt med en arkeologisk undersökning av den omfattning som utfördes. Av utredningen framgår att undersökningskostnaden liksom omfattningen av undersökningen inte avvikit från vad som är normalt och att undersökningen beslutats i samråd med LSt:n i Gotlands län. B.J. kan inte heller på nu behandlad grund undgå ersättningskyldighet och inte heller föreligger skäl för jämkning av skadeståndsbeloppet.”

Det är således inte skadan på ”*saken*” som ersätts utan den förmögensskada som anses tillfogad Riksantikvarieämbetet och som inte avsåg återstället av den skada som enligt hovrättens mening hade tillfogats fornlämningen på ett oaktsamt sätt som skulle ersättas, utan enbart kostnaden för att utröna omfattningen av skadan. Visserligen hade hovrätten funnit att skadevällaren gjort sig skyldig till brottslig gärning, men HD tycks likväl ha haft bekymmer att med hänsyn till den ekonomiska förlust som förorsakats Riksantikvarieämbetet bifalla talan. Det sker med ett resonemang där den icke-officiella rubriken klarlägger domstolens argumentationslinje. Statens utredningskostnad som varken utgör en nödvändig betingelse för att återställa skadan (om det överhuvudtaget gick att göra och det dessutom inte

framgår om sådant återställande faktiskt hade ägt rum) därför att myndigheten tydligen ansåg det nödvändigt att göra en sådan utredning avseende omfattningen av skadan.

Skadeståndet blir en slags straffrättslig sanktion för del i kostnaden för myndighetens övergripande tillsynsverksamhet. Fornminnet hade ju inget ekonomiskt värde som kunde uppskattas på en marknad och därmed inte värderas på sådant sätt som ekonomiska förluster värderas. Kanske skadevällaren dessutom rentav "ägde" fastigheten och därmed förorsakat en ekonomisk skada på sin egen egendom oaktat denne inte ägde rätt att skada egendomen. Möjligen skulle man som kommer att utvecklas närmare se ersättningen som en skadevällarens plikt att bidra till samhällets räddningskostnader för bibehållandet av fornminnen.

Än mer påtagligt blev det att använda skadeståndsreglernas reparativa funktion i järvfallet – NJA 1995 s. 249 – där skadevällaren, som olagligen hade dödat en järv, förpliktades utge skadestånd till staten. Underrätterna fann att skada hade tillfogats på vad som beskrevs som rekreativvärde "eller i detta fall naturvårdsvärde" som tingsrätten uttryckte saken. Den föredragande revisionssekreteraren hade emellertid svårt att tillgodogöra sig ett sådant resonemang och uttalade för sin del att då "den skada som L.S. har förorsakat... inte [kunde] hänföras till en förlust av ekonomiskt slag" därmed närmast var "att bedöma som en förlust av biologisk mångfald och [därför] måste anses som en skada av ideell karaktär" men då det inte fanns "något stöd i lag för att skadestånd skall utgå vid en ideell skada på grund av olaga jakt" och då det "inte heller i övrigt [hade] framkommit skäl för att en sådan skadeståndsskyldighet skulle föreligga" menade denne att talan om skadestånd skulle ogillas.

HD fann visserligen att det inte gick att analogisera från avgöranden om skada på villebrådsstammen. Man konstaterade att det vid "olovlig jakt [kunde vara så att] jakträttsinnehavaren [kunde] bli berättigad till ersättning enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer" men tanken var ju då att man "genom skadeståndet" i princip skulle ersätta "den förlust i möjligheterna att genom jakt tillgodogöra sig villebrådet i det berörda området eller den minskning i jakträttens värde som har tillfogats jakträttsinnehavaren" och att ersättning då sålunda skulle "utgå för skada på villebrådsbeståndet (se NJA 1980 s 497)."

Nu var ju järven fridlyst och därför kunde inte någon äganderätt göras gällande av staten eller av någon annan, således saknade därmed järven ett legalt ekonomiskt värde. HD kunde likväl inte släppa tanken på att utdöma skadestånd och noterade dessutom att när det gällde järv, staten hade att "på

offentligrättslig grund skydda och bevara järvstammen; jfr statens roll enligt lagen (1988:950) om kulturminnen mm (NJA 1993 s 753)."

Likväl kunde man inte lika obekymrat lämna frågan om skadans karaktär till en randanteckning i NJA med en rubrik som i det föregående fallet, utan – kanske under påverkan av revisionssekreterarens klarsynta analys – fann det lämpligt att lämna något slags besked om hur man skulle se på skadan när man inte ens kunde hitta någon utredningskostnad som i fornminnesfallet som kunde utdömas, och därför att ge några mer tydliga besked om hur man såg på ersättningskyldighetens principiella karaktär. Man konstaterade därför att *"skada av det slag varom nu är fråga kan anses ligga på gränsen mellan ideell och ekonomisk skada"*.

Med den utgångspunkten fann man att det också tedde sig *"i och för sig naturligt att vid olovlig jakt av järv liksom vid olovlig jakt av älg beakta den skada som sker på viltbeståndet av just denna viltart"*. Problemet var ju emellertid att *"genom att järven [var] fridlyst [det]... emellertid [måste] anses att den inte har något ekonomiskt värde."* Det var samtidigt klarlagt *"att staten har stora kostnader för denna djurarts bevarande och att dessa kostnader till en del får anses ha blivit onyttiga genom att två järvar på sätt här skett dödats och artens fortplantningsmöjligheter försämrats."* Man bestämde därför att ersättning *"vid olaga jakt på järv [skulle] utgå med det dödade djurets avelsvärde"* samt att skadeståndets storlek fick bestämmas *"genom en skälighetsuppskattning med statens kostnader för den fridlysta djurartens bevarande som utgångspunkt."*

Man skulle kanske i analogi med vad som kommer att närmare beröras nedan kunna se saken så, att staten åtagit sig en slags *räddningsplikt*, nämligen *"för den fridlysta djurartens bevarande"*. Det är således inte själva den olagliga jakten som beläggs med skadestånd utan angreppet på de räddningsåtgärder som staten investerat i djurartens bevarande.

Av särskilt intresse är det tillägg som JustR Lind gjorde och som närmast är en vid denna tidpunkt tämligen ovanlig rättsteoretisk utläggning av skadebegreppens ställning som förklaringsmodell och som innebär att den totala avsaknaden av sådan analys i fornminnesfallet nu här ges en mer principiell utläggning. Den är intressant men knappast förenlig med normala skadeståndsrättsliga principer.

Man knyter nämligen här an till ett äldre rättsfall där HD hade diskuterat frågan om gränsdragning mellan ekonomisk och icke-ekonomisk skada. I NJA 1992 s. 213 som gällde frågan om *"skada på bil och husvagn [skulle] kunna omfatta ersättning för semesterdagar som på grund av skadan inte kunnat"*

användas för rekreation” och HD uttalade där att ”ersättning av det yrkade slaget kan sägas ligga på gränsen mellan ekonomiskt och ideellt skadestånd.” Domstolen fann det därför befogat ”att betrakta förlust av fritid som en skada av ekonomiskt slag stämmer” därför väl överens ”med den allmänna tendensen att tillmäta intresset av fritid och rekreation allt större betydelse.” Man menade vidare att det inte fanns några ”vägande sakliga skäl att här skilja mellan ersättning i och utom kontraktsförhållanden” eftersom ”sakskadan... i detta mål träffat egendom vilken skulle användas i rekreationssyfte.”

Här ser man således hur behovet av att vidga ersättningsramarna när man känner sig övertygad om att den ersättningen som normalt utgår, blir för begränsad genom att beskriva skadan som *en form av gränsfall mellan ekonomisk skada och icke-ekonomisk skada*, där ju förlust av fritid kanske är ett rättspolitiskt önskvärt fall då ersättning skulle vara svår att utge om man inte såg det som en ”verklig” skada, åtminstone med den traditionella svenska inställningen till ideella skador. JustR Lind gick emellertid vidare och bemötte de synpunkter som jag hade anfört om fornminnesfallet i en artikel⁶ om att fråga inte var om en sakskada utan om en förmögenhetsskada genom att anföra att det ”otvivelaktigt” hade varit fråga om ”en direkt tillfogad skada på fast egendom och det är därför naturligt att uppfatta skadan som en sakskada”.

Nu var det ju emellertid inte återställandet av fornminnet som ersättningen avsåg, utan utredningskostnader hos någon som inte ägde ”saken” men Lind såg problematiken så att ”problemet i rättsfallet kan sägas vara inte så mycket om det var fråga om sakskada eller något annat slags skada utan om ersättning för skadan skulle utgå trots att skadevällaren själv ägde marken i fråga.” Det är således en rättspolitisk fråga om det skyddade intresset oaktat Lind inte direkt uttrycker saken så, men konstaterar att det sedan mycket länge i Sverige ”gäller... ett offentligrättsligt skydd för fasta fornlämningar”. Det påpekas vidare att kulturminneslagstiftningen ”vilar på uppfattningen att starka kulturella och historiska intressen föranleder begränsningar i markägarens rätt att använda sin fastighet” och att det mot den bakgrunden var ”följdriktigt att inte bara bärare av privata intressen utan även den som företräder det offentliga intresset skall kunna få ersättning för utgifter som förorsakas av lagstridiga angrepp på det skyddade intresset.”

Vad som borde ha sagts i själva rättsfallet, nämligen att HD här vidgade det rättspolitiska skyddet för offentligrättsliga intressen mer är vad som motiverade ersättningen för den ”sakskada” som uppkommit i fornminnesfallet

⁶ Se Kleineman i JT 1993–94 s. 718 på s. 729 ff.

för staten förs inte fram för det är ju snarare *ersättning för att rädda fornminnen* som utgår.

I järvfallet kunde man emellertid inte applicera motsvarande resonemang konstaterade JustR Lind eftersom järven varken ägdes av någon eller kunde anses ha ett förmögenhetsvärde då den var fridlyst, och frågan blev då om *”de vid den aktuella gärningens begående gällande reglerna om straffansvar för olaga jakt också kan så att säga kompletteras genom regler om skyldighet för gärningsmannen att ersätta staten för skador som jakten kan leda till (olovlig jakt och olaga jakt utgör numera olika former av jaktbrott, se 43 § 1987 års jaktlag).”*

Om det skulle vara möjligt *”måste det emellertid i så fall vara fråga om någon form av skada som kan återföras till en ekonomisk värdering.”* Även här blottställer således JustR Lind skälen till att skadestånd utgår och det är inte fråga om värdet på det skadade djuret, utan det *”starka naturvårdsintresset av skydd mot en utrotningshotad djurart [och som] kan jämföras med det kulturella intresse som finns av att skydda fasta fornlämningar”* som motiverar ersättningsrätten.

Lind konstaterar att i *”båda fallen gäller det att bestämma om rätt till skadestånd kan uppkomma på grund av angrepp på intressen som i sig saknar direkt kommersiellt värde.”* Det senare är ett mycket viktigt konstaterande. Fråga är om angrepp på sådana intressen som inte skyddas av skadeståndsrätten utan genom kriminalisering av vissa gärningar, nämligen otillåtna angrepp på fornlämningar respektive olaga jakt. Till skillnad från fornminnesfallet var det i järvfallet inte fråga om att *”ersätta utgifter som uppkommit på grund av skadevållarens åtgärder”* utan istället en fråga om att *”utgifter som staten haft för att freda järvbeståndet blivit delvis onyttiga genom den olaga jakten”*, men det fanns *”inte någon rimlig anledning att i rättstillämpningen skilja det fallet att redan nedlagda kostnader blivit onyttiga från det fallet att skadan leder till nya oväntade utgifter.”* Lind avslutar med att jämföra med rättsfall som medgivit ersättning för vissa skönhetsvärden och anger att det får vara fråga *”om en skada som ligger på gränsen mellan ideell och ekonomisk skada”*.

Det senare har jag svårt att acceptera, eftersom det som Lind riktigt också konstaterar är statens kostnader i fornminnesfallet för utredningskostnader och i järvfallet starkt stereotypiserade kostnader för bevarandet av järvstammen som blivit *”onyttiga”* genom den brottsliga gärningen. Det är ekonomiska värden som ersätts, men utifrån en bedömning av att brottens straffvärde motiverar att statens kostnader bör ersättas genom de brottsliga gärningarna. Det är således närmast en påföljd på grund av att gärningarna är kriminella som leder fram till att staten får ersättning för skador som inte

ersätts inom ramen för den traditionella skadeståndsrättens förmögenhets-skadebegrepp, eftersom det inte är ett angrepp på ägaren som skadeståndsrätten här upphöjs till att skydda, utan kostnader som staten lägger ner för att rädda järvstammen och som något schablonmässigt bedöms ha minskat i värde genom järvstammens åderlätning.⁷

Håkan Andersson har valt att betrakta järvfallet så, man här valt en strategi från domstolens sida att ”konstruera skada via konstruerad kostnad⁸”. Det är säkert riktigt, men det handlar ju också om att man här tydligt kan iakttaga att HD har en viss faiblesse för att på detta sätt låta det kriminalpolitiska intresset spilla över på skadeståndsrätten. Det är således ingen direkt nyhet, oaktat frågan inte blivit föremål för en mer ingående analys men enligt mitt förmenande rör det i båda fall att slå vakt om rätten till ersättning för ”räddningskostnader”. Staten lägger ner pengar på att slå vakt om fornminnen och hotade djurarter och ett angrepp på dessa räddningsåtgärder skall medföra skadeståndsansvar.

4. Om räddningsplikt för hälare, penningtvättare och andra tredje män som bort inse förevaro av någons bättre rätt till egendom

Om det nu var det jakträttsliga skadebegreppet som i järvfallet användes – för att använda Anderssons uttryckssätt – som ett ”retoriskt genomgångsled” så är det väl kanske än mer tydligt att i ett nyligen avgjort rättsfall HD konstruerar ytterligare en lösning av motsvarande karaktär, när man låter *det straffrättsliga skadebegreppet användas för att konstruera en ekonomisk skada* och där det är än mer tydligt att det är de kriminalpolitiska intressena som påstås ha

⁷ Frågan om marknadsvärdet som rättesnöre för att fastställa vad som är ett förmögenhets-skyddat intresse är dessutom en komplicerad sak. Jag har i annat sammanhang berört frågan om förstörande av t.ex. ett oskönt prydnadsföremål som exempelvis en anskrämlig staty på en fastighet där bortförandet av det förstörda objektet kanske ökar fastighetens värde samtidigt som ägaren helt saknade sådana avsikter och såg föremålet som något av personligt värde. Varför inte detta då skulle medföra rätt till reparationskostnader har jag fört fram, men samtidigt måste jag tillstå att frågan kom i ett annat läge med det starkt ifrågasatta avgörandet av de nedfällna träden där HD inte ersatte merkostnaden för att återplantera motsvarande träd, vilket gjort sådan skadegörelse till en värdeökande åtgärd för grannfastigheter vilka önskar förbättra sig utsikt. Se NJA 2015 s. 199. Ett utmärkt exempel på att brott kan löna sig!

⁸ Se Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer, bok III (2017) s. 268 ff.

motiverat konstruerandet av en ekonomisk skada, samtidigt som det faktiskt snarare torde röra sig om en ny räddningsplikt.

Det är egentligen det fallet som motiverar denna artikel, eftersom det var med betydande hjälp jag såg hur domstolen ånyo experimenterade med skadeståndsrätten som en straffrättsliknande påföljd när fråga är om att ånyo hantera synen på räddningsåtgärder genom att konstruera en princip om räddningsplikt. I rättsfallet NJA 2017 s. 1053 hade tingsrätten funnit att det var utrett att *"någon eller några personer medelst vilseledande förmått företrädare"* för en bank att betala ut 320 000 kr till ett bankkonto i en annan bank och förfarandet hade *"inneburit vinning för gärningsmannen eller gärningsmännen och motsvarande skada för"* banken. Fråga hade varit om ett bedrägeri *"som, med hänsyn till beloppets storlek"* var grovt.

Den berörda gärningsmannen hade *"upplåtit sitt bankkonto för transaktioner"* men då fyra dagar förflutit efter det att bedrägeriet hade fullbordats och det inte var visat *"att hon på något sätt var delaktig när bedrägeribrottet fullbordades"* kunde hon inte *"fällas till ansvar för medhjälp till bedrägeriet"*, men tingsrätten fann däremot att då syftet med att använda hennes bankkonto hade varit *"att dölja att pengarna som sattes in där härrörde från brott"* hade därmed hennes handlande, d.v.s. *"att tillåta insättning på sitt bankkonto och vara behjälplig med att lösa in postväxlarna"*, varit *"sådana åtgärder som omfattas av straffbestämmelsen om penningtvättsbrott"*. Trots föreskriften om ansvar för ren förmögenhetsskada vid brottslig gärning i 2 kap. 2 § SkL fann tingsrätten att skadestånd inte kunde utgå då bedrägeribrottet mot banken redan hade fullbordats när banken utbetalade lånesumman.

Den nu berörda gärningsmannen hade flera dagar senare tillhandahållit sitt bankkonto och då varit *"behjälplig med inlösen av postväxlar"*. Hon hade *"visserligen handlat brottsligt"*, men hon hade inte *"vållat banken skada genom sitt agerande"* eftersom *"bankens skada"* redan hade uppkommit *"då pengarna till följd av bedrägeribrottet"* hade betalats ut. Kvinnan hade därmed inte vållat banken *"dess skada och bankens skadeståndsyrkande"* ogillades. Rättsfakta i målet förefaller ostridiga och tingsrättens bedömning bygger således på den enkla principen att ingen kan genom egen brottslig gärning förorsaka en skada som redan hade förorsakats när brottet begåtts.⁹ För skadeståndsansvar

⁹ Problematiken om vad som utgör "samma skada" är en vid ren förmögenhetsskada återkommande problematik. Jag har nyligen behandlat frågan vad gäller revisorsansvar i min artikel i Festskrift till Göran Millqvist, se a.a. s. 351 ff., Begreppet "samma skada", och varför en revisor inte bör kunna övervältra sitt oakttsamhetsansvar på bolagets styrelse.

krävs i vart fall någon form av medverkansbeteende till det brott som orsakat skadan.

Till skillnad från tingsrätten vars analys vilar på traditionell skadeståndsrättslig metod där fråga är om den gärning som läggs gärningsmannen till last verkligen orsakat skadan och därmed når fram till den logiskt korrekta slutsatsen att en skada som redan timat genom ett förbrott inte kan orsakas av gärningsmannen som gjort sig skyldig till efterbrottet, så finner tydligen såväl hovrätten som HD att en sådan analys inte leder till ett tillfredsställande resultat, men man väljer helt olika vägar för att uppnå det önskade resultatet. Hovrätten gör det lätt för sig genom att först ta vägen över den skadeståndsrättsliga orsaksläran och hävda följande:

”Ett vållande behöver inte vara huvudorsaken till skadan för att medföra ansvar. Om flera olika händelser samverkar är det tillräckligt att vållandet varit en nödvändig del i den sammanlagda skadeorsaken. Om två personer genom sina handlingar samverkar till en ouppdelbar skada, på sådant sätt att man inte kan urskilja vad som är den enes och vad som är den andres del, blir båda ansvariga för hela skadan.”

Med det som avstamp nöjer sig domstolen sedan med att konstatera följande:

”Penningtvättsbrott är ett brott som förutsätter ett förbrott. I aktuellt mål har förbrottet, bedrägeribrottet, i och för sig orsakat [banken] skada. Penningtvättsbrottet har dock varit en följd av bedrägeribrottet och slutligen omöjliggjort för [banken] att återfå den i målet aktuella lånesumman. Härigenom har den brottsliga handling som [gärningsmannen] begått utgjort en nödvändig del i den sammanlagda orsaken till [bankens] förmögenhetsskada. [Gärningsmannen] är därför skadeståndsskyldig i motsvarande mån som hon genom sin handling orsakat banken skada.”¹⁰

Det är således efterbrottets speciella egenskap att omöjliggöra återfåendet av lånesumman som leder till att gärningen beskrivs som en nödvändig del i den ”*sammanlagda orsaken*” till bankens skada. Skulle bedrägeribrottet aldrig ha lyckats om inte penningbrottet kommit till stånd och hur är det i så fall styrkt? Domstolen känner tydligen viss tvivel om detta eftersom penningtvätterskan endast kan bli ansvarig om hon genom sin handling orsakat

¹⁰ Domskälens synes således innefatta två på varandra ologiska och felaktiga slutsatser men uppnår avsett slutmål, att ålägga skadeståndsansvar.

skadan, men den befanns ju redan ha orsakats banken så vilket syfte har domskälens sista mening?

Uppenbarligen har HD sett de logiska problem som hovrättens passionerade domskäl rimligen måste innefatta och här framläggs en ännu mycket mer komplicerad dom och som dessutom ges uttryckligt begränsad prejudikatverkan.¹¹ Först noteras att ”*överföringen gjordes med anledning av att ett lån*” som hade beviljats ”*för en person som inte hade något med bedrägeriet att göra*”. Ett konto hade öppnats i den personens namn och sedan har ett belopp om 300 000 kr överförts från denna helt oskyldiga person till den persons bankkonto som var gärningsmannen i penningtvättsbrottet. *Hur gick då det till?* Den frågan gives inte något svar i domen och det är en fråga som jag har noterat i så många skadeståndstvister. Endast en behörig företrädare för det första kontot kan ju lyfta pengar från detta till tredje mans konto men kontohavaren visste ingenting. Den helt centrala meningen i HD:s dom lyder på följande sätt:

”Överföringen gjordes med anledning av att ett lån hade beviljats för en person som inte hade något med bedrägeriet att göra. Forexkontot hade öppnats i personens namn. Den 8 augusti överfördes 300 000 kr från Forexkontot till ett bankkonto som tillhörde I.F. Av den summan togs samma dag ut 295 000 kr som därefter omhändertogs av en eller flera okända personer.”

Meningen är enligt mitt förmenande civilrättsligt oklar. Det anges att ett lån hade beviljats för en person som inte hade något med bedrägeriet att göra. Av tingsrättens dom som ju vann laga kraft framgår följande:

”Någon eller några ansökte via internet om ett lån på 320 000 kr hos SBAB och uppgav en V.R.P. som sökande. V.R.P. var ovetande om detta. SBAB beviljade lånet och betalade den 4 augusti 2014 ut lånebeloppet till ett bankkonto i V.R.P:s namn i Forex Bank. Från det kontot överfördes den 8 augusti 2014 300 000 kr till ett konto i Nordea tillhörigt I.F. Av den summan togs 295 000 kr ut med hjälp av postväxlar”.

När pengarna utbetalas från SBAB till Forex Bank till ett konto som upptagits i ett namn tillhörig någon som ”*inte hade något med bedrägeriet att göra*” blir den första frågan hur kunde ett lån upptas av någon i SBAB utan att denne vet något om detta och hur kunde Forex upprätta ett konto i

¹¹ Den innefattar däremot en från rent logisk synvinkel korrekt analys av en annan skada och därmed innefattar den inte en lösning på frågan om ersättning för redan timad skada.

dennes namn utan att kontrollera med vederbörande? Civilrättsligt måste i avsaknad av någon form av viljeförklaring av den vars namn utnyttjats gentemot SBAB, denna bank ha en fordran på Forex Bank baserat på en s.k. misstagsbetalning. Nästa fråga blir då hur ”gärningsmannen” enligt penningtvättbrottet kan lyfta pengar från ett konto i Forex? Jag har därvid svårt att förstå tingsrättens straffrättsliga slutsats när det anförs följande:

”Det är utrett att någon eller några personer medelst vilseledande förmått företrädare för SBAB att den 4 augusti 2014 betala ut en större summa pengar, 320 000 kr, till ett bankkonto i Forex Bank. Förfarandet har inneburit vinning för gärningsmannen eller gärningsmännen och motsvarande skada för SBAB.”

Eftersom beloppet insattes på den oskyldiges konto i Forex Bank utan att denne gjort anspråk på beloppet kan väl inte SBAB härigenom ha lidit någon skada oaktat det genom åtgärden förelegat risk för slutlig skada, vilket räcker för att ett fullbordat bedrägeribrott kan ha förelegat av de som riggade låneansökan och lyckades få beloppet överfört till den ”oskyldiges” konto i Forex Bank. Det framgår dock av tingsrättsdomen att ”kontot anslöts till betalning via autogiro”. Det framgår vidare av samma dom att det ”från det kontot överfördes den 8 augusti 2014 300 000 kr till ett konto i Nordea tillhörigt I.F. Av den summan togs 295 000 kr ut med hjälp av postväxlar.”

Hur var det då möjligt för den ”okände” bedragaren att lyfta pengar från den ”oskyldiges” konto i Forex? Har Forex inte gjort någon som helst kontroll av den ”oskyldige” när någon upprättar dennes konto i banken och dessutom ordnar med ett autogiro avseende betalningar från detta konto? Om autogiro i sig möjliggör att utbetalningar kan ske från detta konto utan identitetskontroll, så har den ”civilrättsliga skadan” (i motsats till den straffrättsliga) inträffat när bedragaren för över pengar till penningtvättarens konto och via hennes ”dosa” tar ut pengar från hennes konto. Den civilrättsliga skadan uppkommer således först fyra dagar efter det att bedrägeribrottet hade fullbordats. Emellertid föreligger väl även ett nytt bedrägeri vid den senare tidpunkten, nämligen när någon förmår Forex att utbetala ett belopp via autogiro från den ”oskyldiges” konto utan någon som helst viljeförklaring från denne, för det är ju först då SBAB lider en skada. Intill detta ögonblick förelåg ju en SBABs fordran på Forex som berodde på en misstagsbetalning som – om saken hade yppats innan utbetalningen genom autogiro hade genomförts – inte skulle ha lett till någon skada. Praktiskt sett har någon med mycket goda insikter i bankernas rutiner vid upprättande av konton utnyttjat det bristande kontrollsystemet.

Det är således det bedrägeri som äger rum när Forex betalar ut via autogiro pengar utan att kontohavaren har någon del i den åtgärden som orsakar den verkliga skadan. Här kan man ur tingsrättens dom utläsa följande vad penningtvätterskan uppger beträffande bedragarens beteenden:

”Han ville låna hennes bankdosa och S. sa att han skulle föra över pengar till kontot. Hon misstänkte att det var något skumt. När hon såg hur mycket pengar som kom in på kontot blev hon chockad. S. bad henne ta ut pengarna via postväxlar.”

Utan att besitta den verkliga straffrättsexpertisen frågar jag mig *varför* kvinnan inte anses medverka till ett bedrägeri när hon i ond tro lyfter pengar från ett konto överfört från Forex från en okänd person som hon inte har någon fordran på och detta på begäran av en tredje person som hon enligt egen utsaga misstänkte sysslade med ”*något skumt*”? Det är väl först då SBAB lider en ekonomisk skada? *Var det inte i själva verket nödvändigt med dubbla bedrägerier för att uppnå det avsedda syftet*. Först genom att vilseleda SBAB att föra över pengar till ett konto i Forex och sedan genom att vilseleda Forex att överföra pengar till kvinnans konto i Nordea möjliggjordes den ekonomiska skadan.

Är det inte så att först när pengarna överförs från hennes konto i Nordea till postväxlar som en ekonomisk skada har drabbat SBAB eftersom den ”*okände*” varken haft någon fordran på SBAB eller på Forex. Bankernas interna kontoredovisning innefattar ingen korrekt beskrivning av rättsförhållandet mellan den ”*okände*” och de två bankerna. Ingen hade en mot SBAB självständig rätt till de aktuella medlen och ingen hävdade ens att det belopp som SBAB överfört till Forex representerade någon fordran vare sig mot SBAB eller Forex.

Den ”*okände*” gjorde självklart inte gällande något anspråk. Borde inte därmed det första bedrägeriet innefatta risk för ekonomisk skada och det andra bedrägeriet verklig ekonomisk skada och har hon då inte medverkat till det andra bedrägeriet? Det första bedrägeriet innefattade då en medelbar vinning för gärningsmannen men fordrade för att ge upphov till verklig ekonomisk skada genomförandet av det andra bedrägeriet. Det är då enligt mitt förmenande fel när tingsrätten i skadeståndsdelen uttalade följande:

”I.F. har visserligen handlat brottsligt men hon har inte vållat banken skada genom sitt agerande; bankens skada uppkom redan då pengarna till följd av bedrägeribrottet betalades ut den 4 augusti 2014. I.F. har därmed inte vållat SBAB dess skada och bankens skadeståndsyrkande ska därför ogillas.”

Det straffrättsliga rekvisitet för skada var visserligen uppfyllt den 4 augusti men någon ekonomisk skada har inte drabbat SBAB förrän fyra dagar senare då SBAB:s fordran på Forex inte längre kan göras gällande på grund av det påföljande bedrägeriet. Intill denna tidpunkt hade SBAB en fordran på Forex. Varken Forex eller tredje man kunde hävda någon självständig rätt mot detta krav och gjorde det inte heller. Utan att gå in på frågan om penningtvättbrottets rekvisit överlappar rekvisiten för det andra bedrägeriet så får jag nöja mig med att konstatera att HD här genom att brottmålet vunnit laga kraft, inför skadeståndsmålets rättsliga prövning fått utgå från att fråga varit om ett bedrägeribrott och ett penningtvättbrott. Man borde väl därmed emellertid inte även ha varit tvungen att finna sig i bedömningen att ekonomisk skada drabbat SBAB redan genom förbrottet eftersom detta inte är ett rekvisit för fullbordat bedrägeri?

Märkligt nog noterar HD i sina domskäl dessa premisser och anförde därvid följande:

”Vidare kan skada i straffrättslig mening föreligga redan när det föreligger beaktansvärd fara för slutlig förlust. Det gäller bl.a. vid bedrägeri. I den mån denna fara inte förverkligas kan resultatet bli att det, trots att brott har begåtts, inte föreligger någon skada som är ersättningsrättsligt relevant (se ”Shyam-lånet” NJA 2014 s. 473 p. 10 och 11).”

Om HD hade fullföljt denna tanke borde kanske HD ha ogillat skadeståndstalan på samma sätt som man gjorde redan i rättsfallet NJA 1961 s. 518 som rörde skadestånd vid sakhäleri. Istället öppnar domstolen upp ett nytt kapitel i den alltmer svårtillgängliga skadeståndsläran genom följande tämligen överraskande utsaga:

”Frågan huruvida ett förmögenhetsbrott varigenom en enskild har avhänts viss egendom har inneburit skada i skadeståndsrättslig mening måste följaktligen bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Den straffrättsliga kvalificeringen har i det hänseendet ingen betydelse utöver att brottet utgör en skadeståndsrättslig ansvarsgrund.”

Utsagan är märklig ur flera synvinklar och kan dessvärre ses som en olycklig vidareutveckling ur den vilseledande och i grund legislativt misslyckade¹²

¹² Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen i Festskrift till Gertrud Lennander (2010), a.a. s. 157 ff. men även Kleineman, Ren förmögenhetsskada vid brott – det ”klara” ansvarsområdet? i JT 1989–90 s. 650 ff. Jfr härtill Mårten Schultz SvJT 2017 s. 820 ff., Skadestånd vid ren förmögenhetsskada utan lagstöd.

ansvarsbestämmelsen i 2 kap. 2 § SkL som dessbättre är unik ur en komparativrättslig synvinkel.

Frågan om sambandet mellan ett visst brott och förevaron av en skadeståndsgrundande handling kan endast avgöras med stöd i skadeståndsrättslig metod med tillämpning av principer om handlingens skadeorsakande inverkan i förening med att i vart fall oaktsamhet utgör huvudregeln.

Det är således det deliktuella beteendet som står i centrum för skadeståndsbedömningen, inte brottet. Normskyddsbedömningen avgör om skadan är ersättningsgill men det är en princip som även gäller bortom brottsligt deliktuella beteenden. Att därför tala om att omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande om ett förmögenhetsbrott skulle ha ”*inneburit skada*” torde sakna förankring i skadeståndsrättsligt tänkande och kan inte heller beskrivas som någon form av skadeståndsrättsligt nytänkande. Inte heller kan brottet beskrivas som en ansvarsgrund trots vad som anges i 2 kap. 2 § SkL utan det är brottets skyddsintresse och frågan om brottet verkligen kausalt orsakat skadan som är det relevanta. Den skadeståndsrättsliga analysen torde f.ö. ha blivit frigjord idémässigt från straffrättsligt tänkande redan under senare delen av 1700-talet och bör inte återföras till det äldre botssystemets tankevärld.

Även en senare utsaga blir enligt mitt förmenande skadeståndsrättsligt svårsmält, nämligen följande:

”Den som på ett sätt som är ägnat att försvåra ett återställande tar befattning med egendom som har frånhänts annan genom brott gör sig skyldig till häleri (9 kap. 6 § första stycket 1 BrB). I betraktande av kriminaliseringens skyddssyfte utgör gärningen en skadeståndsrättslig ansvarsgrund och gärningsmannen kan bli skyldig att ersätta den skada som brottsligheten har orsakat egendomens ägare.”

Vilken skada har då häleriet enligt HD förorsakat ägaren? Det förefaller som om någon i HD sett den uppenbara svårigheten att identifiera en skada som förorsakad genom häleriet när bedrägeribrottet redan förorsakat skadan. Det förs nämligen plötsligt in ett oväntat men tämligen kreativt resonemang av utpräglad sakrättslig karaktär som dessutom torde rätta den skadeståndsrättsliga analysen om än något skruvat. Det anförs nämligen följande:

”En ägare som har avhänts lös egendom genom ett brott har rätt att få tillbaka egendomen. Enligt allmänna rättsprinciper om vindikation består ägarens rätt till brottsbytet – med de undantag som följer av 3 och 4 §§ lagen (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre – så länge det rör sig om egendom med fortsatt identifierbarhet. Dessutom kan brottsbytetts rättsliga identitet under vissa förut-

sättningar övergå till annan identifierbar egendom enligt allmänna rättsprinciper om surrogation (se t.ex. ”Saras pengar” NJA 2009 s. 500). Ägaranspråket kan i sådana fall göras gällande i surrogatet, dvs. vad som har trätt i stället för brottsbytet (exempelvis sedlar som gärningsmannen har fått vid växling av stulna sedlar).”

Via lärorna om vindikation och surrogation betonas rätten att återfå egendom eller dess identifierbara substitut. Eftersom häleri brottet har som skyddssyfte att motverka verkan av det primära förmögensbrottet är det försvårande av ett återställandet som förbrottet orsakat, som argumentationsmässigt ställs parallellt med det sakrättsliga vindikationsresonemanget. Trots att det hela framstår som två delmoment i en skadeståndsrättslig analys, framstår det hela som långsökt eftersom skadan fullbordats genom bedrägeribrottet och i den skadan ligger även den olägenhet som ägaren drabbas av genom att förlora dispositionsmöjligheten, om än temporärt. Underlåtenheten att återställa respektive försvårandet av återställandet och därmed motverkandet av vindikationsrättens syfte gör ju inte den av bedragaren förorsakade skadan mindre. Så länge häleren inte bedöms ha faktiskt medverkat till själva bedrägeriet (vilket jag till skillnad från HD emellertid anser ha varit fallet här enligt vad som framgår ovan) så har skadan fullbordats enligt mitt förmenande som tingsrätten fann visat i målet.

Om däremot motverkandet av återfåendet i sig utgör en skadeståndsgrundande gärning, eftersom detta på sätt HD anger är skyddsändamålet bakom häleri- och penningtvättsbrottet, blir saken annorlunda. Den med principen ”*the good samaritan rule*” besläktade principen ”*duty to rescue*” kan här ge vägledning, men den är något annat än att skadeståndsrättslig hänsyn skall tas till misslyckade räddningsförsök genom t.ex. hjälpsats (som fallen var i de ovan berörda fornminnes- och järvfallen), nämligen att *ansvar kan inträda under vissa betingelser för att man inte valde att motverka skada när sådan förutsättning förelegat och dessutom legat nära till hands.*

Kan möjligen HD således här ha introducerat en sådan *skadeståndsrättslig räddningsplikt* baserad på principen om ägarens rätt att återfå egendom som frånhänts denne enligt rätten att vindicera egendom från obehörig besittningshavare? Det är således då fråga om en *skadeståndsrättslig aktivitetsplikt som skulle ligga immanent i häleri- och penningtvättsbrotten när skadan i och för sig redan timat genom förbrottet.*

Från försäkringsrätten känner vi principen om *den försäkrades räddningsplikt* och i försäkringsavtalslagen 4 kap. 7 § samt 8 kap. 13 § återfinns följande:

”När ett försäkringsfall inträffar eller kan befaras vara omedelbart förestående, skall den försäkrade efter förmåga vidta åtgärder för att hindra eller minska skadan och, om någon annan är ersättningskyldig, för att bevara den rätt försäkringsbolaget kan ha mot denne.

Har den försäkrade uppsåtligen åsidosatt sina skyldigheter enligt första stycket, kan ersättningen sättas ned såvitt angår honom efter vad som är skäligt med hänsyn till hans förhållanden och omständigheterna i övrigt. Detsamma gäller om den försäkrade har åsidosatt sina skyldigheter med vetskap om att det innebar en betydande risk för att skadan skulle inträffa eller annars genom grov vårdslöshet...”

På samma sätt känner vi från skadeståndsrätten principen om *den skadelidandes skadebegränsningsplikt*. Det manifesterades senast genom rättsfallet NJA 2017 s. 9. Här är det emellertid fråga om *introducerande av en tredjemans skadeståndsrättsliga räddningsplikt baserad på vindikationsrättsliga överväganden, oaktat man beskriver det som kriminalpolitiska överväganden*. Det handlar då om att försöka hindra eller minska skadan för att därigenom bevara ägarens förmögenhetsrätt. Det kan ju knappast föreligga någon allmän plikt för envar som har möjlighet härtill att på utomobligatorisk grund rädda annan egendom genom aktivitet utan att försöka fastställa när en sådan aktivitetsplikt inträder och vad den kan baseras på. Inom kontraktsrätten känner vi olika former av lojalitetsplikter baserade på kontraktsrättsliga eller kontraktsliknade grunder.

5. Slutsatser

Denna dom betonar enligt mitt förmenande i alltför hög grad straffrättsligt tänkande vilket inte kan vara en helt framkomlig väg för att lösa komplicerade skadeståndsrättsliga frågor. Hälararen orsakar inte den skada som drabbat ägaren genom bedrägeriet, utan för det krävs det, om än i begränsad omfattning, någon form av kausalt betingad medverkan. Häleribrottet är visserligen ett uppsåtsbrott, men man skulle med fog nu kunna fråga sig om den som av oaktsamhet inte beaktar att tredje man har en vindikationsrätt och därmed av oaktsamhet förhindrar ägaren att återfå sin på äganderätt betingade besittning på samma sätt som den som uppsåtligen gör sig skyldig till samma sak skulle undgå skadeståndsansvar. Skulle det däremot räcka om tredje man visserligen ”*inte insåg men hade skälig anledning att anta att brott förelåg*” för att räddningsplikten skulle inträda, eftersom fråga här skulle vara

om oaktsamhet i förhållande till brottet i form av *en häleriförseelse*, men inte på annan grund betingad vindikationsrätt?

För att en skadeståndsrättslig räddningsplikt inte skall riskera att ur skadeståndsrättslig synvinkel baseras på rent slumpmässiga förhållanden bör en sådan räddningsplikt utgå från civilrättsliga betingelser där andra förhållanden än ordalydelsen i ett straffstadgande eller straffrättsliga legalitets- och rättssäkerhetsprinciper får styra skadestandsfrågan.

Sammanfattningsvis utgör fortfarande bestämmelsen om brott i 2 kap. 2 § SkL en svensk anomali inom skadeståndsrätten som HD sedan 1987¹³ etappvis frigjort sig från, trots den märkliga *lagpositivism* som präglat svensk privaträtt där allmänna principer först under de senaste tio åren via HD:s aktivism fått verklig betydelse. Den får inte i det läget komplicera en redan svårtillgänglig skadeståndsrätt.

Intellektuellt var det straffrättsliga och det skadeståndsrättsliga synsättet separerat redan från upplysningstiden och den märkliga ansvarsregeln i 2 kap. 2 § SkL om ren förmögenhetsskada är mer en senkommen reminiscens av avsaknaden av allmänna principer och förhärlikande av lagpositivism. Eftersom straffrätten styrs av legalitetsgrundsatser som saknas inom skadeståndsrätten, där istället frågan om förorsakande av faktisk eller om man så vill verklig skada träder i analysens förgrund, bör inte så komplicerade frågor som införandet av nya principer för utomobligatorisk räddningsplikt baseras på kriminalpolitiska överväganden. Kanske – och enligt mitt förmenande högst sannolikt – skulle en större rättsfallsgenomgång visa på förevaro av andra situationer där aktivitetsplikt kan tänkas föreligga. Redan vad jag här anfört visar tydliga tecken på det.

I det bekanta rättsfallet NJA 2013 s. 145 behandlade HD under rubriken ”*Allmänt om när det föreligger en plikt att i annans intresse motverka skada*” frågan om en skadeståndsrättslig räddningsplikt. Då uttalade HD följande:

”Huvudregeln är att utomstående inte har någon skyldighet att efter förmåga motverka förverkligandet av en fara. Särskilda omständigheter kan emellertid undantagsvis föranleda en sådan plikt. I regel förutsätter det stöd i lag eller annan författning. Men även utan sådant stöd kan det i vissa speciella fall finnas en skyldighet att handla färemotverkande. I de fall där en sådan plikt finns synes det främst bero på en särskild anknytning eller närhet till skaderisken. Av betydelse för pliktens omfattning och inriktning är även farsituationen som sådan, dvs.

¹³ Se NJA 1987 s. 692.

risken för farans förverkligande, de möjliga skadornas storlek samt problem med och kostnader för de skademotverkande åtgärder som står till buds.”

Även om det var en helt annan situation som HD där hade i åtanke för sina allmänna utsagor, måste beaktas att det kan finnas olika situationer då tredje man kan tänkas ha en plikt att rädda den skadelidande. Här uttalade domstolen bl.a. att då ”*[e]n särskild anknytning eller närhet till faran föreligger för den som direkt eller indirekt har medverkat till uppkomsten av denna*” kan ”*[b]eroende på omständigheterna... det medföra en skadeståndssanktionerad skyldighet att verka för farans undanröjande.*” Jag reagerar därför mot HD:s konklusioner i NJA 2017 s. 1053 att det

”måste anses ligga i linje med kriminaliseringens skyddsändamål (se p. 9) att den som påtagligt minskar möjligheterna för den brottsutsatte att få uppkommen skada reparerad har att svara skadeståndsrättsligt för de ekonomiska verkningarna av förbrottet.”

Det är inte kriminaliseringens syfte som skall styra frågan om införandet av en mer generell räddningsplikt, utan de relevansfaktorer som talar för att man inom skadeståndsrätten bör upprätthålla – i vissa undantagsfall – en sådan räddningsplikt, men då efter en mer fristående skadeståndsrättslig bedömning av de problem som är förbundna med en sådan plikt, de risker för tredje man som en sådan plikt skulle komma att vara förbundna med, samt andra sådana faktorer som tillåter tredje man att vara passiv i förhållande till den redan timade skadan. Straffrättsligt- och skadeståndsrättsligt tänkande bör hållas isär eftersom systemen uppbärs av olika rättsliga intressen. HD kan aldrig via kriminalpolitiska överväganden skapa ekonomiska skador, men däremot utnyttja sin auktoritet till att införa nya skadeståndssanktionerade plikter, som i detta fall en räddningsplikt. De moralöverväganden som därvid kan tänkas ligga till grund för kriminaliseringen kan visserligen vara relevanta, men även bortom detta kan nya skadeståndssanktionerade plikter införas genom prejudikatinstansens rättsskapande aktivitet.

