

”Vid sakskada handlar det ytterst om egendomsskyddet”

MÅRTEN SCHULTZ*

Rättigheter och rättvisa i Högsta domstolen

I NJA 2011 s. 576, Byggnadsställningarna, skriver Stefan Lindskog i ett tillägg för egen del (p. 18): ”Kostnaden ersätts endast i den mån den har behövts för ett effektivt återställande. Vad det innebär är en normativ fråga, vars svar beror på dels skyddssyftet med den regel vars överträdelse utlöser ansvar (*vid sakskada handlar det med mitt synsätt ytterst om egendomsskyddet [...]*)” (kurs. tillagd). Uttalandet gjordes i ett sammanhang av bestämmande av ersättning för återanskaffningskostnad vid sakskada där en sak gått förlorad.

För den som tagit del av hur Stefan Lindskog uttryckt sin syn på rätten i andra sammanhang, t.ex. i intervjuer, är uttalandet inte förvånande. Han har återkommande betonat skyddet för fri- och rättigheter, närmast (som jag tolkar det) som ett fundamentalt värde i rättsordningen. Något år senare gjorde Högsta domstolen en allmän iakttagelse om förhållandet mellan rättigheter och civilrätten.

I NJA 2012 s. 464, Frihetsberövandeersättningen, som rörde ersättning enligt lagen (1998:714) om ersättning för frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder (frihetsberövandelagen) tog en enhällig sats i Högsta domstolen temperaturen på en rättsutveckling i civilrätten. ”Ur det rättighetsperspektiv som i allt högre grad har kommit att prägla synen på rättsordningen, bl.a. inom skadeståndsrätten, är den givna utgångspunkten att allas frihet värderas lika.” Stefan Lindskog deltog även i detta avgörande. När dessa allmänna uttalanden sätts i sammanhanget av det citerade uttalandet från 2011 års avgörande kan vi skönja en teoretisk grundsyn. Rättighetsperspektivet präglar synen på rättsordningen i stort, men är kanske tydligast inom civilrätten. Denna grundsyn gör sig gällande även inom skadeståndsrätten och dess behandling av sakskador.

Det finns i och för sig anledning att vara försiktig med att mjölka dessa uttalanden. (Interpretativ återhållsamhet är ju en rättskulturell dygd.) Men

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

det är intressant att dessa två uttalanden placerar skadeståndsrätten och sakskadorna i en idéutveckling som framhåller betydelsen av grundläggande mänskliga fri- och rättigheter. Denna idéutveckling gör sig gällande på olika sätt. Ur ett rättstillämpningsperspektiv anknyter den till utvecklandet av en särskilt rättighetsgrundad skadeståndsrätt.

Katalysator för utvecklingen är framför allt *Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna* (Europakonventionen). I praxis var startpunkten Högsta domstolens beslut i NJA 2003 s. 217 (Holm I), där det fastslogs att ett skadeståndsanspråk som grundade sig på Europakonventionen utan att ha stöd i "vanlig" svensk lag, inte kunde betraktas som helt tokiga utan förtjänade en rättslig prövning i sak. Ansvarsformen etablerades därefter genom NJA 2005 s. 462 (Finanschefen på ICS), där Högsta domstolen använde Europakonventionen som ett ansvarsgrundargument.¹ Genom NJA 2009 s. 463 (Kommunens olaga frihetsberövande) konstaterades att även kommuner kunde ådra sig skadeståndsansvar vid överträdelse av Europakonventionen. Europakonventionen kan emellertid inte utgöra en självständig grund för skadeståndsansvar gentemot privata rättssubjekt, enligt NJA 2007 s. 747 (Trygg-Hansas filmning) vilket upprepades i NJA 2015 s. 899 (Byggnads granskningsavgifter). Ansvarsformen har nu givit upphov till lagstiftning som kommer att ha trätt i kraft när denna festskrift överlämnas.² I två avgöranden har Högsta domstolen funnit att även *regeringsformen* kan utgöra en grund för skadeståndsansvar, NJA 2014 s. 323 och NJA 2015 s. 332.

Vid sidan om utvecklingen av en rättighetsbaserad skadeståndsrätt i praxis har det vuxit fram en teoretisk syn på skadeståndssanktionen grundad i ett rättighetstänkande. Den har tagit sig olika former. En infallsvinkel har varit liknande den som indikeras av Högsta domstolen i 2012 års avgörande Frihetsberövandeersättningen, nämligen att söka förklaringar av civilrättsliga normer och läror i rättighetsargument.³ I en sådan förklaringsmodell utgör alltså grundläggande fri- och rättigheter, antingen de är uttryckta i en samling normer som Europakonventionen eller antas utgöra en närmast

¹ Något motvilligt använder jag av respekt för festföremålet de namn på rättsfallen som Högsta domstolen har använt i den mån jag funnit ett sådant namn. (Jag kan ha missat något när Högsta domstolen i ett avgörande givit en ny etikett åt ett tidigare avgörande.) 2005 års avgörande heter ju *egentligen* "Lundgren-domen".

² Saken utreddes redan i SOU 2010:87, Skadestånd och Europakonventionen, där det föreslogs att den Europakonventionsgrundande möjligheten att erhålla skadestånd skulle kodifieras. Efter viss väntetid gick lagstiftaren vidare med förslaget, se prop. 2017/18:7. I början av 2018 beslutade riksdagen att rätten till ersättning vid överträdelser av Europakonventionen skulle skrivas in i skadeståndslagen.

³ En inflytelserik framställning i engelsk rätt är Robert Stevens, *Torts and Rights*, Oxford 2007, där Stevens metodiskt förklarar olika common law torts utifrån en rättighetsuppfattning.

naturrättslig utgångspunkt för rättsordningen, ett argument för att förstå varför den mer konkreta rättsliga regleringen ser ut som den gör.⁴

Hur kan en förklaringsmodell av det här slaget användas? Ett sätt att närma sig denna fråga är att testa hur den inställning som uttrycks i uppsatsens namn är förenligt med ett avgörande från Högsta domstolen från 2015, *De fällda träden* (NJA 2015 s. 199).⁵ Det är ett avgörande som Stefan Lindskog själv inte deltog i. Det kan framstå som märkligt att jämföra ett enskilt rättsfall med en helt allmän iakttagelse av det slaget som kommer till uttryck i denna uppsats namn. Men fallet med tallarna på Gotland är lämpat för reflektioner kring rättigheter och sakskadeersättning. Det är nämligen en dom som vid en yttlig betraktelse är svåröfrenlig med flera skadeståndsrättsliga grundbultar, som principen om full ersättning och differensprincipen. Dessa grundbultar har en koppling till rättighetsperspektivet. Men först en presentation av fallet.

Dödade träd

*dom kom som tjuvar i natten
och fällde den sjuhundraåriga eken*

*i nästa liv
ska de hängas i samma träd*

Bruno K Öijer, *Straffet*.⁶

Rättvisan är bister i Bruno K. Öijers dikt. Döden genom hängning är trädgårdslarens öde. Kanske är det den s.k. TV-eken, den flera hundra år gamla eken på Oxenstiernsgatan som sågades ned 2011, som hemsöker poeten. Trädet togs ned med motiveringen att det var skadat och möjligen hade drabbats av

⁴ Det finns emellertid också en koppling till en djupare filosofisk syn på rätten, närmast ett rättsteoretiskt *paradigm*, som vuxit fram i det akademiska samtalet. I detta paradigm är skadeståndsrätten ett uttryck för *korrektiv rättvisa*. Några ledande framställningar är Jules Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge Mass. 1992 och Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1995. Dessa teorier presenteras ur ett svenskt perspektiv i Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3. Efter att denna framställning publicerades är det i Norden framför allt i Norge som rättviseteorier tilldragit sig intresse. Se t.ex. Bjarte Askeland, *Rettfærdighetsideer i norsk personskadeerstatningsrett*, i *Velferd och rettfærd*. Festskrift till Asbjørn Kjønstad, Oslo 2013, s. 17 ff.

⁵ Jag har sett fallet benämnas på olika sätt. Ett annat namn som florerat är "Tallarna på Gotland". När Högsta domstolen hänför sig till fallet i avgörandet NJA 2016 s. 945 är det utan något särskilt namn.

⁶ Bruno K. Öijer, *Och natten viskade Annabel Lee*, Stockholm 2014, s. 83.

rotröta, vilket medförde att det riskerade att falla och därmed kunde orsaka personskador. Problembeskrivningen accepterades emellertid inte av alla. Vissa arborister hävdade att det gamla trädet gick att rädda. Engagemanget för ekens bevarande var starkt, i vissa fall närmast fanatiskt.⁷ Protesterna gjorde att fällningen fördröjdes och den kunde enbart genomföras, mitt i natten, med stöd av ett flertal poliser. Efter att trädet tagits ned fick tjänstemän på Trafikkontoret motta hot och skyddas med livvakt.⁸

TV-eken är ett extremt exempel. Men bevarandet av träd, åtminstone gamla träd, river upp känslor. Den finns en ödesmättad symbolik i deras ålder. Människans livscykel är som längst omkring hundra år. Träden har i vissa fall funnits där sedan långt innan vi föddas och de kommer att fortsätta att leva långt efter vi har dött. Om inte människor hugger ned eller förgiftar dem, förstås. Och det gör människor.

Bakgrunden till NJA 2015 s. 199 var att en person hade fällt tre tallar och skadat ytterligare en så allvarligt att den var tvungen att fällas.⁹ Tallarna var gamla. Såvitt kunde utredas var träden självsådda, inte planterade, och de var mellan 65 och 115 år. Ägaren, B, till den fastighet varpå tallarna stod begärde ersättning från skadevållaren för sina träd. Skadevållaren var gäst hos ägarna till grannfastigheten. Dessa grannar hade tidigare klagat på att tallarna hindrade solljuset och frågat B om hon kunde tänka sig att ta ned träden. B hade varit avvisande.

Rättvisan var inte lika drakonisk i Högsta domstolens dom som i dikten. Och den kom i olika former – inte bara i formen av vedergällning. Avgörandet behandlade närmare bestämt både den straffrättsliga och den skadeståndsrättsliga aspekten av trädfällningarna. I skadeståndsdelen, som behandlades först, var det skadeståndsbestämningen som stod i centrum.

Högsta domstolen inledde med att med i utgångspunkt i skadeståndslagens 5 kap. 7 § konstatera att skadestånd för sakskada bestående i att en sak gått förlorad innefattar en rätt till full ersättning för sakens värde. Mer konkret kan ersättningen, konstaterade Högsta domstolen med stöd i förarbetesuttalanden, beräknas utifrån försäljnings- eller återanskaffningsvärdet.

Utgångspunkten, noterade Högsta domstolen vidare, är att sakens värde ska svara mot återanskaffningskostnaden: "Ersättningen bestäms då med ledning av vad det kostar att köpa ny egendom av samma slag som den skadade med avdrag för bl.a. ålder och bruk." Återanskaffningsvärdet leder normalt till en högre ersättning än försäljningsvärdet och är därmed mer

⁷ Epsteins Stockholm: Stockholmarna sörjer och tar strid för TV-eken, DN 17/10 2011.

⁸ Livvaktsskydd efter ekfällning, SvD 2/12-2011.

⁹ Rättsfallet kommenteras i Svante O. Johansson, Två domar, två ersättningsberäkningar och 18 olovligen fällda träd, TFR 2016, s. 216 ff. och Marcus Radetzki, Beräkning av skadestånd avseende träd som avvercats olovligen, JT 2015–16, s. 927 ff. Se även Håkan Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2017, s. 148 ff. och Bertil Bengtsson, Ideella värden i fastighetsrätten, Stockholm 2016, s. 71 f.

förmånligt för den skadelidande, vilket tillgodoser skadeståndets reparativa funktion. En på försäljningsvärdet beräknad ersättning kan å andra sidan användas när försäljningsvärdet överskrider återanskaffningsvärdet, men även när egendomen är unik och det inte finns möjlighet att återanskaffa den. Ibland har domstolarna funnit att träd och växter som växer sakta har räknats till denna senare kategori.

I tidigare praxis har Högsta domstolen funnit att ersättning vid olovlig trädavverkning även kan inkludera rätt till ersättning för prydnadsvärdet. (Här hänför sig domstolen till två gamla rättsfall, NJA 1898 s. 290 och NJA 1919 s. 1.) I dessa tidiga fall "synes", skriver Högsta domstolen, skadan ha bestått i att fastighetens värde minskat och skadeståndet har därvid skälighetsuppskattats. Förklaringen till denna lösning var att det inte fanns någon ny eller motsvarande egendom som kunde ersätta skadan.

Efter detta går Högsta domstolen in särskilt på beräkningen av ersättning för förlorade träd och konstaterar att även i dessa fall, om träden "representerar mer än ett vedvärde", är återanskaffningsvärdet utgångspunkten. Metoden förutsätter dock att det går att ersätta de avverkade träden. Här finns det anledning att direkt citera domskälen (p. 12–13, referenser utelämnade):

"Det kan inte krävas att den nya egendomen helt svarar mot den skadade egendomen. Ett sådant krav är i praktiken inte möjligt att uppfylla i fråga om växande träd och skulle därmed alltför mycket inskränka det skydd som för den skadelidande ligger i att återanskaffningskostnaden läggs till grund för ersättningen. Det får därmed anses tillräckligt att likvärdiga träd kan anskaffas. Längre än så är det emellertid inte möjligt att utsträcka principen om att värdet ska beräknas efter återanskaffningskostnaden.

Att ersättningsträden i vissa avseenden påminner om de avverkade träden – att de är så lika som möjligt – innebär inte i och för sig att det är fråga om en återanskaffning eller om likvärdig egendom. Om de inte är likvärdiga, måste synsättet vara att de avverkade träden inte kan ersättas genom återanskaffning av några andra träd. Ersättningen får då beräknas på grundval av ett minskat försäljningsvärde. I normalfallet blir det fråga om fastighetens, inte trädens, minskade värde."

Högsta domstolen betonar därefter att omständigheterna i det enskilda fallet får speciell betydelse i fall där skadan drabbat växande träd. När självsådda träd växt naturligt under lång tid är det svårt att anskaffa likvärdig egendom, konstaterar domstolen och uttalar (p. 15):

"I sådana fall framstår det inte som praktiskt genomförbart att skaffa träd som i egentlig mening är likvärdiga med de avverkade. Det är därmed inte möjligt att beräkna ersättningen med ledning av en återanskaffning, som ju inte kan ske. Skadeståndsberäkningen får då i stället grundas på fastighetens minskade försäljningsvärde. På så sätt blir det möjligt att beräkna en ekonomisk skada för fastighetsägaren på objektiva grunder och att undvika mer subjektiva inslag i bedömningen av skönhetsvärden i naturen. Som har anförts i det föregående kan dock den påvisbara minskningen av fastighetens värde bli förhållandevis liten eller ingen alls. För att materiellt otillfredsställande resultat ska kunna undvikas, måste det då finnas utrymme för en uppskattning av skadan efter skälighet (jfr NJA 2011

s. 576). Också den bedömningen ska göras på objektiva grunder och med utgångspunkt i vad som allmänt sett kan antas påverka fastighetsvärdet i ett särskilt fall.”

I det enskilda fallet fann Högsta domstolen att utredningen inte gav stöd åt att det gick att ersätta de skadade träden med likvärdiga träd och ersättningen bestämdes istället med utgångspunkt i en uppskattning av fastighetsvärdets minskning efter skadegörelsen, med tillägg även för vedvärdet.

Skadeståndsresonemanget fick vidare implikationer även för den straffrättsliga bedömningen. Hovrätten hade bedömt handlandet som grov skadegörelse. Högsta domstolen utgick från den skadeståndsrättsliga värderingen av skadan och fann med stöd av denna att brottet inte skulle bedömas som grovt utan av normalgraden.

Allmänna reflektioner kring Högsta domstolens domskäl

Unik, och unikt unik, egendom

Domskälen rörande de fällda tallarna ger upphov till funderingar. När är ett träd unikt? TV-eken, som i den offentliga diskussionen understundom framträdde närmast som Yggdrasil, var unik. Men dvärgpalmen, inköpt för 299 kr på en butikskedja, är också unik. Liksom varje enskilt träd i en industriskog.

All egendom som kan hänföras till sakskadefacket är unik. Det är nu inte alltid en unicitet som är relevant, vare sig för den skadelidande eller för skadeståndsrätten. Men ibland är den det, även när man kanske inte skulle tro det. Den nedhuggna granen var det sista fasta minnet från en bortgångna livskamrat.¹⁰ Till och med sedeln, den kanske mest utbytbara av saker, är understundom meningsfullt unik. Det kan vara sedeln med ett nedkrafstat telefonnummer från en festkväll för länge sedan eller symbolen för en första löneutbetalning.

När Högsta domstolen gör ett frånsteg från principen om full ersättning för vissa saker så kan det inte, i alla fall inte på ett övertygande sätt, förklaras med att dessa saker är unika. Alla skadade saker är unika, men vissa är med Högsta domstolens resonemang mer unika än andra. Och när de är inte bara normalt unika utan unikt unika så kan den skadelidande försättas i en sämre sits.

¹⁰ Jfr ”Kommunen sågade ner fel julgran till sitt torg – ”enda fasta minnet efter min fru””, Dagens Juridik 27/11 2015, <http://www.dagensjuridik.se/2015/11/kommun-sagade-ner-fel-julgran-till-sitt-torg-enda-fasta-minnet-efter-min-fru>.

Civilrätten först!

En annan aspekt av fallet rör förhållandet mellan civilrätt och straffrätt. Detta är ett förhållande som ofta är komplicerat. Den civilrättsliga bestämningen av skadans storlek blev i 2015 års avgörande normerande för den straffrättsliga kategoriseringen av skadegörelsebrottet. Straffrätten fick spela andrafiolen och skadeståndsrätten fick sitta i strålkastarljuset. Den som vurmar för civilrättens ansvarsläror kan måhända drabbas av en viss upprymdhet över denna prioritetsordning vid en första läsning. Metoden ger dock upphov till frågor.

I tidigare avgöranden har skaderekvisit i brottsbalken, åtminstone vid tillämpning av stöldregeln, tolkats utifrån en straffrättslig begreppsbyggnad som avviker från hur sakskadebegreppet brukar förstås i skadeståndsrätten.¹¹ När tillgrepp inte leder till en skada (i straffrättslig mening) kan ett tillgrepp fångas upp av t.ex. egenmäktigt förfarande. Hur ska denna metod användas om det inte sker någon värdeminskning alls för den skadelidande? Eller om trädfällningen kanske till och med ökade värdet på den fastighet där träden växte, kanske som följd av att man därigenom fick sjöutsikt från verandan på tomten?

Sakskadorna, egendomsskyddet och rättvisan

Anekdotisk bevisföring om effekterna av De fällda träden

Högsta domstolens avgörande gav som redan framgått upphov till frågor, men även till reaktioner. För att töja en aning på vetenskaplighetens format kan jag inte låta bli att återge några av de reaktioner jag själv mötte.

En affärsjurist sade i en paus i ett möte, som rörde något helt annat, att Högsta domstolens dom var "det bästa som hänt" eftersom hon nu kunde hugga ned trädet på grannfastigheten på landet, som alltid stört henne, utan någon större kostnad. En företrädare för en kommun som ringde oroad sig över kommunens möjligheter i en tvist där en nyinflyttad kommuninvånare hade fällt träd på kommunens mark för att få havsutsikt, som medförde att värdet på hans fastighet ökade betydligt.

¹¹ Se t.ex. NJA 2007 s. 345 (tillgrepp av registreringsskylt utgjorde inte en sådan skada som krävs enligt stöldregeln, eftersom skylten inte hade ett "fristående marknadsvärde" och inte heller kunde anses "representera ett förmögenhetsvärde". (Jfr även NJA 1986 s. 550.) I NJA 1993 s. 480 fann Högsta domstolen att tillgrepp av pass inte innebar att någon förmögenhetsöverföring skett från passets innehavare till den som tillgrepp det och att stöldregelns skaderekvisit därför inte var uppfyllt, trots att tillgreppet hade inneburit utgifter för brottsoffret. (Den åtalade personen dömdes för egenmäktigt förfarande.)

En tredje reaktion kom från en jurist som hade erfarenhet från flera rättegångar avseende olovligt fällda träd. Juristen såg Högsta domstolens argumentation som en öppning för att kunna erhålla ”riktigt höga belopp” för den skadelidande om hon bara såg till att lägga fram tillräcklig bevisning om att det fanns ersättningsträd att köpa som faktiskt kunde anses som likvärdiga de fällda träden.

En mer återkommande reflektion rörde dock avgörandets förenlighet med *principen om full ersättning*. Det är denna aspekt som hänger samman med de teoretiska frågor som inledningsvis togs upp.

Principen om full ersättning och egendomsskydd

Principen om full ersättning är ett centralt tema i skadeståndsrätten. I en artikel för några år sedan beskrev jag temat på följande sätt.¹²

Syftet bakom skadeståndet är i allmänhet att den skadelidande skall fullständigt repareras, *restitutio in integrum*. De negativa effekterna av den skadeståndsgrundande handlingen skall utraderas. Denna idé är fundamentalt i svensk skadeståndsrätt. Det samma gäller i andra rättsordningar.¹³

Principen om full ersättning är förankrad i skadeståndsrättens grundläggande tanke om att ett skadestånd syftar till att återställa den störning i den skadades situation som den ansvariga givit upphov till. Principen om full ersättning hänger således intimt samman med tanken på skadeståndets *kompenserande funktion*. Det brukar allmänt tas för givet att skadeståndets primära funktion är den kompenserande eller reparativa i svensk rätt.¹⁴ Det är också en rimlig inställning.¹⁵

¹² Full ersättning för sakens värde, JT 2009–10, s. 846 ff., på s. 848 f.

¹³ I BGB § 249, st. 1 sägs det således, i fri översättning, att skyldigheten att utge ersättning skall återställa situationen som skulle ha existerat om inte omständigheten som gjort honom skadeståndsskyldig hade förekommit. Liknande inställning intas i den italienska civilkoden § 2058 I, i den grekiska civilkoden, § 297, st. 2 och i den portugisiska civilkoden, § 562. I en filosofisk betraktelse över skadeståndets syften utifrån engelsk rätt har det hävdats att principen om full ersättning till och med är den kanske viktigaste principen i skadeståndsrätten över huvud taget. ”Perhaps the most fundamental principle governing the award of damages in the law of torts is that it is the purpose of damages to restore the plaintiff to the position he or she would have been had the tort not occurred – *restitutio in integrum*.”, Bruce Chapman, *Wrongdoing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice*, i David Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 409.

¹⁴ Så Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993, s. 323.

¹⁵ Se för argument för detta Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3. När det gäller ideell skada så kan den kompenserande/reparativa funktionen uppfattas som mer svåruppnåelig. Men även när det gäller sådan skada så är kompensationsfunktionen betraktas som primär, se härvid SOU 1995:33, s. 317 ff. och särskilt om ideell skada, s. 320 ff. Se även prop. 1975:12, s. 111.

Sedan jag skrev ovanstående har ämnet varit föremål för viss diskussion. Variationer av principen har framhållits som utgångspunkter för bedömningen när det gäller förlorad (eller totalförstörd) egendom i NJA 2016 s. 945 (p. 12) och NJA 2015 s. 199 (p. 6). Stefan Lindskog resonerar en del kring ämnet i det ovan nämnda särskilda tillägget i NJA 2011 s. 576.¹⁶ Marcus Radetzki har framfört att principen om full ersättning är för abstrakt för att kunna ge vägledning i en praktisk bedömning.¹⁷

Principen om full ersättning har hur som helst en tydlig koppling till egendomsrätten/-skyddet. Det är härvid fruktbart att tänka på skyddet för fri- och rättigheter som två lager. Egendomsrätten är en grundläggande rättighet, på samma nivå som yttrandefriheten eller skyddet för privatlivet. Rätten till skadestånd när egendomsskyddet inte respekterats är en sekundär rättighet. Skadeståndsrätten ställer upp med ett rättsmedel för den vars rättigheter överträts.

För att klä det i rättviseteoretiska termer: när den moraliska balansen mellan rättighetsinnehavaren och rättighetsöverträdaren brutits ger skadeståndsrätten den drabbade en möjlighet att kräva att balansen ska återställas, orättvisan ska korrigeras (i den mån det låter sig göras med pengar).¹⁸ Genom den ekonomiska ersättning som utgår kan rättighetsinnehavare reparera den skadade egendomen eller, om egendomen gått förlorad, ersätta den med något mer eller mindre likvärdigt. Det senare – "mer eller mindre likvärdigt" – rymmer en komplikation. Som redan har nämnts är det aldrig möjligt att fullständigt ersätta en sak med en annan sak. Alla saksador drabbar, i ordets egentliga mening, unik egendom. Återanskaffningsintresset kan således aldrig tillgodoses fullt ut. Men det är ju inget ovanligt i skadeståndsrätten, där vi hela tiden arbetar med vi-får-göra-så-gott-vi-kan-lösningar. Det bästa rättsordningen kan göra är att utgå från observationer av värdet på (tillgänglig) egendom som är så lik den förlorade egendomen som möjligt.

Egendomsskyddets intresse fordrar härvid att egendomen till fullo ersätts. Översättningen av en störning av egendomsrätten till ekonomiska termer är svår, men främst på ett teoretiskt plan. Rent praktiskt överlåter rättsordningen denna bedömning till marknaden. När översättningen väl har gjorts har kränkningen av egendomsrätten tillskrivits ett värde. Egendomsskyddet tillgodoses bara om detta värde ersätts fullt ut.

Resonemang av det här slaget innebär att en förklaring av metoden för bestämmande av en sakskadas värde och skadeståndets storlek får vissa gemensamma drag med hur vi förklarar den metod som används vid ideella

¹⁶ Se p. 2.

¹⁷ Marcus Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada, 2 uppl., Stockholm 2011, s. 16 f.

¹⁸ I detta sammanhang skulle det föra för långt att ta upp de s.k. inkommensurabilitetsproblem som uppkommer i mötet mellan ideella värden och en skadeståndsrätt vars remedium är ekonomiskt.

skador. Det bör dock framhållas tydligt att resonemanget inte behöver ha, och är här inte heller avsett att ha, några implikationer alls för hur skadevärdering och skadeståndsbestämning i praktiken görs. Det här är en teoretisk förklaring av varför det ser ut som det gör, inte ett förslag för hur man bör göra eller hur man bör argumentera när man gör det man gör.

Ett sidospår: Sakskadebegrepp och egendomsskydd

Det finns således en relation mellan hur principen om full ersättning kan förstås på sakskadornas område och de rättighets- och rättvisepufffattningar som ovan presenterats. Det finns emellertid även andra kopplingar mellan sakskadediskursen och teorierna.

Uttrycket "egendomsskydd", som används t.ex. i Europakonventionens första tilläggsprotokoll, är vidare än uttrycket "äganderätt". Det är ett skydd som inte bara omfattar ägaren av den "sak" som skadats, utan även i viss utsträckning andra personer som kan ha rättigheter förbundna med saken.¹⁹ Det finns härvid en likhet med skadeståndsrättens sakskadekategori, som ger ett visst skadeståndsrättsligt skydd för andra än ägaren även om tredje-mansskadeprincipen innefattar begränsningar.²⁰

Uttrycket egendomsskydd omfattar vidare inte bara tillgången till egendomen. I Europakonventionens formulering av rättigheten sägs det att alla har rätt till "the peaceful enjoyment" av sin egendom. Egendomen ska kunna användas på det sätt ägaren (eller rättighetsinnehavaren) önskar.

Sakskadebegreppet i svensk skadeståndsrätt intar en delvis liknande position. Det är inte bara intresset av att egendomens fysiska kondition inte påverkas negativt som skyddas, utan även intresset av att kunna använda egendomen.

I förarbetena till skadeståndslagen var det den fysiska försämringen av fysisk egendom som var utgångspunkten.²¹ Redan vid tiden för skadeståndslagens införande stod det klart att det viktiga för en rättighetsinnehavare (typiskt sett ägaren) är, inte bara att egendomen inte utsätts för åtgärder som fysiskt försämrar den, utan att kunna bruka eller använda egendomen. Den som frånhänds egendom genom t.ex. stöld drabbas således av en sakskada, även om egendomen inte är i fysiskt försämrat skick där den befinner sig. Den rättspolitiska tanken att det för ägaren är centralt att s.a.s. ha makten över sin egendom kommer till tydligast uttryck i propositionens iakttagelse att

¹⁹ Jag skriver här sak inom parentes eftersom en sakskada i skadeståndsrätten inte bara omfattar skador på saker utan även på fast egendom.

²⁰ Se på temat NJA 2009 s. 16 och särskilt det som anförs i Stefan Lindskogs skiljaktiga mening.

²¹ Prop. 1972:5, s. 579.

även tillfälliga besittningsrubbnings kan utgöra en sakskada.²² Det senare har antagits gälla även om ägaren inte själv haft för avsikt att använda egendomen under den aktuella perioden.²³ Utöver skyddet för egendoms fysiska integritet, ägarens besittning och möjlighet att kunna nyttja egendomen har sakskadebegreppet utvecklats vidare genom ett viktigt avgörande från Högsta domstolen, NJA 1996 s. 68 (Volvo Flygmotor), i vilket domstolen tog ställning för ett funktionsorienterat sakskadebegrepp.²⁴

Begreppet sakskada har således ett vidsträckt tillämpningsområde. Det utgår från sakens/fastighetens fysiska status, dess funktion, men också från ägarens möjlighet att använda sin egendom. Det finns en förklaring som fångar in begreppets skiftande innebörd, nämligen att ersättningen för sakskada är just en utlöpare av egendomsskyddet.

Träd, flis och funktioner

Vi har sett att principen om full ersättning (för sakskada) har en närmast självklar förklaring i ett rättviseparadigm som innefattar ett skydd för egendomsskyddet. En kort utflykt i sakskadebegreppet visar hur egendomsrätten och –skyddet kan utgöra en förklaring för begreppsbildningen. Men åter till fallet med tallarna på Gotland.

Det är, förutsätter jag, uppenbart att någon full ersättning, i bemärkelsen en ersättning som ger den skadelidande de ekonomiska förutsättningarna för att kunna ställa sig själv i den situation hon hade varit i den ansvarsgrundande händelsen förutan, inte utgått i fallet.²⁵ En rättsekonom, åtminstone en rättsekonom som har sina kritiska glasögon på, skulle möjligen anse att denna utgång ger fel incitament till personer som i strid med gällande regelverk vill kapa träd på granntomten i skärgården eller i Bromma. Men nu är det inte rättsekonomin som ovanstående funderingar kretsar kring utan rättigheterna. Även ur ett rättighetsperspektiv framstår Gotlandsfallet som svårförklarligt. Ersättningen ger inte den skadelidande möjlighet att införskaffa träd av motsvarande eller liknande slag som de fällda träden.

Det finns emellertid andra infallsvinklar. I min anekdotiska redogörelse för reaktioner på domen ovan nämnde jag en kommunföreträdare som oroade sig för kommunens tvist mot den förmögne person som fällt träd på kommunens mark, i syfte att få utsikt över vattnet. Träden var väldigt gamla och oersättliga enligt den argumentation som Högsta domstolen anförde i 2015 års fall. Samtidigt hade fastighetsägaren erhållit ekonomiska fördelar av sitt agerande, hans fastighet hade ökat markant i värde, enligt

²² Prop. 1972:5, s. 580.

²³ Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 99.

²⁴ Jfr även betäckningsskadefallet NJA 1990 s. 80 (avelstiken).

²⁵ Detta noteras även i justitierådet Lundius skiljaktiga mening.

en fastighetsvärdering som kommunen låtit utföra. Kan kanske obehörig vinst-principen användas för att skipa rättvisa i ett läge där skadeståndsrätten kan framstå som otillräcklig?²⁶

Rättighetsperspektiv (och rättviseperspektiv) kan fylla olika funktioner. De kan användas *normativt*, som ett riktmärke i rättspolitiska men även rättstillämpande sammanhang. De kan även användas som en *förklaring*. Anledningen till att rättsordningen, i vårt fall skadeståndsrätten, ser ut som den gör är för att den vilar på (möjligen outtalade) rättighets- eller rättviseidéer.²⁷ Jag läser Stefan Lindskogs uttalande i fallet med byggnadsställningarna primärt på det senare sättet. Egendomsskyddet förklarar sakskadeståndsrätten.

Hur det än är med den saken återstår spørsmålet hur man ska förhålla sig till fall som NJA 2015 s. 199 om man närmar sig skadeståndsrätten utifrån rättighets- eller rättviseperspektiv. Eller, för den delen, ur ett rättsekonomiskt eller något annat teoretiskt perspektiv. Det beror på skadeståndsteorins ambitionsnivå. Om man betraktar en skadeståndsteori som något liknande en "stor" naturvetenskaplig teori så blir ett sådant här avgörande en falsifikation. Men så kan man naturligtvis inte betrakta rättsliga teorier av det här slaget. Rättighets- och rättviseteorier, liksom mindre förplik-

²⁶ Se på temat Jan Hellner, Om obehörig vinst, Stockholm 1950 och Hjalmar Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning, Stockholm 1982, samt – i vår tid – Jan Kleineman, Obehörig vinst och vårt behov av rättsliga tvångströjor, TFR 2013 s. 531 ff. och Mårten Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten. Obehörig vinst rediviva, SvJT 2009 s. 946 ff., och ds. Obehörig vinst-motiveringar, SvJT 2012, s. 372.

²⁷ Det finns olika uppfattningar om *vad en förklaring gör*, eller vad den kan göra. En förklaring av ordet förklaring som jag själv uppskattar är att en förklaring få rdet som förklaras att passa in i det rättsliga sammanhang inom vilket det befinner sig, men också innehålla en värdekomponent, ett mått av *rättfärdigande*. Det går i och för sig att anlägga ett perspektiv, t.ex. ett rättighetsperspektiv, i en förklaring av skadeståndsrätten utan att lägga in några värderingar i det alls. Antingen är de undersökta rättsliga "sakerna" förenliga med grundläggande fri- och rättigheter eller så är de inte det – men det säger inget om i fall det som undersöks är bra eller dåligt. En norm som undersöks ur ett rättighetsperspektiv kan således vara en bra eller en dålig norm alldeles oavsett om den är rättvis eller inte. Men som John Gardner nyligen framhållit i en jämförelse mellan rättviseperspektiv och rättsekonomiperspektiv i skadeståndsrätten är det inte så som teoretikerna brukar närma sig sina undersökningsobjekt. Tvärtom betraktas undersökningsobjektets förenlighet med teorin som något positivt. Det får undersökningsobjektet att framstå i sin bästa dagar. "Titta, den här skadeståndsrättsliga principen kan förklaras med att den främjar rättvisa!" Det kan också hävdas att iakttagelser kring teorins förenlighet med verklighetens juridik får teorin att framstå som sympatisk, eller att de kan anföras för att få teorin att framstå som sympatisk. "Här har vi en förklaring till ett ansvarssystem som vuxit fram under tvåtusen år vars normer testats genom de mest genomgripande normativa experiment som finns, rättsprocesser." Om systemet är förenligt med den framförda teorin säger det något positivt om teorin. Se John Gardner, Tort Law and its Theory, University of Oxford Legal Research Paper Series, 2/2018.

tande "perspektiv", i skadeståndsrätten kan vare sig bekräftas eller falsifieras genom enskilda observationer.

Nyttan med teorier av detta slag, om man nu anser att de har någon nytta, ligger på ett mer allmänt plan. De kan användas för att förklara de "stora" normerna, instituten och lärorna, men inte varje enskild dom eller regel. Det senare innebär att allmänna rättighetsperspektiv inte heller har så mycket att direkt erbjuda i en kritisk granskning av ett avgörande. Men dessa perspektiv kan hjälpa oss att få en djupare förståelse, t.ex. av principen om full ersättning, som i sin tur kan gynna en kritisk läsning av enskilda domar.

