

# Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt – ett förord och något mer

JAN KLEINEMAN\*

Så löd således titeln på det mycket välbesökta nordiska seminarium som avhölls den 22–23 november 2018 i Stockholms Centre for Commercial laws lokaler. Det har nu gått ganska lång tid sedan seminariet avhölls och även om det initialt fanns stort intresse att ge ut en bok baserad på seminariet satt det långt inne innan det hela blev av. SCCL gjorde emellertid den bedömningen att det var värt att likväl försöka sammanställa en skrift i centrets skriftserie särskilt då ämnet åtminstone i svensk rätt synes ha fört en synnerligen tillbakahållen tillvaro. När jag t.ex. läste Sverre Blandhols avhandling *Nordisk rettspragmatisme* med underrubriken *Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap och metode* var det med stor spänning jag letade efter det svenska inslaget i denna nordiska framställning blev jag inte särskilt förvånad att det svenska inslaget var minst sagt begränsat.

En hänvisning till Karl Olivecrona hittade jag, men när jag därefter rannsokade mitt minne och försökte bilda mig en uppfattning om vad jag hade lärt mig under grund- och forskarutbildning blev svaret enkelt; ingenting. Alla de metodseminarier som jag deltagit i under min egen lärare Jan Hellner, först som amanuens och sedan som forskningsassistent, eller som jag under min egen forskarkarriär anordnat och deltagit i, hade aldrig någonsin berört den ”rörelse” och de avtryck som pragmatismen hade lämnat. Pragmatism levde i min egen föreställningsvärld som det synsätt som såg rättsvetenskap som ett hot mot det sunda förnuftet bland domare och advokater vilka brukade framhäva att de aldrig hade tittat ens i lagboken sedan de lämnat universitetet.

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

Dessa äldre herrar och i några få fall kvinnor, önskade inte lämna spår efter sig varken i det rättshistoriska ”gubbaregistret” eller i det rättsliga tänkandets annaler. Att det verkligen fanns en skolbildning här i lika hög grad som t.ex. i vad som kallas nordisk rättsrealism stod klart för mig mycket sent men genom professor Torben Spaaks eleganta inledning under seminariets första del fick jag också klart för mig att pragmatismen hade ett tydligt rättsfilosofiskt perspektiv med förankring i såväl amerikanska filosofiska och rättsfilosofiska strömningar som i den dansk-norska rättsvetenskapens guldålder i slutet av 1800-talet.

Kanske hade den grundläggande tanken att en filosof bör fokusera på vad som fungerar i praktisk handling mer än på hur det verkligen är eller bör vara för att låna det uttryck i presentationen till seminariet som Torben Spaak tillhandahöll var allt för främmande för såväl den naturrätt som dominerade i axeln Lund-Uppsala till dess den skandinaviska rättsrealismen slog igenom. Eller kan det ha varit den gamla motsättningen mellan akademien och det praktiska rättslivet som lade hinder i vägen för den pragmatiska skolan? Kanske föll pragmatiken offer för samma kritik som den Lundstedt utövade när han förklarade att de flesta nordiska kollegernas utsagor var lika givande som *en papegojas pladder*.

Om nu pragmatismen uppfattades som innehållslös kan det således förklara varför den verkar ha förbigåtts i svensk rättsteori och övrig svensk rättsvetenskap. Det känns därför mycket angeläget att nu publicera vad jag tror vara den första skrift publicerad i Sverige med nu angivna utgångspunkter eftersom man då kunde tänka sig att diskussionen om förhållandet mellan allmänna teorier och praktisk tillämpning kunde komma in på nya spännande stigar.

Vår diskussion vid seminariet som började i *ett idéhistoriskt perspektiv* med ett närmast rättsgenetisk anslag gick sedan vidare över till ett renodlat *rättsfilosofiskt synsätt* och avslutades med en debatt om *den nordiska rättspragmatismen ur ett kontinentaleuropeiskt perspektiv*. Efter nedslag i pragmatismens interaktion med rättskällorna skedde en djupdykning i kontrakts-, skadestånds- och sakrätt. Vi lärde oss att olika forskare hade olika uppfattning om vad denna pragmatism innebar och vilken roll den har på respektive rättsområde.

Många frågor uppstod under seminariet som t.ex. om den skandinaviska rättsrealismen som ju dominerade den rättsteoretiska diskussionen under större delen av 1900-talet står i något slags motsatsförhållande till en vetenskapligt accepterad pragmatism? Är strävan efter ett bland andra vetenskaps-

discipliner att söka och bruka ett allmänt accepterat vetenskapsbegrepp byggt på närmast naturvetenskapliga och därmed empiriskt belagda ”sanningar” en förklaring till att t.ex. nationalekonomin och därmed dess utväxt rättsekonomin intagit en så pass njugg inställning till den klassiska rättsdogmatiken samtidigt som jag själv hört nobelpristagare uttrycka sig om det tveksamma att inrätta ett Nobelpris till Alfred Nobels minne i just nationalekonomi.

Är jakten på ”vetenskaplighet” i sin tur en förklaring till att även rättsdogmatiken kommit att tappa i anseende även inom rättsvetenskapen till förmån för samhällsvetenskapliga hybrider som t.ex. rättssociologi och just rättsekonomi?

- Vid mina studier av Sverre Blandhols avhandling fastnade min blick och tanke på den amerikanske juristen Oliver Wendel Holmes och jag erinrade mig att min lärare Jan Hellner, som under mitt avhandlingsarbete anmodade mig att läsa sådant som t.ex. *Wittgensteins Filosofiska undersökningar* (som ju faktiskt är läsbar även för en icke-filosof) aldrig med ett ord nämnde *pragmatismen* som en rättssteoretisk inriktning trots att många Frescati-luncher under väldigt många år ägnades åt olika filosofiska skolor inom juridiken och där anekdoter om Lundstedt och Olivecrona var ofta förekommande, men faktiskt (!) i en av sina första upplagor till en lärobok i Skadeståndsrätt nämnde ett citat som kom att fastna i mitt minne, nämligen de berömda orden som Holmes publicerade i sin artikel i Harvard Law review ”*The Path of Law*” där han ju framlade sin ”*the bad man theory*”, nämligen de berömda orden om att ”*law is what the court will do in fact*”.

Nu räknas ju emellertid den amerikanska rättsrealismen och den skandinaviska rättsrealismen med Lundstedt och Hägerström till likartade skolbildningar men jag har svårt att förstå att Uppsala skolan och dess stränga vetenskapssyn verkligen är så nära besläktad med pragmatismen, för inte framstår den nordiska skolan i mina ögon som uttryck för pragmatism utan snarare motsatsen. Frågan diskuterades under konferensen och några författare återkommer därtill i sina uppsatser.

Intressant är att vid sidan av just Holmes, så är det en annan amerikansk domare vars retoriska och nästan poetiska domar brukar beskrivas som pragmatismens förgrundsfigur nämligen Benjamin Cardozo. Att hans domskäl i vissa fall närmast fått karaktären av rättsliga ordspråk eller talesätt, som väglett rättspraxis är vida känt. Han berömda uttolkning av det s.k.

floodgateargumentet, där han tycktes ge revisorer en partiell immunitet mot ansvar på den finansiella marknaden i det berömda rättsfallet Ultramares case från 1932 genom följande uttalande:

”If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. The hazards of a business conducted on these terms are so extreme as to enkindle doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences.”

Det vore lämpligt mot bakgrund av den diskussion som fördes på vår konferens att närmare undersöka svensk rättspraxis på just skadeståndsrättens område utifrån någon form av allmängiltig definition av vetenskaplig pragmatism av skadeståndsrättsliga domar. Det vore kanske ett lämpligt ämne för ett gemensamt nordiskt forskningsprojekt på förmögenhetsrättens område.

Själv valde jag inför vårt seminarium att försöka sammanfatta en av mina favoritfrågor det orättfärdiga utdömandet av den nordiska rättsstridighetsläran eftersom just detta spørsmål så tydligt illustrerar motsättningen mellan vetenskaplig ”renlighetssträvan” och strävan efter det praktiskt lämpliga och möjliga.

Det fanns en period då denna lära kom i centrum för en strid mellan just ”renläriga” företrädare för Uppsala skolan och de måhända mer pragmatiska danska rättslärdar och som torde ha kulminerat i debatten mellan Vilhelm Lundstedt och Henry Ussing där den senare ägnade en hel skrift ”*Retstridighet*” åt att polemisera mot den – ibland löjeväckande kritik som Lundstedt riktat mot rättsstridighetsläran.

Det är därför av intresse att när svenska HD redan år 1925 hade att avgöra ett fall av vad jag – numera – väljer att beteckna som actio doli som gällde skada förorsakad genom avbräck i rörelse orsakad av blockader och bojkottförklaringar, man här brukade just rättsstridighetslokutionen för att klargöra att avsaknaden av rättstridighet i den skadeorsakande gärningen omöjliggjorde utdömande av ersättning.

Om NJA 1925 s. 85 använde den traditionella terminologin kom saken att se helt annorlunda ut i ett likartat fall blott 10 år senare. I NJA 1935 s. 300 valde således domstolen att också där ogilla talan om skadestånd förorsakad av en blockadåtgärd men då med uttrycket att åtgärderna inte kunde anses vara ”*stridande mot gällande lag*”. Att valet av uttryckssätt måste ha varit viktigt framgår genom att hovrätten hade valt att nå samma resultat men

med stöd av rättsstridighetslokutionen och att en ledamot av HD – JustR von Seth – valde att vidhålla bruket av rättsstridighetslokutionen vid ogillandet. Denne hade även i ett särskilt yttrande i ett fall år 1932 också där brukat rättsstridighetslokutionen.

Frågan är då vad detta paradigmskifte i valt uttryckssätt kunde betyda. Man kan i och för sig spekulera i om Lundstedts berömda artikel ”*Kritik av de nordiska rättsstridighetslärorna*” som hade publicerats i TfR 1923 hade slagit igenom i praxis eftersom denne där uttryckt saken så att brukandet av rättsstridighetslokutionen var lika klaggörande som en papegojas bladder. Var det denna kritik som fick HD:s majoritet att ta avstånd från språkbruket och kan man från denna tidpunkt istället spåra en mer pragmatisk hållning förorsakad av rättsfilosofiska vindar eller får man söka svaret i andra faktorer som ej uppenbarats för i vart fall mig?

I vart fall var Henry Ussing som var den kanske mest tungt vägande företrädaren för dansk rättsvetenskap under första delen av 1900-talet klart upprörd över Lundstedts orättfärdiga attacker. Ørsteds elev Jul. Lassen hade fortsatt traditionen med att skilja tillåtna från otillåtna uppsåtliga gärningar med hjälp av rättsstridighetsbegreppet och Henry Ussing fann denna metod användbar och framförallt pedagogiskt lämplig. Den pragmatiska hållning som tycks ha funnits hos Ussing noterades även av rättsvetaren Hjalmar Karlgren i dennes recension av Ussings bok i Erstatningsret och då Karlgren var en mycket stor beundrare av den danska rättstraditionen och inte alls verkar ha tagit något större intryck av Lundstedt och hans rättsrealistiska kritik av t.ex. dansk rättsstridighetslära kan han också fördrå den ”*torrhet*” som han skymtar i Ussings analys.

Ett citat från Karlgren är synnerligen belysande. Han noterar att han endast på ett ställe i Ussings framställning funnit en verklig temperamentsyttring när denne om just Lundstedt uttalar att kritiken mot rättsstridighetsläran ”*rober en Mangel paa Forstaaelse, som maa forbavse*” och Karlgren tillägger att yttrandet ”*på sätt och vis är smickrande för Lundstedt. Ty det är icke många författare som kunna berömma sig ha gjort intryck på Ussing till den grad, att han förmåtts att liva sin stil med en liten ohövlighet*”.

Här kan man emellertid kanske bli rättsfilosofiskt förvillad när rättsstridighetslärans principiella natur kritiseras av den ledande skadeståndsteoretikern som introducerar skandinavisk rättsrealism som grundmoment i sin kritik, men försvaras av Ussing huvudsakligen med pragmatiska argument, eftersom det enligt Ussing handlar om att tillhandahålla en formel som kan leda fram till att danska domstolar kan hantera gränsen mellan det otillåtna

och det tillåtna uppsåtligt förorsakade skadebeteendet på ett väsentligt bättre sätt med stöd av detta hjälpbegrepp.

Nu blir emellertid saken genast mer komplicerad. Lundstedt som företrädare för en vetenskapskritisk riktning i nordisk rättsvetenskap dömer ut rättsstridighetsläran för att den utgör ett cirkelresonemang och inte kan tillhandahålla några vetenskapligt hållbara svar på vilka uppsåtliga gärningar som grundar skadestånd får kritik av den synbarligen pragmatiska Ussing som försvarar läran, men då inte som ett uttryck för en vetenskaplig princip utan som en formel av språklig natur som kan brukas av domarna vid den rättsliga hanteringen av gränsen mellan *actio dolus* och tillåten skadegörande handling.

Möjligen leder därmed Lundstedts kritik fram till att domstolarna i Sverige blir obekväma vid användandet av rättsstridighetsbegreppet och istället väljer att pedagogiskt beskriva saken så, att gärningen inte strider mot gällande lag. Detta leder i sin tur möjligen fram till motsatsen till pragmatism nämligen ren formalism.

När frågan om blockad och bojkottgärningar ånyo aktualiseras i svensk rätt blir det med den s.k. *Britannia* domen och då i Arbetsdomstolen. I AD 1989 nr 120, som avsåg frågan om rätten för svensk fackförening att vidtaga stridsåtgärder mot s.k. bekvämlighetsflaggade fartyg får domstolen möjlighet att ånyo ducka för den filosofiskt/pedagogiska frågan. Problemet var att fartygets besättningen hade giltiga utländska kollektivavtal.

Såväl Svenska Sjöfolksförbundet som Internationella Transportarbetarefederationen (ITF) menade att rederiet skulle teckna ett svenskt kollektivavtal, ett s.k. ITF-avtal, och nya anställningsavtal för den filippinska besättningen på fartyget istället för de utländska anställningsavtal som besättningen redan hade. Rederiet hade vägrat att efterkomma kraven och fartyget förklarades i blockad. På begäran av Sjöfolksförbundet förmådde Transportarbetareförbundet varsla om sympatiåtgärd och Sjöfolksförbundet beslöt självt som sympatiåtgärd om bl.a. blockad med avseende på bogserbåtsassistans. I den tvist som rörde lovligheten av blockadåtgärderna anförde rederiet jämte Sveriges Stuvareförbund och Sveriges Redareförening bland annat att besättningens löner och anställningsvillkor i övrigt redan var reglerade i ett gällande kollektivavtal med besättningens fackliga organisation på Filippinerna.

AD prövade innehållet i besättningens avtal samt arbetsrättens ställning i flaggland och som således reglerade avtalen. Domstolen kom fram till att villkoren i avtalen och arbetsrätten i flagglandet var förenligt med *ordre public*.

Sedan det hade skett uttalade Arbetsdomstolen att blockadåtgärderna mot det bekvämlighetsflaggade fartyget var olovliga varvid man anförde följande:

”Att en facklig stridsåtgärd har ett rättsstridigt syfte på det sätt som här har satts i fråga är likväl inte utan vidare liktydigt med att stridsåtgärden skall betraktas som i rättslig mening olovlig även när avtal saknas mellan angrifaren och den angripne och utan stöd i lag. Med olovlighet kan då enligt arbetsdomstolens mening i detta sammanhang inte avses annat än att stridsåtgärden medför ansvar för sådan s.k. ren förmögenhetsskada som genom åtgärden åsamkas den angripne. Att denna fråga är komplicerad och kräver djupgående rättsliga överväganden har bekräftats när arbetsdomstolen vid några tidigare tillfällen har kommit i beröring med den liksom när den har behandlats på olika håll i den arbetsrättsliga och allmänt skadeståndsrättsliga litteraturen (se för en översikt t.ex. Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 19 ff., 201 ff. och 267 ff., Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt, 1988 års upplaga, s. 192 ff.). Något vägledande avgörande har ännu inte träffats i rättspraxis sedan frågan om lagstiftning fick falla efter tillkomsten av huvudavtalet år 1938.”

Här brukas således visserligen den då sedan länge utmönstrade rättsstridighetslokutionen men den ges ingen principiell innebörd utan den skulle bara betyda att stridsåtgärden medför ansvar för ren förmögenhetsskada men då detta var en komplicerad fråga som krävde djupgående rättsliga överväganden finner AD att rättsstridigheten istället skulle besvaras så, att det

”enligt arbetsdomstolens mening inte möta några betänkligheter att med utgångspunkt i ändamålet med 42 § första stycket medbestämmandelagen tillämpa lagrummet, direkt eller under åberopande av dess grunder, på varje angrepp med fackliga stridsåtgärder av en utomstående part när syftet är att söka förmå den angripna parten till undanröjande eller ändring av ett bestående kollektivavtal, även om någon olovlig stridsåtgärd faktiskt inte vidtas av den angripnes motpart i kollektivavtalet (jfr i fråga om överordnad organisations fredspliktsansvar enligt äldre rätt t.ex. AD 1935 nr 48). Att den angripande arbetstagarorganisationen ytterst kan ha ett fullt behörigt fackligt intresse av att påverka löne och anställningsförhållandena på det angripna kollektivavtalets område kan här lika litet som vid tillämpning av fredspliktsreglerna i övrigt tillmätas någon betydelse. Inte heller kan stridsåtgärderna få försvaras med att arbetstagarorganisationen önskar att dess kollektivavtal skall vara ensamt gällande på tillämpningsområdet. Det kan inte vara detta som avses när det i lagförarbetena uttalas att reglerna i 42 § första stycket medbestämmandelagen inte är avsedda att medföra hinder för den utomstående organisationen att ’i egna syften vidtaga självständiga fackliga konfliktåtgärder’ (se SOU 1975:1 s. 851).”

Man hittar således lämpligt nog inte svaret i rättsstridighetsprincipen utan närmast i grunderna för dåvarande lydelsen av 42 § MBL. Ingen principiell rättsstridighet utan en lämplig men likväl något oväntad tolkning av innehållet i en lagregel och de ändamålssynpunkter som kunde antas ligga bakom den bestämmelsen.

Jag tror visserligen att Lundstedt hade glatt sig liksom företrädare för senare generationer av Uppsalaskolan åt att man återopade rena ändamålsargument för att nå fram till att åtgärden inte var tillåten. Det rör sig emellertid inte om domstolsskapad rätt utifrån pragmatiska ändamålsargument, utan om en sofistikerad tolkning av ”grunderna” bakom medbestämmandelagen. Det hela har förvandlats till en mer formell lagtolkningsfråga för att på den vägen slippa syssla med fristående pragmatisk rättslig argumentation. Den sedan efterkrigstiden i svensk rättstillämpning starkt förespråkade lagpositivismen, d.v.s. långtgående uttolkning av lagtexten och dess förarbeten i syfte att svaret anses förankrat i en tänkt lagstiftarvilja avseende den konkreta situationen. Så lite utrymme för domstolarnas aktivism eller andra former av s.k. ”gap-filling activities”.

Domstolens minoritet som utgjordes av arbetstagarrepresentanterna i denna märkligt sammansatta domstol ansåg emellertid inte att svaret kunde sökas i grunderna för 42 § MBL och därmed att den ifrågasatta gärningen var tillåten. Domen undanröjdes emellertid snabbt av självaste lagstiftaren genom den s.k. *Lex Britannia* som i sin tur kom att undanröjas på EU-rättens tillämpningsområde av EU-domstolens beslut i den s.k. Lavaldomen. Striden fortsatte och det har numera antagits att rättsläget skulle komma att ”normaliseras” genom nya EU-regler.

Prejudikatinstanserna har emellertid under väldigt lång tid förblivit återhållna och inte velat gå in i den gamla rättsstridighetsdiskussionen måhända för att väcka upp gamla stridsämnen. Det kom därför som en betydande överraskning inte minst för mig som sysslat med frågan om uppsåtliga förorsakade rena förmögenhetsskador när HD i en dom för något år sedan plötsligt vände ut och in på hela problematiken vilket i sin tur retat upp den arbetsrättsliga doktrinen och kanske allra mest de fackliga organisationerna och deras politiska företrädare.

Innan den frågan granskas bör det emellertid påpekas att då blockader och bojkotter i själva verket är ett rättsligt problem på två tämligen artskilda områden det inte finns anledning utgå från att man måste anlägga samma synsätt när problematiken aktualiseras inom respektive område. Dessa ingrepp förekommer dels som stridsåtgärder mellan konkurrerande näringsidkare för att



uppnå relativa förmåner på konkurrentens bekostnad, men de förekommer självklart mest frekvent på arbetsrättens område som stridsåtgärder mellan arbetsmarknadens parter just på det sätt som vi såg i de ovan berörda fallen från 1920- och 1930-talen.

På det förra området, som här lämpligen kan betecknas som konkurrensrättens domän kom HD fram till en mycket intresseväckande dom år 2005, genom rättsfallet NJA 2005 s. 608. Här uttalade HD följande:

”I svensk rätt gäller som utgångspunkt att en utomstående tredje mans medverkan till annans avtalsbrott – så länge agerandet inte aktualiserar straffansvar eller är särskilt reglerat i lag – inte kan medföra skadeståndsskyldighet mot den förfördelade avtalsparten. En sådan regel skulle kunna komma i konflikt med såväl omsättningsintresset som intresset av fri konkurrens. En förfördelad avtalspart har i stället att vända sig mot sin avtalspart för att hålla sig skadeslös.

I vissa särskilt kvalificerade fall bör emellertid undantag kunna göras från den i föregående stycke angivna utgångspunkten. För att så skall vara fallet krävs att den tredje mannen med vetskap om avtalet och dess huvudsakliga innehåll i samförstånd (kollusion) med den avtalsbrytande parten medverkar till avtalsbrottet i syfte att kringgå den andra avtalspartens anspråk enligt avtalet. Om något sådant samförstånd inte föreligger måste den tredje mannen i vart fall ha medverkat på något annat kvalificerat otillbörligt sätt. Den tredje mannen måste vidare ha insett att den förfördelade avtalspartens skada är en praktiskt taget oundviklig följd av avtalsbrottet. (Se Karlgren, Allmän obligationsrätt I, 1959 s. 13, Hessler, Allmän sakrätt, 1973 s. 495, Bernitz, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, 1993 s. 221 ff. och Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s. 234 ff. samt Gorton-Sjöman, JT 2002–03 nummer 4, s. 504 ff.)”

Säga vad man vill men detta är väl i hög grad en ”revival” för den typ av pragmatism som borde ha tilltalat den danska doktrinen försvarare av rättsstridighetsbegreppet som primärt ett praktiskt arbetsverktyg för att avgöra hur gränsen mellan tillåtet och icke tillåtet beteende borde fastställas. Med hänvisning till några äldre och tämligen svårtolkade prejudikat som snuddar vid problematiken och i övrigt med hänvisning till nordisk doktrin och även viss utomnordisk doktrin gör HD sin pragmatiska bedömning på ett sätt som stämmer väl med vad de flesta prejudikatinstanter i de flesta främmande rättsordningar kommit fram till på det rättsområde som med en anglo-amerikansk term brukar betecknas som ”*inducement of breach of contract*” eller med en motsvarande svensk terminologi *kvalificerat otillbörligt ingrepp i andras avtalsförhållanden*, d.v.s. ett klassiskt konkurrensskaderättsligt problem.

Personligen trodde jag att denna pragmatiska lösning på detta tämligen politiskt okontroversiella område skulle förbli det sista svaret från pre-judikatinstansen kring rättsstridighetsfrågan och att man på arbetsrättens område inte skulle förvänta sig att HD skulle våga bryta upp sin egen formellt betingade praxis från NJA 1935 s. 300 eller det nederlag som AD:s dom i Britannia- domen medförde när lagstiftaren underkände en visserligen försiktig men likväl tydlig avvikelse från det sedan 1935 rådande synsättet genom den på rent formella (närmast lagpositivistiska) argument grundande domen. Det var därför för mig en stor överraskning när det gamla problemet dök upp igen, men nu – märkligt nog – förklätt till en fråga om skadestånd vid åsidosättande inte av EU-rätten men ett åsidosättande av Europakonventionen. I rättsfallet NJA 2015 s. 899 som bär rubriken i Nytt juridisk arkiv ”*Kan kränkning av Europakonventionen genom en facklig stridsåtgärd medföra skadeståndsansvar?*” kom domstolen att tvingas in på detta besvärliga rättsområde.

På den ställda frågan svarade HD visserligen ja och detta med en mycket intressant motivering;

”Frågan om konventionen kan få direkt horisontell effekt mellan enskilda prövades i rättsfallet ’Trygg-Hansas filmning’ NJA 2007 s. 747. HD fann där att en enskild inte kan åläggas att betala skadestånd till en annan enskild med direkt tillämpning av Europakonventionen, fastän konventionen utgör svensk lag. Domstolen uttalade att det i fråga om skadeståndsansvar mellan enskilda ställde sig annorlunda än i sådana fall som rör statens skadeståndsansvar vid en konventionskränkning. Domstolen beaktade att Europadomstolen hade förklarat att det inte är önskvärt, eller nödvändigt, att utveckla en allmän teori om hur långt konventionens garantier bör utsträckas när det gäller förhållandet mellan enskilda (jfr VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI).”

Med hänsyn till det centrala rättsstatliga värdet av förutsebarhet ansåg HD att övervägande skäl talade mot att ålägga en enskild part skadeståndsansvar med direkt tillämpning av konventionen.

HD gick emellertid därefter ett steg vidare och anförde följande:

”Det anförda leder till slutsatsen att den grundlagsskyddade rätten att vidta stridsåtgärder inte sträcker sig så långt, att den omfattar åtgärder som kränker den enskildes rättighetsskydd enligt Europakonventionen. En stridsåtgärd som är oförenlig med konventionen omfattas alltså inte av grundlagsskyddet. Vad som gäller i fråga om påföljd vid en sådan åtgärd ger bestämmelsen i 2 kap.

14 § RF inget besked om. Den utgör följaktligen inte något generellt hinder mot att en stridsåtgärd som utgör en konventionskränkning utlöser ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar.”

Så långt kanske domen inte var särskilt kontroversiell men sedan blev det besvärligare:

”Det står klart att ett skadeståndsrättsligt ansvar för en enskild inte kan utlösas så fort ett handlande innefattar en kränkning av en rättighet enligt Europakonventionen, detta till skillnad från vad som gäller för statens ansvar enligt artikel 13. Men i linje med föreliggande rättspraxis bör ett ansvar för ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella situationer föreligga, om det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna är att anse som kvalificerat otillbörligt.”

Nu låter sig emellertid inte domstolen huvudsakligen längre styras av pragmatiska lämplighetsargument, utan måste söka stöd i någon form av lagtolkning. Personligen menar jag att man med hänsyn till frågans kontroversiella innebörd sökte en lösning som något påminner om hur AD hade resonerat i Britannia-målet eftersom man väljer någon form av fördjupad tolkning av skadeståndslagen och anför därvid bl.a. följande:

”Rättsutvecklingen när det gäller ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande vid kvalificerat otillbörligt handlande kan ses som ett slags förlängning av bestämmelsen i 2 kap. 2 § skadeståndslagen om sådant ansvar vid brottsligt handlande. Det är då viktigt att observera det krav på uppsåt, som enligt 1 kap. 2 § BrB gäller som utgångspunkt för straffansvar, och därmed också för skadeståndsansvar enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen. Också vid ett kvalificerat otillbörligt handlande, som inte är brottsligt, bör i allmänhet ett sådant krav på uppsåt gälla för att ansvar för ren förmögenhetsskada utom kontraktsförhållande ska föreligga.

När det gäller andra förhållanden av betydelse för bedömningen än de som redan har nämnts märks den hänsyn till förutsebarhet som HD framhöll i rättsfallet NJA 2007 s. 747. Det finns vidare anledning att vara återhållsam med att låta skadeståndsansvar följa på sådana rättighetskränkningar som till sitt slag typiskt sett träffar en stor och på förhand obestämbar krets. Därutöver måste det ställas krav på proportionalitet mellan den skadegörande handlingen och ansvarets omfattning samt på praktisk hanterlighet (jfr punkten 17 i ’BDO’ NJA 2014 s. 272 beträffande det s.k. flodvågsargumentet vid tillitsgrundat ansvar för ren förmögenhetsskada.”

Förutom att en av pragmatismen i USA favoritargument dyker upp – Cardozos floodgate-argument från Ultramares case – så tycker man sig se en allmän skadeståndsrättslig princip om actio di doli närmast som en utlöpare av – eller som man uttrycker saken – som en ”förlängning av kravet på brottslig gärning i 2 kap. 2 § SkL.”

Den svårtolkade bestämmelsen om ren förmögenhetsskada i 2 kap. 2 § SkL tas således till intäkt för förevaro av en i svensk skadeståndsrätt allmän princip om kvalificerat otillbörligt beteende som i sin tur är en fortsättning på den i det bekanta hamburger-målet NJA 2005 s. 608 fastslagna principen på konkurrensrättens område om skadeståndsansvar vid kvalificerat otillbörligt ingrepp i andras avtalsförhållande.

Den allmänna skadeståndsprincipen som nu ”återupptäcks” är emellertid ingenting annat än en variant av rättsstridighetsläran eller om man så vill, den allmänna principen om skadestånd vid handlingar som strider mot goda seder och som t.ex. återfinns i den tyska civillagskodifikationens § 826.

Det är ett återuppväckande av en given allmän princip och inte pragmatiska rättviseargument som åberopas men det rör sig i praktiken om en betydande uppgörelse med den skadeståndsrättsliga immunitet som HD hade slagit in på med NJA 1925 s. 85 och NJA 1935 s. 300. Att det var en kontroversiell dom som HD nu valde blev man också varse eftersom företrädare för arbetsrätten och då särskilt företrädare för de fackliga organisationerna ansåg att det följde av 2:14 regeringsformen att rätten till fackliga stridsåtgärder inte kunde kringskäras av skadeståndsregler så länge ingreppet inte var brottsligt och vissa menade att HD t.o.m. överskridit sin kompetens genom att gå in på Arbetsdomstolens domän och ta ställning till en arbetsrättslig fråga som låg utanför HD:s kompetens.

Det senare är en ståndpunkt som jag inte delar och något som jag närmare utvecklat i min uppsats i *Festskrift till Stefan Lindskog*<sup>1</sup> – eftersom frågan om någon förorsakats en otillåtligt förorsakad skada enligt Europakonventionen inte kan vara exklusivt under AD:s domvärjo enbart av det skälet att det rör en facklig organisation som tillvitats beteendet.<sup>2</sup> Skulle allmän domstol vara

<sup>1</sup> Se Kleineman, Om uppkomsten av allmänna skadeståndsprinciper – exemplet contra bonos mores som en dolusprincip i svensk rätt i *Festskrift till Stefan Lindskog*, a.a. s. 373 ff.

<sup>2</sup> HD:s slutsatser har mött ilsken kritik precis som var att vänta även om regeringen hittills inte gjort något motsvarande vad man gjorde efter Britannia-domen. Se N. Selberg & E. Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, JT 2016–17, s. 906 ff. samt Om behörig domstol och civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden – replik till Jan Kleineman om NJA 2015 s. 899, SvJT 2019 s. 482 ff.

att förhindra att pröva skadestånd för mord enbart därför att mördaren kan bevisa att mordet skedde som ett led i en facklig stridsåtgärd och syftade till att visa vad som kan ske om motparten inte ger efter vid en avtalsförhandling i en facklig stridsåtgärd?

Att domen utgör en kraftig avvikelse från det rättsläge som hade slagits fast under 1920- och 1930-talet är däremot uppenbart och frågan som måste följas är om den nyupptäckta *actio di doli regeln* om otillbörligt åsidosättande av europakonventionen även innefattar att samma – om än nyupptäckta – allmänna skadeståndsrättsliga princip inte skulle kunna tillämpas vid andra former av blockader och bojkotter som skulle kunna betecknas som kvalificerat otillbörliga och i så fall utan att ta omvägen över europakonventionen.

HD ser ju det hela som en allmän skadeståndsrättslig princip och varför skulle den då inte gälla i andra situationer? Inte bara arbetsrättens jurister har reagerat. HD:s dom avgjorde ju inte saken slutligt utan tvisten har fortsatt genom att först en tingsrätt dömde ut skadestånd och därefter genom att Svea hovrätt i en minst sagt spektakulär dom närmast såg sig föranlåten att underkänna HD:s principiella slutsatser. Hovrätten<sup>3</sup> uttalade närmast sensationellt följande:

”Att det finns en lagstiftning och en etablerad ordning för att avgöra om stridsåtgärderna på arbetsmarknaden kan medföra skadeståndsskyldighet innebär enligt hovrättens uppfattning att behovet av ett ytterligare skadeståndsansvar utöver dessa ramar är begränsat. Och det förhållandet att rätten till prövning enligt den befintliga lagstiftningen tillkommer en specialdomstol utgör starkt skäl mot att utveckla ett parallellt skadeståndsansvar i allmän domstol.”

Man underkänner helt enkelt HD:s prejudikatskapande funktion. Den återuppväckta principen ska inte tillämpas på skadeståndsrättens område och man tillägger följande:

”Förutom att det kan ifrågasättas om konventionskränkningarna har skett uppsåtligen finns det därtill starka skäl mot ett skadeståndsansvar för rättighetskränkande stridsåtgärder vid sidan av det arbetsrättsliga regelverket. Det kan därför inte komma i fråga att ålägga Byggnads skadeståndsansvar på den grund som hovrätten har att pröva.”

Jag utgår från att HD inte kan med tystnad förbigå detta underkännande av de principer man lagt fast och en fortsättning måste väl med nödvändighet

<sup>3</sup> Svea hovrätts dom den 13 mars 2019 i mål nr T 315-18.

följa. Något prövningstillstånd har jag ännu inte sett beviljat när detta skrivs sommaren 2019.

Oavsett vad som kommer att ske kvarstår ju prejudikatets principiella betydelse och frågan är hur avgörandet faller in i den långa kampen mellan pragmatism och principfasthet gränsande till formalism. Genom den i domen något sökta hänvisningen till tanken om en slags ”förlängning” av vad som anges om brottsliga gärningar i 2 kap. 2 § SkL framstår den emellertid inte i lika stor utsträckning som uttryck för den mer tydliga pragmatism som kom till uttryck i Hamburger-målet NJA 2005 s. 608. Man släpper inte kontakten med lagtextens princip och hänger sig åt allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Om jag nu kort skall sammanfatta mina slutsatser om pragmatism v principfasthet vad gäller den nordiska rättsstridighetsläran så menar jag densamma tveklöst kan beskrivas som en sådan grundläggande princip som en domstol i Norge och Danmark tveklöst borde kunna hänvisa till utan att man tvingas in i egna av mer eller mindre pragmatiska argument präglade resonemang. Jag tror mig även kunna se förutsättningar för detta i Finland där jag vet att man har prejudikat som visar på att rättsstridighetslokutionen fortfarande är gångbar. Det finns ett fall om blockad under hot om att betala en tidigare ägares skuld vid övertagande av ett fartyg där rättsstridighetslokutionen användes för att förneka den fackliga parten att tvinga fram betalande av annans skuld för att få fartyget att fortsätta sin verksamhet.

I svensk rätt förefaller rättsstridighetsprincipen ha varit i det närmaste tabubelagd från och med rättsfallet NJA 1935 s. 300 och JustR von Seths skiljaktiga mening ger intryck av att domstolen diskuterat saken och majoriteten valde istället lokutionen ”*inte stridande mot lag*” för att slippa hamna i rent metafysiska frågeställningar.

Om detta är ett uttryck för den skandinaviska rättsrealismen och då särskilt Lundstedt ”*dödsdom*” över begreppet och dess påstått cirkulära karaktär så skulle man ju kunna tro att detta borde ha bidragit till en övergång till en mer resonerande och på pragmatism grundad argumentation när det gäller uppsåtligt tillfogade skador. Så blev emellertid inte fallet utan då snarare en övergång till en ökad formalism eller som jag brukar beteckna det hela en slags lagpositivism. Finns det inte formellt lagstöd så söker man stöd genom långtgående analogier i lagregler för att finna svaret. Så var i hög grad fallet i Britannia-domen och även i fallet från 2015 om Byggnads åtgärd stred mot EKMR.

Om den amerikanska realismen inom sig omfattar även framstående domare som Holmes och Cardozo som gjorde retoriken och den egna auktoriteten till rättskällor som tilläts utveckla lösningar utifrån konkreta saksomständigheter men samtidigt var försiktiga med att låta auktoritetsbundna argument som övergripande principer styra bedömningen, så framstår rättsutvecklingen i vart fall i svensk skadeståndsrätt på detta centrala och omstridda område ha sin grund i en ovilja att låta renodlade pragmatiska nyttoargument ersätta principfastheten.

Utvecklingen på skadeståndsrätten kom således istället att här präglas av betydande formalism där inte sällan långsökta analogier från lagbestämmelser eller – än värre – inte helt självklara förarbetsuttalanden ersätter pragmatiska lösningar. Retorik och andra former av suggestiva argumentationsformer har aldrig tillåtits eller förekommit i svensk rättskällelära men terminologi och rättsteoretiska premisser har ständigt varierat.

Att pragmatism inte hållits fram är nog en kulturell betingelse som knappast kommer att överges i första taget. Sverige högsta domstol ger ibland tillträde till förnyare men sådan självständighet som med stöd av en retorik hämtad från Shakespeare som sedan länge funnits inom common law systemet kan vi nog inte vänta oss i landet där Strindberg och Norén stått för genialiteten på det litterära området.

