

# Hundra år av gemenskap\*

*Svensk Juristtidning och civilrättens ansvarsläror*

MÅRTEN SCHULTZ\*\*

*I detta sista häfte av Svensk Juristtidning för jubileumsåret 2016 tar författaren en uppsats från tidningens första publikationsår – 1916 – som avstamp för reflektioner kring den civilrättsliga synen på ansvar och social interaktion, bl.a. som den kommit att behandlas i just Svensk Juristtidning.*

## 1. Vad är vi skyldiga varandra?

Vad är vi skyldiga varandra?<sup>1</sup> Vilken hänsyn måste vi visa andra redan av den anledningen att vi delar värld? Vad har vi rätt att kräva av våra medmänniskor? Kring dessa frågor kretsar civilrättens ansvarsläror.

Civilrätten innehåller enbart ett av juridikens ansvarssystem.<sup>2</sup> Straffrätten sätter de yttersta gränserna för vad som kan tolereras och när toleransens gräns överträds träder staten in med straff. I straffrätten är utgångspunkten för systemet ojämlikheten. Det är den statliga överhögheten över medborgarna som präglar ansvarsutkrävandet vilket yttrar sig i alltifrån fundamentala rättssäkerhetsprinciper till processens form.

Civilrättens ansvarssystem försöker utgå från ett tänkt jämviktsläge där intresset av att kunna interagera med andra, med de risker för skada som det

\* Texten har ursprungligen publicerats i Svensk Juristtidning, SvJT 2016 s. 905.

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

<sup>1</sup> Denna inledande mening är lånad från T.M. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge Mass. 1999.

<sup>2</sup> Det kan i och för sig hävdas att civilrätten innehåller flera olika ansvarssystem. I detta sammanhang kommer jag enbart att förhålla mig till den allmänna skadeståndsrättens ansvarsfrågor och inte beröra speciell skadeståndsrätt eller sådana ansvarsfrågor som kan aktualiseras i t.ex. obehörig vinsträtten.

kan medföra, balanseras mot intressen som säkerhet, trygghet och integritet.<sup>3</sup> Medan straffrätten reglerar människors förpliktelser gentemot staten, reglerar civilrätten våra förpliktelser gentemot varandra.

I ett antal artiklar under Svensk Juristtidnings hundraårsjubileum 2016 har några av redaktionsmedlemmarna tagit upp ämnen som behandlats i tidningens publikationer genom åren. Syftet är att ge läsvärda texter i arkivet en chans att hitta fram till nya läsare och att sätta dessa texter i ett nytt sammanhang. I denna artikel tar jag en uppsats från Juristtidningens första publikationsår som avstamp för reflektioner kring den civilrättsliga synen på ansvar och social interaktion, framför allt (men inte enbart) som den kommit att behandlas i just denna publikation. Annorlunda uttryckt: Syftet är att ge en kort inblick i diskussionen om normerna för reglering av ”gemenskap”.

## 2. Två former av ansvar: 1916 och 2016

För hundra år sedan skriver Thore Engströmer i den första årgången av Svensk Juristtidning om ett lagförslag rörande ”skada i följd av automobiltrafik”, trafikansvaret.<sup>4</sup> Det är en artikel som till stora delar kunde ha varit skriven idag. Det beror inte på att skadeståndsrätten inte har utvecklats. Det har den. Det beror inte heller på att rättsvetenskapen inte förmått att tänka nya tankar. Det har den. (Delvis i alla fall.) Men Engströmers uppsats berör vissa ständigt närvarande avvägningar i civilrättens ansvarstänkande, om än vi i modern rätt understundom saknar Engströmers historiska överblick:

Inom läran om ersättningsskyldighet för skada i utomobligatoriska förhållanden, d.v.s. när skadan icke grundar sig på underlåtenhet att behörigen fullgöra åtagen förpliktelse eller eljest ägt rum i ett obligatoriskt förhållande, brukar man, som bekant, skilja mellan två principiellt olika utgångspunkter, den romerskrättsliga grundsatsen och den germanska rättens princip. Enligt den förra föreligger skadeersättningsskyldighet endast om vårdslöshet ligger den till last, som tillfogat skadan, culpaprincipen. Enligt den senare är redan den, som genom sin person eller genom honom tillhörig egendom orsakat skadan, skyldig ersätta densamma, causaprincipen.

<sup>3</sup> Denna beskrivning kan passas in i olika teoretiska ramar, men formuleringarna tar sin näring ur den tradition som förklarar skadeståndsrätten utifrån vissa filosofiska teorier om mellanmänsklig interaktion.

<sup>4</sup> Thore Engströmer, Ny lagstiftning om ansvarighet för automobilskada, SvJT 1916 s. 189.

Eller, som vi skulle ha sagt idag, det finns två ansvarsrättsliga huvudspår i skadeståndsrätten: culpaparegeln och rent strikt ansvar.<sup>5</sup> Den första ansvarsformen utgår från att vi har ansvar för skador vi tillfogar en annan enbart om vårt agerande varit oaktsamt, vårdslöst eller försumligt.<sup>6</sup> Det huvudsakliga alternativet utgår från att vi har ansvar för skador som vi orsakar vare sig det sker genom vårdslöshet eller ett klanderfritt beteende. Engströmer fortsätter:

Det är bekant, huru den romerskrättsliga grundsatsen gått segrande fram i modern skadeståndsrätt. Även enligt svensk rätt gäller huvudregeln om vållande som förutsättning för ersättningskyldighet. Men den germanska rättens grundsats har icke spårlöst försvunnit. Utom undantag från huvudregeln, vilka följt med reception av romersk rätt, leva också germanska regler här och där kvar. Som en den germanska principens renässans betraktas emellertid den utveckling, vari modern lagstiftning sedan ganska långt tillbaka befinner sig inför de problem på detta område, som vår tids industri och kommunikationer ställa för lagstiftaren.

Efter denna inledande betraktelse över de två positionerna går Engströmer via bl.a. vissa preventionsargument, som en rättsekonom långt senare hade kunnat ställa sig bakom utan att behöva skämmas, in på det då nya förslaget om trafikansvar. Men låt oss stanna ett ögonblick vid konstaterandet om culpaparegelns seger.

<sup>5</sup> "Huvudspår" betyder inte att de två kategorierna ska ses som en dikotomi. Mellanformer förekommer. En strikt syn på culpabedömningen kan i praktiken vara nog så strikt som ett strikt ansvar. Se för en problematisering Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, s. 152 ff.

<sup>6</sup> Jag använder dessa uttryck som i sammanhanget synonyma, samtliga uttryck för culpaparegeln. I lagstiftning används olika uttryck. I skadeståndslagen (1972:207) används de båda sista uttrycken (se t.ex. 2 kap. 1 § – vårdslöshet – och 3 kap. 1 § – försummelse). Oaktsamhetsuttrycket förekommer kanske mest frekvent i straffrättsliga sammanhang där uppsåt inte krävs för ansvar, men även i skadeståndsrättslig lagstiftning (se t.ex. aktiebodelslagen 29 kap. 1 §). I åtskilliga sammanhang används även uttrycket vållande, som emellertid kan innebära olika saker: Det kan uttrycka culpa (se t.ex. HD:s språkbruk i NJA 1988 s. 62), kausalitet (som i 2 kap. 1 § SkL) eller både ock ("För att någon skall anses ha vållat en effekt, skall han ha orsakat effekten genom oaktsamhet (eller uppsåtligt, när vållandebegreppet fattas mera vidsträckt)", Ivar Strahl, *Vållande*, SvJT 1960 s. 180). Se angående terminologin Gillis Erenius, *Oaktsamhet*, Stockholm 1971, s. 25 ff. och för några senare reflektioner kring detta Magnus Melin, *Om vållande, vårdslöshet och försummelse – och lite om JT Forum*, JT Forum 2010-11-26, tillgänglig på <http://www.jt.se/forum/post.asp?id=14>.

### 3. Culparegelns inträde i svensk rätt

Culparegelns historiska inträde i svensk rätt har varit föremål för diskussion.<sup>7</sup> Diskussionen har till synes delvis uppkommit ur skilda uppfattningar om vad det ska anses innebära att culparegeln ”inträder” i svensk rätt. Som allmän ansvarsprincip blev den lagfäst först genom skadeståndslagen, där den å andra sidan kom att genomsyra lagstiftningen i sin helhet.<sup>8</sup> Men det är samtidigt klart att culparegeln haft betydelse som allmän rättsprincip långt innan skadeståndslagen infördes.<sup>9</sup> Genom Jägerskiölds rättshistoriska undersökningar – som måste räknas till de mest underskattade verken i den rättsvetenskapliga skadeståndsrättens svenska historia – vet vi att Svea hovrätt redan på 1600-talet inte bara resonerade i culpatermer utan dessutom utgick från en finkornig begreppsbyggnad.<sup>10</sup> Man talade sålunda om ”culpa lata”, ”culpa levis” och ”culpa levissima”, understundom kompletterade med ”distinktioner som culpa latissima eller latior”.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Studenter i skadeståndsrätt möter oftast enbart Jan Hellners beskrivning av den historiska utvecklingen, som fått stå kvar mer eller mindre oförändrad i den sällsynt dominerande läroboken Skadeståndsrätt även efter att Marcus Radetzki tagit över dess utgivning, Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 28 ff. Tidigare upplagor av Malmströms Civilrätt innehöll vissa historiska iakttagelser kring culparegelns historia, vilka tagits bort i senare upplagor (se vidare Malmströms Civilrätt, reviderad av Christina Ramberg, 23 uppl., Stockholm 2014, kap. 14). Malmströms introduktionsbok har idag konkurrens av Konrad Lundberg m.fl., Juridik, 2 uppl., Stockholm 2013, vars skadeståndsavsnitt (kap. 22, författat av Marcus Radetzki) saknar historiska utblickar.

<sup>8</sup> Culparegeln kommer således till uttryck inte bara i den ”stora” regeln om person- och sakskada i 2 kap. 1 § utan även genom hänvisningar i reglerna om barns och psykiskt sjukas ansvar (2 kap. 4–5 §§), principalansvaret, som bygger på arbetstagares culpa (3 kap. 1 §) och det allmännas ansvar (3 kap. 2–3 §§). Även arbetstagares ansvar vilar på culpanormen, om än ansvaret i praktiken är inskränkt genom att utöver culpa krävs ”synnerliga skäl” (4 kap. 1 §). Culpanormens hegemoni visar sig slutligen i att även den skadelidandes eget medverkande till skadan regleras enligt denna norm (6 kap. 1 §).

<sup>9</sup> Den lagstiftning som närmast föregick skadeståndslagen var 1864 års Strafflag, vars sjätte kapitel innehöll skadeståndsregler med brott som utgångspunkt. Strafflagens skadeståndsregler användes även efter att lagen efterträtts av Brottsbalken, fram till skadeståndslagens införande 1973.

<sup>10</sup> Stig Jägerskiöld, Om culpa-ansvaret under 1600- och 1700-talen, i Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg, Stockholm 1977, s. 145 ff. Det kan härvid noteras att Jägerskiöld är särskilt kritisk mot Jan Hellners redogörelse.

<sup>11</sup> Stig Jägerskiöld, Om culpa-ansvaret under 1600- och 1700-talen, i Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg, Stockholm 1977, s. 158. Nils Alexanderson har å sin sida framhållit att ”culpa levissima” var ett uttryck som förr användes för att beteckna handlingar som i och för sig var oaktsamma, men som var så lindrigt oaktsamma de enbart i undantagsfall borde föranleda skadeståndsansvar, men samtidigt framhållit att denna tolkning enligt ”nyare pandektvetenskap” (en disciplin som sällan blir föremål för

När Engströmer skriver om culparegelns seger har den alltså använts i flera sekel i svenska domstolar, även om det skulle ta ytterligare närmare 60 år innan den kom att ingå i en mer omfattande skadeståndsrättslig kodifikation.<sup>12</sup> Samtidigt var det emellertid förhastat att tala om det strikta ansvars nederlag.

#### 4. Strikt ansvar och rent strikt ansvar

Ansvarsformer som är strängare än culpaansvaret har givits olika etiketter. Tidigare användes emellanåt uttrycket objektivt ansvar, eller rent objektivt ansvar.<sup>13</sup> Idag används oftast uttrycket strikt ansvar, eller rent strikt ansvar.<sup>14</sup>

Det har i modern svensk rätt i och för sig funnits en skepsis mot rent strikt ansvar utan stöd i lag, vilket kan sägas återspegla ett avvisande av idén om att rent strikt ansvar kan utgöra en allmän ansvarsgrundslära.<sup>15</sup> Å andra

behandling på dessa sidor i vår tid) visade sig vara en missuppfattning, se Nils Alexandersson, Recension av Hjalmar Karlgren: Skadeståndsläran, SvJT 1944 s. 535. Begreppet culpa levissima var för övrigt ett av trätoämnena i debatten mellan Vilhelm Lundstedt och C.G. Björling som jag strax nedan återkommer till.

<sup>12</sup> Det går naturligtvis att invända mot karakteristiken av skadeståndslagen som en omfattande kodifikation – lejonparten av skadeståndsrättens grundbultar hamnade utanför lagstiftningen. Det finns med undantag för definitionen av ren förmögenhetsskada inga skadedefinitioner i lagen och de fundamentala rekvisiten för ansvar nämns i vissa delar över huvud taget inte. Det saknas således helt vägledning i lagtexten för hur man ska betrakta orsaks- och adekvanskraven och åtskilliga allmängiltiga principer (som skadebegränsningsplikten och *compensatio lucri cum damno*) hamnade också utanför lagstiftningen.

<sup>13</sup> Under senare år är det främst i trafikskadesammanhang uttrycket förekommit, se t.ex. Ds 2006:12, Trafikförsäkringsfrågor m.m., s. 52 och, för ett exempel från praxis, NJA 1985 s. 309 (om trafikskadelagens jämkningsregel i fall av sammanstötning mellan bil och cyklist).

<sup>14</sup> Terminologin kan vara förvirrande. En vanligt förekommande fråga bland studenter är om det finns någon skillnad mellan strikt ansvar och rent strikt ansvar. Ett svar kan utgå från Jan Hellners definition att rent strikt ansvar är ansvar oberoende av *någons* vållande, Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 162. Det särskiljer rent strikt ansvar från framför allt principalansvaret som fordrar vållande, men som i en mening också kan betraktas som ett strikt ansvar (men inte *rent* strikt) eftersom arbetsgivaren ansvarar utan egen förskyllan.

<sup>15</sup> Det finns dock åtskilliga exempel på att rent strikt ansvar införts genom Högsta domstolens rättsbildande verksamhet. Militära aktiviteter har således ansetts omfattade av ett rent strikt ansvar i ett antal avgöranden från 1900-talets första hälft, se NJA 1928 s. 316, NJA 1946 s. 734 I och II samt NJA 1946 s. 758 I och II. Se om utvecklingen t.ex. Kurt Grönfors, Om trafikskadeansvar utanför kontraktsförhållanden, Stockholm 1952, s. 290 f. och s. 301. I NJA 1983 s. 836 prövades relationen mellan det lagstadgade luftfartsansvaret

sidan har genom lagstiftning åtskilliga aktiviteter (och annat än aktiviteter) kommit att omfattas av ett rent strikt ansvar. Ansvarsformen verkar med andra ord inte vara på väg att kapitulera. Snarare har den varit i ständig tillväxt under de hundra år som förflutit sedan Engströmer skrev.<sup>16</sup>

Culparegeln må ha vunnit segrar både innan och efter 1916 men den ansvarsrättsliga dragkampen är ännu inte över. ”Knappast syntes emellertid skuldanken rotfästad i svensk skadeståndsrätt, förrän krafter voro i rörelse, som framdrogo en minskning av dess betydelse”, som Ivar Strahl konstaterade på dessa sidor 1947.<sup>17</sup>

## 5. Några nedslag i ansvarsgrundsdebatten i Svensk Juristtidning

Skadeståndsrättens ansvarsgrunder och särskilt culparegeln har varit ett återkommande tema i Svensk Juristtidning.<sup>18</sup> Inte långt efter Engströmers första ansvarsrättsliga inspel upplät Juristtidningen, liksom andra fora för juridisk diskussion under denna tid, plats åt Vilhelm Lundstedts krigföring mot vad han såg som irrationell rättslig argumentation. Bland den irrationella argumentationen fanns culpabegreppet, liksom en mängd andra föreställningar

och det strikta ansvaret som utvecklats genom de nyss nämnda prejudikaten. I ett antal senare fall har HD vidare funnit att skador orsakade genom utsläpp från vissa former av vatten- och avloppssystem omfattas av ett rent strikt ansvar, NJA 1991 s. 720, NJA 1997 s. 468 och NJA 2001 s. 368. Jmf. å andra sidan NJA 1997 s. 684 (ej strikt ansvar för dammägare efter översvämningsskador som uppkommit till följd av kraftig nederbörd). Se vidare Håkan Andersson, *Strikt ansvar – olika problemformuleringar och argumentationssätt*, i *Festskrift till Peter Lødrup*, Oslo 2002, s. 49 ff.

<sup>16</sup> Hellners och Radetzki lärobok ger en god överblick över de olika lagstiftningarna, Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl., Stockholm 2014, kap. 10. Se även Filip Bladini, *Trafikskador och arbetsskador – ett reformförslag utifrån läran om ekonomisk prevention*, SvJT 1994 s. 633 ff., för perspektiv på utvecklingen.

<sup>17</sup> Ivar Strahl, *Några kritiska anmärkningar om den svenska skadeståndsrätten*, SvJT 1947 s. 82.

<sup>18</sup> Culpaansvaret, som står i centrum för förevarande betraktelse, har betydelse även i straffrätten. Om det tidigare fanns fog att beklaga sig över att straffrätten inte ägnat culpafrågan lika mycket intresse som skadeståndsrätten (se Per-Edwin Wallén, recension av Gillis Erenius *Oaktsamhet. Studier i straffrätt*, SvJT 1974 s. 697) så kan det konstateras att det i modern tid publicerats två avhandlingar på oaktsamhetstemat i straffrätten: Gillis Erenius, *Oaktsamhet*, Stockholm 1971 och Andreas Anderberg, *Straffbar oaktsamhet*, Uppsala 2015. I SvJT har ämnet tagits upp ur ett straffvärdesperspektiv av Nils Jareborg, *Uppsåt och klander*, SvJT 1988 s. 722 och rörande frivilligt risktagande, Johan Boucht, *Om straffrättslig oaktsamhetsbedömning vid frivillig verksamhet med förhöjd risk*, SvJT 2013 s. 985.

i skadeståndsrättens (och civilrättens) begreppsvärld.<sup>19</sup> Diskussionen rörde såväl culpabegreppets innebörd och betydelse som relation till det strikta ansvaret.

I retrospektiv framstår den dock som föga givande. Lundstedts debattteknik förbådade det samtalsklimat som 100 år senare kommit att råda i sociala medier, där debattörer aggressivt och humorlöst förfäktar teser immuna mot ifrågasättande samtidigt som motståndares argument tolkas illvilligt för att därefter blir föremål för nedgörande kritik eller direkt löje. Men Juristtidningen har bjudit på många mer konstruktiva bidrag.

Frågan om culparegelns funktioner – upprättelse/reparation eller prevention/förebyggelse – utgör avstamp för Henry Ussings uppsats om ersättningsrättens utveckling från 1937.<sup>20</sup> Denna fråga överlappar ofta frågan om själva *skadeståndets* funktioner.<sup>21</sup> Och Jan Hellners inlägg om culpabegreppet från 1953 innehåller åtskilliga aspekter som återfinns även i dagens diskussioner.<sup>22</sup> Hellners uppsats följdes av olika inspel med tankegångar som vi känner igen från skadeståndslagsarbetet, inte sällan skrivna av författare som själva varit inblandade i lagstiftningsarbetet.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Ur SvJT kan nämnas Vilhelm Lundstedt, Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig?, SvJT 1921 s. 325 (som sitt namn till trots ägnas primärt åt allmänna culpafrågor), vilken bemöttes, om än utifrån mer praktiska perspektiv, av C. G. Björling i Har gängse tolkning av 24 § köplagen visats vara oriktig?, SvJT 1923 s. 281 ff. och Gustaf Carlsson, Olyckshändelse och omöjlighet i 24 § köplagen, SvJT 1922 s. 361. Se vidare Vilhelm Lundstedt, Fiktions eller fakta i juridiken, SvJT 1924 s. 241 och C.G. Björling, Rättsvetenskaplig forskning – eller enbart sanningsförkunnelse, SvJT 1924 s. 425. Utanför SvJT diskuterar Lundstedt culpabegreppet bl.a. i sin serie av Grundlinjer, särskilt i den första delen, Vilhelm Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten 1: Culparegeln, Uppsala 1935.

<sup>20</sup> Henry Ussing, Erstatningsrettens udvikling i nutiden, særlig om spørgsmaalet om ansvaret bør inskrænkes, SvJT 1937 s. 115 ff.

<sup>21</sup> Se härom Håkan Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s. 47 ff.

<sup>22</sup> Jan Hellner, Culpabegreppet inom skadeståndsrätten, SvJT 1953 s. 609 ff.

<sup>23</sup> Se t.ex. Jan Hellner, Skadeståndsrättens reformering, SvJT 1967 s. 673 ff., Erland Conradi, Skadeståndsrätten och verkligheten, SvJT 1969 s. 316, Bertil Bengtsson, Nyheter i skadeståndslagstiftningen, SvJT 1976 s. 593, densamme, Om skadestånd för lidande vid myndighetsutövning, SvJT 1977 s. 141. Strahls SOU från 1950 brukar allmänt betraktas som startpunkten för denna diskussion, Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område av Ivar Strahl (SOU 1950: 16)

## 6. Ansvarsgrundsdiskussionen idag

Idag utgör skadeståndslagen och de ansvarsförutsättningar och allmänna principer som ryms inom dess struktur ramen för den allmänna skadeståndsrätten. Genom skadeståndslagen kodifierades culparegeln inte bara genom det som ofta kallas för just culparegeln, 2 kap. 1 §.<sup>24</sup> Den har därtill kommit till mer eller mindre tydligt uttryck som den grundläggande ansvarsnormen för ett flertal speciella situationer, som vid principalansvaret och det allmännas ansvar, 3 kap. 1 § resp. 2–3 §§.

### 6.1 Om culpabedömningar

Skadeståndslagen innehåller emellertid inte någon vägledning rörande hur culpabedömningen ska göras. Det kan därför finnas anledning att flytta blicken från ansvarsformerna och begreppen till hur dessa används i tillämplad juridik.

Traditionellt har prövningen utgått från en jämförelse mellan hur den påstådda skadevällaren agerat och hur en idealperson skulle ha agerat. Det klassiska uttrycket för denna jämförelseprocess är tankefiguren *bonus pater familias*, den gode familjefadern.<sup>25</sup> *Bonus pater*-modellen får numer betraktas som i det närmaste tillintetgjord.<sup>26</sup> Istället har två olika förhållningssätt till culpaprövningen framträtt: den kan vara rättskällennormerad eller fri.

<sup>24</sup> Sälunda beskrivs regeln i 2 kap. 1 § som culparegeln i bestämd form av Bertil Bengtsson, i Bertil Bengtsson m.fl., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 2 uppl., Stockholm 2013, 1.3.

<sup>25</sup> Se Hjalmar Karlgren, *Den allmänna skadeståndsläran*, SvJT 1938 s. 369 och Jan Hellner, *Culpabegreppet inom skadeståndsrätten*, SvJT 1953 s. 614 ff.

<sup>26</sup> Det finns åtskilliga argument för att inte använda sig av *bonus pater*-formeln i oakt-samhetssammanhang. Till att börja med ger den inte någon hjälp med praktiska problem. Värre är att den riskerar att förvirra snarare än att hjälpa bedömare i de fall där den påstådda skadevällaren inte är en man med barn: Vilken vägledning ger jämförelsen med en familjefar vid bedömningen av om en dansös varit oakt-sam? (Jmf. Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 123.) Eller ett barn? (Se Ivar Strahl, *Om barns skadeståndsskyldighet*, SvJT 1971 s. 30.) I senare årgångar av SvJT har *bonus pater familias*-figuren mest dragits fram som en symbol för ett föräldrat, patriarkalt (jmf. Ole Lando, *Om han, hon eller den*, SvJT 2014 s. 676, n. 6) eller närmast fänigt resonemang (en "seriefigur", enligt Mikael Mellqvist, *Myter och dygder inom juridiken*, SvJT 2004 s. 827, n. 36; "en viktig argumentationsmodell för femtio år sedan, men är nu mest ett talesätt, ömt vårdat i studenthumorn", Robert Pålsson, *Om värderingsans roll i rättstillämpningen*, SvJT 2006 s. 267.) Eller med Håkan Anderssons ord, ett "fantasifoster", Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, s. 64 f. (med mycket sorgfälliga referenser i n. 109 och 110).

## 6.2 Rättskällennormerad och fri culpabedömning

I vissa sammanhang görs bedömningen utifrån fastställda handlingsnormer. Dessa normer kan följa av författning eller av andra normkällor. Det är inte bara rättskällor i egentlig mening som kan beaktas. Understundom kan t.ex. branschnormer som byggnormer eller God advokatsed utgöra avstamp för bedömningen, liksom sedvänja.

För det fall det inte finns några vägledande normer av sådan stadga att de kan läggas till grund för culpabedömningen, eller om det trots förekomsten av sådana normer det inte anses lämpligt att använda dessa, så faller man tillbaka på den s.k. *fria culpabedömningen*. Den fria culpabedömningen utgår från en öppen avvägning mellan olika intressen på både skadevållar- och skadelidarsidan. Den får idag beskrivas som ett av den svenska skadeståndsrättens mest framträdande kännetecken. Det tycks dessutom som den fria bedömningsmodellen vinner mark på bekostnad av normstyrda bedömningar.

I NJA 2011 s. 454 förelåg ett kontraktuellt förhållande, ett lägenhetshyresavtal, mellan parterna. I ett till hyresavtalet kopplat dokument med ordningsregler framgick bland annat att hyresgästerna var skyldig att stänga av vattentillförseln till installerade diskmaskiner. Hyresgästen hade underlåtit detta. En slang gick sönder och vattenskada uppkom. HD fann att trots att det fanns en uttrycklig handlingsförpliktelse knutet till hyresavtalet som inte hade uppfyllts skulle en fri culpabedömning göras. I denna bedömning fann HD att hyrestagaren varit vårdslös.

Rättsfallet är en illustration på den fria culpabedömningens betydelse. Trots att det var fråga om en kontraktuell relation inom ett specialreglerat obligationsrättsligt system, där det dessutom fanns en kontraktuell förpliktelse som inte hade iakttagits, föll HD tillbaka på en fri bedömning. Fallet illustrerar därvid även den utomobligatoriska skadeståndsrättens ökade betydelse utanför sitt kärnområde.<sup>27</sup>

## 6.3 Närmare om den fria culpabedömningen

Den fria culpabedömningen har en central roll i den skadeståndsrättsliga ansvarsanalysen. Den modell för bedömningen som är allmänt omfattad idag – inte bara i Sverige utan i flertalet västerländska rättsordningar – utgår

<sup>27</sup> Se om denna tendens, Märten Schultz, Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt, SvJT 2013 s. 1020 ff.

från de kriterier som den amerikanska domaren Learned Hand formulerade i målet *Conway v. O'Brien*.<sup>28</sup>

Enligt Hand-modellen utgår domaren (eller vem det nu är som gör culpabedömningen) från tre olika kriterier: (1) Risken för att skada skulle inträffa, (2) den sannolika skadans storlek för det fall den inträffar, och (3) möjligheterna för skadevällaren att förekomma skadan. Hands formulering har genom Richard Posners inflytelserika böcker i rättsekonomi<sup>29</sup> kommit att spridas över hela världen och återges som nämnts även i standardverket i svensk skadeståndsrätt, Jan Hellners *Skadeståndsrätt*. Hellner lägger emellertid till ett fjärde kriterium, nämligen skadevällarens möjlighet att inse risken för skada.

Högsta domstolen har i ett antal avgöranden utgått från en argumentationsmodell som har tydliga beröringspunkter med den nyss beskrivna modellen, inklusive Hellners fjärde kriterium.<sup>30</sup> I den rättsekonomiska läsningen av Hand-formeln kan culpabedömningen omvandlas till en ekonomisk kalkyl: Den utpekade personen var oaktsam om kostnaden i pengar för att undvika risken för skadan var lägre än risken för den aktuella skaderisken

<sup>28</sup> 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940). En annan formulering av dessa kriterier som ofta används är *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). Modellen är introducerad i svensk rätt genom Hellners lärobok, i sin senaste form i Jan Hellner och Markus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl., Stockholm 2014, s. 127 f.

<sup>29</sup> Se t.ex. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 5 uppl., New York 1998, 6 kap.

<sup>30</sup> Det uttrycks dock på litet olika sätt i olika fall. Ett avgörande är NJA 1981 s. 683, där käranden hade snubblat på en trappsten, som under ett vägarbete kommit att skjuta upp ovanför den övriga marknivån, och skadat sig. Svarande var det bolag som utfört vägarbetet. Den grundläggande frågan var om det kunde anses värdslost av bolaget att inte förebygga de risker som den uppstickande gatstenen medförde för fotgängare. HD:s bedömning följer tydligt de riktlinjer som Hand-formuleringen ställer upp. Riskerna för olycksfall beaktades och konstaterades inte vara obetydliga, och de potentiella skadornas omfattning värderades och befanns inte vara särskilt omfattande. Vidare diskuterades möjligheterna för bolaget att förekomma risken och domstolen konstaterade – med beaktande av att bolaget ”hade fog för att inte bedöma olycksfallsriskerna som särskilt allvarliga” och också hade ”skäl räkna med att ett eventuellt olycksfall[...] inte skulle medföra några mer omfattande skadeverkningar” – att kostnaderna för sådan arrangemang skulle vara jämförelsevis tids- och arbetskrävande. Värdslöshet ansågs således inte föreligga. I NJA 1993 s. 149, vilket gällde skadestånd till följd av en felslagen golfboll vid golfspel, vägdes risken med slaget mot ”kostnaden” för att undvika risken (i princip ett förlorat slag), samt skadevällarens insikt om riskerna. Se om culpabedömningen i det senare fallet Jan Rebane och Mårten Schultz, *Om skadestånd vid golfspel*, i: *Artikelsamling 2002*, Svensk Idrottsjuridisk Förening, Farsta 2002. Se även angående spörsmålet skadevällarens möjlighet att inse riskerna, Bertil Bengtsson, *Om skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv*, Stockholm 1962, s. 22.

multiplikerad med den tänkta skadans kostnad i pengar. Detta synsätt har dessbättre inte fått genomslag i svensk praxis. Istället används bedömningsparametrarna på ett mer öppet sätt och genom den tillagda insiktsparametern finns det utrymme för en mer subjektiv, eller om man så vill: mänsklig, värdering.

#### 6.4 En utveckling: Några frågor om risk i den fria culpabedömningen

Den fria culpabedömningen låter sig med andra ord inte översättas till en ekonomisk eller probabilistisk beräkning av risker. Istället görs en öppnare värdering av omständigheterna. Hur riskerna som en culpabedömning därvid bör beakta ska bestämmas låter sig inte enkelt sägas. Det är understundom bekymmersamt. Riskbeskrivningen är helt central för hur en prövning faller ut. Ett fall från 1996 tycks indikera en snäv syn.

I NJA 1996 s. 564 hade en travhäst – Frank Broline – lyckats få upp låset till boxdörren och dörren gick därvid upp något. Detta ledde till ett händelseförlopp som bland annat innebar att hästen fick hela boxdörren kring halsen och skadades. Frågan var om den som ansvarade för förvaringen av hästen skulle anses ha varit vårdslös i samband med hur förvaringen ordnades. Högsta domstolen uttryckte de faktorer som skall beaktas i den fria culpabedömningen i linje med den vedertagna uppfattningen och anförde därvid följande.

Riskbedömningen skall därvid inte inriktas endast på den skada som faktiskt inträffat utan i stället avse risker för skador av samma slag. Inom nordisk doktrin är också den övervägande uppfattningen att culpabedömningen skall inriktas på frågan om skadevällaren framkallat *risk för skada av den typ som är aktuell*. Besvaras den frågan jakande skall man i nästa led avgöra huruvida den aktuella skadan utgör en adekvat och påräknelig följd av det faroläge som skadevällaren har framkallat.

Rättsfallet har givit upphov till vissa ganska långtgående tolkningar.<sup>31</sup> För egen del anser jag inte att culpabedömningens riskperspektiv kan utgå från den skada som inträffade. Poängen med att bedöma vållandefrågan utifrån riskperspektivet är ju att ansvaret bör bedömas utifrån hur situationen tedde

<sup>31</sup> Anders Agell, Kantstenar, plåtbitar, hästboxar och dylikt – om riskbedömningar enligt culpapregeln, Festskrift till Nordensson, Stockholm 1999, s. 1 ff.

sig för skadevällaren vid tidpunkten för agerandet/underlåtenheten.<sup>32</sup> Därmed måste riskbilden också inkludera andra risker än de som faktiskt realiserades, och således också sådana risker som inte nödvändigtvis i efterhand kan betraktas som sammanhängandes med den typ av skada som inträffade.

Detta synsätt har delvis stöd i HD:s praxis, åtminstone när en verksamhet innebär risker för personskada.

I NJA 1973 s. 141 hade en byggarbetsplats spärrats av på ett, enligt domstolen, otillräckligt sätt. Skadeståndsansvar ansågs föreligga gentemot en person som medvetet hade befunnit sig på byggarbetsplatsen olovligen ("för att kasta vatten") och fallit ned i ett schakt. Risken för personskada framhölls som ett särskilt argument för att även det olovliga intrånget skulle medföra ansvar för byggarbetsplatsen. (Jmf. motsatt utgång vid olovligt klättrande i gymnastiksal i NJA 1976 s. 1.)

Även NJA 1973 s. 365 (I och II – här utgår jag från fall I) har vissa beröringspunkter med förevarande spörsmål. I 1973 års fall rörde det sig om en anläggning som rasade med skada som följd, närmare bestämt stegar som sotare använde sig av. HD uttalade därvid att det finns anledning att ställa särskilt högra krav på anläggningar vars stadga är avgörande för människors trygghet:

Med hänsyn till de *uppenbara riskerna för allvarliga skador vid användning av takstegar och liknande anordningar finns det anledning att ställa stränga krav* på en fastighetsägare, när det gäller hans ansvar för att sådan anordning är betryggande. Stor försiktighet måste också krävas av den som begagnar anordningen, han må vara sotare, brandmän, hantverkare eller annan. Detta befriar emellertid icke fastighetsägaren från att tillse att anordningen icke blott håller för sådana påfrestningar, som den kan beräknas normalt bli utsatt för, *utan också fyller kravet på en viss säkerhetsmarginal*, betingad av att extra påfrestningar i vissa fall kan förekomma, att isbildning och liknande kan inverka menligt på stabiliteten och att anordningen, särskilt om den är oskyddad, så småningom kan försvagas.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> I den rättsfilosofiska diskussionen talar man ibland om "moral luck", att skadevällaren kan ha tur eller otur, så till vida att ett riskbeteende kan utvecklas till en skada eller inte beroende på hur orsakskedjorna alldeles utan skadevällarens inverkan faller ut. Denna invändning har dock inte någon relevans i bedömningen av själva ansvaret, som bör göras utifrån ett ex ante-perspektiv.

<sup>33</sup> HD:s resonemang kring den skadelidandes eget ansvar får nog delvis anses överspelat, eftersom efter rättsfallet skadeståndslagen ändrats på så sätt att medvällande vid personskada enbart i undantagsfall kan medföra ansvarsbegränsning för en skadevällare. (6 kap. 2 §.) Synpunkterna kring ansvar för risktagande som kan leda till personskada framstår fortfarande som relevanta däremot.

Bedömningen av riskbilden måste enligt min mening göras utifrån ett antagande om situationen då den påstått ansvarsgrundande händelsen inträffade. Det är inte tänkt, till skillnad från bedömningarna i vissa andra ersättningsrättsliga sammanhang, att man skall föra ett s.k. *facitresonemang*, d.v.s. att man utifrån den inträffade skadan, med facit i hand, närmar sig bedömningen.<sup>34</sup> Det innebär t.ex. att en risk för personskada har betydelse för bedömningen av culpa även om det är en annan form av skada som faktiskt realiserades.

Ett i det sammanhanget förhållandevis tydligt rättsfall är NJA 1993 s. 149, vilket gällde skadestånd till följd av en felslagen golfboll vid golfspel, nämns som ett exempel på hur HD vägde risken med slaget mot ”kostnaden” för att undvika risken (i princip ett förlorat slag), samt den skadevällandes insikt om riskerna.<sup>35</sup> Härvid vägde HD också in att det fanns en risk för att personer skulle ha kunnat träffas.

## 6.5 Andra ansvarsformer

I Engströmers iakttagelse som inledde dessa rader ställdes culpaansvaret mot ett strikt ansvar. Det är också det vanliga sättet att systematisera ansvarsformerna i utomobligatorisk skadeståndsrätt. När det gäller det rent strikta ansvaret har rättsutvecklingen under senare år varit begränsad. Men det finns ju även andra alternativ. Dessa alternativ kan dock sägas understryka Engströmers påstående om culparegelns prioritet, eftersom också de alternativa ansvarsformerna överlag vilar på en culpatanke i botten.

Presumtionsansvaret är ett culpaansvar med omvänd bevisbörda.<sup>36</sup> Principalsvaret är ett culpaansvar med en särskild ansvarsallokering, till en

<sup>34</sup> Facitresonemang används bl.a. vid bedömningen under 6 § patientskadelagen.

<sup>35</sup> I detta fall tycks det ha legat golfspelaren i fatet att han var en rutinerad golfspelare vid insiktsbedömningen, men måhända skulle man istället kunna göra en direkt motsatt bedömning: Den omständigheten att spelaren var rutinerad innebar en minskad risk för skada eftersom i allmänhet riskerna för en felträff kan antas vara lägre för skickliga spelare. Se Jan Rebane och Mårten Schultz, Om skadestånd vid golfspel, i: Artikelsamling 2002, Svensk Idrottsjuridisk Förening, Fårsta 2002. Se även angående spörsmålet skadevällarens möjlighet att inse riskerna, Bertil Bengtsson, Om skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv, Stockholm 1962, s. 22.

<sup>36</sup> Presumtionsansvaret förknippas främst med kontraktuella situationer där någon har annans egendom i sin besittning med vårdplikt men kan aktualiseras även i utomkontraktuella sammanhang. Jakob Heidbrink har i SvJT behandlat presumtionsansvar i några olika situationer, se Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum?, SvJT 2008 s. 57 ff. och Det allmännas vårdplikt vid custodia, SvJT 2010 s. 321 ff.

arbetsgivare.<sup>37</sup> Vårdnadshavaransvaret, hur det nu närmare bör förstås, bygger också på att barnet ska ha skuld (här krävs brott) till den inträffade skadan.<sup>38</sup> Det finns dock exempel på mer radikalt nytänkande.

En avvikande ansvarsform introducerades av Högsta domstolen genom den s.k. Landskronadomen, NJA 2013 s. 145. I detta avgörande drar HD under helt generella rubriker upp nya riktlinjer för hur ansvarsbedömningar ska göras i fall av påstått ansvarsgrundande underlåtenhet: ”i stället för att den skadelidande har att visa ett handlande som skulle ha förhindrat skadan och att det var oaktsamt att inte handla så, har han att visa endast vad som var ett möjligt och lämpligt farereducerande handlande” (stycke 43).<sup>39</sup> Underlåtenhetsansvaret har härigenom tagit sig en ny form, som radikalt avviker från ansvarsanalysen i övrigt.

<sup>37</sup> Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., Stockholm 2014, kap. 9.

<sup>38</sup> Se Mårten Schultz, Föräldrars ansvar för barns brott, SvJT 2010 s. 195.

<sup>39</sup> Se vidare Mårten Schultz, Några frågor i kommersiell skadeståndsrätt, SvJT 2013 s. 1027 ff. och ds. Skadeståndsrättens framtid, Svensk Juristtidning 100 år, s. 115 f.