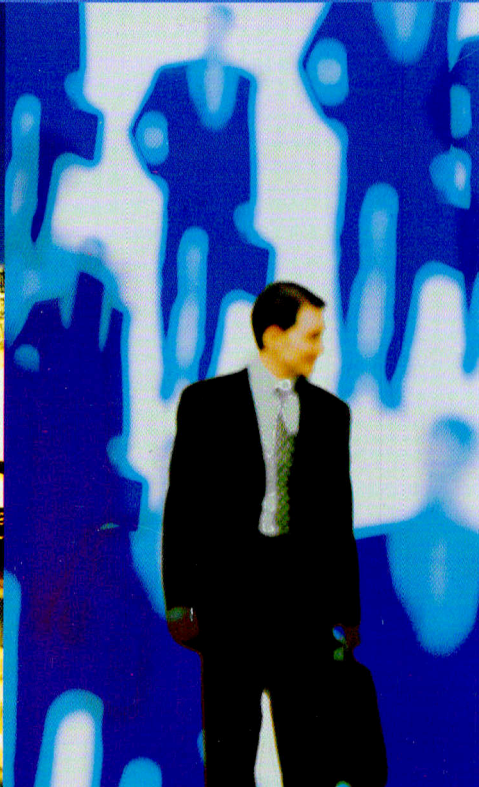




Christian Dahlman

Konkurrerande culpakriterier



E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2025

eISBN: 9789190023044

ISBN: 9144013086 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.316>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Christian Dahlman

Konkurrerende culpakriterier



Kopieringsförbud

Detta verk är skyddat av Lagen om upphovsrätt! Kopiering är förbjuden utöver lärares rätt att kopiera för undervisningsbruk enligt BONUS-avtal. BONUS-avtal tecknas mellan upphovsrättsorganisationer och huvudman för utbildningsanordnare, t.ex. kommuner och högskolor/universitet. Förbudet gäller hela verket såväl som delar därav och inkluderar lagring i elektroniska medier, visning på bildskärm samt bandupptagning.

Den som bryter mot Lagen om upphovsrätt kan enligt 53 § åtalas av allmän åklagare och dömas till böter eller fängelse i upp till två år samt bli skyldig att erlägga ersättning till upphovsman/rättsinnehavare.



Art.nr 7230

ISBN 91-44-01308-6

© Christian Dahlman och Studentlitteratur 2000

Omslagslayout: Kjeld Brandt

Omslagsbild: Mynt i vågskål/NPS Photostock

Printed in Sweden

Studentlitteratur, Lund

Webbadress: www.studentlitteratur.se

Tryckning/år 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 | 04 03 02 01 2000

Innehåll

Förkortningar 5

Förord 7

1 Att analysera culpa 9

- 1.1 Problemet 9
- 1.2 Disposition 18
- 1.3 Avgränsningar 20
- 1.4 Metod 24
- 1.5 Syfte 31

2 Normalitetskriteriet 33

- 2.1 En normalt aktsam person 33
- 2.2 Etablerade aktsamhetsvanor 39

3 Det ekonomiska kriteriet 43

- 3.1 Kostnadseffektivitet 43
- 3.2 Pengar eller lycka 55

4 Trygghetskriteriet 58

- 4.1 Två svårtolkade rättsfall 58
- 4.2 Oacceptabel otrygghet 69

5 Culpaideologier 74

- 5.1 Konservatism eller instrumentalism 74
- 5.2 Välstånd eller välfärd 85

6 Metakriterier 106

- 6.1 Kriteriekonflikter 106
- 6.2 Systematik eller godtycke? 109
- 6.3 Är kriterierna regler eller principer? 139

7 Andra culpateorier 143

7.1 Vad är en "culpateori"? 143

7.2 Rättsstridighet 150

7.3 Bonus pater familias 153

7.4 Den rättsekonomiska culpateorin 154

7.5 Andra kriteriepluralistiska culpateorier 156

8 Pluralismens legitimitet 157

8.1 Acceptans och förutsebarhet 157

8.2 Koherens 159

8.3 Flexibilitet 164

Summary 171

Litteratur 173

Rättsfall 177

Förkortningar

ASL	Lagen om arbetsskadeförsäkring (1976:380)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof Entscheidungen in Zivilsachen
BrB	Brottsbalken (1962:700)
EL	Ellagen (1997:857)
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk tidskrift
LAf	Lagen om allmän försäkring (1962:381)
LFAL	Lagen angående ansvarighet för skada i följd av luftfart (1922:382)
LFL	Luftfartslagen (1957:297)
MB	Miljöbalken (1998:808)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv (avdelning I)
PAL	Produktansvarslagen (1992:18)
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (15/12 1989)
PSL	Patientskadelagen (1996:799)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkstL	Skadeståndslagen (1972:207)
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TSL	Trafikskadelagen (1975:1410)

8

9

8

8

2

Förord

Arbetet med att skriva en doktorsavhandling kan indelas i tre faser. I den första fasen har man ingenting intressant att säga och gör allt för att dölja detta för andra. I den andra fasen känner man på sig att det finns någonting intressant att säga och kämpar förtvivlat med att formulera det. I den tredje fasen har man någonting intressant att säga och försöker få andra att fatta att man har det. För att slutligen ro i land med avhandlingsprojektet behöver man hjälp under hela arbetets gång. Den hjälp man behöver är dock av olika slag under var och en av de tre faserna.

I den första fasen försöker man få finansiering till forskningsprojektet. För att lyckas med detta måste man ha turen att vara understödd. Här är jag ett stort tack skyldig till min handledare Aleksander Peczenik, men även till Anna Christensen. När jag ser tillbaka på mina första tafatta forskningsalster undrar jag ofta vad de hade för skäl att sätta tilltro till mig.

I den andra fasen behöver man hjälp med att utveckla sina idéer och sin förmåga att presentera dem i skrift. Man behöver konstruktiv kritik. Här har jag många att tacka. Min handledare Aleksander Peczenik har under hela arbetets gång läst mina manuskript med stort intresse. Vi har ofta haft delade meningar i grundläggande rättsfilosofiska frågor och detta har tvingat mig att skärpa mina argument. Jag vill också rikta ett stort tack till Bertil Bengtsson och Peter Westberg som båda följt mitt arbete från början till slut. Att skriva en avhandling i skadeståndsrätt och ha tillgång till Bertil är som att skriva en avhandling om Sveriges stormaktstid med Gustav II Adolf som biträdande handledare. Peter har också varit till stor hjälp. Han har den ovanliga förmågan att inte ge kritik utifrån hur han själv hade behandlat problemet utan efter hur författaren har gjort det. För värdefulla synpunkter på mina manuskript vill jag även tacka Stefan Aldén, Robert Alexy, Ulrika Andersson, Gunnar

Bergholtz, Anna Christensen, Lena Ebervall, Lars Gorton, Jörg Koe-
wius, Hans Henrik Lidgaard, Lars Lindahl, Joakim Nergelius,
Annika Nilsson, Gregor Noll, Ann Numhauser-Henning, David
Reidhav, Anders Steén, Ingemar Ståhl, Ola Svensson, Mats Tjern-
berg, Sacharias Votinius, Lotta Wendel och Christoffer Wong.

I den tredje fasen har man inte längre så stor nytta av synpunkter på sina idéer, för man tänker inte ändra dem ändå. Nu är istället moraliskt stöd den viktigaste hjälp man kan få. Här vill jag tacka alla mina vänner på Juridicum, särskilt mina doktorandkollegor David, Gregor, Lena, Lotta, Ola, Sverker och Ulrika. Jag vill också rikta ett tack till dem som på annat sätt hjälpt mig att hålla humöret uppe. Groucho Marx, Noam Chomsky och Sif Ruud, för att nämna några. Mest av allt vill jag dock tacka mina föräldrar och Roberta, vilka jag tillägnar denna bok.

Gallipoli, mars 2000

Christian Dahlman

1 Att analysera culpa

1.1 Problemet

Hur försiktiga måste vi vara? Hur mycket måste vi anstränga oss för att försöka förhindra att orsaka olyckor? Hur mycket hänsyn måste vi ta till andra människors intresse av att inte drabbas av skador? När man håller på med något som man själv har nytta eller glädje av utsätter man ofta andra människor för risker. Den som håller på med grävningsarbeten för en simbassäng skapar risker för barn som leker i närheten. Den som spelar innebandy kan råka träffa motståndaren i ögat med klubbladet. För att olyckor inte skall inträffa vidtas försiktighetsåtgärder. Den som bygger simbassängen sätter upp ett staket runt arbetsplatsen så att nyfikna barn inte ramlar ner i gropen. Innebandyspelaren försöker undvika att lyfta klubban högre än till midjan. Vi är alla skyldiga att vidta dylika försiktighetsåtgärder. Denna skyldighet är inte enbart moralisk – den är också juridisk. Enligt gällande rätt är var och en skyldig att ta hänsyn till andra och försöka se till att de inte skadas. Den som inte iakttar denna plikt blir ersättningsskyldig när en skada inträffar. Den som inte i tillräcklig omfattning försökt förhindra den inträffade olyckan anses av domstolen ha gjort sig skyldig till "culpa" och blir skadeståndsskyldig. För att slippa betala skadestånd måste man alltså vidta vissa försiktighetsåtgärder. Vi behöver dock inte vidta alla försiktighetsåtgärder som man kan tänka sig. Det vore att kräva för mycket. Vi behöver bara vidta försiktighetsåtgärder i en sådan omfattning att vi har tagit tillräcklig omsorg om presumtiva olycksoffer.

Den nyfikne ställer då omedelbart frågan: Hur mycket är "tillräckligt"? Hur försiktig måste man vara för att rättsligt anses som "nog försiktig"? Hur ser det försiktighetskriterium ut som man

måste uppfylla för att inte bli skadeståndsskyldig? Det är denna fråga jag skall försöka besvara i den här undersökningen.

Skadeståndsskyldigheten för den som inte varit tillräckligt försiktig är lagfäst i skadeståndslagen 2 kap. 1 §.

Var och en som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan, såvida icke annat följer av denna lag.

Man är ansvarig för en skada om man orsakat den "av vårdslöshet". Härigenom har lagstiftaren gjort en negativ bestämning av hur mycket omsorg man måste ta om andra: man har varit "tillräckligt försiktig" så länge man inte varit "vårdslös". Denna definition är dock inte särskilt upplysande. Begreppet "vårdslöshet" är precis lika oklart som "tillräckligt försiktig". Det kräver en precisering.

I många fall finner man preciseringar i lagens förarbeten. Men så är inte fallet med vårdslöshetsrekvisitet. I propositionen till skadeståndslagen uppmärksammas att "culparegeln själv inte ger någon anvisning om vilka aktsamhetsnormer man skall bygga på vid regelns tillämpning".¹ Ändå avstår lagstiftaren uttryckligen från att ge någon som helst vägledning. Departementschefen säger frankt: "...rättsbildningen har här helt överlämnats åt domstolarna".²

För att få reda på vad som menas med "vårdslöshet" måste vi alltså ta reda på innehållet i rättspraxis. Härvidlag är vanligtvis den rättsvetenskapliga litteraturen till stor hjälp. Så är dock tyvärr inte fallet här. Om man läser exempelvis Jan Hellners standardverk "Skadeståndsrätt" får man veta hur HD (och i viss mån hovrätterna) dömt i en lång rad enskilda fall. Någon definition på vårdslöshet får man dock inte. Man får veta i vilka situationer domstolen ansett att någon varit tillräckligt försiktig, men det kriterium domstolen använt för att komma fram till detta förblir oformulerat. Den enda ansats till precisering av vårdslöshetsbegreppets innebörd, som Hellner synes kunna bistå med, består i att några av dess ingående element pekas ut:

...kraven på aktsamhet ofta sker genom en sammanställning av tre faktorer: risken för skada, den sannolika skadans storlek och möjlig-

1 Prop. 1972:5 s. 21.

2 Prop. 1972:5 s. 21.

heten att förekomma skadan. Till dessa bör man lägga en fjärde faktor: den handlandes möjligheter att inse risken för skada. Man gör en helhetsbedömning och väger de olika omständigheterna, främst de som nu nämnts, mot varandra. Man avgör sedan om dessa omständigheter krävde ett annat handlande än det som förekommit.³

Detta ger oss tyvärr inte särskilt mycket hjälp. Att identifiera relevanta faktorer är i och för sig viktigt, men är bara ett första steg i preciseringsprocessen. Om innebörden i vårdslöshetsbegreppet skall göras klarare måste man gå vidare och tala om hur de relevanta faktorerna värderas och hur de vägs mot varandra. Detta gör vare sig Hellner eller någon annan uttolkare av svensk skadeståndspraxis. För att få reda på vilket kriterium på vårdslöshet (eller på tillräcklig försiktighet) som domstolen använder blir vi tvungna att själva gå till rättspraxis. Vi måste studera HD:s avgöranden, och ur domskälen försöka vaska fram det kriterium domstolen använder sig av. Detta kommer jag försöka göra i den här avhandlingen och jag börjar med tre HD-avgöranden från början av 1980-talet.

Det första fallet (refererat i NJA 1983 s. 232) handlar om huruvida en hästägare hade inhägnat sina ridhästar tillräckligt väl. Hästarna hade befunnit sig i en beteshage omgärdad av taggträdsstängsel. Av okänd anledning hade hästarna forcerat en grind i stängslet, och begivit sig ut ur hagen. En av hästarna hade sprungit ut på en närbelägen väg och blivit påkörd av en bil. Bilen skadades och för dessa skador ville bilens ägare ha ersättning av ägaren till ridhästarna. Bilägaren tillstod att hästägaren visat en viss omsorg avseende de risker som hästhagen gav upphov till, men menade att denna omsorg inte varit tillräcklig. Han menade att hästägaren haft en skyldighet att se till att inhägnaden var så kraftig att en häst inte kunde bryta sig genom den. HD biföll inte bilägarens talan och motiverade detta på följande sätt:

Enligt det yttrande som inhämtats från lantbruksstyrelsen är en sådan instängsling att anse som normalt tillfredsställande beträffande ridhästar. Det har i målet inte visats föreliggande några särskilda förhållanden ... som skulle kunna ge anledning att uppställa speciella krav på stängslets konstruktion och beskaffenhet. Vad som inträffade när stängslet raserades har inte kunnat klarläggas, men det ter sig

3 Hellner *Skadeståndsrätt* s. 130f.

som mest sannolikt att hästarna av någon anledning blivit skrämda och rusat på stängslet som givit vika för en sådan onormalt stor påfrestning. Vid angivna förhållanden kan det inte anses att Sten L [skadevållaren] har underlåtit att fullgöra vad om ålegat honom när det gällt att inhäga beteshagen på ett tillfredsställande sätt.⁴

HD befriade skadevållaren från ansvar därför att han inte var mindre försiktig än andra hästägare. Olyckan kunde hänt vilken hästägare som helst. De försiktighetsåtgärder man krävt att skadevållaren skall vidta är de (och endast de) som *brukar* vidtas i den verksamhet denne utövat: "normal försiktighet" har gjorts till kriterium för "tillräcklig försiktighet".

Så långt är allt väl, men det hela blir förbryllande när vi går vidare till nästa rättsfall – NJA 1981 s. 683. Två år tidigare synes det nämligen som om HD tillämpat ett helt annat kriterium. Ett bolag höll på med grävningsarbeten utanför ett hyreshus. Man hade fyllt igen hålen och skulle lägga på ny asfalt när arbetet avbröts för helgedighet. Det fanns fortfarande några mindre nivåskillnader i vägbanan, och för att göra människor uppmärksamma på dessa placerade bolaget ut varningskoner runt arbetsplatsen. Dessa flyttades dock av någon obehörig under natten mellan fredag och lördag. En fotgängare som passerade arbetsplatsen under lördag förmiddag såg därför inte en asfaltkant som stack upp c:a 2 cm och snubblade över denna. Fotgängaren ansåg att bolaget var ansvarigt för de skador hon ådrog sig. Hon ansåg att bolaget rutinmässigt borde ha kontrollerat att varningskonerna stod kvar under helgerna. HD biföll inte fotgängarens talan:

Hur omfattande och vidlyftiga skadeförebyggande åtgärder som bör vidtagas av den som genom sin verksamhet har framkallat fara för olycksfall blir beroende på en avvägning mellan å ena sidan skaderiskernas art och omfattning och å andra sidan de kostnader och andra olägenheter som är förbundna med den ena eller andra av de åtgärder som kan komma i fråga [...] [B]olaget hade fog för att inte bedöma olycksfallsriskerna som särskilt allvarliga. Bolaget hade också skäl att räkna med att ett eventuellt olycksfall ... inte skulle medföra några mer omfattande skadeverkningar. Under dessa omständigheter ... kan bolaget inte anses ha varit skyldigt att vidtaga speciella –

4 NJA 1983 s. 232, s. 237.

uppenbarligen jämförelsevis tids- och arbetskrävande – åtgärder för att säkerställa att trafikkonerna stod kvar på platsen...⁵

Här har HD använt sig av ett annat försiktighetskriterium. Man har inte hängt upp ansvaret på vad folk brukar göra. Istället har man jämfört två olägenheter med varandra: den presumtive skadevållarens olägenheter om en ytterligare åtgärd måste vidtas och olägenheter för dem som hotas att drabbas av olyckor om denna åtgärd inte vidtas.⁶

Om de senare olägenheterna uppväger de förra så måste skadevållaren vidta åtgärden. Innebörden i att olägenheterna på detta sätt ställs direkt mot varandra är att den presumtive skadevållaren tvingas värdera andras olägenheter lika högt som sina egna: man måste agera som om man själv fick bära alla konsekvenserna av sin verksamhet. Domstolen utgår ifrån att människor försöker agera ekonomiskt rationellt när de vidtar åtgärder för att förhindra att själva drabbas av skador och kräver nu att de agerar på samma sätt i förhållande till andra.

När skadeståndsskyldigheten bedöms på detta sätt kan man tänka sig att skadevållaren blir ansvarig trots att vederbörande betett sig normalt. Så var också fallet i 1981 års avgörande. Tingsrätten gjorde följande bedömning av de försiktighetsåtgärder som bolaget hade vidtagit:

Anledning saknas i och för sig att antaga annat än att åtgärderna legat inom ramen för vad som vanligen brukat göras vid liknande arbetsplatser.⁷

Om tingsrätten hade ställt samma krav på skadevållarens aktsamhet som HD ställde på skadevållaren i 1983 års fall (ridhåsten) så hade detta faktum befriat bolaget från ansvar. Men för tingsrätten hade det inte denna verkan. Man ansåg att bolaget mycket väl kunde vara ersättningsskyldigt ändå. Tingsrätten såg inte saken som avgjord i och med att man konstaterat att skadevållaren agerat normalt. Man gick vidare och gjorde en bedömning av huruvida en

5 NJA 1981 s. 683, s. 691f.

6 En motsvarande beskrivning av culpabedömningen i 1981 års fall ges av Jan Hellner. Se Hellner *Skadeståndsrätt* s. 131.

7 NJA 1981 s. 683, s. 687.

försiktighet utöver den normala var motiverad med tanke på den nytta det skulle ha i förhållande till sina kostnader. Därmed krävde man mer av skadevållaren än vad HD krävde av skadevållaren i 1983 års fall. Och – som vi har sett – gjorde HD samma sak som tingsrätten. Som framgår av citatet ovan avgjorde HD inte culpabedömningen i 1981 års fall genom att fråga huruvida skadevållaren agerade normalt, utan frågade huruvida olägenheterna för ytterligare försiktighetsåtgärder hade "vägts upp" av den nytta åtgärderna hade haft.

Detta verkar förbryllande. HD:s dom i 1981 års fall går inte ihop med 1983 års avgörande. I 1983 års fall undgick skadevållaren ansvar just därför att han följt sedvanan. I 1981 års fall utgick HD från att svaranden följt sedvanan,⁸ men ansåg inte därmed att ansvar var uteslutet, utan prövade skadevållarens agerande enligt ett annat kriterium. HD synes ha tillämpat två olika regler i de två avgörandena. Och detta trots att fallen rör samma rekvisit ("vårdslöshet"). Dessa två domar tyder på att skadeståndsrätten i detta avseende skulle ha två konkurrerande culpakriterier. Ett kriterium som säger att man varit tillräckligt försiktig när man vidtagit de försiktighetsåtgärder som brukar vidtas, och ett kriterium som säger att man varit tillräckligt försiktig när man vidtagit de försiktighetsåtgärder vars olägenheter uppvägs av den nytta de medför.

Dessa två kriterier kan ibland leda till samma resultat. Men det finns självfallet situationer där de inte gör det. Det innebär att skadeståndsrätten innehåller två culpakriterier som står i ett konkurrensförhållande till varandra – två kriterier som tävlar om att få avgöra skadeståndstvister. Detta låter märkligt. Skadeståndslagen 2 kap. 1 § är inte formulerad för att tillämpas så. Den ger tvärtom intrycket att det som är ett tillräckligt försiktigt förhållningssätt för en person (t.ex. att agera normalt) också är tillräckligt försiktigt för någon annan (regeln lyder "var och en som..."). Och domstolarnas tillämpning av lagen ger samma intryck. Det finns ingenting i domskälen som antyder att det skulle vara fråga om någonting annat än en tillämpning av samma culpakriterium som man tidigare tillämpat i andra situationer. Det hela blir ännu märkligare när

8 HD säger sig utgå från de faktiska omständigheter som fastställts av tingsrätten. Se s. 691.

vi nu går vidare till det tredje avgörandet. Där synes nämligen HD ha tillämpat ytterligare ett tredje kriterium.

NJA 1985 s. 269 handlar om en olycka som inträffade vid entrén till ett affärscentrum. Ingången bestod av glasdörrar som automatiskt gled isär. Vid sidan om dessa fanns ytterligare glasdörrar som var upphängda i gångjärn. Dessa dörrar var endast avsedda att användas i nödsituationer. De hade en spärr som hindrade dem från att öppnas på vanligt sätt, men som gav vika om dörren utsattes för starkt tryck inifrån. Det inträffade ibland att någon av nödutrymningsdörrarna trycktes upp av en besökare. Därför kontrollerade vaktpersonalen då och då att dörrarna var stängda och att spärren var i rätt läge. Vid ett tillfälle – när en dörr inte var riktigt stängd – blåste dörren upp och träffade en man som passerade entrén. Mannen slogs omkull och slog huvudet i marken. För de skador han ådrog sig krävde mannen skadestånd av affärscentret. HD biföll hans talan. Domstolen ansåg att tillräcklig omsorg inte vidtagits och motiverade detta på följande sätt:

[Det] måste ... anses ha förelegat en inte obetydlig risk för missöden och även för olycksfall av den mer allvarliga natur som det som drabbat Bengt W [skadelidanden] [...] Bolaget [skadevållaren] borde ... förstått att andra åtgärder än instruktioner till vaktpersonalen ... var påkallade. I den mån mindre ingripande men effektiva åtgärder inte stod till buds kunde i alla händelser dörrsystemet byggas om...⁹

Här kräver HD en långtgående aktsamhet från skadevållarens sida. Att bygga om hela entrén enbart för att förebygga denna typ av olyckshändelser omfattas knappast av normal försiktighet. HD:s domsmotivering berör inte huruvida skadevållarens omsorg avviker från den som tas på andra liknande affärscentra. Det förefaller dock inte troligt eftersom det konstateras i hovrätten att man följt gällande byggnormer.¹⁰ Målet hade sålunda fått omvänd utgång om det hade bedömts enligt det kriterium som användes i 1983 års fall (ridhästen). HD berör inte heller huruvida undvikandet av sådana olyckor som nu inträffat verkligen skulle innebära en besparing som är större än utgifterna för att bygga om hela dörrsys-

9 NJA 1985 s. 269, s. 274.

10 NJA 1985 s. 269, s. 272.

temet.¹¹ Detta förefaller inte heller troligt. Målet hade följaktligen fått den omvända utgången om det hade bedömts enligt det kriterium som användes i 1981 års fall (konerna). Följaktligen har skadevällaren i 1985 års fall bedömts enligt ett annat kriterium, som kräver synnerligen omfattande försiktighet. Affärscentret har ålagts ett tungt ansvar för att sörja för besökarnas trygghet.

När jag studerar dessa tre domar har jag svårt att se annat än att HD använt sig av tre olika culpakriterier – tre skilda krav på hur mycket omsorg man måste ta om andra för att undgå skadeståndsskyldighet. I 1983 års fall (hästhagen) verkar domstolen ha tillämpat ett *normalitetskriterium*. Skadevällaren blir ersättningsskyldig om vederbörande inte gjort som normalt aktsamma personer sedvanligen gör. I 1981 års fall (konerna) verkar HD ha tillämpat ett *ekonomiskt kriterium*. Skadevällaren blir ersättningsskyldig om vederbörande inte vidtagit de försiktighetsåtgärder som är kostnadseffektiva. Och i 1985 års fall (glasdörren) verkar domstolen ha tillämpat något slags *trygghetskriterium*. Skadevällaren har gjorts ersättningsskyldig därför att det inneburit en oacceptabel otrygghet att olyckan har kunnat inträffa. Det förefaller handla om tre kriterier som ställer olika långtgående krav på skadevällaren. Normalitetskriteriet är jämförelsevis mildt,¹² det ekonomiska kriteriet något mera krävande och trygghetskriteriet avsevärt strängare.

Denna pluralism stämmer dåligt med hur culpabedömningen beskrivs i den rättsvetenskapliga litteraturen. Visserligen framhålls ofta att plikten att ta omsorg om andra tar sig uttryck i olika handlingsregler i olika konkreta situationer. En hästägare skall vidta vissa försiktighetsåtgärder och ett grävningsbolag andra försiktighetsåtgärder. Men alla dessa handlingsregler brukar beskrivas som om de på något sätt vore härledda ur en generell aktsamhetsnorm – en enhetligt tillämpad moralteori om aktsamhet i vilken vårdslöshetsbegreppet ges sitt innehåll. De beskrivs inte som om de följde av konkurrerande culpakriterier (och därmed var härledda ur olika idéer om aktsamhet). Hellners framställning av skadeståndsansvaret är ett exempel på detta. Hellner beskriver culpabedömningen på ett sätt som ger intrycket att den alltid sker enligt en och samma

11 Se kapitel 4.1.

12 Att culpabedömningen var jämförelsevis mild i NJA 1983 s. 232 framhålls av Jan Hellner. Se Hellner *Skadeståndsrätt* 4:e uppl. s. 106.

aktsamhetsnorm. Han talar alltid i singularis om "culpabedömningen", inte om "flera culpabedömningar".¹³ Och han säger att sammanvägningen av de relevanta faktorerna "sammanhålls av vissa gemensamma karakteristiska drag".¹⁴ Sådana formuleringar utesluter inte att det i Hellners föreställningsvärld finns konkurrerande culpakriterier på det sätt jag just beskrivit, men ger intrycket att han uppfattar culpabedömningen som avsevärt mer sammanhållen än så. Hellner talar visserligen inte om någon generell aktsamhetsnorm – han har aldrig försökt formulera hur en sådan skulle se ut (i syfte att sätta fingret på vad det är som "håller samman" culpabedömningen). Men han beskriver hela tiden skadeståndsansvaret som om det fanns en generell norm som verkar i det fördolda varje gång culpabedömningen görs.

Hellners uttalanden om culpabegreppets innehåll är få och knapphändiga. Han säger exempelvis att culpabedömningen "ej [kan] sammanfattas i någon enkel formel".¹⁵ Hur skall detta uppfattas? Personligen tror jag att man skall förstå uttalandet med tonvikten lagd på "enkel". Hellner tar avstånd från att culpabedömningen görs enligt ett grovhugget kriterium som inte tar hänsyn till många aspekter. Hellners föreställning om culpabedömningens innersta väsen är svår att få grepp om eftersom hans utläggning av culpabegreppet är så allmänt hållen. Det verkar dock som om han menar att culpabegreppet har något slags enhetligt normativt innehåll. I vart fall verkar det te sig främmande för honom att bedömningen ibland skulle avgöras enligt ett culpakriterium och ibland enligt ett annat – att vårdslöshet ibland skulle hängas upp på en aspekt av skadevällarens agerande (t.ex. normalitet/sedvana) och i andra fall på någonting helt annat (t.ex. ekonomisk effektivitet). Som vi sett tidigare är det dock precis så HD har gjort i de tre rättsfallen vi just gått igenom. Det är tre olika aktsamhetsnormer som avgjort utgången i de tre fallen.

Att culpabedömningen inrymmer en dylik pluralism har dock inte gått den skadeståndsrättsliga doktrinen helt förbi. Carl Martin Roos uppmärksammar att culpabedömningen kan göras antingen i form av en "normavvägning" (dvs. enligt något som liknar norma-

13 Se t.ex. Hellner *Skadeståndsrätt* s. 124 och s. 131.

14 Hellner *Några synpunkter på culpabegreppet inom skadeståndsrätten* s. 624.

15 Hellner *Skadeståndsrätt* s. 125.

litetskriteriet) eller i form av en "riskavvägning" (dvs. enligt något som liknar det ekonomiska kriteriet).¹⁶ Roos uppmärksammar dock inte att dessa alternativa metoder befinner sig i ett konkurrensförhållande med varandra (och utvecklar följaktligen inte heller den problematik detta för med sig). Roos påstår nämligen att riskavvägningskriteriet endast används när det inte går att tillämpa normavvägningskriteriet (därför att det inte finns någon norm som passar till den aktuella situationen).¹⁷ Som vi har sett stämmer detta påstående inte med gällande rätt. I NJA 1981 s. 683 (trafikkonerna) tillämpade HD det ekonomiska kriteriet trots att det mycket väl hade gått att tillämpa normalitetskriteriet (och befria skadevällaren från ansvar med hänvisning till att den efterfrågade försiktighetsåtgärden inte vidtogs på motsvarande arbetsplatser).

I den här avhandlingen kommer jag att beskriva culpabedömningen på ett nytt och otraditionellt sätt. Jag kommer att behandla den som bestående av konkurrerande culpakriterier. Min förhoppning är att läsaren skall finna att detta ökar förståelsen för rättens innehåll, såväl rättsdogmatiskt som rättspolitiskt.

1.2 Disposition

I kapitel 2 kommer jag att behandla normalitetskriteriet. Jag skall analysera vad det innebär att göra normalitet till måttstock i culpabedömningen och illustrera detta med exempel ur rättspraxis. Analysen kommer att behandla domstolarnas användning av en "fiktiv normalperson" och "etablerade aktsamhetsvanor" som verktyg i culpabedömningen.

Kapitel 3 skall ägnas åt det ekonomiska kriteriet. Jag kommer att reda ut vad det innebär att en försiktighetsåtgärd skall vidtas om den är "kostnadseffektiv" och illustrera med exempel ur HD:s praxis. Jag kommer även att analysera konsekvensen av att mäta alla olägenheter i pengar, jämfört med ett utilitaristiskt effektivitetskriterium som istället hade mätt alla olägenheter i "lidande".

¹⁶ Roos *Ersättningsrätt och ersättningsystem* s. 105ff.

¹⁷ A.a. s. 107.

I kapitel 4 kommer jag att behandla några rättsfall där HD gjort en culpabedömning utan att använda vare sig normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet. Jag skall visa varför dessa fall bör tolkas som tillämpningar av (vad jag kallar) trygghetskriteriet och analysera innebörden i detta culpakriterium.

I kapitel 5 kommer jag att identifiera och analysera de ideologier som underbygger de tre culpakriterierna. Jag kommer att visa hur normalitetskriteriet bygger på en konservativ ideologi, som syftar till att befästa de aktsamhetsvanor som utvecklats i samhället, till skillnad från det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet, som är "instrumentalistiska" i den meningen att de strävar efter att i mån av behov förändra existerande aktsamhetsvanor. Jag kommer också att visa hur det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet i sin tur skiljer sig ideologiskt genom att det ekonomiska kriteriet befrämjar "välstånd", genom att alltid eftersträva en ökning av den sammanlagda rikedomerna i samhället (oavsett hur den är fördelad), medan trygghetskriteriet befrämjar "välfärd", genom att eftersträva att ingen individ skall behöva uppleva oacceptabel otillfredsställelse. Kapitel 5 avslutas med en omfattande rättspolitisk diskussion, där svagheter hos var och en av de tre culpakriterierna (och deras respektive ideologier) analyseras.

I kapitel 6 kommer jag att behandla hur domstolarna går till väga när culpakriterierna leder till olika utgångar och domstolen därför tvingas välja vilket culpakriterium som skall ges företräde. HD har inte uttalat några principer för detta, men jag skall försöka visa att det ändå finns ett tydligt mönster för hur dessa val går till. Jag kommer att beskriva detta mönster som ett slags "dolda metakriterier" med följande innehåll: den som orsakat en skada är alltid ansvarig om vederbörande varit vårdslös enligt normalitetskriteriet. Om den verksamhet som givit upphov till skadan är organiserad (t.ex. om skadevällaren är en näringsidkare) ansvarar vederbörande också enligt det ekonomiska kriteriet. Om verksamheten är organiserad och givit upphov till en personskada ansvarar vederbörande även enligt trygghetskriteriet. En näringsidkare som är culpös enligt det ekonomiska kriteriet blir t.ex. skadeståndsskyldig även om culpa inte föreligger enligt normalitetskriteriet (och trygghetskriteriet).

Efter att i de sex första kapitlen ha presenterat min egen culpateori kommer jag i kapitel 7 att redovisa andra culpateorier som före-

kommer i den skadeståndsrättsliga litteraturen. Det har skrivits mycket om culpa, men jag kommer visa att det mesta av detta inte innehåller något som kan kallas för "culpateori". Jag kommer att behandla de culpateorier som finns i nordisk doktrin – rättsstridighetsläran och teorin om bonus pater familias – och visa att ingen av dessa teorier ger en korrekt bild av gällande svensk rätt (det går i båda fallen att hitta rättsfall som är oförenliga med teorin). Jag uppmärksammar också den i amerikansk doktrin mycket omdiskuterade rättsekonomiska culpateori som framförts av Richard Posner och visar att även denna är ohållbar.

I avhandlingens åttonde (och sista) kapitel kommer jag att diskutera huruvida det är önskvärt att ha en culparegel med konkurrerande culpakriterier. En sådan regel kan kritiseras för att göra culparegeln inkoherent, men jag kommer att argumentera för att rätten måste vara ideologiskt pluralistisk för att vinna legitimitet i ett ideologiskt pluralistiskt samhälle. Jag kommer också att diskutera huruvida det är önskvärt att culpakriterierna fungerar som regler (med metakriterier som talar om vilken "culparegel" som gäller i vilken situation) eller om det vore bättre om de fungerade som principer (som vägs mot varandra i varje enskilt fall). Fördelen med regler är att de ger hög förutsebarhet. Fördelen med principer är att de ger god flexibilitet.

1.3 Avgränsningar

Innan jag går in på den närmare analysen av culpabedömningen kan det finnas anledning att sätta in den i sitt sammanhang och skilja den från andra frågor. När en domstol tar ställning till ett skadeståndsyrkande tar den ställning till flera olika saker. Huruvida skadevällaren varit vårdslös är bara en av många frågor. Till att börja med måste domstolen skilja mellan den del av bedömningen som har att göra med huruvida skadevällaren är ansvarig för den inträffade skadan och andra frågor (exempelvis hur skadeståndet skall beräknas). Ansvarsbedömningen består sedan i sin tur av flera moment, varav ett handlar om huruvida svaren varit tillräckligt försiktig (= ej vårdslös).

I ansvarsbedömningen tar domstolen ställning till om skadevållaren borde vidtagit en viss försiktighetsåtgärd, som skadelidanden hävdar borde ha vidtagits. Om domstolen finner att så är fallet är skadevållaren ansvarig för den inträffade olyckan. En grundförutsättning är givetvis att försiktighetsåtgärden var ägnad att förhindra den inträffade skadan, men detta är långt ifrån tillräckligt. Ansvarsprövningen består av tre moment: bedömning av skyddsvärdet, tillräcklig försiktighet och tillräknelighet. Varje moment bedöms för sig, och endast om förutsättningarna för ansvar är uppfyllda enligt ett moment går man vidare till nästa.

Först bedöms hur skyddsvärd skadelidanden är. Eller rättare sagt: hur skyddsvärt skadelidandens intresse att inte drabbas av den skada som nu inträffat är. När domstolen bedömer skyddsvärdet tar man ställning till om skadevållaren över huvud taget har en skyldighet att försöka förhindra den skada som inträffat. Denne ansvarar nämligen inte för alla konsekvenser av sin verksamhet. Vissa oönskade effekter ligger inom gränserna för skadevållarens ansvar medan andra ligger utanför. Skadelidanden har givetvis alltid ett intresse av att inte drabbas av den skada som inträffat, men det är inte alltid skadevållaren måste ta hänsyn till det. Rättsordningen ålägger inte alltid skadevållaren en skyldighet att betrakta detta intresse som skyddsvärt. Huruvida den inträffade skadan skall anses värd att försöka förhindra beror på hur den står i relation till de faror skadevållaren har skapat med sin verksamhet. Det är inte tillräckligt att det finns ett faktiskt orsakssamband mellan skadevållarens handlande och den inträffade skadan. Detta orsakssamband måste också vara adekvat – det får inte vara alltför långsökt. Man brukar säga att det skall finnas ett samband mellan de faror skadevållaren givit upphov till och den inträffade skadan, såtillvida att skadan skall "ligga i farans riktning". Denna bedömning kan bestå av att man analyserar sannolikheten i den orsakskedja som lett till skadan. Den kan också bestå av att man analyserar syftena med de aktsamhetsnormer som finns för den verksamhet skadevållaren ägnade sig åt. Om dessa aktsamhetsnormer tillkommit (bland annat) för att förhindra just den typ av skada som skadelidanden drabbats av, så tyder detta på att skadevållaren hade en skyldighet att vidta försiktighetsåtgärder.

Om bedömningen av skyddsvärdet leder till att skadevållaren hade en skyldighet att ta omsorg om skadelidanden går ansvars-

prövningen vidare. I nästa steg bedöms huruvida skadevällaren tog omsorg i tillräcklig omfattning – huruvida vederbörande var tillräckligt försiktig. Domstolen föreställer sig hur skadevällaren skulle ha handlat för att olyckan inte skulle ha inträffat – man tänker sig en ytterligare försiktighetsåtgärd som skadevällaren hade kunnat vidta. Därefter jämförs denna med den försiktighet skadevällaren verkligen vidtog. Anser domstolen att han eller hon borde ha vidtagit den ytterligare försiktighetsåtgärden, så anser man att vederbörande inte agerat med tillräcklig försiktighet (och skadan anses ha vållats genom "vårdslöshet"). Som vi har sett finns det olika kriterier för om skadevällaren borde ha vidtagit den ytterligare försiktighetsåtgärden – vad som är brukligt (normalitetskriteriet), vad som är kostnadseffektivt (det ekonomiska kriteriet) och huruvida det innebar en allvarlig otrygghet att olyckan kunde inträffa (trygghetskriteriet). Vilket kriterium som används beror på situationen och avgörs av metakriterier.

Om domstolen kommer fram till att skadevällaren inte varit tillräckligt försiktig så vidtar ansvarsprövningens sista steg. Nu avgörs huruvida vederbörande kan tillräknas det felaktiga beteendet.¹⁸ Att skadevällaren objektivt sett har brustit i sin omsorg är fastställt. Frågan är om denne personligen kan lastas för detta. En förutsättning för tillräknelighet är att skadevällaren förstod konsekvenserna av sitt handlande. Detta är exempelvis ej fallet med små barn. En annan förutsättning är att skadevällaren med sin vilja kunde styra sina handlingar. Detta krav är exempelvis inte uppfyllt om han eller hon orsakat skadan under ett våldsamt krampanfall.

Föremålet för undersökningen i de kommande kapitlen är endast det andra steget i ansvarsbedömningen: frågan om tillräcklig försiktighet. När jag talar om "culpabedömningen", "oaktsamhetsbe-

18 I den rättsvetenskapliga litteraturen skiljer man ibland mellan frågan om "tillräknande" och frågan om "tillräknelighet" (se Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 55). Jag kommer inte använda mig av denna terminologi eftersom den lätt leder till förvirring. När jag talar om den bedömning som tar hänsyn till skadevällarens personliga brister (det Karlgren kallar "tillräknelighet") så kommer jag använda ordet "tillräknelighet" och säga att skadevällaren "tillräknas" det felaktiga beteendet. När jag däremot talar om frågan huruvida någon kan ursäktas som försummat en försiktighetsåtgärd som vederbörande under normala omständigheter hade vidtagit (det Karlgren kallar frågan om "tillräknande") kommer jag inte att tala om "tillräknande". Se kapitel 2.1.

dömningen" eller "bedömningen av vårdslöshetsrekvisitet" är det hela tiden denna fråga jag avser.

Vissa närliggande problem brukar inte sällan behandlas sammanblandade med denna fråga, men faller här utanför ämnet. Det gäller t.ex. frågorna kring adekvans och uppsåt. Jag kommer inte heller beröra frågan om medvällande. Den handlar visserligen om att underställa skadelidanden motsvarande bedömning som den här undersökningen behandlar på skadevällarsidan, men ingår i en annan problematik: frågan om skadeståndet skall jämkas. Eftersom detta är en undersökning av culpabedömningen kommer jag inte göra någon rättsdogmatisk utredning av de fall där skadevällaren ansvarar oberoende av culpa – s.k. rent strikt ansvar. Denna ansvarsform kommer bara behandlas i sin egenskap av rättspolitiskt alternativ till culparegeln.

Jag kommer inte heller att behandla culpabedömningen i situationer där skadeståndsanspråket baserar sig på ett påstått avtalsbrott. Min undersökning behandlar det ansvar man har mot människor utan att man genom avtal har lovat att tillfredsställa deras intressen på något särskilt sätt – skyldigheten att visa tillräcklig omsorg om främlingar.¹⁹ Detta innebär dock inte att blotta förekomsten av ett avtal mellan skadevällaren och skadelidanden utesluter att ett skadeståndsanspråk faller inom ramen för denna undersökning.²⁰ Anspråket faller bara utanför undersökningen om det grundar sig på avtalet. Då bedöms det enligt avtalsrättsliga principer. Därmed är det inte sagt att den avtalsrättsliga culpabedömningen skulle sakna gemensamma drag med vår culpabedömning, men avtalsrätten innehåller också överväganden som är betingade av avtalet och den särskilda relation avtalet för med sig och därför är väsentligt annorlunda.

Jag kommer inte heller att behandla produktansvaret. Det faller i och för sig inom avhandlingens undersökningsområde så som det nu beskrivits. Jag har emellertid valt att lämna det utanför undersökningen, eftersom det ännu inte finns något fall där HD tilläm-

19 Med främlingar avses ej att parterna inte får känna varandra. De kan t.ex. vara grannar. Skadevällarens skyldighet att ta omsorg om skadelidanden är en skyldighet gentemot en främling i den meningen att den inte följer av någon speciell relation (föräldraskap, bolagsmannaskap, leverantörskap e.d.).

20 Se NJA 1982 s. 386, NJA 1987 s. 222, NJA 1995 s. 274 och NJA 1996 s. 564.

pat ansvarsregeln i den 1992 tillkomna produktansvarslagen.²¹ Det finns några äldre prejudikat som inte är överspelade genom produktansvarslagen, eftersom de rör situationer där produktansvarslagen inte är tillämplig (sakskador på egendom som inte används för privat bruk).²² Jag har dock inte funnit skäl att ta in endast dem i undersökningen.

1.4 Metod

Analys av rättspraxis kommer att spela en mycket stor roll i den här undersökningen. Det är oundvikligt när det handlar om culpa. Som jag har konstaterat tidigare är det genom HD:s domar i en lång rad fall (och tolkningen av dessa i den rättsvetenskapliga litteraturen) som culpabegreppet fått sitt innehåll. Detta skapar problem eftersom HD:s domar ofta är oklara och sällan formulerar generella normer.

Att HD:s domsmotiveringar ofta är otydliga och ofullständiga är välkänt för alla som någon gång ägnat sig åt juridik. Detta gäller inte minst de fall som har att göra med culpa. Det tillhör tyvärr ovanligheten att en dom är glasklar och säger precis varför skadevållaren ansetts ansvarig (eller inte ansvarig). Detta skapar ett stort problem för rättsvetenskapen. För att kunna kalla sig vetenskap måste den försöka säga mer än vad som uttryckligen står i HD:s dom, men så fort den försöker göra detta riskerar den att lägga en innebörd i gällande rätt som strider mot vad HD har avsett. Att HD sällan formulerar generella normer är också välkänt. HD:s uppgift är att vara rättsbildande, men i de allra flesta domar säger man ingenting som går utöver det specifika fall man har avgjort. Detta skapar också problem för rättsvetenskapen, eftersom den som analyserar rättspraxis försöker formulera generella normer utifrån dessa specifika avgöranden. Detta går inte att göra utan att säga mer än

²¹ PAL 3 §.

²² Se t.ex. NJA 1952 s. 184.

vad HD sagt och riskerar följaktligen att göra en felaktig uttolkning av gällande rätt. Rättsvetenskapen kan aldrig dra säkra slutsatser från specifika avgöranden till generella normer. Den som inte inser detta gör sig skyldig till vad som inom filosofin kallas "det induktiva misstaget".²³ Med ett klassiskt exempel: jag kan inte vara säker på att alla svanar är vita därför att jag bara har sett vita svanar.

Hur skall rättsvetenskapen hantera denna osäkerhet? Om man bara uttalar sig om det som helt säkert är gällande rätt kan man bara säga trivialiteter. Om man uttalar sig utan urskillnad om allt som kan vara gällande rätt ägnar man sig åt science fiction. Ingen av dessa extremer är särskilt lockande. Rättsvetenskapen försöker därför hitta en medelväg genom att göra de uttalanden om gällande rätt som kan anses relativt säkra. För att kunna göra detta behöver rättsvetenskapen en metod för att fastställa hur säker en viss hypotes om innehållet i gällande rätt är. När rättskällan är HD:s praxis brukar denna metod kallas för "rättsfallstolkning".

Jag kommer i den här undersökningen att använda mig av en metod, som bygger på att säkerheten av en hypotes om gällande rätt är beroende av i vad mån den genomgått kritisk prövning. Jag kommer tillämpa en rättsvetenskaplig metod som bygger på den allmänna teori om vetenskaplig metod som lagts fram av Karl Popper. Som vi har sett tidigare kan generella slutsatser inte dras från specifika premisser. Enligt Popper innebär detta att en hypotes inte verifieras av observationer som är förenliga med den.²⁴ Säkerheten hos hypotesen "alla svanar är vita" ökar inte av att vi gör observationen "denna svan är vit". Den vetenskapliga metoden bör därför – enligt Popper – bygga på *falsifiering* istället för på verifikation. En hypotes kan nämligen sägas vara relativt säker om den överlevt test i vilka man försökt falsifiera den. Enligt Popper stärks en hypotes av att ha överlevt en kritisk granskning. Hypotesen blir *befäst* (corroborated).²⁵ Ju svårare test en hypotes överlevt desto mer befäst är den. Att en hypotes är befäst betyder dock inte att den är sann.²⁶ Det betyder bara att det är rationellt att basera sitt agerande på den,

23 Se Popper *The Logic of Scientific Discovery* s. 27ff.

24 A.a. s. 266.

25 A.a. s. 33.

26 Att en hypotes är befäst är dock – enligt Popper – en indikation på att hypotesen "approximerar sanning". Se Popper *Objective Knowledge* s. 103

snarare än på någon annan hypotes som är mindre befäst.²⁷ Det ger ingen garanti mot felaktiga antaganden eller dumma beslut. Även en befäst hypotes kan komma att falsifieras. I sann vetenskaplig anda är den bara befäst till dess den falsifieras och måste överges. All vetenskaplig kunskap är provisorisk.²⁸

I den här undersökningen kommer jag att söka efter innehållet i gällande rätt med denna metod. Jag kommer att ställa upp hypoteser och testa dem. I de fall där detta leder till att en hypotes blir avsevärt mer befäst än alternativa hypoteser kommer jag att säga att det (tills vidare) är rationellt att utgå ifrån att denna hypotes ger uttryck för gällande rätt. Jag kommer att använda metoden för att fylla ut luckor i HD:s domsmotiveringar. Som jag nämnt ovan är HD:s domar ofta oklara. Denna oklarhet består inte sällan i att det finns luckor i domsmotiveringen. Det saknas länkar i HD:s argumentationskedja. När det gäller culpabedömningen är det vanligt att domskälen innehåller rättsfakta och rättsföljd, men inte säger någonting om den rättsregel med vilken rättsfakta och rättsföljd knutits samman. HD talar med andra ord inte om vilket culpakriterium som tillämpats. I värsta fall redogör domstolen helt värderingsfritt för hur olyckan har inträffat och säger därefter någonting i stil med "skadevållaren kan således inte undgå ansvar". I sådana fall går det inte att förstå vad för slags culpakriterium som har tillämpats. Vanligtvis är domskälen dock något mer utförliga. Som vi kommer se är det vanligt att redogörelsen för rättsfakta innehåller värderingar. HD säger exempelvis att "det var svårt för skadevållaren att förutse att olyckan skulle kunna inträffa" eller att "risken att en olycka skulle inträffa var liten". Detta gör dock inte nödvändigtvis domen klarare. HD hoppar nämligen ofta direkt till rättsföljden ("skadevållaren kan således inte undgå ansvar") utan att tala om på vilket sätt denna följer av de värderingar som gjorts, dvs. utan att säga vilken rättsregel som använts. Sådana fall är dock inte helt hopplösa. Med hjälp av den metod jag beskrivit ovan kan rättsvetenskapen ibland uttala sig med relativt stor säkerhet om vilket culpakriterium HD har tillämpat. Man kan testa alternativa hypoteser, dvs. hypotesen att HD tillämpat normalitetskriteriet, hypote-

27 A.a. s. 21f.

28 Popper *The Logic of Scientific Discovery* s. 265.

sen att HD tillämpat det ekonomiska kriteriet, hypotesen att HD tillämpat trygghetskriteriet samt eventuella ytterligare hypoteser, och se om de falsifieras av HD:s dom på något sätt. Om man då kommer fram till att endast en av hypoteserna går starkt ur en sådan prövning har man fog för att utgå ifrån att det är detta culpakriterium som har tillämpats.

Jag kommer inte bara att använda denna metod för att utröna vilka culpakriterier som tillämpats i olika fall. Jag kommer också använda den för att försöka ta reda på vilka rättsregler HD använder för att lösa konflikter mellan culpakriterierna. En konflikt mellan två culpakriterier föreligger exempelvis när skadevållarens beteende är vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet men inte enligt normalitetskriteriet. Sådana konflikter löses av domstolen genom att det ena kriteriet ges företräde i den föreliggande situationen. Som vi kommer att se talar HD dock inte om på vilka grunder detta sker. När HD löser en kriteriekonflikt så talar man inte om hur den rättsregel man använder ser ut. Detta innebär dock inte att det är ett fullständigt mysterium hur dessa "metakriterier" ser ut. I kapitel 6 kommer jag att försöka formulera dem. Jag kommer att testa en lång rad alternativa hypoteser: hypotesen att culpa enligt det ekonomiska kriteriet alltid har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet, hypotesen att culpa enligt det ekonomiska kriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet när olyckan orsakats av en organiserad verksamhet etc. När jag finner att en hypotes går starkt ur en sådan prövning samtidigt som alternativa hypoteser försvagats, kommer jag anta att denna hypotes uttrycker gällande rätt.

Enligt Popper går man till väga på följande sätt när man testar en hypotes. Varje hypotes delar upp möjliga observationer i två klasser: de som är förenliga med hypotesen och de som är oförenliga med hypotesen.²⁹ Hypotesen "alla svanar är vita" är t.ex. förenlig med observationen "denna svan är vit", men oförenlig med observationen "denna svan är grön". Hypotesen är också förenlig med alla typer av observationer som den inte säger någonting om, t. ex "denna svan har lång hals" eller "Pedro Jimenez är ett ovanligt sött portvin". När man vill testa en hypotes enligt Poppers metod är

29 A.a. s. 86.

alla observationer som är förenliga med hypotesen ointressanta. Man arbetar enbart med möjliga observationer som vore oförenliga med hypotesen, eftersom de är hypotesens *potentiella falsifikatorer* (potential falsifiers).³⁰ Om en sådan observation kan göras (om det den påstår är korrekt) så är hypotesen falsifierad. Att en observation är oförenlig med hypotesen kan innebära att det finns en logisk motsägelse mellan hypotesen och observationen. Exempelvis finns det en logisk motsägelse mellan hypotesen "culpa enligt det ekonomiska kriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet" och observationen att HD i ett avgörande befriat skadevållaren från ansvar med hänvisning till normalitetskriteriet trots att vederbörande varit culpös enligt det ekonomiska kriteriet. Om observationen är korrekt så är hypotesen falsk (enligt logikens modus tollens).³¹

Att observationen är oförenlig med hypotesen kan även betyda att den är *inkoherent* med hypotesen.³² Inkoherens innebär inte med nödvändighet att hypotesen och observationen är logiskt oförenliga, men att de ändå inte "passar bra ihop".³³ Detta är en mycket användbar falsifieringsmetod vid rättsfallstolkning. Att en dom är koherent med en generell norm innebär (bland annat) att den innehåller skäl som också hör hemma i tillämpningen av normen.³⁴ Exempelvis är en dom i vilken det sägs att skadevållaren "vidtagit sedvanliga försiktighetsåtgärder" koherent med normalitetskriteriet. Att det föreligger inkoherens mellan hypotesen och observationen innebär följaktligen att det saknas gemensamma skäl, dvs. att de skäl som finns i domen inte hör hemma i hypotesen.³⁵ Om hypotesen exempelvis är att normalitetskriteriet tillämpats föreligger inkoherens om de skäl som anförs har att göra med huruvida skadevållaren agerat ekonomiskt effektivt och domen inte berör huruvida skadevållarens agerande var normalt. Enligt

30 A.a. s. 86.

31 A.a. s. 76.

32 Popper *Truth and Approximation to Truth* s. 186.

33 Se t.ex. Lindahl *Conflicts in Systems of Legal Norms* s. 48.

34 Se Alexy och Peczenik *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality* s. 136.

35 En kritik som kan riktas mot denna metod är att andra skäl än de som anförs av domstolen kan ha varit avgörande för domslutet. Jfr Hjerner *Om rättsfallstolkning* s. 48.

Popper har inkoherens en falsifierande verkan på hypotesen.³⁶ Denna falsifierande verkan är dock rimligtvis inte lika stark som den som uppkommer av en logisk oförenlighet. Men den försvagar hypotesen. Som vi kommer att se händer det ibland att skälen i en dom är koherenta med flera hypoteser. Det är t.ex. fallet om HD motiverar ansvar med hänvisning till att en försummad försiktighetsåtgärd hade varit såväl normal som ekonomiskt effektiv. I så fall falsifieras vare sig hypotesen att domstolen tillämpat normalitetskriteriet eller hypotesen att man tillämpat det ekonomiska kriteriet.

En hypotes som överlevt kritisk prövning utan att ha blivit försvagad sägs vara befäst. Den kan dock vara olika mycket befäst. Till vilken grad en hypotes skall anses befäst beror på flera faktorer. Bland annat beror det på hypotesens *testbarhet* (testability). Ju mer testbar en hypotes är desto större värde kan man fästa vid att den överlevt en kritisk granskning. Testbarheten har i sin tur att göra med antalet potentiella falsifikatorer. En hypotes har stor testbarhet om det finns många möjliga observationer som är oförenliga med hypotesen. En generell hypotes är sålunda mer testbar än en mindre generell hypotes.³⁷ Hypotesen "culpa enligt ett culpakriterium har (alltid) företräde framför icke-culpa enligt ett annat culpakriterium" är mer testbar än hypotesen "culpa enligt det ekonomiska kriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet". En enkel hypotes är mer testbar än en hypotes som innehåller begränsande förutsättningar.³⁸ Hypotesen "culpa enligt ett culpakriterium har (alltid) företräde framför icke-culpa enligt ett annat culpakriterium" är exempelvis mer testbar än hypotesen "icke-culpa enligt normalitetskriteriet har företräde framför culpa enligt det ekonomiska kriteriet om skadevållaren är en privatperson". Att en hypotes är mer testbar ju fler potentiella falsifikatorer den har, innebär också att en preciserad hypotes är mer testbar än en mindre preciserad hypotes.³⁹ Hypotesen "culpa enligt trygghetskriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet om det inträffat en personskada" är således

36 Se fotnot 32.

37 Popper *The Logic of Scientific Discovery* s. 269.

38 A.a. s. 142.

39 A.a. s. 131 och s. 269.

mer testbar än hypotesen "culpa enligt trygghetskriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet om detta är skäligt".

Till vilken grad en hypotes skall anses befast beror också på hur svårt det test var som hypotesen har överlevt. Ju fler misslyckade försök att falsifiera en hypotes man har gjort desto mer befast kan hypotesen anses vara. Popper framhåller dock att detta förutsätter att försöken inte är för lika varandra. En hypotes blir mer befast av nya försök som testar hypotesen under nya omständigheter.⁴⁰ Anta att vi har testat hypotesen "culpa enligt det ekonomiska kriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet om skadevällaren är en näringsidkare" genom att studera tre fall där skadevällaren var en bonde och att hypotesen inte falsifierats av något av dessa fall. Hypotesen skulle bli mer befast om den nu testades på ett fall där skadevällaren var en frisör (och överlevde detta test) än om den testades på ytterligare ett fall där skadevällaren var en bonde.

Till vilken grad en hypotes är befast är någonting relativt. Det kan inte mätas utan bara sättas i relation till hur befast en annan hypotes är.⁴¹ Vi kan egentligen aldrig säga "denna hypotes är befast". Vi kan bara säga "denna hypotes är mer befast än alternativa hypoteser". Att vi kan göra ett sådant omdöme har följaktligen inte enbart att göra med hypotesens egna kvaliteter, utan beror till stor del på vad den jämförs med. Att en hypotes är mer befast än en annan hypotes säger inte särskilt mycket, om den andra hypotesen är en usel hypotes (t.ex. därför att den är dåligt preciserad). Att en hypotes är mer befast än två andra hypoteser som vi har testat är inte särskilt värdefullt om vi har försummat att testa en fjärde hypotes som hade blivit ännu mer befast. Vi bör därför testa alla alternativa hypoteser vi kan hitta på. Om det handlar om att försöka ta reda på vilket culpakriterium HD har tillämpat i ett visst avgörande bör vi testa alla culpakriterier som vi kan konstruera utifrån de culpaargument som förekommer i den juridiska diskursen. Ju mer vi har uttömt förrådet av möjliga alternativa hypoteser

40 A.a. s. 269.

41 Popper *Objective Knowledge* s. 18.

desto starkare skäl har vi att utgå ifrån att den hypotes som är mest befäst också uttrycker gällande rätt.

1.5 Syfte

Syftet med den här undersökningen är att skapa klarhet kring innebörden i vårdslöshetsrekvisitet i skadeståndslagen 2 kap. 1 §. Vad jag presenterar på dessa sidor är inte ett förslag till hur detta rekvisit skulle kunna tillämpas eller hur det borde tillämpas. Det är en beskrivning av hur det faktiskt tillämpas i gällande svensk rätt. Avhandlingen har ett rättsdogmatiskt syfte. Den preciserar innehållet i gällande rätt. Detta har gjorts många gånger tidigare när det gäller culpabegreppet, men det är min ambition att min undersökning kommer att tillföra någonting utöver vad som skrivits tidigare. Jag beskriver gällande rätt genom att identifiera (konkurrerande) culpakriterier som ryms inom culpabegreppet och genom att identifiera de metakriterier som löser konflikter mellan dem. Tanken är att detta skall precisera innehållet i culpabegreppet mer än vad som har gjorts tidigare.

Avhandlingen har också ett annat syfte: att klargöra de rättspolitiska ställningstaganden som ligger bakom gällande rätt. Min förhoppning är att denna bok skall bidra till förståelsen om vilka ideologiska val den domare gör, som (i en viss situation) låter ett culpakriterium få företräde framför ett annat culpakriterium.

Det finns olika sätt på vilka man kan göra en rättsvetenskaplig undersökning om culpa. Ett sätt är att titta på samspelet mellan culparegeln och andra regler i skadeståndsrätten. En sådan undersökning kan vara rättsdogmatisk. Den kan t.ex. beskriva de rättigheter som ersättningsrätten som helhet ger dem som drabbas av skador, genom att beskriva culparegeln i relation till reglerna om strikt ansvar, reglerna om jämkning av skadestånd, reglerna för offentliga försäkringar etc. En undersökning som tittar på samspelet mellan culparegeln och andra regler kan också ha andra syften än att klargöra innehållet i gällande rätt. En sådan undersökning kan t.ex. vara rättsekonomisk. Den kan studera huruvida culparegeln och andra regler i ersättningsrätten samspelar på ett sådant

sätt så att samhällsekonomisk effektivitet befrämjas. Syftet med denna avhandling är inte att utföra denna typ av analyser, vare sig av det ena eller det andra slaget. Jag kommer inte undersöka samspelet mellan culparegeln och andra regler. Sådana undersökningar behandlar ofta culpabegreppet som en "svart låda". De talar om culpa utan att ge någon mer ingående definition av vad culpa är. De talar om samspelet mellan culparegeln och andra regler som om läsaren redan visste vad culpa innebär. I den här undersökningen kommer jag att göra precis tvärtom. Jag kommer att koncentrera mig på att beskriva innehållet i culpabegreppet. Jag kommer att försöka öppna den svarta lådan.

2 Normalitetskriteriet

2.1 En normalt aktsam person

Normalitetskriteriet kräver att man skall vidta de försiktighetsåtgärder som brukar vidtas i den verksamhet man utövar. Enligt normalitetskriteriet har man varit culpös om man har missat att vidta en försiktighetsåtgärd som normalt aktsamma personer hade vidtagit. Detta krav är inte särskilt strängt – med "normalt aktsamma personer" avses inte oklanderliga övermänniskor. Skadevållaren undgår ansvar om man kan titta på den olycka som inträffat och säga: "Det kunde ha hänt vem som helst!"

Hur vet man då vad som är "normalt"? Inom skadeståndsrätten har två metoder utvecklats. Den första metoden går ut på att man försöker se en fiktiv normalperson framför sig och föreställer sig hur denne hade agerat i skadevållarens situation. Den andra metoden går ut på att man tittar på de sociala vanor som finns i samhället och frågar sig om skadevållarens agerande passar in i dem. Den första metoden betraktar den enskilda individen och försöker utröna dennes inställning till aktsamhet. Den andra metoden tittar på de sociala vanor som utvecklats mellan individerna. Som vi kommer att se är metoderna inflätade i varandra. Sociala vanor påverkar givetvis hur en normalt aktsam person hade agerat och sociologiska faktorer beaktas därför även när den första metoden tillämpas. På motsvarande sätt spelar antaganden om hur den enskilde människan agerar in, när domstolen – enligt den andra metoden – försöker bedöma om den aktuella situationen tillhör de situationer i vilken en viss aktsamhetsvana iakttas.

De två metoderna ger uttryck för en spänning i synsättet på normalitet. När den första metoden används ses aktsamhet primärt som en personlig egenskap. Detta är tydligt hos exempelvis Johan

Thyrén, som ser aktsamhet som en naturlig egenskap vilken är normalfördelad på samma sätt som t.ex. längd.¹ När den andra metoden används ses aktsamhet i första hand som ett socialt fenomen. Detta synsätt finns hos exempelvis Folke Schmidt.² Att som Thyrén lägga tonvikten på naturliga faktorer snarare än sociala representerar ett gammaldags synsätt på aktsamhet. Utvecklingen under 1900-talet har gått åt det hållet att det sociologiska synsättet fått ökat utrymme. Metoderna bör dock uppfattas som komplement till varandra. I den skadeståndsrättsliga litteraturen hänvisar man oftast till båda metoderna i samband med att man talar om normalitetskriteriet (och hänvisningen sker inte sällan i ett svep).³ För klarhetens skull kommer jag dock att behandla de två metoderna separat. I det här avsnittet kommer jag att undersöka hur man går till väga när man jämför skadevällaren med en fiktiv normalperson och i avsnitt 2.2 kommer jag att undersöka hur man går till väga när man bedömer skadevällarens beteende i förhållande till etablerade aktsamhetsvanor.

Jämförelsen av skadevällaren med en fiktiv normalperson sker i två steg. Först försöker man få en bild av normalpersonens allmänna försiktighetsnivå. Man tar reda på hur mycket vederbörande är beredd att anstränga sig i förhållande till risker av olika dignitet och bildar sig därigenom en uppfattning om vad normalpersonen anser vara en rimlig balans mellan försiktighet och risktagande. Här finns en likhet mellan normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. I båda fallen görs en avvägning mellan skadevällarens olägenheter (för att vidta försiktighetsåtgärder) och presumtiva offers olägenheter (av att drabbas av skador). Den väsentliga skillnaden är att den balans mellan försiktighet och risktagande, som blir till norm enligt normalitetskriteriet, är den balans som de facto praktiseras i samhället. Det ekonomiska kriteriet föreskriver den balans som är ekonomiskt effektiv.

Om skadevällaren ägnade sig åt en verksamhet vars utövare har särskilda kunskaper (kanske till och med en särskild utbildning) jämförs skadevällaren med en normalperson som har dessa kunskaper.

1 Thyrén *Culpa legis Aquilae* s. 87.

2 Se t.ex. Schmidt *Om culpabegreppet* s. 468.

3 Se t.ex. Ussing *Anmälan av Hjalmar Karlgrens 'Skadeståndsrätt'* s. 33.

per.⁴ En läkare som ställt en felaktig diagnos jämförs exempelvis med en fiktiv "normalt aktsam läkare" (inte med en fiktiv normalt aktsam lekman). En jägare jämförs med en "normalt aktsam jägare", en golfspelare jämförs med en "normalt aktsam golfspelare" etc. Eftersom normalpersonen är en vanlig människa, med mänskliga fel och brister, finns det en spänning mellan hur försiktig vederbörande faktiskt är och hur försiktig vederbörande anser att man bör vara. Detta skapar problem för normalitetsbedömningen. Syftar "normal aktsamhet" på hur människor faktiskt beter sig eller på hur de anser att man borde bete sig? Tyvärr kan rättspraxis inte ge något entydigt svar på denna fråga. När normalitetskriteriet tillämpas hänvisar domstolen oftast till faktiskt beteende.⁵ Men det har även förekommit att skadevållaren befinns vårdslös när vederbörande agerat på ett sätt som allmänt anses förkastligt, men är vanligt förekommande. I NJA 1965 s. 474 ansåg HD att en travkusk agerat vårdslöst när han under ett travlopp utfört en manöver, som visserligen var förbjuden enligt reglerna, men som förekom ganska ofta (vid tiden för olyckan).⁶ Enligt Hjalmar Karlgren kräver culpregeln att man skall vidta de försiktighetsåtgärder som enligt "härskande samhällsmoral" bör vidtas, även om åtgärden de facto inte brukar vidtas.⁷ Det är svårt att säga om detta är en korrekt uttolkning av gällande rätt. Det finns inget fall som motsäger att så skulle vara fallet – det finns inget fall där HD konstaterat att det allmänt anses att en viss försiktighetsåtgärd bör vidtas, men funnit det ursäktligt att skadevållaren inte vidtagit åtgärden därför att det är normalt att den försummas. Å andra sidan är NJA 1965 s. 474 (travkusken) det enda fall där man kan se att HD tillämpat en normativ normalitet. HD verkar inte vara lockad av att hänvisa till härskande samhällsmoral. I de fall där skadevållaren gjorts ansvarig trots att vederbörande inte avvikit från den faktiska normaliteten har HD istället argumenterat enligt det ekonomiska kriteriet.⁸

4 Se t.ex. Ussing *Erstatningsret* s. 29, Stang *Erstatningsansvar* s. 132, Hellner *Några synpunkter på culpabegreppet inom skadeståndsrätten* s. 618 och v. Bar *Verkehrspflicht* s. 49.

5 Se t.ex. NJA 1983 s. 232 (hästhagen).

6 Att manövern var vanligt förekommande framgår på s. 479f i rättsfallsreferatet.

7 Karlgren *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten* s. 7.

8 Se NJA 1981 s. 683 (konerna), NJA 1990 s. 569 (gropen) och NJA 1996 s. 564 (häststallet II).

När man har fått en uppfattning om den fiktiva normalpersonens allmänna försiktighetsnivå, vidtar det andra steget i bedömningen. Man föreställer sig att normalpersonen befunnit sig i skadevållarens situation och frågar sig hur normalpersonen då hade agerat. Om normalpersonen hade agerat på ett annat sätt – som hade förhindrat olyckan från att inträffa – så har skadevållaren varit vårdslös. Skadevållaren undgår däremot ansvar om man med lätthet kan föreställa sig att normalpersonen hade betett på samma sätt. Den fiktive normalpersonen fungerar som en dubbel måttstock.⁹ Den fiktiva normalpersonen är en moralisk måttstock, dvs. en måttstock på hur mycket människor brukar anstränga sig för att ta omsorg om sina medmänniskor. Samtidigt är normalpersonen också en mänsklig måttstock. Att en normalperson hade ansett att en viss försiktighetsåtgärd bör vidtas är inte tillräckligt för att skadevållaren skall anses vårdslös. Man skall också kunna anta att normalpersonen – i skadevållarens situation – hade insett att den försummade försiktighetsåtgärden borde ha vidtagits och haft tillräcklig sinnesnärvaro för att vidta den. I många situationer är detta inget problem. Men somliga situationer är sådana att det är mänskligt att missa en försiktighetsåtgärd som i efterhand framstår som självklar. Det handlar t.ex. om situationer där man har kort tid på sig att tänka innan man handlar. Sådana situationer kan uppkomma t.ex. i trafiken eller när man spelar fotboll. Om man med lätthet kan föreställa sig att normalpersonen hade kunnat göra samma misstag som skadevållaren, så kan skadevållaren inte klandras för sitt agerande.

Observera att den mänskliga måttstocken är någonting annat än bedömningen av huruvida skadevållaren kan "tillräknas" den felaktiga handlingen. Jag förklarade i kapitel 1.3 att bedömningen av tillräknelighet är ett självständigt moment, som faller vid sidan om bedömningen av huruvida skadevållaren varit tillräckligt försiktig. När skadevållarens misstag ursäktas enligt den mänskliga måttstocken är det för att vem som helst som befunnit sig i skadevållarens situation hade haft svårt att handla så som vederbörande i efterhand hade önskat. När det är fråga om huruvida skadevållaren kan tillräknas sitt eget handlande så är det fråga om att ta hänsyn

9 Se Deutsch *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt* s. 127f.

till en personlig brist – t.ex. att skadevällaren till följd av psykisk sjukdom inte förstått att något varit farligt. Det är lätt att blanda ihop dessa båda frågor eftersom båda hör hemma i (vad som brukar kallas) den "subjektiva sidan" av culpaansvaret.¹⁰ Det rör sig dock om två olika betydelser av ordet subjektiv. Man kan säga att den moraliska måttstocken är objektiv och den mänskliga måttstocken subjektiv i den meningen att den moraliska måttstocken värderar yttre omständigheter, medan den mänskliga måttstocken värderar inre omständigheter. Den moraliska måttstocken värderar handlingar i den fysiska världen, medan den mänskliga måttstocken värderar psykiska tillstånd. När man däremot säger att frågan om tillräkneligheten är subjektiv tillför man dock ytterligare en dimension till begreppsparet objektiv/subjektiv. Bedömningen av om skadevällaren kan tillräknas det felaktiga beteendet är subjektiv även i den meningen att den är personlig. Den ställer inte samma krav på skadevällaren som på alla andra (som bedöms enligt normalitetskriteriet). Den tar hänsyn till speciella brister hos vederbörande och är i denna mening inte objektiv.

Låt oss titta på några rättsfall. NJA 1993 s. 149 handlar om ett skadeståndsanspråk mot en golfspelare. Denne hade gjort ett misslyckat utslag. Istället för att hamna på den finklippta delen av banan (fairway) hade bollen hamnat till vänster om denna. Eftersom den finklippta delen av banan böjde sig åt vänster medförde dock detta spelläge en möjlighet att gena över den oklippta delen av banan. Istället för att slå bollen till den finklippta delen av banan och därifrån mot flaggan, kunde golfspelaren försöka slå bollen rakt mot flaggan. Härigenom tog han dock en uppenbar risk. Om slaget skulle gå för långt till vänster kunde bollen mycket väl landa utanför banans gräns (out of bounds), varvid han skulle komma att bestraffas med två pliktslag. För att kunna vinna ett slag var golfspelaren dock beredd att ta denna risk. Han slog till bollen i syfte att gena mot flaggan, men fick en ännu värre snedträff än vid sitt första slag. Bollen skruvade sig kraftigt åt vänster ut över banans gräns. Den landade på golfklubbens parkeringsplats där

10 I Hjalmar Karlgrens begreppsbyggnad är distinktionen extra besvärlig att upprätthålla, eftersom Karlgren kallar tillämpningen av den mänskliga måttstocken för en fråga om "tillräknande" som han skiljer från frågan om skadevällarens personliga "tillräknelighet" (Karlgrén *Skadeståndsrätt* s. 55).

den träffade en parkerad bil. HD ansåg att golfspelaren var ersättningskyldig för skadan på bilen:

Ulf L [skadevållaren] borde ... ha räknat med risken att personbilen som stod på parkeringsplatsen kunde komma att skadas. Han hade kunnat undvika skadan genom att välja en annan spelriktning, i närmare överensstämmelse med banans riktlinje från utslagsplatsen, även om det kunde kostat honom ett slag. Med hänsyn till det anförda är Ulf L:s handlande att bedöma som oaktsamt.¹¹

Vad HD synes ha tagit fasta på är att den enda olägenhet det hade inneburit för skadevållaren att vara mer försiktig hade varit att hans slutresultat på golfgrunden i sämsta fall hade ökats med ett slag. En i HD:s ögon så obetydlig olägenhet kunde därför knappast ses som oproportionell för att undanröja en fara, även om faran nu inte var särskilt betydande. En dylik proportionalitetsbedömning låter sig göras enligt normalitetskriteriet såväl som enligt det ekonomiska kriteriet. Det finns inget i domskälen som utesluter att HD haft vare sig det ena eller det andra kriteriet i tankarna. Svante Johansson anser i sin analys av fallet att HD tillämpat (vad jag kallar) det ekonomiska kriteriet.¹² Så som HD uttryckt sig kan skadevållaren dock lika gärna ha förlorat målet därför att han blivit jämförd med HD:s föreställning om hur en omdömesgill och aktsam golfspelare agerar på golfbanan. HD:s sätt att beskriva skadevållaren kan tolkas som att domstolen vill framhäva att han inte betett sig normalt. Han beskrivs som en chanstagare som tar spelet lite för allvarligt – en person som faller ur ramen. 1993 års fall visar hur normalitetskriteriet kan användas som moralisk måttstock för bedömning av skadevållarens beteende.

I NJA 1974 s. 585 spelade några pojkar landhockey på en gårdsplan. När en av pojkarna skulle göra en passning slog han klubban i ansiktet på en motspelare som befann sig bakom honom. Det är självklart för en normalt aktsam person att man skall ta omsorg om sina motspelare, och därför inte bör svepa med klubban upp i ansiktshöjd där någon kan befinna sig. Ändå ansåg inte HD att poj-

11 NJA 1993 s. 149, s. 155.

12 Johansson *Sträng culpabedömning vid skada i samband med golfspel* s. 194.

ken agerat på ett sätt som hade varit främmande för en normalt aktsam person:

En följd av att spelet innebar en tävling var uppenbarligen att tempot drevs upp tämligen högt och att spelarna således i allmänhet inte hade tid att närmare betänka sig, när de var i tillfälle att slå till bollen [...] Vid gemensamt spel varom här är fråga bör således tillämpas en något mildare ansvarsregel än som eljest gäller, och spelare bör skäligen inte förpliktas utgiva skadestånd till annan spelare annat än om särskilda omständigheter föranleder det, så som att han visat hänsynslöshet eller företagit något som klart faller utanför det normala spelet [...] [Det] är ej ... visat att Curt [skadevållaren] ... brustit i den aktsamhet som med hänsyn till spelets karaktär kunnat krävas av honom.¹³

Här har HD använt en "normalt aktsam landhockeyspelare pojke" som mänsklig måttstock. Skadevållaren har inte undgått ansvar därför att han inte gjort något fel. Han har undgått ansvar därför att en normalt aktsam pojke hade kunnat göra samma fel.

2.2 Etablerade aktsamhetsvanor

Den andra metoden för att ta reda på om skadevållaren agerat "normalt" är att jämföra dennes agerande med de aktsamhetsvanor som etablerats i den aktuella verksamheten. Om de åtgärder som skadevållaren vidtagit följer dessa vanor relativt väl kan vederbörande inte betecknas som vårdslös. Denna metod förutsätter att etablerade aktsamhetsvanor har utvecklats i den verksamhet som skadevållaren ägnade sig åt. I vissa fall är det inte så (och då är man hänvisad till den nyligen beskrivna normalpersonsmetoden), men i de flesta verksamheter finns aktsamhetsvanor som är väl etablerade. Aktsamhetsvanor som är så inrotade att de ingår som en del i utförandet av själva verksamheten. Sådana aktsamhetsvanor är ofta väl kända, eftersom människor lär sig att vidta dem i samband med att de lär sig att utöva verksamheten. Så är det t.ex. med de försik-

13 NJA 1974 s. 585, s. 589f.

tighetsrutiner som iakttas i samband med skogsavverkning och eldning. Etablerade aktsamhetsvanor är ofta synnerligen konkreta. De innehåller precisa instruktioner om vilka försiktighetsåtgärder som skall vidtas. Det kan t.ex. gälla när varningsskyltar skall sättas upp, hur avspärningar skall se ut eller hur ofta något skall kontrolleras. Det kan också vara ett direkt förbud mot att ta en viss risk.

Många etablerade aktsamhetsvanor är kodifierade i lagar eller andra föreskrifter. I vägtrafikkungörelsen beskrivs exempelvis en lång rad försiktighetsåtgärder som rutinmässigt iakttas av trafikanterna. Att en viss försiktighetsåtgärd föreskrivs i lag betyder dock inte nödvändigtvis att åtgärden är en "etablerad aktsamhetsvana". Detta är viktigt att ha klart för sig. Om en försiktighetsföreskrift beskriver ett idealbeteende som inte överensstämmer med hur människor faktiskt beter sig vore det alltför strängt mot skadevållaren att använda den som en skadeståndsrättslig ansvarsregel.¹⁴

Samma sak gäller de försiktighetsregler som är kodifierade i regler utanför juridiken. De försiktighetsregler som finns inom t.ex. idrotten kan ge uttryck för etablerade aktsamhetsvanor, men de kan också ge uttryck för ett önskat idealbeteende som går utöver det normala. Idrottens försiktighetsregler är tillkomna bl.a. för att förhindra olyckor. I många fall är de dock huvudsakligen till för att möjliggöra en rättvis tävlan. Om skadevållaren brutit mot en idrottsregel kan man därför inte omedelbart dra slutsatsen att vederbörande varit vårdslös. Denna slutsats kan bara dras när man först utrett att regeln i fråga verkligen rutinmässigt följs av utövarna i syfte att förebygga den typ av olycka som drabbat skadelidanden. I denna prövning använder domstolen sig av den fiktiva normalperson som jag behandlade i föregående avsnitt. Domstolen frågar sig huruvida det regelbrott som skett också hade kunnat göras av normalpersonen. En sådan bedömning gjordes i NJA 1965 s. 474.

Under ett travlopp hade en häst börjat galoppera, och kusken hade styrt ut hästen utanför fältet. När hästen kommit tillbaka i trav försökte kusken återta sin plats genom att flytta ekipaget i sidled. Han kolliderade då med ett annat ekipage som kom bakifrån.

14 Se kapitel 7.2 samt Hagström *Culpanormen* s. 29.

Denna manöver är förbjuden enligt tävlingsreglerna och HD la detta till grund för kuskens ansvar.

[D]enna föreskrift är av väsentlig betydelse för tävlingens genomförande och förebyggande av att skador inträffar vid densamma. Grens [kusken] körsätt vid det tillfälle då hästen Ilscha skadades innebar en klar överträdelse av nämnda föreskrifter. Sådana omständigheter förelågo ej, att överträdelsen skulle kunna betraktas såsom allenast en i tävlingsivern gjord felbedömning, som får ursäktas eller i vart fall tolereras. Med hänsyn härtill måste Gren anses hava gjort sig skyldig till ovarsamhet av beskaffenhet att medföra skadeståndsskyldighet.¹⁵

Om det finns en etablerad aktsamhetsvana för den verksamhet som skadevällaren ägnade sig åt, och skadevällaren har vidtagit alla de försiktighetsåtgärder som aktsamhetsvanan föreskriver, så anses skadevällaren ha agerat "normalt" och undgår skadeståndsansvar. Detta är huvudregeln. Men denna huvudregel har ett viktigt undantag. För att en etablerad aktsamhetsvana på detta sätt skall kunna användas som källa till vad som är "normalt", så måste aktsamhetsvanan vara *adekvat* i förhållande till den situation i vilken skadevällaren befann sig. Aktsamhetsvanan är utformad för den typ av verksamhet som skadevällaren ägnade sig åt, och är därför typiskt sett adekvat. Men för att vara adekvat i det aktuella fallet måste aktsamhetsvanan vara tillkommen (bl.a.) för att förhindra just den typ av olycka som nu inträffat.¹⁶ Aktsamhetsvanan är utformad med tanke på vissa risker. Om den risk som nu givit upphov till en olycka inte ingick bland dessa risker, så är aktsamhetsvanan givetvis inte en adekvat källa till hur det hade varit normalt att agera för att förhindra den inträffade olyckan. Om skadevällaren borde ha insett detta, så kan han eller hon inte komma undan med att hänvisa till att den (inadekvata) aktsamhetsvanan följts. Om skadevällaren insåg att situationen bjöd på speciella risker, så agerade vederbörande inte med normal aktsamhet om han eller hon nöjde sig med att vidta sedvanliga försiktighetsåtgärder. Skadevällaren borde ha vidtagit de ytterligare försiktighetsåtgärder som en normalt aktsam person hade vidtagit med tanke på den speciella risken.

15 NJA 1965 s. 474, s. 480.

16 Jfr Nygaard *Skade og ansvar* s. 199 och Hagström *Culpanormen* s. 21ff.

NJA 1993 s. 143 (golfspelaren) är ett exempel på ett fall där etablerade aktsamhetsvanor inte var adekvata. Inom golfsporten finns en mängd försiktighetsregler (vilka kodifierats av svenska golfförbundet i en broschyr med namnet "Golfvett"). Skadevållaren hade inte brutit mot någon av dessa regler, men detta innebar inte att han agerat normalt. Det olycksaliga slaget gav nämligen upphov till en fara som dessa försiktighetsregler inte var utformade för att hantera. Slaget riskerade att skada något av värde som befann sig utanför banan och de försiktighetsregler som vidtas av golfspelare är inte tillkomna för denna eventualitet. Skadevållaren kunde därför inte hävda att han inte var ansvarig enligt normalitetskriteriet med hänvisning till att han följt etablerade försiktighetsregler. HD uttrycker detta på följande sätt:

Inte heller det faktum att skadevållaren har följt de regler som gällt för sporten eller tävlingen kan tillmätas samma betydelse i förhållande till en utomstående som till en annan deltagare, annat än då de ifrågavarande reglerna undantagsvis tillkommit för att skydda tredje man.¹⁷

Att skadevållaren inte kan bedömas enligt etablerade aktsamhetsvanor därför att de inte är adekvata, innebär dock inte att dessa aktsamhetsvanor inte kan ha någon betydelse för culpabedömningen. De kan användas som riktmärke på hur aktsam man i största allmänhet brukar vara i skadevållarens verksamhet.¹⁸ Ett sådant förfarande hade kunnat göra argumentationen i 1993 års fall mer övertygande. Golfsportens försiktighetsrutiner (att inte slå förrän man har god marginal till spelare som befinner sig framför på banan, att inte slå om någon befinner sig bakom ens rygg m.m.) är mycket rigorösa. Den som följer dessa rutiner tar stor omsorg om andra. Att skadevållaren betedde sig olämpligt trots att han följde alla dessa rutiner berodde på att den bana han spelade på var anlagd på ett ovanligt sätt. Om skadevållaren under dessa onormala förhållanden hade tagit lika stor omsorg om andra som han gör när han iakttar alla dessa etablerade aktsamhetsvanor, så hade han inte agerat som han nu gjorde.

¹⁷ NJA 1993 s. 149, s. 155.

¹⁸ Se v. Bar *Verkehrspflicht* s. 61.

3 Det ekonomiska kriteriet

3.1 Kostnadseffektivitet

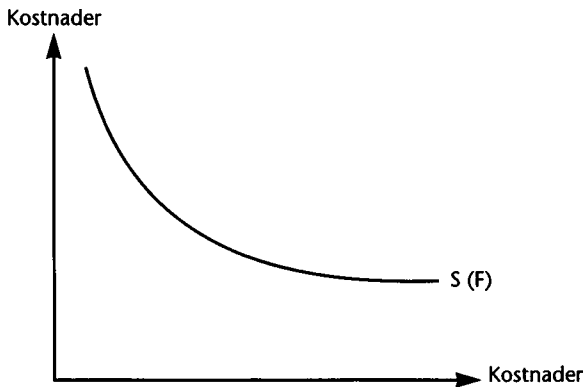
Enligt det ekonomiska kriteriet har man agerat tillräckligt aktsamt om man inte genom ytterligare försiktighet hade kunnat minska de sammanlagda kostnader som verksamheten ger upphov till. Det ekonomiska kriteriet kräver att man skall värdera alla kostnader lika, oavsett om de är ens egna eller någon annans, och kriteriet kräver att man agerar kostnadseffektivt. Att alla kostnader värderas lika innebär att en åtgärd som medför ökade kostnader för en person kan accepteras om den samtidigt medför minskade kostnader för en annan person och den senares kostnadsminskning är större än den förstes kostnadsökning. Enligt det ekonomiska kriteriet skall en åtgärd vidtas om förtjänsten av att den vidtas hade räckt till för att (fullt ut) kompensera den som förlorar på åtgärden. Huruvida någon sådan kompensation verkligen utgår är dock utan betydelse. Denna definition på ekonomisk effektivitet brukar kallas för Kaldor-Hicks kriteriet.¹

Vid tillämpning av det ekonomiska kriteriet betraktas alla typer av olägenheter som kostnader. De betraktas som om de hade ett pris i pengar. Med kostnader för försiktighetsåtgärder avses därför inte bara direkta utgifter – som exempelvis kostnaden för att sätta upp ett stängsel – utan alla typer av förluster som drabbar skadevållaren. Det kan handla om förlorad tid, exempelvis för att utföra säkerhetskontroller eller för att ta reda på vilka försiktighetsåtgärder som är kostnadseffektiva. Men det kan också handla om att skadevållaren måste avstå från något som helt enkelt bereder vederbörande tillfredsställelse, exempelvis glädjen att få rasta sin livs-

1 Se Cooter *Law and Economics* s. 43f.

farliga boarmor² i närheten av ett dagis. På motsvarande sätt betraktas alla skadelidandens olägenheter som kostnader – även ideella olägenheter som smärta och psykiskt lidande.³

Skadevållarens verksamhet ger upphov till kostnader av två slag: kostnader för försiktighetsåtgärder och kostnader för skador. De förra kostnaderna får skadevållaren stå för själv och de senare drabbar dem som skadas av verksamheten (i vart fall i ett första skede innan skadeståndsskyldighet och försäkringar tas med i bilden). Storleken på dessa kostnader styrs båda av skadevållaren. Denne bestämmer sig för hur mycket han eller hon skall försöka förhindra skador och avgör därmed omfattningen av kostnaderna för försiktighetsåtgärder. Samtidigt styr skadevållaren därigenom också hur stora kostnader för skador verksamheten kommer att ge upphov till. Ju mer vederbörande kostar på sina försiktighetsåtgärder, desto färre och mindre allvarliga olyckor kommer att inträffa och desto lägre blir olyckskostnaderna. Sambandet mellan de sammanlagda kostnaderna för försiktighetsåtgärder F och de sammanlagda kostnaderna för skador $S(F)$ ser ut på följande sätt.

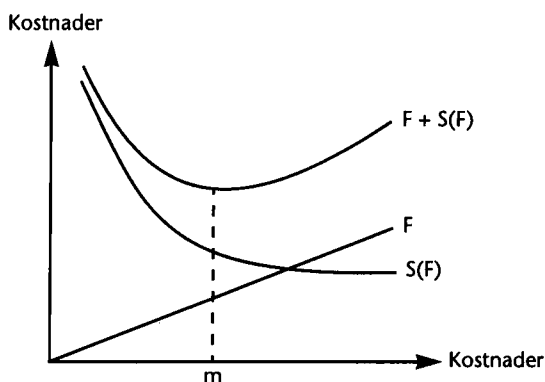


Figur 3.1

- 2 Att använda sig av en boarmor som centralt element i den vetenskapliga analysen har kommit att bli ett av de främsta kännetecknen för kritisk och nyskapande samhällsvetenskap under 1900-talet. Förgrundsgestalter inom denna rörelse är bl.a. Bertrand Russel och Peter Westberg. Se Russel *Makt – En analys av dess roll i samhället* s. 7 och Westberg *Domstols officialprövning* s. 442 fotnot 262.
- 3 Att behandla alla olägenheter som kostnader är vare sig okontroversiellt eller problemfritt. Jag återkommer till detta i kapitel 3.2.

Om skadevällaren knappt hade ansträngt sig alls för att förhindra skador (om vi befinner oss långt till vänster på den horisontella axeln) så inträffar många olyckor som hade kunnat undvikas med relativt enkla medel. En ökad försiktighet (en förflyttning åt höger på den horisontella axeln) åstadkommer därför en kraftig sänkning av kostnaderna för skador. Om skadevällaren däremot redan har ansträngt sig mycket för att förhindra skador (om vi befinner oss långt till höger på den horisontella axeln) så är de försiktighetsåtgärder som gör stor nytta uttömda. Skadevällaren befinner sig i en situation där verksamheten ger upphov till få olyckor och dessa inträffar på egenartade och sinsemellan olika sätt. Skadevällaren kan pressa ner kostnaderna för skador ännu något mer genom att vidta ytterligare försiktighet som siktar in sig på någon av dessa ovanliga händelseförlopp. Det kommer dock inte att påverka de totala kostnaderna för skador särskilt mycket. Detta förklarar varför kurvan planar ut ju längre åt höger vi kommer.

Eftersom skadevällaren genom sitt agerande kan styra storleken på kostnaderna för försiktighetsåtgärder, såväl som storleken på kostnaderna för skador, kan vederbörande uppenbarligen också styra verksamhetens sammanlagda kostnader. Sambandet mellan kostnader för försiktighetsåtgärder F och summan av alla slags kostnader $F + S(F)$ ser ut på följande sätt.⁴



Figur 3.2 (observera att axlarna har olika skala)

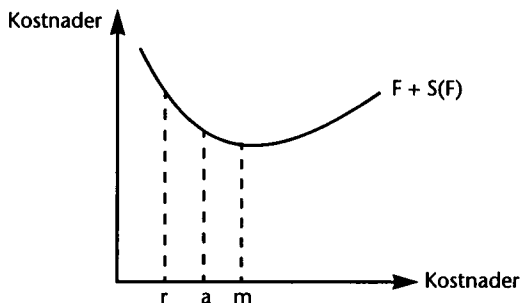
4 Jfr Shavell *Economic Analysis of Accident Law* s. 33ff.

Kurvan $S(F)$ känner vi igen från figur 1. Den visar verksamhetens skadekostnad givet försiktighetskostnaden. Linjen märkt F åskådliggör verksamhetens försiktighetskostnad givet dess försiktighetskostnad, dvs. $F(F)$. Kurvan $F + S(F)$ erhålls genom att addera dem till varandra – den visar verksamhetens sammanlagda kostnader givet försiktighetskostnaden. Kurvan visar att de sammanlagda kostnaderna skjuter i höjden både om ringa försiktighet iakttas och om omfattande försiktighet iakttas. Detta låter rimligt. Om skadevållaren bara vidtar minimal försiktighet, kommer många olyckor att inträffa och olyckskostnaderna bli höga. Om skadevållaren vidtar rigorösa försiktighetsåtgärder kommer visserligen knappt några olyckor alls att inträffa, men i gengäld kommer dennes försiktighetskostnader att bli oerhörda.⁵

I ett mellanläge kan de totala olägenheterna nedbringas till ett minimum. Den optimala graden av försiktighet har i figuren kallats m . Enligt det ekonomiska kriteriet bör skadevållaren sträva efter att förlägga sin försiktighet dit – då har vederbörande utformat sin verksamhet kostnadseffektivt (givet samtliga kostnader den ger upphov till). En försiktighet som inte når upp till denna nivå är inte tillräcklig och bestraffas med skadeståndsskyldighet.

När skadevållaren bedöms enligt det ekonomiska kriteriet är domstolen ute efter att ta reda på om vederbörande har nått upp till denna nivå. Det gör man genom att jämföra det sätt på vilket skadevållaren handlade med ett alternativt handlingsätt där större försiktighet hade tagits. Dessa två handlingsätt motsvarar två punkter på den horisontella axeln. Den första punkten visar hur stora kostnader för försiktighetsåtgärder skadevållaren faktiskt tillät sig. Eftersom den betecknar den försiktighet som vidtogs i realiteten kommer jag att beteckna den r . Den andra punkten visar hur stora totala försiktighetskostnader skadevållaren hade haft om vederbörande agerat på det alternativa sättet. Denna punkt på den horisontella axeln kommer jag att beteckna a , och den kommer alltid att befinna sig till höger om punkten r (eftersom den betecknar kostnaderna för ett hypotetiskt agerande som är mer försiktigt). När det ekonomiska kriteriet tillämpas, uppfattas käromålet som ett påstående om att punkterna m , r och a ligger på följande sätt.

5 Jfr Polinsky *An Introduction to Law and Economics* s. 40.



Figur 3.3

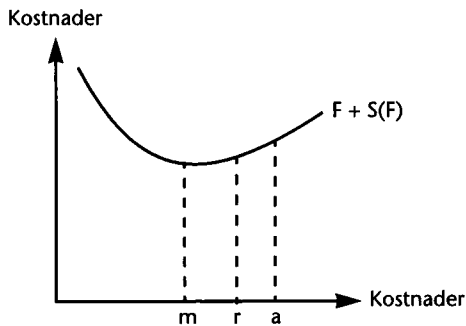
Skadevållarens försiktighet (punkten r) ligger under den erforderade nivån (punkten m). Enligt det ekonomiska kriteriet har denne därför inte lagt ned tillräckliga kostnader på försiktighetsåtgärder. När vi har kurvan framför oss kan vi omedelbart se detta, och punkten a fyller ingen funktion. I verkligheten vet domstolen dock inte hur kurvan ser ut och har sålunda ingen aning om vid vilken försiktighetsnivå punkten m ligger. Då behövs punkten a för att fastställa om punkten r ligger hitom eller bortom m .

Det domstolen har en möjlighet att uppskatta är storleken på försiktighetskostnaden F respektive skadekostnaden $S(F)$ vid en viss grad av försiktighet, och det är detta man använder sig av. Man vet att storleken på de sammanlagda kostnaderna $F + S(F)$ avtar fram till punkten m . Det innebär att om punkten r ligger till vänster om punkten m så går det att finna en punkt mellan dem – punkten a – vid vilken $F + S(F)$ är mindre än vid punkten r . Vad domstolen gör när den resonerar kring olika alternativa handlingsätt är att den letar efter en punkt som är placerad ungefär där a befinner sig i den ovanstående figuren. Domstolen vet att man har hittat en sådan punkt om de försiktighetskostnader skadevållaren haft F_r sammanlagda med de skadekostnader som kan förväntas inträffa $S(F_r)$ är större än summan av de försiktighetskostnader skadevållaren haft om vederbörande istället agerat enligt det alternativa handlingsättet F_a och de skadekostnader man då hade kunnat räkna med – $S(F_a)$. Detta ger följande formel för att tillräcklig försiktighet ej iakttagits:

$$F_r + S(F_r) > F_a + S(F_a)$$

Om detta förhållande gäller kan vi vara säkra på att $r < m$. Vi vet nämligen att om vi befinner oss vid en punkt på den horisontella axeln och därifrån rör oss åt höger längs denna, så kan storleken på $F + S(F)$ bara bli mindre om vi vid utgångspunkten låg till vänster om punkten m .

Skadevällaren hävdar självfallet att verkligheten inte ser ut på detta sätt. Han eller hon hävdar att de försiktighetsåtgärder som vidtagits når upp till den erforderade nivån, och att ytterligare försiktighetsåtgärder ligger långt därutöver. Detta påstående kan beskrivas med följande figur.



Figur 3.4

När domstolen uppskattar storleken på F respektive $S(F)$ givet de två handlingsalternativen kommer man att utvärdera huruvida skadevällaren har rätt. Om så är fallet är den ovan uttryckta storleksrelationen omvänd. Formeln för att tillräcklig försiktighet vidtagits ser ut på följande sätt:

$$F_r + S(F_r) < F_a + S(F_a)$$

Om $r > m$ eller $r = m$ kommer alla alternativa handlingsätt att uppfylla detta villkor – alla ytterligare försiktighetsåtgärder kommer att öka storleken på $F + S(F)$. Denna formel och formeln på föregående sida utgör essensen i det ekonomiska kriteriet. Som synes handlar det egentligen inte om två formler utan om en och samma formel uttryckt på två olika sätt. När domstolen gör culpabedömningen enligt det ekonomiska kriteriet fastställer man att antingen den ena

eller den andra av dem gäller. Att uttrycka detta i ord vore att säga exempelvis följande:

Skadevällaren hade inte genom ökad försiktighet kunnat nedbringa de sammanlagda kostnader som verksamheten ger upphov till och kan därför inte anses ansvarig för den inträffade skadan.

Men så uttrycker sig inte domstolen. Istället säger domstolen ofta något i stil med:

Försiktighetsåtgärden hade förmodligen förhindrat den nu inträffade skadan. Eftersom sannolikheten för att den skulle inträffa dock var mycket liten framstår dock den jämförelsevis stora ansträngning det hade inneburit för svaranden att vidta åtgärden som opropotionerlig. Svaranden kan därför ej klandras för att inte ha vidtagit försiktighetsåtgärden.

Att dessa båda motiveringar har samma innebörd är inte uppenbart. För att förstå detta måste vi stuva om lite i formeln.

$$F_r + S(F_r) < F_a + S(F_a)$$

$$F_r + S(F_r) - F_r - S(F_a) < F_a + S(F_a) - F_r - S(F_a)$$

$$S(F_r) - S(F_a) < F_a - F_r$$

I den erhållna formeln kommer vi att få ett positivt värde i båda leden. Det vet vi eftersom punkten a alltid ligger till höger om punkten r på den horisontella axeln. I det alternativa handlings sättet lägger skadevällaren ner mer pengar på försiktighetsåtgärder – $F_a > F_r$ – och åstadkommer en sänkning av skadekostnaderna – $S(F_r) > S(F_a)$. Både vänstra och högra ledet uttrycker den kostnadsförändring som inträffar om skadevällaren skiftar till det alternativa handlings sättet. Storleken på vänstra ledet är storleken på de kostnader som då skulle besparas olycksoffren. Högra ledet är storleken på de ytterligare kostnader skadevällaren skulle få. Hela formeln kan sålunda utläsas: om skadevällaren hade vidtagit den ytterligare försiktighetsåtgärden, så hade vederbörande åstadkommit en minskning av skadekostnaden som hade varit mindre än ökningen av försiktighetskostnaden.

Som synes har vi nu närmat oss det sätt på vilket domstolar uttrycker sig när de tillämpar det ekonomiska kriteriet. Domstolar brukar dock inte tala om förändringen av skadekostnaden i en post. De brukar tala om hur stor sannolikheten var för att det skadebringande händelseförloppet skulle inträffa. Och de brukar tala om hur allvarliga skador detta kan leda till. Vi måste förändra formeln något ytterligare för att få med dessa faktorer.

Det finns en betydelsefull skillnad mellan försiktighetskostnad och skadekostnad. När man utformar en verksamhet så vet man hur stor försiktighetskostnaden är (man vet t.ex. hur mycket en varningsskylt kostar), men man kan inte veta hur stor skadekostnaden är. $S(F)$ betecknar kostnader som ännu inte infunnit sig – förväntade kostnader. Eftersom man ändå måste kalkylera med dem så gissar man hur stora de kommer att vara. Man kalkylerar med vad som inom sannolikhetsläran kallas "väntevärdet". Den förväntade skadekostnaden beräknas som sannolikheten för att den aktuella faran förverkligas i en olycka multiplicerat med omfattningen av de kostnader som då uppkommer. I den fortsatta framställningen kommer jag beteckna sannolikheten R (som i "risk") och den förväntade omfattningen A (som i "allvarlighet"). Sålunda är $S = R * A$.⁶ Vi kan nu förändra formeln på följande sätt:

$$S(F_r) - S(F_a) < F_a - F_r$$

$$R_r A_r - R_a A_a < F_a - F_r$$

I de flesta fall påverkar den ytterligare försiktighetsåtgärden sannolikheten för att en olycka skall inträffa, men inte allvarligheten av de olyckor som inträffar, dvs. $A_r = A_a$. En varningsskylt minskar exempelvis sannolikheten att någon ramlar ned i ett hisschakt, men påverkar inte omfattningen av de skador som inträffar om

6 Häri ligger en viss förenkling. I verkligheten är det givetvis så att en fara kan förverkligas på en hel mängd olika sätt som är olika sannolika. För att göra operationen praktiskt möjlig slår man dock ihop dessa till ett genomsnittligt värde på R . Motsvarande förenkling görs beträffande A . Givet att en viss olycka inträffar (t.ex. att en person ramlar på gatan) kan ett antal olika skador inträffa – skrubbsår, stukad fot, bruten lårbenshals etc. Olyckskostnadernas omfattning kan variera avsevärt, och A betecknar således ett medelvärde av de kostnader som kan förväntas uppkomma.

någon ändå ramlar ned. I sådana situationer kan formeln förenklas på följande sätt:

$$R_r A - R_a A < F_a - F_r$$

$$A(R_r - R_a) < F_a - F_r$$

Den nu erhållna formeln beskriver den generella struktur domstolens argumentation brukar ha när man menar att skadevällaren varit tillräckligt försiktig. Man framhäver först att det vänstra ledet inte är så stort. Man säger att A är liten (dvs. att de olyckor som förväntas inträffa inte kommer vara särskilt allvarliga) och att R_r inte är särskilt mycket större än R_a (dvs. att den alternativa försiktighetsåtgärden inte åstadkommer någon större sänkning av sannolikheten för att en olycka skall inträffa). Därefter går man över till det högra ledet och säger att $F_a - F_r$ är stor (dvs. att den ytterligare försiktighetsåtgärden hade inneburit en hel del besvär för skadevällaren). Motiveringen rundas av med ett grepp om hela formeln där man säger något i stil med att olägenheterna för att vidta åtgärden är större än nyttan, dvs. att vänstra ledet < högra ledet.

När domstolen har kommit fram till det omvända resultatet – att skadevällaren inte vidtagit tillräcklig försiktighet – har argumentationen samma struktur fast med omvända tecken. Formeln är densamma fast med omvänt storleksförhållande:

$$A(R_r - R_a) < F_a - F_r$$

Domstolen kommer nu att framhäva det vänstra ledet som stort (genom att säga att både A och R_r är stora) och framhäva det högra ledet som litet. Låt oss titta på ett rättsfall som illustrerar hur detta tar sig uttryck i domskälen.

I NJA 1985 s. 456 tillämpade HD det ekonomiska kriteriet på detta sätt när man kom fram till att skadevällaren borde ha varit mer försiktig.⁷ Ett byggbolag höll på med fasadarbeten på ett större hus inne i en stad. På trottoaren framför huset hade bolaget byggt en övertäckt gångbana av trä. Denna var provisorisk – dess syfte var

7 Se även RH 1986:38 (med liknande omständigheter och liknande domskäl).

att fotgängare utan risk skulle kunna passera arbetsplatsen. Gångbanan bestod av flera sektioner som placerats efter varandra. Över varje skarv hade man spikat fast en tvärgående bräda för att förhindra att någon fotgängare skulle glida ned med en klack e.d. i glipan mellan två sektioner. De tvärgående brädorna var 1,2 cm höga och liknade trösklar. Vid ett tillfälle använde en fotgängare gångbanan och snavade över en av de tvärgående brädorna och ramlade. Hon menade att bolaget var ansvarigt för olyckan – man borde gjort fotgängare uppmärksamma på trösklarna genom att markera dessa på något vis. HD höll med henne och biföll käromålet.

...det finns en påtaglig risk för allvarliga skador när någon oförmodat faller. Särskilt gäller detta när det är fråga om äldre människor. **A är stor**

Gångbanan skulle användas under lång tid och sålunda komma att begagnas av ett stort antal fotgängare. Även om tvärsåarna ej var högre än 12 mm och risken för olycka i det enskilda fallet troligen var liten, kan dock risken för att konstruktionen i det långa loppet skulle, såsom också skedde, leda till olycksfall inte ha varit obetydlig. **R_r är stor**

En åtgärd som får anses ligga nära till hands hade varit att bolaget på ett iögonfallande sätt utmärkt tvärsåarna, exempelvis genom att måla dem med svart-gul varningsfärg [...] En sådan åtgärd hade varit föga kostsam för bolaget... **F_a – F_r är ej stor**

En sådan åtgärd skulle ... inte ha stått i något orimligt förhållande till den skaderisk gångbanans konstruktion medförde. **A (R_r – R_a) > F_a – F_r**

Ett belysande fall, där domstolen istället menat att skadevällaren har varit tillräckligt försiktig, är det tyska rättsfallet BGHZ 40, 379. En bil hade kört av vägen i en kurva kl. 4.35 på morgonen. Olyckan var betingad av att det hade bildats halka under natten. Bilisten ansåg att vägghållaren hade brustit i sin omsorg genom att inte sanda nattetid. BGH biföll inte bilistens talan.

Soweit im Einzelfall eine Streupflicht zur Nachtzeit im Schrifttum und in der Rechtsprechung bejaht worden ist, hat man diese auf Fälle

beskränkt ... dessen Sicherung ... für den Streupflichtigen mit verhältnismässig einfachen Mitteln möglich und deshalb zumutbar ist...⁸

...zur Zeit benutzt nur eine im Verhältnis zum Tagesverkehr kleine Minderheit der Verkehrsteilnehmer die Strassen zum Kraftverkehr während der Nachtstunden, und es bedeutet eine Überspannung der an den Verkehrssicherungspflichtigen zu stellenden Anforderungen, für diese jedenfalls verhältnismässig geringe Zahl von Kraftfahrern, mit einem grossen organisatorischen, personellen und materiellen Aufwand einen nächtlichen Streudienst einzurichten.⁹

BGH:s argumentation följer formeln $A(R_r - R_a) < F_a - F_r$. Skadevållaren undgick ansvar därför att olyckor inte inträffar så ofta nattetid (pga. den ringa trafiken). När det handlar om huruvida man skall sanda på nätterna är försiktighetskostnaderna större än skadekostnaderna. När man skall ta reda på om det vore kostnadseffektivt att höja försiktigheten måste man räkna på de *förändringar* av försiktighetskostnaden respektive skadekostnaden som detta skulle åstadkomma.¹⁰ Det är det vi har gjort ovan. Om man istället skulle jämföra försiktighetskostnader och skadekostnader så som verksamheten är utformad riskerar resultatet att bli fel. Vid en sådan jämförelse skulle culpa föreligga om skadevållaren utformat verksamheten på ett sådant sätt att $S(F) > F$, dvs. så att verksamheten ger upphov till lägre kostnader för skadevållaren (för försiktighetsåtgärder) än för dem som drabbas av skador. Detta sätt att utföra en kostnads kalkyl brukar kallas "Learned Hand's Rule".¹¹

Låt oss jämföra formeln $S(F) > F$ med våra formler. Vi har tidigare konstaterat att skadevållaren inte är culpös om $S(F_r) - S(F_a) < F_a - F_r$. Följaktligen föreligger culpa om $S(F_r) - S(F_a) > F_a - F_r$. Eftersom det alternativa handlingssättet innebär att skadevållaren tillåter sig försiktighetskostnader av något större omfattning, och denna kostnadsökning i teorin kan vara hur liten som helst, kan $F_a - F_r$ skrivas F' . Vänstra ledet kan på motsvarande sätt skrivas som derivatan av

8 BGHZ 40, 379, s. 383.

9 BGHZ 40, 379, s. 385.

10 Jfr Agell *Samtycke och risktagande* s. 92.

11 Efter domaren Learned Hands berömda domsmotivering i det amerikanska rättsfallet Conway v. O'Brien, 111 F. 2d 611 (2d Cir. 1940). Jfr Posner *The Economic Structure of Tort Law* s. 85.

$S(F)$. Eftersom $S'(F) = S(F_a) - S(F_r)$ kan $S(F_r) - S(F_a)$ skrivas $-S'(F)$. Följaktligen kan $S(F_r) - S(F_a) > F_a - F_r$ skrivas $-S'(F) > F'$. Skillnaden mellan de två sätten att räkna är med andra ord följande:

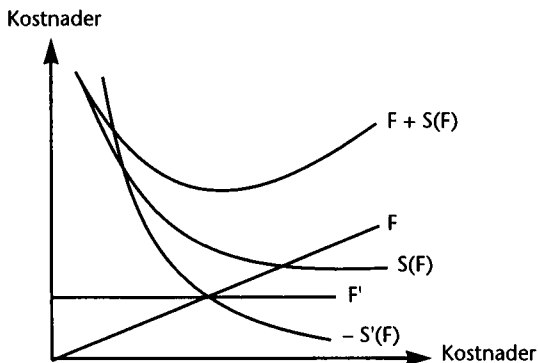
Jämförelse av kostnader så som verksamheten är utformad:

$S(F) > F$
=> culpa

Jämförelse av förändring av kostnader vid ytterligare försiktighet:

$-S'(F) > F'$
=> culpa

Denna skillnad är inte betydelselös. Om man räknar på det vänstra sättet kräver man av skadevällaren att dennes försiktighetskostnader minst når upp till den nivå där $F = S(F)$. Om man räknar på det högra sättet kräver man att försiktighetskostnaden når upp till den nivå där $-S'(F) = F'$. Dessa punkter behöver inte ligga på samma ställe på den horisontella axeln. Se följande figur.



Figur 3.5

Den punkt där kurvan F och kurvan $S(F)$ skär varandra behöver inte vara den punkt där kurvan $-S'(F)$ och kurvan F' skär varandra och de sammanlagda kostnaderna $F + S(F)$ är som lägst. Så som kurvorna ritats i exemplet i figur 3.5 lutar kurvan F brantare än kurvan $S(F)$ i den punkt där de skär varandra och kurvan $F + S(F)$ når således sitt minimum till vänster om skärningspunkten. Om man gör skadevällaren ansvarig när $S(F) > F$ kommer vederbörande således förklaras culpös även i de fall där det inte hade varit ekonomiskt

effektivt att vara mer försiktig därför att $F' > -S'(F)$. Detta vore mycket olyckligt och undviks enkelt genom att tillämpa formeln $-S'(F) > F'$ istället. De totala kostnaderna $F + S(F)$ når ju nämligen alltid sitt minimum vid den kostnadsnivå där $-S'(F) = F'$.¹²

3.2 Pengar eller lycka

När culpabedömningen görs enligt det ekonomiska kriteriet bedöms alla olägenheter i pengar. Det är en följd av grundidén bakom det ekonomiska kriteriet: alla olägenheter skall uttryckas så att de kan adderas till varandra (och subtraheras från varandra). Allt som ingår i culpabedömningen skall uttryckas i samma enhet. Så som det ekonomiska kriteriet är utformat är denna gemensamma enhet "pengar". Detta är dock inte ett självklart val. Det går att konstruera ett kriterium som bygger på idén att alla element skall kunna adderas till varandra, där man väljer något annat än pengar som gemensam enhet. Man hade istället kunnat välja exempelvis "lycka". Då hade man gjort den klassiska utilitarismens moralregel till culpakriterium – det hade varit vårdslöst att inte vidta en försiktighetsåtgärd som skapar mer lycka för presumtiva skadelidande än vad den förtar i lycka från skadevällaren.¹³ Med ett dylikt utilitaristiskt culpakriterium hade man kunnat räkna på precis samma sätt som jag har gjort med pengar i det här kapitlet. Alla kurvor och formler hade varit precis som i det här kapitlet, fast de hade beskrivit "lyckoeffektivitet" istället för ekonomisk effektivitet. De matematiska sambanden är de samma oavsett om man räknar med äpplen eller med päron.

Man kan däremot inte blanda äpplen och päron. Det går inte att räkna så som vi gjort i det här kapitlet om vissa poster är i "pengar" och andra poster är i "lycka". I så fall måste grundidén (med addering) överges till förmån för något helt annat sätt att utföra culpabedömningen (t.ex. normalitetskriteriet). Detta kan synas uppen-

¹² Jfr Posner a.a. s. 87.

¹³ Enligt John Stuart Mill är "...actions ... right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness". Se Mill *Utilitarianism* s. 55.

bart, men det är tveksamt om HD har insett att så är fallet. Som vi har sett tidigare tillämpade HD det ekonomiska kriteriet i NJA 1981 s. 683 (konerna). Skadevällaren ansågs inte skyldig att vidta den omtvistade försiktighetsåtgärden (att kontrollera att konerna stod kvar) därför att åtgärden inte var resurseffektiv:

...kan bolaget inte anses ha varit skyldigt att vidtaga speciella – uppenbarligen jämförelsevis tids- och arbetskrävande – åtgärder...¹⁴

För att det skall vara möjligt att genomföra en sådan effektivitetskalkyl måste de olägenheter som beaktas uttryckas i samma enhet. Det gör dock inte HD i 1981 års fall. Domstolen ger en utförlig beskrivning av hur kalkylen går till, i vilken man inte bara talar om kostnader utan om "kostnader och andra olägenheter".¹⁵ Detta går inte ihop. Om man vill hänga upp culpabedömningen på en effektivitetskalkyl måste man bestämma sig för att uttrycka olägenheter i en enhet och sedan hålla sig till denna. Häri ligger dock ett problem (som gör HD:s misstag förståeligt): oavsett vilken enhet man väljer så får man problem som bättre hade kunnat hanteras med den bortvalda enheten.

Om man väljer att uttrycka alla olägenheter i "lycka" får man tillämpningsproblem. Hur många "lyckoenheter" förlorar man på olägenheten av att sätta upp en varningsskylt? Hur många "lyckoenheter" vinner man på att slippa bryta benet? Den som har försökt lösa konkreta fall genom att resonera på detta sätt vet hur besvärligt och krystat det blir. Att resonera om lycka som någonting som kan mätas i enheter känns konstlat och verklighetsfrämmande. I praktiken blir det närmast omöjligt att jämföra olika typer av lycka (hos olika personer) mot varandra på ett tillfredsställande sätt.¹⁶ Det är lättare att mäta och jämföra olika typer av olägenheter om de istället uttrycks i pengar.

Problemet med att välja att uttrycka alla olägenheter i "pengar" ligger i att människor då inte behandlas lika. En "lyckoenhet" är lika mycket värd för alla människor, men en hundralapp är inte lika mycket värd för alla människor (för en rik person innebär det

14 NJA 1981 s. 683, s. 692.

15 NJA 1981 s. 683, s. 691.

16 Att utilitarismen har detta tillämpningsproblem är allmänt bekant och vidkänns även av dess förespråkare. Se t.ex. Hare *Moraliskt tänkande* s. 136.

mindre olägenhet än för en fattig person att vidta en försiktighetsåtgärd som kostar 100 kr).¹⁷ Alla människor har samma kapacitet att vinna och förlora "lycka", men alla människor har inte samma kapacitet att vinna och förlora "pengar" (en person med hög lön förlorar mer pengar på att behöva sjukskrivas pga. ett benbrott än en person med låg lön). Detta gör att rika människors olägenheter värderas mer än fattiga människors olägenheter om de jämförs i form av de förluster i pengar som de för med sig. Det här problemet kommer jag behandla i kapitel 5.2 som en väsentlig rättspolitisk invändning mot det ekonomiska kriteriet.

17 Detta beror på att gränsnyttan av ökad rikedom är avtagande. Se Cooter *Law and Economics* s. 46f.

4 Trygghetskriteriet

4.1 Två svårtolkade rättsfall

I kapitel 2 och 3 har jag givit några exempel på rättsfall där HD utfört culpabedömningen enligt normalitetskriteriet respektive det ekonomiska kriteriet. HD:s praxis innehåller dock betydligt fler fall än de jag har redogjort för. Det finns fall som jag inte har berört där man kan se att HD använt sig av normalitetskriteriet¹ och det finns fall som jag inte har berört där man kan se att det ekonomiska kriteriet² har tillämpats. Därutöver finns en lång rad fall där domskälen inte ger någon upplysning om innehållet i den norm som tillämpats. Det går inte att säga – med någon större säkerhet – att HD tillämpat vare sig normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet eller något annat culpakriterium. De flesta av dessa fall är sådana att det är tänkbart att HD tillämpat normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet, även om det inte går att utläsa ur domskälen. Men i två fall är det mycket svårt att göra en sådan tolkning.

I NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 talar domskälen och domsluten mot att normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet har tillämpats. Det förefaller inte vara möjligt att komma till de domslut som HD meddelat med hjälp av vare sig normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet och domskälen ger närmast intrycket att HD därför inte heller har velat tillämpa någon av dessa culpakriterier. HD verkar ha avgjort dessa fall enligt något annat culpakriterium – ett tredje culpakriterium vid sidan om normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. I det här kapitlet skall jag visa, att om dessa fall skall tillskrivas ett innehåll, så bör de uppfattas som tillämpningar av (vad jag kallar) trygghets-

1 Exempelvis NJA 1951 s. 55 och NJA 1959 s. 280.

2 Exempelvis NJA 1990 s. 569, NJA 1995 s. 274 och NJA 1996 s. 564.

kriteriet. Den hypotes som bäst överlever en kritisk prövning är att skadelidanden har utsatts för oacceptabel otrygghet.

Omständigheterna i NJA 1985 s. 269 har jag redogjort för i kapitel 1. Det handlande om en person som fick en glasörr i ansiktet när han passerade utanför ett affärscentrum. Dörren var konstruerad för att enbart användas i nödfall och hölls stängd av en spärranordning. Vid olyckstillfället hade den blåst upp eftersom spärran – av någon anledning – försatts ur läge. Det var känt att spärranordningen ibland rubbades (bl.a. av barn) och målet gällde huruvida affärscentret var skyldigt att förhindra att detta ledde till den typ av olycka som nu inträffat. HD ansåg att så var fallet och dömde till skadelidandens förmån. Detta går inte att få ihop med en tillämpning av vare sig normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet. HD ger inga antydningar om att skadevållaren på något sätt skulle ha avvikit från normal aktsamhet, vilket är lätt att förstå eftersom ett sådant påstående hade framstått som iögonfallande kontrafaktiskt. Det framgår av rättsfallsreferatet att konstruktionen överensstämde med gällande byggnorm och det finns ingen omständighet i målet som talar för att olyckan inte lika väl kunde ha inträffat utanför något annat affärscentrum med dörrar av samma konstruktion.³ Det framstår inte heller som rimligt att de försiktighetsåtgärder som skadevållaren hade varit tvungen att vidta för att förhindra olyckan skulle ha varit ekonomiskt effektiva. HD framhåller visserligen att olycksrisken (dvs. *R*) inte var "obetydlig" och att det kunde inträffa olyckor av "mera allvarlig natur" (dvs. *A* var inte liten).⁴ Men därefter kräver HD synnerligen omfattande försiktighetsåtgärder av skadevållaren, till synes utan att ha för avsikt att bedöma om de stod i rimlig proportion till den nytta de hade gjort. HD säger uttryckligen att det inte är tillräckligt att skadevållaren vidtar de försiktighetsåtgärder som är "mindre ingripande" om detta inte hjälper för att förhindra den här typen av olyckor.⁵ Skadevållaren är också skyldig att vidta mer ingripande åtgärder som att låta "dörrsystemet byggas om".⁶ Jag har mycket svårt att se hur en sådan åtgärd skulle kunna vara ekonomiskt

3 NJA 1985 s. 269, s. 272.

4 NJA 1985 s. 269, s. 274.

5 NJA 1985 s. 269, s. 274.

6 NJA 1985 s. 269, s. 274.

effektiv. Anta att en olycka av det slag som inträffat i målet inträffar en gång var tionde år och att det kostar 40.000 kr. att bygga om dörrsystemet. Eftersom HD värderade skadan till c:a 6 500 kr.,⁷ skulle det dröja över 60 år innan åtgärden sparar in sina kostnader och börjar "gå med vinst".⁸ Eftersom glasdörren knappast har en livslängd på mer än tjugo år är det uppenbart att det inte vore ekonomiskt effektivt att bygga om den.⁹ Det är möjligt att HD inte insett detta – och att det i 1985 års fall trots allt kan röra sig om en tillämpning av det ekonomiska kriteriet – men det förefaller tämligen otroligt.

NJA 1987 s. 222 handlade om en olycka som inträffade i en skidbacke, som tillhörde "Trillevallens skidcirkus" – en utförsåkningsanläggning med ett dussin liftar och ett stort antal backar med olika svårighetsgrad. Anläggningen var till största delen belägen på kalfjäll och var mycket utsatt för väder och vind. Det fanns därför en hel del fläckar där snön helt hade blåst bort och blottade barmark. De fläckar som bedömdes kunna utgöra en fara för åkarna markerades med varningskäppar av anläggningshavaren. På det ställe där olyckan inträffade hade anläggningshavaren preparerat en "naturlig nedfart". Han hade markerat den naturliga nedfartens högra ytterkant genom att skapa en snövall med pistmaskinen. Olyckan inträffade när en skidåkare avvek från denna naturliga väg och i hög hastighet åkte över den kant som utgjordes av snövallen. Bakom snövallen dolde sig en mindre barmarksfläck och skidåkaren körde omkull och skadade sig allvarligt. Han menade att anläggningshavaren var ansvarig för det inträffade därför att denne inte hade satt upp några varningskäppar på kanten. Anläggningshavaren menade att han inte hade varit vårdslös. Han hade inte satt upp några käppar därför att han inte kunde tro att någon skulle kunna åka på det sättet. HD hade förståelse för denna invändning men ansåg ändå att anläggningshavaren var skadeståndsskyldig.

...Ulf B [skadevällaren] [har] inte haft anledning [att] räkna med att en tillbörligt försiktig åkare skulle, såsom Lars A [skadelidanden]

7 Mer exakt: 6579 kr. och 20 öre.

8 $60 * 1/10 * 6\ 500 = 39\ 000$.

9 Någon skulle kunna invända att de siffror jag antagit kan vara felaktiga. För att åtgärden skall kunna komma i närheten av att vara ekonomiskt effektiv måste de dock vara grovt felaktiga.

gjorde, åka ut över snökanten och in i olycksområdet ... Ulf B [har] likväl inte bort lämna ur räkningen att en åkare kunde komma till allvarlig skada genom att ta den väg som Lars A tog ... De skadeförebyggande åtgärder som Ulf B vidtog kan därför inte anses ha varit tillräckliga...¹⁰

Denna dom går inte att få ihop med vare sig normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet. Enligt normalitetskriteriet skall skadevållarens beteende – som bekant – jämföras med hur en normalt aktsam person hade agerat i motsvarande situation. Hade en normalt aktsam person kunnat göra samma "misstag" som skadevållaren (dvs. inte räknat med att någon skulle bete sig så obetänksamt som skadelidanden)? Så som normalitetskriteriet tillämpas av HD är svaret på denna fråga ja. En normalt aktsam person kalkylerar med att saker som ligger någorlunda inom gränserna för det normala kan inträffa. Det gäller också när det handlar om att kalkylera med hur presumtiva olycksoffer kan komma att bete sig. Normalpersonen kalkylerar med att dessa kan göra vissa felbedömningar och misstag (och vidtar försiktighetsåtgärder därefter), men kalkylerar inte med alla de tänkbara händelseförlopp där presumtiva skadelidande avviker grovt från det normala. När olyckan inträffat pga. att skadelidanden varit osedvanligt oförsiktig går det följaktligen inte att hävda att skadevållaren är ansvarig därför att vederbörande gjort ett misstag som en normalt aktsam person inte hade gjort. Det är möjligt att en normalt aktsam person hade förutsett att en sådan olycka skulle kunna inträffa, men det är också möjligt att vederbörande hade betett sig precis som skadevållaren.¹¹

Enligt Jan Hellner har HD tillämpat (vad jag kallar) det ekonomiska kriteriet när man kommit fram till att skidåkaren är berätti-

10 NJA 1987 s. 222, s. 234.

11 Se NJA 1964 s. 12 där en olycka inträffade när några pojkar spelade brännboll. En pojke hade slagit brännbollsträet ur handen på en annan pojke med en mössa (en vedertagen och beprövad metod för att fastställa vilka som skulle börja som innelag) varvid brännbollsträet träffat en yngre pojke i ögat. Olyckan var en direkt följd av att den yngre pojken betedde sig på ett ovanligt oförutsebart sätt. Han kände inte till den här delen av leken och böjde sig fram för att titta just i det ögonblick då skadevållaren slog till. Skadevållaren befriades från ansvar.

gad till skadestånd.¹² Detta stöds möjligen av att HD framhäver att den försummade försiktighetsåtgärden (att sätta upp varningskylpar på snökanten) "lätt" hade kunnat utföras.¹³ Detta uttalande kan tolkas som att HD gjort en kostnads kalkyl. En sådan tolkning av rättsfallet är dock svår att få ihop med justitierådet Gregows skiljaktiga motivering. Torkel Gregow ansåg att skadevällaren inte hade gjort sig skyldig till vårdslöshet:

Även om det inte kunde bortses från att vissa åkare skulle fortsätta tvärs över ravinens kant, har Ulf B inte haft anledning räkna med att sådana åkare skulle fortsätta med ej ringa hastighet innan de kunnat närmare överblicka området nedanför ravinens kant ... [det] föll sig naturligt att stanna på höjden vid ravinens nedre kant. Mot bakgrund av det sagda kan det inte läggas Ulf B till last som vårdslöshet att han inte satt ut [varnings]märken...¹⁴

Det intressanta med denna skiljaktiga motivering är att den visar att majoriteten och minoriteten (Gregow) uppfattat de faktiska förhållandena på samma sätt – skadelidanden har agerat ovanligt oförsiktigt. Majoriteten och minoriteten säger ordagrant samma sak: skidåkarens beteende var så avvikande att anläggningshavaren "inte haft anledning att räkna med" det. Ändå har man kommit till olika slutsatser i ansvarsfrågan. Majoriteten och minoriteten har följaktligen bedömt fallet enligt olika culpakriterier. Majoriteten har avgjort fallet enligt ett culpakriterium som kräver att man även kalkylerar med ovanligt oförsiktiga presumtiva skadelidande och minoriteten har avgjort fallet enligt ett culpakriterium som inte kräver detta. Vilka kriterier kan det vara fråga om? Minoritetens bedömning kan mycket väl uppfattas som en tillämpning av normalitetskriteriet. Men vilket culpakriterium har majoriteten tillämpat? Det måste vara ett culpakriterium med vilket man kan motivera ett mer omfattande ansvar för ovanliga olyckor. Det ekonomiska kriteriet är inte ett culpakriterium som är ägnat för detta ändamål. Som vi har sett i kapitel 3 är det inte ekonomiskt effektivt

12 Hellner nämner fallet som ett belysande exempel på hur man på samma sätt som i NJA 1981 s. 683 (konerna) vägt den förväntade skadekostnaden mot "möjligheterna att förekomma skadan". Hellner *Skadeståndsrätt* s. 131.

13 NJA 1987 s. 222, s. 234.

14 NJA 1987 s. 222, s. 236.

att förebygga mer ovanliga typer av olyckor (eftersom de inträffar så sällan är $R_r - R_a$ mycket liten).¹⁵ Detta är fallet oavsett om ovanligheten har med skadelidandens agerande att göra, eller beror på någonting helt annat. Min tolkning av 1987 års fall blir därför att (majoriteten i) HD har tillämpat ett annat culpakriterium än normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet: ett culpakriterium med vilket HD ger sig själv möjligheten att skydda även ovanligt oförsiktiga skadelidande.

Vad är det för ett kriterium? Vilket culpakriterium (eller vilka) har HD tillämpat i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren)? Det är inte så lätt att svara på eftersom domskälen ger så dålig upplysning. De innehåller uttalanden om rättsfakta och rättsföljd, men säger ingenting om den rättsregel (dvs. det culpakriterium) med vilken rättsfakta och rättsföljd knutits samman. HD:s formuleringar är så vaga att den uttalade rättsregeln skulle kunna vara vilket culpakriterium som helst, så länge detta kriterium leder till den uttalade rättsföljden utifrån de rättsfakta som föreligger i målet.

Härigenom förefaller det inte som om vi kommit svaret särskilt mycket närmare. I teorin finns det ju ingen ände på hur många alternativa culpakriterier man skulle kunna formulera, som skulle kunna sammanbinda rättsfakta med rättsföljd i de två rättsfallen. Men om man ser på de culpaargument som förekommer i lagar, rättspraxis, förarbeten och skadeståndsrättslig doktrin, så ser man att det i själva verket bara finns ett fåtal argumentationssätt, vilka kan formuleras som culpakriterier som skulle kunna leda till den rättsföljd HD har kommit fram till i de två fallen. Jag kan endast formulera följande tre hypoteser för vilket culpakriterium som har tillämpats.

- h1) ansvar föreligger därför att affärscentret/skidbacken är bättre på att sprida kostnader än skadelidanden
- h2) ansvar föreligger därför att affärscentret/skidbacken är den som "skördar frukterna" av anläggningen

15 Se särskilt det i kapitel 3 behandlade tyska rättsfallet BGHZ 40, 379 (nattlig sandning).

h3) ansvar föreligger därför att affärscentret/skidbacken hade en säkerhetsbrist som utsatte skadelidanden för en oacceptabelt stor otrygghet.

Enligt den första hypotesen (h1) skulle HD ha tillämpat ett culpa-kriterium som säger att skadevällaren är ansvarig om detta medför att skadekostnaderna sprids över ett stort antal personer (och en sådan spridningseffekt inte skulle inträffa om skadelidanden får stå för kostnaderna). Idén bakom detta kriterium är att en kostnad medför mindre sammanlagda olägenheter om den bärs av många personer än om den bärs av en person (vilket också är den ekonomiska förklaringen till att människor tecknar försäkringar).¹⁶ Om detta görs till culpakriterium blir skadevällarens ansvarighet inte en fråga om hur försiktig vederbörande har varit, utan en fråga om dennes ekonomi. Att en spridningseffekt kommer inträffa om kostnaderna flyttas över till skadevällaren kan bero på två saker.¹⁷ För det första inträffar en spridningseffekt om skadevällaren har en ansvarsförsäkring som täcker kostnaden. Då sprids skadekostnaden – via skadevällaren och dennes försäkringsbolag – över alla som tecknat motsvarande ansvarsförsäkring. För att detta skall kunna vara ett argument (för att göra skadevällaren ansvarig) får det inte vara så att en spridningseffekt också inträder om skadevällaren inte görs ansvarig, därför att skadelidanden har en olycksfallsförsäkring. För det andra inträffar en spridningseffekt om skadevällaren är ett företag eller det allmänna. Då kommer nämligen skadevällaren att betrakta det utbetalade skadeståndet som en utgift, som måste balanseras av en lika stor intäkt. Om skadevällaren är ett företag åstadkoms detta genom en höjning av priset på den vara eller tjänst som företaget producerar och skadeståndet sprids över företagets kunder. Om skadevällaren är det allmänna åstadkoms detta genom en höjning av skatter och avgifter och skadeståndet sprids över dem som betalar dessa skatter och avgifter. För att detta skall kunna vara ett argument – för att göra skadevällaren ansvarig – måste skadelidanden vara en privatperson, annars inträffar ju mot-

16 Se Calabresi *The Costs of Accidents* s. 39ff.

17 Jfr Hellner *Skadeståndsrättens reformering* s. 697f.

svarande spridningseffekt även om skadevällaren inte blir skadeståndsskyldig.

Detta kan tyckas märkligt. Skadeståndslagen säger ju att ansvarigheten inträder om skadevällaren har varit "vårdslös". Man är knappast "vårdslös" bara för att man har en ansvarsförsäkring (snarare tvärtom). Icke desto mindre förekommer detta som culpakriterium i den skadeståndsrättsliga diskursen. I två avgöranden har justitieråd velat göra skadevällaren ansvarig med hänvisning till att vederbörande hade ansvarsförsäkring, men överröstades i båda fallen av majoriteten. I NJA 1959 s. 280 ansåg hovrätten att en idrottsförening som arrangerat en ishockeymatch skulle betala skadestånd till en åskådare som fått en puck i ansiktet. Enligt hovrätten hade föreningen en skyldighet:

...att svara för uppkommande skador av förevarande slag som enligt ovan ur principiell synpunkt funnits böra åvila arrangören av ishockeymatch, helst som ansvarsförsäkring – som föreningen också tecknat i detta fall – ligger nära till hands för denne...¹⁸

HD ändrade hovrättens dom med tillämpning av normalitetskriteriet (man hänvisade till att "säkerhetsanordningarna å föreningens bana voro av gängse beskaffenhet").¹⁹ Två justitieråd var dock av en annan uppfattning. Justitierådet Riben anförde:

Jag – som utgår från att HovR:ns uttalande om kostnaden för ansvarsförsäkringen bör så förstås, att den höjning av premien för dylik försäkring som för idrottsföreningen och andra arrangörer av ishockeymatcher kan tänkas följa av att deras skyldighet att ersätta skada av nu ifrågavarande slag blir fastslagen i praxis icke kan bli av den storlek att vederbörande därigenom oskäligt betungas – prövar rättvist fastställa HovR:ns dom.²⁰

NJA 1965 s. 474 – som tidigare behandlats i kapitel 2.1 – gällde ansvar för en travkusk som genom en otillåten manöver orsakat en kollision. Fyra justitieråd ansåg att kusen varit vårdslös enligt normalitetskriteriet (se kapitel 2). Justitierådet Conradi ansåg också

18 NJA 1959 s. 280, s. 284.

19 NJA 1959 s. 280, s. 285.

20 NJA 1959 s. 280, s. 285.

att kusken skulle betala skadestånd, men motiverade detta med att kusken hade en ansvarsförsäkring:

I målet har upplysts, att vid tiden för olyckan gällde av travsällskapet bekostade ansvarsförsäkringar [...] Tillika har upplysts, att sakförsäkringar avseende bl.a. olycksfall, som kunna drabba hästarna, förekommer men att den på grund av de höga premierna icke fått någon större utbredning [...] Mot bakgrund av det sagda är det enligt min mening angeläget, att skadestandsreglerna på förevarande område ... utformas så, att reglerna tjäna som lämpligt underlag för ansvarsförsäkringen [...] Man bör ... utgå från att blivande möjliga skadelidande och blivande möjliga skadevällare äro att finna inom i stort sett samma personkrets, som har intresse av att det försäkringsskydd som ansvarsförsäkringen kan erbjuda blir så omfattande och effektivt som omständigheterna medgiva.²¹

Frågan gäller nu om det kan vara detta culpakriterium som avgjort utgången i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren). Det skulle man kunna tänka sig, eftersom det i båda fallen handlar om situationer där en spridningseffekt åstadkoms om kostnaden flyttas över till skadevällaren. I båda fallen är skadevällaren ett företag och skadelidanden en privatperson. I båda fallen skulle ett skadestånd innebära att kostnaden flyttades från en person och spreds över ett stort antal personer (kunderna i affärscentret/de som löser liftkort). Detta går dock inte ihop med domskälen. I båda fallen säger HD att skadevällaren är ansvarig därför att vederbörande försummat en viss försiktighetsåtgärd. HD säger uttryckligen att dörrsystemet borde ha byggts om och att olycksområdet borde ha markerats.²² Det hade HD inte sagt om man hade ansett att skadevällaren är ansvarig därför att en skadeståndsskyldighet leder till en önskvärd spridning av skadekostnaderna. Om HD hade tillämpat detta som culpakriterium så hade det ju inte spelat någon roll vilka försiktighetsåtgärder skadevällaren hade vidtagit. Skadevällaren är ju alltid bäst på att sprida kostnader och hade följaktligen alltid varit ansvarig. Den första tolkningshypotesen kan sålunda betraktas som synnerligen försvagad av HD:s domskäl.

21 NJA 1965 s. 474, s. 481.

22 NJA 1985 s. 269, s. 274 respektive NJA 1987 s. 222, s. 234.

Enligt den andra hypotesen (h2) skulle HD ha gjort affärscentret och den som drev skidanläggningen ansvariga därför att de "skördade frukterna" av den verksamhet som givit upphov till skadan. Enligt ett culpaargument som i äldre doktrin ibland sammanfattas i sentensen *ubi emolumentum ibi onus* skall den som njuter profiten av en verksamhet också stå för alla de kostnader som verksamheten för med sig.²³ Detta culpakriterium hade kunnat användas i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) för att komma till de domslut HD meddelat. Skadevållaren var i båda fallen tveklöst den som tillgodogjorde sig verksamhetens eventuella vinst. Denna tolkningshypotes försvagas på samma sätt som den första hypotesen (h1) av hur HD har uttryckt sig. Oavsett vilka försiktighetsåtgärder vederbörande vidtar, så är ägaren till affärscentret/lifthanläggningen den som har den ekonomiska vinningen av den anläggning som givit upphov till skadan. Om HD hade menat att skadevållaren var skadeståndsskyldig av detta skäl hade man inte motiverat ansvaret med att vissa ytterligare försiktighetsåtgärder borde ha vidtagits. Dessutom har jag svårt att tänka mig att HD skulle tillämpa principen att den som har nyttan av en verksamhet skall bära alla dess kostnader. Denna princip har aldrig (så vitt jag kan se) tillämpats i något avgörande som finns refererat i NJA. Och om den skulle tillämpas så skulle den ta död på culparegeln. Den som bedriver en verksamhet har så gott som alltid "nytta" av verksamheten, på ett eller annat sätt (annars skulle vederbörande inte ägna sig åt den). Om detta vore tillräckligt för att vederbörande skulle ansvara för alla skador som verksamheten ger upphov till, skulle ansvaret för "vårdslöshet" förvandlas till ett rent strikt ansvar.²⁴

Enligt den tredje tolkningshypotesen (h3) skulle HD ha ansett att culpa förelåg därför att affärscentret/skidbacken hade en säkerhetsbrist som utsatte skadelidanden för en oacceptabelt stor otrygghet. Detta culpakriterium tar inte heller ställning till skadevållarens ansvar genom att undersöka om dennes agerande uppfyller ett

23 Se Lundstedt *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen* s. 262ff.

24 Man skulle möjligen kunna undvika detta genom att begränsa ansvaret till de situationer där skadevållaren har *ekonomisk* nytta av verksamheten. Detta skulle dock ge upphov till besvärliga gränsdragningar. Som vi har sett i kapitel 3 har ju alla typer av nytta ett värde i pengar enligt ekonomisk teori.

visst krav (som t.ex. "normalitet" eller "ekonomisk effektivitet"). Istället bedöms ansvaret utifrån skadelidandens perspektiv. Om anläggningen har en säkerhetsbrist som presumtiva skadelidande inte skall behöva acceptera så är skadevållaren "vårdslös" (även om vederbörande vidtagit alla normala och/eller ekonomiskt effektiva försiktighetsåtgärder). En ansvarsregel med detta innehåll finns i gällande rätt. Enligt produktansvarslagen är tillverkare ansvariga för vissa typer av skador som en produkt orsakar, om produkten "inte är så säker som skäligen kan förväntas".²⁵ Detta skulle kunna vara det culpakriterium som HD har använt sig av i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren). Till skillnad från de två tolkningshypoteser som jag precis har behandlat (h1 och h2) är denna hypotes (h3) inte inkoherent med hur HD har motiverat varför affärscentret och anläggningshavaren skall anses vara ansvariga för den inträffade olyckan. Man kan mycket väl tänka sig att HD har menat att det vore oacceptabelt om fotgängare inte kunde gå på allmänna platser, utan att behöva leva med risken att glasdörrar när som helst kan blåsa upp och träffa dem i huvudet. Och att det vore lika oacceptabelt om man inte kunde åka skidor inom det område som tillhör en utförsåkningsanläggning, utan att behöva räkna med att farliga hinder kan dyka upp oväntat.

Det går inte att säga helt säkert att det är detta culpakriterium HD har tillämpat, men det är den enda av mina tolkningshypoteser som inte går kraftigt försvagad ur en kritisk granskning. Man kan diskutera till vilken grad hypotesen skall anses befast; "oacceptabel otrygghet" är ju tämligen oprecist. Hypotesen är dock i vart fall betydligt mer befast än alternativa hypoteser. Eftersom jag har testat alla de alternativa culpakriterier jag har kunnat formulera finner jag fog för att anta att det är detta culpakriterium som tillämpats i 1985 och 1987 års fall (till dess rättsutvecklingen och rättsvetenskapen ger anledning att omvärdera denna uppfattning). Som redan framgått i kapitel 1 (och i rubriken till detta kapitel) har jag valt att kalla detta culpakriterium för trygghetskriteriet.

25 PAL 1§ och 3§.

4.2 Oacceptabel otrygghet

Enligt trygghetskriteriet har skadevällaren varit vårdslös om dennes verksamhet har en säkerhetsbrist som utsätter presumtiva skadelidande för en oacceptabel otrygghet. Vad innebär det? När är en otrygghet "oacceptabel"? Detta går givetvis inte att svara på med säkerhet (vi kan ju inte ens vara helt säkra på att trygghetskriteriet över huvud taget har tillämpats av HD). Huruvida skadelidandens otrygghet är oacceptabel har dock att göra med följande två faktorer:

- 1) allvarligheten av den olycka som kan inträffa
- 2) skadelidandens möjligheter att förhindra olyckan genom egen försiktighet

Ju allvarligare olyckor en säkerhetsbrist kan leda till desto större otrygghet medför den för presumtiva skadelidande. Men hur allvarliga måste eventuella olyckor vara för att otryggheten skall anses oacceptabel? Låt oss titta på två fall där man hade kunnat tänka sig att göra skadevällaren ansvarig enligt trygghetskriteriet men HD befriat vederbörande från ansvar.

NJA 1982 s. 386 gällde en olycka som inträffat på en bensinstation. En kund hade tvättat sin vindruta och då använt sig av den hink med vatten som personalen för detta ändamål hade placerat ut vid pumparna. Strax efteråt upptäckte han skador på bilen. Vid de ställen som kommit i beröring med vätskan hade lacken bleknat. Sannolikt hade vattnet förorenats av någon när hinken stod utanför bensinstationen. Bilens ägare menade att bensinstationen var ansvarig för skadan – personalen borde ha hållit bättre uppsikt över vad som skedde vid pumparna. Hans talan avslogs av HD med en kort motivering.

När en bensinstation tillhandahåller tvättvatten på det sätt som angivits, finns inte praktiska möjligheter för den personal, som finns på stationen och har till uppgift att bemanna kassan, att hålla fortlöpande uppsikt över hela stationsområdet.²⁶

Denna motivering är oklar. Förmodligen menar HD att olägenheterna av att ständigt övervaka hinken hade varit allt för stora, och

²⁶ NJA 1982 s. 386, s. 389.

sannolikt har man då haft i åtanke att faran för att vattnet skulle förorenas var jämförelsevis liten. Detta skulle i så fall innebära att man använt sig av det ekonomiska kriteriet. Men det spelar ingen större roll vilket culpakriterium HD har tillämpat. Det intressanta med 1982 års fall är att man hade kunnat tänka sig att göra bensinstationen ansvarig enligt trygghetskriteriet. Man skulle ju kunna hävda att en person som använder en vattenhink på en bensinstation för att göra rent sin vindruta inte skall behöva räkna med att detta kan komma att skada lacken på bilen. Vederbörande har inga möjligheter att skydda sig från sådana händelser, utan är tvungen att förlita sig på att bensinstationen tillhandahåller vatten som inte är förorenat. Så har dock uppenbarligen HD inte resonerat eftersom man befriat bensinstationen från ansvar. Detta kan ha två möjliga orsaker. Antingen anser domstolen att trygghetskriteriet över huvud taget inte är tillämpligt i den här situationen, dvs. att bensinstationen inte har en lika omfattande skyldighet att skydda kunder (från den typ av olycka som inträffat) som affärscentret hade i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och ägaren av liftcirkusen hade i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren). Eller så anser HD att vårdslöshet inte förelåg enligt trygghetskriteriet i 1982 års fall, eftersom den aktuella säkerhetsbristen (det förorenade vattnet i hinken) bara kunde ge upphov till saksador. Detta skulle i så fall innebära att "oacceptabel otrygghet" innehåller ett krav på att det skall föreligga en risk för personskador.

Oacceptabel otrygghet föreligger dock knappast i alla situationer där det finns risk för något slags fysisk skada. HD:s dom i NJA 1981 s. 683 (konerna) tyder på att det inte är tillräckligt att det kan inträffa en personskada. Det måste föreligga en risk för en allvarlig personskada. 1981 års fall har behandlats tidigare.²⁷ Här bestod säkerhetsbristen i en sten som stack upp i en annars jämn gångväg. Skadevällaren hade placerat ut varningskoner men dessa hade flyttats av någon. Skadelidanden hävdade att skadevällaren borde ha kontrollerat att konerna stod kvar, men HD ansåg (med tillämpning av det ekonomiska kriteriet) att skadevällaren ansträngt sig tillräckligt för att förhindra olyckor. Domstolen hade kunnat hävda – på motsvarande sätt som i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) – att pre-

27 Se kapitel 1.1.

sumtiva skadelidande inte skall behöva räkna med att hinder kan dyka upp utan förvarning och gjort skadevällaren ansvarig enligt trygghetskriteriet. Men HD valde att inte göra detta. Detta skulle på samma sätt som i NJA 1982 s. 386 (hinken) kunna bero antingen på att domstolen inte ansåg trygghetskriteriet tillämpligt i den föreliggande situationen eller på att domstolen inte ansåg att vårdslöshet förelåg enligt trygghetskriteriet eftersom säkerhetsbristen – till skillnad från säkerhetsbristen i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) – inte kunde ge upphov till mer allvarliga personskador. Jag tror på det senare. Det finns inget skäl till varför skadevällaren i 1981 års fall inte skall åläggas motsvarande generella aktsamhetsplikt som skadevällaren i 1987 års fall. I kapitel 6 kommer vi att behandla förekomsten av "metakriterier" som gör trygghetskriteriet tillämpligt i vissa situationer men inte i andra. De omständigheter vi då kommer att finna kan användas för att ålägga en strängare aktsamhetsplikt i vissa situationer (att skadevällaren bedrivit en organiserad verksamhet eller att det inträffat en personskada) föreligger i både NJA 1981 s. 683 (konerna) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren).²⁸ Detta skulle innebära att "oacceptabel otrygghet" innehåller ett krav på att det skall föreligga en risk för personskador av mer allvarligt slag. Personskador som på ett ingripande och varaktigt sätt stör skadelidandens fortsatta livsföring.

Detta stämmer med de fall vi analyserat i föregående avsnitt. I NJA 1985 s. 269 (glasdörren) förelåg risk för skullskador och i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) förelåg en risk för flera typer av allvarliga skador, bl.a. den ögonskada som inträffat. Det stämmer också med två fall som vi ännu inte har hunnit titta på. I NJA 1979 s. 129 tillämpade HD trygghetskriteriet i ett fall där skadelidanden brutit nacken och invalidiserats.²⁹ I NJA 1984 s. 323 synes HD ha varit beredd att göra skadevällaren ansvarig för en allvarlig personskada som mycket väl hade kunnat leda till invalidisering.

En annan förutsättning för att presumtiva skadelidande skall anses vara utsatta för oacceptabel otrygghet, bör rimligtvis vara att det inte är alltför enkelt för dem att skydda sig själva från olyckor. Om en säkerhetsbrist bara kan leda till en olycka om skadelidanden

²⁸ Se kapitel 6.2.

²⁹ Se kapitel 6.1.

agerar utan minsta eftertanke och försiktighet, kan skadelidanden knappast hävda att situationen är oacceptabel. Mot bakgrund av att skadelidanden fick ersättning i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) kan detta dock inte innebära att oacceptabel otrygghet bara kan föreligga om skadelidanden inte hade någon som helst möjlighet att förhindra olyckan. Oacceptabel otrygghet kan föreligga då någon drabbas av en allvarlig skada därför att han eller hon gjort ett misstag eller en felbedömning som ligger någorlunda inom ramarna för hur folk brukar bete sig.

Att oacceptabel otrygghet föreligger även om olyckan är en följd av att skadelidandens försiktighet om sig själv avvikit grovt från det normala motsägs dock av NJA 1984 s. 323. Skadelidanden var en turist som befann sig på semester på Gotland. Det var kväll och han cyklade tillsammans med sina vänner på en stig genom ett grönområde. Han hade kommit lite efter de andra, men han hade sett dem cykla in i en port i Visby ringmur. Öppningen var mörk och han kunde inte se sina vänner längre. Vad han inte visste var att stigen inte fortsatte på andra sidan porten, utan övergick i en brant stentrappa. För att komma i fatt de andra drog han upp farten och cyklade igenom porten. Han störtade handlöst ned för trappan och skadades allvarligt. Han krävde skadestånd av Gotlands kommun med hänvisning till att kommunen borde ha satt upp en varningsskylt vid sidan om porten. Stigen var visserligen ingen cykelbana (eller någon anlagd väg av något annat slag) men användes för den allmänna samfärdseln. Kommunen hade därför en skyldighet att ta omsorg om dem som trafikerade stigen. HD förefaller ha varit beredd att göra kommunen ansvarig enligt trygghetskriteriet, eftersom HD inte ansett det tillräckligt att skadevållaren vidtar de försiktighetsåtgärder som skyddar presumtiva skadelidande som agerar med normal försiktighet.

Kommunens skyldighet att vidta skadeförebyggande åtgärder måste ... bedömas med utgångspunkt i att kommunen har att räkna med en viss grad av oförsiktighet från trafikanternas sida.³⁰

30 NJA 1984 s. 323, s. 329.

Trots att HD därmed ålade kommunen en omfattande aktsamhetsplikt erhöll cyklisten inget skadestånd. HD ansåg nämligen att cyklistens oförsiktighet avvek allt för mycket från det normala.

Sannolikheten för att ens en föga förtänksam person skulle på cykel ge sig ut på stigen genom Palissadporten och därvid färdas som om det inte fanns någon risk för uppdykande hinder måste bedömas som ringa. Att Erik L [skadelidanden] ... likväl misstog sig härutinnan torde delvis ha berott på speciella omständigheter ... Erik L ... kan antas ha haft en viss brådska för att hinna i fatt [sina kamrater]...³¹

Om det är korrekt uppfattat att HD varit beredd att göra kommunen ansvarig enligt trygghetskriteriet, är det svårt att tolka HD på något annat sätt än att den säkerhetsbrist som förelåg inte var oacceptabel, därför att en presumtiv skadelidande genom ett minimum av egen försiktighet kunde se till att den inte utgjorde något hot över huvud taget. Vad som gör HD:s motivering förvirrande är att man talar om "sannolikheten" för att någon skulle bete sig som skadelidanden. Detta tyder på att man sett på situationen ur skadevållarens perspektiv och bedömt dennes möjlighet att förutse att olyckan kunde inträffa. Ett sådant sätt att resonera hör hemma i normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet, men inte i trygghetskriteriet. Jan Hellner synes tolka 1984 års fall som en tillämpning av (vad jag kallar) det ekonomiska kriteriet, men ger ingen förklaring till sin tolkning.³² Ett gott skäl att uppfatta fallet på detta sätt är just att HD talar om sannolikhet. Å andra sidan går en sådan tolkning – som nyss konstaterats – dåligt ihop med att HD kräver att skadevållaren också skall sörja för de oförsiktigas trygghet. För egen del ser jag NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) såväl som NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren), som fall där HD tagit in argument i culpabedömningen som ligger utanför normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet, men inte lyckats inordna dessa argument i ett nytt culpakriterium (trygghetskriteriet) utan blandat ihop dem med argument ur de gamla kriterierna (normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet). Dessa fall utgör därför en utmärkt illustration av värdet med vad denna avhandling försöker åstadkomma: tankereda i culpabedömningen.

31 NJA 1984 s. 323, s. 329.

32 Hellner *Skadeståndsrätt* s. 131.

5 Culpaideologier

5.1 Konservatism eller instrumentalism

Normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet ger uttryck för tre olika culpaideologier – tre olika sätt att se på de skaderisker som finns i samhället, och på de skador som inträffar. De tre culpakriterierna ger uttryck för tre olika uppfattningar om hur skadeståndsrätten skall försöka påverka människors beteende när de vidtar försiktighetsåtgärder. I det här kapitlet kommer jag att beskriva dessa tre ideologier. Jag kommer att beskriva deras syn på rättens funktion och deras syn på vad som bör eftersträvas.

Skall den juridiska aktsamhetsnormen anpassa sig till människors aktsamhetsvanor eller skall människorna anpassa sina aktsamhetsvanor till den juridiska aktsamhetsnormen? Detta är en grundläggande fråga vad gäller skadeståndsrättens uppgift. Antingen anser man att skadeståndsrätten skall upprätthålla de moraliska vanor som finns, eller så anser man att skadeståndsrättens uppgift är att förändra dessa vanor när så är påkallat. Den första hållningen ger uttryck för *konservatism*. Den utgår ifrån att de moraliska vanor som finns är bra och att de bör konsolideras. Konservatismen vill värna om de normer som skapats i människornas samhällsliga gemenskap. Enligt en konservativ ideologi bör rätten därför underordnas dessa normer.

Den andra hållningen kallar jag *instrumentalism*. Den ser rätten som ett verktyg för att skapa det goda samhället. Det goda är inte nödvändigtvis det som följer av tradition och sedvana. Det goda är vad man uppställer som det goda, och det genomförs med olika politiska medel (varav juridiken är ett). Instrumentalism går alltid hand i hand med en teori om det goda som den försöker genomföra. Teorierna kan variera avsevärt. Det kan vara en teori som försöker förbättra situationen för de sämst ställda, men det kan likväl

vara en teori som försöker förbättra situationen för de duktigaste. På detta sätt skiljer den sig från konservatismen. Eftersom den konservativa ideologin slår vakt om de värden som finns i en viss kultur, har den ingen egen moralteori.

När det gäller skadeståndsrätten blir konsekvensen av en konservativ hållning att man förespråkar normalitetskriteriet. Har man en instrumentalistisk hållning är med största säkerhet detta culpakriterium inte tillfredsställande. För varje instrumentalist finns säkert en stor mängd fall där dennes vision om det goda samhället befordras genom de resultat som normalitetskriteriet ger. Men det finns också fall där – enligt hans eller hennes uppfattning om det goda – skadelidanden borde fått ett skadestånd, och presumtiva skadegörare borde givits ett incitament att inte handla som skadevällaren gjort. Detta kan inte genomföras om skadevällaren går fri från ansvar, därför att vederbörande har handlat normalt.

Det ekonomiska kriteriet är ett instrumentalistiskt culpakriterium. Det straffar dem som inte agerat ekonomiskt effektivt, genom att göra dem skadeståndsskyldiga. Därigenom skapas ett verksamt incitament till att vara mer försiktig än vad som är normalt. För att undvika att bli skadeståndsskyldiga kommer människor öka sin aktsamhet upp till den punkt där den är optimal ur effektivitetssynpunkt. Trygghetskriteriet är också ett instrumentalistiskt culpakriterium. Skadevällaren är ansvarig därför att vederbörande inte förebyggt en oacceptabel säkerhetsrisk, även om det inte är normalt att förebygga den. Dessa båda culpakriterier har därigenom det gemensamt, att de använder skadeståndsrätten som ett instrument för att fördela ansvaret för olyckor enligt en annan norm än den som kommer till uttryck i samhällets aktsamhetsvanor. Som vi kommer att se i kapitel 5.2 bygger det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet på två olika moralteorier, men de har en sak gemensamt. De vill båda använda skadeståndsrätten som ett socialt styrinstrument för att genomföra sin uppfattning om moral och rättvisa.

Skillnaden mellan konservatism och instrumentalism har i svensk debatt tagit sig uttryck i meningsmotsättningen mellan Hjalmar Karlgren och Vilhelm Lundstedt. Karlgren hade en konservativ syn på skadeståndsrätten. Han ansåg att juridisk aktsamhet skulle härledas ur den aktsamhet som moralen i samhället påbjuder. Lundstedt var instrumentalist. Han menade, att de som inte

handlat i överensstämmelse med "samhällsnyttan" skulle bli skadeståndsskyldiga även om de följt den allmänna moralen. Enligt Lundstedt var den "vanliga aktsamheten" för slapp i många situationer.¹ Han tyckte sig se en hel del försiktighetsåtgärder som inte vidtas trots att de vore "socialt önskvärda"² och ansåg att skadeståndsrätten borde försöka komma till rätta med detta. Skadevållaren borde göras ansvarig om vederbörande agerat i strid med samhällsnyttan. För att åstadkomma detta behövde Lundstedt en ny culparegel. Den traditionella – av normalitetskriteriet dominerade – culparegeln var otillräcklig. Lundstedt förespråkar därför en "utvidgad culparegel".³ Hur denna skall se ut går han dock inte in på särskilt noga. Han formulerar inget culpakriterium och ger ingen upplysande definition av vad han menar med "socialt önskvärd" och "samhällsnyttigt" (han synes inte riktigt vara medveten om hur vitt skilda innebörder som kan ges åt sådana begrepp).⁴ Jag får dock intrycket att han tänker sig något som liknar det ekonomiska kriteriet.

Hjalmar Karlgren motsatte sig denna instrumentalistiska syn på skadeståndsrätten. Karlgren menade att domaren inte skulle döma ut skadestånd med hänvisning till samhällsnyttan.⁵ Till skillnad från Lundstedt anförde han dock inga argument av rättspolitisk eller ideologisk karaktär för sin ståndpunkt (han påstod inte att trogenhet till traditionen utgör en bättre väg till det goda samhället än politisk reformism). Karlgrens argument var att det vore att tilllämpa "fingerad culpa"⁶ (i debatten ofta kallat "fiktiv culpa") om någon klassificerades som culpös trots att vederbörande gjort som alla andra. Enligt Karlgren rör det sig i sådana fall om en tillämpning av ett rent strikt skadeståndsansvar, som felaktigt betecknas som ett culpaansvar.⁷ Här har Karlgren fel. Han utgår helt korrekt från att culpabegreppet blir innehållslöst om det inte innebär att man brutit mot en norm, men förutsätter felaktigt att denna norm

1 Lundstedt *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen* s. 273.

2 A.a. s. 270.

3 A.a. s. 207.

4 A.a. s. 78ff.

5 Karlgren *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten* s. 8.

6 Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 171

7 A.a. s. 83.

måste vara normalitetskriteriet.⁸ Det finns ingenting som hindrar att denna norm istället är t.ex. det ekonomiska kriteriet. Karlgren tycks föreställa sig att domaren svävar i något slags normlöst godtycke om vederbörande lösgör sig från normalitetskriteriet (och då skulle göra sig skyldig till "fiktions" om vederbörande gör anspråk på normativitet). Men detta stämmer inte. I de fall där HD övergivit normalitetskriteriet, så har det inte gjorts till förmån för godtycke, utan helt enkelt till förmån för ett annat culpakriterium.

Såväl konservatism som instrumentalism kan dock kritiseras från ett ideologiskt perspektiv. Det finns rättspolitiska argument för att normalitetskriteriets konservatism – i vissa situationer – leder till otillfredsställande resultat. Och det finns rättspolitiska argument med vilka instrumentalismen bakom det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet kan kritiseras. Vi skall börja med att titta på konservatismens svagheter. Dess huvudsakliga problem är att skadevällaren – i vissa fall – kan tyckas komma undan för lättvindigt. När normalitetskriteriet tillämpas tillåts skadevällaren alltid gömma sig bakom sedvanan, oavsett hur goda argument det finns för att det vore rimligt att kräva mer än "normal aktsamhet" av vederbörande. De fall där en sådan kritik gör sig gällande kan indelas i två typsituationer.

- 1) när den normala försiktigheten är för slapp.
- 2) när etablerade aktsamhetsvanor tillkommit utan hänsyn till de personers speciella intressen, till vilka skadelidanden hör.

I den första typsituationen består problemet i att det normala beteendet uppvisar en låg ambitionsnivå. Viljan att ta omsorg om andra människor är liten. Man kan lätt tänka sig försiktighetsåtgärder, som inte ingår bland dem som brukar vidtas, med vilka skadevällaren utan större olägenheter hade kunnat göra en betydelsefull insats för att förebygga allvarliga olyckor. I rättspraxis från tiden före andra världskriget kan man hitta exempel på "normalt beteende" som med vår tids mått mätt framstår som uppenbart oansvarigt och nonchalant.

8 Se t.ex. Karlgren *Om culpabegreppet* s. 194.

NJA 1934 s. 601 är ett bra exempel. En arbetare i en bilfabrik tvingades ständigt växla mellan två olika arbetsuppgifter. Den ena utfördes i ett rum där temperaturen uppgick till 70° C vilket gjorde att han svettades mycket. Den andra arbetsuppgiften utfördes i ett rum där temperaturen var 15° C och där det dessutom var mycket dragigt. Detta gjorde att arbetaren insjuknade i tuberkulos och ledde till hans död två år senare. En av arbetaren (och senare av dödsboet) förde skadeståndstalan mot bilfabriken blev dock utan framgång. HD ansåg inte att fabriken bar någon skuld för det inträffade.

...enär omständigheterna ej utmärkte, att med avseende å arbetslokalernas inrättande eller det sätt, på vilket Bergströms [arbetaren] arbete var ordnat, något förhållande kunde läggas bolaget eller arbetsledningen vid fabriken till last av beskaffenhet att ådraga bolaget ansvarighet för skada i anledning av Bergströms tuberkulossjukdom...⁹

Ett annat talande exempel är NJA 1936 s. 38. En man lutade sig mot räcket till en s.k. fransk balkong på tredje våningen i ett hus. Räcket satt så dåligt fast att det gav vika redan för ett lätt tryck. Mannen störtade handlöst ned på gatan och ådrog sig svåra kroppsskador. Han krävde skadestånd av husets ägare, men hans talan hade ingen framgång. HD stödde sig på rådhusrättens dom, i vilken det konstaterats att felet på balkongen inte var av ett sådant slag att det var ägnat att upptäckas "vid tillsyn av sedvanlig omfattning".¹⁰

Man kan givetvis tycka att dessa domslut är helt godtagbara och därför inte se något fel i att normalitetskriteriet tillämpats. Men om man tycker att utslagen är rättspolitiskt oacceptabla, så är också normalitetskriteriet problematiskt. Om den försiktighet som erfordras enligt culparegeln hängs upp på det försiktighetsbeteende som de facto praktiseras i samhället blir culparegeln slapp om detta beteende är slapp. Det går inte att komma ifrån. Om man skulle vilja se att större försiktighet vidtogs har man ingen hjälp av normalitetskriteriet. Observera att denna situation är helt annorlunda från de fall där de etablerade aktsamhetsvanorna inte är

9 NJA 1934 s. 601, s. 605.

10 NJA 1936 s. 38, s. 39.

adekvata i den aktuella situationen därför att situationen innehåller ovanliga risker, så som i NJA 1993 s. 149 (golfspelaren).¹¹ I dessa fall kan man med ledning av de (icke-slappa) försiktighetsåtgärder som vidtas i mindre ovanliga situationer i samma verksamhet göra en bedömning av hur en normalt aktsam person hade agerat i den ovanliga situationen (så som HD gjorde i 1993 års fall) och normalitetskriteriet behöver inte leda till ett otillfredsställande resultat. När problemet ligger i att de etablerade aktsamhetsvanorna är för slappa kan man inte gå till väga på detta sätt. Då är det ju inte fråga om att det saknas en etablerad försiktighetsåtgärd för den aktuella situationen. Då är de försiktighetsåtgärder som de facto finns för slappa, och det finns ingen tillfredsställande allmän försiktighetsnivå att analogisera med.

Detta problem kan rättssystemet hantera på olika sätt. Det finns några olika strategier med vilka man kan komma ur den slapphetsfälla som normalitetskriteriet utgör (och dessa strategier har också använts i svensk rätt). En första möjlighet är att med lagstiftning förändra vad som skall anses som normalt beteende. Då kan normalitetskriteriet användas med tillfredsställande resultat. Detta görs med lagar (eller förordningar) för hur verksamheter skall bedrivas. När en domstol sedan tillämpar culparegeln kommer domstolen att utgå från dessa när den bedömer huruvida skadevållaren agerat normalt. Genom en arbetsmiljölag kan man exempelvis på detta sätt komma till rätta med sådana fall som NJA 1934 s. 601 (tuberkulosfallet). I svensk rätt finns många lagar och förordningar som har haft effekten att på detta sätt höja den normala försiktigheten – vid sidan om arbetsmiljölagen t.ex. livsmedelslagen, vägtrafikkungörelsen och de lokala ordningsstadgarna.

Lagstiftaren har även vissa andra möjligheter att komma till rätta med slappa aktsamhetsvanor. En radikal möjlighet vore att se till domstolarna slutade använda normalitetskriteriet genom att i skadeståndslagen uttryckligen skriva in att culpabedömningen skall ske enligt något annat kriterium – exempelvis enligt det ekonomiska kriteriet. Denna strategi har dock aldrig varit aktuell. En annan möjlighet är att tillskapa offentliga försäkringssystem. Därmed ökar man visserligen inte försiktigheten i samhället, men man

11 Se kapitel 2.2.

ser i vart fall till att de som blir offer för slapphet blir kompenserade. Sådana offentliga försäkringar finns i svensk rätt – exempelvis arbetsskadeförsäkringen, patientförsäkringen och den obligatoriska trafikförsäkringen.

Ur rättstillämparens perspektiv ser problemet med slappa aktsamhetsvanor något annorlunda ut. Om lagstiftaren har försökt komma till rätta med problemet genom lagstiftning som föreskriver mer omsorg, så kan domstolarna fortsätta att tillämpa normalitetskriteriet och samtidigt ställa högre krav på skadevällaren. Men om lagstiftaren inte gjort detta – och rättstillämparen måste ta itu med problemet på egen hand – måste domstolen överge normalitetskriteriet. Fallet måste avgöras enligt något annat kriterium. Som vi redan har sett gör domstolarna detta. I NJA 1981 s. 683 (konerna) tillämpade HD exempelvis det ekonomiska kriteriet och struntade i huruvida skadevällaren agerat normalt eller inte.¹² Att HD inte sällan kräver mer försiktighet än vad som följer av normalitetskriteriet är sedan länge uppmärksammat i den rättsvetenskapliga litteraturen.¹³

Vi skall nu gå vidare till den andra av de tre typsituationer i vilka konsekvenserna av normalitetskriteriets konservativa ideologi kan kritiseras. Som framgår av den uppställning jag gjorde i början av avsnittet handlar det om de fall där den etablerade aktsamhetsvanan tillkommit utan hänsyn till de personers speciella intressen, till vilka skadelidanden hör. Här är det alltså inte fråga om att aktsamhetsvanan generellt sett är för slapp. I de flesta fall är den fullt tillfredsställande. Problemet består i att det finns vissa fall där den inte är adekvat. Precis som i NJA 1993 s. 143 (golfspelaren) så finns det vissa risker som aktsamhetsvanan inte är anpassad för att hantera, därför att den inte är utformad med tanke på dessa risker.

NJA 1951 s. 55 är ett bra exempel på detta. Fallet rörde en tvist mellan två grannar – en bonde och en rävuppfödare. På den förstnämndes mark fanns en stor sten som störde jordbruket. Bonden hade för avsikt att forsla bort stenen men var först tvungen att spränga den i mindre delar. Dessa planer oroade rävfarmaren. Han fruktade att bullret skulle skrämma hans rävhonor att bita ihjäl

12 Se kapitel 1.1.

13 Se t.ex. Lundstedt *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen* s. 277ff.

sina ungar. Att rävar kunde bete sig så om de blev skrämda (av t.ex. åska) var välkänt. Rävuppfödaren bad därför sin granne att denne skulle vänta med att spränga till hösten då risken inte var så stor, eller i vart fall försöka dämpa bullret så mycket som möjligt genom att täcka stenen med en stor mängd jord och gammal lump. Bonden betraktade dock rävuppfödarens farhågor som överdrivna. Han sprängde stenen i luften utan att göra sig något besvär för att dämpa bullret, varvid rävhonorna bet ihjäl nästan alla sina ungar. Rävuppfödaren ville ha ersättning av bonden, men fick det inte eftersom HD ansåg att bonden inte var ansvarig för olyckan:

Sprängning i den ringa omfattning varom i målet är fråga var – frånsett den särskilda fara som förelåg för rävarna – uppenbarligen icke i och för sig ägnad att genom sin ljudverkan medföra olägenheter av någon betydelse för grannfastigheterna. Sprängningarna hava vidare, såvitt visats, utförts på det sätt som i orten är det vanliga. Alfred Nilsson [skadevållaren] har således icke överskridit vad som i allmänhet måste anses tillåtet för ägaren av en jordbruksfastighet i orten.¹⁴

Anders Agell inordnar detta avgörande under (vad jag kallar) det ekonomiska kriteriet.¹⁵ Personligen har jag svårt att se att 1951 års fall skulle vara någonting annat än ett solklart exempel på normalitetskriteriet. HD har befriat bonden från ansvar därför att denne följt etablerade aktsamhetsvanor. Tydligt fanns det något slags sedvana för hur sprängningar skulle företas, och det är mot dess katalog av försiktighetsåtgärder som HD har valt att bedöma bondens agerande. Exakt vilka åtgärder som ingick i denna katalog framgår inte av rättsfallsreferatet. Men av HD:s domskäl kan vi i vart fall utläsa att de försiktighetsåtgärder skadelidanden efterlyste (att spränga senare och att dämpa bullret) inte fanns med bland dem. Som framgår uttryckligen av HD:s domsmotivering har detta faktum avgjort saken till skadevållarens fördel. Mot en sådan användning av normalitetskriteriet finns en hel del att invända. Som vi såg i kapitel 2.2. kan sedvanan endast fungera som en källa till normalt beteende i situationer där den är adekvat. För att skadevållaren skall kunna bedömas direkt enligt sedvanan (och kunna frias enbart med hänvisning till att vederbörande följt den), så

14 NJA 1951 s. 55, s. 61.

15 Agell *Samtycke och risktagande* s. 91 fotnot 73 och s. 93 fotnot 83.

måste sedvanan vara utformad med tanke på (bl.a.) den fara som förverkligats när skadelidanden skadats. Men så var inte fallet med den sedvana för sprängning som bonden höll sig till. Den var utformad för att skydda grannar från faran att träffas av kringflygande splitter och dylikt, men den var inte utformad för att skydda grannar för konsekvenserna av buller. Detta är i sig inte konstigt. Aktsamhetsvanor utbildas under vissa betingelser, och när betingelserna ändras är de inte längre adekvata. Rävfarmen utgjorde ett nytt inslag på orten som den gamla sedvanan helt enkelt inte var utformade för att kunna hantera. Därför gjorde HD fel när man bedömde skadevällaren enligt den gamla sedvanan. Genom att göra så fick man en missvisande uppfattning om det normala beteendet. Man borde istället ha konstaterat att normal aktsamhet inte kunde härledas ur sedvanan och att man därför var hänvisad till att göra en bedömning av hur en "normalt aktsam bonde" hade agerat under dessa nya förutsättningar. Alla de aktsamhetsvanor som etablerats för jordbrukare (inklusive de som har att göra med sprängning) skulle då kunnat tjäna som källa till hur mycket omsorg en bonde brukar ta om sina grannar. Hade man gått till väga på detta sätt så hade man varit normalitetskriteriet trogen. Förmodligen hade man då också kommit till ett annat resultat i culpabedömningen.

I det här fallet hade det alltså varit möjligt att tillämpa normalitetskriteriet utan att komma fram till ett stötande resultat. Häri ligger en betydelsefull skillnad i förhållande till den nyss behandlade situationen där sedvanan är för slapp över hela linjen. När etablerade aktsamhetsvanor är tillkomna utan hänsyn till skadelidandens speciella intresse, blir resultatet bara otillfredsställande om normalitetskriteriet används på fel sätt. Man skulle därför kunna påstå att det här inte rör sig om någon brist i själva kriteriet. Normalitetskriteriet kan ju inte lastas för de resultat som uppstår när det används på fel sätt. Men då gör man saken lite för enkel. Som 1951 års fall visar är det lätt hänt – även för erfarna justitieråd – att tillämpa kriteriet på fel sätt. Ibland är det svårt att inse att sedvanan tillkommit utan hänsyn till skadelidandens speciella intresse. Och detta är ett problem som ligger inbyggt i normalitetskriteriet. När normalitetskriteriet tillämpas på fel sätt förvandlas det till ett kriterium som inte värderar individens intressen lika. De som bedriver nya typer av verksamheter får inte sina intressen tillgodosedda i lika stor

omfattning som de som bedriver gamla inarbetade verksamheter (som t.ex. jordbruk). Nykomlingar förhindras att berika sig på lika villkor. Detta är en osympatisk konsekvens av den konservativa ideologi som normalitetskriteriet bygger på, vilken kan undvikas om man istället tillämpar exempelvis det ekonomiska kriteriet. Då måste nämligen skadevållaren värdera alla kostnader lika, oavsett om de uppstår i en ny eller i en gammal verksamhet. Så gjorde hovrätten i 1951 års fall. Man tillämpade det ekonomiska kriteriet och var därigenom mer framsynt än HD.¹⁶

[D]en nytta Alfred Nilsson [skadevållaren] kunde vinna genom sprängningarnas företagande vid ifrågavarande tidpunkt [har] uppenbarligen varit ringa i förhållande till den skada som därigenom kunde tillskyndas Montelin [skadelidanden]. Med hänsyn härtill måste det anses hava ålegat Alfred Nilsson att, därest så utan olägenhet kunnat ske, antingen förlägga sprängningarna till annan tidpunkt eller ock vidtaga åtgärder till dämpande av det vid sprängningarna uppkommande bullret.¹⁷

Efter att ha analyserat den konservativa culpaideologins svagheter skall vi nu granska instrumentalismen. Mot denna culpaideologi kan följande två argument riktas:

- 1) skadevållaren klandras trots att vederbörande agerat "som alla andra"
- 2) samhällsmoralen undergrävs

Det första argumentet grundar sig på den korrekta iakttagelsen att den som blir ansvarig enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet trots att vederbörande uppfyllt normalitetskriteriet görs skadeståndsskyldiga för ett beteende som är vanligt och accepterat i samhället. Skadevållaren har lagt märke till att en viss försiktighetsåtgärd inte brukar vidtas. Han eller hon kanske till och med har lärt sig av någon auktoritet att försiktighetsåtgärden inte behöver vidtas. Skadevållaren har därför avstått från att vidta försiktighetsåtgärden och haft all anledning att räkna med att detta inte skulle kunna leda till skadeståndsansvar om en olycka skulle

16 Som vi kommer att se i kapitel 5 tillämpar HD idag effektivitetskriteriet i tvister mellan näringsidkare.

17 NJA 1951 s. 55, s. 60.

inträffa. Till följd av att vederbörande har bedömts enligt ett culpa-kriterium som haft för avsikt att höja den allmänna försiktigheten i samhället har detta ändå blivit fallet. Är det rättvist? Det är inte skadevållarens fel att den allmänna försiktigheten är för slapp. Ändå är det skadevållaren som får lida för det. Skall man inte kunna räkna med att inte bli skadeståndsskyldig om man vidtar alla de försiktighetsåtgärder som är brukliga? Trygghetskriteriets syfte är att ge presumtiva skadelidande trygghet, men verkar helt ointresserat av presumtiva skadevållares trygghet. Varför är skadelidandens trygghet viktigare än skadevållarens?

Det är inte lätt att försvara instrumentalismen mot denna kritik. Som vi kommer att se i nästa kapitel är det ekonomiska kriteriets syfte att befrämja det totala välbefindandet i samhället och detta innebär att enstaka individer då och då offras. De kan vara skadevållare såväl som skadelidande. Detta kan både kritiserats och försvaras och denna diskussion kommer jag att behandla i nästa kapitel. När det gäller trygghetskriteriet så är det en helt korrekt iakttagelse att presumtiva skadelidandes trygghet värderas högre än presumtiva skadevållares trygghet. Som vi kommer att se i nästa kapitel bygger trygghetskriteriet på en välfärdsideologi som föreskriver att skadevållaren skall "ta hand om" skadelidanden. Denna ojämlikhet går inte att försvara om skadevållaren och skadelidanden är jämbördiga parter, t.ex. om båda är företag eller om båda är privatpersoner. Om skadevållaren däremot är en betydligt starkare part än skadelidanden – om skadevållaren är ett stort företag eller det allmänna och skadelidanden är en privatperson – så har skadevållaren inte samma behov av trygghet som skadelidanden. Ett stort företag är betydligt bättre än en privatperson på att kalkylera och hantera oväntade utgifter. I sådana situationer är det följaktligen inte orättvist att prioritera skadelidandens trygghet genom att tillämpa trygghetskriteriet istället för normalitetskriteriet.

Det andra av de ovan listade argumenten mot instrumentalismen går ut på att denna ideologi skulle förstöra samhällsmoralen. Detta argument har framförts av Friedrich Hayek. Enligt Hayek ger de aktsamhetsvanor som finns i samhället uttryck för en "spontan ordning" som utvecklats frivilligt mellan människor.¹⁸ Att genom

18 Hayek *Frihetens grundvalar* s. 189f.

statlig intervention försöka förändra dem innebär – enligt Hayek – att ta de första stegen mot diktatur:

[Det är] inte lagstiftarens uppgift att upprätta en särskild ordning utan bara att skapa förhållanden under vilka en [spontan] ordning kan etablera sig och ständigt förnya sig.¹⁹

Denna kritik övertygar inte mig. När konservatismen formuleras på detta sätt vill den ge intryck av att inte förespråka någon (substantiell) teori om det goda samhället. Människor ges friheten att utforma samhällslivet som de vill. Konservatismen försöker ge intryck av att ge människor en sådan frihet utan baktankar om innehållet i den "spontana ordning" som då kommer uppstå. Personligen har jag svårt att tro att konservatismen är riktigt hederlig i detta avseende. De konservativa vill konsolidera den rådande ordningen därför att detta ligger i deras intresse och därför att de sympatiserar med den rådande ordningens värderingar. Konservatismen är därför lika instrumentalistisk som alla andra ideologier. Den vill använda juridiken för att förmå människor att hålla sig till en "särskild ordning" som i konservatismens fall är den rådande ordningen.

5.2 Välstånd eller välfärd

Enligt det ekonomiska kriteriets ideologi skall skadeståndsrätten befrämja välstånd. Det finns en mängd verksamheter som skapar välstånd och skadeståndsrättens uppgift är att se till att de inte bara skapar välstånd, utan att de bidrar så mycket som möjligt till samhällets totala välstånd. De skador som verksamheten orsakar är en minuspost i den totala välståndskalkylen och kan bara accepteras om den inte hade kunnat förhindras med en försiktighetsåtgärd som inte hade inneburit en ännu större minuspost.

Som vi har sett i kapitel 3 går det ekonomiska kriteriet ut på att jämföra skadekostnader med försiktighetskostnader i syfte att klas-

19 A. a. s. 190.

sificera skadevällaren som vårdslös om vederbörande inte agerat ekonomiskt effektivt. Det underliggande ideologiska skälet till att man bör handla ekonomiskt effektivt är att det ekonomiska kriteriet bygger på en teori som föreskriver att man bör maximera rikedom. Denna teori säger att ett tillstånd med större sammanlagt välstånd alltid är bättre än ett tillstånd med mindre sammanlagt välstånd och att en person som valt det senare tillståndet (genom att avstå från vissa försiktighetsåtgärder) följaktligen agerat "vårdslöst".

Härigenom skiljer sig det ekonomiska kriteriet fundamentalt från trygghetskriteriet. Den ideologi som trygghetskriteriet bygger på försöker åstadkomma *välfärd*. Detta innebär två saker. För det första bedöms inte handlingar efter deras förmåga att befrämja rikedom, utan efter deras förmåga att befrämja "tillfredsställelse" hos de personer som berörs. På samma sätt som utilitarismen ser inte välfärdsideologin till pengar, utan till "lycka"/"tillfredsställelse av preferenser" (se kapitel 3.2). För det andra bedöms inte handlingar enbart efter sina sammanlagda effekter för alla som berörs. Välfärdsideologins mål är att ingen individ skall behöva uppleva allvarlig otillfredsställelse. Den förespråkar inte en ökning av den sammanlagda tillfredsställelsen i samhället om detta bara kan åstadkommas till priset av att någon individs tillfredsställelse offras allt för mycket.²⁰ Härigenom skiljer den sig från utilitarismen.²¹

Anta att A är ett företag som driver en anläggning (t.ex. en utförsåkningsanläggning som i NJA 1987 s. 222), och att B, C, D och E är de fyra personer som nyttjar anläggningen och tillika är de som kan komma att skadas av den. A kan utforma verksamheten på tre olika sätt, beroende på hur omfattande försiktighetsåtgärder som vidtas. Om A bedriver verksamheten på det minst försiktiga sättet (V1) kommer den ge upphov till många olyckor. Tre av fyra presumtiva skadelidande kommer att drabbas av olyckor (med

20 Jfr vad R. M. Hare kallar "the insurance strategy". Se *Hare Essays in Ethical Theory* s. 170.

21 Denna skillnad – i förhållande till utilitarismen – torde dock inte få något större utslag vid bedömningen av konkreta fall. Eftersom ökningen av en persons tillfredsställelse (givet alla typer av nyttigheter) är marginellt avtagande lär – i de flesta fall – minskningen av tillfredsställelsen hos den som drabbas av allvarlig otillfredsställelse vara större än den sammanlagda ökningen av tillfredsställelsen hos övriga berörda. Jfr Reidhav *Utilitas et Pactum et Industria* s. 94.

olika svårighetsgrad). Om A bedriver verksamheten på ett något mer försiktigt sätt (V2) förhindras de flesta av dessa olyckor. En av de fyra presumtiva offren kommer dock fortfarande att drabbas av en allvarlig olycka. Om A däremot bedriver verksamheten på det mest försiktiga sättet (V3) kommer inga olyckor att inträffa. Nedanstående tabell visar hur de inblandade personernas ekonomi påverkas – före eventuella skadestånd – i de tre situationerna (att A:s ekonomi alltid påverkas mycket positivt beror på att A är den som skördar frukterna av verksamheten).

	A	B	C	D	E
V1	+100	0	-4	-8	-8
V2	+90	0	0	0	-8
V3	+80	0	0	0	0

Hur skall A utforma verksamheten? Om målet är att maximera välstånd är V2 optimal. Här ger verksamheten ett sammanlagt välstånd på $90 - 8 = 82$. V1 ger bara ett sammanlagt välstånd på $100 - 4 - 8 - 8 = 80$, och V3 ger också bara ett sammanlagt välstånd på 80. Om målsättningen däremot är att minimera allvarlig otillfredsställelse är det inte säkert att V2 är ett bättre alternativ än V3. Om den skada som E lider under V2 innebär att E lider av "allvarlig otillfredsställelse" så är V3 det bästa alternativet.

Anta att A väljer V2. Då skulle företaget inte betraktas som vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet, eftersom man handlat samhällsekonomiskt effektivt. Det ideologiska skälet till detta är att det totala välståndet inte hade kunnat göras högre av A. Enligt trygghetskriteriet har A dock varit vårdslös genom att välja V2 om detta innebär "allvarlig otrygghet" för E. Detta är fallet också om vi låter siffrorna i tabellen beteckna förändringar av "tillfredsställelse" istället för förändringar av "rikedom". Enligt välfärdsideologin är det oacceptabelt att E:s tillfredsställelse offras även om det åstadkommer en större total tillfredsställelse bland berörda personer. Genom att göra A skadeståndsskyldig uppmanas vederbörande att sörja för E:s trygghet genom att vidta V3.

När jag behandlade normalitetskriteriet visade jag att dess konservatism i vissa situationer leder till resultat som kan uppfattas

som otillfredsställande ur rättspolitisk synpunkt. Motsvarande problem finns med det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Vi skall börja med att granska det ekonomiska kriteriet. Att eftersträva välstånd – på det sätt som blir fallet när det ekonomiska kriteriet tillämpas – kan kritiseras på följande punkter.

- 1) de som skadas på ett ovanligt sätt får sämre skydd
- 2) icke-ekonomiska skador undervärderas
- 3) rika människors olägenheter värderas högre
- 4) värdet av omfördelning förbises

Som bekant ser det ekonomiska kriteriet endast till summan av en verksamhets kostnader och bryr sig följaktligen inte om hur kostnaderna är fördelade mellan olika individer. Konsekvensen av detta är att det är tillåtet att offra en persons intressen om detta leder till att de sammanlagda kostnaderna minimeras. Så länge man tillämpar det ekonomiska kriteriet finns det inget som helst hinder mot att offra en individ hur mycket som helst om detta ökar det totala välståndet i samhället. För detta kan välståndsideologin kritiseras.

Problemet uppstår i de situationer där någon skadats på ett ovanligt sätt. Skadevållaren hade kunnat vidta en försiktighetsåtgärd som hade varit ägnad att förhindra olyckan, men kretsen av de presumtiva skadelidande som denna försiktighetsåtgärd hade skyddat utgörs av allt för få personer (skadelidanden + ett fåtal andra) för att försiktighetsåtgärden skulle ha varit ekonomiskt effektiv. Om man ser på situationen ur skadelidandens perspektiv kan man konstatera att det är olyckligt att tillhöra en liten personkrets. Om skadelidanden istället hade tillhört en stor personkrets hade det varit kostnadseffektivt att skydda honom eller henne från skador och skadevållaren hade blivit skadeståndsskyldig för att ej ha vidtagit den omtvistade försiktighetsåtgärden. Om vi antar att det faktum att skadelidanden tillhör en liten personkrets beror på omständigheter som ligger utanför dennes kontroll, kan man undra hur det kan vara rättvist att vederbörande skall erhålla sämre skydd än andra.²² Problemet illustreras väl av det ovan analyserade tyska

²² Problemet har uppmärksammats av Jan Hellner. Se Hellner *Värderingar i skadeståndsrätten* s. 309.

rättsfallet BGHZ 40, 379, där en stad förklarades vara oförpliktigad att sanda sina gator på natten. BGH konstaterade att de personer som använde vägarna nattetid inte var tillräckligt många för att den förväntade nyttan av en nattlig sandning skulle uppväga kostnaderna.²³ Om skadelidanden hade råkat ut för samma olycka på dagtid hade vederbörande förmodligen fått ersättning. Av rättsfallet framgår inte varför skadelidanden var ute på vägarna vid den här tiden på dygnet, men det skulle mycket väl kunna vara så att han av något skäl var tvungen att köra bil på natten (exempelvis på grund av sitt yrke). Under sådana omständigheter kan domen upplevas som orättvis – skadevållaren borde inte ha rätt att strunta i dem som har oturen att tillhöra en för liten personkrets. Skadevållaren hade kunnat vidta samma åtgärd (sandning) som vederbörande vidtar för att skydda dem som tillhör en större personkrets (de som använder vägarna på dagtid). Om culpabedömningen istället hade gjorts enligt trygghetskriteriet så hade staden varit tvungen att ge alla presumtiva skadelidande samma trygghet.

Richard Posner försvarar det ekonomiska kriteriet mot denna kritik. Posner hävdar att det är godtagbart att de som tillhör en för liten personkrets inte får något skadestånd. Syftet med det ekonomiska kriteriet är att samhällets resurser skall användas på ett så effektivt sätt som möjligt, så att samhällets totala välbefinnande blir så stort som möjligt. Det ekonomiska kriteriet är konstruerat för att förmå människor att utforma sina verksamheter så att detta blir fallet, genom att med skadestånd bestraffa dem som inte vidtagit kostnadseffektiva försiktighetsåtgärder. Enligt Posner är detta ett mål som alla har glädje av och som alla borde tillstyrka. I ett läge där man inte vet om man i framtiden kommer att tillhöra dem som drabbas av skador, inte vet om man kommer att råka tillhöra stora eller små personkretsar, inte vet om man själv kommer att orsaka skador etc. bör man föredra att det sammanlagda välbefinnandet görs så stort som möjligt.²⁴ Ju större den gemensamma kakan är, desto större är den del av kakan som var och en kan förvänta sig kommer att tillkomma honom eller henne. Posner hävdar att var och en av oss därför har egennyttiga skäl att ex ante godta att culpabedöm-

23 BGHZ 40, 379, s. 385.

24 Se Posner *The Economics of Justice* s. 95.

ningar kommer att göras enligt det ekonomiska kriteriet. Detta gäller även dem, som sedan har oturen att tillhöra den personkrets som hade vunnit på att ett annat culpakriterium tillämpas (t.ex. därför att man råkar skadas just när man kör bil på natten). Det ekonomiska kriteriet är det kriterium som ex ante ger alla inblandade det största väntevärdet på sitt framtida välstånd. Att ex post somliga hade fått det bättre om ett annat kriterium hade tillämpats är irrelevant. Så är det med alla kriterier.

Denna argumentation är inte hållbar. Det stämmer inte att alla människor skulle föredra en regel framför alla andra regler enbart därför att den leder till störst sammanlagd rikedom. Människor är också intresserade av hur denna rikedom kommer att vara fördelad.²⁵ Vi är inte enbart intresserade av det genomsnittliga förväntade utfallet. Vi är också intresserade av hur oförmånliga de sämsta utfallen kan bli. De flesta av oss har ett grundläggande behov av trygghet och vi är därför inte beredda att chansa hur mycket som helst. Vi är inte beredda att riskera att få det hur dåligt som helst bara för att väntevärdet skall bli så stort som möjligt.

Hur mycket vi är beredda att chansa är svårt att säga. Förmodligen varierar det från person till person. Någon vill leva i ett samhälle där vägarna hålls sandade även på natten. Någon annan vill hellre leva i ett samhälle där man får finna sig i att vara mindre trygg om man kör bil nattetid, så att utgifterna för nattlig sandning i gengäld kan användas till något som kommer fler till gagn.

Ett annat försvar för att offra tryggheten för den som skadas på ett ovanligt sätt är att dennes intressen annars skulle värderas högre än andras intressen. Enligt utilitaristisk moralteori skall olägenheter värderas lika högt oavsett vem som drabbas av dem.²⁶ Om den presumtive skadevällaren vore tvungen att vidta försiktighetsåtgärder (för att skydda dem som riskerar att skadas på ett ovanligt sätt) trots att detta skulle medföra större olägenheter för vederbörande än det skulle bespara i olägenheter för dem som riskerar att skadas, så skulle detta innebära att olägenheterna för presumtiva skadelidande har värderats högre än olägenheterna för den pre-

25 Denna kritik mot Posner har bl.a. framförts av Ronald Dworkin. Se Dworkin A *Matter of Principle* s. 247.

26 Se t.ex. Mill *Utilitarianism* s. 105.

sumtve skadevållaren. En sådan ansvarsregel vore omoralisk eftersom den inte behandlar alla lika.

Detta är ett starkt argument men det går att bemöta. Man skulle kunna hävda att en dylik ansvarsregel ändå vore rättvis. Enligt John Rawls rättviseteori skulle alla människor, om de bortsåg från sina egna intressen genom att låtsas att de inte visste huruvida de i framtiden kommer att tillhöra den ena eller den andra personkretsen, föredra en princip som föreskriver att sociala skillnader bara är acceptabla om de är till fördel för den sämst ställda.²⁷ Detta innebär att resurser skall användas så att den sämst ställda får det så bra som möjligt. Rawls har inte uttalat sig om vilka juridiska regler denna rättvisepincip skulle leda till. Tillämpad på vår problematik skulle den dock innebära att det vore rättvist att utforma culparegeln så att de som har oturen att tillhöra dem som kör bil på natten har rätt till lika stor säkerhet som andra bilister, därför att alla bilister skulle föredra denna aktsamhetsnorm om de vore helt okunniga om huruvida de i framtiden skulle komma att tillhöra den ena eller den andra personkretsen.²⁸

Vi skall nu gå vidare till den andra av de inledningsvis nämnda fyra punkter på vilka det ekonomiska kriteriet kan kritiseras. När det ekonomiska kriteriet tillämpas värderas alla olägenheter i pengar. Kostnaden för en olägenhet är den hypotetiska ekonomiska förlust vars olägenheter för skadelidanden vore likvärdiga med de olägenheter det innebär att drabbas av skadan. Skadekostnaden för en skada är följaktligen det högsta belopp skadelidanden vore beredd att betala i utbyte mot att inte drabbas av skadan (om detta vore möjligt). När det ekonomiska kriteriet tillämpas är domstolen tvungen att uppskatta detta hypotetiska pris.

Detta är oproblematiskt när olägenheten är en ekonomisk förlust för skadelidanden, t.ex. utgifter för läkarvård eller förlorad arbetsinkomst. Skadekostnaden för en utgift på 2000 kr. är givetvis 2000

27 Rawls *A Theory of Justice* s. 60.

28 Mot detta skulle man kunna invända att det inte är säkert att individer som är okunniga om sina framtida positioner inte istället skulle föredra en aktsamhetsregel som maximerar väntevärdet. Att individerna bakom Rawls "okunnighets-slöja" inte gör det beror på att de har förtagits denna möjlighet. Rawls har nämligen stipulerat att deras okunnighet även inkluderar all kunskap om sannolikheten av att hamna i olika personkretsar, vilket gör det omöjligt att beräkna väntevärdet. Se Rawls *A Theory of Justice* s. 168.

kr. eftersom skadelidanden inte skulle betala mer än 2000 kr. för att slippa en utgift på 2000 kr. Men det innebär problem när det handlar om olägenheter som inte är materiella, dvs. olägenheter som smärta, oro, dålig nattsömn, nedstämdhet, uteblivna nöjen, leda, frustration etc.²⁹ Hur skall man gå till väga för att sätta rätt pris på sådana olägenheter?

Om man studerar hur höga skadestånd som utdöms för denna typ av skador, så ser man att skadelidanden regelmässigt erhåller mindre än skadekostnaden. De skadestånd som utdöms för "sveda", "värk", "lyte" och "men" är alltid mindre än vad man kan anta att den drabbade hade varit beredd att betala för att bli kvitt sin skada (om detta nu hade varit möjligt). Låt mig ta ett exempel. I NJA 1989 s. 389 hade en kvinna drabbats av en kronisk sjukdom som gjorde att hennes skelett "smälte ihop" och "stelnade".³⁰ Kvinnan led av svår värk och hade stora problem att själv stiga upp ur sängen, klä på sig, gå på toaletten etc. HD fann det "...skäligt [att] bestämma ersättningen ... för lyte och men till 35 000 kr...".³¹ Jag har svårt att tänka mig att kvinnan inte hade varit beredd att betala betydligt mer än 35 000 kr. för att bli kvitt alla dessa olägenheter. En sådan undervärdering av skadekostnaden skulle aldrig ha skett av en ekonomisk skada. HD hade aldrig värderat skadekostnaden för de 7 000 kr. som kvinnan gick miste om pga. förlorad inkomst till mindre än 7 000 kr.

Om icke-ekonomiska skadekostnader på detta sätt undervärderas vid beräkningen av skadeståndets storlek finns det anledning att misstänka att de också undervärderas i själva culpabedömningen. Det är i så fall mycket olyckligt. Om skadekostnaderna för sådana skador inte tas upp till sitt fulla värde blir hela kostnadskalkylen felaktig. Den skadeståndsrättsliga aktsamhetsnormen blir för slapp eftersom vissa försiktighetsåtgärder kommer anses vara för kostsamma, när de i själva verket hade varit kostnadseffektiva om de hade jämförts med den verkliga skadekostnaden. Dessutom kommer det att krävas mindre försiktighet för att förhindra en olycka ju större andel, av alla de olägenheter som olyckan för med sig, som är av icke ekonomiskt slag. Det innebär att det kommer att krävas

29 Jfr Hellner *Skadeståndsrätt och rättsekonomi* s. 365f.

30 NJA 1989 s. 389, s. 391.

31 NJA 1989 s. 389, s. 397.

mindre för att skydda människor från personskador än från sakska-
dor. Dessa olyckliga effekter undviks om culpabedömningen istäl-
let utförs enligt normalitetskriteriet eller trygghetskriteriet.

Jag går nu vidare till punkt tre i ovanstående uppställning. Det ekonomiska kriteriet är även problematiskt när det handlar om att bedöma försiktighetsåtgärder som inte riktar sig lika mycket till rika som till fattiga presumtiva skadelidande. De flesta försiktighetsåtgärder kommer rika och fattiga människor lika mycket till godo. De varningskoner som placeras ut kring ett hål i trottoaren skyddar förbipasserande fotgängare, oavsett om de råkar vara miljonärer eller luffare. Somliga försiktighetsåtgärder vidtas dock med avseende å en grupp presumtiva skadelidande, som har det bättre ställt än folk i allmänhet, och somliga försiktighetsåtgärder riktar sig mot en persongrupp som typiskt sett består av mindre bemedlade. I dessa situationer blir det problematiskt att tillämpa det ekonomiska kriteriet.

När det ekonomiska kriteriet tillämpas krävs – som bekant – större försiktighet ju högre de förväntade skadekostnaderna är. Detta skapar problem eftersom en och samma olycka för med sig större skadekostnader om den drabbar en rik person än om den drabbar någon fattig. Personskador för med sig en större förlust i form av utebliven inkomst för den som har högre inkomst och saksador får ett högre ekonomiskt värde om de drabbar någon som har dyrare ägodelar. Detta innebär att det ekonomiska kriteriet kräver större försiktighet när det handlar om att förebygga risker som typiskt sett riktar sig mot mer välbärgade personer. Skadekostnaden är större i dessa situationer, och skadevållaren måste därför se till att försiktighetskostnaden blir motsvarande större (för att inte bli skadeståndsskyldig). Skadevållaren måste lägga ned mer pengar på försiktighetsåtgärder än vad vederbörande hade varit tvungen att göra om precis samma risk istället hade hotat en annan personkrets, vars ekonomiska förutsättningar bättre speglat befolkningen i stort.

Detta är en konsekvens av det ekonomiska kriteriet, som beror på att alla olägenheter mäts i pengar. Som vi konstaterade i kapitel 3.2. hade man kunnat välja en annan gemensam enhet. Det ekonomiska kriteriet kan lätt förvandlas till ett utilitaristiskt culpakriterium om alla olägenheter istället mäts i (frånvaro av) "lycka"/ "tillfredsställelse". I så fall hade olägenheter värderats lika oavsett

vem de drabbat. Att få sin bil stulen innebär lika stora olägenheter för ägaren oavsett vad det är för bil, men medför betydligt högre skadekostnader om det rör sig om en splitter ny Jaguar än om det rör sig om en rostig Datsun. Det ekonomiska kriteriet är förrädiskt likt ett utilitaristiskt culpakriterium. I alla de fall som handlar om risker som riktar sig lika mycket mot rika som mot fattiga får det också samma innebörd och samma resultat som ett utilitaristiskt kriterium. Men när det rör sig om risker som inte är klassneutrala blir det fråga om en falsk utilitarism.

Richard Posner har uppmärksammat att det ekonomiska kriteriet på detta sätt – till skillnad från utilitarismen – inte värderar människors olägenheter efter deras "capacity to enjoy" (vilken är oberoende av ekonomiska förutsättningar). Posner säger att det ekonomiska kriteriet värderar människors olägenheter efter deras "capacity to produce" och försvarar detta med att det är bra för samhällets totala välbefinnande att "de produktiva" gynnas.³² Denna retorik övertygar inte. Det ekonomiska kriteriet värderar inte människors olägenheter efter deras "produktivitet". Det ekonomiska kriteriet värderar människors olägenheter efter deras förmåga att drabbas av ekonomiska förluster. Människors olägenheter värderas efter deras rikedom oavsett hur "produktiva" de är. Jag kan inte se hur detta kan vara moraliskt försvarbart. Rikedom (i sig) kan omöjligt vara ett moraliskt skäl att värdera en människas olägenhet högre än andras.

Detta inser säkert de flesta domare (intuitivt). Därför får de problem när de skall tillämpa det ekonomiska kriteriet i en situation där kretsen av presumtiva skadelidande typiskt sett består av människor som har det bättre ställt än folk i allmänhet. Exempelvis i ett fall som NJA 1993 s. 149 där det handlar om vilka försiktighetsåtgärder som bör vidtas på en golfbana. Om domstolen tillämpar det ekonomiska kriteriet (vilket HD inte gjorde i 1993 års fall eftersom skadevällaren var en privatperson) måste domstolen ta hänsyn till att en olycka typiskt sett ger upphov till mer omfattande ekonomiska skador än om den hade inträffat på en plats där människor ur alla samhällsklasser vistas. Domstolen är tvungen att sätta ett högre pris på de olyckor som kan inträffa på en golfbana, och är

32 Posner *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm* s. 499.

därför tvungen att räkna med högre förväntad skadekostnad än för motsvarande olyckor i andra sammanhang (t.ex. under en fotbollsmatch i korpserien). Domstolen är tvungen att kräva större försiktighet i golfspelet än i andra idrotter, eftersom presumtiva skadelidande har högre inkomst, och därför går miste om mer pengar om de blir sjukskrivna.

Det är inte moraliskt försvarbart att resonera på detta sätt och jag kan inte föreställa mig att HD skulle tillämpa det ekonomiska kriteriet så (om domstolen ställdes inför en situation där någon som ansvarar enligt detta kriterium vidtagit försiktighetsåtgärder som syftar till att förhindra personskador bland rika människor). Förmodligen skulle HD inte fäst något avseende vid att presumtiva skadelidande råkar vara bättre bemedlade, utan värderat den förväntade skadekostnaden på samma sätt som om det rört sig om vilken personkrets som helst. Detta vore moraliskt sympatiskt men det skulle samtidigt vara förvirrande. Enligt vilket culpakriterium hade fallet då bedömts? Det kan inte vara det ekonomiska kriteriet eftersom man inte räknat med de verkliga skadekostnaderna. Det kan inte vara ett utilitaristiskt culpakriterium eftersom man jämfört "kostnader". Och det kan inte vara en blandning av de två kriterierna eftersom en effektivitetskalkyl förutsätter att alla olägenheter uttrycks i samma enhet.

Vi har nu kommit fram till den sista av de punkter på vilka det ekonomiska kriteriet kan kritiseras – att värdet av omfördelning förbises. När det ekonomiska kriteriet tillämpas ser man enbart till de åtgärder som skadevällaren kan vidta för att förebygga att en olycka inträffar. Man är inte intresserad av de åtgärder som rättsordningen kan vidta när en olycka har inträffat. Detta är inte optimalt ur effektivitetssynpunkt. Att försöka förmå presumtiva skadevällare att vidta kostnadseffektiva försiktighetsåtgärder är ett sätt att befrämja välbefinnande. Men det är inte det enda sättet. Culparegeln kan åstadkomma en ökning av det totala välbefinnandet genom att göra skadevällaren skadeståndsskyldig även om vederbörande utformat sin verksamhet kostnadseffektivt. I vissa situationer ökas nämligen välbefinnandet av att skadevällaren (istället för skadelidanden) drabbas av de kostnader som olyckan för med sig. I vissa situationer befrämjas välbefinnande av att rättsordningen flyttar över skadan från skadelidanden till skadevällaren. Detta kan förefalla märkligt. Att flytta över en summa pengar från en person till en annan person

kan möjligen förändra deras totala lycka (om mottagaren är fattigare än givaren), men kan inte förändra deras totala välstånd. Skadevållarens och skadelidandens gemensamma rikedom är ju oförändrad. En sådan överföring kan dock vara välståndsbefrämjande därför att den har effekter för andra än de två inblandade parterna. Att skadevållaren görs ansvarig innebär ju att de som ägnar sig åt samma slags verksamhet kan räkna med att de står risken för att deras verksamhet skall orsaka den typ av skada som inträffat. Detta är givetvis negativt för presumtiva skadevållare. Samtidigt är det positivt för presumtiva skadelidande eftersom de kan räkna med att bli ersatta om motsvarande olycka drabbar dem. Till skillnad från situationen mellan skadevållaren och skadelidanden behöver det mellan presumtiva skadevållare och presumtiva skadelidande inte vara så att det positiva och det negativa tar ut varandra. De positiva effekterna för presumtiva skadelidande kan vara större än de negativa effekterna för presumtiva skadevållare. Detta är fallet om presumtiva skadelidande har större *riskaversion* än presumtiva skadevållare.

Anta att en person har möjlighet att välja mellan tre olika situationer (S1, S2 och S3) i vilka vederbörande är utsatt för risker med olika sannolikhet (R) och olika allvarlighet (A), men med samma väntevärde (V). Se nedanstående tabell.

	R	A	V
S1	1	1 000 kr.	1 000 kr.
S2	1/10	10 000 kr.	1 000 kr.
S3	1/100	100 000 kr.	1 000 kr.

Om personen är riskneutral kommer vederbörande att betrakta dessa situationer som helt likvärdiga, eftersom det förväntade utfallet är detsamma. Vederbörande kommer inte att ha något som helst skäl att föredra den ena situationen framför den andra. Om personen däremot har riskaversion föredrar vederbörande en liten säker förlust framför en stor osäker förlust och kommer därför att föredra S1 framför de andra två situationerna.³³ Vederbörande

33 Se t.ex. Cooter *Law and Economics* s. 46ff.

skulle till och med föredra S1 framför S3 om väntevärdet vore större i S1, t.ex. om S1 innebar en säker förlust på 1 100 kr. Detta är den ekonomiska förklaringen till varför människor tecknar försäkringar.

Anta nu att presumtiva skadevållare är riskneutrala och att presumtiva skadelidande har riskaversion. Detta skulle innebära att presumtiva skadelidande vore beredda att betala mer än presumtiva skadelidande för att slippa stå risken för att en viss olycka skall inträffa. En presumtiv skadevållare skulle inte vara beredd att betala mer än väntevärdet för att köpa sig fri från eventuella framtida skadeståndsanspråk. En presumtiv skadelidande skulle däremot vara beredd att betala mer än väntevärdet (eftersom vederbörande har riskaversion) för att vara garanterad att bli ersatt om en olycka skulle inträffa. Detta innebär att det totala välståndet i samhället ökar om rättsordningen flyttar över risken för olyckor från presumtiva skadelidande till presumtiva skadevållare. Enligt ekonomisk teori ökar det totala välståndet om någonting byter ägare till en person som är beredd att betala mer för det.³⁴

I praktiken är det mycket vanligt att skadevållaren är riskneutral samtidigt som skadelidanden har riskaversion. Så är fallet i så gott som alla situationer där skadevållaren är ett företag eller det allmänna och skadelidanden är en privatperson. I dessa situationer är det följaktligen ekonomiskt effektivt att låta skadevållaren stå risken för olyckor som det inte är ekonomiskt effektivt att förhindra. Det gör inte det ekonomiska kriteriet. Däremot görs det ibland av trygghetskriteriet (när skadelidanden får ersättning därför att det förelåg en oacceptabel säkerhetsbrist trots att det inte fanns något kostnadseffektivt sätt att förhindra olyckan). I detta avseende är alltså trygghetskriteriet bättre än det ekonomiska kriteriet på att skapa välstånd.

Trygghetskriteriet saknar dock inte svagheter. Välfärdsideologin kan kritiseras på motsvarande sätt som jag tidigare kritiserat de andra culpaideologierna. Följande fyra argument kan framföras mot trygghetskriteriet.

- 1) de som skadas när det saknas en till buds stående försiktighetsåtgärd erhåller ingen trygghet

34 Jfr Polinsky *An Introduction to Law and Economics* s. 55.

- 2) trygghetskriteriet ger inte presumtiva skadevällare starkare skäl att vara försiktiga än det ekonomiska kriteriet
- 3) trygghetskriteriet ger presumtiva skadelidande svagare skäl att vara försiktiga
- 4) några få olycksoffer gynnas på övrigas bekostnad

Det första problemet är av en helt annan karaktär än de tre övriga. I den första punkten går kritiken ut på att trygghetskriteriet inte vidgar culparegelns ansvarsområde tillräckligt, medan de andra punkterna går ut på att ansvarsområdet utvidgas för mycket. Det första punkten aktualiseras i situationer där olyckan inte gick att förhindra inom ramen för verksamhetens bedrivande. Olyckan hade inträffat även om skadevällaren vidtagit alla "till buds stående" försiktighetsåtgärder. Den hade bara kunnat förhindras genom att skadevällaren hade avstått från att bedriva verksamheten eller genom att vederbörande hade vidtagit försiktighetsåtgärder som är så betungande att ingen skulle bedriva en sådan verksamhet om man var tvungna att vidta dessa åtgärder. Culpaansvar kan inte komma i fråga under sådana förhållanden. Skadevällaren kan inte rimligen betecknas som "vårdslös" om det inte finns något sätt på vilket vederbörande hade kunnat vara "icke vårdslös".³⁵ Skadevällarens enda fel är att vederbörande ägnat sig åt en viss verksamhet. Om inte detta i sig kan fördömas – om verksamheten är allmänt accepterad och kanske till och med samhällsnyttig – kan skadevällaren orimligtvis betecknas som culpös.

Detta säger sig själv och är okontroversiellt inom den skadeståndsrättsliga doktrinen. Det finns i och för sig inget avgörande där HD befriat skadevällaren från ansvar på denna grund, men det beror förmodligen på att utgången i sådana fall är för självklar för att de skall gå ända till HD. Däremot kan det vara värt att notera att saken är uttryckligt reglerad i produktansvarslagen 8 § p. 4, i vilken det sägs att tillverkaren inte ansvarar för en säkerhetsbrist om bristen inte var möjlig att upptäcka. I doktrinen om produktansvar kallas detta slags säkerhetsbrist för "utvecklingsfel", syftande på att den tekniska utvecklingen ännu inte lyckats hitta på något sätt att

35 Det skulle vara ett äkta fall av vad Hjalmar Karlgren kallade "fiktiv culpa". Se kapitel 5.1.

undanröja bristen. Huruvida tillverkaren skall ansvara för utvecklingsfel diskuterades livligt i samband med produktansvarslagens tillkomst. I propositionen föreslog departementschefen att produktansvaret även skulle omfatta utvecklingsfel och motiverade detta med hänvisning till skadelidandens behov av trygghet.³⁶ Lagutskottets majoritet³⁷ ansåg dock att skadelidanden inte skulle kunna få ersättning för skador som orsakats av utvecklingsfel, eftersom ett så omfattande ansvar skulle ha varit allt för betungande för tillverkaren.³⁸ Riksdagen följde utskottets förslag och tog in ett undantag för utvecklingsfel i produktansvarslagen.

Ett rättsfall som illustrerar konsekvensen av att undanta utvecklingsfel från skadevällarens ansvarsområde är det tyska avgörandet BGHZ 129, 353 (i den tyska produktansvarslagen är utvecklingsskador också undantagna)³⁹ i vilket en mineralvattenflaska hade exploderat och en åttaårig flicka fått glassplitter i ögat. Flaskan hade förmodligen en spricka i glaset och exploderade av sig själv på grund av trycket inifrån. Att detta kan hända är välkänt i bryggeribranschen och tillverkaren hade därför vidtagit en rad försiktighetsåtgärder för att sortera bort defekta returflaskor, bl.a. hade man en särskild apparat i vilken flaskor lystes igenom med en ljusstråle som upptäckte sprickor i glaset. BGH konstaterade att tillverkaren använt sig av alla till buds stående möjligheter för att förhindra den inträffade olyckan, och att skadeståndsskyldighet därför inte kunde komma i fråga.⁴⁰

Fallet är en god illustration av den rättspolitiska konsekvensen av att skadevällaren inte ansvarar för olyckor som vederbörande inte hade någon möjlighet att förhindra (oavsett om det handlar om en produktskada eller om en skada som faller under den allmänna

36 Prop. 1990/91:197 s. 34.

37 Att departementschefen och lagutskottet hade olika uppfattning berodde på att 1991 års riksdagsval ägt rum mellan ärendets behandlingen på justitiedepartementet och dess behandlingen i utskottet. Propositionen var framlagd av en socialdemokratisk regering, och lagutskottets majoritet kom att bestå av borgerliga ledamöter (de socialdemokratiska ledamöterna reserverade sig mot ändringen i departementschefens förslag).

38 Lagutskottet hävdade att ett ansvar för utvecklingsfel kunde befaras leda till att svenska företag flyttade sin produktutveckling utomlands (till ett land där tillverkaren inte ansvar för utvecklingsfel). 1991/92:LU 14 s. 9.

39 ProdHaftG § 1 (2) Nr. 5.

40 BGHZ 129, 353, s. 356.

ansvarsregeln i skadeståndslagen 2 kap. 1 §). En skadevållare som bedriver en accepterad och i sin helhet samhällsnyttig verksamhet ansvarar inte för de negativa bieffekter av verksamheten som inte går att göra någonting åt. Som vi har sett kan det mycket väl handla om välkända bieffekter – när en olycka inträffar kommer den inte som någon överraskning. Bieffekten är helt enkelt ett pris man får betala för att detta slags verksamhet skall kunna existera. Och de som får betala detta pris är de personer som har oturen att skadas. Här ligger det rättspolitiskt dubiösa i att befria skadevållaren från ansvar därför att vederbörande vidtagit de åtgärder som stod till buds. Varför skall skadelidanden stå risken för oundvikliga olyckor? Någon måste betala för verksamhetens negativa bieffekter. Vore det inte mer rättvist om den som bedriver verksamheten fick göra det? Det är ju han eller hon som njuter frukterna av verksamheten.⁴¹ När skadevållaren är ett riskneutralt företag och skadelidanden är en privatperson med riskaversion skulle detta – som vi precis har sett – dessutom befrämja ekonomisk effektivitet. Härigenom skulle situationen inte bli säkrare för presumtiva skadelidande – de skulle fortfarande vara utsatta för en lika stor risk att drabbas av en olycka. Men situationen skulle bli tryggare, eftersom de skulle vara garanterade skadestånd om en olycka skulle inträffa. Denna kritik kan riktas mot ansvarsregeln i produktansvarslagen såväl som mot ansvarsregeln i skadeståndslagen. När det gäller oundvikliga olyckor tillgodoses skadelidandens trygghetsbehov bättre med ett skadeståndsansvar oberoende av culpa – ett rent strikt ansvar.

Ett helt annat problem med trygghetskriteriet är att presumtiva skadevållare – om de agerar ekonomiskt rationellt – inte kommer att vidta försiktighetsåtgärder som inte är kostnadseffektiva, även om trygghetskriteriet kräver det av dem. En presumtiv skadevållare som är skyldig att vidta en försiktighetsåtgärd som inte är ekonomiskt effektivt vinner på att strunta i att vidta åtgärden och istället betala skadestånd för de olyckor som inträffar (eftersom skadekostnaden är mindre än försiktighetskostnaden). Detta innebär att trygghetskriteriet inte är bättre på att förmå människor att vara försiktiga än det ekonomiska kriteriet. Trygghetskriteriet gör inte sam-

41 Argumentet: "ubi emolumentum ibi onus". Se kapitel 4.1.

hället säkrare än det ekonomiska kriteriet. Det förändrar bara vem som får betala för de olyckor som inträffar.⁴²

Mot denna kritik kan två invändningar riktas. För det första finns det många som inte agerar ekonomiskt rationellt. Det finns många som följer rättsordningens påbud även om detta skulle strida mot personlig vinning. Att bli betecknad som "vårdslös" kan inte reduceras till enbart ekonomiska konsekvenser. De flesta människor känner en moralisk plikt att bete sig juridiskt korrekt och skulle därför höja sin försiktighet om de var ansvariga enligt trygghetskriteriet istället för enligt det ekonomiska kriteriet. För det andra är trygghetskriteriet inte meningslöst i den mån det inte lyckas minska antalet olyckor. Skadelidanden erhåller också viss trygghet av att skadevällaren är skadeståndsskyldig om en olycka inträffar. Denna trygghet korresponderar visserligen mot den "trygghet att inte riskera att bli skadeståndsskyldig" som därigenom berövas skadevällaren. När skadelidanden har riskaversion och skadevällaren är riskneutral (se ovan) är dock trygghetsvinsten för skadelidanden större än trygghetsförlusten för skadevällaren och samhället som helhet blir tryggare av att skadevällaren är skadeståndsskyldig.

Enligt punkt tre i ovanstående uppställning kan trygghetskriteriets välfärdsideologi kritiseras för att den kan leda till att presumtiva skadelidande agerar mindre försiktigt. I kapitel 4 analyserade vi två fall – NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) – där en olycka inte hade inträffat om inte skadelidanden betett sig ovanligt oförsiktigt. Vi konstaterade att möjligheten att få skadestånd i sådana situationer är större enligt trygghetskriteriet än enligt normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet – välfärd innebär att även de oförsiktiga bör skyddas. Konsekvensen av att domstolar tillämpar trygghetskriteriet kan därför bli att presumtiva skadelidande börjar agera mindre försiktigt, eftersom de vet att detta inte diskvalificerar dem från skadestånd om olyckan skulle vara framme. Presumtiva skadelidande blir så väl omhändertagna att de slutar anstränga sig för att skydda sig själva från skador. Detta är en välkänd effekt av försäkringar som brukar kallas "moral hazard".⁴³ Den innebär att olycksfrekvensen ökar och samhällets

42 Jfr Posner *The Economic Structure of Tort Law* s. 64f.

43 Se t.ex. Cooter *Law and Economics* s. 50f.

kostnader för olyckor skjuter i höjden. Det vore mycket olyckligt om trygghetskriteriet skulle få en sådan effekt.

Jag har dock mycket svårt att se att så skulle bli fallet. En presumtiv skadelidande har starka incitament att vara försiktig även om vederbörande vet att trygghetskriteriet tillämpas. För det första ligger ett mycket starkt incitament i att inte vilja uppleva en olycka. Det är tillräckligt obehagligt att drabbas av en allvarlig skada för att man skall anstränga sig att undvika detta även om man vet att man kommer att få skadestånd. För det andra jämkas skadeståndet om skadelidanden genom grov vårdslöshet varit medvällande till skadan.⁴⁴

Vi har nu kommit fram till den fjärde och sista punkten i ovanstående uppställning. Som vi har konstaterat tidigare medför trygghetskriteriet en utvidgning av culpaansvaret. Enligt P. S. Atiyah är detta av ondo. Atiyah hävdar att den stora grupp personer som varje år drabbas av olyckor endast blir marginellt hjälpt av att domstolarna tillämpar ett utvidgat culpaansvar. Av alla de olyckor som faktiskt inträffar är det endast ett mindre antal där det går att hitta någon skadevällare. De som skadas av cancer, halkar i badkaret, träffas av blixten eller på annat sätt förolyckas utan någon annans vållande är inte hjälpta av ett utvidgat culpaansvar. Enligt Atiyah blir den praktiska konsekvensen av (vad jag kallar) trygghetskriteriet att någon enstaka olycksdrabbad blir ordentligt kompenserad medan resten blir utan. Skadeståndsrätten är ett "lotteri" där den som har turen att skadas under "rätt omständigheter" blir belönad.⁴⁵ Detta godtycke gör – enligt Atiyah – att hela systemet blir orättvist. De belopp som varje år betalas ut till skadedrabbade går till ett fåtal personer, istället för att fördelas (efter behov) bland alla dem som drabbats av skador.

It is rather as though, faced with a hundred homeless people living on the street, we picked out one or two and lodged them in the Ritz at our expense. If we stretch things a little more here and a little more there, perhaps we could afford to help one or two more of the homeless and put them in the Ritz too. But we shall then find that the bill from the Ritz is so large that we shall have little or nothing to

44 SkstL 6 kap. 1 §.

45 Atiyah *The Damages Lottery* s. 143ff.

spend on the remaining 96 still sleeping on the street. So stretching things here will actually have made things worse.⁴⁶

Denna liknelse är fullständigt missvisande när det gäller svensk ersättningsrätt. Det är i och för sig sant att endast ett fåtal av dem som drabbas av skador blir kompenserade genom skadestånd, men det är helt felaktigt att övriga skadelidande därmed skulle lämnas i sticket, så som Atiyah vill påskina. En stor andel av de skador som inträffar varje år uppkommer i trafiken eller på arbetsplatser. I samtliga dessa fall har skadelidanden en lagstadgad rätt till ersättning utan att vederbörande behöver visa att skadan orsakats av någon (och att denne varit vårdslös). Den som drabbas av en personskada i samband med biltrafik får ersättning ur den obligatoriska trafikförsäkringen även om olyckan inte orsakats av någon annan trafikant,⁴⁷ och den som skadas i samband med sitt arbete blir ersatt ur arbetsskadeförsäkringen utan att behöva visa att arbetsgivaren eller någon annan vållat skadan.⁴⁸ De som på andra sätt drabbas av skador utan att det finns någon skadevällare, har inte ett lika omfattande skydd, men får under alla omständigheter kompensation ur den allmänna sjukförsäkringen för förlorad arbetsinkomst (sjukpenning).⁴⁹ Att beskriva dem som inte har någon nytta av ett utvidgat culpaansvar, därför att de inte har någon skadevällare att vända sig mot, som helt försummade är följaktligen djupt missvisande.

Dessutom är det missvisande av Atiyah att beskriva "vinnarna" av ett utvidgat culpaansvar ("stretching things") som en privilegierad grupp. De utgör snarare en missgynnad grupp, som genom trygghetskriteriet erhåller den trygghet som olycksoffer vilka skadats på annat sätt innehar oberoende av om culparegeln utvidgas eller inte. Ersättningsrätten innehåller specialregleringar för en lång rad olyckstyper. Dessa specialregleringar ger genomgående skadelidanden ett minst lika bra skydd som culparegeln i skadeståndslagen när denna tillämpas enligt trygghetskriteriet. Produktskador regleras enligt en särskild ansvarsregel med högre krav på

46 A.a. s. 32.

47 TSL 10 §.

48 ASL 2 kap. 1 §.

49 LAF 3 kap. 1 §.

omsorg än normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet.⁵⁰ Motsvarande gäller miljöskador.⁵¹ Skador som orsakats av elanläggningar regleras enligt en särskild ansvarsregel där innehavaren är ersättningsskyldig oberoende av vårdslöshet.⁵² Motsvarande gäller skador som uppkommer i samband med flygolyckor.⁵³ Skador som orsakats av sjukvård ersätts ur en lagstadgad försäkring, utan att patienten behöver visa att någon varit vårdslös.⁵⁴ Motsvarande gäller – som jag precis har berört – för skador som inträffar på arbetsplatser eller i samband med biltrafik. Sammantaget täcker dessa specialregleringar det stora flertalet av de olyckor där ansvar kan komma i fråga enligt culparegeln. Av alla de fall där ett skadestånd hade varit aktuellt om inte alla dessa specialregleringar hade funnits, faller de allra flesta in under någon specialreglering som ger skadelidanden minst lika stora möjligheter (och oftast större) att få ersättning än om vederbörande hade byggt sin talan på culpa-regeln, även om culparegeln tillämpas enligt trygghetskriteriet.

De som däremot förolyckas på något sätt som inte faller in under någon specialreglering – t.ex. cyklister som i NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) eller skidåkare som i NJA 1987 s. 222 – är hänvisade till de förutsättningar för ersättning som skadeståndslagen kan erbjuda. Dessa personer utgör en restgrupp. De tvingas konstatera att ingen av de befintliga specialregleringarna skyddar deras intressen och att de därför måste använda sig av det "sista hands-alternativ" som den allmänna ansvarsregeln i skadeståndslagen utgör. Att denna regel lägger ett utvidgat ansvar på skadevällaren (genom att tillämpa trygghetskriteriet istället för normalitetskriteriet och effektivitetskriteriet) innebär ingenting härresande. Det innebär bara att denna restgrupp får en trygghet som når något så när upp till den nivå som andra olycksoffer redan har i kraft av olika specialregleringar.

Atiyahs liknelse är även felaktig i det att den försöker göra gällande att de skadestånd som betalas ut belastar samhällsekonomin

50 Tillverkaren är ansvarig om produkten "inte är så säker som skäligen kan förväntas". PAL 3 §.

51 Skadevällaren ansvarar för störning "som inte skäligen bör tålas" även om "vårdslöshet" ej föreligger. MB 32 kap. 1 §.

52 EL 10 kap. 1 §.

53 LFL 9 kap. 17 § och LFAL 1 §.

54 PSL 6 §.

så kraftigt, att det inte skulle finnas några resurser kvar till övriga skadelidande.⁵⁵ I Sverige motbevisas detta påstående av verkligheten. Culparegeln har de facto utvidgats och det finns ändå pengar över till de ersättningar som bygger på offentliga försäkringar. Atiyahs kritik mot trygghetskriteriet är följaktligen helt ohållbar under svenska förhållanden. Den är förmodligen mer berättigad när det gäller engelsk och amerikansk rätt, men det lämnar jag därhän i den här undersökningen.

Som en sammanfattning av våra iakttagelser i detta kapitel kan vi konstatera att ingen av de tre culpakriterierna saknar svagheter. Ingen av dem skulle kunna tillämpas med tillfredsställande resultat i alla situationer. Normalitetskriteriet leder till otillfredsställande resultat när det normala beteendet är för slapt för att göra skadevållarens verksamhet tillräckligt säker för presumtiva skadelidande. Det ekonomiska kriteriet leder till otillfredsställande resultat när någon skadats på ett ovanligt sätt. Och trygghetskriteriet leder till otillfredsställande resultat om det tillämpas i en situation där skadevållaren och skadelidanden är jämbördiga parter (t.ex. två privatpersoner).

55 Detta påstående baserar sig på den i och för sig korrekta iakttagelsen att alla skadestånd som betalas ut av företag och myndigheter i grunden finansieras av konsumenterna och skattebetalarna. Atiyah *The Damages Lottery* s. 111ff.

6 Metakriterier

6.1 Kriteriekonflikter

I kapitel 2, 3 och 4 har vi undersökt vad det innebär att tillämpa normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet och vi har sett att samtliga dessa kriterier tillämpas i gällande rätt. Denna kriteriepluralism skapar ett uppenbart problem: vad händer när kriterierna kommer i konflikt med varandra? Blir skadevållaren ersättningskyldig om vederbörande varit vårdslös enligt ett culpa-kriterium men inte enligt ett annat culpakriterium?

Att sådana konflikter uppstår har vi sett i de fall vi har analyserat. I NJA 1985 s. 269 (glasdörren) var t.ex. skadevållaren vårdslös enligt trygghetskriteriet men inte enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet.¹ I detta fall löste HD konflikten genom att ge en fällande dom enligt trygghetskriteriet företräde framför en befriande dom enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet.

HD hade kunnat välja en annan lösning av konflikten i 1985 års fall. HD hade exempelvis kunnat ge normalitetskriteriets culpabedomning företräde och befriat skadevållaren från ansvar med hänvisning till att vederbörande agerat normalt (glasdörrens konstruktion var i överensstämmelse med gällande byggnormer). Här stod domstolen inför ett val: skulle skadevållaren anses ansvarig om (och endast om) vederbörande varit vårdslös enligt normalitetskriteriet eller skulle vederbörande åläggas den strängare aktsamhetsplikt som följer av trygghetskriteriet? HD valde det senare. Om man tittar på tidigare avgöranden så ser man att detta val inte var självklart. I NJA 1975 s. 319 hade domstolen ställts inför motsva-

¹ Se kapitel 4.1.

rande konflikt och givit en befriande dom enligt normalitetskriteriet företråde framför en fällande dom enligt trygghetskriteriet. 1975 års fall rörde en tioårig pojke som hade ramlat i trappan i ett hyreshus. För att hindra fallet hade pojken gripit tag i en av trappräckets järnspjälor. Pojkens hand gled ned för spjälan och två fingrar hade skurits av mot en järnplåt som satt längs trappräckets nedre del (järnplåtens syfte var att förhindra att någon av misstag kom in med foten mellan två spjälor). Pojken krävde skadestånd av fastighetsägaren. Enligt normalitetskriteriet hade fastighetsägaren inte betett sig vårdslöst. HD konstaterade att dylika trappräcken fanns i flera fastigheter och att konstruktionen inte stred mot några föreskrifter eller rekommendationer från myndigheter eller sakkunniga organisationer.² Enligt trygghetskriteriet förelåg dock vårdslöshet. Eftersom säkerhetsbristen kunde ge upphov till en så allvarlig skada, till följd av en så vanligt förekommande olyckshändelse som att ett barn faller i en trappa, förelåg utan tvekan en oacceptabel otrygghet. Fyra justitieråd ville bedöma fallet enligt normalitetskriteriet och befria fastighetsägaren från ansvar, men justitierådet Hesser var av en annan mening. Enligt Hesser "bör kravet på fastighetsägarens förutseende ställas tämligen högt".³ Hesser ansåg därför att fastighetsägaren var ansvarig för olyckan enligt (vad som förefaller vara vad jag kallar) trygghetskriteriet. Med röstsiffrorna 4-1 gav HD dock icke-culpa enligt normalitetskriteriet företråde framför culpa enligt trygghetskriteriet.

Om man studerar rättspraxis från de senaste fyrtio åren kan man hitta ett flertal fall i vilka normalitetskriteriet och trygghetskriteriet stått i konflikt med varandra. Fallen har det gemensamt att skadevållarens agerande varit godtagbart enligt normalitetskriteriet men vårdslöst enligt det strängare trygghetskriteriet. Fallen skiljer sig dock i att HD ibland har givit normalitetskriteriet företråde och ibland givit trygghetskriteriet företråde. Det är svårt att hitta hållbara skäl till varför fallen behandlats olika. Det är svårt att hitta omständigheter i fallen som motiverar varför skadevållaren i ett fall ålagts en strängare aktsamhetsplikt än skadevållaren i ett annat fall. Detta illustreras väl av NJA 1975 s. 319 (trappan) jämfört med

2 NJA 1975 s. 319, s. 322.

3 NJA 1975 s. 319, s. 323.

NJA 1985 s. 269 (glasdörren). I båda fallen rör det sig om en fastighetsägares ansvar för en säkerhetsbrist i sin fastighet. I båda fallen rör det sig om en säkerhetsbrist som kan leda till allvarliga skador. Jag har svårt att se varför fastighetsägaren i 1975 års fall inte skall åläggas lika hög aktsamhetsplikt som fastighetsägaren i 1985 års fall.

Om de fall där icke-culpa enligt normalitetskriteriet och culpa enligt trygghetskriteriet stått i konflikt med varandra läggs ut på en tidsaxel framträder dock ett tydligt mönster. Skillnaden mellan fallen beskriver en rättsutveckling. Under slutet av 1970-talet utvidgades culpaansvaret genom att HD gick över till att ge företräde åt en fällande dom enligt trygghetskriteriet. Låt oss titta på perioden 1960–1990. Under denna period avgjorde HD sex fall i vilka normalitetskriteriet och trygghetskriteriet stod i konflikt med varandra.

I de första tre fallen gav HD företräde åt en befriande dom enligt normalitetskriteriet. NJA 1965 s. 80 rörde en man som blivit förlamad sedan han dykt från en badbrygga och slagit huvudet i en sten. Mannen krävde skadestånd av staden, som hade låtit bygga bryggan, med hänvisning till att man inte hade satt upp någon varningsskylt, men HD befriade staden från ansvar eftersom domstolen inte tyckte att staden var skyldig att räkna med att någon skulle bete sig så ovanligt oförsiktigt som mannen hade gjort.⁴ NJA 1969 s. 375 handlade om olycka som inträffat till följd av att låsanordningen på en hiss dörr gått sönder så att dörren kunde öppnas även när hissen inte var där. En man som hade fallit ned i hisschaket och skadats allvarligt krävde ersättning av fastighetsägaren, men HD lämnade hans talan utan bifall med motiveringen att inga anmärkningar kunde riktas mot fastighetsägarens tillsyn av hissen.⁵ NJA 1975 s. 319 handlade om en pojke som ramlade i en trappa och fick två fingrar avskurna mot en järnplåt. Det fallet har vi precis tittat på.

I de därefter följande tre fallen gav HD företräde åt en fällande dom enligt trygghetskriteriet. NJA 1979 s. 129 gällde en badolycka som inträffat under närmast identiska omständigheter med NJA

4 NJA 1965 s. 80, s. 86.

5 NJA 1969 s. 375, s. 385.

1965 s. 80. I 1979 års avgörande ansåg dock HD att den kommun som byggt badanläggningen borde ha satt upp en varningsskylt, eftersom kommunen hade en skyldighet att ta räkna med att anläggningen skulle komma att användas också av personer med sämre förutsättningar att bedöma risker.⁶ NJA 1985 s. 269 handlade om en olycka som inträffade utanför ett affärscentrum när en glasdörr blåste upp och träffade en man i ansiktet och NJA 1987 s. 222 handlade om en olycka som inträffade i en skidbacke. Båda dessa fall har vi analyserat grundligt i kapitel 4.

Jag kan inte se någon annan vettig förklaring till att HD ålagt skadevållaren en strängare aktsamhetsplikt i de senare avdömda tre fallen än att HD övergått till ett generellt strängare ansvar (där det är en tillräcklig förutsättning för ansvar att culpa föreligger enligt trygghetskriteriet). Härav följer att de äldre fallen inte längre ger uttryck för gällande rätt. I nästa avsnitt skall jag försöka ta reda på vad det finns för eventuella principer i gällande rätt för när ett culpakriterium har företräde framför ett annat culpakriterium. Jag kommer då som "gällande rätt" enbart behandla de fall som avgjorts efter 1980.

6.2 Systematik eller godtycke?

Som vi har sett finns det många fall där HD tvingats välja mellan att ge det ena eller det andra culpakriteriet företräde. På vilka grunder sådana val sker talar HD dock inte om. Det finns inget fall där HD motiverar varför en bedömning av vårdslöshetsfrågan enligt ett culpakriterium givits företräde framför en bedömning enligt ett annat kriterium (eller ens erkänner att en konflikt mellan två culpakriterier existerar). Detta innebär att dessa val antingen sker helt godtyckligt eller att de följer vissa principer som inte redovisas. Det förstnämnda hävdas av Bernd Schilcher i en analys av tysk skadeståndsrätt. Enligt Schilcher är culpabedömningen splittrad på ett ordnat och osammanhängande sätt. Ibland används ett culpakri-

6 NJA 1979 s. 129, s. 137.

terium och ibland används ett annat culpakriterium, men det går inte att se någon systematik i när det ena eller det andra kriteriet ges företräde. Fall bedöms på olika sätt utan att det går att förstå varför. Rättstillämpningen är inkonsekvent och godtycklig. Enligt Schilcher har culpapregeln använts med så många skilda innebörder att den inte längre har något innehåll. Den har blivit "avnormativiserad" (*entnormativisiert*).⁷ Domaren kan välja och vraka bland olika culpakriterier efter eget gottfinnande. Det går inte längre att veta vad som gäller.⁸ Skadeståndsrätten har upphört att vara ett "vetenskapligt system".⁹ Schilcher menar att det har blivit på detta sätt därför att (den tyska) rätten påverkats av politiska intressegrupper. Man har tillfredsställt olika intressen i olika fall och det övergripande sammanhanget har blivit lidande.¹⁰

Stämmer den här beskrivningen också på svensk rätt? Eller finns det en dold systematik i HD:s praxis? Det är den frågan vi skall försöka besvara i det här kapitlet. Vi skall titta på gällande rätt och se om det går att hitta något mönster i valen mellan konkurrerande culpakriterier. Vi skall se om det går att formulera några metakriterier som är förenliga med hur HD har dömt.

För att göra detta måste vi ställa upp olika hypoteser för hur dessa metakriterier skulle kunna se ut. Dessa kan konstrueras på en mängd olika sätt. De kan konstrueras så att de tar hänsyn till omständigheter i det konkreta fallet (t.ex. huruvida skadevållaren är ett företag eller en privatperson eller huruvida det inträffat en personskada eller en sakskada). Eller så kan de konstrueras oberoende av sådana omständigheter (så att ett visst agerande är culpöst oavsett vem som handlat, oavsett vilken typ av skada som inträffat etc.). Vi börjar med att formulera hypotetiska metakriterier av det sistnämnda slaget. Detta ger mycket begränsade variationsmöjligheter. Ett metakriterium för valet mellan tre culpakriterier kan då bara se ut på ett av följande fyra sätt.

h1) vårdslöshet enligt något av culpakriterierna är tillräckligt för att göra skadevållaren ansvarig

7 Schilcher *Theorie der sozialen Schadensverteilung* s. 24ff.

8 A.a. s. 50.

9 A.a. s. 61f.

10 A.a. s. 67.

- h2) vårdslöshet enligt alla tre culpakriterier är nödvändigt för att göra skadevållaren ansvarig
- h3) vårdslöshet enligt två (vilka som helst) av de tre culpakriterierna är nödvändigt och tillräckligt för att göra skadevållaren ansvarig
- h4) vårdslöshet enligt ett (utpekad) culpakriterium eller vårdslöshet enligt de båda övriga culpakriterierna är tillräckligt för att göra skadevållaren ansvarig

Inget av dessa hypotetiska metakriterier passar bra ihop med gällande rätt. Det kan vi konstatera utan att behöva gå igenom alla fall där HD gjort en culpabedömning. Det räcker faktiskt att testa hypoteserna på två avgöranden för att hitta goda skäl till att avfärda var och en av dem: de i den här undersökningen grundligt behandlade NJA 1983 s. 232 (hästhagen) och NJA 1985 s. 269 (glasdörren).

Enligt den första hypotesen skulle skadevållaren vara ansvarig om vederbörande varit vårdslös enligt något av de tre culpakriterierna (även om vederbörande handlat godtagbart enligt de andra två kriterierna). Denna hypotes falsifieras av HD:s dom i NJA 1983 s. 232 (ridhästen).¹¹ Detta fall gällde – som bekant – huruvida en hästägare skulle anses ansvarig för de skador som en av hans hästar hade orsakat, när den bröt sig ut ur sin hage och sprang ut på en trafikerad landsväg. Om fallet hade bedömts enligt trygghetskriteriet hade skadelidanden förmodligen erhållit skadestånd. Den som kör bil på en landsväg skall inte behöva räkna med att hästar från kringliggande hagar kan komma utspringande på vägen. Som vi har sett tidigare befriades dock hästägaren från ansvar enligt normalitetskriteriet, eftersom inhägnaden var av gängse beskaffenhet. Detta avgörande motbevisar därför att den som orsakat en skada alltid skulle vara ansvarig om vederbörande agerat vårdslöst enligt något av de tre culpakriterierna.

Enligt den andra av de ovan uppställda fyra hypoteserna skulle skadevållaren vara ansvarig om – och endast om – vederbörande varit vårdslös enligt alla tre culpakriterier. Denna hypotes falsifieras

¹¹ Se kapitel 1.1.

av NJA 1985 s. 269 (glasdörren). Här gällde det ju huruvida ett affärscentrum skulle anses vara ansvarigt för den skada som uppkom när en nödutrymningsdörr av glas blåste upp och träffade en man i ansiktet. Som vi har konstaterat tidigare förelåg inte vårdslöshet enligt normalitetskriteriet, eftersom dörrsystemet var i överensstämmelse med gällande byggnormer.¹² Ändå gjordes affärscentret ansvarigt med tillämpning av trygghetskriteriet. Detta avgörande falsifierar tveklöst hypotesen att alla tre culpakriterier måste vara uppfyllda för någon skall kunna dömas till ansvar.

1985 års fall talar också emot den tredje hypotesen, enligt vilken ansvar föreligger om – och endast om – skadevållaren varit vårdslös enligt minst två av de tre culpakriterierna. Som vi har kommit fram till tidigare kan affärscentret knappast heller ha ansetts vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet.¹³ Affärscentret ansågs följaktligen ansvarigt trots att man agerat godtagbart enligt två av de tre culpakriterierna.

Den fjärde och sista hypotesen är egentligen tre hypoteser. För att skadevållaren skall anses ansvarig skall vederbörande ha varit vårdslös enligt ett visst utpekat culpakriterium eller ha varit vårdslös enligt båda de andra två kriterierna. Ett sådant metakriterium kan formuleras på tre olika sätt eftersom de utpekade kriteriet kan vara antingen normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. Om det utpekade kriteriet är trygghetskriteriet falsifieras hypotesen av NJA 1983 s. 232 (hästhagen), eftersom hästägaren befriades från ansvar trots att vårdslöshet förelåg enligt trygghetskriteriet. Om det utpekade kriteriet är normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet skulle en skadevållare inte kunna vara ansvarig om vederbörande enbart varit vårdslös enligt trygghetskriteriet. Dessa båda hypoteser falsifieras därmed av NJA 1985 s. 269 (glasdörren).

Eftersom ingen av de fyra hypoteserna överlever en kritisk granskning måste vi dra slutsatsen att HD:s val mellan culpakriterierna skett godtyckligt och inkonsekvent eller att dessa val skett på grunder som på något sätt involverat omständigheter i de bedömda fallen. Vi går därför vidare för att se om det sistnämnda

¹² Se kapitel 4.1.

¹³ Se kapitel 4.1.

kan vara fallet. Om ett metakriterium ger en fällande dom enligt ett culpakriterium företräde framför en befriande dom enligt ett annat culpakriterium pga. att en viss omständighet föreligger i det aktuella fallet innebär detta att ett visst agerande kan leda till ansvar i en situation samtidigt som motsvarande agerande inte leder till ansvar i en annan situation. Anta t.ex. att vi hade ett metakriterium som sa att det allmänna är ansvarigt om culpa föreligger enligt något av de tre culpakriterierna men att privata rättssubjekt bara är ansvariga om culpa föreligger enligt normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet. I så fall skulle en kommun kunna vara skadeståndsskyldig för ett agerande som ett bolag inte skulle vara ansvarigt för. Eller anta att vi hade ett metakriterium som sa att skadevällaren är ansvarig för personskador om culpa föreligger enligt normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet men ansvarig för saksador endast om culpa föreligger enligt normalitetskriteriet. I så fall skulle ett agerande kunna vara ansvarsgrundande om det leder till en personskada trots att exakt samma agerande skulle vara befriat från ansvar om det orsakar en sakskada (därför att agerandet är normalt men inte ekonomiskt effektivt). Culparegeln skulle splittras upp i ett antal typsituationer i vilka det ställdes olika krav på aktsamhet.

Detta kan förefalla underligt men är vid närmare eftertanke inte särskilt hårresande. Att en och samma handling kan bedömas olika i skilda situationer är ingenting nytt. Det kan förekomma inom ramen för ett culpakriterium. Enligt normalitetskriteriet kan exempelvis en försummelse av en person med specialkunskap (t.ex. en läkare) utgöra vårdslöshet trots att exakt samma agerande av en lekman inte utgör vårdslöshet.¹⁴ Med metakriterier som avgör konflikter mellan culpakriterier på grundval av omständigheter i det aktuella fallet ges dock en generell form till de varierande krav på aktsamhet som ställs av skadeståndsrätten. Vi får metakriterier av typen: "det allmänna ansvarar alltid om vårdslöshet föreligger enligt trygghetskriteriet", "den som orsakat personskada ansvarar alltid om vårdslöshet föreligger enligt det ekonomiska kriteriet" etc.

I det sistnämnda exemplet får ett och samma agerande olika bedömning beroende på vilka effekter (personskada eller sakskada)

14 Se kapitel 2.1.

det har givit upphov till i det konkreta fallet. Enligt Håkan Andersson vore det mycket olyckligt om culparegeln tillämpades på detta sätt. Det skulle – enligt Andersson – uppstå "interpretatoriska problem" om en handling vore culpös när den gav upphov till en skada men ej när den gav upphov till en annan skada.¹⁵ Vårdslöshet är en egenskap hos ett agerande i sig och är oberoende av om agerandet råkar ge upphov till en viss effekt eller inte.¹⁶ Culparegeln är (och bör vara) "absolut" enligt Andersson.¹⁷

Detta argument är inte särskilt övertygande. Anta att HD i ett avgörande klargjorde att saksador skall bedömas enbart enligt normalitetskriteriet och personsador helt och hållet enligt trygghetskriteriet. På vilket sätt skulle detta skapa "interpretatoriska problem"? Ett sådant metakriterium skulle inte skapa osäkerhet om innehållet i gällande rätt. Det skulle tvärtom göra culparegeln klarare. Vad man däremot skulle kunna invända mot ett dylikt metakriterium är att det vore orättvist. Den som har oturen att orsaka en personskada skulle bedömas enligt ett strängare culpakriterium än den som under identiska förhållanden orsakat en sakskada.

Låt oss alltså undersöka om det går att hitta något metakriterium som beskriver den företrädesordning mellan culpakriterierna som tillämpats i NJA 1983 s. 232 (hästhagen), NJA 1985 s. 269 (glasdörren) och övriga HD-fall som tillhör gällande rätt. Låt oss till att börja med se vilka omständigheter som skulle kunna vara avgörande för att culpa enligt trygghetskriteriet skall vara tillräckligt för ansvar även om culpa inte föreligger enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. För att ge uttryck för gällande rätt måste ett eventuellt metakriterium (bland annat) innebära att culpa enligt trygghetskriteriet är tillräckligt i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) men inte i NJA 1983 s. 232 (hästhagen). Det måste följaktligen ta fasta på någon allmän omständighet som skiljer sig mellan dessa båda fall. Såvitt jag kan se föreligger endast två sådana omständigheter vilka skulle kunna vara relevanta för de argument som förekommer i culpabedömningen: vad för slags verksamhet som orsakat skadan och vad för slags skada som inträffat. I 1985 års fall var skadevällaren en näringsidkare och i 1983 års fall en privatperson.

15 Andersson *Skyddsändamål och adekvans* s. 280f.

16 A.a. s. 348.

17 A.a. s. 281.

1985 års fall handlade om en personskada och 1983 års fall om en sakskada. Att näringsidkare skulle vara ålagda en strängare aktsamhetsplikt än privatpersoner är ingen ny tanke i den skadeståndsrättsliga doktrinen.¹⁸ Att den som vållat en personskada lättare skulle kunna göras ansvarig än den som vållat en sakskada har däremot mig veterligen ingen hävdad.

Vi ser omedelbart att det finns ett problem med den första distinktionen. Den täcker inte alla de situationer i vilka den aktuella kriteriekonflikten kan uppkomma. Det kan uppstå situationer där skadevällaren vare sig är en "näringsidkare" eller en "privatperson", t.ex. om skadevällaren är en kommun eller en ideell förening. Sådana problem kan inte uppstå när det gäller den andra distinktionen, eftersom alla de skador som är ersättningsgilla enligt culparegeln i skadeståndslagen antingen är personskador eller sakskador.¹⁹ Den första distinktionen behöver följaktligen kompletteras för att bli lika fullständig som den andra. Detta kan göras genom att jämställa verksamheter som drivs i offentlig regi eller av ideella föreningar med näringsverksamheter, eller genom att jämställa sådana verksamheter med privata verksamheter. Det ligger uppenbarligen närmast till hands att göra det förstnämnda. Riskfyllda verksamheter som bedrivs av en kommun eller en förening har stora likheter med riskfyllda verksamheter som bedrivs av näringsidkare. De är organiserade och bedrivs på ett professionellt sätt. I många fall finns det ingen som helst skillnad, bortsett från att verksamhetens huvudman i det ena fallet är en näringsidkare och i det andra fallet en kommun, t.ex. när det gäller byggarbeten på offentliga platser. Mig veterligt finns det inte heller någon som hävdar att verksamheter som bedrivs av det allmänna (eller av ideella föreningar) inte skulle vara ålagda en lika sträng aktsamhetsplikt som verksamheter som bedrivs av näringsidkare.²⁰ Jag modifierar därför härmed den första distinktionen från "näringsidkare"/"privatper-

18 Se t.ex. Bengtsson *Svensk rättspraxis: Skadestånd utanför kontraktsförhållanden 1980–1984* s. 655 och Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 62.

19 Detta framgår av regelns lydelse. Se SkstL 2 kap. 1 §.

20 Detta har dock inte alltid varit en självklarhet. Det förekommer exempelvis författare i äldre tiders litteratur som hävdar att det allmänna inte har något culpaansvar över huvud taget (doktrinen "the King can do no wrong"). Här om se Colonna *La concezione pubblicistica della responsabilità extracontrattuale dello Stato* s. 85.

son" till "organiserad verksamhet"/"privatperson". Med "organiserad verksamhet" avser jag då alla verksamheter som bedrivs av juridiska personer eller av det allmänna. Dessutom avser jag verksamheter som bedrivs av fysiska personer om verksamheten har förvärvssyfte eller om den på annat sätt bedrivs på liknande sätt som de verksamheter som bedrivs av juridiska personer (t.ex. att verksamheten har anställda). Därmed ställer jag nu upp följande två hypoteser.

h5) den som bedriver en organiserad verksamhet (men inte en privatperson som ägnar sig åt något som inte är en förvärvsverksamhet) är ansvarig om culpa föreligger enligt trygghetskriteriet även om icke-culpa föreligger enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet

h6) den som vållat en personskada (men inte den som vållat en sakskada) är ansvarig om culpa föreligger enligt trygghetskriteriet även om icke-culpa föreligger enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet

Vi har nu två hypoteser för hur det metakriterium ser ut som löser alla konflikter mellan culpa enligt trygghetskriteriet och icke-culpa enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. För att se om det finns fog för att anta att någon av dem utgör gällande rätt så måste vi testa dem. Vi behöver undersöka huruvida det finns något avgörande som falsifierar den ena eller den andra hypotesen. Sedan 1980 har HD avgjort tretton fall där man tagit ställning till om någon varit vårdslös i skadeståndslagens mening (varav åtta fall har behandlats tidigare). Av dessa fall är endast de där culpa förelåg enligt trygghetskriteriet intressanta för testningen av de två hypoteserna, eftersom det bara är sådana fall som kan vara potentiella falsifikatorer. Låt oss se vilka av de tretton fallen detta är. Och låt oss se om något av dem falsifierar någon av våra hypoteser.

NJA 1981 s. 683 (konerna) har behandlats tidigare.²¹ Här förelåg knappast vårdslöshet enligt trygghetskriteriet, eftersom målet handlade om en obetydlig säkerhetsbrist (en 2 cm hög trappsten)

21 Se kapitel 1.1.

som – vilket HD framhöll – inte kunde ge upphov till skador av mer allvarligt slag.

NJA 1982 s. 386 (hinken) har behandlats tidigare.²² Fallet handlade om en bil som fått skador på lacken av vattnet i en hink på en bensinstation. Som vi har sett i kapitel 4 förutsätter culpa enligt trygghetskriteriet att det förelåg en risk för en (allvarlig) personskada. 1982 års fall är följaktligen inte heller intressant för testningen av våra två hypoteser.

NJA 1983 s. 232 (hästhagen) har behandlats flera gånger tidigare.²³ Hästens ägare befriades från ansvar enligt normalitetskriteriet, men som vi har lagt märke till tidigare kunde HD ha gjort vederbörande ansvarig enligt trygghetskriteriet. 1983 års fall tillhör därför de fall med vilka vi kan testa hypoteserna. Fallet visar att den andra hypotesen (h₆) är falsifierbar trots att vårdslöshet inte kan föreligga enligt trygghetskriteriet om säkerhetsbristen bara kan leda till sakskador. Enligt trygghetskriteriet föreligger culpa om säkerhetsbristen medför en risk för allvarliga personskador som är oacceptabel för presumtiva skadelidande. Detta kan vara fallet trots att det inte inträffat någon (allvarlig) personskada utan en sakskada och precis så var det i 1983 års fall. Hästen hade orsakat en trafikolycka i vilken det endast inträffat sakskador men olyckan kunde mycket väl ha lett till (allvarliga) personskador. Den andra hypotesen hade falsifierats om HD hade gjort hästägaren ansvarig enligt trygghetskriteriet. Men detta gjorde inte HD.

NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) har också behandlats i det föregående.²⁴ Som vi har sett tidigare synes HD i detta fall ha varit beredd att göra skadevällaren ansvarig enligt trygghetskriteriet trots att vederbörande inte varit vårdslös enligt normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet, men gjorde det inte eftersom vårdslöshet inte heller förelåg enligt trygghetskriteriet. Eftersom HD därmed tycks ha ansett att culpa enligt trygghetskriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet (i den aktuella situationen) kan fallet således användas för att testa hypoteserna, trots att culpa inte förelåg enligt trygghetskriteriet. 1984 års fall falsifierar dock vare sig den första hypotesen

22 Se kapitel 4.2.

23 Se i första hand kapitel 1.1.

24 Se kapitel 4.2.

(h5), eftersom skadan orsakats av en organiserad verksamhet, eller den andra hypotesen (h6), eftersom det inträffat en personskada.

NJA 1984 s. 764 har inte behandlats tidigare. Fallet rörde en olycka som hade inträffat på ett kommunalt fritidshem när en sjuårig pojke lekte med ett stämjärn. Pojken stack in stämjärnet i ett hål i en dörr och skadade en jämgammal pojke som stod på andra sidan dörren och kikade i hålet. Denne fick stämjärnet i ögat och förlorade synen. Målet rörde huruvida kommunen kunde anses ansvarig för olyckan därför att personalen på fritidshemmet inte hållit tillräcklig uppsikt över barnen. Stämjärnet kom nämligen från fritidshemmets "snickarrum". Den förolyckade pojken hävdade att personalen inte gjort tillräckligt för att inskräpa att det var förbjudet att ta med sig verktyg från snickarrummet och leka med dem i de andra rummen. HD lät sig övertygas av denna argumentation och biföll hans talan.

Det måste anses värdefullt att barn i sjuårsåldern får handskas med riktiga redskap [...] Det är varken önskvärt eller genomförbart att barnen på ett fritidshem står under ständig uppsikt [...] [E]n förvaring av enklare handverktyg inom fritt räckhåll [får] anses försvarlig under särskilda omständigheter. Sådana kan föreligga om barnen ... har fått bestämda och noga inpräglade instruktioner om villkoren för att använda dem [...] Instruktionerna tycks emellertid inte ha varit särskilt planmässiga eller eftertryckliga.²⁵

HD verkar ha tyckt att personalen inte ansträngt sig så mycket som man kan förvänta sig av professionella fritidspedagoger. Detta tyder på att HD jämfört skadevållaren med en fiktiv normalperson. Eftersom HD således har ansett att culpa förelåg enligt normalitetskriteriet är 1984 års fall oanvändbart för att undersöka i vilka situationer icke-culpa enligt normalitetskriteriet får stå tillbaka för culpa enligt trygghetskriteriet.

NJA 1985 s. 269 (glasdörren) har behandlats synnerligen grundligt tidigare.²⁶ Här gjorde HD som bekant skadevållaren ansvarig enligt trygghetskriteriet trots att culpa inte förelåg enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. Eftersom det även här

25 NJA 1984 s. 764, s. 769f.

26 Se kapitel 4.1.

rörde sig om en organiserad verksamhet som orsakat en personskada falsifieras hypoteserna ej.

NJA 1985 s. 456 (tröskeln) har också behandlats tidigare.²⁷ Fallet rörde en fotgängare som snubblat över en 1,2 cm hög tröskel i en provisorisk gångtunnel förbi en byggarbetsplats. Skadevällaren dömdes till ansvar enligt det ekonomiska kriteriet och HD uttalade sig inte om huruvida culpa även förelåg enligt trygghetskriteriet. Detta var dock knappast fallet, eftersom tröskeln omöjligen kunde ge upphov till det slags mer allvarliga skador som inträffat i t.ex. NJA 1979 s.129 (badbryggan II) och NJA 1987 s. 222 (skidåkaren). Fallet är således ointressant för prövningen av våra två hypoteser.

NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) tillhör också de fall som redan har behandlats grundligt.²⁸ Här gav HD culpa enligt trygghetskriteriet företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet och det ekonomiska kriteriet. Detta falsifierar inte någon av de två hypoteser vi nu undersöker eftersom fallet rörde en näringsidkare som vållat en personskada.

NJA 1990 s. 569 har inte behandlats tidigare. Målet rörde en tvist mellan vägverket och en bilägare. Ett arbetslag från vägverket höll på med förbättringsarbeten på en landsväg. Bland annat tog man bort större stenar varvid det bildades gropar i vägbanan. När alla stenar var borttagna skulle vägen asfalteras, men i avvaktan på detta fylldes groparna med grus. En natt föll dock ett häftigt regn, och en stor mängd grus spolades bort. Nästa morgon körde en bil ned med ena hjulet i en av de större groparna och fick ett kast. Föraren höll just på att köra om en annan bil och hans bil studsade in i denna. Sammanstötningen orsakade inga personskador, men ägaren till den bil som kört ned i gropen ville ha ersättning av vägverket för de plåtskador bilen fått. HD biföll hans talan. Domstolen ansåg att vägverket borde ha satt upp varningsskyltar.

Om fyllningen ... spolades bort ... kunde detta uppenbart medföra betydande risker ... En sådan händelseutveckling kunde ingalunda uteslutas, särskilt som de väderprognoser som upplästes i radio ... gav vid handen att det kunde komma att regna kraftigt.²⁹

²⁷ Se kapitel 3.1.

²⁸ Se kapitel 4.1.

²⁹ NJA 1990 s. 569, s. 573.

HD synes ha menat att denna försiktighetsåtgärd hade varit proportionell i förhållande till den föreliggande faran. Detta innebär att HD tillämpat normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet, eftersom båda dessa kriterier involverar en proportionalitetsbedömning av skadevällarens ansträngningar i förhållande till den aktuella risken.³⁰ HD har dock inte valt att tillämpa trygghetskriteriet. Domstolen har inte motiverat att vägverket varit vårdslöst med hänvisning till att gropen innebar en oacceptabel säkerhetsbrist för bilisterna, trots att en sådan argumentation hade haft fog för sig. Att HD valt att inte tillämpa trygghetskriteriet kan bero på att det inte behövdes. Vägverkets vårdlöshet hade redan fastslagits enligt ett annat culpakriterium. Men det skulle även kunna bero på att HD ansett att trygghetskriteriet inte kunde fälla skadevällaren i detta fall. Detta skulle i så fall falsifiera den första av de två hypoteserna (h5) eftersom skadan orsakats av en organiserad verksamhet. Det skulle däremot vara förenligt med den andra hypotesen (h6) eftersom 1990 års fall gällde en sakskada.

NJA 1993 s. 149 (golfspelaren) har behandlats tidigare.³¹ HD ansåg att en golfspelare agerat vårdslöst när han slog en golfboll så att den hamnade på golfklubbens parkeringsplats och träffade en bil. Som vi har sett tidigare rörde det sig om en tillämpning av antingen normalitetskriteriet eller det ekonomiska kriteriet. HD använde sig följaktligen inte av trygghetskriteriet. Detta hade domstolen kunnat göra (trots att det bara inträffat en sakskada). I så fall hade skadevällaren ansetts vårdslös, därför att de som befinner sig på en parkeringsplats inte skall behöva räkna med att kunna bli träffade av en golfboll. Detta skulle innebära oacceptabel otrygghet eftersom en golfboll kan orsaka en allvarlig (person)skada om den träffar i huvudet. Att HD valt att inte tillämpa trygghetskriteriet kan – precis som i NJA 1990 s. 569 (gropen) – bero på två saker: att det inte behövdes (eftersom culpa redan förelåg enligt normalitetskriteriet) eller därför att HD ansåg att trygghetskriteriet inte var tillämpligt i den aktuella situationen. Oavsett vilket som var fallet falsifieras vare sig den ena eller den andra av de två hypoteserna,

30 Se kapitel 2.1.

31 Se kapitel 2.1.

eftersom skadevällaren var en privatperson som inte ägnade sig åt en förvärvsverksamhet och det inträffat en sakskada.

NJA 1995 s. 274 har inte behandlats tidigare. Målet gällde en travhäst som hade kvävts till döds till följd av ett olämpligt monterat järngaller i ett häststall. Säkerhetsbristen kunde inte ge upphov till olyckor för människor (personskador) och vårdslöshet förelåg således inte enligt trygghetskriteriet. Fallet saknar därför intresse för testningen av de två hypoteserna.

NJA 1996 s. 564 handlade också om en förolyckad travhäst och har inte heller behandlats tidigare. Här gällde tvisten en bristfällig låsanordning i ett häststall. Av samma skäl som i 1995 års fall saknar även detta avgörande intresse för vår undersökning.

NJA 1998 s. 617 har inte heller behandlats tidigare. Målet gällde en bonde som under arbete med en grävskopa råkat förstöra en nedgrävd telekabel. Ansvar enligt trygghetskriteriet kunde inte heller här komma i fråga, eftersom den skadegörande verksamheten inte hade kunnat orsaka en (allvarlig) personskada. Även detta fall är således ointressant för oss.

Vi har nu gått igenom samtliga fall och kan summera våra iakttagelser. Sex av tretton fall kunde ha falsifierat någon av våra två hypoteser. Ingen av dessa sex fall falsifierar dock vare sig den ena eller den andra hypotesen.³² I fem av fallen är detta glasklart. I ett fall – NJA 1990 s. 569 (gropen) – är det möjligt att HD avstått från att tillämpa trygghetskriteriet trots att skadevällaren ägnat sig åt en organiserad verksamhet. Detta skulle i så fall vara oförenligt med den första hypotesen (h5). 1990 års fall försvagar dock inte den första hypotesen nämnvärt eftersom det inte finns någonting i domen som tyder på att HD avstått från att tillämpa trygghetskriteriet av detta skäl. Tvärtom är den naturliga förklaringen, att domstolen funnit det överflödigt att spekulera i konsekvenserna av en strängare aktsamhetsplikt när skadevällaren redan befunnits ansvarig

32 Om man letar i underrättspraxis kan man dock hitta avgöranden som är oförenliga med både h5 och h6. I RH 1986:146 gav Svea Hovrätt icke-culpa enligt normalitetskriteriet företrädare framför culpa enligt trygghetskriteriet trots att det rörde sig om en organiserad verksamhet som vållat en personskada. Målet rörde olycka som inträffat på en kommunal badplats. Skadelidanden hade åkt på magen på en vattenrutschbana och slagit huvudet i botten och blivit förlamad. Kommunen befriades från ansvar med hänvisning till att "rutschbanan [var] av en typ som är allmänt förekommande" (s. 359). Se även RH 1991:98.

enligt den vanliga aktsamhetsnormen. Båda hypoteser har sålunda genomgått den mest omfattande granskning som kan göras i förhållande till HD:s praxis och gått stärkta ur den. De kan således båda anses befästa. Eftersom båda hypoteser väl uppfyller de krav på testbarhet som behandlats i kapitel 1.4 kan båda anses ha erhållit en hög grad av befästhets. De har hög generalitet och är samtidigt precist formulerade. Eftersom vi dessutom har testat alla alternativa hypoteser som vi har kunnat formulera, har vi följaktligen fog för att utgå ifrån att följande metakriterium – där vi slagit ihop hypoteserna – uttrycker gällande rätt.

m1) vårdslöshet enligt trygghetskriteriet är tillräckligt för ansvar om och endast om en organiserad verksamhet orsakat en personskada

Vi går nu vidare för att se om vi kan hitta något metakriterium som reglerar det ekonomiska kriteriets tillämplighet, dvs. ett kriterium som talar om när culpa enligt det ekonomiska kriteriet är tillräckligt för ansvar trots att culpa inte föreligger enligt vare sig normalitetskriteriet eller trygghetskriteriet. Låt oss testa huruvida de omständigheter som måste föreligga för att trygghetskriteriet skall vara tillämpligt också måste föreligga för att skadevållaren skall kunna göras ansvarig enligt det ekonomiska kriteriet. Låt oss – med andra ord – testa följande två hypoteser.

h7) den som bedriver en organiserad verksamhet (men inte en privatperson som ägnar sig åt något som inte är en förvärvsverksamhet) är ansvarig om culpa föreligger enligt det ekonomiska kriteriet även om icke-culpa föreligger enligt normalitetskriteriet och trygghetskriteriet

h8) den som vållat en personskada (men inte den som vållat en sakskada) är ansvarig om culpa föreligger enligt det ekonomiska kriteriet även om icke-culpa föreligger enligt normalitetskriteriet och trygghetskriteriet

Dessa båda hypoteser kan vi testa genom att se om de falsifieras av de fall där HD gjort skadevållaren ansvarig enligt det ekonomiska kriteriet, eller på annat sätt visat att man ansett att culpa enligt det ekonomiska kriteriet är tillräckligt för ansvar i den aktuella situatio-

nen. Av de tretton avgöranden vi just har gått igenom är detta fallet i vid sju tillfällen. Låt oss titta på dessa sju avgöranden igen.

I NJA 1981 s. 683 (konerna) bedömdes skadevållaren enligt det ekonomiska kriteriet. Som vi har sett tidigare framgår detta mycket tydligt av domsmotiveringen. Skadevållaren befriades visserligen från ansvar, men det är uppenbart att HD var beredd att göra vederbörande ansvarig om culpa hade förelagat enligt det ekonomiska kriteriet, trots att culpa ej förelåg enligt vare sig normalitetskriteriet³³ eller trygghetskriteriet³⁴. Eftersom 1981 års fall rörde en organiserad verksamhet falsifieras inte den första hypotesen (h7) och eftersom det inträffat en personskada falsifieras inte heller den andra hypotesen (h8) .

NJA 1982 s. 386 (hinken) gällde som bekant huruvida en bensinstation skulle anses ansvarig för en skada som orsakats av vatten i en hink som hade ställts ute vid pumparna så att kunder kunde göra rent sina vindrutor. Vattnet hade på något sätt blivit förorenat och förstörde därför lacken på en bil. HD ansåg inte att bensinstationen var ansvarig för den inträffade skadan. Domsmotiveringen är mycket kort, men det förefaller som om HD tillämpat det ekonomiska kriteriet.

När en bensinstation tillhandahåller tvättvatten på det sätt som angivits, finns inte praktiska möjligheter för den personal, som finns på stationen och har till uppgift att bemanna kassan, att hålla fortlöpande uppsikt över hela stationsområdet.³⁵

Förmodligen menar HD att olägenheterna av att ständigt övervaka hinken hade varit allt för stora, och sannolikt har man då haft i åtanke att faran för att vattnet skulle förorenas var jämförelsevis liten. Eftersom domstolen befriat bensinstationen från ansvar med motiveringen att vårdslöshet inte förelåg enligt det ekonomiska kriteriet får man utgå från att bensinstationen hade varit ansvarig om vårdslöshet istället hade förelagat enligt det ekonomiska kriteriet. HD ansåg följaktligen att culpa enligt det ekonomiska kriteriet var tillräckligt för ansvar i den aktuella situationen. Att culpa inte förelåg enligt trygghetskriteriet har vi konstaterat ovan. Huruvida

33 Se kapitel 1.1.

34 Se ovan.

35 NJA 1982 s. 386, s. 389.

culpa förelåg enligt normalitetskriteriet framgår dock inte av domen. Vi kan därför inte med säkerhet säga att HD ansåg att culpa enligt det ekonomiska kriteriet hade varit tillräckligt för ansvar i den aktuella situationen även om culpa inte förelåg enligt normalitetskriteriet (det kan ha varit så att HD ansett att culpa enligt såväl normalitetskriteriet som det ekonomiska kriteriet var erforderligt). Om vi hade kunnat säga det med säkerhet hade den andra av de två hypoteserna (h8) falsifierats, eftersom 1982 års fall gällde en sarskada. Nu falsifieras den inte. Hypotesen försvagas dock av 1982 års fall, eftersom det inte finns någonting i domskälen som tyder på att HD ansett att culpa enligt normalitetskriteriet var nödvändigt för ansvar.

Fallet kan jämföras med NJA 1985 s. 456 (tröskeln). Här tillämpade HD också det ekonomiska kriteriet trots att culpa inte förelåg enligt trygghetskriteriet³⁶ (med den skillnaden att skadevållaren ansågs vårdslös enligt det ekonomiska kriteriet). Precis som i NJA 1982 s. 386 (hinken) framgår det inte av domen huruvida culpa förelåg enligt normalitetskriteriet. Här rörde det sig dock om en personskada. Det finns därför ingenting som talar mot den andra hypotesen (h8) oavsett huruvida culpa enligt normalitetskriteriet förelåg (och var erforderligt för ansvar) eller ej.

I NJA 1990 s. 569 (gropen) gjordes skadevållaren ansvarig med hänvisning till att den försummade försiktighetsåtgärden (att sätta upp varningsskyltar) hade varit proportionell i förhållande till den föreliggande faran. Detta tyder på att HD tillämpat det ekonomiska kriteriet. Som vi har konstaterat ovan utesluter det dock inte att domstolen tillämpat normalitetskriteriet. Som vi minns från kapitel 2.1 involverar även tillämpningen av normalitetskriteriet en proportionalitetsbedömning (som då har syftet att utvärdera hur stora ansträngningar man vanligen brukar vidta för att förebygga faror av en viss allvarlighetsgrad). Det finns dock en sak i domen som talar mot att vägverket gjorts ansvarigt med tillämpning av normalitetskriteriet. Ett justitieråd var av en annan mening än de fyra justitieråd som dömde vägverket till ansvar. Det skiljaktiga justitierådet ville befria vägverket från ansvar och motiverade detta med hänvisning till normalitetskriteriet.

36 Se ovan.

Med hänsyn till att denna metod för reparationer är allmänt tillämpad saknas underlag för antagande att varningsmärken, avstängningsanordning eller liknande markering generellt sett skulle vara påkallad [...] Det kan ... inte läggas vägverket till last som försummelse att den ansvariga personalen ej räknade med att regn skulle falla med sådan häftighet som uppenbarligen blev fallet [...] Det finns alltså enligt min mening inte grund för att staten [skadevållaren] skall åläggas skadeståndsskyldighet...³⁷

Att majoriteten inte delat denna uppfattning kan ha två möjliga orsaker. Antingen var man överens om att normalitetskriteriet skulle tillämpas, men hade en annan uppfattning om huruvida skadevållaren verkligen hade agerat normalt, eller så ansåg man att ett annat kriterium skulle tillämpas. Förmodligen var det fråga om det senare. Om majoriteten hade haft en annan uppfattning om huruvida vägverket agerat normalt borde man ha givit uttryck för detta (eftersom en sådan meningsskillnad hade varit avgörande för målets utgång). Istället har man uttalat sig på ett sätt som snarare ger intryck av att man i och för sig delar minoritetens uppfattning om att vägverket agerat som man brukar göra vid sådana här arbeten. Majoritetens motivering inleds nämligen med följande konstaterande.

...det material som användes för fyllningen av groparna ... får antas ha varit sådant att det normalt inte skulle uppkomma några problem...³⁸

Detta innebär att HD givit culpa enligt det ekonomiska kriteriet företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet. Därmed falsifieras den andra hypotesen (h8) eftersom det inte inträffat någon personskada. Den första hypotesen (h7) förblir dock oemotsagd eftersom olyckan inträffat till följd av en organiserad verksamhet.

I NJA 1995 s. 274 (häststallet I) skulle en travhäst förvaras över natten i ett gäststall på en travbana. På morgonen hittades den död. Obduktionen visade att hästen hade kvävts till döds. C:a 25 cm nedanför taket i boxen var ett horisontellt järngaller fastmonterat. Sannolikt hade olyckan gått till så att hästen fått in huvudet i

37 NJA 1990 s. 569, s. 575.

38 NJA 1990 s. 569, s. 573.

springan mellan taket och gallret, och på något sätt fastnat. I sina försök att komma loss hade den kvävt sig själv. Hästens ägare krävde skadestånd av travbanan. Han menade att boxen borde varit konstruerad på ett annat sätt och HD biföll hans talan.

...olyckor av liknande slag [har] skett även före den aktuella händelsen. Risken för att en skada skulle inträffa kan med hänsyn till det anförda inte anses ha varit obetydlig. Att det vid en olycka sannolikt skulle bli fråga om en allvarlig skada är uppenbart. Skaderisken hade kunnat förebyggas på ett enkelt och föga kostsamt sätt, om en tvärså hade satts över luftutrymmet.³⁹

HD har tillämpat det ekonomiska kriteriet. Argumentationen går ut på att visa att förhållandet $A (R_r - R_a) > F_a - F_r$ gäller.⁴⁰ Domstolen framhäver att faktorerna i vänstra ledet är stora och att högra ledet relativt sett är mindre. Däremot säger HD ingenting om huruvida vårdslöshet föreligger enligt normalitetskriteriet. 1995 års fall hamnar därmed i samma kategori som NJA 1982 s. 386 (hinken). Fallet rör en sakskada, men falsifierar inte den andra hypotesen (h8) eftersom det inte kan uteslutas att HD utgick ifrån att culpa förelåg även enligt normalitetskriteriet och betraktat detta som en nödvändig förutsättning för ansvar (trots att man inte sagt någonting om det). 1995 års fall försvagar dock den första hypotesen.

NJA 1996 s. 564 (häststallet II) handlade också om en förolyckad travhäst. Denna häst befann sig i förvar hos en travtränare och stod i en av dennes boxar. Vid ett tillfälle hade hästen lyckats få upp låset till boxdörren med munnen. I dörren hade ett fönster sågats ut, och hästen stack huvudet genom fönstergluggen och lyfte av hela dörren från sina gångjärn. När den inte kunde få bort dörren fick den panik och sprang ut ur stallet med dörren runt hal-sen. Hästen skadades svårt och det tog lång tid innan den kunde tävla igen. Dess ägare ville därför ha skadestånd av travtränaren. Han menade att boxen borde haft ett annat slags lås, som hästen inte hade kunnat öppna. HD biföll hans talan.

Vid oaktsamhetsbedömningen brukar man ta hänsyn till risken för skada, den sannolika skadans storlek samt möjligheterna att före-

39 NJA 1995 s. 274, s. 289.

40 Se kapitel 3.1.

komma skada [...] Av utredningen i målet framgår att det förekommit att hästar lyckats få upp lås till boxdörrar som inte försetts med s.k. överfallsskydd [...] Ove K [skadevällaren] var professionell travtränare och mottog till träning och förvaring hästar av betydande ekonomiskt värde [...] Under sådana omständigheter måste det anses ha varit vårdslöst av Ove K att inte se till att boxdörren var försedd med lås som omöjligt kunde öppnas av hästen.⁴¹

Motiveringen verkar – precis som i NJA 1995 s. 274 (häststallet I) – gå ut på att $A (R_r - R_a) > F_a - F_r$. Travtränaren har gjort sig skyldig till culpa enligt det ekonomiska kriteriet. I det här fallet framgår det dessutom av domen att HD givit denna culpabedömning företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet. Ett skiljaktigt justitieråd ville nämligen befria travtränaren från ansvar med hänvisning till normalitetskriteriet:

Uppenbarligen förekom det redan då att lås till boxdörrar försågs med överfallsskydd för att hästar skulle hindras att få upp dem men det kan inte anses ha varit så vanligt förekommande att det kan betecknas som en sed.⁴²

1996 års fall falsifierar sålunda den andra hypotesen (h8) eftersom det bara inträffat en sakskada.

I NJA 1998 s. 617 (kabeln) hade en grävskopa använts för att luckra upp marken på en jordbruksfastighet, varvid en nedgrävd telekabel hade gått sönder. Kabelns ägare (Telia) menade att både grävmaskinisten och fastighetsägaren (som givit uppdrag om grävningen) gjort sig skyldiga till vårdslöshet och var ansvariga för den förstörda kabeln. Eftersom de kände till att en kabel fanns nedgrävd på fastigheten borde de ha hört av sig till Telia för att få reda på hur kabeln var dragen. Grävmaskinisten och bonden menade att denna skyldighet att inhämta information från Telia inte ålegat dem eftersom de inte ägnat sig åt grävning. Det arbete som hade utförts med grävmaskinen var att betrakta som "sedvanligt jordbruksarbete", jämförbart med t.ex. plöjning. Orsaken till olyckan var att kabeln inte dragits tillräckligt djupt. Den låg endast 45 cm under markytan. Bonden och grävmaskinisten ville med andra ord

41 NJA 1996 s. 564, s. 572f.

42 NJA 1996 s. 564, s. 574.

att domstolen skulle befria dem från ansvar med tillämpning av normalitetskriteriet. Deras försvar gick ut på att den inträffade olyckan kunde ha hänt vilken bonde/grävmaskinist som helst. HD valde dock att tillämpa det ekonomiska kriteriet och förklarade dem solidariskt skadeståndsskyldiga, eftersom det hade varit kostnadseffektivt att inhämta information om telekabelns placering.

Risken för att råka på kabeln vid en så till yta och djup begränsad grävning som det var fråga om var i och för sig liten. Den skada som kunde inträffa om olyckan var framme och kabeln grävdes av var å andra sidan betydande. Möjligheterna att förebygga skadan var stora eftersom Telia utan kostnad för markägaren tillhandahåller kabelut-sättning. Att en kabelut-sättning enligt vad Göran L [grävmaskinisten] uppgivit inte skulle kunnat erhållas förrän efter flera dagar ändrar inte bedömningen på denna punkt [...] Göran L och Olle L [skadevållarna] [har] därför förfarit oaktsamt genom att utföra grävningssarbetet utan föregående kabelanvisning.⁴³

HD gav således åter igen culpa enligt det ekonomiska kriteriet företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet, trots att det rörde sig om en sakskada. Även detta fall falsifierar följaktligen den andra hypotesen (h8).

Vi kan nu summera testningen av de två hypoteserna om det ekonomiska kriteriets tillämplighet. Vi har inte funnit någonting som talar mot den första hypotesen (h7). Denna hypotes går därmed starkt ur vår undersökning. Vi har dock hittat tre fall som var och en för sig falsifierar den andra hypotesen (h8) (och ytterligare två fall som båda kraftigt försvagar denna hypotes). Den andra hypotesen kan följaktligen avskrivas. Den ger inte en korrekt beskrivning av gällande rätt. Den första hypotesen (h7) kan dock anses befast. Precis som h5 och h6 är den generell och väl preciserad. Följande metakriterium kan sålunda betraktas som gällande.

m2) vårdslöshet enligt det ekonomiska kriteriet är tillräckligt för ansvar om och endast om skadan orsakats av en organiserad verksamhet

När en privatperson ägnar sig åt en verksamhet som inte är en förvärvsverksamhet ansvarar vederbörande sålunda inte enligt det

43 NJA 1998 s. 617, s. 624f.

ekonomiska kriteriet. Att så är fallet enligt gällande rätt hade stärkts ytterligare om HD avdömt ett fall där en privatperson befriats från ansvar med hänvisning till normalitetskriteriet samtidigt som det hade stått klart att vederbörande varit vårdslös enligt det ekonomiska kriteriet. Utan ett sådant fall kan man tycka att metakriteriet ovan (m2) inte är riktigt tillfredsställande befast. Ett sådant fall finns dock inte bland de tretton fall HD avdömt under de senaste tjugo åren (NJA 1983 s. 232 (hästhagen) hade kunnat vara ett sådant fall om det hade framgått av domen att culpa förelåg enligt det ekonomiska kriteriet). Ett sådant HD-fall finns inte heller av äldre datum. Under de senaste femtio åren har en privatperson som ägnat sig åt en icke-organiserad verksamhet befriats från ansvar enligt normalitetskriteriet vid tre tillfällen utöver 1983 års fall.⁴⁴ Vid inget av dessa tillfällen förelåg culpa enligt det ekonomiska kriteriet.

Vi skall nu till sist undersöka huruvida det finns något metakriterium som reglerar normalitetskriteriets tillämplighet, dvs. ett kriterium som talar om när culpa enligt normalitetskriteriet är tillräckligt för ansvar trots att culpa inte föreligger enligt vare sig det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. Vi har tidigare kommit fram till att culpa enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet inte är tillräckligt för ansvar när skadevällaren är en privatperson (som inte ägnar sig åt en förvärvsverksamhet). För att privatpersoner över huvud taget skall vara ansvariga för sina handlingar måste de följaktligen vara ansvariga enligt normalitetskriteriet. Att culpa enligt normalitetskriteriet är tillräckligt för ansvar förefaller också rimligt när skadevällaren är en organiserad verksamhet. Annars skulle en organiserad verksamhet kunna undgå ansvar för ett agerande som en privatperson hade blivit ansvarig för (dvs. när culpa föreligger enligt normalitetskriteriet men inte enligt det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet). Detta ger oss endast en hypotes om normalitetskriteriets tillämplighet.

44 NJA 1964 s. 12 (bränbollsträet), NJA 1970 s. 463 och NJA 1974 s. 585 (landhockeyfallet).

h9) var och en är ansvarig om culpa föreligger enligt normalitetskriteriet även om icke-culpa föreligger enligt det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet

Låt oss testa denna hypotes på samma sätt som de föregående hypoteserna. Låt oss titta på fall där culpa föreligger enligt normalitetskriteriet och se om något av dessa fall falsifierar hypotesen. Av de tretton fall HD har avdömt under de senaste tjugo åren har skadevållaren fällts enligt normalitetskriteriet vid två tillfällen.

I NJA 1984 s. 764 (stämjärnet) ansåg HD att personalen på ett fritidshem gjort sig skyldig till vårdslöshet, eftersom man inte givit barnen tillräckligt "planmässiga" och "eftertryckliga" instruktioner för användningen av verktyg i fritidshemmets snickarrum. Två justitieråd var oense med majoriteten och ville befria skadevållaren från ansvar. Oenigheten bestod dock inte i att de två skiljaktiga domarna ville tillämpa något annat culpakriterium, utan berodde på att de gjorde en annan bedömning av sakförhållandena.

...det [är] ganska naturligt att det kan vara svårt för vittnena att flera år efter händelsen mera detaljerat precisera vilken undervisning som förekommit. Det allmänna intrycket av vittnenas uppgifter är emellertid att de ... gjort den bedömningen att de båda barnen fått tillräcklig undervisning om hur verktygen skulle användas. Den omständigheten att någon av pojkarna faktiskt använde ett verktyg utanför snickarrummet är inte något belägg för att personalens undervisning varit otillräcklig; man måste alltid räkna med att ett barn någon gång kan glömma bort eller sätta sig över även mycket grundlig undervisning. Enligt vår mening kan man inte på grund av den utredning som finns i målet dra den slutsatsen att instruktionerna rörande användningen av verktygen varit sådana att personalen därigenom varit vårdslös.⁴⁵

1984 års fall gav inte upphov till någon konflikt mellan culpa enligt normalitetskriteriet och icke-culpa enligt något annat culpakriterium. Fallet kan således inte användas för att testa vår hypotes (h9).

I NJA 1993 s. 149 (golfspelaren) ansåg HD att en golfspelare varit vårdslös när han försökte gena mot flaggan med risk att bollen

45 NJA 1984 s. 764, s. 772.

kunde hamna på golfklubbens parkeringsplats (vilket den också gjorde). Som vi har sett kan domen uppfattas som en tillämpning av såväl normalitetskriteriet som det ekonomiska kriteriet.⁴⁶ 1993 års fall är följaktligen inte heller av nytta för att testa hypotesen (h9).

Detta innebär att vi inte har ett enda fall från de senaste tjugo åren med vilket vi kan undersöka om hypotesen håller. Om vi vill testa hypotesen är vi således hänvisade till äldre rättspraxis. När vi testade hypoteserna om trygghetskriteriets tillämplighet (h6 och h7) använde oss inte av fall från 1960-talet och 1970-talet, därför att dessa fall inte ger uttryck för gällande rätt (i detta avseende). Vi använde oss inte heller av så gamla fall för att testa hypoteserna om det ekonomiska kriteriets tillämplighet (h8 och h9). Här var det inte nödvändigt eftersom vi hade tillräckligt med färsk fall för att göra en grundlig prövning. När det gäller tillämpligheten av normalitetskriteriet finns det dock inget skäl att utgå från att äldre praxis inte skulle ge uttryck för gällande rätt och vi behöver tveklöst fler fall för att kunna testa hypotesen (h9) ordentligt. Låt oss därför titta på de fall som finns refererade 1960–1979 i NJA, där HD synes ha gjort skadevållaren ansvarig enligt normalitetskriteriet. Det rör sig om fyra fall.

NJA 1960 s. 388 gällde skadeståndsskyldighet för en fastighetsägare. En bit puts från en husfasad hade rasat ner och träffat en fotgängare i huvudet. Fotgängaren hävdade att fastighetsägaren borde utövat noggrannare tillsyn. Ett år tidigare hade nämligen en bit puts rasat ned från andra sidan på samma hus och detta borde föranlett fastighetsägaren att kontrollera putsen runt om hela huset. HD höll med om detta och dömde fastighetsägaren till ansvar.

I allt fall måste det anses, att de ras som under år 1956 ägde rum från trapphus å gården givit fastighetens ägare eller förvaltare anledning att underkasta putsen å frontespiserna närmare undersökning och vidtaga de underhållsåtgärder som därav kunde föranledas."⁴⁷

Denna formulering kan tolkas som att skadevållaren jämförts med en fiktiv normalperson – den "normalt aktsamme fastighetsägaren"

46 Se kapitel 2.1.

47 NJA 1960 s. 388, s. 397.

– och att HD ansett att en sådan person inte hade agerat som skadevällaren. 1960 års fall kan dock inte användas för att testa hypotesen (h9), eftersom det inte på något sätt kan uteslutas att fastighetsägaren också varit vårdslös enligt det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Att det rasat ned puts tidigare innebär att fastighetsägaren måste insett att risken för ytterligare ras om inga åtgärder vidtogs (R_1) var relativt stor (att HD framhåvt detta kan tolkas som att domstolen ansett att en översyn av fasaden hade varit ekonomiskt effektiv). Domstolen hade även kunnat göra skadevällaren ansvarig enligt trygghetskriteriet. Fotgängare bör kunna förlita sig på att fastighetsägare gör vad som står i deras makt för att förhindra att stora stycken fasadputs rasar ner på gatan.

NJA 1965 s. 474 (travkusken) har behandlats tidigare.⁴⁸ Fallet rörde en travkusk som under ett lopp gjorde en manöver som orsakade en kollision. Manövern innebar ett brott mot en tävlingsregel vars syfte bl.a. var att förebygga skador (ett förbud mot att flytta ekipaget i sidled så att bakomvarande hästar hindras att komma fram). HD bedömde huruvida regelöverträdelsen skulle leda till skadeståndsansvar, genom att fråga om en fiktiv normalperson – en "normalt aktsam travkusk" – hade kunnat göra samma misstag. Domstolen kom fram till att så inte var fallet och gjorde travkusken ansvarig.

Sådana omständigheter förelågo ej, att överträdelsen skulle kunna betraktas såsom allenast en i tävlingsivern gjord felbedömning, som får ursäktas eller i vart fall tolereras. Med hänsyn härtill måste Gren [skadevällaren] anses hava gjort sig skyldig till ovarsamhet av beskaffenhet att medföra skadeståndsskyldighet.⁴⁹

Frågan är om culpa även förelåg enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. Härom säger HD ingenting. Man kan tänka sig att travkusken var vårdslös enligt det ekonomiska kriteriet. Det hade inneburit en kostnad för honom att avstå från att ta risker i samband med sidoförflyttningar, eftersom ett sådant agerande hade minskat hans vinstchanser. Denna kostnad bör vi dock bortse ifrån ur samhällsekonomisk synpunkt eftersom tävlingen om

48 Se kapitel 2.1.

49 NJA 1965 s. 474, s. 480.

segerpremierna i ett travlopp är ett nollsummespel. En minskad vinstchans för en kusk korresponderar alltid mot en lika stor ökning av vinstchansen för de andra kuskarna. Om vi vill tillämpa det ekonomiska kriteriet i 1965 års fall bör vi istället betrakta försiktighetskostnaden av att avstå från den typ av manövrer som skadevällaren utfört som en kostnad för travsporten som sådan. En travtävling är precis som andra idrottstävlingar en verksamhet som blir trist och meningslös om man inte tillåter ett visst mått av risktagande. Vilka risker som skall anses tillåtna bedöms med hänsyn till de förväntade skadekostnaderna. Om detta görs med ekonomisk effektivitet som kriterium, kommer arrangören tillåta visst risktagande och förbjuda annat. Om skadevällarens körsätt tillhör den senare kategorin har han varit vårdslös (enligt detta culpakriterium). Att skadevällaren skulle agerat vårdslöst enligt trygghetskriteriet kan dock inte vara fallet, eftersom en skada på en häst inte är en personskada utan en sakskada. 1965 års fall hade följaktligen kunnat användas för att testa hypotesen att culpa enligt normalitetskriteriet har företräde framför icke-culpa enligt trygghetskriteriet (och stärkt denna hypotes). Eftersom det inte kan uteslutas att culpa förelåg enligt det ekonomiska kriteriet kan 1965 års fall dock inte användas för att testa vår hypotes (h9).

NJA 1974 s. 99 rörde en skada som inträffat till följd av att två läkare gjort en felaktig diagnos. En sexårig pojke hade ramlat och skadat ena armbågen. Han fördes till sjukhus där han undersöktes av två läkare. Armbågen röntgades men ingen av läkarna upptäckte någon skada på skelettet. Det visade sig dock senare att pojken drabbats av en urledvrickning (s.k. luxation) som borde ha behandlats. Anledningen till att läkarna inte upptäckt detta var att de enbart hade undersökt om benet var brutet, eftersom urledvrickningar utan samband med benbrott erfarenhetsmässigt inte förekommer hos barn som äldre än 2–3 år. Till följd av den felaktiga diagnosen drabbades dock pojken av men för livet (armen blev sned) och krävde de båda läkarna på skadestånd. Hans talan bifölls av HD.

...luxationen är lätt att iakttas för en undersökare som är inställd på att utvärdera om en sådan skada finns. Den i målet förebragta sakkunnigutredningen ger visserligen vid handen, att en luxation utan samband med fraktur är mycket ovanlig hos barn i Lars Mikael's [skadelidanden] ålder. I all diagnostisk verksamhet måste också i viss

utsträckning förbiseenden och misstag accepteras såsom ofrånkomliga. Med hänsyn till röntgenbildernas beskaffenhet får Nordenskjöld och Prane [skadevällarna], som är erfarna röntgendiagnostiker, likväl anses ha vid röntgenundersökningen brustit i uppmärksamhet och noggrannhet i sådan mån att de bör vara skyldiga att ersätta Lars Mikael för skada som åsamkats honom till följd av feldiagnosen.⁵⁰

Att HD framhäver att läkarna var "erfarna röntgendiagnostiker" tyder på att de bedömts enligt normalitetskriteriet, genom att de har jämfört med en fiktiv normalperson – den "normalt aktsamme läkaren". I mina ögon framstår denna bedömning som sträng. Det hade varit utomordentligt svårt att hävda att läkarna agerat vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet. Om alla medicinska diagnoser utfördes med tanke på alla eventualiteter som är lika osannolika som luxationen var i det aktuella fallet skulle sjukvården knappast bedrivas ekonomiskt effektivt. En sådan noggrannhet skulle göra att varje diagnos tog längre tid och blev mer omständlig. Sammantaget skulle detta skapa kostnader som vore betydligt större än de kostnader som skulle sparas in i form av uteblivna feldiagnoser. Läkarna kan således inte klandras enligt det ekonomiska kriteriet. Eftersom en så rigorös sjukvård sannolikt inte skulle vara möjlig att finansiera för alla som är i behov av vård, föreligger culpa inte heller enligt trygghetskriteriet. Otryggheten av att riskera att drabbas av en feldiagnos är utan tvekan olustig, men den är inte oacceptabel om det inte går att göra någonting åt den.⁵¹ Detta innebär att vi har att göra med ett fall där HD gjort skadevällaren ansvarig enligt normalitetskriteriet trots att vederbörande inte varit vårdslös enligt vare sig det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. 1974 års fall skulle i så fall kunna användas för att testa hypotesen (h9). HD:s dom skulle då inte falsifiera hypotesen, eftersom culpa enligt normalitetskriteriet ansågs tillräckligt för att fälla läkarna. Jag är dock tveksam till att tillmäta 1974 års fall denna innebörd. Det är nämligen inte säkert att HD insett att culpa ej förelåg enligt det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Jag undrar om HD har förstått vilken orimligt hög aktsamhetsplikt man ålagt läkarna. Domstolen verkar ha fäst avgörande betydelse vid att "luxationen

50 NJA 1974 s. 99, s. 106.

51 Se kapitel 5.2.

är lätt att iaktta för en undersökare som är inställd på att utröna om en sådan skada finns". Detta är att vara väl efterklok. Den avgörande frågan borde istället vara om läkarna kan klandras för att de inte var inställda på att utröna om denna typ av skada förelåg.

Denna fråga kan svårligen besvaras jakande enligt någon av de tre culpakriterierna. Jag är benägen att säga att HD gjort en felbedömning när man menat att feldiagnosen inte hade kunnat göras av en "normalt aktsam läkare". Om HD felaktigt ansett att culpa förelåg enligt normalitetskriteriet kan man inte utesluta att domstolen samtidigt också felaktigt ansett att culpa förelåg enligt t.ex. det ekonomiska kriteriet. Eftersom domstolen fäst så stort avseende vid att luxationen var lätt att upptäcka om man var inställd på att hitta den, kan man felaktigt ha ansett att läkarna inte agerat ekonomiskt effektivt.

NJA 1976 s. 379 rörde en kollision mellan en cyklist och en fotgängare. Det var mörkt och cyklisten uppmärksammade fotgängaren så sent att han inte hann väja. Han körde på fotgängaren bakifrån varvid han kastades av cykeln och slog huvudet i marken. Kollisionen hade inträffat på en cykelbana där gångtrafik var förbjuden. Cyklisten ansåg därför att fotgängaren var skyldig att ersätta honom för de skador han ådrog sig. Det fanns en skylt, som fotgängaren inte hade uppmärksammat, enligt vilken det var förbjudet att gå på cykelbanan. Orsaken till att fotgängaren inte hade observerat detta förbud var, att gångtrafik tidigare hade varit tillåten på platsen. HD ansåg dock inte att detta gjorde hans handlande ursäktligt. Fotgängaren fick betala skadestånd till cyklisten (jämkat med 2/3 pga. dennes medvållande).

Om han [skadevållaren] observerat vägmärket, skulle det ha givit honom anledning att söka sig en annan väg. Larsson [skadevållaren] får till följd av vad som nu sagts anses vållande till påkörningen och den skada som åsamkats Henriksson [skadelidanden].⁵²

Denna motivering är föga upplysande. Det är självklart att skadevållaren hade haft anledning att inte gå på cykelbanan om han hade uppmärksammat skylten. Det är inte detta culpabedömningen gäller. Frågan är om han borde ha varit så uppmärksam att

52 NJA 1976 s. 379, s. 382.

han sett skylten. Det ligger närmast till hands att uppfatta denna oklara motivering som en tillämpning av normalitetskriteriet. Skadevällaren har jämförts med en "normalt aktsam fotgängare". Man kan dock även tänka sig att skadevällaren varit vårdslös enligt det ekonomiska kriteriet. Att anstränga sig så mycket att man inte försummar skyltar om (nya) trafikregler är förmodligen ekonomiskt effektivt. 1976 års fall kan följaktligen inte användas för att testa hypotesen (h9).

Efter att ha gått igenom dessa fyra fall måste vi tyvärr konstatera att vi fortfarande inte har kunnat underkasta hypotesen (h9) någon grundlig prövning. Tre av de fyra fallen är oanvändbara för att testa hypotesen och det fjärde fallet – NJA 1974 s. 99 (armbågen) – är så konstigt bedömt att man bör vara försiktig med att dra några slutsatser över huvud taget. Vi kan konstatera att vi inte har hittat något avgörande som falsifierar hypotesen (om 1974 års fall tillmäts något värde så stärker det den). Men vad säger detta om hypotesen? Kan vi betrakta den som befast? Problemet med hypotesen är att den inte är så testbar som de hypoteser vi har undersökt tidigare. Det beror på att det är svårt att hitta fall där culpa föreligger enligt normalitetskriteriet men inte enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. De sistnämnda två culpakriterierna ålägger nämligen skadevällaren en aktsamhetsplikt som sällan kräver mindre än normalitetskriteriet. Man kan tänka sig fall där skadevällaren försummat en försiktighetsåtgärd som hade varit normal, men som inte hade varit ekonomiskt effektivt (sedvanan är för sträng ur samhällsekonomisk synpunkt) och som inte heller hade förhindrat någon oacceptabel otrygghet (eftersom det inte förelåg risk för en personskada). Sådana fall är dock ovanliga och svåra att hitta. Som synes har HD inte avdömt något sådant fall under de senaste fyrtio åren (och mig veterligen inte tidigare heller). Eftersom vi inte kan formulera någon hållbar alternativ hypotes är det ändå rationellt att tills vidare utgå ifrån att hypotesen uttrycker gällande rätt. Alternativet vore att inte anta någonting alls om gällande rätt. Till de två tidigare metakriterierna lägger vi således följande.

m3) vårdslöshet enligt normalitetskriteriet är alltid tillräckligt för ansvar

Vi har därmed formulerat en fullständig reglering av de konflikter som kan uppkomma mellan normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet. Om de metakriterier vi har funnit infördes i skadeståndslagen skulle 2 kap. 1 § (culperegeln) kunna se ut på följande sätt.

(regelns
nuvarande
lydelse

Var och en som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar person- eller sakskada skall ersätta skadan, såvida icke annat följer av denna lag.

(tillägg)

Med vårdslöshet avses att inte vidta en försiktighetsåtgärd ägnad att förhindra skadan, vilken en normalt aktsam person med motsvarande kunskaper hade vidtagit.

Under utövande av en organiserad verksamhet avses med vårdslöshet även att inte vidta en försiktighetsåtgärd ägnad att förhindra skadan, vilken hade varit mindre kostsam än de skador den hade förväntats förhindra.

Under utövande av en organiserad verksamhet som orsakat personskada avses med vårdslöshet även att inte undanröja en säkerhetsbrist som ger upphov till oacceptabel otrygghet.

Culpaansvaret kan också illustreras grafiskt, som det skuggade området i följande matris. De rättsfall som behandlats i detta kapitel har placerats in vid det culpakriterium som HD synes ha ansett tillräckligt för ansvar i den föreliggande situationen. I vissa fall har detta skett under tveksamhet. Som vi har sett ovan är det i vissa fall oklart vilket culpakriterium som tillämpats. Att inget fall har hamnat i någon av de vita rutorna säger sig självt. I så fall hade ju någon av våra tre metakriterier falsifierats.

	ej org. verksamhet sakskada/ pers. skada	org. verksamhet sakskada	org. verksamhet personskada
ansvar enligt trygghetskriteriet			NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) NJÄ 1985 s. 269 (glasdörren) NJÄ 1987 s. 222 (skidåkaren)
ansvar enligt det ekonomiska kriteriet		NJÄ 1982 s. 386 (hinken) NJÄ 1990 s. 569 (gropen) NJÄ 1995 s. 274 (häststallet I) NJÄ 1996 s. 564 (häststallet II) NJÄ 1998 s. 617 (kabeln)	NJÄ 1981 s. 683 (konerna) NJÄ 1985 s. 456 (träskeln)
ansvar enligt normalitetskriteriet	NJÄ 1976 s. 379 (cykelbanan) NJÄ 1983 s. 232 (hästhagen) NJÄ 1993 s. 149 (golfspelaren)	NJÄ 1965 s. 474 (travkusken)	NJÄ 1960 s. 388 (nedfallande puts) NJÄ 1974 s. 99 (armbågen) NJÄ 1984 s. 764 (stämjärnet)

Figur 6.1

6.3 Är kriterierna regler eller principer?

När jag har behandlat de normer som ingår i culpabedömningen har jag beskrivit dem som "kriterier" (culpakriterier respektive metakriterier). Vad innebär det? Vad för slags norm är ett kriterium? Man skulle kunna tänka sig att kriterier är *regler*, men man skulle också kunna tänka sig att de är *principer*. Den logiska skillnaden mellan regler och principer är – enligt en berömd distinktion av Ronald Dworkin – att regler har "allt eller inget-karaktär"⁵³ medan principer har "vikt"⁵⁴. Om rekvisiten i en regel är uppfyllda så inträder rättsföljden fullt ut och om rekvisiten i regeln inte är uppfyllda inträder rättsföljden inte alls. Det finns inga mellanlägen. Det spelar ingen roll om rekvisiten är "långt ifrån uppfyllda", "nästan uppfyllda", "precis uppfyllda" eller "med råge uppfyllda". Rekvisiten är antingen "uppfyllda" eller "icke uppfyllda". Så är det inte med en princip. Den logiska formen hos en princip är inte att ett visst resultat absolut inträder under vissa förutsättningar, utan att ett visst resultat förespråkas under vissa förutsättningar.⁵⁵ Detta innebär att resultatet förespråkas mer ju mer förutsättningarna är uppfyllda. Därigenom får principerna vikt. En viss princip kan ha större vikt i ett fall än i ett annat därför att förutsättningarna är mer uppfyllda. Låt oss ta det ekonomiska kriteriet som exempel. Om detta culpakriterium används som en regel är skadevållaren vårdslös om vederbörande försummat en försiktighetsåtgärd vars försiktighetskostnader är mindre än den minskning av verksamhetens skadestånd som försiktighetsåtgärden kan förväntas åstadkomma. Huruvida försiktighetskostnaden bara är lite mindre eller väldigt mycket mindre spelar ingen roll. Detta har däremot betydelse om det ekonomiska kriteriet istället används som en princip. I så fall innebär kriteriet att den omständigheten att skadevållarens verksamhet inte utformats ekonomiskt effektivt talar för att vederbörande varit culpös. Och ju mindre ekonomiskt effektivt verksamheten utformats desto mer talar för att skadevållaren varit culpös.

Hur mycket som talar för att skadevållaren varit culpös har betydelse när två culpakriterier står i konflikt med varandra. Om kriteri-

53 Dworkin *Taking Rights Seriously* s. 24.

54 A.a. s. 26.

55 A.a. s. 26.

erna används som regler löses sådana konflikter med de metakriterier jag beskrivit utan hänsyn till hur väl uppfyllda rekvisiten i de konkurrerande culpakriterierna är. Om kriterierna används som principer löses konflikterna också med ledning av dessa metakriterier, men domstolen väger in hur mycket som talar för culpa enligt ett culpakriterium i förhållande till hur mycket som talar för icke-culpa enligt ett annat culpakriterium. Anta exempelvis att skadevållaren är ett företag som försummat en försiktighetsåtgärd och att detta varit vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet men inte enligt normalitetskriteriet. Om kriterierna används som regler blir skadevållaren ansvarig därför att rekvisitet i det ekonomiska kriteriet (bristande ekonomisk effektivitet) och rekvisitet i det metakriterium som ger det ekonomiska kriteriet företräde (organiserad verksamhet) båda är uppfyllda. Inga ytterligare överväganden är nödvändiga. Om kriterierna däremot används som principer kommer domstolen att ta hänsyn till hur ekonomiskt ineffektivt och hur normalt det var att försumma försiktighetsåtgärden. Om det var mycket ekonomiskt ineffektivt men inte särskilt normalt (sommilika "normalt aktsamma företag" vidtog försiktighetsåtgärden men andra inte) kommer domstolen att ge det ekonomiska kriteriet företräde och döma skadevållaren till ansvar. Om det tvärtom var synnerligen normalt men inte särskilt ekonomiskt effektivt kan domstolen komma att ge normalitetskriteriet företräde och befria skadevållaren från ansvar trots att metakriteriet talar för att det ekonomiska kriteriet skall ges företräde. När kriterierna används som principer vägs de mot varandra och utgången blir beroende av hur mycket de ingående principer talar för det ena eller andra resultatet, dvs. hur stor "vikt" de olika principerna har i det aktuella fallet. I denna avvägning ingår även metakriterierna, som då också används som principer. I vårt exempel talar metakriteriet för att culpa enligt det ekonomiska kriteriet skall ges företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet (eftersom det rör sig om en organiserad verksamhet). Men denna företrädesordning är inte absolut, som när metakriteriet tillämpas som en regel. Metakriteriet kan avgöra fallet om ungefär lika mycket talar för culpa enligt det ekonomiska kriteriet som för icke-culpa enligt normalitetskriteriet. Men det kan också vara så att metakriteriet får ge vika därför att normalitetskriteriet talar mycket starkt för icke-culpa.

Frågan gäller nu om de culpakriterier och metakriterier vi har hittat i culpabedömningen tillämpas som regler eller som principer. I den här avhandlingen har jag behandlat dem som om de vore regler. Jag har behandlat dem som om de var absoluta. När jag försökte ta reda på vilka metakriterier HD tillämpar utgick jag från att dessa metakriterier löser kriteriekonflikter utan hänsyn till hur mycket som talar för culpa och hur mycket som talar för icke-culpa. Jag utgick från att metakriterierna fungerar på motsvarande sätt som lagvalsreglerna *lex posterior* och *lex specialis*,⁵⁶ i det att de löser regelkonflikter genom att förklara en (culpa)regel giltig och en annan (culpa)regel ogiltig (i den aktuella konflikten). Men det är inte säkert att detta är riktigt. Kanske tillämpar HD culpakriterierna och metakriterierna som principer. Kanske har HD i alla de rättsfall vi har analyserat vägt graden av normalitet mot graden av ekonomisk effektivitet och mot graden av otrygghet. Detta är mycket möjligt. Eftersom HD:s domskäl genomgående är så oklara kan vi inte säga med säkerhet huruvida HD tillämpar kriterierna som regler eller som principer. Något som dock talar mot att HD använder kriterierna som principer är att domstolen ibland visar att man betraktar det som helt oväsentligt att icke-culpa föreligger enligt normalitetskriteriet när man undersöker om culpa föreligger enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet. Ett sådant beteende från HD:s sida har vi sett i exempelvis NJA 1981 s. 683 (konerna) och i NJA 1985 s. 269 (glasdörren).⁵⁷ Detta tyder på att det inte är fråga om någon avvägning mellan icke-culpa enligt normalitetskriteriet och culpa enligt det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet, utan att normalitetskriteriet helt enkelt anses ogiltigt i den aktuella konflikten. Vad som skulle tala mot att HD tillämpar kriterierna som regler vore om vi kunde hitta fall där HD tycks väga skäl mot varandra vilka hör hemma i olika culpakriterier. Jag har dock inte kunnat hitta något sådant fall. Det enda avgörande som möjligen kan tolkas på detta sätt är NJA 1987 s. 222 (skidåkaren). Som vi har uppmärksammat tidigare anförde HD i detta avgörande ett skäl som hör hemma i culpabedömningen enligt det ekonomiska kriteriet (att försiktighetsåtgärden hade varit

56 Se t.ex. Eckhoff *Rettskildelaere* s. 282ff.

57 Se kapitel 1.1 respektive kapitel 4.1.

”lätt” att vidta) för ett domslut enligt trygghetskriteriet.⁵⁸ Som jag har utvecklat tidigare är dock detta förmodligen ett uttryck för sammanblandning (snarare än sammanvägning) av olika culpakriterier.⁵⁹

En annan svaghet med hypotesen att kriterierna används som principer är att denna hypotes inte är lika testbar som hypotesen att kriterierna används som regler, eftersom den inte är tillnärmelsevis lika precis.⁶⁰ Hypotesen att kriterierna används som principer är mycket svår att falsifiera. Som vi har sett i det här kapitlet kan ett domslut falsifiera en hypotes som säger att en regel gäller. Men ett domslut kan aldrig falsifiera en hypotes som säger att en princip gäller. Att domstolen kommit fram till ett visst resultat är oförenligt med att en regel gäller som föreskriver motsatt resultat, men på intet sätt oförenligt med att en princip gäller som talar för det motsatta resultatet. Principer kan bara falsifieras av att det framgår av domskälen att de inte gäller. Detta kräver att domstolen säger någonting i stil med ”huruvida den försummade försiktighetsåtgärden hade varit ekonomiskt effektiv saknar dock betydelse”. Som vi har sett i den här undersökningen uttrycker sig HD aldrig på det viset. Domstolen gör inte så kategoriska uttalanden om de omständigheter som kan ha betydelse för culpabedömningen. I praktiken blir hypoteser om culpaprinciper därför omöjliga att falsifiera. Detta medför i sin tur att sådana hypoteser inte kan bli befästa i lika hög grad som de hypoteser där kriterierna uppfattas som regler. Kunskapen om vilka principer som tillhör gällande rätt kan aldrig bli så säker som kunskapen om vilka regler som tillhör gällande rätt.

58 Se kapitel 4.1.

59 Se kapitel 4.2.

60 Se kapitel 1.4.

7 Andra culpateorier

7.1 Vad är en "culpateori"?

I de föregående kapitlen har jag presenterat min uppfattning om culparegelns innehåll och dess tillämpning i gällande rätt. I det här kapitlet kommer jag gå igenom andra teorier om culpa, och försöka visa att ingen av dessa teorier ger en korrekt och fullständig bild av culparegeln, så som den tillämpas i gällande rätt.

Culpabegreppet är en av de mest omskrivna begreppen i den rättsvetenskapliga litteraturen. Det verkar inte finnas någon ände på raden av böcker och artiklar där culpa berörs på ett eller annat sätt. Det är dock bara en liten del av denna omfattande litteratur som ägnar sig åt culpateori, dvs. att från grunden definiera culpabegreppets innehåll (så som jag har försökt göra i den här undersökningen). Oftast förutsätter författaren att läsaren har en viss grundkunskap om culpabegreppets innehåll och ägnar sig åt att bolla sina idéer mot denna. Det är bara en liten del av "culpavetenskapen" som består av "culpateori". Det kan låta märkligt, men faktum är att den som letar efter någon upplysande bestämning av vad culpa egentligen är, inte hittar mycket av värde i den skadeståndsrättsliga litteraturen.

Man bör ställa vissa krav på en teori, för att den skall kunna kallas för en teori om culpabegreppets innehåll. Jag har funnit det rimligt att ställa följande krav på egenskaperna hos en sådan teori.

- 1) definition
- 2) precision
- 3) konnotation

En culpateori måste vara *definierande*. Den måste sätta något i en definierande relation. Det som definieras (definiendum) måste vara culpabegreppet. Annars är det inte fråga om en teori om culpa. Och

det som definierar (definiens) måste vara något annat än culpabegreppet. Annars är det en cirkeldefinition. En hel del av det som har sagts om culpa i den juridiska litteraturen klarar inte dessa krav.

Det gäller exempelvis alla de diskussioner som förs om "skadeståndsrättens funktioner" i anslutning till culpabegreppet. Man brukar säga att skadeståndet fyller en "reparativ funktion" i förhållande till skadelidanden,¹ och en "preventiv funktion" i förhållande till presumtiva skadevällare.² Därtill kan skadeståndet i vissa situationer också sägas fylla en kostnadskanaliserande och kostnadspulvriserande funktion.³ Sådana diskussioner kan aldrig leda fram till en culpateori (vilket inte heller är deras syfte) eftersom de inte ägnar sig åt att definiera vad det innebär att bete sig "vårdslost".⁴

Att en culpadeffinition i själva verket är en cirkeldefinition tillhör ovanligheterna, men har förekommit i den skadeståndsrättsliga litteraturen. I äldre nordisk doktrin definieras ofta det culpösa handlandet som det handlande som är "rättsstridigt". Det är oklart vad detta innebär och diskussionen kring rättsstridighetsbegreppet innehåller olika tolkningar. En av dessa tolkningar leder till ett cirkelresonemang. Enligt denna tolkning – som finns hos bl.a. Viggo Hagström – skall med "rättsstridig" förstås att handlingen inte uppfyller de krav på aktsamhet som ställs av skadeståndsrätten.⁵ Detta påstående kan inte fungera som en definition av culpabegreppet eftersom det definierar de fall där culpa föreligger enligt skadeståndsrätten med de fall där culpa enligt skadeståndsrätten föreligger.⁶

1 Se t.ex. Hellner *Skadeståndsrättens reformering* s. 694 och Agell *Samtycke och risktagande* s. 75.

2 Se t.ex. Karlgrén *Skadeståndsrättens reformering* s. 698ff, Hellner *Skadeståndsrätt* s. 41ff. och Agell *Samtycke och risktagande* s. 74f.

3 Se t.ex. Hellner *Skadeståndsrätt* s. 38ff. och *Skadeståndsrättens reformering* s. 697f.

4 Detta uppmärksammas också av Anders Agell. Se Agell *Samtycke och risktagande* s. 86f.

5 Hagström *Culpanormen* s. 15.

6 Med "krav på aktsamhet" avser Hagström s.k. "objektiva" krav. Det vill säga: en "rättsstridig" handling kan vara ursäktlig på grundval av "subjektiva" faktorer i det enskilda fallet (se kapitel 2.1). Detta påverkar dock inte det faktum att Hagströms definition innehåller en cirkel: de fall där enligt skadeståndsrätten "objektiv culpa" föreligger definieras med de fall där "objektiv culpa" enligt skadeståndsrätten föreligger.

Detta uppmärksammades tidigt av Vilhelm Lundstedt och anfördes som kritik mot Henry Ussing.⁷ Enligt min mening leder dock inte den betydelse som Ussing lägger i "rättsstridighet" till någon cirkeldefinition av culpabegreppet. Den leder till en äkta culpateori som jag återkommer till i samband med att jag behandlar de culpateorier som förekommer i den rättsvetenskapliga litteraturen.⁸

Jag går nu vidare till nästa punkt i ovanstående uppställning. Nu krävs av en culpateori, att den inte bara i formell mening är definierande, utan att dess definition av culpabegreppet har tillräcklig *precision*. Som vi har sett tidigare är detta nödvändigt för att man skall kunna testa om en teori är riktig.⁹ Det är också nödvändigt för att teorin skall vara användbar. En culpateori måste ha en viss precisionsgrad för att ge ledning för lösningen av konkreta fall. Detta innebär inte att culpabegreppet måste ges en exakt bestämning. Det vore att kräva för mycket.¹⁰ Definitionen får innehålla värderande element, som gör att olika personer kan komma fram till olika resultat när de använder sig av den. Den måste dock precisera innehållet i culpabegreppet så pass mycket, att den ger ledning för lösningen av konkreta culpaproblem, även när det rör sig om svåra fall. Definitionen måste styra tankarna hos de personer som använder sig av den, så att det skapas en likformighet i deras culpabedömningar. Många av de culpadeffinitioner som förekommer i den rättsvetenskapliga litteraturen är allt för vaga för att klara detta krav. Låt mig ta några exempel.

...gränsdragningen mellan vad som är oförsvarligt och vad som ... är försvarligt ... måste ... ankomma på vad som vid ett objektivet bedömande framstår som förnuftigt och ur samhällelig synpunkt gagneligt ('livets regel')¹¹

(Hjalmar Karlgren)

7 Lundstedt *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förra delen*. s. 174.

8 Se kapitel 7.2.

9 Se kapitel 1.4.

10 Härom se Eng *U/enighetsanalyse* s. 135ff.

11 Karlgren *Skadeståndsläran* s. 51.

Afgørende for Ansvarsgrænsen er i Almindelighed, om Handlingen efter den paa Livets Erfaringer byggede almindelige fornuftige Dom er forsvarlig.¹²

(Henry Ussing)

...vilkåret for å komme klar av erstatningsansvaret er at den opptreden som er vist eller den fremgangsmåte som er fulgt, med hensyn til forsvarlighet i alt vesentlig tilfredsstillende hva man anser det faglig, sosialt og menneskelig rimelig å kreve."¹³

(Kristen Andersen)

Etter mi oppfatning av rettspraksis, dömer domstolane i skyldspørsmålet for skadebot omlag etter same argumentasjons- og vurderingsmønster som folk flest gjer elles i utanrettslege mellommenneskelege skyldspørsmål.¹⁴

(Nils Nygaard)

Samtlige dessa culpadeffinitioner är för allmänt hållna för att förtjäna benämningen "culpateori". De är fullständigt oanvändbara för den som skall ta ställning i ett svårt fall, där det finns argument både för och emot att culpa föreligger. Culpabedömningen kan inte hängas upp på vad som är "förnuftigt" i fall där det finns goda argument för att skadevållaren betedde sig förnuftigt (t.ex. att vederbörande betedde sig normalt) samtidigt som det finns goda argument för att skadevållaren inte betedde sig förnuftigt (t.ex. att vederbörande inte agerade ekonomiskt effektivt). Culpabedömningen kan inte hängas upp på vad som är "rimligt" i fall där det finns goda argument för att det vore rimligt att kräva större försiktighet av skadevållaren (t.ex. skadelidandens trygghet) samtidigt som det finns goda argument för att det inte vore rimligt att kräva större försiktighet av vederbörande (t.ex. samhällsekonomisk effektivitet).

Lika lite kan culpabedömningen i ett svårt fall hängas upp på de normer som utvecklats mellan människor i samhällslivet (som Nygaards definition påskiner). Alla som håller på med skadestånds-

12 Ussing *Erstatningsret* s. 28.

13 Andersen *Erstatningsrett* s. 45.

14 Nygaard *Skade og ansvar* s. 170.

rätt vet att det oftast finns delade meningar om huruvida culpa föreligger. Detta gäller bland justitieråd såväl som bland lekmän. I fall där det finns argument både för och emot att culpa föreligger kommer båda sidor att kunna finna stöd i de normer som utbildats i mellanmänniska relationer.

En annan typ av culpapdefinitioner – som inte uppfyller kravet på precision – är de definitioner som identifierar "relevanta faktorer" i culpabedömningen, utan att säga någonting om hur dessa vägs mot varandra. Sådana definitioner är mycket vanliga. Som relevanta faktorer brukar nämnas: "sannolikheten att en skada skall inträffa", "skadans allvarlighet", "olägenheterna av att förhindra skadan", "möjligheten att förutse att skadan kunde inträffa" och "nyttan av den verksamhet som orsakat skadan".¹⁵ Så länge det inte sägs någonting om de normer enligt vilka dessa faktorer vägs mot varandra lider dylika culpapdefinitioner av samma brist på precision som de ovan citerade definitionerna. I svåra fall kan de relevanta faktorerna vägas mot varandra så att resultatet blir att culpa föreligger, men de kan likaväl vägas mot varandra med resultatet att culpa inte föreligger.

Anta exempelvis att vi skall försöka göra en culpabedömning i NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) med ledning av de relevanta faktorer jag nyss räknat upp. Sannolikheten för att olyckan skulle inträffa var liten¹⁶ och det hade inneburit stora olägenheter¹⁷ att förhindra den. Detta talar för att man inte bör kräva större försiktighet av skadevällaren. Samtidigt rörde det sig om en allvarlig skada,¹⁸ vilket talar för att skadevällaren borde vidtagit ytterligare försiktighetsåtgärder. De relevanta faktorerna drar åt olika håll och för att kunna komma fram till vilket håll det drar mest åt, behöver vi en norm i vilken deras styrka kan mätas mot varandra. De tre culpakriterier jag beskrivit i den här undersökningen är normer av detta slag. De sätter de relevanta faktorerna i relation till någonting (normalitet, effektivitet eller trygghet) vars förhandenvaro (enligt normen) är

15 Se t.ex. Ussing *Erstatningsret* s. 32f, Hellner *Skadeståndsrätt* s. 131 och Agell *Samtycke och risktagande* s. 87.

16 Olyckan hade inte inträffat om inte skadelidanden betett sig ovanligt. Se kapitel 4.1.

17 Det hade krävts mycket personal för att kunna bevaka hela fjället så att uppdykande barmarksfläckar kunde markeras skyndsamt. Se kapitel 4.1.

18 En ögonskada. Se kapitel 4.1.

ett kriterium på culpa. Sådana normer är absolut nödvändiga för att culpabedömningen skall kunna genomföras. Eftersom de saknas i beskrivningar av culpabedömningen som bara räknar upp relevanta faktorer, så måste dessa beskrivningar kompletteras med en sådan norm (eller flera sådana normer) av den som utför culpabedömningen. Detta sker vanligtvis intuitivt. Som vi har sett i den här undersökningen finns det ett flertal normer (culpakriterier) att välja på, vilka leder fram till olika domslut i svåra fall. En beskrivning av culpabedömningen som inte säger någonting om valet mellan dessa normer ger följaktligen inte mycket ledning. En variant är att som relevanta faktorer ange olika "värden" som måste vägas mot varandra i culpabedömningen, t.ex. "individens frihet", "samhällsnyttan" och "rättvisan". Den typen av beskrivningar är vanliga i amerikansk doktrin och saknar på samma sätt tillräcklig precisionsgrad.¹⁹

Det räcker dock inte att en behandling av culpa är definierande och preciserande för att förtjäna att kallas för en culpateori. Som framgår av ovanstående uppställning skall den vara definierande genom att ange *konnotation*. Det innebär att den skall definiera culpabegreppet genom att ange dess betydelse. En definition av culpabegreppet kan också ske genom att man anger det som begreppet refererar till (denotationen). En sådan definition skulle – när det gäller culpabegreppet – innebära att man pekar ut de konkreta fall där – enligt gällande rätt – culpa föreligger, dvs. NJA 1987 s. 222 (skidåkaren), NJA 1993 s. 149 (golfspelaren), NJA 1995 s. 274 (häststallet I) osv. En sådan uppräknings saknar inte värde, men förtjänar knappast att kallas för en "teori".

De flesta handböcker i skadeståndsrätt är upplagda på detta sätt. De förmedlar kunskap om culpabegreppet genom att redogöra för rättsfall och i anslutning till dessa diskutera förekomsten av culpa i enskilda situationer. Jan Hellners "Skadeståndsrätt" är ett exempel på detta sätt att definiera vad culpa innebär.²⁰ Hellner motiverar sin metod med att det inte går att definiera culpabegreppets konnotation. Han hävdar att det skulle vara omöjligt att formulera en (övergripande) culpateori.

19 Se t.ex. Fletcher *Fairness and Utility in Tort Theory* s. 542 och Kotler *Utility, Autonomy and Motive* s. 1243f.

20 Se Hellner *Skadeståndsrätt* s. 131ff.

Det är ... svårt att i ... allmänna riktlinjer finna nämnvärd ledning för att avgöra konkreta spörsmål, särskilt om man erinrar sig vilket vidsträckt rättsområde som diskussionen avser och alla de skiftande förhållanden som kunna tänkas. I så fall lär ingen annan utväg finnas än att diskutera de särskilda skadetyperna var för sig, alltså trafikskador av olika slag, skador genom snöras, halkningsskador, osv, och på detta sätt söka uppställa begränsade regler för mera speciella förhållanden. I den mån man icke här kan nå resultat kan man knappast konstatera annat än att problemet är oåtkomligt för principiell behandling. Culpabegreppets enhetlighet kommer därigenom att upplösas; man får ett stort antal specialregler, som sammanhålls av vissa gemensamma karakteristiska drag, och i övrigt gives en möjlighet för domstolarna till skönsmässig prövning av den aktsamhet som fordras för att undgå skadeståndsansvar.²¹

Hellner verkar mena att det i och för sig inte är omöjligt att formulera en hållbar definition av culpa som anger culpabegreppets konnotation, men att en sådan definition med nödvändighet måste formuleras mycket vagt, för att den inte med lätthet skall kunna falsifieras av något rättsfall (vars utgång är oförenlig med definitionen). Han tänker förmodligen på vaga formuleringar (om "förnuf-tiga" och "rimliga" aktsamhetskrav) av den typ som jag citerat ovan. Hellners resonemang verkar gå ut på att denna "nödvändiga vaghet" leder till att definitioner som anger culpabegreppets konnotation inte ger någon nämnvärd ledning för lösningen av konkreta fall. Härmed uppställer Hellner det krav på precision som jag just behandlat och konstaterar helt korrekt att definitionerna av den typ som jag citerat från Karlgren, Ussing, Andersen och Nygaard inte klarar detta krav. Att Hellner har fel, när han påstår att det är omöjligt att formulera en hållbar culpateori som ger ledning i konkreta fall, är precis det jag försöker visa i den här avhandlingen. I vad mån jag har lyckats med detta överlåter jag åt andra att bedöma. Hellner har i alla fall ingen alternativ culpateori. Det konstaterar han själv.

Jag kommer nu att presentera de culpateorier i den skadeståndsrättsliga doktrinen som klarar de krav som jag just har behandlat. När det gäller svensk doktrin avser genomgången att vara uttöm-

21 Hellner *Några synpunkter på culpabegreppet inom skadeståndsrätten* s. 624.

mande. Jag har inte utelämnat någon existerande culpateori. Samma sak gäller norsk och dansk doktrin. När det gäller utomnordisk doktrin kan jag givetvis inte göra ett sådant anspråk på fullständighet. Mina studier begränsar sig till engelskspråkig och tyskspråkig litteratur och gör inte anspråk på att täcka allt som har skrivits.

7.2 Rättsstridighet

I äldre doktrin förekommer mycket diskussion kring vad som brukar kallas "den nordiska rättsstridighetsläran". Enligt denna lära föreligger culpa när skadevållaren agerat "rättsstridigt". Som jag redan har nämnt finns det olika uppfattningar om rättsstridighetsbegreppets innebörd. Såvitt jag kan se innehåller den nordiska doktrinen åtminstone tre olika tolkningar.

- 1) skadevållaren har agerat på ett sätt som strider mot skadeståndsrättens aktsamhetskrav
- 2) skadevållaren har agerat på ett sätt som strider mot rättsordningens aktsamhetskrav
- 3) rättsstridighet är ett ord med en rent "rättsteknisk" funktion

Av dessa tre tolkningar är det bara nummer 2 som kan läggas till grund för en culpateori. Den första tolkningen innehåller – som vi har konstaterat i föregående kapitel – en cirkeldefinition. Den tredje tolkningen förekommer hos Hjalmar Karlgren och går ut på att rättsstridighet är ett ord som jurister ibland använder för att uttrycka att en handling är culpös, utan att ha någon teori om vad rättsstridighet innebär.²²

Enligt Henry Ussing innebär rättsstridighet att skadevållaren har agerat på ett sätt som strider mot rättsordningen.²³ Härmed avses allt beteende som rättsordningen motarbetar på ett eller annat sätt,

22 Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 71 och *Skadeståndsläran* s. 46.

23 Ussing *Skyld og skade* s. 12.

oavsett om det sker genom skadeståndsrättens regler eller genom regler på något annat rättsområde. Här kommer självfallet i första hand straffrätten i fråga, men Ussing nämner också exempel från processrätten.²⁴ Enligt denna culpateori skulle alla handlingar som medför skadeståndsansvar korrespondera mot någon regel i brottsbalken – eller något annat ställe i rättsordningen – enligt vilken handlingen är "otillräckligt försiktig". Denna culpateori innehåller ingen cirkeldefinition, men lider istället av att vara felaktig i sak. Den falsifieras av gällande rätt.

För det första finns det många situationer där culpa föreligger utan att skadevällaren gjort sig skyldig till något brott (eller brutit mot lagen på något annat sätt). Så var t.ex. fallet i NJA 1985 s. 269 (glasdörren). Konstruktionen var i överensstämmelse med gällande byggnormer²⁵ och skadevällaren hade knappast kunnat fällas för vållande till kroppsskada.²⁶ Rättsstridighetsläran har kritiserats på denna punkt av bl.a. Hjalmar Karlgren.²⁷

För det andra finns det beteenden som motarbetas av rättsordningen utan att de medför skadeståndsskyldighet. Det finns lagar som beskriver vilka försiktighetsåtgärder som bör vidtas i olika situationer. I vägtrafikkungörelsen finns t.ex. en lång rad föreskrifter om hur man skall bete sig i trafiken. I 32 § stadgas exempelvis att fordon "vid högersväng skall ... föras så nära körbanans ... högra kant som lämpligen kan ske". Sådana föreskrifter är inga ansvarsregler. De föreskriver ett idealbeteende som ofta ligger på en mycket hög aktsamhetsnivå. Den som brutit mot en sådan föreskrift är därför inte alltid vårdslös i skadeståndslagens mening. Jan Hellner uttrycker saken på följande sätt:

Att det finns en författning eller annan föreskrift som preciserar det handlande som krävs, utesluter dock ej den avvägning av omständigheter som är typisk för culpabedömningen. Även om exempelvis en speciell bestämmelse i vägtrafikkungörelsen ej till fullo efterföljs, kan det förekomma att trafikanten hade en giltig ursäkt eller att överträdelsen var så ringa att den ej läggs honom till last.²⁸

24 A.a. s. 13.

25 NJA 1985 s. 269, s. 272.

26 BrB 3 kap. 8 §.

27 Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 70f.

28 Hellner *Skadeståndsrätt* s. 126.

I samma andetag säger dock Hellner något som kan uppfattas som att rättsstridighetsläran åter väcks till liv. Nästa mening lyder nämligen:

Sådana fall blir dock mer sällsynta ju mer preciserade handlingsreglerna är.²⁹

Menar Hellner att skadeståndsansvar kan bedömas enligt en specifik aktsamhetsföreskrift utan hänsyn till allmänna culpanormer (som normalitetskriteriet, det ekonomiska kriteriet och trygghetskriteriet) om aktsamhetsföreskriften är tillräckligt preciserad? Det verkar så, eftersom han i samma kontext beskriver culpabedömningen som en process i flera steg, där domstolen i första hand bedömer skadevållarens agerande i anslutning till sådana specifika aktsamhetsföreskrifter och endast om dessa inte ger någon ledning gör en "fri bedömning" utifrån de "faktorer" som rent allmänt är relevanta i culpabedömningen (risken för skada, skadans storlek etc.).³⁰

Detta kan inte vara riktigt. De aktsamhetsregler som finns i olika författningar är ju inga skadeståndsrättsliga ansvarsregler. De är inte skrivna för att – utan vidare – fastställa ersättningskyldigheten om en olycka skulle inträffa. De bedöms inom ramen för culpabedömningens normer. När normalitetskriteriet tillämpas innebär den omständigheten att skadevållaren har brutit mot t.ex. vägtrafikkungörelsen 32 § en stark indikation på att vederbörande avvikit från normal försiktighet (och därför har varit vårdslös i skadeståndslagens mening). Men det kan finnas omständigheter som påverkar bedömningen åt ett annat håll. Det är vanligt att trafikanter inte svänger så nära högerkanten som hade varit önskvärt. Om skadevållarens överträdelse av trafikregeln är så ringa att den också hade kunnat göras av en normalt aktsam person, har skadevållaren inte varit culpös.³¹ Aktsamhetsföreskrifter som inte är skadeståndsrättsliga ansvarsregler kan aldrig "på egen hand" leda till skadeståndsskyldighet. Deras roll i culpabedömningen är alltid underordnad den culpanorm som tillämpas av domstolen. Inom ramen

29 A.a. s. 126.

30 A.a. s. 130f.

31 Se kapitel 2.2.

för denna norm kan de utgöra mycket starka argument för att skadevållaren varit vårdslös, men de har inte en sådan status att eventuella motargument inte behöver beaktas. De är inga culperegler. Att tillämpa dem som om de vore instiftade för att vara skadeståndsrättsliga ansvarsregler vore att begå våld på lagstiftarens intentioner. Detta går inte att komma ifrån och det har ingenting att göra med hur "preciserad" den aktuella aktsamhetsföreskriften är. Skadevållaren kan ha brutit mot en aktsamhetsföreskrift utan att anses vårdslös i skadeståndslagens mening (därför att aktsamhetsföreskriften kräver en försiktighet som ligger långt över det normala) trots att föreskriften är så preciserad som en föreskrift kan vara.

7.3 Bonus pater familias

Enligt en culpateori som är vanligt förekommande i böcker som är mer än 30–40 år gamla föreligger culpa om skadevållaren inte har agerat så som en "erfaren och normalt försiktig person" skulle ha agerat.³² Den fiktive normalpersonen brukar beskrivas som en man och kallas traditionellt för "bonus pater familias" ("den gode familjefadern").³³ Att denna culpateori inte är hållbar är idag allmänt erkänt.³⁴ Ibland anses skadevållaren ha varit "vårdslös" trots att vederbörande har agerat normalt. Bonus pater familias-teorin säger att culpa = culpa enligt normalitetskriteriet. Det stämmer inte i alla situationer. Som vi har sett i den här undersökningen stämmer det när skadevållaren är en privatperson (som inte ägnar sig åt en förvärvsverksamhet). Men teorin falsifieras när skadevållaren bedriver en organiserad verksamhet. Då kan en skadevållare som betar sig som en "erfaren och normalt försiktig person" ändå bli skadeståndsskyldig enligt trygghetskriteriet – som i NJA 1985 s. 269 (glasdörren) – eller ekonomiska kriteriet – som i NJA 1996 s. 564 (häststallet II).

32 Se t.ex. Ussing *Erstatningsret* s. 29 och Karlgren *Skadeståndsrätt* s. 77.

33 Se t.ex. Saxén *Skadeståndsrätt* s. 8.

34 Se t.ex. Hellner *Skadeståndsrätt* s. 125.

7.4 Den rättsekonomiska culpateorin

Enligt en teori som företräds av rättsekonomen Richard Posner skall skadeståndsrätten förstås som ett rättsområde vars enda syfte är att befrämja ekonomisk effektivitet.³⁵ Culparegeln går ut på att bestraffa dem som inte vidtagit alla de försiktighetsåtgärder som hade varit ekonomiskt effektiva.

Posners teori hade givit en korrekt bild av svensk rätt om culpabedömningen alltid hade utförts enligt det ekonomiska kriteriet. Som vi har sett i den här undersökningen är detta dock inte alls fallet. Ibland tillämpas normalitetskriteriet, och då sätts skadevållarens trygghet före den ekonomiska effektiviteten. Denne behöver inte frukta att bli ansvarig om han eller hon vidtagit all den försiktighet som sedvanan föreskriver. Ibland tillämpas trygghetskriteriet, och då prioriteras skadelidandens trygghet framför den ekonomiska effektiviteten. Skadelidanden behöver inte frukta att stå utan ersättning även om han eller hon skadats på ett ovanligt sätt.

Posner erkänner att normalitet spelar en roll i culpabedömningen, men hävdar att detta inte motbevisar hans teori. Posner hävdar att normalitetskriteriets befrämjar ekonomisk effektivitet och att detta är det enda skälet till att det tillämpas i skadeståndsrätten. Sedvanan påstås indikera vilka åtgärder som är ekonomiskt effektiva i de situationer där en verksamhet skadat en person som är en av verksamhetens kunder. Enligt Posner är detta skälet till varför domstolen i sådana situationer lägger sedvanan till grund för domen.³⁶ Posners påstående bygger på tankegången att den som driver verksamheten måste vidta ekonomiskt effektiva försiktighetsåtgärder för att vara konkurrenskraftig gentemot andra verksamheter av samma typ. Om vederbörande är mindre försiktig än vad det ekonomiska kriteriet föreskriver kommer presumtiva kunder/skadelidande att vända sig till en konkurrerande verksamhet, som är utformad ekonomiskt effektivt och därför kan erbjuda högre säkerhet till ett acceptabelt pris. Om vederbörande är mer försiktig än vad det ekonomiska kriteriet föreskriver kommer pre-

35 Posner *The Economic Structure of Tort Law* s. 1 och *Wealth Maximization and Tort Law: A Political Inquiry* s. 100f.

36 Posner *Economic Analysis of Law* s. 184f.

sumtiva kunder/skadelidande att vända sig till en ekonomiskt effektivare konkurrent, därför att denne kan erbjuda godtagbar säkerhet till ett betydligt lägre pris. Eftersom detta gäller för alla som driver dylika verksamheter, kommer alla presumtiva skadevållare att justera sin försiktighet till den ekonomiskt effektiva nivån och efter en tid kommer de ekonomiskt effektiva försiktighetsåtgärderna att uppfattas som "sedvanliga".

Denna argumentation övertygar inte. För det första är det inte så att de situationer där normalitetskriteriet kan befria skadevållaren från ansvar är de situationer som Posner beskriver. I NJA 1983 s. 232 (hästhagen) var skadelidanden inte en kund till skadevållaren, men skadevållaren befriades ändå från ansvar med hänvisning till sedvanan. I NJA 1996 s. 564 (häststallet II) var skadelidanden en kund till skadevållaren, men här befriades skadevållaren inte från ansvar därför att vederbörande följt sedvanan. Som vi har sett i den här undersökningen är det en helt annan omständighet som avgör sedvanans betydelse: huruvida skadevållarens verksamhet var "organiserad". För det andra finns det ingen anledning att anta att sedvanan skulle indikera ekonomisk effektivitet i de situationer Posner påstår. Argumentationen bygger på antagandet att presumtiva skadelidande har en bättre kunskap än den presumtive skadevållaren om vilka försiktighetsåtgärder som är ekonomiskt effektiva (de försiktighetsåtgärder som den presumtive skadevållaren vet är ekonomiskt effektiva kommer ju vederbörande att vidta oavsett om presumtiva skadelidande är verksamhetens kunder eller inte, därför att vederbörande vill minimera summan av sina utgifter för försiktighetsåtgärder och sina utgifter i form av skadestånd). Detta är ett orimligt antagande. Varför skulle de som nyttjar en anläggning vara bättre på att veta vilka åtgärder som är ekonomiskt effektiva än den som driver anläggningen? Allt talar för att det är precis tvärtom. Den som (professionellt) ägnar sig åt en viss verksamhet borde veta bättre än andra vilka risker verksamheten ger upphov till och vad som kan göras åt dem. För det tredje är det ingen-ting som tyder på att HD i själva verket vill befärma ekonomisk effektivitet när man tillämpar normalitetskriteriet. Domstolen befriar skadevållaren från ansvar därför att man tycker att det vore orättvist att fälla vederbörande när det inträffade kunde hänt vem som helst. Att man därvid då och då också råkar befärma samhälls-ekonomisk effektivitet är ett rent sammanträffande.

7.5 Andra kriteriepluralistiska culpateorier

Det är vanligt att culpabegreppet beskrivs som pluralistiskt i den meningen att det inrymmer en mångfald av "värden".³⁷ Att identifiera konkurrerande culpakriterier – som jag har gjort i den här undersökningen – är dock långt ifrån vedertaget. Mig veterligen finns det endast en författare – Henry Steiner – som beskriver culpapregeln på detta sätt.³⁸ Han är dessutom relativt okänd och verkar inte haft någon påverkan på den skadeståndsrättsliga debatten.

Henry Steiner behandlar amerikansk rätt. Han pratar om att domstolarna använder sig av tre skilda "test", och att domstolen väljer ut ett av dem när de skall göra en culpabedömning.³⁹ De första två "testen" – i Steiners uppställning – kan utan problem över sättas till (vad jag kallat) normalitetskriteriet respektive det ekonomiska kriteriet. Det tredje "testet" har däremot inga likheter med trygghetskriteriet. Det har att göra med huruvida skadevällaren brutit mot en skyddsföreskrift. Som har framgått tidigare anser jag inte att detta kan ses som ett självständigt culpakriterium.⁴⁰ En motsvarighet till trygghetskriteriet saknas i Steiners framställning. De sociala hänsyn som kommer till uttryck i detta kriterium betecknas som "retorik".⁴¹ I Steiners teori saknas också idéer om hur domstolen väljer mellan testen/kriterierna och den uppfyller därför inte det krav på precision som jag tidigare ställt på en culpateori. Steiners syfte är inte heller att formulera en culpateori. Han är mer fokuserad på att skildra den historiska utveckling i vilken ansvaret har vidgats.

37 Se kapitel 7.1.

38 Vissa likheter med de idéer jag presenterat i den här undersökning kan också spåras hos Izhak Englard. Enligt Englard innehåller culpabegreppet motstridiga idéer om rättvisa, vilka kompletterar varandra. Se Englard *The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law* s. 192ff och *The Philosophy of Tort Law* s. 85ff.

39 Steiner *Moral Argument and Social Vision in the Courts* s. 18ff.

40 Se kapitel 7.2.

41 Steiner *Moral Argument and Social Vision in the Courts* s. 63f.

8 Pluralismens legitimitet

8.1 Acceptans och förutsebarhet

I de föregående kapitlen har jag försökt visa att culpabedömningen är pluralistisk. Bedömningen av huruvida skadevållaren varit "vårdslös" görs enligt olika kriterier i olika typer av situationer. I det här kapitlet skall jag ägna mig åt att analysera huruvida denna splittring är bra eller dålig för skadeståndsrätten. Pluralismen gör att culpabedömningen får en schizofren karaktär.¹ Det har vi sett i den här undersökningen. En domare som avgör skadeståndsvister hoppar fram och tillbaka mellan tre väsensskilda sätt att se på problemet. Det är som om domaren hade tre huvuden. Ett huvud som talar när normalitetskriteriet tillämpas, ett huvud som talar när det ekonomiska kriteriet tillämpas och ett huvud som talar när trygghetskriteriet tillämpas. Det är denna schizofreni som jag kommer att analysera i det här kapitlet för att utvärdera om vi hade haft en bättre skadeståndsrätt om culpabedömningen istället hade utförts på ett mer enhetligt sätt. Jag kommer att analysera vad pluralismen har för betydelse för rättens legitimitet.

Att rätten är legitim kräver att människor accepterar dess ideologiska innehåll utifrån sina intressen och sina värderingar. Legitimitet förutsätter *acceptans*. Detta är ett problem eftersom människor ofta har motstridiga intressen och oförenliga värderingar. För att rättsordningen skall anses legitim kan man därför inte kräva att alla skall vara fullt tillfredsställda med varje enskild lagregel och varje enskild dom. Man kan dock kräva att så många som möjligt bör vara tillräckligt tillfredsställda för att acceptera rätten som helhet. Så många som möjligt bör uppleva att deras intressen och vär-

1 Jfr Englard *The System Builders* s. 29.

deringar tas på allvar och får genomslag i sådan omfattning att de kan acceptera att rättsordningen har mandat att avgöra vilka rättigheter och skyldigheter de har. Att sträva efter att maximera denna ideologiska acceptans innebär att sträva efter tillfredsställelse hos dem som berörs av rätten. Men det innebär inte att sträva efter att maximera denna tillfredsställelse. Det innebär att sträva efter att minimera otillfredsställelse som är så allvarlig att den leder till att vederbörande inte ger rättsordningens sitt godkännande. Legitimitet är således inget utilitaristiskt kriterium.² Större tillfredsställelse hos en person kan inte uppväga otillfredsställelsen hos en annan person. Detta illustreras av nedanstående tabell, som beskriver tillfredsställelsen för fyra personer (A, B, C och D) i två olika rättsordningar (R1 och R2).

	A	B	C	D
R1	+3	+2	+2	-2
R2	+1	+1	+1	+1

R1 är bättre ur utilitaristisk synpunkt eftersom den sammanlagda tillfredsställelsen maximeras (R1 = +5 > R2 = +4). Om D:s otillfredsställelse i R1 (-2) är så allvarlig att D inte accepterar denna rättsordning är dock R2 att föredra ur legitimitetssynpunkt.

Rättens legitimitet beror dock inte enbart på dess förmåga att få människor att acceptera dess ideologiska innehåll. Rättens legitimitet är också beroende av dess *förutsebarhet*. Rättens samhällsuppgift är att skapa stabila förväntningar avseende rättigheter och skyldigheter och dess legitimitet hänger också på dess förmåga att åstadkomma detta.³ Om man eftersträvar legitimitet bör man därför försöka utforma rätten så att acceptans och förutsebarhet åstadkoms samtidigt.⁴ Som vi kommer se är detta inte alltid så lätt. Ofta är det så, att om rätten utformas på ett sätt skapas hög förutsebarhet samtidigt som den ideologiska acceptansen blir för låg och om den

2 Legitimitet är vad Nicholas Rescher kallar en "pragmatic optimization theory". Se Rescher *Pluralism* s. 192.

3 Se Luhmann *Das Recht der Gesellschaft* s. 131ff.

4 Se Habermas *Faktizität und Geltung* s. 242ff.

utformas på ett annat sätt skapas hög acceptans samtidigt som förutsebarheten blir för låg.

8.2 Koherens

Den schizofreni som den pluralistiska culpabedömningen för med sig är ett problem för rättens koherens. Att någonting är koherent förutsätter att det har en inre enhetlighet.⁵ Att rätten är koherent betyder att dess beståndsdelar passar bra ihop och står i samklang med varandra. Det betyder att rätten "talar med en röst", som Ronald Dworkin poetiskt uttrycker saken.⁶ I vad mån rätten är koherent är således inte bara en fråga om huruvida den är konsekvent. Detta är viktigt att ha klart för sig. Den som hävdar att culpabedömningen är koherent syftar på någonting mer än att de fall där culparegeln tillämpats inte är logiskt oförenliga med varandra. Att culpabedömningen är koherent innebär att det finns gemensamma skäl bakom domsluten i de fall där culparegeln tillämpats.⁷

Som vi har sett i den här undersökningen anför domstolen olika typer av skäl när man tillämpar olika culpakriterier. De skäl som anförs för culpa enligt normalitetskriteriet har ett annat innehåll (normalitet) än de skäl som anförs enligt det ekonomiska kriteriet (kostnadseffektivitet) eller enligt trygghetskriteriet (oacceptabel otrygghet för presumtiva skadelidande). En culparegel som ibland tillämpas enligt ett av dessa culpakriterier och ibland enligt ett annat är följaktligen inte koherent. När man talar om de skäl som ligger bakom ett domslut kan man dock inte stanna vid de skäl som korresponderar mot rekvisiten i den rättsregel (det culpakriterium) som tillämpats. Man måste gå vidare och undersöka vad det finns för skäl bakom dessa skäl, dvs. vad det finns för skäl till att rättsregeln ifråga skall tillämpas och dess rekvisit vara avgörande.

5 Se t.ex. Sarkowicz *Über die Auffassung der Kohärenz bei der juristischen Interpretation* s. 352.

6 Dworkin *Law's Empire* s. 165.

7 Se kapitel 1.4.

Två rättsregler vars tillämpning vid ett ytligt betraktande inte innehåller några gemensamma skäl kan nämligen bygga på gemensamma bakomliggande skäl. De kan t.ex. båda försöka uppfylla samma syfte. De kan exempelvis båda syfta till att befrämja samhällsekonomisk effektivitet. För att se i vad mån culpapregeln tillämpas koherent behöver vi alltså undersöka de ideologier som döljer sig bakom de tre culpakriterierna. Detta har vi gjort i kapitel 5 och kommit fram till att culpakriterierna bygger på tre skilda ideologier, som vill använda culpapregeln för helt olika syften (konservatism, välstånd och välfärd). När det gäller de bakomliggande ideologiska skälen till vart och ett av culpakriterierna föreligger således inte heller koherens.

Vi kan dock inte avsluta vår undersökning här. Som vi har sett i den här avhandlingen finns det normer som ligger på en högre nivå än culpakriterierna och deras respektive ideologier. Det finns metakriterier som löser konflikter mellan culpakriterierna och därmed gör val mellan de konkurrerande culpaideologierna. När vi letar efter gemensamma skäl i tillämpningen av culpapregeln måste vi också titta på de skäl som ligger bakom dessa metakriterier. Vi behöver undersöka vad det finns för skäl till att metakriterierna ser ut som de gör. Varför har den som bedriver en organiserad verksamhet ett mer omfattande ansvar än en privatperson? Varför har vederbörande ett strängare ansvar när det inträffat en personskada än när det inträffat en saskada? Svaret på dessa frågor hör hemma i (vad vi skulle kunna kalla) culpaideologins *metaideologi*. Hur denna överideologi ser ut har vi inte berört hittills. Existerar den överhuvudtaget? Finns det något övergripande syfte under vilket alla andra syften (konservatism, välstånd, välfärd etc.) kan inordnas?

Om det finns något som helst skäl till att metakriterierna ser ut som de gör så finns det en metaideologi som är gemensam för alla tillämpningar av culpapregeln. Om metakriterierna inte är en produkt av fullständigt godtycke så är culpabedömningen följaktligen koherent på denna metanivå. I så fall finns det djupt bakomliggande skäl när normalitetskriteriet tillämpas som också föreligger när det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet tillämpas. Men vad skulle detta vara för skäl? Som vi har sett i kapitel 7 finns det författare som har formulerat culpateorier som gör anspråk att gälla i alla de situationer där culpapregeln tillämpas. Richard Posner hävdar exempelvis att culpaideologins yttersta syfte alltid är att befrämja

ekonomisk effektivitet.⁸ Var och en av dessa teorier kan uppfattas som ett försök att fånga culpaparegelns metaideologi. Som vi har konstaterat i kapitel 7 håller dock ingen av dessa teorier för en kritisk granskning. Antingen är de för oprecisa eller så falsifieras de av gällande rätt. Vad skall vi dra för slutsatser av detta? Finns det ingen metaideologi bakom metakriterierna? Har metakriterierna tillkommit ad hoc? Detta hävdar bl.a. Roberto Unger.⁹ Eller finns det en metaideologi som ingen ännu lyckats formulera? Oavsett hur man svarar på dessa frågor tycks svaret bli otillfredsställande. Det är svårt att tro att det skulle finnas en metaideologi som ingen har lyckats formulera trots att så många begåvade jurister har försökt. Å andra sidan vore det otillfredsställande om culpaansvaret inte vore rättfärdigat därför att det ytterst vilar på fullständigt godtycke.

Culpaparegelns metaideologi behöver dock inte nödvändigtvis vara en culpateori. Man kan tänka sig att det är "befrämjandet av culpaparegelns legitimitet" som är dess metaideologi. Detta kan vara lösningen på vårt dilemma. Skälet till att culpapregeln är ideologiskt pluralistisk och att konflikter mellan ideologierna löses som de gör skulle i så fall vara att denna utformning är optimal med hänsyn till culpaparegelns legitimitet. Den ideologiska pluralismen gör att så många som möjligt accepterar culpapregeln trots att de har skilda intressen och värderingar (culpaparegelns ideologiska pluralism är en spegel av ett ideologiskt pluralistiskt samhälle). Samtidigt befrämjas den för legitimiteten nödvändiga förutsebarheten av att konflikter mellan ideologierna löses av metakriterier som är enkla och väl preciserade. Befrämjandet av culpaparegelns legitimitet vore då det yttersta syfte som varit vägledande för utformningen av culpaansvaret. Om detta är riktigt utgör culpaparegelns legitimitet det bakomliggande skäl som är gemensamt för alla de fall där culpapregeln tillämpas och därigenom gör culpabedömningen koherent. Denna teori kan dock kritiseras på samma grund som en del av de culpateorier vi förkastat. Den är relativt oprecis och är därför svår att använda¹⁰ och svår att falsifiera.¹¹ Det förefaller vettigt att culpakri-

8 Se kapitel 7.4.

9 Unger *The Critical Legal Studies Movement* s. 10.

10 Se kapitel 7.1.

11 Se kapitel 1.4

terierna och metakriterierna ser ut som de gör därför att detta befrämjar culparegelns legitimitet. Men detta påstående hade också kunnat förefalla vettigt om kriterierna sett annorlunda ut. Påståendet är därför svårt att falsifiera.

Vi kan nu sammanfatta resultatet av vår undersökning på följande sätt. Vi är inte förhindrade att utgå ifrån att det finns en viss koherens mellan de fall där culparegeln tillämpas därför att ett gemensamt bakomliggande skäl till domslutet i alla dessa fall är att befrämja culparegelns legitimitet. Denna (eventuella) koherens är dock förlagd till culparegelns metanivå. På den lägre nivån är culparegeln – som vi har konstaterat – inte koherent. Culparegeln hade följaktligen kunnat vara betydligt mer koherent än den är. Om den inte hade varit ideologiskt pluralistisk hade den varit koherent även på den lägre nivån. Culparegelns tillämpning hade kunnat vara mer enhetlig genom att alla fall hade lösts enligt samma culpakriterium, t.ex. det ekonomiska kriteriet. Om culparegeln gjordes ideologiskt homogen genom att vi valde ut en culpaideologi – exempelvis det ekonomiska kriteriets ideologi – och gjorde oss av med de andra culpaideologierna skulle culparegeln bli synnerligen koherent. Den skulle verkligen – med Ronald Dworkins metafor – ”tala med en röst”. Om vi valde det ekonomiska kriteriet skulle den tala med Richard Posners röst.

Skulle detta befrämja culpabedömningens legitimitet? Skulle det vara bra med en mer ideologiskt homogen skadeståndsrätt (oavsett om det nu är Posners ideologi eller någon annan ideologi som får råda)? Det anser bl.a. Robert Alexy,¹² vars teori om den juridiska argumentationen går ut på att eftersträva moralisk riktighet (correctness) genom att försöka åstadkomma största möjliga koherens i rättssystemet.¹³ Alexy menar att det inte är tillräckligt att juridikens ”subsystem” (t.ex. olika culpakriterier) är koherenta var och en för sig – hela rättssystemet skall göras koherent.¹⁴ Joseph Raz m.fl. ställer sig dock mycket kritisk till detta.¹⁵ Enligt Raz skulle rättens legitimitet i ett värdepluralistiskt samhälle motverkas om

12 Se även Aleksander Peczenik *Vad är rätt?* s. 660ff.

13 Alexy *Coherence and Argumentation* s. 43.

14 A.a. s. 42.

15 Se även Willem van der Welden *Coherence in Law* s. 282f.

rätten gjordes mer koherent/ideologiskt homogen.¹⁶ Dess delar (t.ex. varje culpakriterium för sig) bör vara koherenta, men inte hela systemet.¹⁷

Personligen instämmer jag till fullo med Raz. I ett ideologiskt pluralistiskt samhälle kan en ideologiskt pluralistisk rätt accepteras av fler personer än en ideologiskt homogen rätt. För det första finns det många som (till skillnad från Richard Posner) anser att mer än en av de ideologier som finns representerade i culpabedömningen har något viktigt att tillföra – människor som t.ex. anser att det är viktigt att sträva efter såväl ekonomisk effektivitet som trygghet.¹⁸ För dem skulle culpabedömningen stympas om man gjorde sig av med två av de tre culpakriterierna. Den skulle förlora sin förmåga att plocka upp alla de rättvisaspekter som gör sig gällande i skadeståndstvister. För det andra finns det många människor som (precis som Richard Posner) helst hade sett att culpabedömningen gjordes mer ideologiskt homogen, men har helt olika uppfattningar om vilken ideologi som skall renodlas.¹⁹ En del av dessa skulle (precis som Posner) vilja se att det ekonomiska kriteriet tillämpades i alla situationer. Andra skulle exempelvis vilja se trygghetskriteriet tillämpas över hela fältet.²⁰ Om den ena gruppen fick sin vilja igenom (oavsett vilken grupp detta skulle vara) så skulle personerna i denna grupp bli mycket sympatiskt inställda till gällande rätt, samtidigt som personerna i den andra gruppen skulle uppleva att deras ideologi helt stängts ute. Detta skulle skada rättens legitimitet allvarligt. Som vi har konstaterat ovan kan nämligen inte en allvarlig otillfredsställelse hos en grupp personer uppvägas av en stor tillfredsställelse i en annan grupp.

Brist på koherens är följaktligen inte alltid något negativt. Detta kan vara viktigt att notera eftersom det strider mot en ytlig användningen av ordet "koherens", som tyvärr är mycket utbredd. Människor säger ofta att någonting saknar koherens när de menar att det är ogenomtänkt och irrationellt. Så enkelt är det inte när det

16 Raz *The Relevance of Coherence* s. 310.

17 A.a. s. 310.

18 Jfr vad Raz kallar "pluralism in the sense that morality is pluralistic", a.a. s. 311.

19 Jfr vad Raz kallar "pluralism in the sense in which a society is pluralistic", a.a. s. 311.

20 Exempelvis Richard Abel, som vill bygga hela skadeståndsrätten på trygghetskriteriets ideologi. Se Abel *A Critique of Torts* s. 822f.

handlar om att eftersträva juridisk legitimitet. I förhållande till detta mål är det tvärtom synnerligen rationellt att inte eftersträva alltför hög koherens.

8.3 Flexibilitet

Den juridiska schizofreni jag beskrev i början av detta kapitel för också med sig ett annat problem. När culpakriterierna och metakriterierna tillämpas som regler²¹ finns en risk för att culpabedömningen inte blir tillräckligt flexibel. När ett culpakriterium har företräde framför ett annat culpakriterium avgörs fallet helt och hållet enligt det första kriteriet och domstolen tar ingen som helst hänsyn till det andra. I situationer där culpa enligt det ekonomiska kriteriet har företräde framför icke-culpa enligt normalitetskriteriet (därför att skadevällaren ägnat sig åt en organiserad verksamhet) är domstolen exempelvis helt blind för i vad mån skadevällaren kan ursäktas därför att vederbörande agerat som alla andra. Hur normalt skadevällaren än har betett sig kan detta inte frita vederbörande från ansvar. Det kan leda till att bedömningen upplevs som extremt ensidig och kan därigenom skada culpaparegelns legitimitet. Det kan leda till otillfredsställelse bland de personer som anser att normalitet bör vara en viktig faktor i culpabedömningen (även i denna situation) och därmed undergräva dessa personers acceptans av culpaparegeln. Om kriterierna istället tillämpas som principer hade detta kunnat undvikas. Då hade culpa enligt det ekonomiska kriteriet haft större vikt (prima facie) än icke-culpa enligt normalitetskriteriet i situationer där skadevällaren ägnat sig åt en organiserad verksamhet, men skadevällaren kan ändå befrias från ansvar om det föreligger omständigheter i det konkreta fallet (att dennes agerande var synnerligen normalt) som talar mycket starkt för icke-culpa enligt normalitetskriteriet.

Den oflexibilitet som culpaparegeln får om kriterierna tillämpas som regler, förstärks dessutom av att metakriteriernas rekvisit är enkla och grovhuggna. Alla organiserade verksamheter bedöms på

21 Se kapitel 6.3.

samma sätt oavsett om det rör sig om en multinationell koncern eller om en korvgubbe. Alla personskador dras över en kam oavsett om skadelidanden blivit rullstolsbunden eller fått en spik i foten. Detta kan leda till att culpabedömningen blir för formalistisk och kan därigenom skada dess legitimitet. Anta exempelvis att vi har ett fall där skadevållaren är en bärplockare som säljer lingon vid väggkanten och att skadelidanden är en privatperson som drabbats av en personskada. Anta vidare att culpa föreligger enligt trygghetskriteriet men inte enligt normalitetskriteriet. Om metakriterierna används som regler blir bärplockaren ansvarig eftersom en "personskada" orsakats av en "organiserad verksamhet". Detta kan förefalla orimligt hårt. Som vi kom fram till i kapitel 5 är trygghetskriteriets stränga ansvar enbart motiverat när skadevållaren är den starkare parten, genom att vederbörande har större förmåga att förutse och hantera utgifter.²² Om bärplockaren görs ansvarig trots att detta inte är fallet motverkas culpaparegelns acceptans. De som tycker att normalitet är en viktig faktor i culpabedömningen får ytterligare ett skäl att inte godta culpapregeln. Detta kan dock undvikas om metakriterierna istället används som principer. Då är domstolen inte bunden vid metakriteriernas rekvisit, utan tar hänsyn till hur mycket som talar för (och hur mycket som talar emot) att ge trygghetskriteriet företräde i den aktuella situationen. Inget hindrar domstolen från att välja den lösning som är optimal med hänsyn till culpaparegelns acceptans.

Å andra sidan är det bättre för culpaansvarets förutsebarhet att kriterierna tillämpas som regler än att de tillämpas som principer. Som jag nämnde inledningsvis är culpaparegelns legitimitet inte bara en fråga om i vad mån människor accepterar dess ideologiska innehåll. Det är också en fråga om i vad mån culpapregeln ger människor stabila förväntningar om vilka rättigheter och skyldigheter de har.²³ Detta är regler bättre på än principer. Det är svårt att förutse resultatet av en bedömning där två goda ting (t.ex. välstånd och välfärd) måste vägas mot varandra. Ju oftare en domstol tvingas till sådana bedömningar desto oftare kommer människor att misslyckas med att förutse hur domstolen kommer att döma. Om culpa-

²² Se kapitel 5.1.

²³ Se kapitel 8.1.

kriterierna och metakriterierna tillämpas som principer är domstolen tvungen att göra en sådan avvägning varje gång det finns skäl som talar för olika lösningar, dvs. i så gott som vartenda fall. Det är ju detta som gör principer mer flexibla än regler. Om kriterierna tillämpas som regler blir sådana avvägningar däremot inte aktuella särskilt ofta. När domstolen undersöker om culpa föreligger enligt de olika culpakriterierna hålls sådana skäl separerade från varandra. När domstolen arbetar med normalitetskriteriet (som en regel) är man bara intresserad av huruvida skadevållaren agerat normalt. Man bryr sig inte om huruvida vederbörande agerat ekonomiskt effektivt eller hur de risker som dennes verksamhet ger upphov till upplevs av presumtiva skadelidande. Motsvarande avskärms sker när det ekonomiska kriteriet eller trygghetskriteriet tillämpas. Inom varje culpakriterium existerar endast ett skäl för eller mot att skadevållaren skall anses vårdslös. När culpakriterierna tillämpas som regler är bedömningar där goda ting måste vägas mot varandra i sin helhet förskjutna till culparegelns metanivå. De sker genom metakriterierna. Eftersom metakriterierna tillämpas som regler är sådana avvägningar i de flesta fall redan gjorda.

En avvägning av den typ som görs när kriterierna tillämpas som principer är bara nödvändig i de fall där det är oklart om rekvisiten i ett metakriterium är uppfyllt i den aktuella situationen. Exempelvis i ett fall där det är oklart huruvida den verksamhet som orsakat skadan skall anses "organiserad".²⁴ Då måste domstolen undersöka vad som talar för att tolka rekvisitet på ett sätt och vad som talar för att tolka det på ett annat sätt och väga dessa skäl mot varandra. I dessa fall blir utgången precis lika svårförutsebar som när kriterierna tillämpas som principer. Skillnaden är dock att det tillhör ovanligheten när kriterierna tillämpas som regler men inträffar i så gott som varje fall när kriterierna tillämpas som principer. När kriterierna tillämpas som regler inträffar det när innebörden i metakriteriernas rekvisit är oklar. Ju klarare och tydligare dessa rekvisit är desto mer förutsebar blir följaktligen culpabedömningen. Rekvisiten i de metakriterier vi identifierat i kapitel 6 är synnerligen klara och tydliga. Huruvida en verksamhet är att betrakta som "organise-

24 Exempelvis spel på en golfbana som anlagts av en förmögen golfentusiast enbart för eget bruk, men som sköts och underhålls som vilken golfbana som helst.

rad" bör ytterst sällan ge upphov till tveksamheter och jag kan inte komma på någon enda situation där det skulle vara kontroversiellt huruvida något är en personskada eller en sakskada. När dessa metakriterier tillämpas som regler får rättstillämpningen följaktligen en mycket hög grad av förutsebarhet.

När det gäller vad som bäst befrämjar culparegelns legitimitet kan vi således konstatera att principer har vissa fördelar och regler andra. Med hänsyn till culparegelns acceptans är en tillämpning av culpakriterierna och metakriterierna som principer att föredra, men med hänsyn till culparegelns förutsebarhet är det bättre att tillämpa dem som regler. Eftersom legitimitet förutsätter både acceptans och förutsebarhet finns det inget enkelt svar på vilken modell som är optimal. Personligen lutar jag dock åt att förespråka att kriterierna tillämpas som regler. Den ökning av rättens förutsebarhet som detta medför verkar större än den ökning av rättens acceptans som en tillämpning av kriterierna som principer skulle åstadkomma.

En annan sak som också har att göra med flexibilitet är culpabedomningens öppenhet. Det är viktigt för skadeståndsrättens legitimitet att culparegeln är öppen för alla de olikartade hänsyn som gör sig gällande i culpabedomningen. För att erhålla största möjliga acceptans bör ingen av de intressen och värderingar som aktualiseras i samband med culpattvister vara främmande för culpabedomningen. Detta tillgodoses av att culparegeln är ideologiskt pluralistisk, men frågan är om denna pluralism är tillräcklig. Inkluderas alla dessa intressen och värderingar i (något av) de tre culpakriterierna? Finns det inga andra kriterier på culpa än dessa tre culpakriterier? Finns det inga andra relevanta värderingar än de som kommer till uttryck i dessa culpakriteriers ideologier?

Det finns inget fall i svensk rättspraxis där jag kan se att HD beaktat ett hänsyn som inte faller in under något av de tre culpakriterierna eller missat att beakta något därför att det inte fångas upp av något av dessa kriterier. Detta innebär dock inte att ett sådant fall inte skulle kunna dyka upp nästa gång HD skall avgöra en skadeståndstvist. Det amerikanska rättsfallet *Vincent v. Lake Erie* vore ett sådant fall.²⁵ Här gjorde sig speciella hänsyn gällande

25 *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.* 124 N.W. 221 (1910).

som fick den amerikanska domstolen att döma ut skadestånd. Domen är moraliskt tilltalande men kan inte motiveras med någon av de tre culpakriterierna. Under ett sjöoväder låg ett fartyg förtöjt vid en brygga. Fartygets kapten gjorde bedömningen att förtöjningen var absolut nödvändig i väntan på att ovädret skulle bedarra. Ute på havet var nämligen risken stor att fartyget skulle komma att förlisa. Till följd av de höga vågorna slog fartyget gång på gång mot bryggan. Nästa dag kunde man konstatera att bryggan hade blivit helt demolerad. Bryggans ägare lät reparera den och ville att rederiet skulle bekosta reparationen. Detta vägrade dock rederiet att göra. Kaptenens beteende kunde absolut inte klassificeras som vårdslöst enligt normalitetskriteriet. Kaptenen hade iakttagit all tänkbar aktsamhet. Det fanns inget sätt på vilket fartyget hade kunnat förtöjas så att bryggan inte hade skadats. Det enda sätt på vilket skadorna hade kunnat undvikas hade varit att ge sig ut på havet under ovädret. Kapten hade beslutat att inte göra detta och en "normalt aktsam kapten" hade fattat samma beslut i hans situation. Kaptenens agerande var inte heller vårdslöst enligt det ekonomiska kriteriet. Fartygets värde var mångdubbelt större än bryggans. Skadekostnaden (den förväntade skadan på fartyget) av att ge sig ut på havet var därför större än försiktighetskostnaden (den förväntade skadan på bryggan) av att ligga förtöjd. Det var inte heller möjligt att klassificera kaptenens agerande som vårdslöst enligt trygghetskriteriet eftersom fallet rörde en sakskada. Rederiet kunde följaktligen inte göras ansvarigt enligt något av de tre culpakriterierna. Att befria rederiet från ansvar förefaller dock orättvist. Det gjorde inte heller den amerikanska domstolen. Man dömde ut skadestånd med hänvisning till att rederiet utsatt någon annans egendom för fara för att rädda sin egen. Detta är dock en problematisk motivering. Om alla som utsätter andra för fara i eget vinstsyfte vore skadeståndsskyldiga skulle culpaansvaret förvandlas till ett rent strikt ansvar.²⁶ Varje gång någon ägnat sig åt en verksamhet som givit upphov till en skada har vederbörande utsatt andra för en fara (annars hade ingen skada kunnat inträffa) i syfte att själv ha någon slags nytta av verksamheten (annars hade vederbörande inte ägnat sig åt den). Ett culpakriterium som gör rederiets

26 Se diskussionen om principen "ubi emolumentum ibi onus" i kapitel 4.1.

beteende vårdslöst därför att man utsatt någon annans egendom för fara för att rädda sin egen, måste följaktligen kompletteras med ytterligare förutsättningar som begränsar ansvarsområdet.

Hur detta skall göras kan diskuteras. Poängen i det här sammanhanget är att fallet illustrerar att man bör vara öppen för hänsyn som inte ryms inom de tre culpakriterierna. En domstol som månar om rättens legitimitet bör inte diskvalificera argument bara för att de inte passar in i modellen. Det skulle kunna leda till domslut som upplevs som orättvisa och därigenom motverka culparegelns acceptans. Den culpateori jag beskrivit i den här undersökningen har sina förtjänster. Men den är bara provisorisk till dess en bättre och mer nyanserad culpateori kan formuleras.

Summary

The concept of negligence in tort law can be defined in (at least) three different ways. Negligence can be defined in terms of *normality*, i.e. as failing to act in accordance with custom or failing to meet the level of care taken by normally careful citizens. It can be defined in terms of *efficiency*. In that case it would mean refraining from taking a precaution that costs less to take than it saves through accident prevention. And it can be defined in terms of *safety*, implying that the defendant has been negligent if he has exposed the plaintiff to an unacceptable risk.

These three definitions are incompatible. They rest on rival moral theories and conflicting political ideals. The normality criterion of negligence is conservative. It rests on the ideal that the norms in the legal system should be guided by the norms shaped by civil society. The efficiency criterion is neo-liberal. It rests on the standpoint that the purpose of tort law is to promote wealth. The safety criterion is orientated towards a more socialistic form of liberalism. It rests on the view that tort law should redistribute wealth to secure welfare.

In spite of their apparent incoherence these three negligence criteria are used side by side in Swedish tort law. In some cases the Swedish supreme court judges the defendant's behaviour according to one criteria and in other cases according to another criteria. This might seem disturbing, but the way conflicts between the criteria are resolved can be observed to follow a clearcut pattern. If the defendant has caused the accident in his private life he will only be held responsible if he has acted with negligence according to the normality criterion. If the defendant is a company or a government body it will be held responsible if it has acted with negligence according to the normality criterion or the efficiency criterion. If it has caused an injury to the plaintiff's person it is also responsible if it has acted with negligence according to the safety criterion.

Litteratur

- Abel, Richard L. *A Critique of Torts*, 37 UCLA Law Review, 1990, s. 785ff.
- Agell, Anders *Samtycke och risktagande*, Stockholm, 1962.
- Alexy, Robert o. Peczenik, Aleksander *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*, Ratio Juris, Vol. 3, No. 1, 1990.
- Alexy, Robert *Coherence and Argumentation*, ur "On Coherence Theory of Law", Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund, Nr. 131, Juristförlaget i Lund, Lund, 1998.
- Andersen, Kristen *Erstatningsrett*, Oslo, 1959.
- Andersson, Håkan *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala, 1993.
- Atiyah, P. S. *The Damages Lottery*, Oxford, 1997.
- v. Bar, Christian *Verkehrspflichten*, Köln, 1980.
- Bengtsson, Bertil *Svensk rättspraxis: Skadestånd utanför kontraktshållanden 1980–1984*, SvJT 1985 s. 653ff.
- Calabresi, Guido *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970.
- Colonna, Roberta *La concezione pubblicistica della responsabilità extracontrattuale dello Stato*, opublicerad avhandling för avläggande av juris doktorexamen i offentlig rätt vid Universitetet i Lecce (Italien), 1998.
- Cooter, Robert och Ulen, Thomas *Law and Economics*, 3.e uppl., Reading (Ma.), 2000.
- Deutsch, Erwin *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2:a uppl., Köln 1995.
- Dworkin, Ronald *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Ma.), 1977.
- Dworkin, Ronald *A Matter of Principle*, Cambridge (Ma.), 1985.
- Dworkin, Ronald *Law's Empire*, London, 1986.
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelaere*, Oslo, 1971.
- Eng, Svein *U/enighetsanalyse*, Oslo, 1998.

- Englard, Izhak *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory* 9 *Journal of Legal Studies*, 1980, s. 27ff.
- Englard, Izhak *The Philosophy of Tort Law*, Aldershot, 1993.
- Englard, Izhak *The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law* i Owen, David G. (red.) "Philosophical Foundations of Tort Law.", Oxford, 1995.
- Fletcher, George P. *Fairness and Utility in Tort Theory*, *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 3, 1972, s. 537ff.
- Habermas, Jürgen *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., 1992.
- Hagström, Viggo *Culpanormen*, 4:e uppl., Oslo, 1983.
- Hare, R. M. *Essays in Ethical Theory*, Oxford, 1989.
- Hare, R. M. *Moraliskt tänkande*, Stockholm, 1994.
- Hayek, Friedrich A. *Frihetens grundvalar*, Stockholm, 1999.
- Hellner, Jan *Några synpunkter på culpabegreppet inom skadeståndsrätten* SvJT 1953 s. 609ff.
- Hellner, Jan *Skadeståndsrättens reformering*, SvJT 1967 s. 673ff.
- Hellner, Jan *Värderingar i skadeståndsrätten*, i *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm, 1972, s. 299ff.
- Hellner, Jan *Skadeståndsrätt*, 4:e uppl., Stockholm, 1985.
- Hellner, Jan *Skadeståndsrätt*, 5:e uppl., Stockholm, 1995. (Hänvisning till Hellner *Skadeståndsrätt* avser 5:e upplagan om inget annat anges.)
- Hellner, Jan *Skadeståndsrätt och rättsekonomi*, TfR 1998 s. 357.
- Hjerner, Lars *Om rättsfallstolkning*, 2:a uppl., Stockholm, 1973.
- Johansson, Svante *Sträng culpabedömning vid skada i samband med golfspel*, JT 1993–94 s. 192ff.
- Karlgrén, Hjalmar *Skadeståndsläran*, Lund, 1943.
- Karlgrén, Hjalmar *Om culpabegreppet*, SvJT 1955 s. 194ff.
- Karlgrén, Hjalmar *Skadeståndsrättens reformering och allmänprevention*, SvJT 1968 s. 695ff.
- Karlgrén, Hjalmar *Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten*, Lund, 1969.
- Karlgrén, Hjalmar *Skadeståndsrätt*, 5:e uppl., Stockholm, 1972.
- Kotler, Martin A. *Utility, Autonomy and Motive: a Descriptive Model of the Development of Tort Doctrine*, 58 *University of Cincinnati Law Review*, 1990, s. 1231ff.
- Lindahl, Lars *Conflicts in Systems of Legal Norms: A Logical Point of View* i Brouwer, P. G. (red.) "Coherence and Conflict in Law", Deventer, 1992.

- Luhmann, Niklas *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993.
- Lundstedt, Vilhelm *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Förre delen: culpa-regeln*, Uppsala, 1935.
- Lundstedt, Vilhelm *Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen: strikt ansvar*, Band II:2, Uppsala, 1953.
- Mill, John Stuart *Utilitarianism*, Oxford, 1998.
- Nygaard, Nils *Skade og ansvar*, 3:e uppl., Bergen, 1985.
- Peczenik, Aleksander *Vad är rätt?*, Stockholm, 1995.
- Polinsky, A. Mitchell *An Introduction to Law and Economics*, 2:a uppl., New York, 1989.
- Popper, Karl R. *Objective Knowledge*, Oxford, 1979.
- Popper, Karl R. *Truth and Approximation to Truth* i Miller, David (red.) "Popper Selections", Princeton (N.J.), 1985.
- Popper, Karl R. *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1992.
- Posner, Richard A. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, s. 487ff.
- Posner, Richard A. och Landes, William *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (Ma), 1987.
- Posner, Richard A. *Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry* i Owen, David G. (red.) "Philosophical Foundations of Tort Law", Oxford, 1995.
- Posner, Richard A. *The Economics of Justice*, Cambridge (Ma), 1996.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5:e uppl., New York, 1998.
- Rawls, John *A Theory of Justice*, Oxford, 1972.
- Raz, Joseph *The Relevance of Coherence*, 72 Boston University Law Review 273, 1992.
- Reidhav, David *Utilitas et Pactum et Industria*, opublicerad avhandling för avläggande av juris licenciatexamen i allmän rättslära vid Lunds Universitet, 1999.
- Rescher, Nicholas *Pluralism*, Oxford, 1993.
- Roos, Carl Martin *Ersättningsrätt och ersättningssystem* Stockholm, 1990.
- Russel, Bertrand *Makt – En analys av dess roll i samhället*, 2:a uppl., Stockholm, 1952.

- Sarkowicz, Ryszard *Über die Auffassung der Kohärenz bei der juristischen Interpretation*, i Arnio, Aulis m.fl. (red.) "Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik", Lund, 1997.
- Saxén, Hans *Skadeståndsrätt*, Åbo, 1975.
- Schilcher, Bernd *Theorie der sozialen Schadensverteilung*, Berlin, 1977.
- Schmidt, Folke *Om culpabegreppet*, SvJT 1954 s. 467ff.
- Shavell, Steven *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Ma.), 1987.
- Stang, Fredrik *Erstatningsansvar*, Oslo, 1927.
- Steiner, Henry J. *Moral Argument and Social Vision in the Courts*, Madison (Wi.), 1987.
- Thyrén, Johan *Culpa legis Aquilae*, Lund, 1893.
- Unger, Roberto Mangabeira *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge (Ma.), 1983.
- Ussing, Henry *Skyld og skade*, Köpenhamn, 1914.
- Ussing, Henry *Erstatningsret*, Köpenhamn, 1947.
- Ussing, Henry *Anmälan av Hjalmar Karlgren 'Skadeståndsrätt'*, SvJT 1954 s. 30ff.
- van der Welden, Willem *Coherence in Law*, i Brouwer, P. G. (red.) "Coherence and Conflict in Law", Deventer, 1992.
- Westberg, Peter *Domstols officialprövning*, Lund, 1988.

Förarbeten

- SOU 1950:16 "Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område"
- Prop. 1972:5 "Skadeståndslag"
- Prop. 1990/91:197 "Om produktskadelag"
- 1991/92: LU 14 "Lagutskottets betänkande: Produktansvar"

Rättsfall

Sverige (HD)

- NJA 1934 s. 601 (tuberkulosfallet) 78f
NJA 1936 s. 38 (den franska balkongen) 78
NJA 1951 s. 55 (silverrävarna) 58, 80ff
NJA 1952 s. 184 24
NJA 1959 s. 280 (pucken) 58, 65
NJA 1960 s. 388 (nedfallande puts) 131f, 138
NJA 1964 s. 12 (brännbollsträet) 61, 129
NJA 1965 s. 80 (badbryggan I) 108
NJA 1965 s. 474 (travkusken) 35, 40f, 65f, 132f, 138
NJA 1965 s. 80 (badbryggan I) 108
NJA 1969 s. 375 (hissen) 108
NJA 1970 s. 463 129
NJA 1974 s. 99 (armbågen) 133ff, 138
NJA 1974 s. 585 (landhockeyfallet) 38f
NJA 1975 s. 319 (trappan) 106ff
NJA 1976 s. 379 (cykelbana) 135f, 138
NJA 1979 s. 129 (badbryggan II) 71, 108f
NJA 1981 s. 683 (konerna) 12f, 18, 35, 56, 62, 70f, 80, 116, 123, 138, 141
NJA 1982 s. 386 (hinken) 23, 69, 71, 117, 123f, 126, 138
NJA 1983 s. 232 (hästhagen) 11f, 16, 35, 111f, 114, 117, 129, 138, 155
NJA 1984 s. 323 (Visby ringmur) 71ff, 101, 104, 117, 138
NJA 1984 s. 764 (stämjärnet) 118, 130, 138
NJA 1985 s. 269 (glasdörren) 15, 58ff, 63, 66ff, 70f, 73, 106, 108, 109, 111f, 114f, 118, 138, 141, 151, 153
NJA 1985 s. 456 (tröskeln) 51f, 119, 124, 138
NJA 1987 s. 222 (skidåkaren) 23, 58, 60ff, 66ff, 70ff, 86, 101, 104, 109, 119, 138, 141, 147f
NJA 1989 s. 389 92
NJA 1990 s. 569 (gropen) 35, 58, 119ff, 124f, 138
NJA 1993 s. 149 (golfspelaren) 37f, 42, 79, 94, 120, 130f, 138, 148

NJA 1995 s. 274 (häststallet I) 23, 58, 121, 125ff, 138, 148
NJA 1996 s. 564 (häststallet II) 23, 35, 58, 121, 126f, 138, 153, 155
NJA 1998 s. 617 (kabeln) 121, 127f, 138

Sverige (HovR)

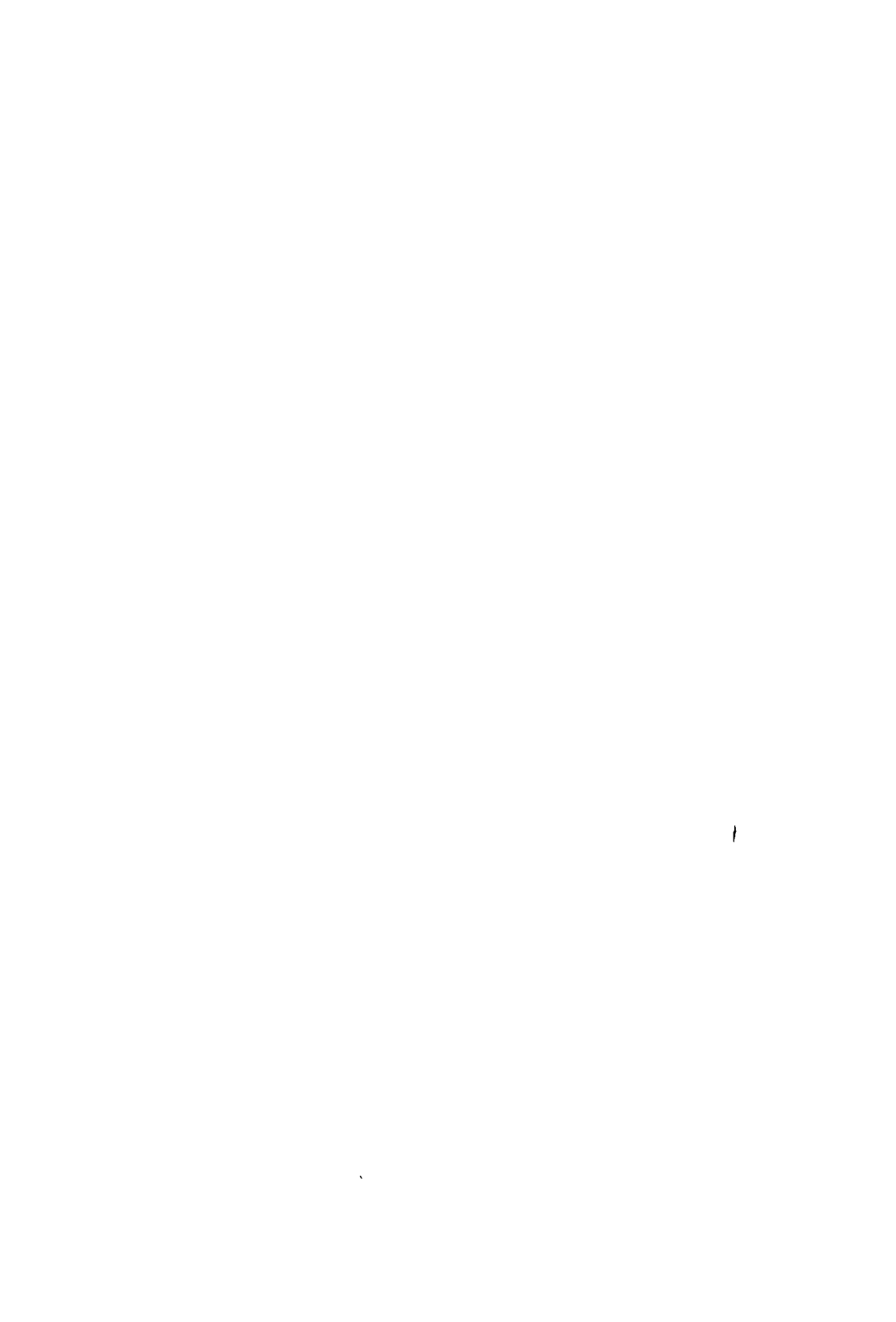
RH 1986:38 51
RH 1986:146 (vattenrutschbanan) 121
RH 1991:98 121

Tyskland (BGH)

BGHZ 40, 379 (nattlig sandning) 52f, 63, 88f
BGHZ 129, 353 (glasflaskan) 99

USA

Conway v. O'Brien 53
Vincent v. Lake Erie Transp. Co 167f





Christian Dahlman är verksam som forskare och lärare vid Lunds Universitet. Konkurrerande culpakriterier är hans doktorsavhandling.

Konkurrerande culpakriterier

Skadeståndsrätten innehåller alternativa definitioner på culpa. Den innehåller tre konkurrerande culpakriterier.

1. Enligt normalitetskriteriet föreligger culpa om den som orsakat en skada inte har vidtagit de försiktighetsåtgärder som en normalt aktsam person hade vidtagit i motsvarande situation.
2. Enligt det ekonomiska kriteriet föreligger culpa om skadan hade kunnat förhindras med en åtgärd som hade varit mindre kostsam än de skador den hade förebyggt.
3. Enligt trygghetskriteriet föreligger culpa om skadan berodde på en säkerhetsbrist som ger upphov till oacceptabelt stor otrygghet.

Konkurrerande culpakriterier är en undersökning av hur dessa tre kriterier tillämpas och hur konflikter mellan dem löses. I boken preciserar författaren innehållet i gällande rätt och söker skapa förståelse för de rättspolitiska överväganden som döljer sig bakom skadeståndsrätten.

Boken kan användas i juridiska högskoleutbildningar samt av praktiskt verksamma jurister.

