

Orsakssamband och bevisbörda

MÅRTEN SCHULTZ*

»Ni domare skall veta att det var *mitt* skott, som var dödande. Nej, mina domare, det var *jag* som sköt skottet som dödade; såg själv att den stöp. Älgen, vars krona var så sällsynt vacker och dyrbar. Vörd en process. Prestige och ära stod på spel. Samt sanningen, den eviga, skulle givetvis fram.»¹

1. Inledning

1.1 Gränssytor mellan processrätt och skadeståndsrätt

Sanningen skall fram. Men hur gör man när sanningen är svåruppnåelig? Lars Heuman har genom sitt författarskap kastat ljus över åtskilliga sådana frågor i gränssytan mellan civilrätten och processrätten.² Som forskare i civilrätt är man tacksam över all vägledning man härvidlag kan få. Inom mitt ämne, skadeståndsrätten, aktualiseras svåra frågor i detta gränsländ under åtskilliga skadeståndsrättsliga rekvisit. De svåra avvägningsfrågorna står inte sällan att finna i situationer av osäkerhet: Vem skall bära risken för att säkerhet inte kan uppnås om ett sakförhållande?³

Särskilt orsakskravet i skadeståndsrätten ger upphov till sådana här svårigheter genom den interaktion som sker mellan processrättens och civilrättens normer. I sin senaste monografi, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål* (Stockholm 2005), gör Lars Heuman en kraftansträngning för att genomlysa dessa svåra problem. Orsaksfrågor intar en framträdande plats i Heumans viktiga framställning. Denna anspråkslösa hyllning skall ses

* Docent och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

¹ Irvis Scheynius, *Du domarn, Södertälje* 1996, s. 126. Kursiveringarna lade jag av typografiska skäl till här.

² Redan i sin doktorsavhandling behandlade Heuman fundamentala skadeståndsrättsliga frågor med pionjärens blick. Det gäller särskilt framställningen kring läran om det skyddade intresset, där Heumans analys förebådade den intensiva diskussion som därefter förts, Lars Heuman, *Målsägande*, Stockholm 1973, s. 146 ff.

³ Många samtida författare framhåller att de svåra rättspolitiska problemen i skadeståndsrätten enbart kan förstås utifrån ett perspektiv som inkluderar, förutom skadeståndsrättslig och annan civilrättslig kunskap, även bevisrättens vetenskap. Ett förnämligt exempel på detta är Ariel Porat och Alex Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford 2001.

som ett bidrag utifrån ett skadeståndsrättsligt perspektiv på en särskild fråga i bevisrättens och skadeståndsrättens gränsland: Vem har bevisbördan för att orsakssamband föreligger och finns det rättspolitiska skäl som talar för nya synsätt?⁴ Efter några korta reflektioner kring orsakskravets innebörd och dess förhållande till bevisreglerna skall denna uppsats ägnas åt framför allt den senare av dessa frågor.⁵

1.2 Orsakssamband: Skadeståndsrättens heta frågor

Orsakssamband börjar framtona som skadeståndsrättens mest dynamiska problemkomplex.⁶ Många av dessa frågor aktualiseras i just den gränsytan mellan processrätt och skadeståndsrätt som ovan antytts. I fall av osäkerhet kan den skadelidandes utgångspunkt anses alltför ogynnsam vilket kan föranleda krav på förändringar men om förändringarna skall göras i bevisrätten eller civilrätten har varit föremål för upphetsade meningsutbyten.

Ur ett komparativt perspektiv kan noteras att ämnen som proportionerligt ansvar⁷ och »probabilistisk kausalitet»⁸, om ersättning för förlorade

⁴ Boman noterar att sambandet mellan civilrätt och processrätt är särskilt tydligt när det gäller bevisbördesreglerna, Robert Boman, *Bevisbörda och civilrätt (eller sfärernas harmoni)*, Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993, s. 64.

⁵ Jag kommer att fokusera på bevisbördesfrågor relaterade till faktiska orsakssamband. Jag kommer inte att över huvud taget beröra adekvansrelaterade frågor. I skadeståndsrätten fordras ibland även en bedömning av bevisbördan avseende hypotetiska förlopp. Se om dessa frågor Nils Nygaard, *Placing the Burden of Proof of a Hypothetical Cause*, 41 *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm 2001, s. 421 ff. Se vidare för några allmänna reflektioner kring hypotetiska prov i skadeståndsrätten Mårten Schultz, *Ersättningsrättens hypotetiska prov*, NFT 1/2008. Även när det gäller allmänna frågor om orsakssambandet har Lars Heuman lämnat ett bidrag i form av ett helt kapitel om ämnet i doktorsavhandlingen, Lars Heuman, *Målsägande*, Stockholm 1973, kap. 7.

⁶ Se för det följande Mårten Schultz, *Orsaksbegreppet i skadeståndsrätten*, NFT 4/2007. Min doktorsavhandling (Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007) behandlade orsakskravets innebörd i skadeståndsrätten men de frågor som denna uppsats fokuserar på, bevisbördesfrågor avseende orsakskravet, behandlades styvmoderligt i det sammanhanget.

⁷ Se om detta t.ex. avslutningen på van Gervens komparativa undersökning av kausalitet i de europeiska rättsordningarna där det konstateras att »The law is not settled yet, and many solutions have been put forward; legal systems often hesitate between them: -moving towards proportional liability [...]; changing the basis for liability by introducing some notion of risk within it [...]; keeping the traditional approach intact by shifting the burden of proof into the defendant [...]», Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, *National, Supranational and International Tort Law*, Oxford 2000, s. 466.

⁸ Tanken om probabilistiskt ansvar uttrycks på följande tydliga sätt i en känd plaidoyer för ansvarstypen: »Assuming that the risk is one that would give rise to liability when the actual loss is suffered, why not adjudicate the entire case by awarding the victim the pre-

chanser eller möjligheter⁹, om ansvaret för riskexponeringar *per se* tornat upp som några av de hetaste frågorna och samtliga dessa ämnen aktualiserar frågor om orsakskravets innebörd i förhållande till bevisrättens förutsättningar. Det räcker kanske med att med breda penseldrag måla upp några kända skadeståndsrättsliga frågeställningar för att påminna om vilka praktiska frågor som det kan handla om: Förhållandet mellan exponering av asbest och cancer, förhållandet mellan rökning och cancer, läkemedelskador, felaktiga diagnoser av läkare som leder till minskade chanser för gynnsam utgång, miljögifter och skador på ekologiska intressen, mellan vårdslös rådgivning och ren förmögenhetskada, mellan nack- eller ryggskada och whiplash, och underlåtna säkerhetsåtgärder på arbetsplatsen.

1.3 Kort om orsakskravets innebörd

I den mån de ovan skisserade problemen fordrar reformer så är det i bevisrätten och i skadedefinitionerna vi skall leta, och inte i orsaksbegreppet, enligt min mening.¹⁰ Orsakskravet i skadeståndsrätten skall och brukar

sent value of the risk at the point at which the risk can be identified and given some measurable value? The value is equal to the present value of the future losses multiplied by the estimated probability of their occurrence.» Glen O. Robinson, Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, 14 Journal of Legal Studies, s. 779 ff., på s. 786 (1985).

⁹ »Loss of chance» är ett av den moderna skadeståndsrättens största trätoämnen och har dykt upp i olika former i många rättsordningar. I komparativrättsliga sammanhang har det hävdats att särskilt fransk rätt ger ett bra exempel på den proportionerliga synen på skadeståndsansvar som kommer till uttryck i uttrycket *perte d'une chance*, se Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000, s. 460. I common law-länder har diskussionen om »loss of chance» länge varit intensiv, särskilt i situationer av felaktiga diagnoser. Den mest inflytelserika akademiska framställningen är förmodligen Joseph H. King, Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 Yale Law Journal, s. 1353 ff. (1981). Några framträdande framställningar är Jane Stapleton, The Gist of Negligence, pt. 2, Law Quarterly Review, s. 389 ff., Glen O. Robinson, Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk, 14 Journal of Legal Studies, s. 779 ff. (1985), Christopher Schroeder, Corrective Justice and Liability for Increasing Risks, 37 UCLA Law Review, s. 439 ff. (1989–1990) och ds., Corrective Justice, Liability for Risks and Tort Law, 38 UCLA Law Review, s. 143 (1990–1991) (den senare i polemik med Kenneth W. Simons, Corrective Justice and Liability for Risk-Creation: A Comment, 38 UCLA Law Review, s. 113 ff.). Som Perry framhållit så är det inte alltid så lätt att avgöra om de författare som framhållit att riskskapande i sig skall kunna medföra skadeståndsansvar därmed också menat att en risk kan anses som en skada (harm), se Stephen Perry, Risk, Harm, and Responsibility, i: David Owen (red.), Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford 1995, s. 338, n. 26. (diskussion kring Schroeder och Simons-debatten).

¹⁰ Se för argument för detta t.ex. Richard W. Wrights, Causation, Responsibility, Risk, Pro-

betraktas som ett krav på en särskild typ av faktisk relation mellan den ansvarsgrundande händelsen (typiskt sett den vårdslösa handlingen) och skadan.¹¹ Detta innebär att orsakskravets närmare innebörd inte ges av normer. Det finns inga rättsliga regler eller principer som säger något om vad kravet på orsakssamband närmare innebär. Orsaksbegreppet får sitt innehåll från andra föreställningar. Det bygger på common sense och på en uppfattning om hur världen fungerar.

Det här gör att orsaksbegreppet är illa rustat för att underkastas instrumentella hänsyn.¹² Med stora ord, och stora ord är nödvändiga i det här sammanhanget, så vilar orsaksbegreppet på en annan ontologisk uppfattning än övriga grundläggande begrepp i skadeståndsrätten. Culpabegreppet, skadebegreppen eller adekvansbegreppen får sitt innehåll från normer och tolkningar av normer. Någon sådan normativ vägledning finns inte att få när det gäller att försöka fånga in vad, mer specifikt, skadeståndsrättens krav på orsakssamband betyder. Den förståelse av orsakskravet som jag vill försvara, och som jag tror är den implicita inställningen bakom majoriteten uttolkare i svensk skadeståndsrätt, är att ett orsakssamband är något som om de är för handen hör till den s.a.s empiriska verkligheten. Vidare: Ett orsakssamband antingen föreligger, eller föreligger inte. *Tertium non datur*. Det finns inga graderingar att göra.

1.4 Orsakssamband som bevistema

Det här påverkar också hur man skall se på frågan om bevisning av orsakssamband. Ett påstående om att ett orsakssamband föreligger (eller inte föreligger) är antingen sant eller falskt. Det är sant eller falskt givet hur påståendet korresponderar mot en verklighet som är oavhängig juridiken och människorna.

Det påverkar också, som jag förstår det, den närmare synen på orsakssamband som *bevistema*. Lagstiftaren eller någon annan normgivare kan

bability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts, i 73 Iowa Law Review, s. 1001 ff, s. 1042 ff. (1988). Se för ett förslag som intar en motsatt inställning Principles of European Tort Law, Art. 3:103–106.

¹¹ Se om detta Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, kap. 8 och passim, samt Mårten Schultz, Economic System Builders and the Cause-in-Fact Requirement in Tort Law, TFR 2003, s. 519 ff.

¹² Det här har missförstått av många rättsekonomiska författare. Se t.ex. Guido Calabresi, Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr., 43 The University of Chicago Law Review s. 69 ff. (1975) Se för kritik mot en sådan inställning t.ex. Richard W. Wright The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics 63 Chicago-Kent Law Review s. 553 ff. (1987) och ds., Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis 14 Journal of Legal Studies, s. 435 ff. (1985).

förändra bevistemat, t.ex. kan en bevisskyldighet lindras genom att temat ändras från en skada eller en effekt till en risk eller en sannolikhet.¹³ Men ett begrepp som orsaksbegreppet låter sig inte på samma sätt underkastas en normbunden begreppsbildning. Självklart kan lagstiftaren införa en regel med innebörd att orsakskravet skall innebära något annat än det gör idag, kanske så att orsakskriteriets allt-eller-inget-tolkning ersätts med en sannolikhetstolkning. Då förändras också bevistemat från det traditionella orsakskravet till någon form av sannolikhetskrav varigenom en kående kanske kan uppfylla sin bevisbörda avseende sambandet genom att bevisa att en händelse (markant) ökade sannolikheten för en skada. Men en sådan förändring kan inte, i alla fall inte omedelbart, ändra orsakskravets innebörd. Vad lagstiftaren i ett sådant läge åstadkommer är inte en förändring av ett begrepps innebörd utan att ett begrepp byts ut mot ett annat.

1.5 Orsakssamband och bevisproblem

Orsaksbegreppet innefattar komplicerade ställningstaganden. Det kan därför vara frestande att försöka undvika sådana ställningstaganden genom att hantera begreppets praktiska konsekvenser på andra sätt. Det brukar således ibland hävdas att orsaksspörsmål som sådana idag är mindre intressanta eller av mindre praktisk betydelse än bevisfrågor.¹⁴

Nu är det naturligtvis så att de bevisrättsliga frågorna kring orsakskriteriet blir obegripliga utan en inställning i orsaksbegreppsfrågan: Det går inte att på ett rationellt sätt diskutera bevisbördes- eller beviskravsfrågor rörande orsakskriteriet utan att i någon utsträckning ha specificerat bevistemat.¹⁵ Icke desto mindre så har nog domstolarna och även akademien gjort just detta till viss del.¹⁶ Genom att t.ex. sänka beviskravet så kan de

¹³ Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 63, n. 161.

¹⁴ Se t.ex. Bertil Bengtsson & Erland Strömbäck, *Skadeståndslagen*, 2 uppl., Stockholm 2006, s. 37 f. I processuella sammanhang så framträder ibland en bild av skadeståndsrättens förutsättningar som för mig som skadeståndsrättare framstår som diffus och potentiellt riskabel, till exempel genom att de teoretiskt skilda ansvarsförutsättningarna culpa och kausalitet inte hålls isär tillräckligt. Se för kritiska kommentarer kring Ekelöf utifrån detta perspektiv Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 102 ff.

¹⁵ Det är ju som Nygaard framhåller: Formuleringen av bevisspörsmålet styrs av orsakskravet. Se Nils Nygaard, *Årsaksspörsmål og orsakslærer i skadebotretten*, Festskrift till Carsten Smith, Oslo 2002, s. 633. En aspekt av detta är huruvida bevisskäl i sig kan föranleda, eller borde kunna föranleda, ett visst synsätt vid bestämningen av kravet på orsakssamband. Man skulle till exempel kunna tänka sig att bevisskälens tillåts påverka vad orsakskravet skall anses innebära. Frågor av detta slag behandlas i Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 102 ff.

¹⁶ Se vidare Märten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, s. 494 ff., särskilt på s. 503 f.

problem, som den traditionella tolkningen av orsaksbegreppet givit upphov till vid vad som brukar betecknas som »konkurrerande skadeorsaker», undvikas eller snarare sopas under mattan. Det finns en fara i detta, tror jag. I stället för att »rädda» ohållbara begrepp genom att gömma dem under bevisrättsliga ad hoc-lösningar så bör vi analysera och söka omformulera begreppen. Vi bör jobba mer med bevisemat och mindre med beviskraven: Vad innebär kravet på orsakssamband egentligen? Genom att söka svaret på den frågan skulle bevisrätten besparas en del onödigt extraarbete.

Det kan dessutom antas att det framstår som frestande, med en processualistisk syn, där svaren på materiella och konceptuella problem söks i processrätten i stället för i skadeståndsrätten, att försöka lösa de nya orsakspåståenden som i allt högre grad börjar framstå som skadeståndsrättens – och försäkringsrättens – centrala svårigheter genom bevisrättsliga variationer. Här finns det som jag ser det stora risker inte bara ur teoretisk eller konceptuell synvinkel utan även ur ett praktiskt, rättspolitiskt perspektiv.

1.6 Orsaksrequisitet och beviskrav

Beviskravsmodifikationer när det gäller orsakskravet är det vanligaste sättet att hantera de materiella och konceptuella problem som ovan nämnts.¹⁷ Det processuella normalkravet »styrkt»¹⁸ har i den allmänna skadeståndsrätten fått vika i situationer av svårbevisade orsakssamband efter en serie avgöranden från HD.¹⁹ Formuleringarna av beviskravet har skiftat något i olika fall. Ibland krävs det att käranden gör samband »klart mer sannolikt» än en alternativ förklaring, ibland med tillägget att det skall framstå som »sannolikt i sig själv» och ibland förekommer andra men lik-

¹⁷ Frågan har diskuterats tidigare i litteraturen vid ett flertal tillfällen. Se från svensk rätt främst Anders Agell, Orsaksrequisit och beviskrav i skadeståndsrätten, i »de lege», Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, Uppsala 1993, s. 159 ff. Åtskilliga andra har behandlat ämnet. Se t.ex. Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s. 294 f., Jan Hellner och Svante Johansson, Skadeståndsrätt, Stockholm 2000, s. 199 ff., P O Ekelöf & Robert Boman, Rättegång IV, 6 uppl. 1992, s. 109 ff. och 151 ff., Aleksander Peczenik, Causes and Damages, Lund 1979, s. 307 ff. och Bertil Bengtsson, Anmälan av Peczenik, SvJT 1980, s. 606 ff., på s. 609.

¹⁸ P O Ekelöf & Robert Boman, Rättegång IV, 6 uppl. 1992, s. 62: »Rättsfakta skall 'styrkas', såvida det ej på grund av stadgande eller särskilda skäl räcker med svagare eller krävs starkare bevisning.»

¹⁹ Se t.ex. NJA 1977 s. 176, NJA 1981 s. 622, NJA 1982 s. 421, NJA 1993 s. 764 och NJA 2001 s. 368. Heuman framhåller att »[e]tt antal prejudikat som rör beviskravet för orsakssamband utgör de klaraste beläggen för en tendens att lindra beviskravet.», Lars Heuman, Bevisbörd och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005, s. 79.

nande formuleringar²⁰. Motsvarande bevislättning ges även genom ett flertal specialskadeståndsrättsliga lagregler i t.ex. miljörätten (MB 32 kap. 3 §, 3 st.) och patientskaderätten (6 § patientskadelagen). De orsakssamband som har börjat uppmärksammas runtom i världen låter sig emellertid knappast lösas genom några sådana beviskravsmodifikationer. Dessa problem fordrar mer övergripande nytänkande kring samspelet mellan olika rättsregler och olika rättsliga discipliner.

1.7 Orsaksrekvisitet och bevisbördan

Beviskravsmodifikationer är i sig sällan tillräckliga för att tackla skadeståndsrättens stora problem med att hantera osäkerhet. En mer långtgående möjlighet kan vara att ifrågasätta dogmen om karendens bevisbörda för att orsakssamband föreligger.²¹ Utgångspunkten är given: Den skadelidande har bevisbördan för att alla skadeståndsrättsliga rekvisit är uppfyllda, även kravet på orsakssamband. Denna utgångspunkt är nog sund. Men finns det undantag? Och finns det anledningar att förorda nyansering eller förändring?

1.8 Bevisbördans placering rörande orsakssamband i allmänhet – utgångspunkten

Den processrättsliga utgångspunkten är således att karenden har bevisbördan för rättsfakta som hon anför till stöd för sitt ersättningsanspråk och bevisbördan är enligt normalkravet uppfylld när karenden har styrkt dessa rättsfakta.²² Detta gäller som huvudregel även avseende kravet på orsakssamband. Huvudregeln är så väl befast att dess stöd eller berättigande sällan efterfrågas. I svensk rätt är vi således obenägna att kasta om bevisbördan för om orsakssamband föreligger.

Ett annat sätt att se detta på är att domstolarna är obenägna att lägga bevisbördan för att orsakssamband *inte* förelegat på svaranden. Det här står i samklang med den allmänna skepsis som HD har givit uttryck för när

²⁰ Se om detta Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 79 ff.

²¹ Jmf. Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 42: »Satsen om att karenden skall styrka sin rätt har upprepats så många gånger under en lång tid i flera länder att man inte längre frågar efter dennas berättigande.»

²² P O Ekelöf & Robert Boman, *Rättegång IV*, 6 uppl. 1992, *passim*. (Angående beviskravet sägs på s. 62: »Rättsfakta skall 'styrkas', såvida det ej på grund av stadgande eller särskilda skäl räcker med svagare eller krävs starkare bevisning.»)

det gäller rimligheten av att låta bevisbördan omfatta negativa fakta – att något inte hänt.²³ Men det finns undantag.

2. Omkastad bevisbörda för orsakssamband

2.1 Allmänt

Skadeståndsrätten är inte främmande för att arbeta med olika *presumtioner*.²⁴ Det finns till och med en särskild ansvarsform som kallas för presumtionsansvar, vilken främst hör till kontraktsrätten.²⁵ Ansvaret innebär att när någon har en annan persons egendom i sin besittning så presumeras under vissa omständigheter skada på egendomen ha uppstått till följd av besittarens culpa. Presumtionsansvaret är med andra ord ett vanligt culpaansvar, men där bevisbördan avseende culpa överflyttats till den påstådda skadevållaren.

²³ Se härvid Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 269 ff. Problemet med att ålägga någon bevisbörda för negativa faktorer eller händelser, för att något inte inträffat, är ett sedan länge diskuterat spörsmål i litteraturen och i domstolarna. Således har till exempel bevisbördan för huruvida fast pris för arbetsbeting bestämts tidigare (se NJA 1951 s. 1 och NJA 1975 s. 280, men jämför NJA 1989 s. 215) ansetts ligga på den säljare som påstod att fast pris *inte* avtalats, d v s säljaren hade bevisbördan för att något inte inträffat. Bevisbördesregeln var länge utsatt för omfattande kritik i de mest skiftande sammanhang, se Knut Olivecrona, *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*, 1930 s. 80 f. och 175 ff., Hjalmar Karlgren, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl. 1972 s. 92 not 38, P O Ekelöf & Robert Boman, *Rättegång IV*, 6 uppl. 1992 s. 102 f. och Torgny Håstad, *Den nya köprätten*, 4 uppl. 1998 s. 158 ff. Bakom kritiken låg bland annat argumentet att det är generellt sett lättare att säkra bevisning om att något hänt, än det är att säkra bevisning om något *inte* hänt. I plenimålet NJA 2001 s. 177 tog HD fasta på kritiken och tog explicit avstånd från den tidigare bevisbördesregeln: »Övervägande skäl får anses tala för att man nu lämnar den princip som slogs fast i 1951 års avgörande. Vid köp och arbetsbeting som direkt eller analogivis omfattas av 1990 års köplag bör huvudregeln vara att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående.», s. 182.

²⁴ Se om presumtioner t.ex. Bengt Lindell, *Civilprocessen*, 2 uppl., Uppsala 2003, s. 502 f.

²⁵ Presumtionsansvaret gäller som sagt i första hand i kontraktuella snarare än i utomobligatoriska fall, men det är möjligt att det i detta avseende inte föreligger skillnad mellan inom- och utomobligatoriska fall, vid besittning av annans egendom, se Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, Stockholm 2006, s. 148. Från praxis kan särskilt nämnas den belysande rättsutvecklingen avseende ansvar för skada på travhästar som omhändertagits för träning och tävling, men även för förvaring, se NJA 1966 s. 18 (Fabel), NJA 1983 s. 617 (Ego Wayraid) och NJA 1999 s. 197 (Lapido). Angående ansvaret för skador på egendom i annans besittning se t.ex. Anders Agell, *Om presumtionsansvar vid skada på omhändertagd egendom, i »de lege»*, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, Uppsala 1993, s. 241 ff. och Jan Hellner, *Utvecklingslinjer i skadeståndsrätten*, i *Festskrift till Anders Agell*, Uppsala 1994, s. 211.

Presumtionsansvaret innefattar en presumtion för vårdslöshet. Det brukar i alla fall inte i allmänhet anses som innebärande även en presumtion för kausalitet. Saxén definierar således presumtionsansvaret som ett ansvar där det är »skadeorsakarens sak att bevisa att han inte varit culpös».²⁶ Orsakssambandet verkar med en sådan formulering inte falla under presumtionen. Huvudregeln om bevisbördans placering för orsakssamband tycks stå stark. Det finns dock undantag av mer eller mindre tydligt slag.

2.2 Fallet med hälarerna

Ett rättsfall som tydligt lade över bevisbördan på svaranden, som hade påstått att samband inte förelagat, rörde skada på stulen egendom som återfanns hos en hälare.

Se NJA 1988 s. 226, där två personer, A och B, dömdes för häleri avseende bland annat videobandspelare och en videokamera. Apparaterna återställdes till ägaren men i skadat skick. Bolaget yrkade ersättning för självriskan på bolagets stöldförsäkring. A och B bestred ansvar under argumentet att apparaterna redan var skadade redan när de överlämnades. Bevisbördan lades på A och B, bl.a. med motiveringen att den som återfår stulen egendom i skadat skick under sådana omständigheter som det är fråga om i målet föreligger emellertid uppenbara svårigheter att förebbringa bevisning eller att ens göra antaganden angående sådana förhållanden.

Kanske kan det här rättsfallet främst ses i ljuset av den generellt stränga hållning som domstolarna intagit när det gäller sakskada som uppmärksammas när egendomen återfinns hos annan än den rättmätiga besittningshavaren.

I detta sammanhang aktualiseras problem i ett samspel mellan olika kriterier för ansvar, här skadebegrepp (när är skadan färdig?), orsaksbegreppet (om en sakskada vid stöld av egendom föreligger redan vid stölden – kan då samband föreligga mellan skadan och en hälares behandling av saken?), adekvansbegreppet (vem bär ansvar för casushändelser om egendomen byter hand – eller för ett intervenerande brottsligt agerande av en tredje man?) och bevisrättsliga regler (vem bär bevisbördan för vad som hänt?).²⁷ I sådana här samspel tycks det, för att använda ett funktionalis-

²⁶ Hans Saxén, Skadeståndsrätt, Åbo 1975, s. 213.

²⁷ Ett exempel på relationen mellan dessa bedömningar är NJA 1993 s. 206. Omständigheterna var invecklade. En bank (banken) hade sålt en segelbåt med ägarförbehåll till A, som i strid med ägarförbehållet sålt båten vidare till B. Därefter såldes båten ytterligare två gånger, från B till C, och från C till D (ett finansbolag). Under hela denna tid befann sig båten fortfarande i A:s besittning. Finansbolaget D sålde sedan båten åter igen till A, genom kreditköp med återtagandeförbehåll. Efter dessa transaktioner var A alltså återigen ägare till båten och genom alla dessa transaktioner hade banken haft möjlighet att återta båten om A inte uppfyllde sina förpliktelser enligt avtalet, eftersom båten hela tiden

tiskt perspektiv, vanligare att rättspolitiskt rimliga lösningar åstadkoms genom användande av särskilda adekvansprinciper (casus mixtus cum culpa²⁸) eller genom distinktioner på skadesidan, mer specifikt med den särskilda orsaksrelaterade distinktionen om skadans »färdighet» som främst tas till i just dessa situationer.²⁹ (Om skadan är »färdig» eller inte brukar sällan i övrigt motivera särskild diskussion – det är ju i allmänhet helt banalt att skadeståndsskyldighet inte föreligger innan skadan är färdig

befunnit sig i A:s besittning. Härefter sålde A dock båten vidare till W, vilket inte D kände till. W fick även besittning över båten. Den ursprungliga kreditgivaren, banken, begärde skadestånd från D för bolagets medverkan i transaktionerna. Högsta domstolen konstaterade att D inte hade orsakat banken någon skada eftersom att de transaktioner som D hade varit inblandade i (köpet av båten och försäljningen åter till A) inte hade lett till någon skada. Eftersom ingen besittningsförändring skett kunde banken ha återtagit båten genom dessa transaktioner. D hade heller inte haft något att göra med A:s senare försäljning till W, varmed den egentliga skadan uppstod, och det fanns inte heller på denna grund skäl för att D skulle betala skadestånd till banken.

²⁸ Se allmänt om casus mixtus-principen i litteraturen, Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 7 uppl., Stockholm 2006, s. 212, Anders Agell, Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom, »de lege», Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 3, Uppsala 1993, s. 197 ff., särskilt på s. 221 ff. (ursprungligen i Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s. 23 ff.), Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s. 393 ff., Bill Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga, Stockholm 1993, främst no. 3894 ff., Jan Kleineman, De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar, JT 1991–92, s. 63 ff., särskilt s. 75 ff., Getrud Lennander, Casus Mixtus Cum Culpa, i Festskrift till Bill Dufwa, Vol. II, Stockholm 2006, s. 723 ff. och Mårten Schultz, Casus Mixtus Cum Culpa, JT 2004–05, s. 680 ff.

²⁹ Bedömningen av skadans färdighet får betydelse på flera sätt. I flera av de situationer där casus mixtus-principen tillämpats är inte situationen den att en vårdslös eller uppsåtlig händelse följs av en oförutsebar eller osannolik casushändelse – vanligare är förmodligen att det är ett (oförutsebart eller osannolikt) vårdslöst eller uppsåtligt beteende av tredje man som är tillstöter och »direkt» orsakar skadan (se t.ex. NJA 2004 s. 746 I och II och NJA 1985 s. 690). Om skadan i en sådan situation kan anses fullbordad redan genom den initiala handlingen spelar de senare händelserna inte någon roll vad gäller ansvaret för den som ansvarar för den initiala händelsen – men det spelar en avgörande roll för ansvarsbedömningen avseende den senare handlande personen. Detta blir särskilt tydligt i hälersituationer. Om A stjälar X:s cykel och skadan genom stölden anses färdig, kan X inte kräva skadestånd från häleren B som därefter befattat sig med stöldgodset. Domstolarna har i flera fall funnit detta vara orimligt – skadestånd måste åtminstone i vissa situationer även kunna krävas av häleren. NJA 1983 s. 419 behandlade häleri avseende stulna trätofflor. Omständigheterna var särpräglade. Tofflorna hade tagits i beslag men genom ett felaktigt beslut av åklagaren i målet hävdades beslaget, vilket medförde förlust för målsäganden. Oavsett om de åtgärder som utfördes var felaktiga eller inte fann HD att häleren var skadeståndsskyldig gentemot tofflornas ägare. I andra situationer har HD emellertid till synes kommit till motsatt slutsats. I NJA 1961 s. 518 hade A lånat en stulen moped av B (tjuven). Mopeden återställdes B utan att några fysiska skador inträffat. HD (majoriteten) ansåg inte att A:s agerande medfört någon skada för mopedens ägare och skadeståndsskyldighet förelåg inte.

och att skadeståndsskyldighet inte föreligger för den agerat ansvarsgrundande utan att skadan i vart fall förvärras.)

I vilket fall tycks omkastad bevisbörda inte i allmänhet användas för att underlätta den skadelidandes svåra situation under sådana här omständigheter. Men 1988 års fall med de stulna videoapparaterna visar att det är en *möjlighet* som i vart fall ibland kan användas. Detta är ett exempel på hur HD på ett tydligt sätt lagt bevisbördan på svaranden när det gäller sakskada i kombination med ett brottsligt besittningshavande.

2.3 Kränkning

Det finns emellertid även exempel utanför sakskaedområdet där det kan diskuteras om inte bevisbördan de facto lagts över på svaranden, även om det inte är lika tydligt som sakskadefallet. När det gäller *kränkingsersättning* kan det väl sägas att kränkingsbegreppet – i vart fall det kränkingsbegrepp som gäller för regeln i skadeståndslagen 2 kap. 3 § – har utvecklats till en sådan teoretiskt hopplös konstruktion att det är svårt att säga vad det är för typ av skada – om ens någon skada över huvud taget – som sambandsbedömningen skall utgå från.³⁰ Ja, man kan nog säga att någon traditionell orsaksbedömning över huvud taget inte är möjlig med den innebörd som kränkingsbegreppet givits i senare praxis. Det skenbara orsakskrav som kränkingsregeln tar upp är bara ett spel för galleriet, en eftergift åt systematiken och därmed ett bakvänt erkännande av orsakskravets centrala position. I ett sådant läge är det svårt att säga att någon har bevisbördan för orsakssambandskravet som på papperet uppställs vid skadestånd för kränkning.

Men *en sak* är i alla fall säker: Det går inte att säga att käranden, brotts-offret, har bevisbördan för orsakssamband i dessa situationer. Kränkings-skadeståndet utgör således ett undantag från den allmänna regeln om att den skadelidande har bevisbördan för att orsakssamband föreligger.

2.4 Anhörigersättning

I en annan ideell skadekategori framträder frågan om bevisbördesplacementen för orsakssamband som mer intressant ur praktisk synvinkel, nämligen *anhörigersättning*. Anhörigfallen är intressanta när det gäller bevisbördesdiskussionen ur flera perspektiv.

I fall avseende psykiska skador för efterlevande till någon som dödats genom en ansvarsgrundande handling har HD fastslagit att käranden *pre-*

³⁰ Se Mårten Schultz, Kritik mot kränkingsbegreppet, SvJT 2008, s. 37 ff.

sumeras ha lidit skada. Presumtionen kan lämpligen betraktas i ljuset av den alltmer välvilliga inställning som rättsordningen allmänt intagit till möjligheten för anhöriga att erhålla ersättning när en närstående avlidit. Skadeståndsrätten för anhöriga var föremål för lagstiftning samtidigt som kränkningsskadeståndet behandlades (se härvid prop. 2000/01:68) och båda typerna av skadestånd anses höra till komplexet ideell skada. Men anhängersättningarna är mer belysande för förevarande analys än kränkningsskadeståndet.

När det gäller skadestånd för kränkning kan det nog hävdas utan att det framstår som alltför raljant att den traditionella skadeståndsrättsliga systematiken underordnats lagstiftarens funktionalism, med åtskilliga konceptuella och rättspolitiska problem som följd. När det gäller anhängersättningarna så ligger det delvis annorlunda till. Bedömningen av om skadestånd till anhörig skall utgå bygger på samma grundläggande modell som skadeståndsrätten i övrigt, med avstamp i den traditionella uppdelningen ansvarsgrund–adekvat orsakssamband–skada. Anhörigskadeståndsrätten är således i högre grad än skadeståndet för kränkning en del av den traditionella skadeståndsrätten och enligt min mening således mer intressant som bakgrund för allmänna reflektioner kring bevisbördans placering. En viss utvikning av rättsläget kan behövas som bakgrund.

Genom ett antal rättsfall från Högsta domstolen ändrades inställningen till anhörigas krav på ersättning för psykiska skador till följd av närståendes rättsfall. Tidigare hade sådan psykisk skada inte ansetts ersättningsgill om den uppstod vid underrättelse om dödsfallet.³¹ Detta ändrades genom en serie intressanta rättsfall. Inledningsvis var det i fall av uppsåtligt dödande som sådan ersättning kunde utgå vilket senare kom att följas av rättsfall där även grovt vårdslöst dödande medförde ersättning.³² »Vanligt» vårdslöst dödande ansågs emellertid inte ge rätt till ersättning för de anhöriga.³³

Detta ändrades genom en förhållandevis nyligen införd regel i skadeståndslagen 5 kap. 2 § 3 p.³⁴ Regeln ger anhöriga rätt till ersättning för den psykiska skada som de drabbats av till följd av att deras nära anhöriga avlidit. Ingen inskränkning gäller för fall av grov vårdslöshet eller uppsåtlighet utan även culpöst dödande medför ersättning, under förutsättning att skadevållarens agerande var ansvarsgrundande gentemot den döda.

En betydelsefull aspekt av anhörigregeln i skadeståndslagen är således att den är konstruerad som en *derivativ regel*. De anhörigas rätt till ersätt-

³¹ NJA 1979 s. 620. Se dock NJA 1971 s. 78, där skadestånd utgick till en efterlevande för psykisk skada där den efterlevande själv var med vid skadetillfället.

³² Se NJA 1993 s. 41 I och II (pleniavgöranden där skadeståndsskyldighet för mördare omfattade även anhöriga) och NJA 1996 s. 377 (vårdslöshetsbrott som var grova medförde ersättningsskyldighet).

³³ NJA 1999 s. 632.

³⁴ Se om denna regel prop. 2000/01:68, s. 30 ff.

ning för att en närstående avlidit är konstruerad som en avlöpare till den dödas egen rätt till ersättning – det är en förlängning av den primärt skadelidandes (den dödas) rätt. Ersättningen för psykisk skada för de efterlevande är således uppbyggd på samma sätt som rätten till ersättning för begravningskostnad eller underhåll. Någon rätt till ersättning för sorg eller saknad, vilket kunde ha varit en alternativ ordning, ansågs inte böra införas.³⁵

Det är som redan framhållits en närmast självklar grundtanke att den skadelidande skall bevisa sin skada och skadans art och omfattning.³⁶ Enligt NJA 2000 s. 521 *presumeras* att psykisk skada uppstått i dessa fall, så den efterlevande behöver med andra ord inte bevisa att hon lidit någon skada. Därtill ersätts skadan med schabloniserade belopp – schabloner som det tycks allt svårare att avvika från – vilket gör att den efterlevande inte bara är befriad från sin bevisbörda avseende att skada *inträffat* utan även slipper föra bevisning om skadans *omfattning*.³⁷

Käranden befrias således från sin bevisbörda i dessa fall. Frågan är dock om det i dessa fall verkligen är en presumtion för skada som avses. »Presumtioner är ett slags bevisbördesregler.»³⁸ En presumtion innebär att en part för att kunna nå framgång med sin sak måste bevisa icke-existensen av ett visst rättsfaktum (här: skada), efter att motparten kunnat bevisa en presumerande omständighet (här: dödande av kärandens närstående).³⁹ Men kan svaranden verkligen motbevisa presumtionen i dessa fall?⁴⁰

En annan aspekt av detta är hur presumtionen för skada förhåller sig till kravet på orsakssamband.

Som HD:s vägledande avgörande är formulerat tycks skadepresumtionen också ha betydelse för synen på *bevisbördan avseende orsakskravet*. I det nyssnämnda fallet från år 2000 anfördes följande: »Det ligger i sakens natur att de som har stått den avlidne nära då drabbas av psykiska besvär utöver sådana känslor av sorg och saknad som ett dödsfall brukar medföra. I sådana fall där det inte är aktuellt att ersätta andra skadeföljder än sveda och värk och smärre belopp avseende kostnader eller inkomstförlust bör

³⁵ Se prop. 2000/01:68, s. 35 ff.

³⁶ Se NJA 2005 s. 180 (särskilt s. 201) och om detta Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 161.

³⁷ Dessa aspekter framträder tydligt i en färsk dom från HD, NJA 2007 s. 953.

³⁸ Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 113. Se härvid även det av Heuman anförda fallet NJA 1996 s. 564.

³⁹ Se Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 113.

⁴⁰ Se vidare Håkan Anderssons, *Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum*, i JT 2000–01, s. 897 ff. och Märten Schultz, *Kausalitetskriteriet i svensk skadeståndsrätt och det europeiska harmoniseringsarbetet*, NFT 3/2003, s. 281 f. (not 14). Allmänt angående skadetyper, se Håkan Andersson *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, Uppsala 1997, s. 249 ff.

man utan närmare utredning kunna presumera att dessa besvär är att hänföra till personskada.»

HD:s domskäl är inte helt lättolkade.⁴¹ Är det en presumtion för att efterlevande skadats eller är det presumtion för att det föreligger ett orsakssamband om det är så att den efterlevande faktiskt är skadad eller båda? Med andra ord: Presumeras skada eller presumeras kausalitet?

Man kan tänka sig att käranden tillerkänns en bevislättning avseende skadan men att hon ändå har bevisbördan för orsakssambandet. Det synes osannolikt att svaranden skulle kunna bryta presumtionen att skada inträffat.

Det mest intressanta för förevarande sammanhang är dock om presumtionsregeln även omfattar kausalitetskravet och att så är fallet får anses framgå av att HD särskilt anför att det ligger i sakens natur att närstående *drabbas* av skador till följd av dödsfall i fall som dessa. Denna tolkning vinner också stöd av författningskommentaren i propositionen där det sägs att man vid tillämpning av regeln normalt kan utgå från att den närstående åsamkats psykisk skada när den närstående dödats genom en skadeståndsgrundande handling eftersom dödsfallet i dessa situationer som regel kommer »plötsligt och oväntat».⁴²

2.5 Slutsatser av rättsläget

Dessa nedslag illustrerar att den allmänna huvudregeln om att den skadelidande har bevisbördan för att orsakssamband föreligger understundom får ge vika. Några långtgående slutsatser går knappast att dra utifrån dessa fall annat än att det finns argument för att underlätta kärandens bevis-situation avseende orsakssambandet som ibland ansetts väga över de argument som talar för den ofta uttryckta huvudregeln. Den följdfråga som skall behandlas härnäst är om det synsätt på bevisbördan som intagits i dessa fall bör kompletteras med en allmän möjlighet att kasta om bevisbördan för orsakssambandet i en särskild kategori av orsakproblem, nämligen vid s.k. alternativ kausalitet.

⁴¹ Jmf. Lars Heuman, *Bevisbördan och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 297, där det framhålls att undantagets räckvidd är oklar.

⁴² Se prop. 2000/01:68, s. 71.

3. Bevisbörda och »alternativ kausalitet»

3.1 Uttrycket »alternativ kausalitet»

Bevisbördans placering när det gäller orsakssambandet brukar i teoretiska sammanhang särskilt aktualiseras i samband med en diskussion om *alternativ kausalitet*. Med alternativ kausalitet avses här situationen att *antingen* den ena eller den andra av två (eller ibland fler) aktualiserade faktorer orsakat skadan.⁴³ Typiskt för kategorin »alternativ kausalitet» är att det redan i förväg framstår som klart att inte de aktualiserade möjliga orsaksfaktorerna samverkat. Kategorin omfattar alltså främst fall där man vid bedömningen vet att det enbart var en faktor av flera intressanta möjligheter som lett till skadan men oklarhet råder om vilken: Två kulor har avlossats av olika personer men enbart en träffade offret – det svåra är att klargöra *vems* den träffande kulan var.

3.2 Regler om bevisbörda vid alternativa orsaker

Vissa rättsordningar har funnit det rimligt att för dessa situationer uppställa en särskild *regel* (kodifierad eller okodifierad) om »alternativ kausalitet». I vart fall i de flesta rättsordningar där en sådan regel upprätthålles så betraktas den som en form av bevisregel.⁴⁴

Situationen när en alternativ kausalitetsregel kan användas karakteriseras typiskt sett alltså av att det finns två (eller flera) möjliga förklaringar

⁴³ Ungefär så definieras uttrycket i Nils Nygaard, Årsaksspørsmål og orsakslærer i skadebotretten, Festschrift till Carsten Smith, Oslo 2002, s. 635, n. 9. Naturligtvis kan uttrycket tillämpas i en situation där det finns fler än två aktualiserade faktorer. Vad det då skall innebära är kanske inte klart, men i vart fall bör nog uttrycket i en sådan situation inskränkas till situationer där det står klart att inte alla de aktualiserade faktorerna kan ha inverkat i skadans orsakshistoria.

⁴⁴ Se för ett tydligt exempel förslaget från The Study Group on a European Civil Code (The Study Group), Art. 4:103. »Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage.» På The Study Groups hemsida (www.sgecc.net, under »Texts») finns gruppens förslag till europeiska principer utlagda med informationen »final», vilket torde innebära att det är den slutgiltiga versionen enligt gruppen. Principerna om skadeståndsrätt har givits den något otympliga titeln Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, eller »PEL, Liab. Dam». Enligt det förlag som The Study Group använder sig av (Sellier, www.sellier.de) så beräknas skadeståndsprinciperna publiceras under april 2007. Angående Study Group, se även Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, 4.2.5.

(olika möjliga orsaksfaktorer) till varför en skada inträffat, såvitt går att bedöma har enbart en av de möjliga orsakerna faktiskt kulminerat i en skada, men det går inte att avgöra vilken faktor som faktiskt ledde till skadan. Situationen är med andra ord den i ett typiskt »jägarfall».⁴⁵

A, B och C är ute och jagar. De ser ett byte i ett buskage och alla tre avlossar sina gevär. K1 blir träffad av en kula och avlider. De anhöriga (som vi kan kalla för K, för kärende) söker ersättning men det går inte att säga vem som skjutit K1. Om vi bortser från möjligheten att betrakta A, B och C som en enhet – en approach som jag misstänker skulle kunna tilltala en svensk domstol i ett sådant fall – så är det alltså K som måste styrka orsaks samband mellan någon jägares vårdslösa agerande (som f.ö. också måste styrkas av K) för att erhålla skadestånd enligt vanliga svenska regler. Samma bevisbördan gäller som utgångspunkt i de flesta rättsordningar, om än beviskravet kan variera.⁴⁶

Även med ett lägre beviskrav än det sedvanliga »styrkt» blir möjligheten för den skadelidande att få ersättning ofta liten i en sådan här situation. Det uppfattas ibland som orimligt. Därför har en del rättsordningar utvecklat en särskild regel för just dessa situationer, en »alternativ kausalitetsregel», som innebär att bevisbördan går över på svarandena om omständigheterna är av detta slag.⁴⁷ En regel av detta slag har även tagits

⁴⁵ Jag skriver typiskt eftersom situationen med flera jägare som skjuter vårdslöst och där det inte går att utreda vem av jägarna som faktiskt träffade den skjutne skadelidande har dykt upp i snarlika fall i åtskilliga rättsordningar. Några sådana fall är Summers v. Tice, 33 Cal.2d 80, 199 P2d 1 (1948) [USA]; Cook v. Lewis, (1951) S.C.R. 830 [Kanada]; Litzinger v. Kintzler, Cass. Civ. 2e, 5 juni 1957 [Frankrike]. Cook v. Lewis är, trots att fallet kommer från Kanada, ansett som ett vägledande fall även i övriga Brittiska samväldet, om än det uttryckts tvivel om huruvida engelska domstolar kan eller bör tillämpa den bevisregel som däri uttrycktes. Se om de franska och kanadensiska fallen, Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000, s. 442 ff., med hänvisningar till engelsk litteratur på s. 444, n. 213. Jägarfallet är ett bra exempel på att problemet med att vanliga bevisregler avseende orsakssambandet kan medföra alltför stora hinder för den skadelidande finner sin lösning inom antingen bevisrätten eller skadeståndsrätten men att resultatet i de flesta rättsordningar tycks vara att ersättning bör kunna utgå. Se härvid de olika svaren som lämnades av nationella rapporter på en liknande »jägarfråga» i Jaap Spier (red.), Unification of Tort Law: Causation, Haag/London/Boston 2000, passim (med komparativa slutsatser på s. 150 ff, se särskilt tabellen på s. 154).

⁴⁶ Min gissning är att beviskravet ofta är lägre än »styrkt» i många rättsordningar.

⁴⁷ Denna princip slogs fast i amerikansk rätt genom Summers v. Tice, Summers v. Tice, 33 Cal.2d 80, 199 P2d 1 (1948). Regeln i Summers kommer till uttryck även i andra common law-rättsordningar. Så till exempel i Australien, se John G. Fleming, The Law of Torts, 9 uppl., Sydney 1998, s. 226 f. Jmf. även det kända kanadensiska fallet Cook v. Lewis som också handlade om en skada till följd av jakt, (1951) S.C.R. 830, se H.L.A. Hart & Tony Honoré, Causation in the Law, 2 uppl., Oxford 1985, s. 424 (ii). Jmf. även Bill W. Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga, Stockholm 1993, no. 2875 ff. (s. 1113 f.) I nederländsk rätt, som ju ofta anses intressant eftersom den nederländska civilkoden är för-

med i Study Group on a European Civil Codes förslag.⁴⁸ Framför allt har en sådan regel kommit att tillämpas i situationer där det finns flera potentiellt ansvariga personer men det inte går att utreda vem av dessa som orsakat skadan och således anses den i vart fall understundom inte tillämplig i situationer där den potentiellt skadeståndsskyldigas agerande inträffat i samma förlopp som en möjligt orsakande casushändelse eller till följd av den skadelidandes eget agerande.⁴⁹

4. Omkastad bevisbörda i svensk rätt

4.1 Scenariot

Är en sådan omkastad bevisbörda en lämplig approach även för svensk rätt? Det finns goda argument som talar för det i åtminstone den grupp av fall som ovan fokuserats på, nämligen den där det finns två (eller flera)

hållandevis färsk, så finns en alternativ kausalitetsregel i 6:99, som i engelsk översättning lyder: »Where the damage may have resulted from two or more events for each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable», Översättningen är tagen från P.P.C. Hannappel och Ejan Mackaay, *New Netherlands Civil Code: Patrimonial Law: Property, Obligations and Special Contracts*, Deventer, 1990. Jämförelse kan även göras med BGB, § 830 Abs.1 S.2. Den tyska regeln är tillämplig när (1) Flera skadevällare oberoende av varandra har betett sig på ett sätt som äventyrar den skadelidandes »rättssfär»; (2) Någon av dessa handlingar verkligen har orsakat skada för den skadelidande; (3) Teoretiskt sett vilken som helst av handlingarna kunde ha orsakat skadan; (4) Den verkliga skadevällaren inte går att klarlägga. I fallet Fairchilds gjorde engelska House of Lords en extensiv komparativ genomgång rörande dessa fall vilket mynnade ut i konklusionen att de flesta länder som undersöktes bristen på full klarhet rörande orsakssambandet inte ansågs utgöra ett oöverstigligt hinder för den skadelidande att erhålla skadestånd i dessa situationer (även om metoderna för att undvika detta oskäligen slut skiftar). *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, et al, [2002] 3 WLR 89 (HL).

⁴⁸ Se ovan, n. 44. Den regel i PETL som kan sägas motsvara Study Groups förslag härvid är formulerad inte som en presumptionsregel utan som en proportionerlig fördelning av ansvaret i förhållande till sannolikheten för skada. PETL-artikeln (3:103) har dock rubriken »Alternative Causes», se bilaga 1, nedan. Denna lösning framstår som orimlig. Som jag läser principen gör den okunnigheten till en princip. Även om det går att få viss (men inte full) klarhet rörande vad som hänt i den enskilda situationen skall ansvar ändå föreligga i förhållande till en ex ante-sannolikhetsbedömning. Från norskt perspektiv tycks även Are Stenvik uppfatta principen som problematisk, se Are Stenvik, *Erstatningsrettens internasjonalisering*, TFE 2005, s. 33 ff, på s. 60, n. 83.

⁴⁹ Se t.ex. om tysk rätt Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, *National, Supranational and International Tort Law*, Oxford 2000, s. 446.

möjliga orsaksfaktorer där det vid skadeståndsbedömningen står klart att enbart en av faktorerna faktiskt medfört skadan men där en osäkerhet rörande vilken av möjligheterna som faktiskt kulminerade i skadan inte kan undanröjas. En förutsättning för detta är dock att båda eller samtliga av de aktualiserade möjliga orsaksfaktorerna i sig är ansvarsgrundande.

4.2 Argument för en omkastad bevisbörda i fall av alternativ kausalitet

I en situation där det finns flera potentiellt skadeståndsskyldiga, som svarar för var sin ansvarsgrundande faktor som kan ha orsakat skadan men där oklarhet råder om vilken av faktorerna som faktiskt ledde till skadan bör det inte anses orimligt att i svensk rätt, liksom i de flesta andra rättssystem, bevisbördan läggs över på svarandena/de vårdslösa personerna (om vi förutsätter ett culpaansvar). Visst stöd för en sådan lösning kan som beskrivits återfinnas i svensk praxis.⁵⁰ Men det finns argument som talar för att det mer generellt borde vara möjligt att skiftas bevisbördan i denna kategori.

Placeringen av bevisbördan kan, som Lars Heuman nyligen analyserat, motiveras genom ett antal olika argument. Heuman skiljer bland annat mellan dogmatiska teorier, sannolikheteorier, rättviseorienterade teorier, materiellrättsliga teorier, bevissäkringsteorier och konsekvensteorier.⁵¹ Samtliga dessa perspektiv kan vara relevanta för en analys av om bevisbördan avseende att orsakssamband inte förelegat bör läggas på svaranden i vissa fall. I ett sådant här sammanhang kan emellertid någon fullständig analys utifrån alla dessa perspektiv inte göras. Istället skall jag fokusera på några rättspolitiska argument.

Ett argument är att den traditionella bevisbördesplaceringen i dessa fall leder till orimliga resultat när osäkerheten inte kan skingras. Om A, B och C var för sig genom ett ansvarsgrundande beteende givit upphov till risker för den skadelidande och en av dessa riskaktiviteter lett till skadan men det är oklart vilken har alla tre genom sitt otillbörliga beteende åstadkommit den skadelidandes bevismässigt svåra sats. I en sådan situation är det rimligt att de ansvariga får stå faran för att osäkerheten inte kan skingras.⁵²

⁵⁰ NJA 1988 s. 226

⁵¹ Se härvid översikten Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 41 ff.

⁵² Ibland kan problemet i praktiken »lösas» genom att de facto kollektivera ansvaret: De olika ansvariga personerna kan i vissa fall »klumpas ihop» enligt principerna om flera skadeståndsskyldiga och därmed räcker det med att visa att någon av de faktorer som gruppen ansvarar för medförde skadan. Kan inte klarhet rörande vilken faktor som faktiskt ledde till skadan nås skulle i praktiken således ett solidariskt ansvar kunna gälla i dessa situationer. Oskäliga resultat kan därvid alltid korrigeras med stöd i jämningsreglerna (och, för

Ett tilltalande argument för en sådan lösning kan hämtas ur klassiska fallet *Summers v. Tice*. »They [svarandena] are both wrongdoers both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, hence it should rest with them each to absolve himself if he can. The injured party has been placed by the defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless.»⁵³ Argumentet i *Summers v. Tice* har vunnit gillande. Det bygger på en intuitiv rättviseföreställning som är tilltalande: Det är helt enkelt orättvist att låta den skadelidande drabbas av den osäkerhet som svarandenas ansvarsgrundande aktivitet medför.⁵⁴ Om man känner sig övertygad av detta argument framstår en lösning som den som Study Group föreslagit som en rättspolitiskt rimlig hållning, även för svensk rätt, i dessa situationer.⁵⁵

På ett mer övergripande plan kan man finna stöd för detta rättspolitiska argument i flera av de teorier som Heuman tar upp. Det kan betraktas ur ett perspektiv som Heuman beskriver som *bevissäkringsteorin*: Riskskaparna har genom sitt beteende berövat eller försvårat den skadelidandes möjlighet att bevaka sin rätt.⁵⁶ Den skadelidandes möjlighet att under sådana omständigheter säkra bevisning har på ett betydelsefullt sätt påverkats av riskskaparna och det bör kunna tillmätas betydelse vid bevisbördesplaceringen. (Tydliga bevissäkringsargument framträder även i NJA 1988 s. 226.)

Möjligen kan man betrakta samma inställning utifrån *den materiellträttsliga teorin*. Enligt denna teori, som förknippas med Ekelöf och Uppsalaskolan⁵⁷, skall bevisbördan placeras så att den materiella regeln får genomslagskraft.⁵⁸ Ett ansvar, som borde föreligga, kanske inte uppkommer p.g.a. att

fullständighetens skulle bör väl nämnas, att det solidariska ansvaret därmed skulle bortfalla, enligt SkL 6:4). Men ur ett teoretiskt perspektiv framstår det som rimligare att i dessa situationer använda sig av orsakspresumtioner som svarandena kan bryta.

⁵³ *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P2d 1 (1948).

⁵⁴ Som Hart & Honoré framhåller: »[I]t is fairer that the burden of identification be borne by the wrongdoers rather than their victim when it is their multiplicity alone that precludes the latter from identifying the responsible culprit», H.L.A. Hart och Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2 uppl., Oxford 1985, s. 424. (Kanske borde man dock inte ha kallat det för »their victim» – offret är väl i denna situation ändå bara »offer», d.v.s. skadelidande, i förhållande till en av de möjliga skadevällarna?)

⁵⁵ Jmf. de reaktioner på Study Groups förslag som intagits av norska författare, Are Stenvik, *Erstatningsrettens internasjonalisering*, TFE 2005, s. 33 ff., p s. 57 ff. och Bjarte Askeland, *Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett*, NFT 2006, s. 127 ff., på s. 133 f.

⁵⁶ Jmf. Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 202 ff.

⁵⁷ Boman kallar den t.o.m. för »Uppsalaskolans lära» i Robert Boman, *Bevisbörda och civilrätt (eller sfärernas harmoni)*, Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993, s. 63 ff.

⁵⁸ Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 49.

den skadade inte kan bevisa kausalitet och det kan uppfattas som ett problem utifrån de normativa ideal som skadeståndsrätten vilar på.⁵⁹ Heuman framför skeptiska argument mot Ekelöfs teori som för mig framstår som övertygande.⁶⁰ Men den som omhuldar en materiellträttslig teori av ekelöfskt slag kan finna ett argument i att de materiella skadestandsreglerna torde få större genomslagskraft om inte osäkerheten avseende orsakssamband i dessa situationer enkom drabbar den skadelidande. I vart fall gäller detta om skadeståndets preventiva funktion ställs i centrum, vilket Ekelöf själv ofta gjorde. Genom att skifta över bevisbördan på riskskaparna i dessa situationer ökar möjligheten att skadeståndsrätten fungerar som riskförebyggande.

Även sannolikheteoretiska argument kan anföras.⁶¹ Sannolikheteorier bygger i detta sammanhang på grundtanken att bevisreglerna bör bidra till att största möjliga antalet mål får en korrekt utgång.⁶² Om det finns lika stor sannolikhet för att faktorerna a, b och c orsakat en skada, där ansvaret för faktorerna ligger på A, B och C respektive, skulle en bevisbörda för orsakssambandet som ligger på käranden i kombination med ett beviskrav formulerat i termer av »övervägande sannolikt» eller liknande, medföra att käranden inte kan erhålla skadestånd. Den skadelidande kan inte uppfylla sin bevisbörda i ett sådant fall. Med en sådan bevisrättslig ordning kan vi vara säkra på att det materiella resultatet av en prövning är »felaktigt»: Vi vet ju att den skadelidande skadats av antingen A, B eller C. I en bemärkelse kan man således säga att genom att hålla A, B och C gemensamt ansvariga för det fall ingen av dem kan bryta presumtionen så ökar vi sannolikheten för att ett korrekt resultat uppnås.

5. Slutsatser

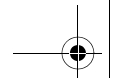
Bevisbördan avseende skadeståndsansvarets kriterier åvilar käranden. Det är således käranden, den som påstår sig ha lidit en skada, som har att bevisa att hon faktiskt *har* lidit skada, att svaranden har ett ansvar för en risk för skada av det aktuella slaget (typiskt sätt att svaranden har varit vårdslös), och att risken för skada i det enskilda fallet manifesterats i den konkreta skadan (d.v.s. att orsakssamband föreligger). Bevisbördan uppfattas ibland som alltför betungande för den skadelidande och presumtioner för såväl culpa som skada föreligger under vissa omständigheter.

⁵⁹ Jmf. Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, Helsingfors 2001, s. 206.

⁶⁰ Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, kap. 3.

⁶¹ Se om sådana Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 44 ff.

⁶² Så Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 509.



När det gäller orsakssambandskravet har presumtionsmöjligheten varit mindre diskuterad. I en särskild situation har flera rättsordningar funnit det rimligt att flytta över bevisbördan för orsakssamband på svarandesidan. Det gäller särskilt när flera personer var för sig givit upphov till en risk för en skada men klarhet om vems riskskapande det var som faktiskt kulminerade i skadan inte kan uppnås. Regler av detta slag benämns ibland för alternativa kausalitetsregler.

Denna uppsats har argumenterat för att det även i svensk rätt kan finnas skäl att ifrågasätta den traditionella bevisbördesplaceringen avseende orsakskriteriet. Om den skadelidande har blivit försatt i ett hopplöst bevisläge avseende orsakssambandet till följd av flera personers ansvarsgrundande beteende är det rimligt att låta osäkerhetens effekter drabba svaranden i stället för käranden i vissa fall.

