

Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism

JAN KLEINEMAN*

1. Inledning

Det kan knappast ha kommit som en överraskning för hovrättspresidenten Fredrik Wersäll att hans artikel i Svensk juristtidning skulle komma att dra igång en betydande debatt¹ kring frågan om prejudikatinstansens s.k. rättsliga aktivism.² Att en underrättsdomare, som redan genom sitt ämbete har att räkna med att i princip varje s.k. presidentmål kan komma att omprövas i Högsta domstolen, finner att domstolen numera givit sig in på ”*en påfallande offensiv rättsställämpning*”³ kanske inte är ägnat att förvåna.

Mer anmärkningsvärt är emellertid det mer principiella anslaget att se den normbildning som äger rum genom rättspraxis som närmast en konkurrent till lagstiftarens normbildning. Det anförs att domstolen skulle ”*andas ett större självförtroende*” och som dessutom medför att domarna är ”*lite långa*

* Professor vid Stockholm Centre for Commercial Law, Stockholms universitet. Uppsatsen är en utvidgad version av 2014 års JT-föreläsning som hölls den 20 oktober 2014 på Operaterrassen i Stockholm i anledning av JT:s 25 års jubileum.

¹ Se t.ex. Ola Wiklund, Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok? SvJT 2014 s. 335 ff.

² Begreppet aktivism kan uppfattas på olika sätt. Här används uttrycket i enlighet med den amerikanska rättsliga litteraturens normalspråkliga innebörd. *Judicial activism* är således inte med nödvändighet i sig ett laddat uttryck men används understundom på ett sådant pejorativt sätt, dvs. som uttryck för dömande verksamhet som konkurrerar med lagstiftarens privilegium att ändra samhällets rättspolitiskt gällande värderingar. Här används uttrycket i en mer objektiv bemärkelse för all sådan s.k. ”gap-filling” som prejudikatinstanser ägnar sig åt. Det kan således röra sig om allt från normal lagtolkning till t.ex. analogitolkning av en förmögenhetsrättsligt sedan länge accepterad princip på ett annat rättsområde. Någon värdering av aktiviteten i förhållande till lagstiftarens prerogativ att bestämma nya rättsliga principer genom lag behöver inte vara aktuell i det enskilda fallet.

³ Se Wersäll, Fredrik, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning. SvJT 2014 s. 1 ff.

emellanåt” samt att särskilda tilläggen ”inte alltid [är] sådana att de tillför oss underinstanser så mycket av värde”.⁴ Yttre faktorer som europarätten och inte minst Europakonventionen har bidragit till att riksdagens handlingsutrymme minskat medan normkonflikter blivit vanligare. Dessa måste domstolarna lösa, varigenom ”domstolarnas makt... [har] ökat på den politiska maktens bekostnad.”⁵

Dessa tendenser har således hamnat i domstolarnas knä utan egen förskyllan, men noterar Wersäll – och där framträder ett mer kritiskt sinne­lag – man kan tydligen fråga sig ”om det handlingsutrymme som europarätten medfört fårgat av sig på hanteringen av inhemska normkonflikter”. Här skall således viljan till aktivism ha sitt ursprung, lagstiftaren har accepterat att underordna sig europarätten och Europakonventionens uttolkning i Luxemburg och Strasbourg och därmed givit makt till prejudikatinstansen, och den har därefter valt att använda densamma bortom denna – låt oss kalla det – av yttre förhållanden betingad plikt till ökad aktivism.

Wersäll koncentrerar därefter sin kraft på HD:s insatser på straffrättens område, något jag inte kommer att gå närmare in på i denna uppsats. Jag kommer istället att granska frågan om eventuell förevaro av ökad aktivism ur ett förmögenhetsrättsligt perspektiv och då närmast från skadeståndsrättens utgångspunkt. Emellertid gör Wersäll ett initialt uttalande – närmast av karaktären ”det var bättre förr” – genom att även nämna ett fall under hans ” eget år” i HD då domstolen enligt hans mening valde att inta en ”försiktig roll som normgivare”. Det gällde ett fall som handlade om ”skadestånd till anhöriga” och Wersäll konstaterar att det ”i och för sig fanns skäl för viss utvidgning av skadeståndsansvaret” men anför att en sådan utvidgning får ekonomiska och andra konsekvenser ”som är svåra att överblicka inom ramen för rättstillämpningen”. Wersäll menar att i enlighet med den traditionella inställningen i svensk rätt skulle en sådan rättsutvidgning ske genom lagstiftning och att rättsfallet därmed är representativt för vad HD har brukat stå för i detta sammanhang.

⁴ Här finns en ytterligare intressant föreställning, nämligen den att Högsta domstolen primärt skulle ha till uppgift att förse underinstanserna med vägledning för liknande fall i framtiden. Det är visserligen en viktig uppgift, men i prejudikatinstansens arbetsuppgifter ingår även att ”utveckla rätten”, något som närmast betyder att förstärka och förtydliga rättsliga strukturer så att övergripande rättsliga principer tydliggörs. Det påverkar i sin tur lagstiftarens incitament att genom lagstiftning vidareutveckla rättsliga processer som redan pågår genom praxis eller att justera de brister som framkommit vid prejudikatprövningen.

⁵ Se a.a. s. 2.

Jag ska inte förneka att när jag läste just detta avsnitt, blev jag minst sagt förvånad. Går man först till rättsfallet och dess bakgrund får man en något annan bild än den Wersäll förmedlar.

2. Den empatiska skadeståndsrätten

NJA 2003 s. 508 var ett enskilt fall i en serie avgöranden som hade börjat redan 1979 när HD ogillade en talan om ersättning till en anhörig som hade bevittnat hur släktingar skadats, som denne trodde hade omkommit, vid en bilolycka. I NJA 1979 s. 620 prövade HD ett anspråk på skadestånd för inkomstförlust till följd av psykiska besvär och neuros som hade drabbat en anhörig, när denne hade fått underrättelse om att en person hade bragts om livet. När dråpet hade förövats vistades den skadelidande på annan ort och kom därmed inte i något avseende att direkt beröras av gärningsmannens handling och HD fann – i motsats till ett annat fall då den skadelidande varit närvarande på platsen för händelseförloppet – att ersättning inte skulle utgå. Depression hade ju i detta fall inte uppstått genom den omedelbara chocken på olycksplatsen utan i stället vid underrättelse om dödsfallet. HD uttalade att de psykiska besvären *inte* kunde ”anses ha haft sådant samband med gärningsmannens handling att denne kunde åläggas skadeståndsskyldighet” på grund av de psykiska besvären.

Påståendet att det skulle – med normal skadeståndsrättslig terminologi – saknas adekvans blir begripligt i sammanhanget endast om man noterar att domstolen även hänförde sig till den gamla principen om att tredjemansskador normalt inte ersätts, för inte kan väl domstolen ha varit av uppfattningen att den anhöriges reaktion dvs. att en dotter drabbas av depression genom upplysningen att någon bragt hennes mor om livet framstod som en oväntad eller rentav överraskande effekt? Vid den tiden hölls emellertid domskälen korta – måhända alltför korta – om man jämför med vad de kritiker som idag kritiserar HD för allt för långa domskäl får antas anse.⁶

⁶ Frågan om hur långt prejudikatinstansen kan gå i rättspolitisk självständighet utan att träda in på lagstiftarens domän skall dock inte sammanblandas med frågan om vad som lämpligen bör delges genom sådana särskilda yttranden. Man kan måhända inte frigöra sig från intrycket att det här framträder ett slags kulturkonflikt inom HD där några ledamöter nu skriver närmast fristående uppsatser – ofta med stort läsvärde – vars relevans för bedömningen av prejudikatfrågan kan diskuteras. Ett intressant exempel är HD:s nya mycket intressanta och klagörande dom avseende möjligheterna att föra utomobligatorisk skadeståndstalan vid förevaro av en kontraktsskedja där parten i det främre ledet

När sedan två andra fall med bl.a. ett osedvanligt grymt mord på ett barn prövades av Skånska hovrätten som då inte synes ha blivit imponerad vare sig av HD:s domskäl i 1979 års avgörande och än mindre av den utläggning kring kravet på "närvaro" på brottsplatsen som grund för ersättning som Bertil Bengtsson hade diskuterat i en artikel från 1981⁷ utan fann den valda avgränsningen alltför snäv, tvingades i praktiken HD att ompröva sin rättspraxis. Man ansåg att man *inte* kunde godta sådana distinktioner med en visserligen brutal men rakryggad argumentation innefattande ett *"krav på att tredje mannen sett målsäganden i skadat tillstånd efter brottet"* eftersom "[e]tt sådant krav skulle nämligen innebära att man från ersättningsrätt uteslöt följder av de allra mest bestialiska brotten där offret förintats eller gjorts omöjligt att längre identifiera." *Empatin* gentemot den anhöriga fordrade ett annat synsätt.

HD tvingades således mer eller mindre under trycket av ett litet "hovrättsuppror" att ompröva sin egen praxis genom pleniavgöranden i NJA 1993 s. 41 I och II där domstolen först avvisar den rent rätstekniska tanken om att tredjemansskador inte skall vara ersättningsgilla i svensk rätt, genom att invända att den principen hade sitt *"väsentliga tillämpningsområde i sådana fall när tredje man drabbas av allmän förmögenhetsskada till följd av att någon annan lidit en fysisk skada"* och i vart fall inte vid personskada, varefter även frågan om bristande adekvans fick gå samma väg när HD helt sonika konstaterade att *"domskälen i 1979 års rättsfall ger uttryck för att adekvanskravet i princip inte är uppfyllt när någon drabbas av chock och andra psykiska besvär vid underrättelse om en anhörigs död"* samt att man lika gärna hade kunnat anföra förevaro av skadestandsregelns skyddsändmål för att då nå samma resultat, men att det inte längre fanns *"skäl att upprätthålla ett sådant synsätt som har kommit till uttryck i 1979 års rättsfall"*.

När en person hade dödats genom en uppsåtlig handling skulle psykiska besvär hos de närstående vara att anse som *"en typisk och närliggande skadeföljd"* varför också *"[s]tarka billighetskäl"* talade för att skadestånd skall kunna utgå om det visas att sådana besvär har uppstått och att detta gällde även om de närstående inte hade bevittnat dödsfallet *"eller i övrigt vistats på eller i närheten av brottsplatsen och även om det har förflutit en viss tid innan de har fått underrättelse om det inträffade."*

drabbats av en sakskada. Här framstår den relativt kortfattade domen närmast som en lagtext och det mycket omfattande tillägget för egen del som motsvarigheten till ett lagmotiv. Någon motsättning synes inte föreligga och domen förefaller närmast vara en kondenserad version av det särskilda yttrandet.

⁷ Se SvJT 1981 s. 533.

Högsta domstolen insåg behovet att distansera sig från sin ståndpunkt 1979 och uttalade därför följande: ”Med hänsyn till det anförda finns det anledning att i rättspraxis inta en mindre restriktiv hållning än hittills beträffande möjligheterna för närstående att få ersättning för sina psykiska besvär.” Det förefaller dock som om oron för att man skulle dra igång en större processström med ytterligare nya fall framstod som uppenbar och man tillade därför följande:

”Det kan emellertid diskuteras hur långt man bör gå när det gäller att vidga skadeståndsmöjligheterna. Fråga uppstår bl.a. om skadestånd till närstående bör kunna dömas ut inte bara vid uppsåtligt dödande utan också när dödsfallet har orsakats av vårdslöshet eller annat handlande som kan grunda skadeståndsskyldighet. En annan fråga gäller huruvida närstående bör kunna få skadestånd även när någon har tillfogats personskada som inte har lett till döden.”

I det läget valde man att återropa vad jag fortsättningsvis kommer att kalla ”*lagstiftarargumentet*” och uttalade därför följande:

”En långtgående utvidgning av de nu diskuterade skadeståndsmöjligheterna förutsätter så ingående överväganden av både principiell och praktisk natur att de lämpligen bör ankomma på lagstiftaren. Hithörande frågor utreds också för närvarande (se Dir 1988:76). Även utan ny lagstiftning bör dock skadestånd kunna utgå åtminstone i fall då en person drabbats av psykiska besvär till följd av att en närstående blivit uppsåtligen dödad.”

Trots denna inställning tvingades HD nästan omedelbart ompröva den restriktiva ståndpunkt man här fört fram och det redan i NJA 1996 s. 377 då majoriteten – trots ”*lagstiftarargumentet*” – sänkte kravet från uppsåt till grov oaktsamhet och två ledamöter av domstolen dessutom var beredda att sänka kravet ytterligare ner till den allmänna culpregeln. HD konstaterade att en utredning år 1995 hade framlagt ett förslag som skulle möjliggöra att gå längre, i bemärkelsen ytterligare vidga rätten till anhörigersättning. ”*Kommittén om ideell skada*” hade föreslagit att, om någon dödats genom en skadeståndsgrundande handling, de som stod den avlidne särskilt nära skulle ha rätt till skadestånd för personskada i form av psykiska besvär vilket således innebar att skadestånd till närstående skulle kunna dömas ut inte bara vid uppsåtligt dödande, utan också när dödsfallet har orsakats av vårdslöshet eller annat handlande som grundar skadeståndsskyldighet och ger alltså rätt till skadestånd vid omständigheter av det slag som var aktuella i förevarande mål. Det noterades också att de samhällsekonomiska konsekvenserna av en rätt till

ersättning åt närstående när dödsfallet orsakats av vårdslöshet enligt kommittén var förhållandevis begränsade.⁸

Det dröjde emellertid länge innan någon proposition framlades på grundval av 1995 års betänkande. Först år 2001 presenterades en proposition i frågan (prop. 2000/01:68) varigenom det förutskickade förslaget genomfördes. En mycket viktig fråga var emellertid om anhörigersättning kunde tänkas utgå även i andra fall än där döden inträtt dvs. om den nya lagstiftningen lade hinder i vägen för en fortsatt rättsutveckling i praxis. Frågan blev inte föremål för någon lagstiftningsåtgärd genom denna proposition, men det var uppenbart att DepCh inte ville stänga dörren för rätten till ersättning i denna fråga. Här uttalar nämligen denne följande:

”Bestämmelsen är inte avsedd att läggas till grund för motsatslutet att en rätt till skadestånd inte finns i andra fall än när en nära anhörig har dödats. Enligt gällande rätt torde skadestånd i vissa fall kunna betalas i en del andra situationer, t.ex. när någon har fått en psykisk chock av att bevittna att en nära anhörig har skadats allvarligt.”⁹

Redan i den allmänna motiveringen tas frågan upp och det uttalas följande:

”Givetvis kan psykiska besvär också framkallas av att en nära anhörig har skadats. Det är emellertid då inte lika säkert att besvären är en förutsebar och typisk följd av skadehändelsen. Klart är att så inte är fallet när en nära anhörig har skadats lindrigt. Däremot torde besvären inte vara oväntade och atypiska när den nära anhörige har tillfogats en allvarlig personskada. Men det går inte att dra en lika

⁸ Det är anmärkningsvärt att HD i 1996 års avgörande anser att vidgningen har begränsade ekonomiska konsekvenser medan domstolen i NJA 2003 s. 508 kom till motsatt slutsats när ”lagstiftarargumentet” ropades av. Där uttalade – som Wersäll riktigt påpekade i sin artikel – HD följande: ”En utvidgning av rätten till skadestånd medför ekonomiska och andra konsekvenser som är svåra att överblicka inom ramen för den prövning som kan ske i rättstillämpningen.” I NJA 1996 s. 377 hänförde sig domstolen istället till ett förarbetsuttalande: ”De samhällsekonomiska konsekvenserna av en rätt till ersättning åt närstående när dödsfallet orsakats av vårdslöshet är enligt kommittén förhållandevis begränsade.” Att bilolyckor förorsakade genom oaktsamhet skulle leda till begränsade samhällsekonomiska konsekvenser om anhörigersättning tilläts medan motsvarande ersättning vid människorov när barn kidnappas skulle leda till mer svårbedömbara konsekvenser är naturligtvis nonsens. Bilolyckor med dödlig utgång torde vara en större samhällsekonomisk fråga är barnarov. Bristen på avstämning av hur ”oförutsebara ekonomiska konsekvensargumentet” brukas kan nog ses som ett praktexempel på hur rättsekonomiska argument används som rena skenargument när utgången i ett mål behöver motiveras med icke-verifierbara argument.

⁹ Se a.a. s. 72.

fast gräns mellan allvarliga och lindriga fall av personskador som mellan dödsfall och andra fall. En generell rätt till skadestånd för psykiskt lidande till följd av att en nära anhörig har skadats allvarligt skulle dessutom kunna få kostnadskonsekvenser som är svåra att överblicka. Som kommittén poängterar utesluter detta inte att skadestånd i särskilda fall bör kunna betalas även för psykiska besvär till följd av att en nära anhörig har skadats allvarligt. Framför allt gäller det när någon har tillfogats lidandet av att bevittna själva skadehändelsen (jfr rättsfallet NJA 1971 s. 78). Även annars, t.ex. när den nära anhörige har överlevt efter att ha svävat mellan liv och död, kan en rätt till skadestånd te sig befogad. Regeringen instämmer dock i att en generell lagreglering inte bör utformas med sikte på fall av detta eller liknande slag, utan dessa fall bör även i fortsättningen avgöras i rättstillämpningen med beaktande av samtliga föreliggande omständigheter.”

Det framgår således explicit att DepCh inte stängde dörren för en fortsatt utveckling i praxis och det avgörande blev att lagstiftningen utformades med utgångspunkt i de fall då en nära anhörig hade dödats, men andra fall t.ex. när någon blivit allvarligt skadad och svävat mellan liv och död ”*eller liknande slag*” man bestämde sig för att i dessa fall ”*även i fortsättningen*” skulle bedömningen avgöras i rättstillämpningen med beaktande av samtliga föreliggande omständigheter.

Det var således ytterligare tre år senare som ett ”liknande fall” dök upp nämligen NJA 2003 s. 508. Det var inte ”nära döden-fallet”, för det kom upp i HD ytterligare tre år senare nämligen genom NJA 2006 s. 181, men det var en allvarlig händelse av annat slag.

När HD prövade frågan om anhörigersättning till föräldrar när ett barn hade borttrövats, uttalades att man nu hade en ny lagstiftning på området som väsentligen vidgat ansvaret bortom de grundprinciper som berörts i 1993 års pleniavgöranden.

”När en nära anhörig skadats är det enligt propositionen inte lika säkert att besvären är en förutsebar och typisk följd av skadehändelsen. Svårigheterna med att dra en lika klar och fast gräns mellan allvarliga och lindriga fall av personskador som mellan dödsfall och andra fall påpekas också. Vidare ansågs en generell rätt till skadestånd för psykiskt lidande till följd av att en nära anhörig skadats allvarligt kunna få kostnadskonsekvenser som är svåra att överblicka. Enligt propositionen utesluter inte detta att skadestånd i särskilda fall bör kunna betalas även för psykiska besvär till följd av att en nära anhörig skadats allvarligt. Det skulle framför allt gälla när någon tillfogats lidande av att bevittna själva skadehändelsen (jfr NJA 1971 s. 78). Även annars, t.ex. när den nära anhörige har överlevt efter att ha svävat mellan liv och död, kan enligt propositionen en rätt

till skadestånd te sig befogad. Dessa fall bör dock även i fortsättningen avgöras i rättstillämpningen, med beaktande av samtliga föreliggande omständigheter. (A. prop. s. 33.)

Det finns starka skäl att vidhålla den inställning som kommer till uttryck i 1993 års pleniavgöranden och som har stöd i de nu återgivna förarbetsuttalandena. En utvidgning av rätten till skadestånd medför ekonomiska och andra konsekvenser som är svåra att överblicka inom ramen för den prövning som kan ske i rättstillämpningen.”

De svårigheter som här således förelåg och som gjorde att HD i detta fall inte ansåg att utvidgningen borde ske i rättstillämpningen bortom det lagreglerade fallet hindrade således inte HD att göra den helt motsatta bedömningen bara tre år senare genom NJA 2006 s. 181. Här hade en person genom uppsåtligt våld tillfogats skador som hade medfört att denne hade kommit i ett livshotande tillstånd och detta under inte en så obetydlig tid, och skadestånd utgick därför till anhörig.

I det nya fallet noterade HD visserligen i annan sammansättning¹⁰ den restriktiva hållningen tre år före och påpekade att omständigheterna i det fallet *”ansågs emellertid vara sådana att fastställande av en rätt för föräldrarna till skadestånd för psykiska besvär skulle innebära en principiellt sett betydande utvidgning av rätten till skadestånd.”* Man noterade även att det av försiktighetskäl var så, att *”en sådan utvidgning inte [borde] ske i rättstillämpningen utan genom lagstiftning.”*

HD gick nu emellertid trots det anförda vidare och uttalade därvid som sin principiella ståndpunkt att det fanns *”goda skäl att vidhålla den försiktiga inställning”* som tidigare hade kommit till uttryck *”när det gäller att i rättstillämpningen utvidga skadeståndsmöjligheterna på området.”* I det enskilda fallet fanns det dock nu inte skäl att hänvisa ånyo till lagstiftaren eftersom det nu var fråga om *”uppsåtligt våld som lett till att den som utsatts för våldet fått skador som varit livshotande under en inte obetydlig tid.”* I sådana fall fick det faktum att nära anhöriga till den skadade drabbades av psykiska besvär anses *”vara en typisk och närliggande skadeföljd även när dessa inte har bevittnat själva skadehändelsen.”* Bedömningen av om en skada hade varit livshotande kunde vidare *”i regel ske utan större svårighet med utgångspunkt i medicinsk utredning”* varför *”en utvidgning av rätten till skadestånd för anhöriga till att omfatta även sådana fall [...] inte kunde antas medföra några avsevärda avgränsningsproblem.”* Något motsatsförhållande *”med de tidigare återgivna*

¹⁰ Dock var en ledamot kvar från 2003 års avgörande.

uttalandena i lagmotiven” förelåg inte heller menade man och bedömningen kunde inte heller anses *”strida mot avgörandet i 2003 års rättsfall”*. Dessutom skulle man inte utesluta att det inte kunde *”finnas också andra fall då skadestånd kan utgå på grund av psykiska besvär till följd av att en nära anhörig skadats”*.

Medan således anhörigersättning vid bortrövade barn kunde medföra svåröverskådliga ekonomiska konsekvenser som prejudikatinstansen inte kunde anse sig kapabel att ta ansvar för såg man allvarligt skadade i trafiken som ett mindre problem och utsträckte anhörigersättningen till detta fall.

Vi har här en serie avgöranden som jag valt att kalla *den empatiska skadeståndsrätten* som visar att HD när det gäller anhörigersättning – liksom fallet även är avseende kränkingsersättning – haft att ta ställning till vad som krävs för att primärhändelsen skall anses vara så allvarlig att den utlöser skadestånd gentemot anhöriga. Medan rätten till skadestånd vid kränkning är normerad i skadeståndslagen med kraven på brottslig gärning som *”allvarligt kränker någon annan”* och *”som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära”*, har relationen mellan lagstiftaren vid anhörigersättning närmast varit en slags *”bordtennismatch”* mellan lagstiftaren och prejudikatinstansen där den senare först sagt nej, sedan lite ja och ytterligare lite ja varefter lagstiftaren sagt ja men överlämnat fortsättningsfallen ånyo till prejudikatinstansen som därefter sagt nej och sedan ja igen och inte uteslutit mer ja i framtiden. Olika skäl har framförts varför lagstiftaren ibland har ansetts bättre skickad att avgöra frågan än prejudikatinstansen. Lagstiftaren har emellertid här inte velat begränsa prejudikatinstansens möjligheter till fortsatt aktivism, utan tvärtom lämnat en långtgående fullmakt för prejudikatinstansen att utvidga ansvaret, något som inte har helt uppskattats av den senare. Lagstiftarargumentet har då varit ett bekvämt argument för att undgå plikten när frågan känts *”svår”*.

Det finns i det läget ingen anledning att t.ex. kritisera att HD valde att säga nej till anhörigersättning trots de vidriga omständigheterna i fallet. Men det faktum att *”fastställande av en rätt för föräldrarna till skadestånd för psykiska besvär”* skulle innebära *”en, principiellt sett, betydande utvidgning av rätten till skadestånd”* och att av det skälet *”försiktighet [borde] iaktas med att i rättstillämpningen ta ett sådant steg”* – eftersom det anförts att avgränsningsproblem skulle följa av en sådan utvidgning – framstår som en märklig grund för att avropa lagstiftarargumentet. Det skulle således närmast utgöra *ett rättsligt skenargument* där domstolen å ena sidan finner att de psykiska besvären utgör *”en typisk och närliggande effekt av brottet”* men att talan likväl läm-

nas utan bifall då ”en utvidgning av rätten till skadestånd” skulle medföra ”ekonomiska och andra konsekvenser som är svåra att överblicka inom ramen för den prövning som kan ske i rättstillämpningen.” En sådan avvägning borde väl en prejudikatinstans kunna stå för utan att hänvisa frågan åter till en lagstiftare som inte längre bereder frågan. Är det önskemål att inte framstå som oempatisk som lockar fram ”lagstiftarargumentet”?

På kränkingsområdet var rättsläget emellertid annorlunda. Där hade lagstiftaren från början överlämnat till prejudikatinstansen att avgöra när en så pass allvarlig kränkning hade ägt rum att det därför skulle utgå skadestånd. I allmänhet följde också domstolen *empatins regel* och något ”lagstiftarargument” förelåg det inget behov av, men HD sade i ett uppmärksammat fall principiellt nej. Det gällde rätten för poliser under tjänsteutövning att erhålla skadestånd när vid våldsanvändning de blev bespottade. I rättsfallet NJA 1999 s. 725 hade en person i samband med ett omhändertagande spottat en polisman ”rakt i ansiktet”. Brottslingen dömdes för ofredande men beträffande frågan om polismannen skulle få kränkingsersättning uttalade HD följande:

”HD har i rättsfallet NJA 1994 s 395 uttalat att en polisman i tjänsten måste vara beredd på att mötas med visst våld och ha en större mental beredskap inför detta än andra. Ersättning enligt 1 kap 3 § skadeståndslagen kan enligt rättsfallet inte utgå vid varje våldshandling, utan någon undre gräns måste gälla. Motsvarande synsätt bör anläggas vid ofredande.”

Det ofredande som polismannen hade utsatts för i samband med omhändertagandet kunde däremot inte anses ha utgjort en så allvarlig kränkning att denne var berättigad till ersättning. Denna bedömning fann emellertid lagstiftaren mindre lämplig och trots att det inte var så att den ovan berörda propositionen medförde någon saklig ändring av principerna för kränkingsersättning uttalade DepCh följande beträffande ersättningsprincipen vad gäller personer som tillhör en *särskilt utsatt yrkesgrupp*.

”Det ligger i sakens natur att det då krävs något mer än normalt för att en allvarlig kränkning skall kunna konstateras. Detta synsätt bör dock inte dras så långt att den personliga kränkningen hamnar i bakgrunden. Även om det ingår i en persons normala arbetsuppgifter att hantera våldsamma och stökiga personer, bör ersättning ofta kunna ges när denne i tjänsten utsätts för en brottslig kränkning som är skymflig och direkt angriper den privata sfären. Ett exempel kan vara ett sådant renodlat kränkande angrepp som att bli spottad rakt i ansiktet.”¹¹

¹¹ Se prop. 2000/01:68 s. 66.

Regeringen godtog således inte HD:s synsätt i NJA 1999 s. 375, vilket föranledde domstolen att ta upp frågan igen och denna gång till plenum, varvid en synnerligen oenig domstol fick en majoritet som följde regeringens kritik trots att någon ny lagstiftning inte hade införts vad avser kränkingsersättning.¹² Om inget annat, så visar detta plenumavgörande med vilken lätthet lagstiftaren kan åstadkomma en ”återställare” och i detta fall genom ett förarbetsuttalande där propositionen inte innefattade någon ändring i rättsläget vad avser kränkingsersättning.

För att nå till en sådan förändring av rättsläget uttalade – den inte särskilt starka – majoriteten i plenumavgörandet följande:

”I förarbetena till den nya bestämmelsen redogjorde regeringen för 1999 års rättsfall och uttalade därefter bl.a. att även om det ingår i en persons normala arbetsuppgifter att hantera våldsamma och stökiga personer ersättning ofta bör kunna ges om han eller hon i tjänsten utsätts för en brottslig kränkning som är skymflig och direkt angriper den privata sfären, t.ex. ett renodlat kränkande angrepp som att bli spottad rakt i ansiktet (prop. 2000/01:68 s. 50, se även s. 66). Bestämmelsen i 2 kap. 3 § innebar enligt regeringen inga egentliga sakliga nyheter utan det var i huvudsak fråga om förtydliganden av vad som redan gällde. Likväl borde ändringarna enligt regeringen kunna möjliggöra en generösare bedömning gentemot brottsoffer i vissa fall, t.ex. för den som i ett utsatt yrke blir föremål för ett särskilt förnedrande och kränkande angrepp (a. prop. s. 53). Vid riksdagsbehandlingen av propositionen framhöll Lagutskottet att det enligt utskottets mening var på sin plats att vara försiktig med uttalanden i förarbeten som innebär nyheter i sak, särskilt om de också innebär att vägledande prejudikat från HD bör ändras. Emellertid kunde utskottet inte finna annat än att de förarbetsuttalanden som gjordes i propositionen hade ett förnuftigt innehåll och kunde vara till god vägledning vid tillämpningen av de nya bestämmelserna (2000/01:LU19 s. 10).

¹² Här hade också Lagrådet reagerat genom att rikta principiell kritik mot regeringens vilja att få till stånd en praxisändring genom ett rent förarbetsuttalande. I prop. 2000/01:68 s. 115 berör Lagrådet frågan och uttalar då bl.a. att ”*det är fullt naturligt att lagstiftaren i en sådan situation försöker styra domstolarnas tillämpning genom vägledande motivuttalanden*” men att samtidigt som ”*Regeringen synes i lagrådsremissen vilja svära sig fri från lagstiftning genom motiv särskilt i författningskommentaren fylld av uttalanden om hur de föreslagna bestämmelserna bör tillämpas.*” Det föranleder Lagrådet att påpeka att ”*med den valda lagstiftningstekniken ett stort antal frågor måste överlämnas åt rättsstillämpningen och att i vart fall Högsta domstolen, ställd inför verkligheten, kan finna anledning att gå ifrån förarbetsuttalandena*”. Slutsatsen är otvetydig: ”*Särskilt vanskligt kan det vara att genom lagmotiv försöka få till stånd en ändring av HD:s praxis (jfr NJA 1994 s. 480)*”.

En utgångspunkt vid prövningen av frågan om S.J. är berättigad till kränk-
ningsersättning är i enlighet med vad HD har uttalat i de tidigare nämnda rätts-
fallen NJA 1994 s. 395 och 1999 s. 725 att en polisman i tjänsten måste vara
beredd på att mötas med vissa angrepp och antas ha en större mental beredskap
inför detta än andra, varför sådan ersättning inte kan utgå vid varje våldshand-
ling, ofredande eller liknande brott mot person. Som förut redovisats har emel-
lertid den nya bestämmelsen om kränkningsersättning i 2 kap. 3 § skadeståndsla-
gen enligt lagmotiven avsetts möjliggöra en mera generös bedömning mot
brottsoffer i vissa fall, däribland när det gäller personer som i utsatta yrken blir
föremål för särskilt förnedrande och kränkande angrepp. De uttalanden som i
detta hänseende gjorts i lagmotiven bör beaktas vid domstolarnas bedömning.
Det är därför naturligt att den ändrade lagstiftningen medför en viss förskjutning
av praxis, så att vissa angrepp som tidigare kan sägas ha legat strax under gränsen
för kränkningsersättning numera kan berättiga till sådan ersättning.”

HD visade här synnerlig lyhördhet inför lagstiftarens missnöjesyttring trots
att Lagutskottet i riksdagen varnade för metoden att få till stånd förändringar
i rättsläget med uttalanden i förarbeten som skulle innebära nyhet i sak och
då särskilt vad avsåg uttalanden som medförde att vägledande prejudikat från
HD borde ändras, och minoriteten fann inte heller det aktuella förarbets-
uttalandet vara så klart att man borde ändra praxis här. Lagutskottet hade
emellertid i sak instämt med regeringens kritik och HD:s majoritet valde att
ändra praxis.

Minoritetens restriktiva inställning återkom emellertid åtskilliga år
senare, men nu som en majoritetssynpunkt i NJA 2012 s. 711 som inte rörde
en polis utan en ordningsvakt. En sådan ansågs inte berättigad till ersättning
för kränkning och det noterades att denne skulle avvisa en restauranggäst
som i berusat tillstånd hade knuffat en annan restauranggäst, varvid denne
slog och rev vaken i ansiktet samt ropade att han skulle döda honom. HD
uttalade därvid följande:

”Det hot och det våld som [ordningsvakten] har utsatts för utövades när han
fysiskt ingrep mot [restauranggästen] i en situation då denne på grund av sitt stö-
rande uppträdande skulle avlägsnas från lokalen. En ordningsvakt får under ett
sådant ingripande antas ha en mental beredskap att mötas av ett visst verbalt och
fysiskt motstånd mot åtgärden. [Restauranggästens] angrepp på [ordningsvak-
ten] har inte varit så grovt att det av den anledningen kan anses ha utgjort en all-
varlig kränkning av hans personliga integritet. Angreppet har inte heller varit
skymfligt eller förnedrande. B.H. har sålunda inte utsatts för en kränkning som
berättigar till ersättning.”

Man kan nog inte frigöra sig från intrycket att HD trots allt inte verkar helt övertygad om det berättigade i den svängning som beordrades genom lagmotiven till propositionen om ideell skada, men 2005 års plenum visar i vart fall att HD förefaller redo att själv besluta om återställare och det även när lagstiftaren hade kunnat göra det men fann att ett motivuttalande hade samma effekt. Den som oroar sig för att HD skulle visa bristande lyhördhet gentemot den lagstiftande makten kan trösta sig med att 2005 års plenumavgöranden visar på en påfallande försiktighet när så anses påkallat. Som skall beröras nedan framstår snarare lagstiftarens ovilja och understundom oförmåga att enas kring lagstiftningsbehov när sådant verkligen föreligger vara det stora problemet.

3. Den konstitutionella skadeståndsrätten

En outröttlig kritiker av HD:s sätt att numera visa aktivism i prejudikatbildningen är Bertil Bengtsson, som på senaste tiden återkommit med kritik i såväl JT som SvJT. Låt oss emellertid först notera hur HD:s ledamöter själva i skrift berört saken. I NJA 2012 s. 535 har JustR Lindskog givit sin uppfattning till uttryck i form av ett särskilt yttrande. JustR Lindskog anför där bl.a. följande:

”En grundläggande fråga är vad som gäller beträffande vad som kan kallas för normbildningsinitiativet. Den historiska utgångspunkten är att riksdagen stiftar lagar och att de högsta domstolarna klargör hur de ska tillämpas genom att i överklagade mål avgöra konkret aktualiserade tillämpningsfrågor. Prejudikatbildningen är med den utgångspunkten strikt händelsestyrd och indirekt. I sin mest renodlade form uttalar sig domstolen inte ens om den rättsregel som skapas genom prejudikatet, utan får den härledas ur de sakomständigheter som domstolen har lagt till grund för sin slutsats (jfr justitierådet Torgny Håstads skiljaktiga motivering i NJA 2009 s. 500).

Det framstår emellertid enligt min mening som klart att de högsta domstolarna med tiden har tagit på sig ett större ansvar för rättsbildningen. Detta gäller till att börja med rent pedagogiskt. Avgörandena är numera ofta, om än inte alltid, skrivna så, att mödan först och främst är inriktad på att slå fast en rättsregel, som sedan tillämpas i det konkreta fallet. Inte bara det rättskällematerial som kan vara av betydelse för bestämmandet av rättsregeln redovisas, utan det sker en öppen inventering och värdering av de rättspolitiska argument som kan förtjäna beaktande.

Den mer medvetna rättsbildningen från de högsta domstolarna har också visat sig på det sättet, att det har skett en viss förskjutning från rättsbildning

genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat. Det har bl.a. att göra med att lagstiftaren av olika skäl på vissa områden har förhållit sig passiv (se från det straffrättsliga området t.ex. prop. 2000/01:85 s. 13 beträffande hanteringen av förslaget om lagregleringen av uppsåtsbegreppet). Det har talats om ”maktflykt” (se Pauliine Koskelo i Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2012, s. 312). Förutsatt att rättsläget inte är ”låst” genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning (jfr HD:s uttalande i NJA 2011 s. 563 p. 18). Eftersom lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet (jfr mitt inlägg i Det 39:e Nordiska Juristmötet, 2011, Del II, s. 812), kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.”

Det rör sig här om utvecklingen på straffrättens område och denna kommer inte i sig närmare att beröras här, men eftersom fråga är om något så ovanligt som att i det särskilda yttrandets form presentera en principdeklaration avseende prejudikatfunktionen gjord av en ledamot i domstolen vid bedömningen av ett enskilt fall får utsagan betraktas som en särskilt viktig pusselbit vid den fortsatta analysen även om det på goda grunder kan antas att många ledamöter i domstolen inte nödvändigtvis delar den framförda åsikten.

Det är enligt Lindskog således många gånger ”nödvändigt” – om rättsläget inte är låst genom lag – att prejudikatinstanserna ”tar ansvaret för rättsbildningen” och möjligheterna till vad jag här betecknat som ”återställare” från lagstiftaren medför enligt Lindskog att det inte uppstår någon konflikt på grund av bristande legitimitet. En viktig fråga är om det innebär något principiellt nytt att domstolen först slår fast en rättsregel, för att därefter applicera densamma på den sak som är föremål för bedömning. Tidigare var det nog vanligt att den tillämpade rättsregeln endast medelbart via ett tolkningsförfarande som antingen HD i ett senare avgörande eller genom analys i doktrinen fastställdes och identifierades. När HD väljer att själv först identifiera rättsregeln kan den självfallet uppfattas som mer nyskapad än när domstolen i vart fall ”fingerar” en analogi från vad som redan bildat en skenbart självklar utgångspunkt för bedömningen av förevarande fall.

Lindskog pekar också på uppenbara svagheter i normbildning genom prejudikat där retroaktivitetseffekter i avsaknad av ”övergångsbestämmelser” förekommer, liksom problemen med att via tolkning fastställa omfånget av prejudikatets tillämpningsområde. Även begränsningarna att bereda frågorna

inför ett prejudikat medför att samma resurser inte kan läggas på prejudikatet som på lagstiftningsarbetet. Lindskog ser emellertid andra fördelar eftersom prejudikatinstansen inte i första rummet är till för parterna, utan främst är till för samhället. Med den utgångspunkten lägger Lindskog närmast fram en tes för rättsbildningens funktion och anför:

”När rättsutvecklingen genom ett prejudikat slår in på en ny väg kräver en adekvat rättsbildning på området inte sällan en bredare kartläggning av rättsläget. En sådan kartläggning måste ofta ske genom fortsatta prejudikat. Men för att begränsa nödvändigheten av det bör de prejudikatmöjligheter som det enskilda målet ger efter behov utnyttjas så långt det låter sig göras. Det kan ske genom att den konkreta frågan i målet sätts i ett större sammanhang. Att så sker fyller inte bara en viktig kontrollfunktion när det gäller hållbarheten av den rättsregel som avses ligga till grund för bedömningen av den konkreta frågan; det ger utrymme för vägledande uttalanden i sådana hänseenden som visserligen inte är helt nödvändiga för att avgöra målet, men som har ett direkt och naturligt samband med den omedelbart relevanta rättsfrågan. Med ett sådant angreppssätt hushållas inte bara med domstolens resurser; rättsläget klagörs tidigare än vad som skulle ha skett om nya och för prejudikatbildning lämpliga mål hade avvaktats. I vad mån prejudikatbundenheten skulle vara mindre därför att ett uttalande anses vara obiter saknar praktisk betydelse om det följs. Och skulle en hovrätt ge uttryck för ett avvikande synsätt ger det förmodligen ett gott tillfälle för HD att på nytt och mer konkret ta ställning i frågan.”

Det är en ambitiös målsättning som här skisseras och man kan nog vara tämligen säker på en sak, nämligen att det nog finns en hel del domare i såväl underrätter som i prejudikatinstanser som känner sig främmande för en så ambitiöst beskriven målsättning även om det är få som begränsar sin syn så långt att de blott anser att domstolen skall ge klara riktlinjer för konkreta fall till vägledning för underrättsdomarna. Den vikt som Lindskog nu fäster vid domstolens egna obiter dicta torde dessutom vara något för prejudikatbildningen nytt och kanske främmande. Lindskogs analys tyder närmast på ett önskemål att underrätterna skall fästa väsentligen större vikt vid obiter dicta, något som uppenbart ökar HD:s möjligheter att vid prövning i enskilda fall få genomslag utanför det enskilda prejudikatets tillämpningsområde.

Det finns då anledning att föra över detta resonemang till nästa skadeståndsfråga som jag här valt att beteckna som *den konstitutionella skadeståndsrätten*. Jag menar då inte primärt den rättsutveckling där prejudikatinstanserna under påverkan av europarätten och Europakonventionen tvingats till

överväganden som medfört att den svenska lagstiftarens synpunkter fått träda tillbaka som t.ex. i den s.k. *ne bis in idem* diskussionen eller Lavaldomen där EU-domstolen underkände svensk rätts tidigare ståndpunkt.

Nej, utgångspunkten för mig är härvid den rent nationella diskussion som omedelbart startade efter förändringarna i regeringsformen 1994 genom tillkomsten av den *rättighetskatalog* som återfinns i RF 2 kap. Som en följd av dessa – för tiden nya – tankegångar skrev JustR Bengtsson en skrift *Grundlagen och fastighetsrätten*¹³ som bl.a. berörde det förhållandet att den nya lagtextens ordalydelse kom att ge ett långtgående skydd för en rad rättigheter t.ex. rätten till skydd för privat egendom, och Bengtsson fann den ändring av bestämmelsen som då tillkom *”något brådstörtat och utan att man tillräckligt analyserat dess innebörd”*.¹⁴ Bengtsson hade läst lagmotiven och noterade att ersättningsregeln i 2:18 2 st inte stämde med motiven utan lovade *”ett ännu längre gående egendomsskydd än man egentligen tänkt sig; bl.a. skulle rådgivningsinskränkningar medföra rätt till ersättning, oavsett vad som var orsaken till inskränkningen – något som ingalunda”*¹⁵ befanns vara fallet *”enligt gällande rätt.”* Detta medförde att den enskilde *”på detta vis”* skulle skyddas också i situationer *”där detta ter sig föga naturligt, ibland direkt stötande”*.¹⁶ Bengtsson finner att den då nya lydelsen av RF 2:18 var *”relativt tydlig till sin utformning”* och att den *”språkligt sett”* inte lämnar något tvivel om dess inne-

¹³ Utgiven 1996.

¹⁴ Se a.a. s. 14.

¹⁵ Se a.a. s. 15.

¹⁶ Det är tämligen ovanligt att jurister i rättsvetenskapliga monografier gör långtgående politiska utsagor som Bengtsson gör i detta sammanhang. Lagregleringens utfall där den nya rättighetskatalogen beskrivs som en politisk kompromisslösning där ansvaret ligger *”väsentligen på politikerna, som inte närmare övervägt vad de gått med på”* tycks ha skapat alltför långtgående medborgerliga rättigheter för Bengtssons smak. Han menar således att om *”juridisk expertis hade konsulterats borde t.ex. inte socialdemokraterna ha tillåtit, att varje mera betydande inskränkning av ägarens rådgivning skulle belasta statens finanser”*. Bengtsson hänför sig här till en äldre framställning (SvJT 1987 s. 229) där Bengtsson hade anfört att det föreligger *”skäl att begränsa möjligheterna för domstolarna att åsidosätta lagar stiftade av riksdagen”* (not 2 s. 15. a.a.). Trots denna säregna politiska markering vänder emellertid Bengtsson genast på saken och uttalar påtagligt motsägelsefullt i den följande meningen att den begränsning som förelåg vid den aktuella tidpunkten i lagprövningsrätten enligt RF 11:14 *”går alltför långt”* och att *”man bör i viss mån utvidga möjligheterna till domstolskontroll även över riksdagens lagstiftning.”* Man kan inte frigöra sig från intrycket att Bengtsson faktiskt intar två motstående uppfattningar, något – vartill jag återkommer längre fram – som även framgår av hans kritik (och möjligen även beröm) över den allra senaste utvecklingen i HD genom två avgöranden från år 2014. Bengtsson borde således idag välkomna den nuvarande lydelsen i RF 11:14.

börd.¹⁷ Bengtsson var inte nöjd med sin slutsats nämligen att man var tvungen att ta *”lagstiftaren på orden och låta grundlagsregeln påverka tillämpningen av gällande rätt.”*

En kollega till Bengtsson – JustR Vängby – kom emellertid till undsättning och även om han delade Bengtssons ogillande av den nya rättighetskatalogen var han inte lika bekymrad över tanken att HD hade tillskapat civila rättigheter för medborgarna som Bengtsson synes ha varit. Vängby menar att dessa *”rättighetsbestämmelser”* med nödvändighet är komprimerade *”och har sällan den konkretion som skulle krävas, om rättstvister skulle kunna avgöras med en direkt tillämpning av bestämmelsernas ordalydelse”*. Vängbys slutats är att bestämmelserna *”riktar sig snarare till lagstiftaren än till domstolar och andra rättstillämpande myndigheter”*.¹⁸ Bengtsson replikerade omedelbart i SvJT och fann att Vängbys *”tolkning av 2 kap. 18 § regeringsformen leder till mycket tilltalande resultat”*.¹⁹

Bengtsson konstaterade att från *”lagteknisk synpunkt är det självfallet angeläget att inte bara förarbetsuttalanden utan också lagtexten i olika lagar går att förena med varandra”* men för att nå dit JustR Vängby ville nå var det – anför Bengtsson vidare – nödvändigt att man kunde se *”Vängbys tolkning som annat än en nödfallsutväg för att klara av ett tekniskt missnöje vid lagstiftningen”*. Bengtsson ser emellertid ett problem även för de mest förarbetstroga, nämligen att om man allmänt sett skulle godta *”att välmentade motivuttalanden av låg kvalitet tar över ordalagen i en färsk grundlagsregel innebär det en juridisk nedvärdering av regeringsformen som kanske är välförtjänt men ändå är svårt att acceptera; skall man också beträffande andra rättighetsregler kunna säga till den enskilde, att visserligen står det så i regeringsformen, men det är inte mycket att fästa sig vid – läs riksdagstrycket så får du se!”*.

Även om det sista uttalandet huvudsakligen framstår som ironiskt får jag tillstå att när jag – för närmare tjugo år sedan och innan HD hade att brottas med Europakonventionens och EU-rättens överordnade ställning – läste dessa ord så blev jag förstummad. Skulle regeringsformens rättighetskatalog av landets högsta domare uppfattas enbart som en slags ”post-it lapp” riktad till riksdagen vid framtida lagstiftningsövningar, nämligen av vad man då borde iakttaga och inte tas på sådant allvar som ordalydelsen ger vid handa? Skulle inte ett sådant regelverk tvärt emot den klara ordalydelsen skapa några

¹⁷ Se a.a. s. 19.

¹⁸ Se Vängby, SvJT 1996 s 896.

¹⁹ Bengtsson, SvJT 1996 s. 898.

rättigheter för enskilda medborgare utan blott vara ett skådebröd, och vad motiverade en sådan säregen ståndpunkt?

Till grund för Vängbys resonemang låg emellertid en vid samma tidpunkt aktuell debatt, nämligen prejudikatvärdet i NJA 1996 s. 110. Här hade HD valt att, närmast med stöd av principen *jura novit curia* ta upp ett ”inom doktrinen väckt spörsmål huruvida den nya lydelsen av 2 kap 18 § regeringsformen kan föranleda en övergång till en mer restriktiv tillämpning av de regler i FBL som medger tvångsförfogande över annans fasta egendom.” Doktrinen var visserligen här just kollegan JustR Bengtsson – nu som professor – och således de bekymmer Bengtsson kände inför lagtextens ordalydelse. Frågan i målet var om ”den nya lydelsen av 2:18 RF kunde föranleda en övergång till en mer restriktiv tillämpning av de regler i FBL som medger tvångsförfogande över annans egendom.” Om det sägs det i domen följande

”I förarbetena behandlas också den allmänna frågan om den gällande lagstiftning, som medger ingrepp i annans egendom, uppfyller det uppställda kvalifikationskravet på att ingreppet skall tillgodose angelägna allmänna intressen (SOU 1993:40 del A s 90 och 235 samt prop 1993/94:117 s 16). Slutsatsen blev att grundlagsändringen inte skapade något behov av följdändringar i sådan lagstiftning.

Vad som sålunda förekommit vid genomförandet av grundlagsändringen föranleder slutsatsen att grundlagsändringen ej påverkar tillämpningen av FBL:s bestämmelser om tvångsförfogande i en mer restriktiv riktning än vad som förut gällt.”

Vängby påpekar också att referenten i målet JustR Johan Lind i sin då nyligen framlagda JT-föreläsning ”Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla” hade uttalat att ”om lagstiftaren tänker sig att grundlagsändring skall påverka tillämpningen av gällande civilrättslig lagstiftning, så måste han säga ifrån”²⁰ varefter Vängby konstaterar att HD här undvek att döma i strid med ”lagstiftarens allmänna syfte med lagstiftningen”.²¹

Den minnes gode kan säkert erinra sig den föreläsningen.²² JustR Lind – om än med glimten i ögat – gav där en rad professorer – inklusive underteck-

²⁰ Se JT 1996–97 s. 355.

²¹ Se Staffan Vängby, Till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen, SvJT 1996 s. 897.

²² Liksom denna uppsats publicerad i JT. I JT 1996–97 s. 352 ff. återfinns uppsatsen, Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, där Lind bl.a. kritiserade min ståndpunkt kring vad jag ovan beskrivit som den empatiska skadeståndsrätten. Jag kritiserade där – liksom i denna uppsats – slentrianargumentet att prejudikatinstansen

nad en rejäl uppsträckning för att vi kritiserat HD, något som sades vara tämligen meningslöst eftersom HD:s auktoritet gjorde sådan kritik onödig och i värsta fall kunde vilseleda de arma praktikerna. Det hindrade inte att såväl HD:s synsätt 1996 som Linds uppsträckning av doktrinen i sin tur fick en hel del kritik. Dessvärre och måhända något mer pinsamt, tillgodosåg HD genom NJA 1996 s. 110 inte ens Bengtsson i debatten med Vängby 1996, eftersom Bengtsson läst på bättre än HD, genom att – som Bengtsson uttryckte saken – ”*HD:s praktiskt motiverade grundlagstolkning i detta fall stod i viss strid också med grundlagsmotiven; i propositionen med förslag till 1994 års grundlagsändringar utgick man från att just fastighetsbildningslagens regler skulle påverkas av ändringen; se prop. 1993/94:117 s. 49.*”

Kanske trodde många av oss att, efter det även Vängbys och Bengtssons förhoppning om att se regeringsformens rättighetskatalog enbart som en erinran till lagstiftaren – efter HD:s av Bengtsson påpekade misstag – i denna argumentationsmodell skulle avklinga. Döm om min förvåning så har emellertid ”erinringsargumentet” nyligen återkommit i den nu aktuella vågen av kritik mot HD:s senare praxis.

I sin nyligen publicerade artikel ”*Högsta domstolen fortsätter förvandlingen av skadeståndsrätten*”²³ har Bengtsson delvis följt upp Wersälls kritik genom sin ”*undran över domstolens talföra och ibland svårgripbara sätt att utforma sina prejudikat och över dess benägenhet att ingripa i gällande rätt även när det inte verkar påkallat av någon passivitet hos lagstiftaren.*”²⁴

skulle vara sämre skickad att dra upp gränserna för anhörigersättning. Lind (a.a. s. 365) återger det vanliga *utredningsargumentet* mot min kritik. Varken jag eller Lind kunde emellertid då förutse att HD under den senaste 20-års perioden – trots att man ofta diskuterat frågan att lagstiftarens bättre beslutsunderlag skulle försvåra prejudikatinstansens möjlighet att utveckla reglerna om anhörigersättning – skulle komma att kraftigt vidga anhörigersättningsreglerna i praxis och det med stöd av ett förarbetsuttalande där lagstiftaren inte såg några hinder mot en sådan rättsutveckling i praxis. Linds argumentation var föråldrad när den framfördes och HD valde att slå in på den väg som vi som kritiserat rättsutvecklingen förutskickade, vilket också visar att rättsvetenskapen har en viktig uppgift att kritisera HD när vi finner argumentationen bristfällig. Det kan löna sig att framföra sådan kritik eftersom domstolen ofta förskjuter sin uppfattning även om det sker med små steg. Den empatiska skadeståndsrätten är ett resultat av sådan rättsutveckling i praxis. Det blev inte den konstitutionella kris som Lind målade upp utan tvärtom visar utvecklingen att HD senare valt att bl.a. utveckla den konstitutionella skadeståndsrätten, måhända för att därigenom förhindra en sådan kritik.

²³ Se SvJT 2014 s. 431 ff.

²⁴ Här bör man nog sträva efter att hålla isär diskussionen. Frågan om prejudikatinstansen som normbildare bör nog inte sammanblandas med frågan om betydelsen av de mer omfattande domskälen och de ibland ännu mer omfattande särskilda yttrandena. Frågan

Bland de fall som Bengtsson kritiskt uppehåller sig vid i det sammanhanget²⁵ är det tämligen färskta avgörandet NJA 2014 s. 323 där staten ålades ersättningsskyldighet för ideell skada vid avregistrering av svenskt medborgarskap med stöd av 1 kap. 1 § och 2 kap. 7 § regeringsformen. Här hade Regeringsrätten i sin dom²⁶ kommit fram till att den skadelidande som hade fötts inom äktenskap där mannen var svensk medborgare felaktigt avregistrerats som svensk medborgare. Frågan om konsekvenserna i medborgarskaps-hänseende av att mannen sedermera förklarades ej vara far till barnet skulle enligt domstolen ”avgöras mot bakgrund av allmänna rättsprinciper och särskilt med beaktande av bestämmelserna i 2 kap. 7 § RF”.

Då emellertid RF:s bestämmelser i princip utesluter att någon mot sin vilja fråntas sitt svenska medborgarskap, fanns det inte någon möjlighet att återkalla ett beslut om medborgarskap som hade meddelats ”på grundval av felaktiga uppgifter eller annars på felaktigt sätt.” HD konstaterade att det enligt Regeringsrätten inte kunde ”komma ifråga att i vissa situationer bringa ett svenskt medborgarskap att upphöra genom att fingera att något medborgarskap aldrig hade kommit till stånd”. Den dom varigenom den utpekade fadern förklarades inte vara far till den skadelidande kunde inte medföra att denne hade förlorat sitt svenska medborgarskap, varför åtgärden att ändra uppgiften om medborgarskap i registret var felaktig.

HD konstaterade att enligt ”2 kap. 7 § andra stycket RF får ingen svensk medborgare som är eller har varit bosatt i riket fråntas sitt medborgarskap” samt att rättigheten var absolut och alltså inte kunde begränsas.

HD konstaterar vidare att en

”överträdelse i ett enskilt fall av förbudet i 2 kap. 7 § andra stycket RF betar den drabbade de rättigheter som följer av medborgarskapet. Den innebär att staten bryter mot den grundläggande skyldigheten i det rättsliga förhållande som medborgarskapet utgör. En sådan överträdelse har skadeverkningar som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock. Även om bestämmelsen i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter, utgör en överträdelse av den ett sådant avsteg från statskicketts grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadeståndsskyldighet för staten.”

om betydelsen av obiter dicta är en sak, medan domskäl som har omedelbar betydelse för tolkningen av domens prejudikatvärde är en helt annan sak.

²⁵ Se SvJT 2014 s. 432 ff.

²⁶ Se RÅ 2006 ref. 73.

Trots att HD konstaterar att den traditionella utgångspunkten i svensk rätt ansetts vara att *"det krävs särskilt lagstöd för att en rätt till ersättning för ideell skada ska anses föreligga"* samt att det även saknas bestämmelser som ger den enskilde rätt till sådan ersättning vid överträdelse av 2 kap. 7 § andra stycket RF fann domstolen att en *"överträdelse av den bestämmelsen är emellertid av sådant slag att övervägande skäl talar för att ideellt skadestånd ska kunna dömas ut av domstol"*. Då den skadelidande hade varit avregistrerad som svensk medborgare under fyra och ett halvt år innebar det att denne i realiteten under den tiden var frångagen sitt svenska medborgarskap vilket medförde att denne var *"berättigad till ersättning för den ideella skada överträdelsen har inneburit"* eftersom det rörde sig om *"en överträdelse under lång tid av en grundläggande rättighet."*

Man frågar sig nu om det som herrarna Bengtsson, Lind och Vängby fruktade som mest för tjugo år sedan nu således har inträffat och vilka konsekvenser som detta skulle kunna föranleda. Bengtsson menar att HD här skulle ha dömt ut skadestånd *"utan att åberopa något vållande på statens sida"*²⁷ och domen liksom en del andra tämligen färskta avgöranden medfört att Justitiekanslern och dennes tjänstemän *"haft goda skäl att känna sig bekymrade och vilsna när kartan på detta sätt ritas om på deras specialområde"* och de antas *"inte ha blivit bättre till mods när de tagit del av"* de två senaste avgöranden när nu HD dömt ut ideellt skadestånd utan stöd i lag och dessutom tagit ställning till den kontroversiella frågan om möjligheterna att få skadestånd vid statens åsidosättande av den medborgerliga rättighetskatalogen i 2 kap. RF.

Bengtssons kritik att HD *"alltså dömt ut skadestånd utan att åberopa något vållande på statens sida"*, framstår enligt mitt förmenande som förfelad om man faktiskt läser vad som står i RF 2:7, och skadan har enligt mitt förmenande inte orsakats *"av en feltolkning av gällande rättsregler som rättats först i Regeringsrätten"*²⁸ och det är inte heller något HD anger utan något som

²⁷ Se dennes uppsats, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431 ff., särskilt s. 432.

²⁸ Bengtsson menar att det skulle vara fråga om *"en feltolkning av gällande rättsregler som rättats till först i Regeringsrätten, och sådana feltolkningar har långtifrån alltid betraktats som culpa"*. Det påpekas att kammarrätten kom till motsatt resultat och att det skulle ha förekommit delade meningar i Regeringsrätten. Jag tycker inte heller här att Bengtssons beskrivning är rättvis. Läser man RÅ 2006 ref. 73 framstår handläggningen fram till att frågan kom inför Regeringsrätten som minst sagt pinsam för den svenska förvaltningsbyråkratin. Varken i skattemyndighetens, länsrättens eller kammarrättens beslut tycks föreväro av ett grundlagsskydd för medborgarskapet i RF 2:7 ens ha föresvävat byråkraterna.

Bengtsson själv väljer att läsa in i domen. Någon explicit culpaanalys finns visserligen inte, men om det förekommer en allvarlig rättighetskränkning i förhållande till en rättighetskatalog i regeringsformen och där det i RF 2:7 explicit är angivet att *"ingen svensk medborgare som är eller har varit bosatt i riket inte får fråntas sitt medborgarskap"* och en myndighet likväl gör detta, är det då inte värdslost? Vari ligger tolkningsvårigheten? Här vill jag helt kort referera till diskussionen kring aktiebolagslagens skadestandsbestämmelser där det brukar anges att klara åsidosättanden av en föreskrift i ABL får antas uppfylla culpakravet. Motsatsen skulle leda till en diskussion om bolaget, dess styrelse etc, annars skulle kunna kringgå sitt ansvar genom att åberopa allehanda argument till stöd för att man inte följt lagens tvingande reglering. RF 2:7 är inte vagt formulerad och har här inte innefattat några tolkningsvårigheter utan problemet är, att det av RÅ 2006 ref. 73 framgår att man inte ens reflekterat över bestämmelsen förrän frågan kom på plats i Regeringsrätten vilket man självfallet haft en plikt att göra med hänsyn till principen *jura novit curia*. Detta visar dessvärre alltför tydligt den svaga ställning som grundlagen och dess rättighetskatalog har i svenska domstolars rättsmedvetande. Om inget annat får man hoppas att HD:s aktivism på denna punkt leder till att man börjar tillgodogöra sig vår viktigaste grundlag vid den vardagliga rättstillämpningen.

Bengtsson känner stor oro för att domstolarna nu skall översköljas av förmenta kränkningar av medborgarnas rättigheter enligt 2 kap. RF och att HD då har att pröva om åsidosättande av dessa rättigheter kan grunda skadestånd för ideell skada utan ens förevaro av culpa men tycker – något överraskande – likväl att HD här hållit *"en klok och lagom försiktig linje i medborgarskapsfallet"* trots den starka kritiken.²⁹ Samma dag avgjorde HD i samma sam-

Inte ens det faktum att man genom avregistreringen gjorde personen statslös tycks ha medfört någon reflektion eftersom länsrätten noterar att skattemyndigheten var vänlig att registrera mannen som brittisk medborgare, som om en svensk skattemyndighet kunde utfärda brittiskt medborgarskap. Inte heller Bengtssons påpekade om att det fanns delade meningar i Regeringsrätten tycker jag är korrekt. En ledamot av Regeringsrätten ogillade av formella skäl talan, ty hon menade att huvudfrågan i målet var *"om B.R. förvärvade svenskt medborgarskap vid födseln"* och först *"om denna fråga besvaras jakande"* skulle därav följa *"vilka konsekvenser som Solna tingsrätts dom kan få på hans medborgarskap"*. Hon menade därför att *"skälen för Regeringsrättens avgörande borde ha utformats i enlighet med det anförda."* Om det medför att Regeringsrätten haft olika uppfattningar i huvudfrågan låter sig därmed inte besvaras utan att man först tar ställning till en fråga som aldrig prövades.

²⁹ Jag berörde ovan (not 16) Bengtssons påtagligt motsägelsefulla attityd till HD:s aktivism på den konstitutionella skadestandsrättens område där ömsom stark kritik blandas med

mansättning emellertid ytterligare ett fall nu på samma konstitutionella tema som man hade prövat NJA 1996 s. 110 på och som berördes ovan.

Trots att HD i NJA 2014 s. 332 således då uttryckligen anförde att bestämmelserna i dåvarande RF 2:18 får anses i ”*första hand*” rikta sig till lagstiftare och myndigheter – man har synbarligen tagit intryck av sina äldre kollegors debatt för tjugo år sedan, men inte i högre utsträckning än att man likväl i motsats till hur bedömningen blev i 1996 års fall valde att överge detta synsätt – eftersom man här har ett fall som innefattar ”*avsteg från statskicketets grunder*” att den enskilde skall kunna återropa densamma som grund för skadeståndsskyldighet.

Bengtssons kritik som följde i en tydligen av SvJT specialbeställd artikel³⁰ i omedelbar anslutning till att denna och medborgarskapsdomen meddelades är hovsam, men hans varningar om riskerna för en fortsatt rättsutveckling utan stöd i lag med stöd av regeringsformens rättighetskatalog får nog upp-

beröm. Det noteras å ena sidan att HD inte hade några ”*sådana hämningar*” att man fann skäl att vänta till det att lagstiftaren lagt fram nya regler om skadestånd vid brott mot Europakonventionen utan man ”*hade långt innan förslaget tillkom ändrat sin praxis, med omfattande skadeståndsrättsliga konsekvenser*” och Bengtsson tillvitar även domstolen att man tycks ”*rentav ha sett som domstolens uppgift att ingripa när inte lagstiftaren visat önskvärd aktivitet på ett rättsområde*”. Det blir emellertid svårt att ta till sig Bengtssons kritik när han uttalar att juristerna inom Regeringskansliet ”*tänker sig för innan man startar en lagstiftning av denna räckvidd*” eftersom HD när man började döma ut skadestånd direkt med tillämpning av Europakonventionen genom NJA 2005 s. 462 hade att utgå just från den stora grundlagsreformen i mitten av 1990-talet, eftersom en betydande del av denna rättighetsreform som Bengtsson tycks vara så kritisk mot innefattade att man i RF 2:19 ju föreskrivit att ”*Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*” samt att man i en särskild lag från just 1994 hade föreskrivit att ”*som lag här i landet skall gälla den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.*” Hade man inte ålagt staten skadeståndsansvar när Europadomstolen gör det med stöd av samma konvention hade även tolkningen av 1994 års lag framstått även den närmast som ett slags skådebröd. Det faktum att Regeringskansliet haft fyra år på sig att initiera den försiktiga reform som föreslagits i SOU 2010:87 men inte gjort något medför att kritiken enligt mitt förmenande snarare skall riktas åt annat håll än mot domstolen. I sin uppsats har – trots all denna kritik – Bengtsson samtidigt påtagligt med beröm att ösa över domstolen. Det paradoxala i utvärderingen framträder emellertid även här. Å ena sida anförs att det ”*kan finnas skäl att i viss mån tona ner avgörandenas vikt för den allmänna frågan om ersättning för grundlagsbrott*”, å den andra sidan sägs att de ”*förtjänar i och för sig stor uppmärksamhet, inte minst som ett tecken på utvecklingen mot ett rättighetstänkande när det gäller det allmännas ansvar*” och detta trots att avgörandenas räckvidd förefaller begränsad. Se a.a. s. 437. Jaha?

³⁰ Se a.a. s. 431 not 2.

fattas så, att han varnar domstolen för ytterligare sådana ingrepp eftersom det skulle komma att ställa domstolen inför svåra avgränsningsproblem.³¹

Trots att det gått snart 20 år sedan debatten om innebörden och karaktären av regeringsformens rättighetskatalog inleddes, minns jag att jag redan då reagerade med förvåning över den lagpositivistiska triumf som dåtidens synsätt innebar. Vad var det för mening att tillerkänna medborgaren absoluta rättigheter och dessutom formulera dessa som en rättighetskatalog om det saknades reellt innehåll för den enskilde? Inte bara medborgarskapsdomen utan även den vid samma tidpunkt meddelade domen om skadestånd vid rådhetsinskränkningar – NJA 2014 s. 332 – innebar en avvikelse från det synsätt som hade växt fram efter 1996 års avgörande, och en enig domstol är här mycket tydlig och anför att ”2 kap. 18 § andra stycket RF anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådhetsinskränkningar i vissa fall”. HD knyter an till diskussionen från mitten av 1990-talet mellan Vängby och Bengtsson och noterar följande:

”Svårigheterna med formuleringen av 2 kap. 18 § andra stycket RF behandlades av 1999 års författningsutredning, som hade fått i uppgift att tydliggöra och precisera ersättningsregelns tillämpningsområde vid rådhetsinskränkningar på ett sådant sätt att den gav ett klart uttryck för lagstiftarens vilja. Utredningen kunde emellertid efter att ha prövat ett antal förslag konstatera att man hade misslyckats med att nå en bred uppslutning kring en formulering som otvetydigt överensstämde med syftet bakom stadgandet.”

HD fann att då fiskerirestriktionerna utgjorde ”en så väsentlig begränsning i den verksamhet som klagandena hade byggt upp med användning av sina enskilda mark- och vattenområden att det måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel av rådhetsinskränkningen och den belastning som denna medförde för klagandena” och att vid en intresseavvägning det därmed framstod – ”också med beaktande av den principiella utgångspunkten att ersättning normalt inte utgår vid inskränkningar av miljöskyddsskäl – inte som rimligt att inskränkningen av klagandenas rådighet till sina områden ska kunna göras utan att någon ersättning utgår för den förlust som restriktionerna har orsa-

³¹ Man kan här urskilja ytterligare ett lagpositivistiskt argument besläktat med, men likväl inte identiskt med, det ovan berörda lagstiftarargumentet, nämligen ”avgränsningsproblemet”. Här framhävs ofta att en viss prövning kommer att leda till nya fall att bedömas, fall som kommer att ställa prejudikatinstansen inför svåra avgränsningsproblem vilket implicit leder till den underförstådda slutsatsen att man inte bör pröva nya fall. Är inte just hanterandet av avgränsningsproblem en fråga som typiskt utmärker en prejudikatinstans?

kat dem.” Slutsatsen blev därför att hänsynen ”till klagandenas intressen” påfordrade att dessa fick ersättning för rådighetsinskränkningen.

Framväxten av *en konstitutionell skadeståndsrätt*³² är huvudsakligen resultatet av att riksdagen sedan länge underställt sin egen normgivning såväl Europakonventionen och därmed Europadomstolen som europarätten och därmed EU-domstolen. En sådan förändring måste självfallet påverka de nationella domstolarnas syn på lagstiftarens normgivning vid tillämpning av regelverket. Under våren 2014 valde emellertid HD att gå ett steg längre. Man fann att regeringsformens rättighetskatalog kan medföra civila rättigheter för medborgarna gentemot staten. Själv var jag minst sagt förvånad över den äldre argumentationen att 2 kap. i RF som så tydligt slår fast vissa absoluta rättigheter för medborgarna endast skulle vara ett skådebröd tänkt för högtidstal i det oskarianska operahuset och inte ett regelverk vars åsidosättande skulle kunna – i vart fall i kvalificerade fall – utlösa skadeståndsansvar när de åsidosätts. En annan sak är att jag delar uppfattningen att det finns anledning att här som vid den empatiska skadeståndsrätten vara försiktig med att dra långtgående slutsatser för andra fall. Det finns här liksom på de flesta områden som är föremål för snabb rättsutveckling i praxis alltid avgränsningsproblem, men vem är bättre lämpad att hantera sådan frågor om inte just en prejudikatinstans. Jag har i vart fall aldrig hört någon påstå att lagstiftaren skulle vara särskilt lämpad att hantera konkreta avgränsningsproblem.

De bedömningar som HD gjort vad gäller Europakonventionen och RF:s rättighetskatalog framstår inte med det synsättet som särskilt anmärkningsvärda. Vilken lagstiftare – oavsett politisk hemvist – vill idag framträda och tillkännage för medborgarna att rättighetskatalogen bara var tänkt som medborgarnas skådebröd och blott en erinran till lagstiftare och myndigheter att kasta ett getöga i RF innan man hittar på något nytt?

4. Den kommersiella skadeståndsrätten

Jag övergår till mitt tredje och sista exempel på betydelsefull normtillämpning där prejudikatinstansen har haft att beakta lagstiftarens normgivning

³² Se härtill min uppsats i Festskrift till Gustaf Lindencrona, 2003, Har politiker något ansvar?, a.a. s. 211 ff. där jag avslutningsvis noterade att framväxten av ”vad jag skulle vilja beskriva som en konstitutionell skadeståndsrätt” inte längre framstod ”som en utopi, utan något som bör välkomnas” samt att det faktum att ”konstitutionella frågor levandegörs inom ramen för bl.a. skadeståndsrättsliga tvister” var något som man borde se positivt på.

och förmåga att i lagmotiv uttrycka gällande rätt. Till skillnad från de tidigare berörda områdena är det här jag huvudsakligen varit verksam själv. Till skillnad från de två tidigare områdena kan eventuell lagpositivism här inte åberopas av det skälet att prejudikatinstansernas aktivism skulle kunna anses träda lagstiftarprerogativet förnär. *Den kommersiella skadeståndsrätten* har aldrig intresserat lagstiftaren i någon större utsträckning.

I den internationella komparativa skadeståndsrätten finns det en frågeställning som hör till de allra besvärligaste nämligen vad som kallas *the floodgate argument*.³³ Det handlar om vilka gränser man skall eller bör sätta upp för culpaansvaret där således sambandet mellan moralisk skuld och civilrättsligt ansvar inte med nödvändighet behöver mötas som fallet normalt är inom skadeståndsrätten utan där effekterna av ett obegränsat culpaansvar framstår som alltför svårhanterliga.

Änjo får vi gå tillbaka i historien nämligen till den stora finansiella skandalen i svenskt ekonomiskt liv som fortfarande är oöverträffad, Kreuger-kraschen. Som ett resultat av denna händelse skärptes många lagar och Lagberedningens förslag 1941 till ny aktiebolagslag med Håkan Nial som främste tillskyndare innefattade bl.a. en ny reglering av skadeståndsansvaret för revisorer och i kommentaren till 1944 års lag anges att denna nyhet motiverades av att det *"har ansetts vara av vikt, att revisorernas ansvarighet ej blott i förhållande till bolaget utan också i förhållande till allmänheten, som träder i förbindelse med bolaget, uttryckligen fastslås, då bland revisorernas främsta åligganden ingår att tillse, att sådana regler i aktiebolagslagen ej överträdas, som äro givna till skydd för enskilda aktieägare, bolagsborgenärer eller annan tredje man."*³⁴

När jag började ägna mig åt detta problem om ansvarsgränserna för revisorer för mer än trettio år sedan så fann jag att svensk rätt ur ett komparativt perspektiv intog den mest originella hållningen som var möjlig. Vi hade den mest restriktiva inställningen – vad avsåg den allmänna skadeståndsrätten –

³³ Det fick sitt mest explicita uttryck i Judge Cardozo's Ultramares-dom där The New York State Court of Appeals avgjorde frågan om revisorers ansvar mot tredje man på ett sätt som kom att utgöra utgångspunkten för att analysera bl.a. Wallstreetrevisorernas ansvar mot den finansiella marknaden. De kanske mest berömda domskälen i amerikansk utomobligatorisk skadeståndsrätt uttrycker Cardozo's uttolkning av floodgateargumentet: *"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"*.

³⁴ Se Stenbeck, Wijtbladh och Nial, Aktiebolagslagen, 5:e upplagan s. 493.

till ren förmögenhetsskada som stod att finna, samtidigt som vi tycktes ha det mest långtgående ansvaret för samma slags skada på bolagsrättens område. Var det möjligt? På den allmänna skadeståndsrättens område skulle således huvudregeln enligt skadeståndslagen vara krav på brottslig gärning men i det senare fallet syntes envar som lidit skada kunna rikta anspråk mot en revisor. Följde man sedan upp vad som komparativt ansågs vara den besvärligaste frågan är det just risken för masskador och oförmåga att skapa försäkringsskydd för bolagsorgan. Det hela brukar således föras tillbaka till det berömda yttrandet av USA:s mest berömde Judge Cardozo i *Ultramares*.³⁵

De *spärrar* som de flesta rättsordningar har haft mot ett obegränsat ansvar för oaktsamt förorsakade rena förmögenhetsskador har i allmänhet rört den situationen. Rättsläget i Sverige verkade – mest av en händelse och utan någon av lagstiftaren övervägd tanke – vara det motsatta. Min uppfattning var att särskilda spärrar – närmast genom speciella adekvanstester – måste tolkas in i kriterierna för vem som skulle vara att anse som ”annan”³⁶ men detta möttes från praktiskt taget alla inklusive Nial, Roos och hela den bolagsrättsliga doktrinen av motstånd, utom av Aktiebolagskommittén som faktiskt synes ha gjort egna komparativa studier och noterat hur problematiskt detta ansvar var och därför föreslog en lagreglering som skapade vissa begränsningar av vem som var att anse som ”annan” enligt ABL.

När frågan – märkligt sent – slutligen kom upp till bedömning var det i hög grad ett a-typiskt fall eftersom det var en kapitalförsäkringstagare som med stöd av en fullmakt hade förvärvat aktier till den depå som utgjorde hans kapitalförsäkring. Han var således investerare men inte ens en vanlig aktieköpare utan ytterligare ett led bort. Han var också den ende som valde att stämna revisorn under föregivande att han blivit vilseledd av den rena revisionsberättelsen, oaktat det på goda grunder kunde antas att om hovrättsdomen hade stått sig skulle alla andra aktieköpare göra detsamma eftersom tredjemansansvaret innefattade en tioårig preskriptionsfrist.

Aktiebolagskommittén som under hand hade konsulterat mig under 1990-talet och då fick rådet att studera den oroande utländska rättsutvecklingen och de åtgärder som vidtagits inom common law systemet för att för-

³⁵ Se föregående not.

³⁶ Se Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, 1987 s. 303 ff. samt a.a. s. 518. Jag har ofta haft anledning återkomma till problemet. Se t.ex. min uppsats i *Festskrift till Peter Seipel*, 2006, *Det skadeståndsrättsliga informationsansvarets särart och frågan om behovet av ett hanterbart ansvarssystem*, som även är publicerad i Kleineman, *Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt*, 2011 s. 581 ff.

hindra ett oproportionerligt vidlyftigt ansvar och som synes ha tagit mitt råd att – till skillnad från Nial et consortes – studera utländsk rättspraxis kring bl.a. revisorers skadeståndsansvar synes ha gjort detta och föreslog vissa adekvansbegränsningar. Det föll inte lagstiftaren alls på läppen och i propositionen uttalades följande där jag gjordes till syndabock dock utan att ens nämnas vid namn:

”Kommittén har diskuterat om man såsom någon gång har förespråkats i doktrinen vid skadeståndsprövningen bör ställa upp särskilda krav på närhet mellan skadevällaren och de skadelidande. För att skadestånd skulle utgå borde det, enligt detta synsätt, föreligga ett direkt orsakssamband mellan å ena sidan den skadevällaren oaktsamt lämnade informationen och å andra sidan den skadelidandes handlande. Detta skulle närmast innebära att särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad införs i svensk rätt. Kommittén har emellertid ansett att det med hänsyn till de skiftande omständigheter som kan föreligga i olika fall inte är lämpligt att försöka formulera sådana krav på närhet i lag. Däremot har kommittén ansett det angeläget att domstolarna vid sin prövning av denna typ av anspråk beaktar riskerna med oproportionerliga skadeståndsansvar och att rättspraxis utvecklas i enlighet med det nu angivna synsättet. Enligt regeringens uppfattning medger redan de nuvarande jämningsbestämmelserna en rimlig avvägning mellan de olika intressen som här gör sig gällande. De närmare kriterierna för när jämkning bör komma i fråga bör enligt regeringens mening överlämnas till rättstillämpningen. För domstolarna bindande riktlinjer i enlighet med kommitténs resonemang skulle kräva lagreglering. Regeringen som för sin del inte är övertygad om att sådana riktlinjer alltid skulle vara lämpliga anser inte att det finns skäl för en sådan lagändring.”³⁷

Det var visserligen uppenbart ”för svårt” för lagstiftaren att avgöra hur man skulle hantera frågan om adekvanspremisserna för bolagsorganens och då särskilt revisorernas tredjemansansvar men man drog sig trots detta inte för att avge ogenomtänkta och dåligt underbyggda utsagor av hur frågan skulle bedömas. Regeringen kom därigenom att framstå som minst sagt skeptisk till den *tillitsteori* jag hade förespråkats för sådana ansvarsfrågor och efter att ha noterat att det ”*någon gång*” skall ha förespråkats i doktrinen – vilket således är undertecknad – så skulle böra uppställas ett särskilt krav på närhet mellan skadevällare och de skadelidande. Tanken avvisas genom att man då tydligen skulle införa ”*särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad [...] i svensk rätt*” vilket man menar tydligen inte behövde uppställas då frå-

³⁷ Se prop. 1997/98:99 s. 193 ff.

gan om ett vidlyftigt ansvar istället skulle kunna lösas via allmänna jämningsprinciper. För den som följt utvecklingen av utländsk rättspraxis och utländsk diskussion i litteraturen framstår inte den föreslagna lösningen som ens i närheten av en realistisk lösning utan visar tvärtom att man vid lagförslaget beredning i departementet valde att göra långtgående uttalanden som inte alls byggde på någon mer inträngande utredning. Den lagpositivistiska myten som således understundom odlas i prejudikatvärlden att vissa frågor skulle vara så svåra att det kräver sådan ingående beredning att det inte lämpar sig för prejudikat får här sig en rejäl törn. Frågan hade beretts genom Aktiebolagskommittén men lagstiftaren valde att s.a.s. skjuta från höften när frågan bereddes i Regeringskansliet.

Tanken att dessa tämligen oklara tankegångar från ”lagstiftaren” understödd av en bolagsrättslig doktrin som synes ha saknat varje intresse för komparativa studier och mest ägnat sig åt att kritisera mig, var således frågan när den s.k. BDO-domen kom upp till bedömning, kort och gott om man i svensk rättspraxis skulle införa det mest långtgående skadeståndsansvar som överhuvud var möjligt, genom att på denna situation applicera vad HD hade sagt i rättsfallet NJA 1998 s. 734 nämligen att *”[g]enerellt sett bör var och en ha rätt att utgå från att uppgifter i ett aktiebolags balansräkning är riktiga om det uppges att den har upprättats enligt tillämplig lag om årsredovisning och har godkänts av en revisor.”*

Vid bedömningen av frågan hur kretsen skadeståndsberättigade skulle fastställas gjorde tingsrätten det minst sagt lätt för sig genom att konstatera följande.

”I praxis synes frågan om begränsning av gruppen annan skadelidande tredje man inte ha varit föremål för prövning. Det finns mot nu angiven bakgrund inte skäl att tolka ”någon annan” i 29 kap. 1 § första stycket ABL restriktivt.”

I all sin bristande insikt om att man hanterade en av skadeståndsrättens största ansvarsfrågor leder avsaknaden av praxis till slutsatsen att man inte behövde vara restriktiv vid ansvarsbedömningen. Varifrån hämtar tingsrätten den logiken? Hovrätten tvekade däremot men det var inte förrän vid bedömningen i HD som detta klassiska skadeståndsproblem fick sin första auktoritativa analys i nordisk rättspraxis. Vad som borde ha gjorts under behandlingen i Regeringskansliet men då aldrig genomfördes kom HD här att svara för, nämligen en grundläggande genomgång av ansvarsbetingelserna och dess konsekvenser. De som under den senaste debatten ansett att HD framstått

som alltför normativt nyskapande och att man dessutom ägnat sig åt att skriva för långa och för svårtillgängliga domar kan nog få stöd för sina teser vid en ytlig genomläsning av NJA 2014 s. 272 men faktum är att HD genom denna mycket inträngande dom skapat ett regelverk som kan hantera den svåra avvägningen mellan allmänhetens möjlighet att förlita sig på reviderade årsredovisningar och revisorernas ansvar mot den investerande allmänheten. Det är en uppgift som man borde ha löst när frågan var uppe i lagstiftningen genom propositionen 1997/98:99 då frågan överläts till lagstiftaren efter Aktiebolagskommitténs egna överväganden, men då hela problemet – som ovan redogjorts för – närmast viftades bort som uttryck för något som ”*någon gång*” hade förespråkats i doktrinen lämnade lagstiftaren rättspraxis åt sitt öde och trots att frågan gällde det viktiga ansvaret för näringslivet mot den finansiella marknaden så gjordes ingen ordentlig utvärdering. Den som saknar tilltro till vad jag i denna framställning beskrivit som ”lagstiftarargumentet” får här mycket stöd för att vara skeptisk. Den som fortfarande tilltror argumentets värde bortom skenargumentens krets bör nog avstå från att studera BDO-domen och dess förhistoria.

Att HD verkligen insåg problemet med adekvansfrågans betydelse för vidlyftiga skadeståndsanspråk får nog till viss del hänföras till att HD året före hade att pröva en tämligen speciell skadeståndssituation med en kommuns ansvar för den skada som en ung psykisk sjuk flicka hade åstadkommit medan hon var under vård enligt LVU och då hade bränt ner ett varuhus. Den – måhända sofistikerade adekvanstest – som HD i NJA 2013 s. 145 valde att presentera kom nämligen av Hovrätten för Västra Sverige i sin tur att samma år läggas till grund för ett hisnande adekvanstest i ett revisorsansvarsmål. I den sedermera förlikta tvisten mellan Prosolvias konkursbo och PwC ålades revisionsbolaget att utge närmare 2 miljarder kronor till konkursboet med ett minst sagt säreget adekvanstest som man menade att man hämtat från HD:s dom. När sedan f.d. JustR Gregow gick ut med en temperamentsfull kritik mot detta avgörande i SvJT³⁸ stod det åtminstone för mig klart att då hovrätten valt att utifrån en egen uttolkning av HD:s adekvanstest i NJA 2013 s. 145 utdöma det omstämnda beloppet som med ränta uppgick till 2 miljarder kronor, då var ett vidlyftigt skadeståndsansvar inte längre en förvirrad rättsvetares mardröm.

Med Prosolvia-domen och den uppmärksamhet som denna – sedermera förlikta – hovrättsdom erhöll, väcktes således insikten om vilka krafter som

³⁸ Se Gregow, Prosolviadomen, SvJT 2013 s. 1033 ff.

kunde sättas i rörelse på det skadeståndsrättsliga området, och jag hade där-
efter inte längre anledning att se mig som pojken i Aisopos fabel som ständigt
ropade att vargen kommer, utan att vad bolagsrättsdoktrinen allt från Nial
och framåt, liksom lagmotiven, inte ens tycks ha teoretiskt kunnat föreställa
sig att detta kunde inträffa, nu var en realitet. Nu var adekvansfrågan i Pro-
solvia inte alls lika vidlyftig och spektakulär som den kan vara när det gäller
revisorernas ansvar mot tredje man vid investeringsbeslut men nog för att
stämma till eftertanke. HD var således tvungen att göra en betydande
genomgång av de intressen som talade för att tilliten skulle medföra ett
ansvar för en oaktsam revisor och de skäl som talade i motsatt riktning. Det
är i hög grad *en tillitsbaserad teori* för massmedialt spridd information som
här får genomslag. Det kan nämnas att den våg av oro som spred sig bland
försäkringsgivare efter Prosolvia-domen synes ha mildrats i betydande
utsträckning genom BDO-domen. HD-domen har översatts bl.a. för att
utländska försäkringsgivare skall kunna utvärdera hur vidlyftigt det svenska
revisorsansvaret numera är. HD-domen har därmed haft en mycket viktig
effekt och kommer säkert att bli en internationellt uppmärksammas dom.

5. Konklusioner

Jag har här valt *tre linjer i modern svensk skadeståndsrätt* som jag betecknat *den
empatiska skadeståndsrätten, den konstitutionella skadeståndsrätten och slutligen
den kommersiella skadeståndsrätten*. Det kan inte förnekas att HD här på tre
för skadeståndsrätten alltmer centrala områden kommit att spela en roll som
vissa tidigare fruktat och rentav avvisat, nämligen som aktiv normskapare.
Jag har däremot valt bort rättsutvecklingen på straffrättens, europarättens
och Europakonventionens område, men påpekat att det faktum att de två
sista områdena genom lagstiftarens egna beslut medfört att andra normer än
lagstiftarens egna i allt större utsträckning såväl påverkar som direkt styr
rättstillämpningen nog är en faktor som i sin tur påverkat HD i normbild-
ningshänseende, genom att domstolen känt sig manad att göra detsamma på
områden där lagstiftaren antingen varit passiv eller där det framstår som ore-
alistiskt att lagstiftaren förmår lämna bättre underlag för rättstillämpningen
än vad en aktiv prejudikatinstans är förmögen till. Skyddar man rättigheter
av något lägre dignitet i Europakonventionen med skadeståndssanktionen
skulle det framstå som absurt att inte också skydda de främsta rättigheterna,
nämligen dem som uttrycks i RF 2 kap. Även den i detta sammanhang av sig

själv beskriven som troligen föråldrad i sin inställning till HD:s uppgifter,³⁹ Bertil Bengtsson, medger att en överträdelse av *grundlagen* ”bör behandlas på liknande sätt som överträdelse av *Europakonventionen*” men trots de två ovan berörda avgörandena som onekligen tycks påvisa detta menar Bengtsson att vi inte är där än.

Jag har valt att här uppehålla mig vid skadeståndsrättens pågående utvecklingstendenser i praxis inte bara därför att detta område alltid normerats mer genom prejudikatbildning än genom lagstiftarinitiativ – någon skadeståndslag fanns inte förrän 1972 och lagstiftaren var noga med att i de väl-skrivna lagmotiven betona lagens karaktär av ramlag som inte fick läggas till grund för motsatsslut – utan därför att det finns flera delområden på detta område som tydligt illustrerar interaktionen mellan lagstiftarens och prejudikatinstansens normbildning, men också blottställer när lagpositivistiska skenargument tränger undan en logiskt rekonstruerad skadeståndsrätt.

Att det är svårt för såväl lagstiftaren som prejudikatinstansen att avgöra var gränsen skall gå för när psykiska reaktioner hos en anhörig som får klart för sig att någon dödats, skadats eller råkat ut för något annat liknande, skall ha rätt till anhörigersättning är tämligen uppenbart. Var gränsen för denna empatins skadeståndsrätt skall läggas har därför bollats mellan lagstiftaren och prejudikatinstansen och en inte alltför kvalificerad gissning är att båda aktörerna nog helst skulle låta den andra sidan bestämma var gränsen skall gå.

Redan från början gjorde emellertid prejudikatinstansen s.a.s. *helt om* när underrätterna gjorde – om än ett mindre – domstolsuppror mot tidigare rådande praxis. Emellertid ville inte HD slå fast någon princip utan nöjde sig först med uppsåtligt dödande, sänkte kravet till grov oaktsamhet – oaktat det fanns en grupp ledamöter som ville gå längre och följa culpaprincipen.

Hela tiden upprepades mantrat att frågan om vilken princip som skulle gälla är något som är till sin natur en komplicerad fråga och är lämpligast att lösas av lagstiftaren, men när lagstiftaren slutligen avgör frågan genom att fastslå en princip som vunnit insteg genom praxis och samtidigt inte vill stänga dörren vad gäller fortsatt rättsutveckling i praxis så menar jag att det inte längre går att nyttja lagstiftarargumentet. Trots det gör HD så tre år efter att lagstiftningen presenteras, för att ytterligare tre år senare göra det precis motsatta och då genom att plötsligt nyttja den fullmakt som trots allt lagstiftaren gav i motiven till lagstiftningen.

³⁹ Se Bengtsson, SvJT 2014 s. 438.

Inte heller i själva empatifrågan när det gäller kränkingsersättning var dialogen mellan lagstiftare och prejudikatinstansen lätt att tillgodogöra sig. Här var visserligen lagtexten klar, eftersom det där redan från början stadgades att frågan skulle avgöras genom praxis, dvs. *när* en så allvarlig kränkning hade ägt rum att skadestånd skulle utgå och HD vidgade i flera fall skadeståndsansvaret men satte stopp vid offentlighetsrättslig maktutövning genom våld, något dock lagstiftaren fann besvärande och föreslog en generösare syn och trots att propån inte gjordes genom en materiell ändring i skadeståndslagen fick denna uppfattning omedelbart genomslag. Här visade HD sin lyhördhet mot lagstiftaren genom att i plenum ändra rättsläget om än i stark meningsskiljaktighet på ett sådant sätt, att om någon verkligen hyser äkta oro inför tanken att HD:s aktivism skulle utmana lagstiftarprerogativet detta tydligt motbevisas av beredvilligheten att ompröva frågan i plenum.

När det gäller frågan om den konstitutionella skadeståndsrätten kunde vi notera en kraftfull debatt i mitten av 1990-talet av några av vårt lands ledande domare där dessa tycktes ense om att rättighetskatalogen i regeringsformen kunde tolkas så, att densamma gav rättigheter åtminstone i vissa fall. Om det numera finns en sådan allmän princip uttalar sig inte domstolen om vilket har uppfattats som en klok och försiktig attityd. Samtidigt valde HD att klargöra att såväl kränkningar av de absoluta rättigheterna som rådighetsinskränkningar kan grunda ersättningsanspråk om dessa bryter mot regeringsformens rättighetskatalog.

HD hade redan i NJA 2005 s. 462 med stöd av en direkt tillämpning av Europakonventionen dömt ut ersättning för ideell skada och därvid uttalat följande:

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

Man hade kunnat tillägga att det framgår av motiven till skadeståndslagens bestämmelser att lagen är en ramlag och inte avsedd att läggas till grund för motsatsslut, vilket är ett förhållande som ofta har åberopats av HD som en allmän princip när man valt att t.ex. vidga ansvaret för ren förmögenhets-skada, och något hinder att göra detsamma vid ideell skada kan då knappast heller föreligga även om det skall påpekas att den spärregeln ofta framstått

som starkare än kopplingen till kravet på brottslig gärning vid ren förmögenhetsskada.

Vidare *framstår* tanken att lagstiftaren genom den rättighetskatalog som infördes i mitten 1990-talet i regeringsformen – vår viktigaste grundlag – endast skulle ha sett regleringen med såväl absoluta rättigheter (som t.ex. skyddet för medborgarskapet och skyddet mot rådhetsinskränkningar) som ett slags påminnelse till lagstiftare och myndigheter och inte som ett av rättsordningen effektivt upprätthållet skydd inte som smickrande för en stat som får antas sätta medborgarnas rättighetsskydd högt. Inte heller kan allvarliga kostnadsskäl åberopas eftersom det får antas att lagstiftare och myndigheter som huvudregel väljer att följa regeringsformen.

Vad avser den tredje frågan är kalibern på detta spørsmål av annat slag. Här handlar det inte om risker för statskassan att via regler om brottskadersättning eller reglerna om det allmännas ansvar för fel eller försummelse drabbas av stora kostnader utan om ett betydande principproblem som om det hanteras felaktigt kan leda till svåra återverkningar på samhällsviktiga näringar.

Normalt gäller ett betydande samband mellan förevaro av skuld i form av oaktsamhet och ansvar i form av skadeståndsskyldighet. Få är de fall då någon form av immunitet mot sådant ansvar kunde anses föreligga om skadevällaren varit oaktsam. Med stöd av en normskyddsbedömning kan emellertid sådana fall fastställas då skadeståndsskyldighet inte kan utkrävas. När emellertid fråga är om en vårdslös revisor som skadat den som sagt sig investerat på grundval av en ren revisionsberättelse måste frågan om skuld relateras till flera faktorer än ansvar nämligen vad som skall anses vara befogad tillit. Bedömningen av denna fråga har sedan länge i den internationella komparativa rättsvetenskapen gått under beteckningen *floodgateargumentet*. I Sverige hade frågan behandlats i den beredning som hade föregått översynen av aktiebolagslagens skadeståndsbestämmelser men vad där anförts hade viftats bort under behandlingen i Regeringskansliet. Här har vi något så ovanligt som ett fall då man inte synes ha uppfattat den allvarliga problematiken, risken för att stora revisionsbyråer skulle kunna gå i konkurs och branschen rentav ställas utan försäkringsskydd och det trots att man haft en utredning som föreslagit begränsningar i ansvaret. Exemplet motbevisar också påståendet att det ständiga argumentet ”frågan är av sådan komplexitet att den inte är ägnad att lösas genom rättspraxis utan genom lagstiftning” inte fungerade. Lagstiftaren såg inte eller rentav vägrade se problematiken men HD löste frågan med stöd av en elegant adekvans- och normskyddsbedömning.

Mot bakgrund av att denna undersökning närmast är byggd på några stickprov inom skadeståndsrätten där rättsutvecklingen varit stark de senaste åren konstaterar jag att det svenska rättssystemet kan beskrivas som ovanligt lagpositivistiskt även på ett område som skadeståndsrätten. Avsaknaden av ett uttryckligt lagstöd åberopas inte sällan till stöd för tanken att det saknas en lämplig rättsregel. Saknas det i sin tur en sådan rättsregel kan det inte sällan leda till – åtminstone oftare förr än numera – att prejudikatinstansen väljer att ogilla ett anspråk med åberopande av att frågan fordrar mer ingående överväganden än vad som är lämpligt genom praxis. Lika vanligt är emellertid att lagstiftaren efter att övervägt hur långt man skall uttala sig i lagmotiven om en viss fråga lika gärna uttalar att frågan av det skälet överlämnas till domstolarna att lösas genom rättspraxis.

Har då denna utveckling givit intryck av att prejudikatinstansen börjat agera lagstiftare på sätt antytts i debatten? Det finns enligt mitt förmenande inget som helst stöd för en sådan tanke. Jag menar dessutom, att så länge en domstol kan utgå från *föreväro av en princip* som befinns vara tillräckligt etablerad och som kan användas som utgångspunkt för att besvara en ny eller i vart fall i den aktuella rättsordningen ännu inte besvarad knäckfråga så kan knappast utvecklandet av denna princip i mer konkreta ordalag vara att anse som en normbildning som driver rättstillämpningen för långt.

Jag vill här gärna välja det synsätt som en av vår tid främsta rättsfilosofer – *Ronald Dworkin* – valde. Till skillnad från de flesta företrädare för hans fack så är Dworkin ofta konkret och utgår dessutom ofta från konkreta avgöranden från vilka han härleder sina resonemang. Således ägnar Dworkin prejudikatbildningens särart en ingående analys i sin bok *Law's empire* och då utifrån det ledande rättsfallet kring just House of Lords vidgning av anhörigersättning – the *McLoughlin case*⁴⁰ – men det var redan i sitt mest berömda arbete *Taking Rights Seriously* som Dworkin lade grunden för sin syn på prejudikatinstansernas normbildningsprerogativ.

Dworkin konstaterar att

”judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislators, are misleading. It misses the importance of a fundamental distinction within political theory, which I shall now introduce in a crude form. This is

⁴⁰ Se a.a. s. 23 ff. För Dworkin bli detta fall – *McLoughlin v O'Brian* [1983] 1 AC 410 – ett lackmustest för Dworkins berömda ”*Hercules the judge-principle*” som ofta missförstått som ett uttryck för att Dworkin skulle vara naturrättare. Inget kan vara mer felaktigt.

the distinction between arguments of principle on the one hand and arguments of policy on the other hand.”

Dworkin väljer därefter att applicera detta synsätt på ett klassiskt fall av tredjemansansvar inom den kommersiella skadeståndsrätten – *Spartan Steel case*⁴¹ – som också handlar om hur man skall fastställa kretsen skadelidande i en viss skadesituation som har visst gemensamt med – om än annorlunda – BDO-fallet, nämligen det ovan berörda floodgateargumentet.

Dworkin konstaterar att frågan om den skadelidande hade en rätt till ersättning för den ekonomiska skada som tillfogats denne genom att en elkabel huggits av och förorsakat förlust genom elavbrottet som drabbade denne.⁴² Domstolen kunde då – anför Dworkin – ha valt att först ta ställning till någon av följande två frågor: hade the plaintiff ”*a right to recovery, which is a matter of principle, or whether it economically wise to distribute liability for accidents in the way the plaintiff suggested, which is a matter of policy.*”

Domaren skulle förvandlas till en ”deputy legislator” om denne hängav sig åt rena policybedömningar och Dworkin menar att s.k. *hard cases* liksom andra ”*judicial decisions in civil cases*” fordrade en rättslig analys som utgick från att de ”*should be generated by principle not policy*”. Går vi då till det första av de två fallen som rörde regeringsformens rättighetskatalog – NJA 2014 s. 323 – uttryckte en skiljaktig ledamot en intressant fråga då hon anförde följande:

”Det finns inte heller i svensk rätt någon allmän skadeståndsrättslig princip eller någon folkrättslig förpliktelse som utgör stöd för ett utvidgat rättighetsansvar. Det bör enligt min mening ankomma på lagstiftaren att vidta erforderliga åtgärder för att överbrygga den svårförklarliga diskrepans som nu föreligger, och i det sammanhanget ta ställning till de frågor av principiell natur som uppkommer.”

Det är ett argument som Dworkin uppenbarligen skulle ha uppskattat nämligen att domaren tycker sig inte här se någon allmän princip utifrån vilken hon kan generera ett svar på ansvarsfrågan. Det har därvid ingen betydelse att – som berörts ovan – frågan om regeringsformens skydd för medborgarskapet innefattade en tämligen enkel lagtolkning och där förvaltningsdom-

⁴¹ *Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd* [1973] 1 QB 27.

⁴² En komparativt intressant iakttagelse är att HD i NJA 1988 s. 62 kom fram till samma resultat som den engelska domstolen men med en helt annan argumentationsmetod. Det var inte i rena rättspolitiska värderingar utan genom att begreppsanalys av terminologin i den svenska skadeståndsrätten som resultatet där nåddes.

stolarna ända fram till bedömningen i Regeringsrätten helt enkelt förbisåg RF 2:7 vilket gör att jag för min del anser att om man i HD känt tvekan om förevarande av en konkret culpanorm hade kunnat falla tillbaka på 3 kap. 2 § SKL och den uttolkning man gjort av begreppet fel och försummelse vid myndighetsutövning när det gäller domstolarnas bedömning. Att bortse från föreskriften i RF 2:7 är ett allvarligt misstag som begicks av skattemyndigheten vilket enligt såväl äldre praxis som det senaste avgörandet NJA 2013 s. 842 borde grunda skadestånd. Att såväl förvaltningsrätten som kammarrätten bortsåg från RF 2:7 gör inte misstaget mindre allvarligt.

Slutligen en koppling mellan dessa frågor och tillkomsten av JT. En viktig faktor bakom JT:s tidiga framgång var nog beslutet att föra in färiska rättsfallsanalyser. Även här hyste en äldre generations höga domare ofta skolade i den här berörda lagpositivistiska andan betydande oro. Det kom tidigt till uttryck i JT där jag lät publicera en vid den tiden mycket uppmärksam debattartikel av JustR Johan Lind.⁴³ I samband med en sådan rättsfallsanalys hade jag valt att själv förklara premisserna varför rättsvetenskapen hade en plikt att även kritisera de auktoritativa rättskällorna, nämligen att ”försöka fastlägga det principiellt och teoretiskt hållbara i de juridiska organens argumentation.” Jag hade i ett visst fall kritiserat HD för att man borde ha tillämpat den skadeståndsrättsliga tillitsprincipen – som domstolen då redan hade accepterat i NJA 1987 s. 692 – men försummat det i ett fall som rörde vilseledande i en kontraktuell trepartsrelation. Något förvånande föranledde detta att Lind ställer frågan vad sådan kritik tjänar för syfte eftersom avgörandet skall efterlevas och att kritiken kan närmast vilseleda advokater och andra. Linds ståndpunkt fick inte stå oemotsagd och föranledde starkt kritiska synpunkter från t.ex. Suzanne Wennberg.⁴⁴

Jag vidhöll för min del behovet av den skadeståndsrättsliga tillitsprincipen och hoppades på att HD ånyo skulle återkomma till densamma trots Linds ståndpunkt. Den ovan citerade BDO-domen – NJA 2014 s. 272 – bygger helt på skadeståndsrättsliga tillitsgrundsatser när man analyserar revisorns ansvar mot tredje man och bryter mot aktiebolagslagens förarbeten som inte

⁴³ Se Rättsfallsanalyser – recension eller analys, JT 1995–96 s. 232 ff. Artikelns ledde sedermera fram till beslutet att låta Lind även hålla den påföljande JT-föreläsningen som i sin tur publicerades i JT, Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, JT 1996–97 s. 352. Här går Lind till storms mot rättsvetenskapens nymodighet att kritisera färiska HD-avgöranden vilket Lind finner onödigt med hänsyn till domstolens självklara auktoritet och rättsvetenskapens lika självklara brist på motsvarande egenskap.

⁴⁴ Se Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser, JT 1995–96 s. 983 ff.

bara hade en påtagligt orealistisk syn på detta ansvar utan dessutom uttryckte det på ett sätt som visade att man alls inte velat ta till sig t.ex. komparativ-rättsliga erfarenheter. Att driva tillitsprincipen på skadeståndsrättens område visade sig inte vara ett lönlöst projekt ägnat att vilseleda de auktoritetstörstörande praktikerna utan tvärtom ett sätt att visa rättsvetenskapens självständighet även när den sätts under tryck. Ibland vinner kraften i argumenten över misstag i rättsbildningen och för praktikerna kan nog insikten om att varken lagmotivens auktoritet eller enskilda domares krav på lydnad kan komma att få sista ordet.

På samma sätt som prejudikatinstansens normtillämpning innefattar inslag av reell normbildning varigenom rättsläget förändras och då oftast stegvis, innefattar även rättsvetenskapen normbildning, då inte genom auktoritativa besked till menigheten, utan genom analysens inneboende kraft. Den kan påverka såväl lagstiftare som prejudikatinstansen. Avsaknaden av auktoritet gör rättsvetenskapens möjligheter att kritisera de auktoritativa rättskällorna till en positiv faktor i en dynamisk rättsutveckling. Medan rättsvetenskapens misstag kan få negativa effekter som t.ex. synen på bolagorgans skadeståndsansvar sådan den under 75 år speglat sig genom slentrianmässigt framförda åsikter i lagmotiv kan en självständig prejudikatinstans ompröva sådant och det måste då vara en fördel om en självständig rättsvetenskap förmår övertyga även praktikerna att rättsläget kan förändras inte bara genom ny lagstiftning utan också genom prejudikatinstansernas normprövning.

Rättsdogmatiken lider ofta av vetenskapsteoretiska mindervärdeskomplex men i interaktionen mellan en skarpsinnig prejudikatinstans och en lyhörd lagstiftare fungerar ofta en kritisk rättsvetenskap som bäst. Vad slarvigt skrivna lagförarbeten och hastigt hopkomna domskäl åstadkommit genom sin auktoritet kan omprövas tack vare rättsvetenskapens avsaknad av *yttre* auktoritet. Den kloke praktikern vet detta och handlar därefter.

Oron för att prejudikatinstansen tagit sig för att bli en normskapare i konkurrens med lagstiftaren och därmed skapat en situation där man på grund av rättstillämpningens demokratiska underskott skulle äventyra lagstiftarens normbildningsprivilegium är enligt min uppfattning utan grund. Den ökade aktivism som vi kunnat iaktta på flera rättsområden under de senaste åren och som medfört sådana påståenden är snarare ett uttryck för en klassisk ämbetsmannakårs föreställning att den politiska makten förutsätter en lagpositivism i domarkåren. Det skall villigt erkännas att denna undersökning visar att vissa domare närmast reflexmässigt tillgriper vad jag här beteck-

nat som "lagstiftarargumentet" men då närmast som ett skenargument för att slippa ta ställning till vissa frågor som är ägnade att skapa besvikelse hos allmänheten. Ur en komparativ synvinkel har den svenska prejudikatinstansen tidigare ofta varit påfallande passiv och undfallande och låtit avsaknaden av en lagregel utgöra grund för slutsatsen att det skulle saknas en rättsregel.

Här har förändringar skett men det är snarare en anpassning till vad som idag fordras av en prejudikatinstans inom den europeiska gemenskapen. Det rör sig då inte om att svensk rätt plötsligt skulle, likt förhållandena i common law, låta domaren bli dess primära vakthållare, utan mer om *en normalisering* där den passiviserande lagpositivismen inte längre framstår som lika dominerande som nyss synes ha varit fallet. Måhända oroar denna tendens vissa klassiska ämbetsmannadomare, men det är ett föråldrat synsätt i en tid då lagstiftaren mera sällan mäktar med att reglera komplexa rättsfrågor.

Att t.ex. frågan om det obegränsade revisorsansvaret var ett samhällsproblem som hade utretts på lagstiftarens uppdrag, medförde blott att en SOU (2008:79) lades till vila på en hylla i Justitiedepartementet. De akuta ansvarsproblemen har nu delvis lösts med BDO-domen 2014 och det på ett materiellt bättre sätt än vad utredningen föreslog. Det kan på goda grunder antas att flera liknande problem i själva verket kan lösas bättre av en aktiv prejudikatinstans istället för av en av andra arbetsuppgifter upptagen lagstiftare. Även här skiljer sig i så fall förhållandena i Sverige inte från andra länder där prejudikatinstansen normalt anförtros sådana uppgifter utan att ämbetsmän synes oroa sig för eventuellt demokratiskt underskott.

