Bertil Bengtsson

14 uppsatser 1983–1991

NORSTEDTS JURIDIK

#Art 9206
Ord.pris
1809904
JURALM
552.00

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4255

14 uppsatser
1983–1991

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET
10 0078618 4

Bertil Bengtsson

14 uppsatser 1983–1991

Ersättningsrätt, kontraktsrätt, fastighetsrätt, offentlig rätt och processrätt

NORSTEDTS JURIDIK

Norstedts Juridik ingår i CE Fritzes-förlagen, som också ger ut böcker under namnen Allmänna Förlaget, Publica och Aktuell Juridik.

Adress till förlaget (utgivare och redaktion):
CE Fritzes AB, 106 47 Stockholm
Telefon 08-739 95 00

Distribution:
Allmänna Förlaget, Kundtjänst, 106 47 Stockholm
Telefon 08-739 96 30

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av CE Fritzes AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande: genom tryckning, fotostatkopiering, bandinspelning etc.

14 uppsatser
Bertil Bengtsson
Upplaga 1:1
ISBN 91-38-50093-0

© 1992 Bertil Bengtsson och CE Fritzes AB
Omslag: Rolf Hernegran

Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1992

Förord

Uppsatserna i denna bok har alla publicerats tidigare, till stor del i festskrifter eller utländska tidskrifter som inte är helt lätta att få tag i. Det har därför verkat motiverat att ge ut dem i bokform. Jag har valt ut sådana längre artiklar som kan tänkas ha något intresse för det praktiska rättslivet eller för dagens lagstiftningsdebatt.

Några kommentarer och tillägg till uppsatserna kan göras här; även om de i stort sett är aktuella, har ett och annat av intresse hänt sedan de publicerats.

Uppsatserna i *civilrätt* behandlas frågor som jag ganska länge intresserat mig för. I fråga om strikt skadeståndsansvar (uppsats nr 2) kan nu tilläggas det viktiga rättsfallet NJA 1989 s. 389, där HD infört strikt ansvar för personskada på ett nytt område (produktansvar) trots att lagstiftning tydligen var på gång. Nyligen har HD också utan lagstöd ålagt en fjärrvärmeanläggning strikt ansvar för skador orsakade av utsläpp från anläggningen (dom 11 december 1991, DT 524). – Beträffande domstolarnas tillämpning av konsumentskyddsprincipen (uppsats nr 5) kan nu nämnas också NJA 1988 s. 408 (villkorstolkning vid konsumentförsäkring), NJA 1988 s. 503 (preskription av konsumentfordringar i offentligrättsliga förhållanden), NJA 1989 s. 224 (condictio indebiti-talan mot konsument; jfr även NJA 1991 s. 3, angående förbrukare av elektrisk ström i allmänhet) och NJA 1990 s. 93 (beviskrav vid konsumentförsäkring). – Uppfattningen om rättsläget vid fastighetsbesittning (uppsats nr 7) bestyrks av NJA 1984 s. 315. – Europakommissionen för de mänskliga rättigheterna har funnit den diskutabla lagstiftningen om handredskapsfiske godtagbar från äganderättssynpunkt (jfr uppsats nr 8).

De *offentligrättsliga* uppsatser som jag tagit med kan ses som ett försök att behandla politiskt kontroversiella frågor med traditionell juridisk metod, varvid jag fäst stor vikt vid regeringsformen och dess förarbeten. Respekten för grundlagens inställning betraktades på en del håll som otidsenlig redan när uppsatserna publicerades, men för mig har metoden framstått som naturlig. – Uppsatsen om expropriation och grundlagstolkning (nr 10) kan sägas återge huvudtankar i min bok Ersättning vid offentliga ingrepp I (1986) i mera koncentrerad form. – En noggrann läsare märker kanske att mina slutsatser i de båda lagprövningsuppsatserna (nr 11 och 12) inte är helt desamma; närmare studier av konstitutionsutskottets praxis gjorde mig något betänksam. Lagprövning

från praktisk domstolssynpunkt har jag behandlat i Svensk juristtidning 1989 s. 671 ff, men att publicera också den uppsatsen i samlingen skulle ha inneburit vissa upprepningar.

De båda *processrättsliga* uppsatserna rör frågor som jag kommit i kontakt med i praktiken. Synpunkterna på dispensprövningen i HD (uppsats nr 13) skrevs innan HD fick möjlighet att begränsa prövningstillstånd till en viss prejudikatsfråga (se särskilt 54:11 RB); den kan användas bl.a. i vissa typer av mål som jag diskuterar, där både bevis- och rättsfrågor kommer upp. – Förhistorien till de nuvarande dispensreglerna har jag behandlat i en uppsats i arbetet Högsta domsmakten 1789–1989 (s. 267 ff). Den har emellertid mindre praktiskt intresse och har inte tagits med i denna samling.

Uppsala i december 1991

Bertil Bengtsson

Innehåll

Förord 5

I. Ersättningsrätt

1. Om allmänna skadeståndsläror. 11
   Tidsskrift for rettsvitenskap 1987 s. 127–162.
2. Strikt skadeståndsansvar i rättstillämpningen. 47
   Lakimies 1984 s. 977–1001.
3. Om skälighetsregler i ersättningsrätten. 72
   Festskrift till Jan Hellner (1984) s. 79–113.
4. Miljöskadelagen och oskrivna skadeståndsgrundsatser. 107
   Festskrift till Sveriges advokatsamfund 1887–1987 s. 79–106.

II. Kontraktsrätt

5. Konsumentskyddsprincipen och domstolarna. 137
   Festskrift till Lars Welamson (1988) s. 13–42.
6. Om civilrättens splittring. 167
   Festskrift till Kurt Grönfors (1991) s. 29–46.

III. Fastighetsrätt

7. Om fastighetsbesittning och besittningsrubbning. 187
   Festskrift till Hans Thornstedt (1983) s. 75–122.
8. Allemansrättsliga komplikationer. 235
   Svensk juristtidning 1985 s. 425–453.

IV. Offentlig rätt

9. Om lagrådsgranskningens gränser. 267
   Förvaltningsrättslig tidskrift 1984 s. 188–212.
10. Om expropriation och grundlagstolkning. 292
    Festskrift till Henrik Hessler (1985) s. 31–64.

11. Om domstolarnas lagprövning. 326
Svensk juristtidning 1987 s. 229–247.
12. Om konstitutionsutskottets lagprövning. 345
Om våra rättigheter IV (1991) s. 25–41.

V. Processrätt

13. Högsta domstolens dispensprövning och den materiella rättvisan. 365
Svensk juristtidning 1989 s. 204–224.
14. Resning i brottmål vid synnerliga skäl. 384
Process och exekution: vänbok till Robert Boman (1990) s. 1–17.

ERSÄTTNINGSRÄTT

OM ALLMÄNNA SKADESTÅNDSLÄROR

AV JUSTITIERÅDET JUR. DR. *BERTIL BENGTSSON*

(1987)

Skadeståndsrätten hörde som bekant länge till de centrala debattämnena inom nordisk rättsvetenskap. Här hade doktrinen ett givande arbetsområde, där många väsentliga frågor alltjämt var olösta av lagstiftaren och den omfattande rättspraxis som förekom var så pass svåröverskådlig och mångtydig att den ganska väl kunde förenas med de flesta teoretiska uppfattningar. Till områdets attraktivitet kan ha bidragit att en del av huvudfrågorna, t.ex. om kausalitet och skuld, hade viss anknytning till filosofiska och allmänt vetenskapsteoretiska problem. Åtskilliga av Nordens förnämsta rättsvetenskapsmän från sekelskiftet och framåt ägnade också skadeståndsrätten ett särskilt intresse. Liksom på så många andra civilrättsliga områden kom här att utbildas en del s.k. allmänna läror – inte endast sådana allmänna rättsgrundsatser, av typen culparegeln eller principen om full ersättning för ekonomisk skada, vilka ansågs gälla i brist på klart stöd för motsatsen, utan också mera komplicerade teorier, som ansågs «förklara» eller rättfärdiga innehållet i gällande rätt. Tendensen är välkänd från den tidens rättsvetenskapliga diskussion.[1] Åsikterna fick särskild tyngd genom författarnas auktoritativa ställning. Benägenheten att konstatera sådana principer och formulera läror av detta slag ledde till en intensiv teoretisk debatt, som vi knappast har någon motsvarighet till i nutida skadeståndsrätt eller ens inom dagens civilrätt över huvud taget.

Flera av de mera uppmärksammade och temperamentsfulla inläggen i denna diskussion stod Vilhelm Lundstedt för. Ett karakteris-

[1] Tendensen belyses t.ex. i Grönfors, Om trafikskadeansvar utanför kontraktsförhållanden (1952) bl.a. s. 60 ff, 77 ff och – från ett annat område – i Hellner, Om obehörig vinst (1950) bl.a. s. 188 ff.

tiskt exempel utgör den långa artikel i TfR 1923, Kritik av nordiska skadeståndsläror, som – enligt redaktionens förslag – utgör utgångspunkten för denna uppsats.[2] I artikeln fortsatte Lundstedt den kritiska granskning av gängse rättsvetenskaplig åskådning och metod som han tidigare tagit upp inom straffrätten och kontraktsrätten. Syftet var, som han gärna framhöll, en fullständig omvälvning av rättsvetenskapen på grundval av Uppsalafilosofen Axel Hägerströms undersökningar. Den härskande jurisprudensen rörde sig enligt Lundstedt genomgående med falska uppfattningar om rättigheter och plikter. Det gällde nu att ge upp denna föråldrade och ovetenskapliga åskådning och i stället införa samhällsnyttan som bestämmande princip vid diskussionen om juridiska problem.

Lidelsefullt och vältaligt attackerade Lundstedt vissa huvudtankar hos ledande nordiska skadeståndsteoretiker – i första hand Fredrik Stang, Henry Ussing och Vilhelm Sjögren – och försökte visa, hur i grunden förfelade deras sätt att angripa den skadeståndsrättsliga problematiken var. Eftersom det inte fanns några objektiva rättigheter och plikter i traditionell mening, kunde man enligt Lundstedt avgöra förekomsten av ett rättsligt bud bara genom att konstatera att en överträdelse av budet medförde en sanktion, närmast skadestånd; och eftersom skadeståndsskyldigheten enligt härskande mening krävde rättsstridighet – just överträdelse av det rättsliga budet – rörde man sig med gängse betraktelsesätt i en cirkel. Också i enskildheter byggde doktrinen sina läror på fiktioner och oriktiga föreställningar, bl.a. att vissa lösningar var rättvisare än andra eller stämde bättre med ett allmänt rättsmedvetande; «rättvisemetoden» var helt förkastlig i sådana sammanhang. Efter vad Lundstedt utvecklade var grunden för skadeståndet i själva verket att det i vissa lägen var samhällsnyttigt att en handling medförde skadestånd, och det avgörande var preventionens krav – jämförda härmed vägde andra ändamålssynpunkter i allmänhet lätt. Någon egentlig skillnad skulle på detta vis inte föreligga mellan ansvar grundat på culpa och strikt ansvar. – I sin artikel granskar och förkastar Lundstedt på detta sätt vad han ser som härskande åskådningar rörande rättsstridighet, ansvar för rättsenligt hand-

[2] Se TfR 1923 s. 55 ff.

lande, culpa, garanti och kausalitet; också läran om farlig verksamhet berörs i korthet.

För dagens jurister medför Lundstedts angrepp på den samtida doktrinen förmodligen inga skakande upplevelser, såsom fallet var på 1920-talet. Man kanske fängslas av hans entusiasm för de nya tankar som skall revolutionera rättsvetenskapen, men läsare i en senare generation torde i allmänhet finna förkunnelsen full av kända synpunkter, som nu ter sig ganska självklara. Vi har vuxit upp som jurister med det synsätt Lundstedt utvecklat; de åsikter han angriper framstår, åtminstone som han återger dem, till stor del som ålderstigna, ofta svårtillgängliga, rotade i en annan begreppsvärld än vår. Ändamålsresonemang av den typ Lundstedt utvecklar har gått nutida rättsvetenskapsmän och kanske ännu mer praktiker i blodet på ett sätt som vi själva nog har svårt att klart urskilja.

Just på skadeståndsrättens område ter sig emellertid även Lundstedts principdiskussioner delvis föråldrade, av naturliga skäl: utvecklingen har ju gått fort på detta område. Hans resonemang om preventionens betydelse kan i dag förefalla något ensidigt och förenklat, inte minst med tanke på möjligheten att skydda sig mot skadeståndsskyldighet genom ansvarsförsäkring – en företeelse som Lundstedt hade svårt att acceptera och helst inte ville räkna med alls i sina teoretiska diskussioner på området. Jämförd med exempelvis den förfinade analysen hos Ussing – även i det ungdomsverk Lundstedt angriper[3] – framstår Lundstedts argumentation i enskilda frågor inte som riktigt övertygande i sin trosvisshet och sin polemiska tillspetsning. Över huvud taget gör han knappast de kritiserade lärorna riktig rättvisa när han beskriver dem. Det hindrar inte att hans energiska kritik också i den aktuella artikeln torde ha fått betydande effekt på längre sikt, låt vara att dess verkan nog har varierat i olika frågor och i de skilda nordiska länderna. – Tyngdpunkten i Lundstedts skadeståndsrättsliga insatser lär under alla förhållanden åtminstone för senare tiders jurister ligga inte i de principiella utredningarna från 1920- och 1930-talens kampår utan i den ingående diskussionen av doktrin och rättsfall i hans senare stora arbeten, främst Strikt ansvar I och II – nyckfullt disponerade,

[3] Skyld og skade (1914).

oformliga och svåröverskådliga undersökningar, men fulla av skarpsinniga iakttagelser angående särskilda skadeståndsproblem.[4] I dessa arbeten återkommer han ofta till de frågor han behandlat i 1923 års artikel, nu i en utförligare och betydligt mera nyanserad diskussion.

2. Lundstedts kritik i artikeln, och för övrigt även i andra sammanhang, kan till en början sägas illustrera en motsättning som de flesta rättsvetenskapliga författare lär känna till av egen erfarenhet: mellan å ena sidan den teoretiskt inriktade diskussionen av ett rättsområde, å andra sidan behandlingen av samma material i läroböcker och i arbeten för praktiskt juridiskt bruk.[5] Normalt skrivs ju juridik inte i första hand för andra teoretiker. Vill man ge en ordinär läsekrets en översikt av ett regelsystem och peka på vissa huvuddrag i dess uppbyggnad, brukar begreppsbildningen och beskrivningen av tankegångarna inte ske helt på samma sätt som i en framställning med rent vetenskapliga syften. Pedagogiska och systematiska hänsyn kommer i förgrunden. I en lärobok är det som bekant ofta en fördel om man kan fasta på några relativt enkla huvudsynpunkter som underlättar överblicken av materialet. Man får också se till att studenterna inte får en avvikande bild av det regelsystem äldre jurister rör sig med. Vad angår handböcker och liknande är det säkrast att anknyta till det gängse juridiska betraktelsesättet, om man hoppas bli förstådd av praktikerna, som sällan har tid att uppskatta och smälta en omvälvande begreppsbildning när de söker lösningen på en konkret fråga. Domstolar, myndigheter och advokater bör få lämpliga verktyg för arbetet med vardagens problem. En läroboks- och handboksförfattare kan nog ibland mönstra ut vissa begrepp, som visat sig medföra speciella missförstånd eller numera ter sig oanvändbara, när man vill klargöra gällande rätt. Men de får gå försiktigt fram, och det är sällan lyckligt att skapa en ny begreppsapparat, i hopp att den skall bli allmänt vedertagen (något

[4] Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar I (1944); II: 1 (1948); II:2 (1953). – Lundstedts insatser i den skadeståndsrättsliga debatten behandlas ingående av Hellner i Minnesskrift utg. av juridiska fakulteten i Stockholm (1957) s. 128 ff.

[5] Jfr Anders Vinding Kruse, Erstatningsretten (4 udg. 1986) s. 37 f (om rättsstridighetsbegreppet).

som för övrigt Lundstedt knappast sökt göra i detta sammanhang). Sådant kanske går bra på relativt jungfruliga rättsområden – datarätt och (tidigare) miljörätt är tänkbara exempel – men exempelvis inom allmän obligationsrätt eller avtalsrätt är det bara undantagsvis det går att genomföra, och i så fall endast i begränsad utsträckning.[6]

Det verkar tydligt att Lundstedt allmänt sett inte haft några större förståelse för sådana praktisk-pedagogiska synpunkter, som kan ha spelat en roll i varje fall för Stangs framställning med dess handbokskaraktär. Han betonar visserligen att «redan utbildad rättsövertygelse måste behörigen respekteras» och att rättsreglerna inte vid sin tillämpning får råka i inbördes strid med varandra;[7] men att de begrepp vilkas ihålighet han ansett sig ha påvisat skulle vara användbara när det gällde att illustrera en återkommande skadeståndsrättslig problematik är något som han torde ha haft svårt att hålla med om.

Lundstedts kritik kan också sägas vara riktad bl.a. mot den allmänna tendensen att i rättsvetenskapliga framställningar av ett större rättsområde söka en «rättsgrund» för reglerna på området – ett typiskt drag hos sådana allmänna civilrättsliga läror som omtalades inledningsvis. En önskan att konstatera en sådan genomgående tanke framträder bl.a. i Stangs syn på betydelsen av rättsstridighet och adekvans[8] och i Sjögrens diskussion av orsakläran.[9] Även frånsett att ett sådant grepp som sagt kan vara tacksamt från pedagogisk synpunkt, är det också i andra sammanhang frestande för en rättsvetenskaplig författare att driva teser av detta slag, med större eller mindre räckvidd. Idag är det väl inte så vanligt att de utgår från ett teoretiskt resonemang om den «förnuftiga» eller «naturliga» regeln på området; däremot kan det ligga nära till hands

[6] Här kan erinras om Knut Rodhes användning av begreppet «garantiförpliktelse» (senere «ansvarsförpliktelse») i arbetet Obligationsrätt (1956) och i Lärobok i allmän obligationsrätt (se senast 5 uppl. 1979, s. 21 ff). Jag anser för min del alltjämt att indelningen tar fasta på något väsentligt och gör obligationsrätten begripligare på många punkter (jfr SvJT 1967 s. 293 f). Men det hjälper knappast, när terminologi och begreppsbildning på detta markanta sätt avviker från det vanliga; det har visat sig svårt att få dem att slå igenom bland jurister i allmänhet.

[7] A.a. s. 96.

[8] Se Erstatningsansvar (1 uppl. 1919 – den som Lundstedt utgår från) §§ 6 och 7.

[9] Se Om rättsstridighetens former (1894).

att ta fasta på vissa återkommande tendenser i materialet, vilka ter sig så pass rationella att de uppfattas som uttryck för en ledande tanke bakom rättsreglerna. Exempel är lätta att finna bl.a. från olika doktorsavhandlingar.[10]

Inte minst på skadeståndsrättens område finns emellertid anledning att vara mycket försiktig, när man ger sig in på sådana vägar. Riskerna är välkända. Det är närliggande att utforma en sådan ledande tanke mera i detalj. Konsekvensen blir att skadestånd skall utgå under vissa förutsättningar och omfatta skador av visst slag. Man är då framme vid ett mönster av regler som anknyter till vissa nyckelbegrepp; jämför vad som i fortsättningen sägs om ansvar för rättsenligt handlande i förening med en uppdelning av risken[11] och om garantiansvar, inskränkt till skador av ekonomiskt slag.[12] De sålunda utbildade rättsgrundsatserna avlägsnar sig lätt från de tankegångar som låg bakom den lagstiftning och den rättspraxis varifrån man ursprungligen utgick. Där fäster man ju oftare vikt vid en rimlig lösning av en viss konflikttyp än vid en konsekvent teoretisk linje. Skadeståndsrätten har på senare år blivit alltmera nyanserad och invecklad – inte bara genom lagstiftningen, där möjligheterna som bekant utvidgats att genom olika skälighetsregler beakta omständigheterna i det enskilda fallet, utan också i rättstillämpningen. När det blir fråga om prejudikatsbildning på civilrättens område kan det visserligen synas lockande för en domstol att genom en enkel och klar regel, som tar fasta på en viss aspekt på problemet, lösa detta en gång för alla; men det vanliga lär vara att man får betänkligheter med hänsyn till möjliga bieffekter av lösningen och ställer upp en mängd modifikationer, som ger utrymme för att beakta de varierande förhållandena – ofta svåra att förutse – vid tvister av olika slag. På detta vis har de stora huvudlinjerna blivit allt svårare att urskilja också inom skadeståndsrätten.

[10] För att ta ett varnande exempel som inte lär stöta någon: i min egen avhandling Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden (1960) använde jag genomgående ett begrepp «äkta» eller «utpräglat» kontraktsansvar, som domstolar och doktrin varken före arbetets tillkomst eller senare visat något som helst intresse för.

[11] Se nedan vid not 55, 69.

[12] Se nedan vid not 82 f.

Ett exempel bland många är den svenska inställningen till tredje mans skadeståndsmöjligheter när person- och sakskada drabbat någon annan; här övergick HD, för övrigt under inflytande av norsk rätt, från en klar princip om att skadestånd inte skulle utgå till en huvudregel med möjligheter för undantag i vissa, ganska obestämt angivna fall (NJA 1966 s. 210).[13]

Det är alltså en riskabel förenkling att anta att domstolarna skulle se stora grupper av tvister ur en alldeles bestämd synvinkel och utforma avgörandena i enlighet härmed. Att en viss rättspolitisk tendens kan framträda i materialet behöver inte säga något om hur domstolarna ser på reglernas utformning i detalj. Tror man sig finna en genomgående tanke bakom lösningen av olika skadeståndskonflikter utan att kunna bygga på klara uttalanden av lagstiftare och domstolar, bör man alltså försöka behärska entusiasmen över upptäckten; det finns vanligen skäl att förse framställningen med åtskilliga reservationer. Den kan bli en intressant tankeställare för juristerna, men mera sällan göra anspråk på att vara en helt korrekt beskrivning av den juridiska verkligheten. – Bl.a. Lundstedts tes om preventionens genomgående betydelse är kanske ett exempel på det sagda: redan när den framfördes innebar den som sagt en ganska ensidig tolkning av tendenserna.

3. Detta innebär naturligtvis inte att allmänna läror av det slag som nu diskuterats skulle sakna betydelse i den praktiska juridiken. Lundstedt har själv ofta betonat att båda lagstiftare och domstolar utnyttjat olika rättsliga konstruktioner, vilkas brister han kritiserat, för att legitimera lösningar som tett sig lämpliga och rimliga i enskilda tvister.[14] De teoretiska grunderna för resonemangen har varit ohållbara, i vart fall enligt Lundstedts mening; men de rättspo-

[13] Jfr Hellners kritik i SvJT 1969 s. 357 ff och senare det norska rättsfallet NRt 1973 s. 1268. – Ett annat exempel ger NJA 1977 s. 538, där det tidigare ansvaret för medhjälpares vållande i vissa utomobligatoriska förhållanden utvidgas till ett ansvar för vållande hos svarandens leverantör; jfr härom Dufwa i Festskrift till Hellner s. 219 f. Ännu ett exempel ger NJA 1984 s. 207, där HD med ringa stöd av motiven konstruerade ett undantag från den enkla (om också otillfredsställande) regeln i 3 kap. 7 § skadeståndslagen, att skadeståndstalan på grund av påstått fel i beslut, som utan framgång överklagats till regeringen, ej får föras.

[14] Se bl.a. a.a. s. 92.

litiska synpunkter han fann viktiga har ändå tillgodosetts på detta vis.

Metoden är välkänd också idag. Det gäller kanske inte så mycket lagstiftningsverksamheten. Det är visserligen svårt att få någon riktig överblick över de principiella motiveringar som anförs av kommittéer, departementschefer och riksdagsutskott – detta skulle kräva en mera ingående undersökning. En ytlig läsning av moderna nordiska lagförarbeten på skadeståndsrättens område och i närliggande frågor tyder emellertid på att argumentationen för mera genomgripande lagändringar normalt förs på helt annat, mera konkret vis. De kategorier man riktar sig till torde inte ha stort intresse för sådana mera abstrakta resonemang som de angivna – vilka politiker, intressegrupper eller massmedia fängslas av hänvisningar till förutsättningsläran eller principen om adekvat kausalitet? Att en lösning stämmer med en sådan allmän skadeståndsrättslig grundsats som här diskuterats kan vara av värde främst för att i någon mån lugna motståndarna till en lagändring: den framstår inte som så ingripande som man befarat. Men det är då snarast fråga om ett argument i konservativ riktning.[15]

I domstolarnas arbete är däremot den metod Lundstedt berör alltjämt vanlig. Inom avtalsrätten och den allmänna obligationsrätten finns det ju principer av det angivna slaget, som en domstol gärna faller tillbaka på när den inte finner någon annan väg att komma till ett rimligt resultat. Ett exempel utgör just förutsättningsläran,[16] ett annat (fast inte så aktuellt på senare år) läran om obehörig vinst.[17] Att hänvisa till en sådan grundsats kan dessutom framstå som en mera respektingivande, teoretisk underbyggd metod än att tillgripa en mera konkret motivering för utgången. Och att försöka formulera några *nya* allmänna rättsprinciper till stöd för avgörandet kan som sagt vara en farlig utväg, åtminstone i prejudi-

[15] Ett undantag torde vara synpunkter om «farlig verksamhet», som i sin relativa enkelhet torde vara lätta att förstå och uppskatta även för den stora allmänheten; jfr nedan efter not 105.

[16] Jfr NJA 1981 s. 269, NJA 1985 s. 178. Se härom senast en uppsats av Hellner i Festskrift till Ylöstalo.

[17] Jfr senast Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning (1982) bl.a. s. 20 f och NJA 1925 s. 184.

katfall – något man lätt kan få ångra, när principen i andra situationer skall konfronteras med verkligheten.

Vad skadeståndsrätten angår är som bekant dess historia under hela det senaste seklet full av exempel på fall, där man sett sig tvungen att använda t.ex. en culpa- eller garantikonstruktion, ibland uttänjd till bristningsgränsen, för att nå fram till en önskad utgång: ändamålet har fått helga medlen.[18] Lagstiftaren har inte kunnat hålla jämna steg med den tekniska utvecklingen och med den allmänna rättsuppfattning som (säkert under intryck av olika försäkringsordningar) tycks innebära att ersättning för allvarligare skador rimligen måste utgå från något håll – frågan är bara vilket. Inte heller har de utökade möjligheterna till försäkring på ansvars- och på skadelidarsidan, vilka påverkat också domstolarnas inställning till skadeståndsfrågorna, mer än i begränsad utsträckning återspeglats i lagstiftningen. – Samtidigt har domstolarna, inte minst i Sverige, visat en påtaglig motvilja att föregripa ställningstaganden från regeringens och riksdagens sida i kontroversiella frågor på området.[19] Har man på detta håll visat intresse för en större reform, föredrar en domstol normalt att på det sätt som nyss angetts söka en rimlig lösning i den enskilda konfliktsituationen utan att ge efter för sin eventuella reformlust; de radikala greppen får lagstiftaren ta. Vill domstolen då utvidga (eller någon gång inskränka) ansvaret, finns det inte mycket annat att göra än att tillgripa allmänna rättsprinciper av traditionellt slag, förutsatt att de inte har blivit alltför skamfilade i den rättsvetenskapliga debatten.

4. Frågan blir då vad de läror Lundstedt angriper kan ha för värde idag, om man bortser från det rättshistoriska intresset. I denna korta översikt lämnar jag åsido de rent teoretiska aspekterna – de har behandlats av andra författare, med större fallenhet för detta – och håller mig till rena nyttosynpunkter: vad har lärorna för användbarhet som verktyg i det praktiska rättslivet eller som ett pedagogiskt-

[18] Se ang. garantikonstruktionen nedan vid not 95 ff.

[19] Jfr Bengtsson i Lakimies 1984 s. 982 f om bl.a. fallet NJA 1983 s. 118; jfr också NJA 1985 s. 641 (efter not 97 nedan). Se även Gomard i Højesteret 1661–1986 s. 59. Ett exempel från Norge utgör lagmansrettsdomen i NRt 1974 s. 1160.

systematiskt grepp för att klargöra det skadeståndsrättsliga regelsystemet? Här behöver deras eventuella teoretiska brister inte vara avgörande. Ur båda dessa synvinklar torde det däremot ha sin betydelse om lärorna ansluter sig till någorlunda enhetliga rättspolitiska tankegångar, vilka dessutom bevarat sin aktualitet idag. Annars kan de väl tänkas bli till nytta i speciella fall men förtjänar knappast att ställas i centrum för en framställning på området.

Culpa- och orsaksbegreppen, inbegripet läran om adekvat kausalitet, utgör alltjämt grundstenar i skadeståndsrätten. De ger uttryck för principer av alldeles speciell dignitet, vilka knappast kan undvaras vid en behandling av rättsområdet i litteraturen eller vid en tillämpning av dess regler. Här har Lundstedts kritiska granskning av nordisk doktrin till synes inte avsett att sätta något annat i stället – för övrigt knappast en realistisk möjlighet – utan snarare att ge en teoretiskt riktigare uppfattning om lärornas innebörd. Kritiken av lärorna om rättsstridighet, rättsenligt handlande och garanti har ett mera vittgående syfte: Lundstedt menar tydligen att de i sin ovetenskaplighet är mogna att helt avskaffas. Det är närmast deras betydelse jag i fortsättningen skall syssla med. Läran om farlig verksamhet berörs bara i förbigående; inte heller här synes Lundstedt helt förkasta äldre doktrin på området.[20]

5. *Rättsstridighetsläran* var tidigare föremål för livlig uppmärksamhet i nordisk doktrin. Jag skall här inte gå närmare in på sådana debattfrågor som motsättningen mellan det kontinentala och nordiska synsättet på området;[21] för Lundstedts kritik spelade dessa frågor en underordnad roll. Som antytts förkastade han helt teorin i fråga, som han uppfattade som en grundval för nordisk skadeståndsrättslig doktrin. Närmast tog han sikte på skillnaden mellan rättsstridiga handlingar (rettsbrudd), vilka strider mot ett rättsligt bud, och rättsenliga handlingar. Detta resonemang ansåg han sig kunna slå i spillror genom ett antal invändningar. Bl.a. framhöll han det meningslösa i att tala om rättsliga bud, om inte en reaktion

[20] Denna lära diskuterar Lundstedt närmare i Strikt ansvar II:2 s. 201 ff.

[21] Jfr här Karlgren, Skadeståndsrätt (5 uppl. 1972) s. 69 ff; han synes vara den svenske författare som senast ägnade närmare intresse åt rättsstridighetsbegreppet.

förekommer vid överträdelse av budet, men eftersom reaktionen främst var skadestånd rörde man sig i en cirkel – skadeståndsskyldighet ansågs ju förutsätta främst rättsstridighet. Enligt Lundstedt kunde man inte heller hänvisa till att ett handlande motverkades av straffrätten och därför skulle vara rättsstridigt också i skadeståndsrättens mening; även detta var meningslöst, eftersom man vid undersökning av straffrättens reaktioner måste röra sig i samma cirkel.[22] Över huvud taget var läran enligt honom obrukbar som ledning vid utredning av skadeståndsfrågor.

Oavsett vilken tyngd Lundstedts argumentation kan ha står det klart att rättsstridighetsläran numera mist en stor del av sin centrala ställning inom nordisk skadeståndsrätt. I varje fall i Sverige tänker den ordinäre juristen knappast längre i kategorierna rättsstridighet och rättsenlighet, när en skadeståndsfråga kommer upp. En blick i allmänna framställningar från senare år om nordisk skadeståndsrätt (av Anders Vinding Kruse, Jørgensen-Nørgaard, Jan Hellner, Kristen Andersen, Nils Nygaard, Hans Saxén, Routamo-Hoppu) visar att läran spelar en underordnad roll vid behandlingen av problematiken.[23] Helt inaktuell är den dock inte, som framgår av det följande; i särskilda fall anses den alltjämt ha betydelse.

När man idag talar om rättsstridighet är det väl oftast för att ange att vissa undantag från culpaansvaret *inte* föreligger: rättsstridigheten har inte fallit bort på grund av förhållanden som samtycke, nöd, nödvärn, förmans befallning etc., vilka skulle medföra att ett skadegörande handlande kunde godtas och gå fritt från påföljd. Begreppet får alltså beteckna ett negativt förhållande. Vad beträffar ansvar för *vårdslöshet* har man tidigare, speciellt i svensk doktrin, diskuterat om det inte också i sådana sammanhang vore lämpligare att hänvisa

[22] TfR 1923 s. 56 ff.

[23] Läran blev föremål för en mera ingående behandling av Ussing i dennes avhandling Retstridighed av 1949; jfr särskilt diskussionen av Lundstedts kritik s. 38 ff, där Ussing i viss utsträckning ger denne rätt. Ussings auktoritet torde ha betytt en hel del för att läran hållits vid liv så länge som skett. Gomard (Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold, 1958) ägnar läran åtskillig uppmärksamhet. Vinding Kruse, a.a. s. 38 f, nämner visserligen rättsstridighetsbegreppets användbarhet men begagnar sig sällan av den i fortsättningen i sin handbok. Karlgrens i not 21 nämnda framställning fick sin väsentliga form redan i hans arbete Skadeståndsläran (1943).

till en culpabedömning. Främst har man då haft i sikte invändningar om samtycke (eller «accept av risken») vid skada exempelvis i samband med sport eller lek.[24] Oavsett värdet av detta resonemang står det klart att från domstolarnas synpunkt det i regel är lika lämpligt att gå direkt på den aktuella grunden för att rättsstridigheten skulle ha fallit bort: man ställer alltså frågan, om förhållandena är sådana att t.ex. samtycke (till risken) kan befria från culpaansvar.

Litet annorlunda ligger kanske saken till när skadan orsakats *uppsåtligen* men skadegöraren påstår att förhållanden av angivna slag skulle göra hans handlande tillåtligt. Flera av de klassiska grunderna för rättsstridighetens bortfall – samtycke till skada (inte enbart till risk för skada), nödvärn, nöd – avser ju särskilt denna situation, där de fått betydelse främst i straffrättsliga sammanhang. Här har man också utvidgat bortfallsgrunderna bl.a. genom att utbilda en lära om «social adekvans», som går längre än de nämnda undantagsfallen.[25] Det kunde diskuteras om inte åtminstone i detta läge rättsstridighetsläran kunde vara fruktbar att använda. Visserligen skulle det för skadeståndsansvarets del normalt räcka till att vållande förelåg, inte uppsåt; men culpabegreppet är ganska illa anpassat för att fungera i fall där skada orsakats med avsikt,[26] och det kunde synas lättare att förklara utgången med bristande rättsstridighet. Även här verkar det dock ganska meningslöst att ta sikte på denna allmänna grund för ansvarsfrihet i stället för det konkreta förhållande som åberopas (nöd etc.).[27] Man kan dessutom inte bortse från att skälen för att ansvaret skall falla bort varierar i de angivna undantagssituationerna – de är t.ex. inte desamma vid nöd och vid samtycke.

I det nu berörda sammanhanget förefaller alltså läran ganska umbärlig. Kanske kan det ha någon pedagogisk fördel att genom rättsstridighetsbegreppets användning peka på de gemensamma drag

[24] Se främst Agell, Samtycke och risktagande (1962) och häremot Karlgren, Culpa och samtycke inom skadeståndsrätten (1969); jfr även Bengtsson, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv (1962).

[25] Se t.ex. Strahl, Allmän straffrätt s. 407 f, Jareborg, Brotten I, kap. 10.

[26] Jfr Agell, a.a. s. 102 f.

[27] Agell har i sin nämnda stora undersökning om samtycke ansett sig kunna behandla rättsstridighetsläran mycket flyktigt (jfr. s. 9 ff, 94 f, 101).

som finns i de omtalade situationerna, men det underlättar inte på något sätt analysen av undantagen från ansvaret.[28]

På ett särskilt område kan emellertid läran synas ha större värde: när det gäller ansvar för ren förmögenhetsskada (m.a.o. ekonomisk skada utan samband med skada på sak eller person). Avgränsningen av vad som är tillåtet och förbjudet på detta område är ju särskilt svår att göra, och ofta anses en avvägning mellan handlingens nytta och skaderisken bli avgörande för vad som kan anses försvarligt.[29]

För Sveriges del är inte det skadeståndsrättsliga problemet så stort: i princip gäller inte den vanliga culparegeln i fråga om ren förmögenhetsskada utanför kontraktsförhållanden, utan ansvaret inskränker sig till skada orsakad genom brott (2 kap. 4 §, 3 kap. 1 § skadeståndslagen). Frågan om handlingens försvarlighet blir hos oss därför närmast av straffrättslig art (se t.ex. om ärekränkning 5 kap. 1 § 2 st. brottsbalken, med undantag för vad som med hänsyn till omständigheterna är «försvarligt»). Detta medför att delvis andra hänsyn än de skadeståndsrättsliga påverkar bedömningen.[30] I andra nordiska länder, numera även Finland,[31] kan skadeståndsansvaret här gå längre än straffansvaret, och då blir avvägningen en besvärlig skadeståndsrättslig fråga. – Också på denna punkt varierar emellertid skälen för och emot att godta ett skadegörande förfarande. Ibland blir det fråga om uppsåtliga handlingar (ett exempel som särskilt tidigare brukat anföras är stridsåtgärder av typen blockad och bojkott), ibland ouppsåtliga (jfr NJA 1961 s. 31, om oaktsamt påstående vid kreditupplysning), och det synes ogörligt att i materialet finna en gemensam tankegång som kunde ligga till grund för en allmän princip om rättsstridighet i dessa fall. Resonemangen skiljer sig under alla omständigheter från rättsstridighetsresonemangen vid fysisk skada.[32] Att avgörandena normalt sker efter en intresseavvägning och inte efter fasta regler är naturligtvis ett förhållande att ta

[28] Liknande mening Agell, a.a. s. 94 f, Saxén, Skadeståndsrätt s. 41.

[29] Jfr Karlgren, Skadeståndsrätt s. 102 ff, Ussing, Retstridighed s. 46 ff.

[30] Jfr Strahl, a.a. s. 370. Se även Jareborg, a.a. 4.8.1.

[31] Se 5 kap. 1 § i den finländska skadeståndslagen; jfr Saxén, a.a. s. 72 ff, Routamo-Hoppu, Suomen vahingonkorvausoikeus (1981) s. 197 ff.

[32] Detta har betonats av Ussing, a.a. s. 47 ff; liknande mening till synes Karlgren, a.a. s. 103.

fasta på i en systematisk framställning, men i dagens skadeståndsrätt är sådana mera obestämda regler av skälighetstyp så pass vanliga att det inte bör tillmätas någon väsentlig vikt just i detta sammanhang.

Rättsstridighetsläran åberopas också, närmast i dansk och norsk rätt, för att avgränsa skadeståndsansvaret i situationer där man i Sverige snarare talar om regler om skyddsändamålet (eller skyddat intresse)[33] eller om tredjemansskador: ansvaret skulle förutsätta att skadevållaren handlat rättsstridigt i förhållande till den skadade personen eller egendomen.[34] Det finns ingen anledning att här gå närmare in på dessa resonemang – det är uppenbarligen fråga om en alldeles speciell användning av läran, där snarast liknande överväganden blir aktuella som i frågor om adekvat kausalitet. Att sammanföra dessa fall med bedömningen av vissa handlingars objektiva försvarlighet skapar inte klarhet om problematiken och hjälper inte på något sätt domstolarna i enskilda avgöranden.

Hittills har närmast berörts rättsstridighetslärans negativa, avgränsande betydelse: mot ett skadeståndskrav, som kunde te sig befogat enligt annars tillämpade principer, invänder man att rättsstridighet saknas. Rättsstridighetsbegreppets positiva användning – som ett uttryck för att ett handlande såsom otillåtlig medför skadeståndsskyldighet – har uppmärksammats mindre i varje fall i Sverige. Ett handlande anses rättsstridigt, om det på grund av sin riskabla karaktär är övervägande skadligt från samhällssynpunkt och därför bör motarbetas av rättsordningen. Här kunde läran i fråga tänkas vara praktiskt användbar för att domstolarna skall kunna skärpa ansvaret utöver culparegeln: rättsstridigheten skulle medföra skadeståndsskyldighet, även om skadegöraren inte varit oaktsam i subjektiv mening. Om någon «lära» i egentlig bemärkelse är väl inte fråga i sådana fall – snarare om ett rättstekniskt grepp, där rättsstridighetsbegreppet utnyttjas i praktiskt syfte.

Det är visserligen inte i så många typfall ett sådant resonemang blir aktuellt. Att ett handlande är objektivt sett oriktigt eller förbjudet kan med någon säkerhet konstateras bara när det finns bestämda

[33] Jfr Hellner, Skadeståndsrätt (4 uppl. 1985) 12.5 med hänvisningar, och Nordensons yttrande i NJA 1976 s. 465 ff.

[34] Jfr här Ussing, a.a. s. 86, Stang, a.a. s. 123 ff, Nils Nygaard, Skade og ansvar (3 utg. 1985) s. 228.

normer för hur man bör förfara, och då brukar det inte vara svårt att anse skadegöraren ha handlat oaktsamt också från subjektiv synpunkt. I andra lägen framgår det direkt av lagen att ett otillåtet handlande medför ansvar oberoende av culpa – så i den norska granneloven[35] och i den motsvarande regeln i den finländska lagen om vissa grannförhållanden.[36] I svensk och även i norsk rätt föreligger för övrigt också ett ansvar för handlande av tillåtet – rättsenligt – slag i dessa situationer.[37]

I ett speciellt läge kommer man emellertid inte mycket längre än att konstatera ett objektivt fel: vid skada till följd av oriktig myndighetsutövning, t.ex. genom ett beslut i strid med gällande rätt. Att tala om culpa i vanlig mening i olika fall av felaktig rättstillämpning är svårt – här kan man inte använda allmänna grundsatser om rättsvillfarelse[38] – och än värre är det vid bristande kännedom om de verkliga förhållandena. Just i sådana fall är emellertid skada för den enskilde ofta förutsedd eller rentav avsedd: myndighetsutövningen skulle, om den skett på korrekt sätt, ha berättigat skadegörelsen. I dansk rätt finns en viss tendens att i fall av detta slag anse ansvar föreligga redan på grund av handlandets objektiva oriktighet, vilken kan framgå av att beslutet är ogiltigt.[39] Detsamma gäller än mer i norsk rätt, där även motiveringen i vissa rättsfall ansetts ge stöd för att ett sådant resonemang förekommer.[40] I Västtyskland har man försökt införa en huvudregel av detta slag[41](varvid dock lagstift-

[35] Se 2 och 9 §§.

[36] Se 21 §.

[37] Så enligt den svenska miljöskadelagen av 1986 (1 §; jfr tidigare 30 § miljöskyddslagen) och enligt den norska granneloven, se 9 § (jfr 19 §) om skadestånd för verksamheter med koncession, och 10 § («vederlag»).

[38] Jfr V. Hagstrøm, Offentligrettslig erstatningsansvar (stencil Oslo 1985) s. 102 ff; Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, 6.3 och 6.4 samt II, 12.6; Skovgaard, Offentlige myndigheders erstatningsansvar (1983) bl.a. s. 52 ff.

[39] Jfr Orla Friis Jensen i UfR 1979 s. 22 f (culpapresumtion?) och Skovgaard, a.a. s. 207 ff, där det objektiva momentet i bedömningen betonas i åtskilliga sammanhang.

[40] Se bl.a. NRt 1959 s. 733, 856, NRt 1965 s. 466 och härom senast Hagstrøm, a.a. s. 80 ff, med åtskilliga hänvisningar; Hagstrøms tvekan om ej subjektiv culpa förelegat tycks i flera fall välgrundad. Jfr även Kristen Andersen, Skadeforvoldelse og erstatning s. 352 f (ansvar ej uteslutet).

[41] Så enligt Staatshaftunggesetz av 1981.

ningen underkänts av författningsdomstolen). För Sveriges del är emellertid läget ett annat.

I ett äldre rättsfall (NJA 1953 s. 42, angående avspärrning av en fastighet av beredskapsskäl) har visserligen ett resonemang av det angivna slaget till synes blivit avgörande, men med skadeståndslagens tillkomst har det blivit svårare att ålägga ett sådant ansvar på grund av någon sorts objektiv oförsvarlighet. Genom den svenska «standardregeln» i 3 kap. 3 § skadeståndslagen (jfr § 2-1, 1 st. andra meningen i den norska lov om erstatning for skade) markeras att det krävs mera för skadestånd, och att en utvidgning inte är avsedd framgår ytterligare av de relativt färska motiven till lagen.[42] – Däremot kan vissa bestämmelser i 1974 års lag om ersättning för frihetsinskränkning uppfattas som exempel på en princip av denna typ. Särskilt kan nämnas 3 §, som föreskriver strikt ansvar för staten vid administrativt frihetsberövande som var uppenbart utan grund. Någon inspiration just av rättsstridighetsläran tycks dock inte lagstiftaren ha haft i detta sammanhang.[43]

Ansvaret för rättsstridigt handlande i dessa situationer kan naturligtvis sägas delvis vila på synpunkter som annars åberopas för ett strängt skadeståndsansvar för det allmänna: den enskildes ekonomiska och faktiska underläge, vikten av att inskärpa en korrekt myndighetsutövning, möjligheten att fördela risken på skattebetalarna. Men det är inget som säger att man behöver utnyttja just rättsstridighetsläran för att nå detta resultat. Den går ju inte ut på att rättsstridighet skulle vara en tillräcklig grund för ansvar i något sammanhang, och en generell grundsats av detta innehåll skulle tydligen gå för långt: det är nödvändigt att begränsa den till vissa mera kvalificerade fall, kanske då rättsstridigheten är uppenbar eller liknande (jfr den nämnda svenska regeln om frihetsinskränkningar). Och inte heller då torde en hänvisning till rättsstridigheten utgöra något argument av större värde vare sig för lagstiftaren eller för domstolarna. Det verkar ganska meningslöst att åberopa en abstrakt tankegång som ligger så pass långt från moderna föreställningar om skadeståndsrätten, när regeln lika väl kan uttryckas så att skadestånd i vissa lägen skall utgå vid uppenbara fel. Inte ens från rättsteknisk synpunkt tycks man alltså ha så stor glädje av rättsstridighetsbegreppet.

---

[42] Jfr Bengtsson, a.a. II s. 211 ff.

[43] Jfr prop. 1974:97 s. 45 ff, 50 ff.

Det förefaller alltså troligt att den lära som uppfattades som en ledande princip i det tidiga 1900-talets skadeståndsrätt framdeles kommer att spela en undanskymd roll. Man kan hålla med Lundstedt att det är svårt att finna något egentligt behov av den i något sammanhang.[44] Den är alltför abstrakt och alltför svårgripbar, det går knappast att finna några gemensamma ändamålssynpunkter som framträder i de vitt skilda situationer där den aktualiserats, och den lär redan i alltför hög grad ha mist sin ställning som en skadeståndsrättslig huvudprincip för att ha något pedagogiskt värde. Man förstår utmärkt rättskällorna på området utan djupare kunskaper om vad rättsstridighet är för något. Ur praktikernas liksom ur juris studerandenas perspektiv lär det snarast ytterligare krångla till ett redan komplicerat rättsområde att införa begrepp av detta slag, som varken beskriver enskilda fall på något träffande sätt eller ger klart uttryck för någon rättspolitisk tanke. Att läran brukar gå ut på en avvägning av skälen för och emot skadeståndsansvar är som sagt inte ett särdrag som motiverar att fallen ses under en enhetlig synvinkel.

6. *Läran om rättsenligt handlande* (här för enkelhetens skull kallad rättsenlighetsläran) hör naturligtvis nära samman med läran om rättsstridighet, men den har inte riktigt samma generella och abstrakta karaktär. Den tar enbart sikte på vissa fall där skadeståndsansvaret skärps utöver culparegeln; i detta hänseende liknar den läran om (tyst) garanti (jfr 7 nedan). Äldre nordisk doktrin ägnade stor möda åt att utarbeta en allmän grundsats om skadestånd vid handlande av detta slag. Trots att vållande inte kunde konstateras, eftersom den skadegörande handlingen på grund av sin övervägande nyttighet godtogs av samhället, skulle skadestånd utgå. Synpunkten berördes nyss i samband med situationen där rättsstridigheten anses ha fallit bort, men den hade större räckvidd än så; närmast var det fråga om en övergripande synpunkt, som kunde åberopas vid alla, eller de allra flesta, former av strikt ansvar.[45]

---

[44] Liknande mening Kristen Andersen, a.a. s. 110 f, Agell, a.a. s. 94 f, Saxén, a.a. s. 40 f, 115 f.

[45] Se särskilt Stang, a.a. s. 144 f.

Principen i fråga angreps av Lundstedt på liknande sätt som rättsstridighetsläran. Också här skulle det röra sig om ett cirkelresonemang. När ersättningsskyldighet ålades vid expropriation, vid vissa nödhandlingar etc. berodde detta enligt honom inte på att handlingen på något sätt skulle vara rättsenlig. Tvärtom förutsatte rättsenligheten i själva verket att ersättning utgick: ingreppet blev acceptabelt från samhällets synpunkt bara om den enskilde skadelidande fick kompensation.[46] Särskilt riktade sig Lundstedt mot den ibland framförda uppfattningen, att ansvaret här motiverades av att handlandet tilläts just på grund av sin samhällsnytta; att en mindre nyttig handling *inte* skulle leda till ansvar vore en barock tanke. Lundstedt såg som grundfelet att man betraktade äganderätten som en absolut storhet, varför ingrepp i denna borde särskilt försvaras. Det riktiga förhållandet skulle i stället vara att rätten i fråga begränsades bl.a. av expropriations- och nödregler och att ersättning som utgick grundades bara på att kompensationen framstod som en samhällsnyttig ordning. – Lundstedt angrep också tankegången, att strikt ansvar för farlig verksamhet skulle ses ur expropriationens synvinkel: här var det inte fråga om en avvägning mellan nyttan, t.ex. av bilkörning, och den skada verksamheten medfört. Såg man till själva det skadegörande handlandet, såsom en felaktig bilmanöver, var detta inte på något sätt nyttigt, och att åberopa dess rättsenlighet som skäl för ansvar skulle vara helt missvisande.[47] Preventionstanken skulle vara den avgörande grunden för det strikta ansvaret i detta fall, liksom för culpaansvaret: skadestånd utgår därför att det är påkallat från samhällets synpunkt att avhålla från skadegörande handlingar.[48]

Den argumentation som bl.a. Stang och Ussing förde för att skadestånd skulle utgå vid rättsenligt handlande spelar väl idag en underordnad roll, och därmed även kritiken mot deras tankegångar. Att denna varit befogad har också senare framhållits.[49] Det står emellertid klart att man även på senare år kunnat tala om en

[46] TfR 1923 s. 118 ff.

[47] TfR 1923 s. 119 f. Jfr även Lundstedts senare kritik bl.a. i Strikt ansvar II:1 s. 418 ff.

[48] TfR 1923 s. 122 ff, 143 ff.

[49] Se t.ex. Grönfors, a.a. s. 84 ff.

vedertagen princip om ansvar för sådant handlande, vilken alltjämt kan tänkas få betydelse där klara lagbestämmelser saknas. I Sverige, där vi först år 1969 fick mera allmänna regler om skadestånd i grannförhållanden, har tankegången spelat en viktig roll för utvecklingen av rättspraxis på detta område.[50] Det blir då knappast fråga om en sådan intresseavvägning som Stang och Ussing ursprungligen betonade. Man kan hålla med om att det är en omväg till ett skadeståndsansvar att åberopa att den skadegörande handlingens nytta överväger skadan – detta hör ju närmast till ett tidigare led i resonemanget, när man prövar om ett culpaansvar är möjligt (eller i varje fall handlingen objektivt sett var otillåten). Uppmärksamheten förskjuts i stället till den skadelidande: frågan blir om det kan tolereras att han drabbas av förlust på grund av handlingen i fråga, den må ha varit aldrig så nyttig. Resonemanget framträder i vissa karakteristiska situationer – främst vid miljöstörningar på grund av verksamhet som myndigheterna godtar och vid offentliga ingrepp i egendom, men också i en del närliggande fall där strikt ansvar diskuteras. Exempel ger den skälighetsbedömning som föreskrivs i den norska granneloven (2 §) och den svenska miljöskadelagen, där (liksom tidigare enligt 30 § miljöskyddslagen) det avgörande blir om den skadelidande skäligen bör tåla vissa störningar av orts- och allmänvanligt slag. Skall han t.ex. utan ersättning få acceptera att lukten från ett närbeläget reningsverk gör hans fastighet mindre lämplig som bostad?[51] Det väsentliga är kanske inte så mycket tanken på skydd just för äganderätten, som Lundstedt ansåg; man kan snarare hänvisa till det allmänna önskemålet om rättsskydd för den enskilde mot ekonomiska förluster, som han helt oförskyllt drabbas av på grund av annans handlande.

Värdet av att arbeta med en princip om strikt ansvar för rättsenligt handlande beror naturligtvis till stor del av principens närmare innehåll och räckvidd. Det är tydligt att det inte kan vara fråga om en övergripande grundsats för allt strikt ansvar. Som Lundstedt utvecklat passar inte resonemanget på vissa typiska fall av farlig verksamhet, och inte heller exempelvis på ansvar för skada orsakad

[50] Se t.ex. Karlgren, Skadeståndsrätt s. 178 m. hänvisn., särskilt Alexanderson i Tidskrift utg. av Juridiska föreningen i Finland 1944 s. 105.

[51] Jfr NJA 1963 s. 162. Jfr 1 § 3 st. miljöskadelagen.

av djur. Man kan fråga om området för principen ändå kan avgränsas på ett sätt som gör den praktisk att hantera.

Ett utmärkande drag för rättsenlighetsfallen är till en början att handlandet *objektivt sett är tillåtet*. Det är alltså inte fråga om situationer där det gått utanför denna ram men skadegöraren är fri från subjektiv skuld, något som utmärker vissa ansvarsregler i grannförhållanden; här kan hänvisas till 2 § i den norska granneloven, till skillnad från vederlagsregeln i 10 § i samma lag. Någon gång kan det vara fråga om sådana klassiska grunder för rättsstridighetens bortfall som t.ex. nöd, men vanligare är att den skadegörande verksamheten uttryckligen medgetts genom lag eller myndighetsbeslut.

Ett annat särdrag för dessa fall är att skadorna är *väntade* följder av handlandet. Man kan säga att det föreligger uppsåt – åtminstone indirekt eller eventuellt – att orsaka skada. En expropriation eller ett byggnadsförbud innebär ju i och för sig en ekonomisk förlust för fastighetens ägare; eller vissa tillåtna luftföroreningar medför med säkerhet en successiv nedsmutsning av kringliggande byggnader. I detta läge möter det naturligtvis speciella svårigheter att utan lagstöd komma fram till ersättningsskyldighet, när detta ter sig påkallat t.ex. av hänsyn till den skadelidande och av samhällsekonomiska skäl. Man kan inte använda den annars förekommande metoden att skärpa kraven på den som bedriver verksamheten och därmed konstatera ett vållande (alltså begagna vad som bl.a. Lundstedt kallat culpafiktion[52]): är skadorna en naturlig följd av en godtagen verksamhet eller ett lagligt handlande, duger ju inte motiveringen att skadegöraren bort förhindra dem. – Därigenom passar det också illa med sedvanliga resonemang om strikt ansvar på grund av farlighet. Det går inte gärna att åberopa en betydande skaderisk, när det är alldeles klart att skada kommer att uppstå – synpunkten hör inte hemma här.[53] Det visar sig också att lagstiftning på området, t.ex. miljöskadelagen, den norska granneloven och den finländska lagen om grannförhållanden, i stor utsträckning rör även förhållanden

[52] Se bl.a. Strikt ansvar II:1 s. 47 ff.

[53] Jfr NOU 1982:19 s. 24, 58.

som svårligen kan anses som egentligen farliga – t.ex. bullerstörningar från närliggande industrier, för att inte tala om estetiska störningar o.likn.[54] I situationer av denna typ kunde det verka närliggande att domstolarna tillgrep rättsenlighetsläran.

För att ett uppsåtligt skadegörande handlande skall godtas är det som sagt en förutsättning att detta anses värdefullt från samhällets synpunkt: det sker en intresseavvägning. Här betonar Lundstedt att man måste beakta i vad mån ersättning utgår till den skadelidande; detta kan vara en förutsättning för att nyttan med handlandet skall överväga dess skadliga följder (jfr ovan). I denna version synes det inte otänkbart att rättsenlighetsläran kunde ge ledning: i tveksamma ersättningsfall skulle frågan kunna ställas, om en gottgörelse till den skadelidande kan anses förutsatt för att det aktuella handlandet alls ansetts tillåtligt. (Naturligtvis utgör ett sådant resonemang ofta nog en konstruktion: man antar att lagstiftaren som tillåtit förfarandet varit lika vidsynt som en själv.) Ibland skulle ett resultat av avvägningen bli att den skadelidande i varje fall delvis får bära skadan själv, exempelvis när det gäller minskning av fastighetsvärdet till följd av störningar från en närbelägen trafikled.[55] Den rättsenliga verksamheten betraktas som så pass nyttig att full kompensation inte skulle vara rimlig.

Rättsenlighetslärans område skulle alltså vara vissa fall av väntade skador till följd av ett uppsåtligt skadegörande handlande, vars laglighet förutsatte att ersättning utgick. Som framgår inskränker sig dock inte resonemanget om rättsenligt handlande till de situationer som nu beskrivits. Det har ibland avsett också fall där grundsatser om *farlig verksamhet,* eller kanske snarare *farlighet,* har blivit avgörande. Någon klar avgränsning är svår att göra. Farlighet är ju ett ganska elastiskt begrepp, vars oklarhet påtalats i doktrinen.[56] Lundstedt har för sin del sett kravet på en «typisk» fara och liknande som ett utslag av den rättvisemetod som han förkastar; det avgörande skulle här, liksom vid culpaansvar, vara preventionshän-

[54] Jfr SOU 1983:7 s. 48, 250; Mons Sandnes Nygard, Ting og rettar s. 183, jfr Rådsegn 2 frå Sivillovbokutvalet s. 25 f.

[55] Jfr för Sveriges del NJA 1977 s. 424, SOU 1983:7 s. 54.

[56] Se t.ex. Grönfors, a.a. s. 130 ff, Lødrup, Luftfart og ansvar s. 193 ff.

syn, som kräver skadeståndsskyldighet för vissa förhållanden för att aktsamheten skall skärpas.[57] Skillnaden mot rättsenlighetsfallen är tydligen att preventionstanken får i särskild grad dominera vid farlig verksamhet.

I modern lagstiftning och litteratur har man gärna försökt stödja sig på både principer om rättsenligt handlande och farlighetsgrundsatser, när man diskuterat införandet av ett strikt ansvar. Ett exempel från Sverige är när den svenska miljöskyddslagen, dess skadeståndsregler inbegripna, angavs gälla «miljöfarlig» verksamhet, fast dessa regler från början tog sikte väsentligen på rättsenligt handlande. I ett sent skede av lagstiftningsarbetet fördes också typiska farlighetsfall in under lagen, vilket vållat svårigheter vid dess tillämpning och kritiserats i doktrinen.[58] Också i Danmark, där särskilda regler om skadestånd för miljöfarlig verksamhet saknas, förekommer tendenser att sammanföra de båda fallen,[59] medan i Norge man synes föredra att betona endera av aspekterna.[60] – I alla händelser är det snarast fråga om en glidande skala mellan de båda typerna av strikt ansvar: man kan urskilja en rad situationer, där skadan är allt mindre väntad och där paralleller med expropriation och liknande fall av rättsenligt handlande ter sig allt mindre naturliga.

Vid skalans ena ändpunkt ligger sålunda de *lagliga ingreppen i egendom* – expropriation och rådighetsinskränkningar. Här innebär ingreppet i sig självt skada, och den omtalade intresseavvägningen framträder klart. Åtminstone i lagstiftningssammanhang är det tydligt att tillåtligheten av ett sådant ingrepp normalt beror bl.a. av den skadelidandes möjligheter till ersättning, på liknande sätt som Lundstedt utvecklade. Vissa rådighetsinskränkningar som anses angelägna från allmän synpunkt grundar emeller-

[57] TfR 1923 s. 145 ff. Synpunkterna utvecklas betydligt utförligare i Strikt ansvar II:2, bl.a. s. 254 ff, 269 ff.

[58] Jfr prop. 1969:28 s. 375 f, 396, SOU 1983:7 s. 48; se häremot Hellner, Skadeståndsrätt (3 uppl.) s. 130, Agell i Nordisk försäkringstidskrift 1973 s. 119 f.

[59] Se Skovgaard, a.a. s. 90 ff m. hänvisn.

[60] Jfr Nils Nygaard, Skade og ansvar s. 238 ff, särskilt s. 243 f. Granneloven gäller dock även enstaka farliga handlingar, se Rådsegn 2 s. 25, Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 183. Jfr även NOU 1982:19 s. 24, 78.

tid som bekant inte någon rätt till kompensation; ett exempel är förbud mot bebyggelse på vissa strandområden.[61]

Paralleller med expropriation är närliggande vid mera allvarliga *störningar i grannförhållanden som medför omedelbar skada*: anläggningen av en flygplats leder utan vidare till att värdet sjunker på bostadsfastigheter i närheten. Det är naturligt att prövningen om den störande verksamheten skall tillåtas även här direkt beror av ersättningsmöjligheterna. I Sverige kan detta spela en viss roll för bedömningen, även om man inte direkt synes koppla ihop tillåtlighets- och ersättningsfrågan.[62] För Norges del blir däremot vissa speciella regler om vederlag för framtida skada aktuella, när en störning får fortsätta fast den överskrider grannelovens toleransgräns (se § 10). Regeln avser utpräglade grannförhållanden och lär inte ha haft större praktisk betydelse; den föreslås nu avskaffad utom i speciella intresseavvägningssituationer.[63] Den illustrerar emellertid den likhet med expropriationsfall som framträder just i dessa situationer.

Nästa steg utgör fall där det står klart att skada *åtminstone på längre sikt ter sig oundviklig*. Det gäller framför allt skador i grannförhållanden, där en viss person – i allmänhet en granne – framstår som den som skadan kommer att drabba och skadan typiskt sett har en bestämd art och en omfattning som kan förutses. Också då är det möjligt att göra en sådan jämförelse mellan nytta och skada som rättsenlighetsresonemanget förutsätter, och man kan anta att ersättningsmöjligheten även i detta läge kan inverka vid prövningen av verksamhetens tillåtlighet. Vederlagsreglerna i den norska granneloven blir aktuella, och dessutom kan skadestånd utgå enligt lagen även om verksamheten tillåts.[64] Det står i alla händelser klart att ersättningsfrågan även i dessa fall bedöms till väsentlig del ur den skadelidandes perspektiv, åtminstone enligt svensk och norsk rätt: man ställer frågan, om han skäligen bör tåla störningen utan ersättning med hänsyn till dess vanlighet m.m.[65] Ett typiskt exempel ger buller och avgaser från en

---

[61] Jfr från Sverige 15 § naturvårdslagen (vartill ersättningsregel saknas), från Norge «strandlovdommen» (NRt 1970 s. 671). Ang. rättsläget i Danmark jfr Orla Friis Jensen i Dansk miljøret IV (1978) s. 12, 13 f.

[62] Jfr Bengtsson i festskriften Svensk rätt i omvandling (1976) s. 46 ff. Vid skälighetsbedömning enligt 1 § 3 st. miljöskadelagen lär det vara svårt att i dessa fall bortse från att en verksamhet är samhällsnyttig (jfr NJA 1977 s. 424). Se däremot från Norge Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 206 f m. hänvisn.; jfr NOU 1982:19 s. 74 f.

[63] Se härom Rådsegn 2 s. 23 f, 33, Brækhus-Hærem, Norsk tingsrett (1964) s. 131 ff, Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 228 ff, NOU 1982:19 s. 163 ff (med förslag till lagändring, se s. 268, 276).

[64] Jfr härom 19 § granneloven och t.ex. Brækhus-Hærem, a.a. s. 135.

[65] Jfr 1 § miljöskadelagen, 2 § granneloven, Brækhus-Hærem, a.a. s. 106 ff, Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 191 ff. – Gäller det *onödiga* skador enligt 2 § granneloven, får naturligtvis skadegörarens förhållanden större betydelse. Jfr NRt 1969 s. 757.

trafikled (jfr från Sverige NJA 1977 s. 424). Även i denna situation kan man tänka sig synsättet att den skadelidande just på grund av en verksamhets stora samhällsnytta bör få finna sig i störningarna. Såvitt gäller fysiska skador är det dock svårt att finna klara exempel på detta.[66] – I dansk rätt är reglerna något annorlunda: det synes inte alls, eller bara undantagsvis, möjligt att ålägga ansvar för rättsenligt handlande i detta läge. Kan inte verksamheten förbjudas, föreligger i princip inget strikt ansvar.[67] Det torde innebära att ersättningsfrågan inte tas med i avvägningen av om verksamheten skall tillåtas på samma sätt som kan ske i Sverige och Norge. – I Finland förekommer en mera komplicerad reglering som, delvis efter norskt mönster, går ut på strikt ansvar för varaktigt besvär i grannförhållanden om besväret är oskäligt.[68] Också här torde den skadelidandes perspektiv vara det väsentliga.

I de nu berörda situationerna, inte bara rådighetsinskränkningar utan också grannstörningar, kan skadan inte sällan *uppdelas* på sätt som nyss angavs: den skadelidande kan delvis få stå risken själv, enligt vad som anses rimligt med hänsyn till ingreppets eller störningens art och hans egna förhållanden. Klarast framträder detta i svensk rätt; för Norges del har nedsättning föreskrivits, i den mån egendomen tål mindre än normalt.[69]

När *skaderisken inte kan säkert överblickas,* är det mera ovisst hur man resonerar. Vid vissa typer av miljöskador är det emellertid svårt att konstatera vem som kan drabbas, t.ex. när luft- och vattenföroreningar kan få effekter på avlägsna områden. Skadorna kan då inte anses väntade på samma sätt som i egentliga grannförhållanden, och deras omfattning är svår att förutse. En avvägning mellan nytta och skada är ännu besvärligare att genomföra; här tillkommer för övrigt ofta komplikationen, att sådana miljöintressen står på spel som inte kan värderas i pengar. Det är visserligen tänkbart att också i dessa fall man kan åberopa störningens vanlighet, närmast dess allmänna förekomst under jämförliga förhållanden (jfr 1 § 3 st. i den svenska miljöskadelagen), som ett skäl mot ersättning; men i alla händelser kan intresseavvägningen inte ske på samma vis som vid de mera

---

[66] Jfr NOU 1982:19 s. 74 f.

[67] Jfr Skovgaard, a.a. s. 107 ff och UfR 1963. 232, W.E. von Eyben i Dansk miljøret IV (1978) s 297 ff (som rekommenderar strikt ansvar) och numera UfR 1983.314 H (strikt ansvar beträffande en annan skadetyp), se härom Pontoppidan i UfR 1984 B s. 50.

[68] Jfr 17, 21 och 23 §§ lagen om grannskapsförhållanden, Saxén, Skadeståndsrätt s. 229 f, Routamo-Hoppu, a.a. s. 83 ff.

[69] Jfr åter NJA 1977 s. 424, Karlgren, a.a. s. 178 f och beträffande rådighetsinskränkningar Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (1986) s. 100 ff. – Se om Norge 9 § 2 st. granneloven, NOU 1982:19 s. 159 f, Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 226 f. – Ang. dansk rätt se Skovgaard, a.a. s. 324 ff.

utpräglade grannstörningarna. På bedömningen i detalj skall jag här inte gå in.

Vad som nu sagts gäller i än högre grad sådana *momentana och oberäkneliga störningar* som skada genom sprängsten, plötsliga gasutströmningar och andra svårförutsebara missöder i verksamheten. Det kan här knappast bli tal om att begränsa ansvaret på grund av störningens vanlighet. Vid tillståndsprövningen av verksamheten lär man normalt utgå från att skadan kan förebyggas. Vem som riskerar att drabbas kan vara oklart, och man kan knappast säga att skadan typiskt sett har en viss omfattning. Att i sådana fall diskutera, vilka skador som den skadelidande skäligen bör få bära, är inte så naturligt. I stället framträder farlighetsresonemang: har skaderisken varit så betydande att verksamheten bör svara för skadorna? Synsättet framträder i motiven till den nya svenska miljöskadelagen: skador av den angivna typen, bl.a. sak- och personskador till följd av flygande sprängsten och liknande fall, er normalt under reglerna om strikt ansvar oberoende av om störningen kan anses vanlig eller ej.[70] – Karakteristisk är också den svenska lagstiftningens inställning till skador genom grävning, schaktning o.d. Vid ras och liknande skadefall ersätts skada på grannfastigheten fullt ut oberoende av vållande, när arbetet är särskilt farligt eller omfattande, och detta oavsett om bristfällighet på den skadelidandes egendom har medverkat till skadan. Det blir inte heller fråga om undantag för vad som kan anses orts- eller allmänvanligt. Dessa regler, som avviker från de ungefär samtidigt tillkomna reglerna om föroreningar, buller, skakning och liknande störningar, bör ses mot bakgrund av att de gäller skador som normalt inte är väntade ens vid en betydande farlighet.[71]

I norsk rätt följer ansvaret vid grävning allmänna grannelagsregler.[72] I övrigt förekommer en tendens att även vid mera oberäkneliga skadefall av den typ som nu omtalats göra en viss intresseavvägning: man ställer frågan, om den skadelidande i ett visst läge rimligen bör vara berättigad till skydd. Någon delning av risken synes normalt inte förekomma vid dessa mera oväntade skadefall.[73] En sådan inställning kan synas naturlig bl.a. med tanke på att utanför grannelovens område det strikta ansvaret för farlig verksamhet väsentligen utbildats i rättspraxis: det är de norska domstolarna som får göra sådana avvägningar som i andra nordiska länder väsentligen ankommit på lagstiftaren. – I de nu aktuella situationerna kan också, undantagsvis, skadestånd utdömas i dansk rätt oberoende av vållande,

[70] Jfr 4 § miljöskadelagen, SOU 1983:7 s. 143 f, prop. 1985/86:83 s. 17, 41.

[71] Jfr 5 § miljöskadelagen, SOU 1983:7 s. 148, prop. 1985/86:83 s 41.

[72] Jfr härom Mons Sandnes Nygard, a.a. s. 215 ff.

[73] Se Rådsegn 2 s. 32 f, Nils Nygaard, a.a. s. 240 ff, 253 ff, Mons Sandnes Ny a.a. s. 227. Jfr NOU 1982:19 s. 78, 160.

närmast på grund av farlighetssynpunkter.[74] I finländsk rätt förekommer strikt ansvar vid grävning (se närmare 9 § lagen om vissa grannförhållanden) och undantagsvis även annars, på grund av farlighet. Någon intresseavvägning är svår att urskilja.[75]

I vart fall när skadorna är så svårförutsedda som nu har sagts torde normalt inte en prövning, om den farliga verksamheten skall tillåtas, bero av ersättningsfrågan – ett resonemang som över huvud taget verkar ganska främmande, såvitt angår risker för personskada. Här står ju annat än ekonomiska värden på spel. Inte heller de nämnda norska vederlagsreglerna lär kunna tillämpas i dessa situationer. En myndighetsprövning av tillåtligheten torde här mera sällan bli aktuell, men frågan kan komma upp när domstolarna någon gång har att bedöma, om utövande av farlig verksamhet av ny typ kan anses culpös.[76]

Någon gång lär dock en intresseavvägning av det diskuterade slaget bli aktuell t.o.m. då det gäller personskada. En förutsättning bör då vara att skaderisken är i viss mån statistiskt förutsebar, som då det gäller s.k. *systemskador* på grund av farliga produkter. Trots att man kan förutsäga att ett visst antal skador kommer att inträffa, om produkten släpps ut på marknaden eller annars används, anses handlandet tillåtet på grund av sin nyttoeffekt. Är skaderisken liten utgår inget skadestånd; detta är huvudregeln i fråga om systemskador i de nordiska länderna.[77] Är risken något större blir frågan om handlandet skall tillåtas utan att den skadelidande garanteras ersättning. – Problemet uppkom i det kända norska rättsfallet NRt 1960 s. 841. Som skäl för ett strikt ansvar för staten, när obligatorisk smittkoppsvaccinering för sjömän i utrikes fart medfört hjärninflammation, anfördes bl.a. att det var rimligt och riktigt att staten, som påbjudit vaccinationsingreppet i allmänhetens intresse, också tog den ekonomiska risken för skador som detta måste medföra. Om skaderisken anfördes vidare att den var extraordinär och säregen för vaccinationen i fråga, inte något som man annars är utsatt för i dagliglivet. Man kan sätta i fråga om verksamheten var farlig i vanlig mening. Under alla förhållanden synes i detta fall tankegångar liknande rättsenlighetsläran ha gett viss ledning för en utveckling i rättspraxis.[78]

---

[74] Se W.E. von Eyben, a.a. s. 302 ff, Anders Vinding Kruse, a.a. s. 301 ff m. hänvisn. och UfR 1983.714 H.

[75] Jfr Saxén, a.a. s. 231 f, 235 ff, Routamo-Hoppu, a.a. s. 90.

[76] Jfr om prövningen Anders Vinding Kruse, a.a. s. 71 ff. – Pontoppidan i UfR 1984 B s. 50 antyder dock ett synsätt liknande rättsenlighetsläran.

[77] Jfr Børge Dahl, Produktansvar (1973) bl.a. s. 330 ff, Bill Dufwa, Produktansvar (1975) s. 32, 99 f, Hellner, Skadeståndsrätt s. 262.

[78] Delvis liknande synpunkter på domen hos Hagstrøm, a.a. s. 218 ff. Jfr om dansk rätt Dahl, a.a. s. 81 ff.

En särskild typ av skador är sådana som inträffar på grund av bestående *bristfälliga anordningar*. Här står det klart att rättsenlighetssynpunkten inte hör hemma. I den mån det blir fråga om strikt ansvar, något som är aktuellt särskilt i norsk rätt på grund av principer om «teknisk svikt» eller liknande,[78a] ligger grunden nära en objektiv culpabedömning (dock utan att rättsstridighetsläran torde dras in i sammanhanget på det sätt som förut diskuterats).

Mot bakgrunden av det sagda kan den frågan ställas, om det är lämpligt att i dagens läge hålla fast vid en lära om ansvar för rättsenligt handlande. Det är visserligen fråga om en mera konkret princip än den ganska konturlösa rättsstridighetsläran. Ansvaret kan sägas i de karakteristiska fallen följa ett speciellt mönster: man bedömer på ett friare sätt än annars vilken av parterna som skall bära risken för vissa skador, som utgör väntade konsekvenser av ett tillåtet handlande. Vad för grundsatser som närmare gäller i fråga om riskens fördelning är emellertid svårt att säga, och området för resonemanget är under alla omständigheter begränsat. Huvudlinjerna i nordisk rätt är visserligen knappast klara – bl.a. intar den norska rätten synbarligen en viss särställning genom att den friare prövningen förekommer i alla möjliga situationer – men det är tydligt att man inte kan anlägga samma synpunkter på denna fråga i utpräglade rättsenlighetsfall som i utpräglade farlighetsfall. I det förra läget framträder intresseavvägningen betydligt mera påtagligt. Distinktionen har som nämnt också påpekats av Lundstedt. – Det står vidare klart att en allmän princip om rättsenligt handlande sönderfaller i en rad specialregler: om ersättning vid expropriation, vid inskränkningar i en ägares rådighet, i utpräglade grannförhållanden, vid miljöstörningar i andra sammanhang, vid systemskador och vid vissa andra fall av farlig verksamhet eller farliga handlingar. Frågan i vad mån den skadelidande själv skall bära någon del av risken får säkert bedömas på skiftande sätt i dessa olika situationer.

Ett visst pedagogiskt värde kan det väl ha att man pekar på de gemensamma drag som trots allt finns i de angivna fallen. Men det är tveksamt om denna fördel räcker till för att motivera det tekniska greppet. Den tankegång som skulle förklara mönstret i reglerna är

[78a] Jfr Nils Nygaard, a.a s. 260 ff och från Danmark nyligen UfR 1983. 866 H, 895 H.

alltför svår att urskilja. Om något enhetligt rättspolitiskt resonemang är knappast fråga. Läget är bl.a. inte detsamma vid lagliga offentliga ingrepp av typen expropriation eller rådighetsinskränkning som vid exempelvis miljöstörningar genom en tillåten verksamhet. I den mån en intresseavvägning sker, torde handlingens nytta från samhällssynpunkt på ett helt annat sätt tas för given i det förra fallet, medan i fråga om miljöskadorna lagstiftarens inställning är mera kluven; ersättningsskyldigheten vilar delvis på sådana allmänna miljörättsliga tankegångar som «förorenaren betalar» (pollutor pays), och ofta går det knappast att tala om något vägande allmänintresse som skulle utmärka handlandet. Situationen är också olika när det gäller riskfördelningsargumentet: vid statliga och kommunala ingrepp kan de enskildas förluster effektivt slås ut på skattebetalarna, medan en riskfördelning över huvud taget är betydligt svårare att genomföra vid exempelvis förorenande verksamhet – ansvarsförsäkring passar mindre väl vid ansvar för sådana väntade skador som det här är fråga om.[79] Ju mera förutsebar förlusten är, desto mindre blir försäkringsmöjligheten. Det är inte lätt att sammanfatta dessa skiftande och delvis motsägande synpunkter i en formel, som skulle ge ett träffande uttryck för tankegången bakom rättsenlighetsläran. Systematiken kan befaras leda till mer förvirring än överblick.

Inte heller lär domstolarna i allmänhet ha något behov av läran i fråga för att kunna vidareutveckla skadeståndsrätten. För detta syfte har farlighetssynpunkten visat sig ge långt större möjligheter. Ett handlande, som i och för sig utgör ett medvetet och skadebringande ingrepp i enskildas förhållanden, fordrar normalt lagstöd, och det är då naturligt att också ersättningsfrågan regleras i samma lag. Bara undantagsvis, som t.ex. i den norska vaccinationsdomen av 1960, lär domstolarna ställas inför ett motsvarande problem. Och då lär det gå bra att skapa ny rätt med hjälp av paralleller och analogier från de olika speciella principer som här har berörts, utan att tillgripa någon allmän rättsenlighetslära.

[79] Jfr SOU 1983:7 s. 98 ff, Strömbäck i Nordisk försäkringstidskrift 1986 s. 172 ff.

7. Som nämnt kritiserar Lundstedt ännu en lära som brukar åberopas till stöd för en skärpning av ansvaret utöver culparegeln: om *tyst garanti*. Framför allt är det alltså fråga om ett ansvar i kontraktsförhållanden eller i kontraktsliknande situationer, men skadefallet behöver inte ha någon mera markerad kontraktuell karaktär – det kan mycket väl gälla sak- eller personskada med bara ett yttre sammanhang med avtalsförhållandet. Emellanåt har garantiresonemang fått motivera en skärpt skadeståndsskyldighet mot andra än medkontrahenten, särskilt vid produktskada.[80] Utom Norden används garantisynpunkten ofta för att motivera ett strikt ansvar också i utomobligatoriska situationer.[81] Under alla förhållanden skiljer sig fallen klart från dem där rättsenlighetsläran blir aktuell (5 ovan). Inte sällan har man ansett det förhållandet, att ansvar vilar på garanti, motivera en viss begränsning av detta – enligt en särskild adekvansbedömning[82] eller till enbart ekonomisk skada.[83]

Man kan väl inte tala om någon allmän lära om garantiansvar på samma sätt som om de övriga läror vilka här har berörts. Det står emellertid klart att garantisynpunkten haft stor betydelse i äldre tid som «förklaring» till strikt ansvar i olika situationer och spelat en viktig roll för domstolarnas bedömning. Frågan blir även här om vi idag har användning för en allmän princip av detta slag – också utanför köprätten, som ju sedan gammalt är det typiska området för garantiresonemang.[84]

Vid sin behandling av garantifrågor hänvisar Lundstedt delvis till en annan kritisk uppsats från några år tidigare, «Kan härskande tolkning av 24 § köplagen anses riktig?».[85] Polemiken i 1923 års artikel torde inte heller i första hand rikta sig mot Ussings och Stangs skadeståndsrättsliga arbeten, där garantitanken spelar en

---

[80] Jfr nedan vid not 100 ff.

[81] Jfr t.ex. Dufwa, a.a. s. 88, 91 med hänvisningar.

[82] Jfr Stang, a.a. s. 88 med not 22 och även Ussing, Skyld og skade s. 222 f.

[83] Se bl.a. NJA 1945 s. 676; jfr härom Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden I s. 269 ff, Karlgren, Produktansvaret (1971) s. 28 f.

[84] Utom till 42 § i de nordiska köplagarna kan för Sveriges del hänvisas till 4 kap. 19 § jordabalken, om faktiska fel i såld fastighet («egenskap som kan anses utfäst»).

[85] SvJT 1921 s. 325 ff. – Se även SvJT 1924 s. 241 ff.

ganska undanskymd roll.[86] Kritiken följer emellertid till stor del liknande linjer som artikeln i övrigt. Garantiresonemangen utdöms som ovetenskapliga. Mot tanken, att en tyst garanti att svara för vissa skador skulle ligga i ett avtal, invänder Lundstedt bl.a. att den byggde på en verklighetsfrämmande fiktion – parterna kunde vanligen inte antas ha ägnat en tanke åt det förhållande garantin skulle gälla, utan det var fråga om en omskrivning av påståendet att skadeståndsskyldighet förelåg. Det avgörande var enligt Lundstedt också här rättspolitiska skäl, närmast att med tanke på allmänna omsättningens behov ett skadestånd var påkallat.[87]

Också i detta fall är det naturligtvis tänkbart att den kritiserade läran skulle vara motiverad av systematiska eller pedagogiska skäl. Mot detta talar emellertid redan garantibegreppets oklarhet: det kan bli aktuellt i en mängd situationer.[88] Den ansvarige kan *uttryckligen* ha garanterat att han i ett visst läge skulle *svara för skador* av visst slag – en situation som inte ger upphov till större juridiska problem – eller att hans prestation *har vissa egenskaper*; han kan ha gjort vissa *uttalanden* om prestationen, vilka med litet god vilja kan tolkas som en sorts garanti av det senare slaget; och han kan ha undvikit även sådana uttalanden, men en garanti för skadestånd kan ändå ligga i *själva situationen*.[89] Tydligen bidrar det inte på något sätt till att bättre belysa skadeståndsproblemet, om man för in också det sist angivna fallet under rubriken garantiansvar. Att en skadelidande på grund av omständigheterna känt sig trygg mot skada eller i vart fall räknat med ersättning om något sådant skulle hända, är en så allmän företeelse både i och utom kontraktsförhållanden att det inte rimligen bör vara något att hänga upp ett skadeståndskrav på. Tvärtom kan användningen av garantibegreppet i detta läge ge intrycket att en

[86] Se Stang, Erstatningsansvar s. 88, 114 med not 32 (med hänvisning till Innledning til formueretten) och s. 282 f (där läran bara omtalas); jfr Ussing, Skyld og skade s. 217 ff, där läran i stort sett förbigås.

[87] TfR 1923 s. 80 ff; SvJT 1921 s. 337 ff.

[88] Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II 12.2, 12.3, Dufwa i Festskrift till Hellner s. 194 f och M. André, Marknadsföringsansvar (1984) s. 510 ff.

[89] Härtill kommer garantitermens användning i andra speciella sammanhang, t.ex. som ett löfte om strikt ansvar i förening med friskrivning för vissa avlägsnare skador, bl.a. vid entreprenadavtal (jfr t.ex. Hellner, a.a. 4.5). Här bör också nämnas Rodhes användning av begreppet, se not 6 ovan.

domstol allmänt sett har möjlighet att inläsa en utfästelse om strikt ansvar i alla möjliga avtal utan något stöd i parternas viljeförklaringar eller uttalanden, och så är ju ingalunda fallet. De rättspolitiska skälen för ett sådant ansvar skiljer sig knappast från vad som annars brukar åberopas för en sträng skadeståndsskyldighet; bl.a. kan möjligheten till ansvarsförsäkring antas spela en roll också här,[90] och t.o.m. farlighetssynpunkter kan emellanåt vara av vikt.[91] – Det är också mot garantifiktioner av detta slag som Lundstedt främst riktat sin kritik. Han har fått många efterföljare; i doktrinen brukar numera inte tysta garantier stå högt i kurs.[92]

Mindre invändningar kunde det möta att kalla även strikt ansvar på grund av *mera preciserade uttalanden* om prestationen en sorts garantiansvar; det ger åtminstone en någorlunda träffande beskrivning av det förhållande som åberopas som grund för skadeståndet. I ett visst läge kan sådana uttalanden ge motparten samma uppfattning om ansvaret som mera uttryckliga löften och få honom att rätta sitt handlande därefter – en vara begagnas t.ex. utan betänkligheter till ett särskilt ändamål, i förlitan på säljarens uttalanden om dess användbarhet. Här framträder ett ändamålsresonemang som är karakteristiskt just för de aktuella skadefallen. Om någon allmän grundsats om strikt ansvar för sådana uttalanden är dock knappast fråga. Andra synpunkter, inte minst de skadelidandes behov av rättsskydd i situationen i fråga, torde även här påverka bedömningen.[93] Däremot lär argumentet om riskfördelning genom försäkring sakna intresse: ansvarsförsäkring passar inte, när skadeståndet vilar på en kontraktuell utfästelse i det särskilda fallet.[94]

Det står i alla händelser klart att läran om tyst garanti framstått som ett lämpligt redskap för domstolarna, när de velat utvidga

---

[90] Något försäkringstekniskt hinder behöver inte föreligga i detta fall. Jfr Hellner, Försäkringsrätt (2 uppl 1965) 25.4.4. m. hänvisn., Karlgren, Produktansvaret kap. 10.

[91] Jfr UfR 1953.157 och det finländska fallet HD 1972 II 97 (där dock ej garanti åberopades) samt Nils Nygaard, a.a. s. 407.

[92] Se t.ex. Taxell, Avtal och rättsskydd s. 106, Arnholm, Almindelig obligasjonsrett (2 utg. 1974) s. 299, Ussing, Obligationsretten. Almindelig del (4 udg. 1967) s. 107. Jfr Hellner, Speciell avtalsrätt II s. 315.

[93] Jfr Karlgren, Produktansvaret s. 89 ff, André, a.a. s. 518 ff.

[94] Se not 105 nedan.

skadeståndsskyldigheten. I Sverige uppfattade man tidigare ofta det i rättspraxis utbildade principalansvaret för lägre anställdas vållande i avtalsförhållanden som grundat på en garanti;[95] numera är det problemet löst genom skadeståndslagen (3 kap. 1 §). Också när det gällt att ålägga ett rent strikt ansvar har garantikonstruktionen visat sig attraktiv i olika situationer, låt vara att domstolarnas majoritet i allmänhet ogärna velat inläsa så mycket i avtalet utan att några mera konkreta uttalanden från den ansvariges sida kunnat åberopas.[96] I särskild grad har som bekant tanken visat sin livskraft vid produktskador – i första hand i Sverige och Finland.

För Sveriges del har situationen präglats av att Högsta domstolen redan i ett tidigt rättsfall (NJA 1918 s. 156, se även NJA 1945 s. 189) slog fast att säljarens strikta ansvar för fel i godset enligt köplagen inte kunde tillämpas. För att inte bindas av detta prejudikat har det alltså varit nödvändigt att, när ett strikt ansvar ansetts motiverat, falla tillbaka på ett garantiresonemang. En utfästelse om sådant ansvar har sålunda ansetts ligga i ett uttalande om produktens art (i det ganska tvivelaktiga fallet NJA 1945 s. 676)[97] och i en rekommendation om dess lämplighet för visst ändamål (NJA 1968 s. 285, som dock egentligen rörde ett materiellt uppdrag).

Ännu på allra senaste tid har HD använt sig av samma metod att skärpa skadeståndsskyldigheten. NJA 1985 s. 641 gällde skada på en bilmotor, sedan bilen tankats vid en bensinpump märkt «premium», vilken innehöll förorenad bensin – troligen blandad med dieselolja. HD konstaterade att enligt flera rättsfall köplagen inte var tillämplig på sådan skada och att, mot bakgrund av att frågan f.n. var uppmärksammad i lagstiftningsarbetet, det saknades anledning att nu ompröva denna ståndpunkt; domstolen erinrade emellertid om att enligt doktrin och rättspraxis ansvar kunde åläggas «enligt en underförstådd garanti eller med stöd av garantiliknande resonemang». I det aktuella läget låg det enligt HD väl i linje med senare års utveckling på konsumentskyddets område att säljaren hade ett särskilt ansvar för att lämnade uppgifter var korrekta och bensinen brukbar för det avsedda ändamålet, och ett ansvar kunde föras vidare mot tidigare försäljningsled och placeras på den som faktiskt var ansvarig för den skadebringande

[95] Se t.ex. Björling i Skrifter tillägnade Johan Thyrén (1926) s. 522 f, Alménn-Eklund, Lagen om köp och byte, 4 uppl. 1960, § 23 vid not 25 ff, NJA 1929 s. 550 (Stenbecks yttrande). Jfr Karlgren, Skadeståndsrätt s. 119 och Lundstedts kritik i Strikt ansvar II:1 s. 560 ff.

[96] Jfr Karlgren, Produktansvaret s. 81, Bengtsson i Lakimies 1984 s. 998 f m. hänvisn.

[97] Tolkningen torde numera i allmänhet vara vedertagen. Jfr t.ex. Dufwa, Produktansvar s. 45 m. hänvisn. och NJA 1985 s. 644.

egenskapen. Uppgiften på bensinpumpen borde alltså tilläggas samma verkan som en garanti. Skadestånd utdömdes.

Resonemanget illustrerar väl den typ av situationer där garantisynpunkter av detta slag tillgrips. Här gäller visserligen inte som i de nyss berörda rättsenlighetsfallen, att culpaansvar är nära nog uteslutet; inte sällan kan det uttalande som uppfattas som en garanti också betraktas som ett vårdslöst vilseledande av köparen, med påföljd att säljaren anses vållande till skadan.[98] Men detta är inte möjligt i alla lägen, och då kan det vara närliggande att tillgripa garantikonstruktionen, om rättspolitiska skäl talar för en ansvarsskärpning. Jag skall inte gå närmare in på dess värde i det aktuella målet;[99] i varje fall har uppgiften om produkten tydligen kommit att inverka på den skadelidandes handlande.

Utom kontraktsförhållanden är konstruktionen i fråga däremot användbar endast i speciella situationer, där ett uttalande om varan på något sätt vidarebefordrats till den skadelidande (t.ex. genom påskrift på emballage)[100] eller köparen på något sätt kan anses vara i den skadelidandes ställe; också ett konstruerat avtal till förmån för tredje man kan tänkas.[101] I Sverige har man varit försiktig med resonemang av dessa senare slag, frånsett att en köpares skadade familjemedlemmar ansetts kunna göra gällande samma utfästelse som han själv.[102] Att den skadade egendomen lämnats i köparens vård torde inte utan vidare anses medföra, att han anses företräda egendomens ägare vid förvärvet av den skadebringande produkten. Man kan dock undra, hur HD skulle ha bedömt situationen i 1985 års fall om bensinen köpts av någon som fått låna bilen; skulle inte garantin ha ansetts gälla ägarens skada? – Den utomlands förekommande tanken, att en garanti även i andra situationer kan anses medfölja varan, synes i alla händelser inte ha mött något gensvar hos svenska domstolar.[103]

I Finland har däremot en skadelidande som köparen behandlat med den farliga produkten – en hårförpackning – ansetts kunna åberopa (underförstådd) garanti i det välkända rättsfallet HD 1955 II 31.

I dansk och norsk rätt synes garantisynpunkten mindre ofta använd vid sak- eller personskador. För produktskadornas del har detta inte heller varit

---

[98] Jfr t.ex. NJA 1952 s. 184. Se även André a.a. s. 501 ff.

[99] Kritik mot en sådan användning av konstruktionen har framförts ungefär samtidigt av Dufwa, se Festskrift till Hellner s. 194 f, och André, a.a. s. 513 ff. – 1985 års fall har kommenterats av Nordenson i Advokaten 1986 s. 201 ff.

[100] Se Hellner, Skadeståndsrätt, s. 257, André, a.a. s. 511 f, Dufwa, a.st.

[101] Jfr Karlgren, Produktansvaret s. 168 f.

[102] Så i NJA 1945 s 676 (köparens familjemedlemmar skadade), jfr också 31 § konsumenttjänstlagen.

[103] Jfr Hellner, Skadeståndsrätt s. 253 och NJA 1983 s. 118 (skada på travhäst i vård hos köparen av produkten). Jfr härom André, a.a. s. 512 f; se dock Bengtsson i SvJT 1985 s. 636.

lika nödvändigt som i Sverige, eftersom motiven till köplagen här inte på samma sätt tagit avstånd från ett strikt ansvar för dessa skador grundat på lagens felregler.[104]

Garantiläran (om man skall använda en så pass pretentiös term) har alltså visat sig alltjämt vara vid liv i dessa sammanhang, trots doktrinens skeptiska inställning. På ungefär det sätt Lundstedt beskrev har domstolarna begagnat sig av den när rättspolitiska synpunkter talat för ett strängare ansvar. Men metoden har numera karaktären närmast av nödfallsutväg, i avvaktan på lagstiftning, och domstolarna torde ha begagnat den med dåligt samvete, väl medvetna om dess brister. Läran är på längre sikt inte mycket att bygga på vid en utveckling av skadeståndsrätten i dessa förhållanden. Liksom när det gällde principalansvaret får man anta att lagstiftaren snart löser problemet för produktskadornas del, och han lär lika litet som tidigare ha någon användning av garantisynpunkten – det finns långt bättre och slagkraftigare argument för en ansvarsskärpning. Ur systematisk-pedagogisk synvinkel kan som sagt läran med fördel undvaras. Och den karakteristiska rättspolitiska synpunkten, att den skadelidande bör kunna handla i förlitan på ett bestämt uttalande rörande varans art och egenskaper, har en ganska begränsad räckvidd.

8. Resultatet av denna översikt är knappast överraskande. De allmänna läror Lundstedt främst angripit synes idag ha ringa nyttovärde. De är inte nödvändiga för att ge en överblick av skadeståndsreglerna; de ger begränsad hjälp för förståelsen av skadeståndsproblemen; lagstiftaren har inte stor glädje av dem; för domstolarna tycks bara garantikonstruktionen ha större intresse, och dess betydelse borde rimligen minska allteftersom lagstiftning sker på de områden där den aktualiserats.

Att övergripande synpunkter av detta slag undan för undan har mist sin betydelse just inom skadeståndsområdet kan naturligtvis ha haft samband med kritik av den art som Lundstedt framfört. Det

[104] Jfr emellertid från Danmark UfR 1931.927, UfR 1941.1031, UfR 1942.26 H; se om garantiansvaret Dahl, Produktansvar bl.a. s. 369 ff, Jørgen Hansen, Produktansvar (1985) s. 42 ff.

finns dock flera mera närliggande förklaringar till förhållandet. Till en början kan erinras om försäkringsväsendets utveckling och den ökade medvetenheten om dess betydelse. De kritiserade lärorna utbildades vid en tid då sådana hänsyn sällan drogs in i diskussionen om skadeståndsrätten. Möjligheten till ansvarsförsäkring, och i viss mån också möjligheten till försäkring på skadelidarsidan, har som bekant alltmer framträtt som en väsentlig ändamålssynpunkt inom stora delar av rättsområdet. Det står klart att lärorna om rättsstridighet, om strikt ansvar för rättsenliga handlingar och om underförstådd garanti inte har mycket att göra med försäkringsmöjligheterna på någondera sidan. Delvis går de gränser de drar upp tvärs emot försäkringssynpunkten; möjligheten till ansvarsförsäkring är inte stor vid typiskt rättsenligt handlande, och den är som sagt inte given vid garantiansvar.[105] Läran om farlighetsansvar har på ett annat sätt gått att koppla samman med försäkringstanken, och den anknyter dessutom till populära uppfattningar om skadeståndsrätten som ett skydd framför allt mot riskabla verksamheter och handlingar. Det är också denna lära som, trots sitt oklara innehåll och den kritik den mött, visat sig utvecklingsduglig framför andra, och detta även under senare decennier.

En annan välkänd faktor är den ändrade inställning som framträder inom civilrättsdoktrinen och även påverkat rättstillämpningen, inte minst inom skadeståndsrätten. Resonemangen bygger numera sällan på rättsgrunder av den förut berörda typ som skulle förklara regelsystemet på ett enhetligt sätt (jfr 2 ovan). Ett avgörande argument är i stället ofta vad Lundstedt kallat samhällsnyttan, uppfattad på växlande sätt. Men det innebär ju inte att Lundstedts förhoppningar om ett system av rationella, konsekvent upprätthållna regler förverkligats. I stället för relativt enkla principer, som vilar framför allt på preventionssynpunkter, har genom lagstiftning, rättspraxis och doktrin utformats ett komplicerat regelsystem, präglat av en detaljerad rättspolitisk analys med sikte på särdragen hos olika konfliktfall. Här kan sociala och humanitära hänsyn, överväganden om den lämpliga regeln i en speciell situation eller ibland rena

[105] Se om den senare synpunkten särskilt vid produktansvar Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden II s. 555 ff, 578 ff, 615 ff, Hellner, Försäkringsrätt (2 uppl. 1965) s. 409 f, SOU 1979:79 s. 35 f.

billighetssynpunkter påverka bedömningen. För Lundstedt skulle förmodligen detta ha framstått som en återgång till en rättvisemetod av den typ han angripit, om också i samhällsnyttans förklädnad. – I alla händelser är lärorna om rättsstridighet, rättsenligt handlande och garanti svåra att förena med variationer av detta slag i systemet. Inte heller läran om farlig verksamhet stämmer särskilt bra med ett så nyanserat synsätt.

Slutligen kan man inte bortse från den minskade vikt doktrinen fått som rättskälla bl.a. på skadeståndsområdet. Till stor del beror det naturligtvis på att åtskilliga av de klassiska skadeståndsrättsliga stridsfrågorna numera lösts genom utförlig lagstiftning i de nordiska länderna. När det gäller tolkningen av dessa regler, blir det motivens uttalanden om lösningen av konkreta problem som träder i förgrunden; de behandlas av många domstolar med en respekt och följsamhet jämförlig med vad som mötte teoretikernas läror under 1900-talets tidigare decennier.[106] Men även frånsett detta tycks genomslagskraften hos doktrinens utläggningar knappast vara densamma som förr. Vi skriver mer och mer, och kanske blir det också läst; men idag verkar det långt mindre vanligt att domstolarna utan vidare tar sådana uttalanden för goda, i den mån dessa inte stöder sig på lagmotiv och rättspraxis. Det gäller både mera allmänna lärosatser, i den mån sådana förekommer, och rekommendationer rörande en speciell situation. Ter sig den förordade lösningen olämplig i det särskilda fallet, lär man utan större vånda avvika också från högt respekterade författares mening.[107] Den auktoritetstro som Lundstedt så energiskt bekämpade är nog inte helt borta, men den har andra föremål än tidigare. I varje fall är den nuvarande, mera självständiga inställningen till den teoretiska litteraturen inte heller så gynnsam för uppkomsten av allmänna skadeståndsläror.

---

[106] Det gäller i vart fall för Sveriges del; mitt intryck är att något liknande förekommer också i andra nordiska länder (där dock motiven mindre sysslar med detaljproblem).

[107] Tidigare sades svenska domstolar normalt utan vidare döma i köprättsliga mål i enlighet med Alméns stora köplagskommentar (jfr dock NJA 1918 s. 156), men det är inte säkert att man idag lika troget följer moderna författare ens med den största auktoritet. Jfr t.ex. Hellner i SvJT 1982 s. 398 f om NJA 1975 s. 33 och även i Skadeståndsrätt s. 198 f om NJA 1985 s. 309.

Strikt skadeståndsansvar i rättstillämpningen

(Objektive Schadensersatzhaftung in der Rechtsprechung)

(1984)

Av

justitierådet *Bertil Bengtsson*

1. Det klassiska problemet, i vilka fall ett strikt ansvar bör åläggas en skadegörande verksamhet, diskuteras betydligt mera sällan i nordisk litteratur idag än för några decennier sedan. Detta är ganska naturligt: när ett behov av strikt ansvar varit särskilt framträdande, har frågan oftast reglerats i lag (utom i Norge, där å andra sidan rättspraxis om sådant ansvar utan lagstöd numera har i viss mån stabiliserat sig). De områden, där domstolarna skulle ha möjlighet att konstatera strikt ansvar enbart på grund av allmänna rättsprinciper, är idag begränsade både i Sverige och Finland, och i Danmark är utrymmet för ansvar av sådant slag ännu mindre. För Sveriges del tillkommer att kollektiva försäkringar mot personskada, betalade av den skadegörande verksamheten, täcker flera viktiga områden där krav på strikt skadeståndsskyldighet tidigare var vanliga; det gäller trygghetsförsäkringen (som här kompletterar den obligatoriska arbetsskadeförsäkringen), patientförsäkringen, som omfattar flertalet personskador orsakade i sjukvård, och läkemedelsförsäkringen. Utvidgade förmåner från socialförsäkring har också gjort skadestånd för personskada mindre angeläget. – Problemet om strikt ansvar utan stöd av lagstiftning har dock alltjämt praktisk

betydelse. Teknikens utveckling och andra samhällsförändringar kan aktualisera nya områden där en sådan ansvarsprincip kan verka befogad.

Det kan vara skäl att göra en överblick av situationen idag, då allmänna skadeståndslagar under omkring ett decennium varit i kraft i Sverige och i Finland. Såvitt jag kan förstå är utgångsläget i våra länder väsentligen likartat, bl.a. genom att lagstiftaren på samma sätt undvikit att ta ställning till frågorna om allmänna principer för strikt ansvar.

> Med *strikt* ansvar menar jag i fortsättningen vad som tidigare ofta förtydligande betecknats som »rent strikt» ansvar, dvs en skadeståndsskyldighet oberoende av varje vållande hos den ansvarige eller hans medhjälpare -- anställda eller andra.[1] Här skall också i korthet beröras en annan form av skärpt skadeståndsansvar, s.k. *presumtionsansvar*. Därmed brukar man som bekant i allmänhet avse en skadeståndsskyldighet som drabbar den vars verksamhet på ett eller annat sätt gett upphov till en skada, såvida han inte kan visa att han är fri från vållande till skadan – alltså ett culpaansvar med omkasted bevisbörda. För Sveriges del har ansvarsformen ringa betydelse utom kontraktsförhållanden, sedan bilansvarighetslagen avlösts av trafikskadelagen med dess försäkringsordning; inte heller i Finland spelar ansvaret så stor roll i utomobligatoriska sammanhang (jfr dock 4 nedan). Vid diskussionen om det önskvärda i en ansvarsskärpning får man emellertid ta hänsyn till om domstolarna genom en omkastning av bevisbördan kan nå ungefär samma resultat som om de tillämpade en grundsats om strikt ansvar, fast på ett något mindre drastiskt sätt.

2. Från teoretisk synpunkt har det knappast hänt så mycket nytt i debatten om strikt ansvar, sedan den stod i sitt flor för några decennier sedan.[2] I olika sammanhang har förordats försäkringar av den svenska typen till förmån för den skadelidande, en tanke som framför allt utvecklats i den uppmärksammade principdiskussionen i den svenska propositionen av 1972 med förslag till skadeståndslag.[3]

---

[1] Ibland, bl.a. i skadeståndslagens motiv, talas i stället om »objektivt ansvar». – Som strikt ansvar kan inte betraktas ansvaret i NJA 1977 s. 538 (vållande hos leverantör åberopat).

[2] Se senast diskussionen vid nordiska juristmötet 1966, med *Anders Vinding Kruses* referat bil. 4.

[3] Se *prop. 1972: 5* s. 78 ff.

De nya teorierna om ekonomisk prevention – tanken att skadekostnaderna bäst reduceras om de läggs på den som har största möjligheten att reducera risken – har i Sverige presenterats och i viss mån utvecklats av Jan Hellner[4]; i Danmark har de ingående analyserats av Bo von Eyben.[5] De kan, om man så vill, ses som en mera förfinad argumentation för ett strikt ansvar för vissa verksamheter som inte kan anses som farliga i vanlig mening. Dessa tankegångar har dock endast i mindre utsträckning präglat debatten om det strikta ansvaret, som i allmänhet hållit sig på ett ganska konkret plan. För 1972 års svenska principdiskussion har de inte spelat någon märkbar roll.

När jag i fortsättningen inte närmare går in på de teoretiska argumenten för strikt ansvar, sammanhänger det – utom med att jag inte har så mycket nytt av intresse att anföra – med den begränsade betydelse som sådana argument i praktiken har för utvecklingen i rättspraxis. Den ordinäre domaren känner redan av tidsskäl ett naturligt motstånd mot att närmare begrunda mera abstrakta analyser och principiella diskussioner utan direkt betydelse för ett konkret fall eller ens för en praktisk tvistefråga. Ett sådant nödvång att begränsa fördjupningen till mera speciella områden gäller också för Högsta domstolens ledamöter. Går man igenom domstolens avgöranden om skadestånd (och om många andra frågor) från senare decennier, slås man av att motiveringarna till inte ringa del har samband med den dömande avdelningens sammansättning: i den mån en specialist på området medverkat blir gärna skrivningarna mera principiella och hänvisningarna till omständigheterna i det enskilda fallet mindre framträdande.[6] Saknas dessa specialistkunskaper är det naturligt att domstolen tvekar att – under stark tidspress och med begränsat erfarenhetsunderlag – slå fast en ny rättsgrundsats på ett rättsområde; de särskilda förhållanden i tvisten understryks, och man garderar sig på olika sätt mot att några vittgående slutsatser dras av avgörandet. Det sagde gäller i än högre grad hovrättsavgöranden (även om man undantagsvis kan vara benägen att ta större risker i att lansera nya rättsprinciper, kanske i medvetande om

[4] Se bl.a. Festskrift för Ekelöf (1972) s. 320 ff.

[5] Se den stora avhandlingen Kompensation for personskade I (1983) bl.a. kap. 8.

[6] För skadeståndsrättens del gäller detta kanske särskilt mål där justitieråden Conradi eller Nordenson deltagit. Jfr t.ex. NJA 1966 s. 210, NJA 1977 s. 176, NJA 1977 s. 538.

att konsekvenserna trots allt inte blir så vittgående som av en HD-dom).[7]

Har rättsvetenskapsmannen turen att en av dessa specialister med mera exklusiv beläsenhet på området medverkar i ett prejudicerande avgörande, kan han kanske glädja sig åt att hans teorier de lege ferenda får viss effekt i praktiken. Men annars kan han på sin höjd hoppas på gensvar – utom hos kolleger – hos utredare och departementsjurister med särskild tid och fallenhet för teoretiska djupdykningar. I varje fall är det ofta i en förenklad och förgrovad form hans tankar når det stora flertalet jurister (för att inte tala om politikerna). Det måste nog medges att den författare som vill påverka rättsläget helst bör ägna sig en konkret och jordnära diskussion av problem de lege lata, med täta hänvisningar till motiv och rättspraxis.[8] Det är genom handböcker, läroböcker och enkla, slagkraftiga uppsatser han bäst kan utöva ett inflytande – och ofta är det bara en enda författare som på detta vis kan dominera ett rättsområde.[9]

Vad som nu sagts torde också gälla sådana principdiskussioner om skadeståndsrättens kommande utveckling som förekom i 1972 års proposition, i den mån de inte omedelbart legat till grund för lösningar i lagstiftningen. Som bekant avvek propositionen här från den vedertagna meningen bland jurister och politiker: utvecklingen borde inte gå mot nya regler om strakt ansvar, utan tvärtom skulle skadeståndsrättens betydelse minskas och ersättningsbehovet till stor del tillgodoses med kollektiva försäkringar till den skadelidandes förmån.[10] Uttalandena fick utan tvivel visst inflytande på lagstiftningsarbetet, och de kom vidare att stimulera försöken att i

---

[7] Se sålunda Göta hovrätts dom i NJA 1983 s. 118.

[8] Detta torde också gälla rättsvetenskapliga utlåtanden i enskilda tvister; med hänsyn till deras karaktär av beställningsarbeten – f.ö. av ganska växlande kvalitet – torde man på en del håll se på konklusionerna med någon skepsis, om inte de bygger på handfasta hänvisningar till sedvanliga rättskällor eller den sakkunnige rättsvetenskapsmannen har mycket högt anseende.

[9] Jfr det dominerande inflytande *Karlgrens* bok Skadeståndsrätt behöll i Sverige, trots att först *Strahl* och sedan *Hellner*, i långt mindre spridda framställningar, framfört betydligt modernare teorier – tills läget ändrades genom Hellners lärobok Skadeståndsrätt (1 uppl. 1973).

[10] Jfr härom *Bengtsson* Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet (1976) s. 81 ff.

praxis utveckla nya försäkringsformer mot personskada; men det är ovisst om resonemangen – som inte togs in i redogörelsen för lagmotiven i Nytt juridiskt arkiv II – kom att påverka rättstillämpningen i nämnvärd utsträckning. Man kan misstänka att de flesta domare ansåg detta mera abstrakta program för framtiden sakna egentlig betydelse för den dömande verksamheten. För övrigt var ståndpunkten inte ens i propositionen kategorisk. När lagrådet i anslutning till vissa uttalanden av departementschefen nämnde möjligheterna att utveckla strikt ansvar i praxis på vissa områden – produktansvar, datorverksamhet – gjordes ingen erinran mot detta.[11]

Något år senare gav departementschefen direktiv för en utredning på produktansvarets område; där föredrogs tydligen en försäkringslösning, men han avvisade inte möjligheterna till ett skärpt skadeståndsansvar av vanligt slag.[12] Ändringarna i skadeståndslagen 1975 gav knappast något stöd för att men skulle avstå från att utveckla generösare skadeståndsrättsliga regler i vissa fall. Under det borgerliga regeringarnas tid 1976–1982 togs visserligen inga mera omfattande initiativ på området, men varken tilläggsdirektiv angående produktansvar[13] eller direktiv till miljöskadeutredningen[14] tyder på någon skepsis mot det strikta ansvaret i och för sig. Om man kan dra andra slutsatser av de debatter som förts om miljöskadefonder i riksdagen är tveksamt; de fick följder för miljöskadeutredningens uppdrag, men möjligen har nu intresset för fonder svalnat efter utredningens diskussion av problemet.[15] – Hur läget är för närvarande är oklart. Det är tänkbart att 1972 års pricipdiskussion delvis är överspelad, i den mån den manat till återhållsamhet vid utvecklingen av strikt ansvar i nya lägen. Inte ens 1972 torde man kunna säga att propositionens skepsis mot ansvarsformen hade någon klar politisk förankring, och än mindre lär detta gälla idag. I alla händelser är det naturligt om man i domstolarna känner en viss villrådighet i frågan vart lagstiftningen är på väg.

---

[11] *Prop. 1972: 5* s. 623, 648; se vidare nedan vid not 52 ff.
[12] Se *SOU 1976: 23* s. 19 ff.
[13] Se *SOU 1979: 79* s. 11 ff.
[14] Se *SOU 1983: 7* s. 34 ff.
[15] Se *SOU 1983: 7*, kap. 12.

Vad angår möjligheten att få nya tankar att slå igenom i skadeståndsrättslig domstolspraxis bör också observeras att domstolarna just här kan ha skäl att visa särskild försiktighet. En skärpning av ansvaret blir i de flesta fall i praktiken oåterkallelig – det gäller i varje fall företagares ansvar mot arbetstagare och privatpersoner. Det torde här vara nära nog omöjligt, politiskt sett, att om väl ett ansvar utan vållande slagits fast i rättstillämpningen man genom lagstiftning skulle återgå till den mildare skadeståndsskyldigheten enligt culparegeln.[16] Saken är i realiteten avgjord, och det är svårt att ens lindra ansvaret genom att föreskriva vissa beloppsbegränsningar utöver vad som framgår av allmänna regler. Bestämmelsen om jämkning av oskäligt betungande skadestånd i 6 kap. 2 § skadeståndslagen (i stort sett motsvarande reglerna i 2 kap. 1 § andra stycket och 3 kap. 6 § i den finländska lagen) är inte särskilt väl anpassad för att komplettera en princip om strikt ansvar i detta avseende.[17] Konsekvensen kan, paradoxalt nog, bli den att en domstol behöver känna mindre hämningar när det gäller att övergå till strikt ansvar mellan företagare – här har lagstiftaren större praktiska möjligheter att rätta till förhastade ställningstaganden i rättspraxis. Särskilt kan detta sägas om kontraktsförhållanden, där dessutom balansen mellan parterna i fortsättningen kan upprättshållas genom avtalade ansvarsbegränsningar, friskrivningar eller justering av vederlaget.

Oavsett vem ansvaret gäller mot bör betonas domstolarnas återhållsamma inställning när *lagstiftningsarbete pågår* om den aktuella tvistefrågan. Man kan tala om en svensk tradition att inte föregripa en sådan lagstiftning genom att konstatera att det skärpta ansvar man håller på att utreda redan föreligger utan lagstöd. Att detta är HD:s ståndpunkt framgår bl.a. av ett par domar om produktansvar som jag återkommer till.[18] Samtidigt bör beaktas att om ett lagförslag i viss riktning lagts på hyllan, eftersom en ansvarsskärpning inte ansetts lämplig, det också kan uppfattas som ett politiskt ställningsstagande ifall domstolen genomför vad som inte regering eller

[16] Jfr *von Eyben*, a.a. s. 485.

[17] Jfr *Bengtsson*, Om jämkning av skadestånd s. 294 ff om ett speciellt fall; se dock s. 243.

[18] Se nedan vid not 60, Jfr också NJA 1976 s. 282.

riksdag funnit motiverat. Man får räkna med att klara omsvängningar i praxis främst blir aktuella i frågor som av någon anledning inte ansetts förtjäna en utredning under senare år, eller där ett lagförslag fallit av snarare tekniska än principiella skäl – kanske på grund av sin bristfälliga utformning eller genom sin sammankoppling med frågor utanför skadeståndsrättens område.

Det förefaller som om samma inställning skulle råda i finländsk rätt;[19] i vart fall torde de allmänna skälen för återhållsamhet gälla också här. Domstolarna tycks dock inte fullt så obenägna att ålägga ett strikt ansvar utan lagstöd som i Sverige. Exempel skall ges i fortsättningen.[20]

3. Det sagda kan motivera att man inte skulle fördjupa sig närmare i de skadeståndsrättsliga teorierna, så länge dessa frågor bara diskuteras de lege lata. Det kan naturligtvis ha sitt värde att stödja olika rekommendationer också på sådana teorier, men jag tror att en framställning av rättsläget blir mera realistisk om den i första hand fäster vikt vid analogier från vedertagna regler och kända konstruktioner som traditionellt används i sammanhanget.[21] Bl.a. hänvisar skadeståndslagens motiv till en sådan metod, när det gäller en utvidgning av det strikta ansvaret i rättstillämpningen.[22]

Allmänt kan emellertid anmärkas att det inte är så svårt att finna rättspolitiska synpunkter som talar för en ansvarsskärpning – reparations-, riskfördelnings- och preventionssynpunkter, liksom den rättstekniska fördelen att man slipper pröva vållandefrågan. Ofta ter sig detta så självklart att skärpningen inte fordrar någon mera ingående argumentation. I motsatt riktning verkar huvudsakligen bara allmänna farhågor om de effekter en ökad ekonomisk börda kan medföra för svarandens verksamhet, även om den fördelas genom ansvarsförsäkring. Här är man ofta inne på osäker mark,

---

[19] *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 242 f, jfr supplement s. 423; *Routamo-Hoppu*, Vahingonkorvausoikeus s. 91.

[20] Se nedan not 45, efter not 59, vid not 71, 73.

[21] Jfr från Finland *Routamo-Hoppu*, a.a.s. 91.

[22] Se *prop. 1972: 5* s. 112 f (ang.ansvar för polisens bruk av vapen – den enda punkt där departementschefen uttryckligen förutsatte att ansvaret kunde utvidgas).

där mera ingående analyser saknas. Domstolarna har goda grunder för att uttala sig varsamt om sådana frågor.

> Till förmån för ett strängare ansvar kunde naturligtvis också anföras uppfattningen hos allmänheten och i massmedia – där tycks det vanligen inte råda något tvivel om vilken utgång som är skälig och naturlig, när enskilda personer kräver ersättning av ett företag, av det allmänna eller av ett försäkringsbolag. Hur pass stor roll detaljerna i skadeförloppet spelar en roll för denna inställning är svårt att säga. Bl.a. kan det diskuteras, om det ofta framförda kravet på skärpt ansvar vid produkt- och miljöskador beror på att skadefallens speciella art kommit detta att te sig rimligt eller på att vissa skadeståndstvister tilldragit sig särskild uppmärksamhet.[23] Att sådana synpunkter kan påverka inställningen på lagstiftarhåll står klart, särskilt när det gäller initiativet till utredningar på olika områden av skadeståndsrätten. Däremot lär knappast domstolarna ta hänsyn till sådana vaga rättviseresonemeng i prejudicerande avgöranden, utom i den mån resonemangen kommit till uttryck just i lagstiftarens beslut och uttalanden.[24]

4. Om man intar den försiktiga hållning som här har förordats är det naturligt att till en början pröva, vilka möjligheter det finns att i olika situationer komma fram till en ansvarsskärpning på traditionell väg. I första hand kommer naturligtvis i fråga ett skärpt ansvar för *vållande*. Övergången dit är flytande; tendensen till en strängare vållandeprövning vid mera riskabla verksamheter är välkänd och skall inte behandlas här.[25] I de allra flesta fall kan en domstol, som anser skadeståndsskyldighet motiverad av ena eller andra orsaken, på detta vis komma till ett sådant resultat – något som f.ö. ger anledning att sätta i fråga den vanliga invändningen om de ödesdigra ekonomiska konsekvenser som en lagstiftning om strikt ansvar skulle få för industrins (eller ibland kommunernas) del.[25 a]

---

[23] Möjligen kan misstankas att skydds- och garantisynpunkter (nedan vid not 46 ff) inte saknar betydelse för denna uppfattning.

[24] Jfr t.ex. hänvisningen till utvecklingen på skadestånds- och konsumenträttens områden i NJA 1977 s. 538.

[25] Jfr t.ex. *Karlgren*, Skadeståndsrätt (5 uppl. 1972) s. 171 ff.

[25 a] Över huvudtaget kan man sätta i fråga om det finns skäl att se principiellt annorlunda på strikt ansvar än på culpaansvar, när det gäller sådana frågor som skadeståndets storlek utom konktraktsförhållanden eller

Också möjligheten att skärpa ansvaret genom att konstatera ett *presumtionsansvar* bör observeras. Väsentligen hör ett sådant ansvar hemma i kontraktsförhållanden – oftast enligt uttryckliga lagregler men emellanåt också utan lagstöd, såsom i vissa situationer där skada uppkommer på omhändertagen egendom;[26] de skiljer sig ganska klart från de utomobligatoriska fallen. Lagbestämmelser som förskriver ansvar av detta slag utom kontraktsförhållanden är sällsynta, sedan bilansvarighetslagens presumtionsansvar avlösts av trafikskade lagens försäkringsordning.[27] I diskussionen har framkastats att man i vissa lägen, närmast vid produktskador, borde utan lagstöd kunna tillämpa en princip om presumtionsansvar för att öka de skadelidandes ersättningsmöjlighet, när de typiskt sett har svårt att föra bevisning om vållande hos motparten.[28] Av särskilt intresse är att detta synes vara ett ganska vanligt resonemang i finländsk domstolspraxis, inte bara i fråga om produktansvar[29]; exempel förekommer sålunda när det gäller fastighetsägares skyldighet att svara för halkningsskador[30] och ishockeyarrangörens ansvar mot åskådare.[31] Att kasta om bevisbördan på detta vis torde dock knappast vara närliggande för svenska domstolar. Ett fullt tänkbart resonemang, som förekommit också i finländsk rättspraxis, är däremot att anse redan det faktiska skadeförloppet ge sådant stöd för påståendet om vållande att tillräcklig bevisning föreligger härom, om inte särskilda ursäktande omständigheter visas från motsidan (»res ipsa loquitur» enligt en känd engelsk term; proma facie-be-

---

jämkning (se om den sistnämnda frågan *Hellner* i SvJT 1984 s. 149 ff, med vissa invändningar mot min egen framställning om medvållandejämkning i om jämkning av skadestånd, kap. 8).

[26] Se t.ex. *Bengtsson*, Särskilda avtalstyper I s. 180; jfr *G. Lennander*, Panthavares skyldigheter s. 148 ff.

[27] Se dock 21 § kreditupplysningslagen. Jfr *Hellner*, Skadeståndsrätt 8.9.

[28] Jfr *Bengtsson*, Om ansvar för läkemedel (Norsk forsikringsjuridisk Forenings publ. nr 54, 1969) s. 30 f, *Dufwa*, Produktansvar s. 78 f, 85.

[29] Se allmänt *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 46 f, 240 f och supplement s. 423 och *Arti*, Vahingonkorvauslaki (1981) s. 51 ff; om produktansvar se *Saxén* i Tidskrift utg. av Juridiska föreningen i Finland 1974 s. 164.

[30] Se Redogörelser och meddelanden angående Högsta domstolens avgöranden (här förkortade FiHD) 1968 II 98, 1972 II 10.

[31] FiHD 1975 II 64.

vis).[32] Det är alltså snarast vad man kallat den »falska» bevisbördan som här övergår på svaranden.[33] Gränsen mellan de olika metoderna för ansvarsskärpning är inte lätt att dra; kombineras en sträng vållandebedömning med ett res-ipsa-loquitur-resonemang, är man dock nära ett strikt ansvar.

Möjligheten att använda dessa metoder att utvidga ansvaret torde variera med hänsyn till skadeorsaken. Ett skärpt culpaansvar kan ligga nära till hands bl.a. när produkter eller anordningar på grund av sin beskaffenhet innebär varaktiga risker för sådana skador som inträffat; man har då många gånger ställt stränga – någon gång orealistiskt stränga – krav på förutseende och omsorg hos den som haft möjlighet att vidta åtgärder mot risken.[34] Har skadan uppkommit genom ett mera momentant skeende i en industriell verksamhet eller liknande, kan i stället resonemanget verka naturligt att orsaken till en skada av inträffat slag får antas vara någon form av oaktsamhet i verksamheten, när annat inte framgår av utredningen – alltså ett slags presumtionsansvar, som delvis torde vila på liknande grunder som det icke lagfästa ansvaret för omhändertagen sak i kontraktsrätten (jfr ovan). Särskilt vid mera svåröverskådliga händelseförlopp kan metoden synas närliggande; exempel ger skada genom sprängning eller genom sådana fabrikationsfel i en produkt som kan tyda på att någon på svarandesiden begått ett misstag eller slarvat med kontrollen.[35] Detsamma gäller brister i fastigheter och andra anläggningar som nyligen iordningställts av svaranden eller dennes medhjälpare.[36]

Vissa skadeorsaker kan man emellertid inte komma till rätta med på detta vis, om man vill skärpa ansvaret – bl.a. risker som är så svåra att upptäcka på förhand att det vore orealistiskt att tala om

---

[32] Jfr t.ex. NJA 1952 s. 184 och NJA 1975 s. 657 (dock skador i kontraktsförhållande).

[33] Jfr härom *Ekelöf*, Rättegång IV (5 uppl. 1982) s. 81 ff, se även s. 97 (primafaciebevisning).

[34] Jfr t.ex. NJA 1967 s. 164, utförligt behandlat av *Hellner*, a.a. s. 74 ff, och från produktansvarets område NJA 1961 s. 94 (jfr *Hellner*, a.a. s. 218). Se även not 25.

[35] Jfr t.ex. NJA 1949 s. 460 (där ej culpa uttryckligen åberopades).

[36] Jfr åter FiHD 1975 II 64.

vållande i sammanhanget.[37] Sålunda förefaller det omöjligt att på annat vis än genom att tillämpa regler om strikt ansvar komma fram till ersättningsskyldighet för »utvecklingsfel» i produkter[38] eller dolda brister i äldre byggnader eller andra anläggningar. Något liknande kan sägas om vissa tekniska fel, exempelvis i datorer. I alla dessa fall torde en eventuell presumtion för vållande gå att motbevisa utan större svårigheter. – Ännu en situation där man inte gärna kan ålägga ett ansvar på grund av (presumerat) vållande är när skadan utgör en på lägre sikt oundviklig följd av en nyttig verksamhet, som samhället godtar; kan det inte krävas att verksamheten bedrivs på annat vis – den utövas t.ex. enligt miljöskyddsmyndigheternas föreskrifter – är enda utvägen att tillämpa ett strikt ansvar på sätt som föreskrivits i miljöskyddlagen.

Det förefaller främst vara i fall av nu angivna slag som en skärpning till strikt ansvar kan bli aktuell i rättspraxis. Till stor del förekommer lagstiftning om sådana skador. Lagar om strikt ansvar för farliga verksamheter av ena eller andra slaget omfattar ofta flera av de omtalade skadetyperna. Många gånger är verksamheten i och för sig önskvärd, och oförutsedda skador beror antingen på dolda varaktiga risker eller på tekniska missöden. Detta torde vara fallet på exempelvis miljöskyddlagens och luftfartsskadelagens områden samt vid ansvar enligt elanläggningslagen. Tekniska missöden aktualiseras vid skadeståndsskyldighet enligt 23 § datalagen, och om nära nog oundvikliga skador till följd av en nyttig offentlig verksamhet kan man tala när det gäller 1974 års lag om ersättning vid frihetsinskränkning.

5. Frågan blir emellertid hur man *utanför* det lagreglerade området skall kunna motivera ett strikt ansvar – om domstolarna, som nu har förordats, i första hand skall anknyta till sådana resonemang och värderingar som redan vedertagits i lagstiftning eller rättspraxis. I tidigare diskussion har här särskilt nämnts skadestånd vid tekniska fel och vid bristfällighet i en byggnad eller liknande;

---

[37] Möjligen finns det numera en allmän tendens hos HD att reagera mot alltför långtgående krav på aktsamhet i sådana sammanhang; jfr *Bengtsson* i Svensk juristtidning 1978 s. 505, 1981 s. 520 f.

[38] Jfr härom *Dufwa*, a.a. bl.a. s. 28 ff.

man har ställt frågan om inte ett strikt ansvar i varje fall här skulle kunna genomföras utan lagstiftarens hjälp – det skulle bara vara fråga om en sorts objektivisering av culpabedömningen.[39] I gällande rätt finns dock knappast något stöd för en mera generell ansvarsskärpning av detta slag. Man håller även i de angivna fallen fast vid kravet på vållande i vanlig mening, utom när speciella grunder finns från avvikelse från denna huvudregel.

Den traditionella motiveringen för att ålägga strikt ansvar utan lagstöd är ju att åberopa en allmän princip om farlig verksamhet. Att begreppet farlighet, hur det än utformas, inte ger någon klar ledning är emellertid välkänt.[40] Begreppet är i och för sig vagt, det kan ibland förlora sin innebörd med den tekniska utvecklingen, och det har ingalunda konsekvent varit vägledande i lagstiftningen om strikt ansvar; åtskilliga lagregler härom rör handlingar eller förhållanden som inte kan anses särskilt riskabla, vilken aspekt man än anlägger.[41] – Någon större klarhet ger inte heller den variant av farlighetsresonemanget som betonar vikten av en sorts statistisk sannolikhetsbedömning: strikt ansvar skulle föreligga, om med hänsyn till den skadegörande verksamhetens art och omfattning skador ter sig oundvikliga i varje fall på längre sikt. Synpunkten har ansetts betydelsefull i norsk rättspraxis,[42] och för Sveriges del kan den tänkas ha inverkat bl.a. på skadeståndsskyldigheten vid farliga militärövningar (se t.ex. NJA 1937 s. 196 och NJA 1946 s. 734) och vid omfattande sprängningar (se NJA 1966 s. 248).[43] I dessa situationer stod det redan vid skadeståndslagens tillkomst klart att strikt ansvar förelåg utan lagstöd,[44] något som också synes ha gällt i Finland.[45] De ledande rättsfallen har emellertid rört så pass riskfyllda förfaranden

---

[39] Så *Hellner* i Förhandlingar vid nordiska juristmötet 1966 s. 124; jfr *A. Vinding Kruse* s. 126 f (se även bilaga 4 s. 5 f) samt från Finland *Ingman* s. 134. Liknande synpunkter *Walin* i Förhandlingarna vid nordiska juristmötet 1960, bil 7 s. 19, 43.

[40] Jfr särskilt *Grönfors*, Trafikskadeansvar s. 130 ff.

[41] Så t.ex. 4 § lagen om tillsyn av hundar, 47 § ägofredslagen, och även 30 § miljöskyddslagen beträffande vissa mera oskyldiga störningar.

[42] Jfr *Kristen Andersen*, Skadeforvoldelse og erstatning s. 312 ff.

[43] Jfr om dessa frågor *Hellner*, a.a. s. 122 ff. Se även *Grönfors*, a.a. s. 142 f, 159.

[44] Se *prop. 1972: 5* s. 29 f.

[45] Se t.ex. FiHD 1973 II 15 och *Saxén*, Skadeståndsrätt s. 235 om

att det statistiska resonemanget knappast kan antas ha haft någon självständig betydelse, och det är svårt att finna belägg på att det mera generellt skulle anses vägledande i rättspraxis.

Man kan fråga om det vid sidan av farligheten går att finna några allmänna drag som karakteriserar de situationer där strikt ansvar förekommer. En synpunkt som möjligen kunde ha sitt intresse är att sådant ansvar anses motiverat särskilt när den skadelidande inte kan sägas ha aktivt medverkat till skadeförloppet – skadan har inträffat så plötsligt eller så omärkligt att han *typiskt sett inte kunnat skydda sig mot den.* Gatutrafikanten träffas av en sprängsten,[46] ett flygplan störtar på ett hus, invånarna i ett område förgiftas så småningom av luftföroreningar. Även sådana tankegångar tycks spela en roll i norsk rätt.[47] Situationen är inte alldeles densamma när någon skadas exempelvis vid sin användning av en farlig produkt eller när han rör sig i en bristfällig lokal. Skadeförloppet ter sig då mindre oundvikligt; man kan alltid åberopa att om den skadelidande handlat annorlunda skadan inte skulle ha inträffat, och inte sällan kan det tänkas – fast inte bevisas – att han själv har brustit ei erforderlig aktsamhet.[48] Någon klar skillnad föreligger dock inte mellan de båda fallen. Också när den skadelidande aktivt medverkat vid sin skada kan omständigheterna ha varit sådana att han saknat anledning att räkna med en skaderisk, antingen på grund av motpartens uppträdande i det enskilda fallet eller med hänsyn till den normala inställningen hos folk i allmänhet. Här kan ett slags *garantiresonemang* talar för ansvar, något som naturligtvis får särskild aktualitet i kontraktsförhållanden (jfr 10 nedan).

Inte heller dessa synpunkter ger något konkret besked om var man kan vänta en utvidgning av det strikta ansvaret. Detsamma kan sägas om andra tankegångar som ligger bakom ett skärpt ansvar i olika situationer.[49] De visar bara ett möjligt sätt att argumentera,

---

sprängningar; ang. militärövningar synes inte rättspraxis ha kunnat åberopas till stöd för regeln, jfr Saxén, a.a. s. 236.

[46] Jfr *prop. 1969: 28* s. 376 och härom *SOU 1983:* 7 s. 48.

[47] Se t.ex. *Nygaard,* Skade og ansvar (2 utg. 1980) s. 239 ff.

[48] Jfr också fallet där ägaren av särskilt immissionskänslig egendom inte kan åberopa strikt ansvar, se härom prop. 1969: 28 s. 240.

[49] Jfr *Hellner,* a.a. s. 112 ff, *Grönfors,* a.a. s. 60 ff.

men det fordras mera för att domstolarna skall antas gå ifrån den culparegel som nu lagfästs i skadeståndslagen.

Mera givande kan det vara att åberopa den aktuella situationens *likhet med ett lagreglerat fall*. Emellanåt är en sådan metod tänkbar. När man i lagmotiv antagit att skada till följd av rymdverksamhet ersätts oberoende av vållande, synes sålunda likheten med luftfartsskadorna ha spelat en viktig roll.[50] Och när det gäller entreprenörers ansvar vid farliga eller omfattande grävningsskador är det troligt – om också inte säkert – att man gör analogier från bestämmelsen om fareansvar i 3 kap. 4 § jordabalken, i förening med den vedertagna principen om strikt ansvar för farliga sprängningar.[51] Det vanliga torde emellertid vara att man bara kan finna vissa allmänna likheter med något lagstadgat fall av strikt ansvar utan att de framstår som tillräckliga för en analogi.

6. Frånsett de nu berörda, speciella situationerna har man inte mycket annat att hålla sig till i diskussionen om enskilda skadetyper än vissa kortfattade uttalanden i *skadeståndslagens motiv*.

Möjligheten att utvidga området för strikt ansvar berördes i Sverige främst av lagrådet. Enligt 1 kap. 1 § i det remitterade departementsförslaget skulle jämte lagen också tillämpas »allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser». Lagrådet invände mot detta, att därmed bara kunde avses sådana allmänna regler som vunnit stadga vid lagens tillkomst, vilket skulle innebära att rättsutvecklingen i viss mån bundes; emellertid, framhöll lagrådet, var meningen tydligen inte att förhindra ytterligare rättsutveckling vid sidan av lagen bl.a. i fråga om strikt ansvar. Utom fall som departementschefen anfört (tydligen polisens bruk av vapen[52]) kunde här som andra tänkbara områden anföras »förhållanden som sammanhänger med produktansvar och datateknik». Lagrådet föreslog att lagen inte

---

[50] Se prop. 1981/82: 226 s. 25 (jfr s. 26), där även allmänna principer om ansvar för farlig verksamhet åberopas.

[51] Jfr *Hellner*, a.a, s. 125, *SOU 1983:* 7 s. 61, 148. – En analogi från miljöskyddslagen kan också leda till att entreprenör, som utför mera långvariga arbeten på en fastighet, kan bära strikt ansvar för miljöskador; jfr *SOU 1983:* 7 s. 48 med hänvisningar. En analogi synes naturlig också beträffande förorening av grundvatten (jfr a.a. s. 145, 249).

[52] *Prop. 1972:* 5 s. 112 f. Jfr från Finland det av *Saxén*, a.a. s. 243 not 70 anförda motivuttalandet.

skulle innehålla någon föreskrift om tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser.[53] I propositionen ändrades lagtexten i 1 kap. 1 § i detta avseende, varvid departementschefen inte kommenterade vad lagrådet anfört om strikt ansvar.[54] – I den finländska propositionen uttalades på liknande vis, att man i förslaget avstått från att uttryckligen säga att de skadeståndsrättsliga grundsatserna fortsättningsvis skulle äga tillämpning vid sidan av SkL:s bestämmelser; avsikten var att man i rättspraxis skulle vidare utveckla t.ex. tillämpningsområdet för objektivt ansvar, varvid som nya områden i detta avseende torde kunna avses »bl.a. frågor som sammanhänger med produktansvar och datateknik».[55]

Någon avgörande betydelse bör man väl inte fästa vid att just dessa områden nämndes. Det svenska lagrådsuttalandet fälldes mera i förbigående och nämnde två frågor som just då stod i debattens centrum; kort efteråt kom ett betänkande med förslag till datalag och direktiv till en produktansvarsutredning.[56] Och det är inte uteslutet att den svenska exemplifieringen påverkade den finländska. Men motivuttalandena ger i varje fall en viss antydan om vad som ansetts rimligt på lagstiftarhåll – och, för Sveriges del, också på domarhåll. Det finns alltså skäl att till en början ta upp just de fall som nämndes. Gemensamt för produktansvar och datateknik är att det är så pass särpräglade områden, att analogier från redan gällande utombligatoriska regler om strikt ansvar synes svåra att dra. Det är, typiskt sett, inte heller fråga om något särskilt farligt handlande.

7. Vad *produktansvaret* angår skall här inte återges den utförliga diskussionen om skälen för och emot en ansvarsskärpning.[57] Argumenten för en strängare skadeståndsskyldighet anses vanligen överväga, och på dem har produktansvarskommittén tagit fasta i sitt betänkande av 1979; här föreslogs strikt ansvar för personskada bl.a. när det gällde tillverkare och importörer, varvid dock undantag

[53] *Prop. 1972: 5* s. 623.
[54] *Prop. 1972: 5* s. 648.
[55] Revisionen av skadeståndslagstiftningen s. 12, jfr s. 46 (lagutskottet instämmer i det allmänna uttalandet).
[56] Jfr *SOU 1972: 47* och *SOU 1976: 23* s. 19 ff.
[57] Se *Dufwa*, a.a.; *Karlgren*, Produktansvaret; SOU 1979: 79.

gjordes för vissa skadetyper som direkt täcktes av försäkring, såsom läkemedels- och trafikskador. Nyligen har också konsumentköpsutredningen lagt fram ett förslag om sådant ansvar – visserligen bara för säljaren – i fråga om sakskador tillfogade konsumenter (SOU 1984: 25). Lagstiftning har alltså för Sveriges del aktualiserats på större delen av området, dock inte för de praktiskt viktiga produktskador som träffar näringsidkares egendom.

Ett delvis liknande ansvar som enligt 1979 års svenska förslag föreslog den finländska produktansvarskommittén i sitt betänkande av 1978; det gällde både personskador och sakskador orsakade av produkter som avsetts för konsumenter.[58] Inte heller detta förslag har lett till lagstiftning.

Det står klart att traditionella skadeståndsrättsliga resonemang bara på ett begränsat område kan grunda ett utomobligatoriskt ansvar oberoende av vållande. Det gäller vid särskilt farlig produktion – kanske tillverkning av expclosiva varor eller speciellt giftiga kemiska produkter – och förmodligen i en del garantifall; med stöd av viss kontraktsrättslig praxis (särskilt NJA 1968 s. 268[59]) bör man sålunda kunna konstatera en garanti vid mera konkreta uttalanden om en produkts lämplighet eller oskadlighet, vilka vidarebefordrats till konsumenten genom reklam, påskrift på emballage el. likn. Möjligen kan här, liksom i det finländska avgörandet HD 1955 II 31, en garanti få effekt om den riktas inte till den skadelidande själv men till den som i dennes intresse använt produkten (i det nämnda fallet en hårfrisör som använde en farlig hårförpackning). – Går man utanför denna ram, är man inne på skadeståndsrättsliga nybildningar.

Ett speciellt sätt att skärpa produktansvaret illustreras av NJA 1977 s. 538, där importören fick svara för vållande av tillverkaren, när produkten orsakat personskada.[59a] Bedömningen var onekligen så

---

[58] Se 1 § i förslaget (»sådana av näringsidkare framställda varor, vilka är avsedda att användas eller i väsentlig omfattning användes för enskild konsumtion»).

[59] Det säregna fallet NJA 1945 s. 676 torde böra tillmätas mera begränsad betydelse i sammanhanget.

[59a] Jfr om rättsfallet *Dufwa* i Festskrift till Jan Hellner s. 218 ff (där det bl. a. framhålls att HD här trots pågående lagstiftningsarbete ingripit i rättsutvecklingen). – Dufwas uppsats, som publicerats efter det att min

pass sträng att HD på goda grunder kan anses ha gått ett stycke på väg mot ett strikt ansvar för sådan skada; frågan är emellertid om domstolen för närvarande är beredd att gå ända fram.

De enda svenska mål om produktskador utom kontraktsförhållanden där HD hittills haft att ta ställning till frågan om strikt ansvar i egentlig mening har rört just sådana skador för näringsidkare eller likställda som legat utanför lagstiftningsplanerna: i NJA 1982 s. 180 har prövats tillverkares ansvar för hönsfoder som medfört bismak på producerade hönsägg, i NJA 1983 s. 118 en annan foderproducents ansvar för foder som medfört att en travhäst botulinförgiftats. Skenbart behövde HD alltså inte känna sig hämmad av det pågående lagstiftningsarbetet på sätt som nyss angetts, när man bedömde den aktuella ansvarsfrågan: det fanns goda skäl att räkna med att skadeståndsskyldigheten vid produktansvar av just detta slag skulle förbli oreglerad. Men uppenbarligen skulle ett strikt ansvar mor näringsidkare ha föregripit lagstiftning på produktskadeområdet: om ett sådant ansvar gällde i detta läge, skulle det knappast vara tänkbart att ansvaret vore mindre strängt vid personskador och konsumenters egendomsskador, där enligt sedvanliga värderingar skälen för skadestånd är betydligt starkare. En lagstiftning som gick up på mildare skadeståndsskyldighet skulle då ha varit nära nog omöjligt att föreslå. Att talan ogillades i båda målen var alltså knappast oväntat, men motiveringen har sitt intresse.[60]

> Vad först angår NJA 1982 s. 380 (hönsfoderfallet) är att märka att den skadelidande, trots att målet faktiskt avsåg tillverkares ansvar mot en medkontrahent, endast åberopade ett »strikt produktansvar» till stöd för sin talan – alltså inte någon form av garanti. Som skäl för att denna talan ogillades anförde HD, att visserligen framför allt på personskadeområdet en utveckling kunde sägas vara på gång mot strikt produktansvar; med hänsyn till pågående lagstiftningsarbete borde dock »på sakskadeområdet, i allt fall beträffande förhållan-

artikel skrivits, innehåller över huvud taget en givande diskussion av de aktuella rättsfallen om produktansvar och lagstiftningsproblemen på området.

[60] Jfr också NJA 1982 s. 421 (»Leo-målet», bedömt av samma ledamöter som NJA 1982 s. 380), där minoriteten tog ställning till frågan om strikt ansvar vid läkemedelsskador; sådant ansvar ansågs ej föreligga.

det mellan näringsidkare» inte en lagstiftning föregripas genom rättspraxis. – I NJA 1983 s. 118 (travhästfallet) hade hovrätten konstaterat ett strikt produktansvar, under åberopande bl.a. att det var fråga om en fodervara, vars mottagare måste kunna utgå från att den skulle kunna användas på avsett sätt utan skadeverkningar av aktuellt slag, att den skadelidande hade ett starkt skyddsbehov och att det måste anses rimligare att tillverkaren bar skaderisken. I detta fall, som var utomobligatoriskt – fodret var sålt till den travtränare hos vilken hästägaren ställt upp hästen – åberopades i HD till en början garanti; härom framhöll HD att då kontraktsförhållande saknades mellan parterna en garanti »i egentlig mening» inte kunde komma i fråga, och att en föreskrift om att varan skulle vara »god och sund» inte medförde skärpning utöver allmänna principer för produktansvar. I fråga om den skadelidandes påstående om »strikt produktansvar» upprepades i stort sett utalandena från 1982 års fall, varvid framhölls att – fast den skadelidandes innehav av hästen var att betrakta som hobbyverksamhet – ansvaret fick bedömas som i förhållandet mellan näringsidkare.

HD har alltså hållit en försiktig linje. Uttalandena utesluter inte att t.o.m. innan lagstiftaren tar ställning till frågan om produktansvaret domstolarna skulle kunna konstatera ett strikt ansvar, så länge det inte gäller sakskada som träffar näringsidkare. Antagligen kommer man dock att visa återhållsamhet i fråga om strikt ansvar över huvud taget, så länge lagstiftningsplanerna inte definitivt skrinlagts. Skulle det inte bli någon lagstiftning av, får emellertid uttalandena ide berörda rättsfallen stor betydelse (förutsatt att statsmakterna inte klart tar ställning mot ett strikt ansvar, t.ex. genom att riksdagen fäller ett förslag härom). Om HD anser utvecklingen i vart fall på personskadeområdet vara på väg mot ett strikt ansvar, ligger det sålunda nära till hands att domstolen i det nu angivna läget vågar slå fast en sådan regel; möjligen kan detsamma också gälla sakskada som drabbar konsumenter, fast från social synpunkt ett strängt ansvar här ter sig mindre angeläget. Det förefaller vidare inte särskilt troligt att HD här skulle fästa avgörande vikt vid arten av det begångna felet, även om behovet av skärpt ansvar som sagt framträder särskilt vid vid utvecklingsskador och vid fabrikationsfel på grund av tekniska missöden (jfr 3 ovan). Några garantikonstruk-

tioner kan knappast heller antas få betydelse, om inte man verkligen kan konstatera att utfästelser om godset vidarebefordrats till den skadelidande. Bl.a. uppmuntrar uttalandena i 1983 års fall knappast till sådana resonemang som i det nämnda finländska avgörandet HD 1955 II 31, om också de väl inte är helt uteslutna. – Snarare kan man förmoda att HD inriktar sin prövning på frågan om strikt produktansvar ter sig rimligt vid vissa typer av varor; ett naturligt område är skadliga livs- och fodermedel, varvid sådana synpunkter som framträder i hovrättsdomen om travhästen kan inverka.[61]

Liknande frågor har kommit upp i ett plenimål i Finlands HD. HD 1981 I 1 rörde en detaljhandlares ansvar mot köparen av en grillkorv, innehållande en metallbit som skadat en tand – alltså ett kontraktsrättsligt fall. Majoriteten ogillade skadeståndstalan bl.a. på den grund att tillverkarens namn angetts på paketet och att metallbiten inte kunnat komma in i varan medan den var i säljarens besittning.[62] Motiveringen synes anknyta till tankegångar i det framlagda lagförslaget;[63] man kan ha velat hålla möjligheten öppen till strikt ansvar enligt principerna i förslaget, vilka bl.a. innebar att detaljisten inte svarade då tillverkaren var känd.

8. Vad sedan gäller *datafel*, innehåller den svenska datalagen en regel om strikt ansvar i en speciell situation: om den som är registrerad tillfogas skada genom att personregister innehåller felaktig uppgifter om honom (23 §). Som skäl för denna regel, som ju avser ren förmögenhetsskada, har i motiven åberopats två argument: dels kunde skadeverkningar av ett fel kan bli väsentligt större vid ADB-teknik, med hänsyn till uppgifternas ökade spridning och den

---

[61] Jfr *Rodhe* i SvJT 1951 s. 608, *Vahlén* i Festskrift till Nils Herlitz (1955) s. 382 (båda närmast om fallet NJA 1946 s. 676).

[62] Minoriteten biföll talan med tre olika motiveringar, varvid bl.a. 5 ledamöter ansåg att strikt ansvar förelåg för personskada orsakad av fabrikstillverkat livsmedel.

[63] Enligt lagförslaget förelåg ansvar, utom för tillverkare och importör, för den som säljer anonyma produkter och inte lämnar uppgift om tillverkare, importör eller leverantör; undantag från ansvaret skulle gälla bl.a. om svaranden kunde göra sannolikt att produkten blev bristfällig först sedan han satt den i omlopp. Liksom det svenska förslaget är det finländska påverkat av det konventionsförslag som utarbetats av en expertkommitté inom Europarådet. Jfr *SOU 1979: 79* bl.a. s. 73 ff.

tilltro de åtnjuter på många håll, dels vore den som bedriver en verksamhet förbunden med felrisker, beroende på missöden som inte kan läggas någon till last som vållande, närmare att bära uppkommen skada än den enskilde som drabbas.[64] Det är, som Hellner framhållit, fråga om ett slags ansvar för effektiv verksamhet.[65] Det senare argumentet – däremot knappast synpunkten om skadeverkningarna – kan ha sitt intresse för ansvar vid datafel över huvud taget, särskilt om det sammanställs med förut berörda lagrådsuttalandet om datateknik; möjligen kan dock detta uttalande ha avsett just de speciella skador som regleras i datalagen, inte dataansvar över huvud taget.

Onekligen kan skäl anföras för ett mera allmänt strikt ansvar vid tekniska fel av denna typ (jfr det norska ansvaret för »teknisk svikt»).[66] Vid skada uppkommen till följd av automatisering borde den skadelidande inte vara sämre ställd än tidigare, när motsvarande skada kunde uppkomma genom att samma arbetsmoment varit anförtrodd en anställd – och detta oavsett om dataverksamhet kan betraktas som särskilt riskabel. Resonemanget tycks stämma väl med lagstiftarens korta argumentation då strikt ansvar infördes mot enskilda personer vid datafel i inskrivningsregister (se 9 § lagen om inskrivningsregister); just här överfördes en uppgift från anställd personal till datorer. I förarbetena framhölls att garantier inte kunde lämnas för att ADB-systemet skulle fungera helt felfritt och att det under sådana förhållanden var naturligt att staten iklädde sig ersättningsskyldighet mot den enskilde.[67] – Härtill kommer argumentet om dataprocessens komplicerade natur, som i varje fall gör det föga rimligt att lägga bevisbördan för begångna fel på den skadelidande.

Visst stöd för ett mera generellt strikt ansvar kan man alltså finna i lagstiftningsmaterialet. Vilken räckvidd de berörda resonemangen har är dock ovisst. Också här verkar det troligast att, om ett strikt ansvar skulle införs i rättspraxis, detta till en början inskränks till

---

[64] *SOU 1972: 46* s. 92.

[65] Skadeståndsansvar vid dataverksamhet, ADBJ-rapport 1974-5, s. 5 f.

[66] Jfr. t.ex. *Nygaard*, a.a. s. 244 ff. Se från Sverige *Hellner* i Förhandlingar vid Nordiska juristmötet 1966 s. 124; jfr *A. Vinding Kruse*, s. 120 f.

[67] NJA II 1973 s. 666 f.

vissa typfall – exempelvis verksamhet av vissa slag där datorer spelar en väsentlig roll – och eventuellt bara får avse fysisk skada.[68]

9. Som förut antyddes förekommer redan i SkL:s motiv uttalanden om möjligheten att ålägga staten strikt ansvar när *polisen* orsakar skador genom våld i sin tjänsteutövning, framför allt genom bruk av vapen; man hänvisade här till tänkbara paralleller med sådana farliga verksamheter som vissa sprängningar eller artilleribeskjutning och liknande aktiviteter inom militärväsendet.[69] Sannolikt avsågs bara förfaranden av farligare slag; man kan knappast anta att departementschefen, med sin allmänna inställning, tänkte sig strikt ansvar som något mera normalt i dessa situationer. Under alla förhållanden finns här möjligheter för domstolarna att skärpa ansvaret utöver skadeståndslagens regler.[70]

Liknande paralleller från farlighetsansvarets område borde vara möjliga vid *lagring av explosiva eller särskilt eldfarliga varor:* från Finland[71] – men knappast från Sverige[72] – kan åberopas viss rättspraxis till stöd härför. – Möjligheten till liknande resonemang vid rymdverksamhet och en del grävningar har förut omtalats.[72a]

Frånsett de nu berörda fallen är det svårt att finna områden, där för Sveriges del ett strikt utomobligatoriskt ansvar ter sig troligt utan att något lagstöd föreligger. I Finland förekommer viss rättspraxis till stöd för ett strikt ansvar för kommuner vis *fel i vatten- och avloppsledningar* som medför vattenskador,[73] eventuellt med stöd av analogier från vattenlagen.[74] Undantag görs för force majeure och liknande. – I Sverige kan här 1970 års lag om allmänna vatten-

---

[68] Jfr allmänt *Seipel*, Computing Law (1977) s. 86 med hänvisningar och, omstrikt ansvar för detafel vid myndighetsutövning, *Bengtsson*, Skadestånd vid myndighetsutövning II (1978) s. 212.

[69] *Prop. 1972: 5* s. 112 f.

[70] Se närmare om frågan *Bengtsson*, Skadestånd vid myndighetsutövning II s. 217 ff.

[71] Se Fi HD 1969 II 42 (strikt ansvar för förvarare av eldfarlig celluloid); jfr också Finlands Högsta domstols dom 11. 12. 1973, nr 2837, refererad *av Arti*, a.a. s. 54.

[72] Jfr *SOU 1983: 7* s. 144 och om brandskada s. 251.

[72a] Se ovan vid not 50 f.

[73] Se t.ex. FiHD 1967 II 54, FiHD 1968 II 55, FiHD 1979 II 137.

[74] Jfr *Saxén*, a.a. s. 238, *Routamo-Hoppu*, a.a. s. 90.

och avloppsanläggningar (va-lagen) bli tillämplig; det innebär ett sådant ansvar när kommunen, eller annan som driver anläggningen, kan anses ha åsidosatt sina skyldigheter i förhållanden till en skadelidande fastighetsägare.[75] Det kunde ligga nära till hands att analogisera från lagen (och från grannelagsrättsliga principer) också när skadan drabbar någon annan, men något stöd i svensk rättspraxis är svårt att hitta. – Ett annat tänkbart område för strikt ansvar utan lagstöd är när någon håller *farliga djur* med skada som följd. Antagligen fordras en betydande farlighet för att man skall bortse från kravet på vållande.[76] De analogier som kan göras från lagregler på området ter sig knappast särskilt övertygande, vare sig man hänvisar till hundägares ansvar – som väl närmast kan motiveras med att hundar trots sin oberäknelighet ofta får föra sig tämligen fritt[77] – eller till ägofredslagens grannelagsrättsligt färgade regler.[78] Förmodligen är ett farlighetsansvar möjligt, om djur av typen tigrar, vargar eller liknande slipper ut från en djurpark eller giftormar tar sig ut från ett terrarium. Men annars lär en culparegel gälla – kanske med en viss presumtion för vållande hos innehavaren, eftersom det onekligen typiskt sett beror på hans oaktsamhet om ett riskabelt djur orsakar skada.[79]

10. Som redan antytts är läget något annorlunda i *kontraktsförhållanden*, också då det gäller person- och sakskador. I varje fall i Finland är man inte obenägen att här utan stöd av lag ålägga ett presumtionsansvar[80] – något som för Sveriges del huvudsakligen blir aktuellt vid skador på omhändertagen lös egendom.[81] Vidare tycks möjligheterna något bättre också att komma fram till ett strikt ansvar på kontraktsrättslig grund. Till en början kommer garanti in i

---

[75] Jfr NJA II 1971 s. 93, NJA 1983 s. 209.

[76] Jfr *Conradi* i SvJT 1983 s. 554.

[77] Jfr NJA II 1944 s. 69 f, där närmast billighets- och preventionshänsyn anförs.

[78] Jfr NJA II 1933 s. 132 f.

[79] Ett skadeståndsansvar för objektivt sett felaktiga myndighetsbeslut kunde från olika synpunkter te sig befogat; skadeståndslagens regler om ansvar i sådana fall och motiven till dem torde dock här medföra svårigheter för Sveriges del (jfr *Bengtsson*, a.a. s. 212 ff, 219 ff) och väl också i Finland.

[80] Se t.ex. *Saxén*, a.a. s. 45 f, *Taxell*, Avtal och rättsskydd s. 286 ff, *Routamo-Hoppu*, a.a. s. 98, *Arti*, a.a. s. 43 och Fi HD 1975 II 64, majoriteten.

[81] Jfr ovan not 26.

bilden på ett helt annat sätt än i de utomobligatoriska fallen. Frånsett vid produktansvar (se 5 ovan) kan sådana resonemang spela en roll bl.a. vid brister i mera varaktiga anordningar i lokaler, som någon får använda eller besöka mot vederlag. Även om man – för övrigt på goda grunder – ogärna vill läsa in allehanda utfästelser i okomplicerade avtal av denna typ, kan redan kontraktsförhållandet ge ett visst stöd för att skärpa ansvaret utöver SkL:s regler. Både i Sverige och Finland har minoriteter i HD varit inne på sådana tankegångar bl.a. när ishockeyåskådare skadas till följd av otillräckliga säkerhetsanstalter.[82] Liknande synpunkter kan bli aktuella t.ex. när någon som besöker ett nöjesfält skadas på grund av mera varaktiga brister i olika anordningar.[83] Vid skada till följd av mera tillfälliga förhållanden torde det däremot vara svårt att finna någon grund för strikt skadeståndsskyldighet i själva avtalet; ofta är det fråga om skadefall som inte någon av parterna haft en tanke på i förväg, och man kan därför knappast säga att en part medvetet iklätt sig ansvaret för dem. – Någon gång kan däremot farlighetssynpunkter bli aktuella också kontrahenter emellan.[84]

11. Sammanfattningsvis kan sägas att det alltjämt finns möjlighet att på särskilda områden utan stöd av lag utvidga skadeståndsskyldigheten till ett ansvar utan vållande, liksom redan gäller i vissa typfall. Skadeståndslagen utgör inte något hinder för detta, vare sig i Sverige eller Finland. Det är emellertid svårt att finna någon situation där man med större sannolikhet kan vänta sig en sådan utvidgning. I det föregående har framförts en del skäl för att domstolarna här bör gå fram med en viss försiktighet. För tydlighetens skull vill jag framhålla att detta däremot inte gäller frågor de lege ferenda; på flera områden, bl.a. när det gäller produktskador, datafel och

---

[82] NJA 1959 s. 280, minoriteten; FiHD 1975 II 64, minoriteten; jfr FiHD 1981 II 84 (volleyboll; skadeståndstalan enhälligt ogillad; faran för publiken torde här ha varit betydligt mindre). Strikt ansvar på garantiliknande grund även enligt minoriteten i NJA 1961 s. 523 (uppdragsgivares ansvar för farligt förhållande – bristande is.).

[83] Jfr det danska rättsfallet UfR 1957 s. 109. Se även *Saxén*, a.a. s. 237 f samt om viss utländsk rätt *Bengtsson*, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden I s. 165.

[84] Se Fi HD 1972 II 97 (arrangör strikt ansvarig för skada genom hastighetstävling för bilar).

vissa miljöskador, finns det skäl att överväga en skärpning av ansvaret, når lagstiftning blir aktuell om skadeståndet. Men det är ett problem för sig, som inte kunnat närmare behandlas här.

Ankara vahingonkorvausvastuu oikeuskäytännössä

Tiivistelmä

Ongelma, jossa tuomioistuimet voivat ilman lain tukea määrätä ankaran vastuun, ei ole menettänyt merkitystään siitä huolimatta, että nykyään on lainsäädäntöä useimmilla alueilla, joihin ankaran vahingonkorvausvastuun katsotaan liittyvän; erityisesti Ruotsissa tyydytetään sitäpaitsi korvausvaatimus usein sosiaalivakuutuksen tai ryhmävakuutuksen kautta. Oikeuskäytännössä on hyvin perustein tapana osoittaa pidättyvyyttä, kun on tarpeen ottaa käyttöön ankara korvausvastuu uusilla alueilla – usein peruuttamaton askel – joka sitäpaitsi voi ehättää lainsäädännön edelle. Monta kertaa on pikemminkin tarpeen tiukentaa vastuuta toisella tapaa: tiukalla syyllisyysharkinnalla tai helpottamalla vahingonkärsijän velvollisuutta osoittaa vastapuolen tuottamus.

Ankara vastuu tulee oikeuskäytännössä ajankohtaiseksi ennen kaikkea tilanteissa, joissa edellä mainittuja menetelmiä ei voida käyttää. Tänä päivänä sellainen vastuu tunnetaan ennen kaikkea erityisen vaarallisissa räjäytystöissä ja sotilasharjoituksissa. Missä muissa tapauksissa voidaan odottaa kehitystä tähän suuntaan on vaikea sanoa. Yleiset periaatteet, joita on yritetty asettaa ankarasta vastuusta vaarallisessa toiminnassa tai vastaavassa, eivät anna paljoa valaistusta. Tietyissä tapauksissa tuomioistuimet voivat käyttää analogiaa selviin ankaran vahingonkorvausvastuun tilanteisiin. Muutoin on pääasiassa vain muutamia suppeita lausuntoja ruotsalaisissa ja suomalaisissa vahingonkorvauslakien perusteluissa, joista voidaan saada johtoa: ankaran vahingonkorvausvastuun tulisi olla ajateltavissa lähinnä tuotevahinkojen ja tietojenkäsittelyn yhteydessä. Mitä tuotevastuuseen tulee, eivät ruotsalaiset eivätkä suomalaiset

tuomioistuimet ole halunneet ottaa ratkaisevaa askelta vastuun kiristämiseen, lähinnä tekeillä olevan lainsäädäntötyön vuoksi. Mitä tietojenkäsittelyvirheisiin tulee, on hyviä syitä olemassa vastuuseen ilman tuottamusta, mutta oikeustila on täysin epäselvä. Ylipäänsä on ankara vastuu ajateltavissa yksittäisissä tapauksissa erityisen vaarallisissa tehtävissä – kun poliisi käyttää asetta, kun räjähtäviä tai erityisen palovaarallisia tavaroita valmistetaan tai säilytetään, kun joku pitää vaarallisia villieläimiä. Sopimussuhteissa vaikuttavat mahdollisuudet vähän paremmilta asettaa ankara vastuu vieläpä henkilö- ja esinevahingoista; tässähän voidaan turvautua takuuargumentointiin tai vastaavaan, jotta saavutettaisiin sellainen lopputulos.

Om skälighetsregler i ersättningsrätten

av Bertil Bengtsson

(1984)

1. *Inledning*

Ett välkänt problem vid lagstiftningsarbete i olika sammanhang är om man skall låta en ersättningsregel hänvisa till skäligheten. Det kan stå klart att en regel om ersättningsskyldighet för skada är motiverad, men att mera exakt beskriva hur långt skyldigheten skall gå visar sig svårt: den ekonomiska skadan är inte ett lämpligt mått, eller bör i vart fall inte bli utslagsgivande i alla lägen, och förhållandena där ersättningsregeln blir tillämplig ter sig alltför skiftande för att man skall kunna ange dem lagtext. En skälighetsregel kan då vara närliggande. Formuleringarna kan växla — ''skälig ersättning'', ersättning ''i skälig omfattning'', ''efter vad som är skäligt'' eller ''i den mån synnerliga (särskilda) skäl föreligger''; många andra varianter finns. Men det är i alla händelser fråga om en mera skönsmässig bedömning av ersättningens storlek, med beaktande t.ex. av graden av skuld hos den ersättningsskyldige, parternas ekonomi eller andra förhållanden i det enskilda fallet. Regler av detta slag blir aktuella inte bara vid vanligt skadestånd utan också annars inom ersättningsrätten, bl.a. beträffande offentligrättslig ersättningsskyldighet för skada genom myndighetsingripanden av olika slag och på försäkringsområdet.[1] De förekommer för övrigt också angående ersättning för nytta eller vinst som den ersättningsskyldige haft

[1] Termen ''ersättningsrätt'' i den betydelsen jag här använder den har lanserats av Hellner (i festskriften Svensk rätt i omvandling, 1976, s. 168 ff). Om regler angående expropriation och liknande fall av offentligrättslig ersättningsskyldighet räknas dit framgår dock inte klart. Trots de särdrag som onekligen föreligger kan jag inte se några vägande skäl varför den skulle falla utanför.

på annans bekostnad. Trots att situationerna har vitt skiftande karaktär är de lagtekniska problemen ganska likartade. Som framgår av fortsättningen finns det också många gemensamma drag i skälighetsbedömningen.

Ofta brukar sådana skälighetsregler kritiseras på grund av den osäkerhet i rättsläget de innebär — besvärande inte bara vid utomrättsliga uppgörelser utan också för domstolarna, som har svårt att avgöra vad som är den riktiga skälighetsbedömningen. Argumenten är välkända och skall inte närmare redovisas här.[2] Dessutom är det vanligt med invändningar mot reglernas materiella innehåll: de skulle inte trygga den skadelidandes rätt till kompensation på önskvärt sätt.

Nackdelar och fördelar med reglerna varierar naturligtvis. Många gånger kan det synas oundvikligt att använda dem i ersättningsrättslig lagstiftning. Men det är långtifrån alltid fallet, när de begagnas. Inte så sällan kan man fråga sig om inte ersättningsbestämmelserna hade kunna preciseras eller åtminstone få en något klarare formulering. Inte heller motivuttalandena är alltid så belysande i fråga om innebörden. Det förefaller som om det emellanåt även bland regelns upphovsmän kan råda tvekan om det egentliga syftet med en bestämmelse om skälig ersättning och hur den närmare skall tillämpas; sådant förekommer i varje fall vid mindre centrala bestämmelser. Ibland nöjer man sig med att, efter något allmänt uttalande om att billigheten skall beaktas, lämna frågan till rättstillämpningen.[3] Man skall emellertid inte hoppas för mycket på att reglernas innehåll snabbt kommer att klarläggas genom prejudikat. Sådana kan erfarenhetsmässigt dröja länge. Belysande är att vägledande avgöranden angående de viktiga nya skälighetsregler som år 1975 infördes i 6 kap 1 och 2 §§ skadeståndslagen (SkL) alltjämt i stort sett saknas.[3a] Desto mera väsentligt är att innebörden belyses närmare i motiven; det är en återkommande synpunkt i det följande.

Innebörden och värdet av lagregler som hänvisar till billighet och liknande har ingående behandlats i doktrinen. När det inte skett från mera teoretiska synpunkter[4] har det oftast varit med

[2] Jfr *Bengtsson*, Om jämkning av skadestånd s. 17 ff.

[3] Jfr t.ex. NJA II 1981 s. 176 f.

[3a] Se dock nyligen NJA 1983 s. 379 om 6:2.

[4] Se t.ex. från senare tid *Strömholm*, Idéer och tillämpningar s. 157 ff, *dens.*, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 226 ff, *Sundby*, Om normer, kap 7—9.

tanke på generalklausuler i avtalsrätten. De karakteristiska problemen vid den sortens regler skall jag dock inte gå in på. Det blir där fråga om en mera generell bedömning, varvid också den aktuella avtalsklausulens bakgrund och allmänna karaktär skall beaktas. Inte heller tar jag upp den vanliga typ av skälighetsregel där en avvägning mellan parternas intressen i princip kan leda till bara två alternativa resultat, t.ex. att en ny uppsägning av en bostadshyresgäst eller en arbetsgivare antingen godtas eller ej.[5] Ett utmärkande drag för regler om skälig ersättning är ju att man har en mängd möjligheter att välja mellan, något som gör bedömningen i särskild grad vansklig och svårförutsebar. Bl.a. därför kan det vara motiverat att diskutera just denna typ av skälighetsregler för sig.

I det följande gör jag en översikt av olika typer av sådana regler och framför några allmänna synpunkter på deras användning. Vad som behandlas är främst hur problemen ter sig från lagstiftningssynpunkt. Att närmare gå in på de materiella frågorna om skälighetsbedömningens innebörd är inte möjligt i detta sammanhang, och jag tror för övrigt att en sådan allmän framställning av den problematiken knappast skulle vara värd besväret: förhållandena är alltför skiftande, reglerna är alltför vaga för att man skulle kunna göra några givande jämförelser mellan reglernas detaljer. Från materiell synpunkt får varje regel studeras för sig, med hänsyn till de särskilda ändamål som där gör sig gällande.

Vad som sägs i fortsättningen tar väsentligen sikte på ersättning för *ekonomisk* skada. Vid ideellt skadestånd kommer särskilda hänsyn in vid skadevärderingen, där det fria skönet får större spelrum; i speciell grad gäller detta i fråga om ersättning för lidande enligt 1 kap 3 § SkL.[6] Också när allmänt skadestånd utdöms enligt arbetsrättsliga principer[7] är ju utrymmet för skälighetssynpunkter av olika slag större än annars.

Inte heller går jag närmare in på en annan grupp av regler

[5] Jfr 12 kap 46 § JB (där dock även kompromissvis en förkortad uppsägningstid kan föreskrivas, se t.ex. *Bengtsson*, Hyra och annat nyttjanderätt till fast egendom s. 61) och 7 § lagen om anställningsskydd.

[6] Jfr härom *Hellner*, Skadeståndsrätt (3 uppl 1976) s. 271 m hänvisn. — Se också sådana immaterialrättsliga bestämmelser som 54 § 2 och 3 st upphovsrättslagen, samt 3 § lagen om namn och bild i reklam.

[7] Se också 28 § hyresförhandlingslagen, utformad efter arbetsrättsligt mönster.

som börjar få allt större användning, nämligen angående sanktionsavgifter vid olika lagöverträdelser — byggnadsavgift, miljöskyddsavgift, vattenföroreningsavgift etc. De är ofta kombinerade med bestämmelser om nedsättning av avgiften efter en skälighetsbedömning (se t.ex. 55 § miljöskyddslagen). Avgifterna, som har växlande syfte och karaktär, avser emellertid inte i något fall att ersätta en skada, och skälighetsprövningen får bl.a. därför en speciell prägel; väsentligen är det överträdelsens ursäktlighet som får betydelse.[8] De lagtekniska problemen är annars ofta desamma som då det gäller skadeersättning.

Den följande översikten har kommit att i stor utsträckning handla om regler skapade eller föreslagna av Jan Hellner. Det är hans utredningar som ligger bakom en väsentlig del av det intensiva reformarbetet på bl.a. skadeståndsrättens, köprättens, avtalsrättens och försäkringsrättens områden under 1960- och 1970-talen — den period då skälighetsregler på allvar slagit igenom inom civilrätten. De tendenser till oklarhet som jag här kritiserar förekommer inte i hans produkter, där motiven brukar klart redovisa vad regeln syftar till och hur den närmare skall tillämpas. Särskilt intresse i detta sammanhang har den teknik som på försäkringsrättskommitténs förslag använts i fråga om skälighetsregler i konsumentförsäkringslagen (KFL). Jag återkommer till den (4.2, 4.3).

2. *Olika typer av regler om skälig ersättning*

Som redan framhållits har de skälighetsregler som här behandlas i hög grad skiftande karaktär. Det gäller till en början skälighetsbedömningens *räckvidd.*

2.1. Uttrycket "skälig ersättning" eller liknande har länge begagnats av lagstiftaren för att markera att en skada eller ett ersättningsbelopp *kan uppskattas mera fritt.* Avsikten har då inte varit att ersättningen skall nedsättas under skadans värde enligt en skönsmässig bedömning; i stället skall full ersättning utgå, fast man slår av på kravet på bevisning om skadans storlek eller om hur stor del av skadan en skadegörelse har orsakat. Framför allt innan den fria bevisprövningen slog igenom torde det ha haft praktisk betydelse att lagen antydde en sådan bevislättnad.[9] Numera framgår det direkt av 35 kap 5 § rättegångsbalken att en

[8] Se t.ex. prop 1980/81:92 s. 58, 455.

[9] Se t.ex. 7 § fornminneslagen, där skälig ersättning torde betyda full ersättning; jfr NJA II 1942 s. 568 f. Jfr även *Hemmarck*, Löseskilling vid expropriation för tätbebyggelse (2 uppl. 1967) s. 31 med vissa exempel, där synpunkten kan ha spelat en roll, och NJA II 1951 s. 461 f (om ersättning för mistad fiskerätt).

skälighetsuppskattning kan göras när bevissvårigheter av detta slag föreligger. Efter den regelns tillkomst borde det ha varit överflödigt att i enskilda ersättningsregler markera en lättnad i beviskravet. Också senare har man emellertid använt sig av sådana formuleringar i vissa fall, när meningen varit att full ersättning skulle utdömas.

Förfogandelagen använder sålunda uttrycket ”skälig” med syftning på något som lagstiftaren tydligen betraktat som full kompensation för rekvirerad egendom m.m., trots att bl.a. indirekt skada inte ersätts (29 och 30 §§).[10] Ett annat exempel från samma område ger i den tidigare diskussionen om avfattningen av ersättningsreglerna vid expropriation och grundlagsregeln om expropriationsersättning (2 kap 18 §), där man synes ha utgått från att den ibland förordade formuleringen ”skälig ersättning” närmast skulle ha denna betydelse.[11] Kanske har uttryckets mångtydighet i detta fall varit en fördel; i sådana lagstiftningsfrågor har man visat en påtaglig förkärlek för opreciserade uttryck, som kunnat läggas till grund för politiska kompromisser.[12] — Klart är att när det gäller ersättning för en förmån regler om ”skälig ersättning” eller ”skäligt vederlag” normalt innebär att beloppet skall motsvara förmånens värde.[13] Men här är man utanför området för rättegångsbalkens regel.

Skälighetsbedömningen kan också direkt ta sikte på kravet på bevisning om *orsakssammanhanget*; ett exempel utgör en bestämmelse i miljöskadeutredningens förslag till miljöskadelag om att skadeståndsansvaret skall omfatta skador som en miljöstörning ”skäligen kan antas ha orsakat” med hänsyn till olika omständigheter.[13a] Formuleringen är här avsedd att antyda att man skulle ställa upp det beviskrav som framstod som rimligt i den enskilda skadesituationen — något som kan växla i hög grad. Om någon reduktion av ersättningen är det naturligtvis inte fråga.

[10] Se prop 1977/78:72 s 99 f, särskilt motiveringen till 29 §; resonemanget går f.ö. knappast fritt från invändningar. — Se även t.ex. 10 § smittskyddslagen, där troligen full ersättning avses, 78 § patentlagen och not 17 nedan.

[11] Visserligen bara i skiljaktigheter, såvitt gäller grundlagsregeln; jfr SOU 1975:75 s. 251 f (se även s. 249), KU 1975/76:56 s. 62 ff. Jfr även SOU 1941:20, s. 13, 30 f. — Ang. diskussionen om expropriationslagens avfattning se vidare *Hernmarck*, a.a. s. 30 ff, NJA II 1950 s. 227 f. — Jfr *Herlitz* i Förvaltningsrättslig tidskrift 1943 s. 290 f.

[12] Jfr nuvarande 2 kap 18 §, där dock ett annat vagt uttryckssätt använts med syftning på ersättning med viss begränsning (prop 1978/79:195 s. 57).

[13] Ett exempel ger 54 § upphovsrättslagen (skäligt vederlag för otillåtet utnyttjande av ett verk; se härom NJA II 1961 s. 353), ett annat bestämmelsen i 5 kap 1 § JB om skälig ersättning för kostnad att erhålla avkastning och inkomst av fastighet som avstås efter klander och för underhåll av egendomen (se Lagberedningens förslag till JB 1909 s. 243, SOU 1947:38 s. 288 f). Också i dessa fall är det tydligt att ett exakt belopp är svårt att fastställa. Annorlunda 58 § 2 st patentlagen, 36 § 2 st mönsterskyddslagen (”om och i den mån det finnes skäligt”, jfr NJA II 1968 s. 93).

[13a] Jfr SOU 1983:7, 2 § i lagförslaget och s. 171 f, 256 ff.

En annan mera sällsynt variant av dessa regler avser fallet när nedsättning av ersättning skall ske på grund av att skadan delvis kompenserats av vissa fördelar men det kan vara svårt att uppskatta kompensationens storlek. Också då innebär regeln att man på grund av bevissvårigheter — men också bara därför — föreskriver en skälighetsbedömning.[14]

Att skilja ut skälighetsregler av dessa slag är väsentligt. Här borde det egentligen inte finnas något utrymme för exempelvis betraktelser om den ersättningsskyldiges förkastliga handlande, som skulle motivera en skärpt bedömning, eller hänvisningar till hans svåra sociala situation. Ofta kan det dock vara oklart, i vilken utsträckning sådana allmänna billighetssynpunkter kan dras in i bedömningen och påverka utgången. T.o.m. 35 kap 5 § rättegångsbalken tycks lämna utrymme för olika tolkningar på denna punkt. Motiven ger inte stöd för att domstolen har frihet i annat än just bevisprövningen, men regeln har med rätt eller orätt ansetts användbar bl.a. när man utan underlag för en skadeståndsberäkning av preventiva skäl vill döma ut ett skadestånd.[15] Såvitt gäller ekonomiskt skadestånd är det tveksamt om man kan godta ett sådant resonemang, vilket närmast hör hemma på det allmänna skadeståndets område. Under inga förhållanden borde det vara möjligt att med stöd av denna regel beakta sådana omständigheter som att en skadeståndsskyldig varit ansvarsförsäkrad eller särskilt förmögen, eller att den skadelidandes ersättningsbehov är stort. — Diskussionen om regeln belyser en tendens att läsa in mer i skälighetsterminologin än man från början synes ha avsett; i en situation där angelägna ändamålssynpunkter framträder kan det vara frestande att låta dem påverka regelns tillämpning. Tendensen framträder också vid tolkningen av en del liknande regler i försäkringsavtalslagen (FAL), vilka skall behandlas senare (i 4.1).

Ett annat exempel på sådan oklarhet ger den nyligen tillkomna bestämmelsen i 2 kap 9 § 1983 års vattenlag, att den som avstår vatten för visst all-

[14] Ett exempel ger 5 § 2 st lagen om ersättning för frihetsinskränkning, där dock den omständigheten att även ideell skada ersätts kan leda till en friare bedömning. Jfr NJA II 1974 s. 375 och *Bengtsson*, Skadestånd vid myndighetsutövning II s. 200 f. Se även prop 1944:268 s. 219 f (om nuvarande 62 § civilförsvarslagen) och även 16 § brandlagen, där dock inte skälighetsterminologi används.

[15] Se särskilt *Rodhe*, Obligationsrätt s. 469 f; jfr i övrigt om bestämmelsen SOU 1938:44 s. 382, *Persson*, Skada och värde s. 313 ff, 327 f, *Karlgren*, Skadeståndsrätt (5 uppl. 1972) s. 208 f, *Danielsson* i Skadeståndsrättsliga spörsmål (1953) s. 5 ff.

mänt behov är berättigad till "skälig ersättning". Regeln infördes i propositionen i stället för en tidigare föreslagen bestämmelse, att ersättning skulle utgå bara om annat vore uppenbart oskäligt; men ingenstans klargjordes vad den egentligen går ut på. Under sådana omständigheter synes det tveksamt, om regeln skall tillåta mer än en skälighetsuppskattning av skadans storlek, som kan vara svår att styrka i dessa fall.[16] Man kan dock misstänka att den i praxis kommer att få en friare tillämpning, där bl.a. ersättningsbehovet i det enskilda fallet kan spela in. — Över huvud taget torde man i fråga om offentligrättslig ersättningsskyldighet gärna vilja antyda en viss begränsning, kanske utan att göra klart för sig vari den egentligen består."

I andra fall är det klart att en regel om skäligt skadestånd eller liknande medger att ersättningen nedsätts under skadans belopp.

Utom flera bestämmelser i SkL — t.ex. 2 kap 2 och 3 §§ samt 3 kap 5 § — kan nämnas 6 § konsumentköplagen, som tillerkänner köparen skälig ersättning för utgifter på grund av dröjsmål eller fel på säljarens sida.[18] Regeln riktar sig främst mot friskrivningsklausuler, vilket ger den en viss särprägel.[19]

2.2 Vad sedan gäller regler som i motsats till de nyss berörda medger en mera allsidig skälighetsbedömning, går dessa som bekant ofta ut på att man bara *i undantagsfall* kan avvika från en huvudregel om full ersättning (eller ingen ersättning alls). En vanlig orsak till att denna typ av bestämmelser används är att man fruktat att huvudregeln i vissa speciella situationer kan leda till stötande eller annars olämpliga konsekvenser och velat lämna en möjlighet öppen att undvika dem. En sådan "benådningsregel" kan få ett annars strängt skadeståndsansvar att verka mindre betänkligt[20] eller omvänt tillåta att ersättning för en skada vägras i ett flertal tvister, när man vill skydda den ansvarige eller annars

[16] Lagrådet satte ifråga, om regeln i det remitterade förslaget stod i samklang med 2 kap 18 § regeringsformen — något som möjligen, men inte säkert, kan tyda på att man ville kompensera för hela förlusten. Jfr prop. 1981/82:130 s. 88, 273, 410 och bilaga s. 486. Märk dock att "skälig ersättning" i 9 kap 11 § avser att ge en jämkningsmöjlighet (se nedan vid not 56).

[17] Jfr ang 8 § lagen (1960:331) om skyddsåtgärder vid olyckor i atomanläggningar m.m. prop 1982/83:114 s. 4 f, 7 f, 9 (regeln ändrad efter kritik av lagrådet).

[18] Enligt motiven skall bl.a. kontraktsbrottets väsentlighet beaktas; se NJA II 1973 s. 484 ff. — Se även 9 kap 11 § vattenlagen.

[19] Jfr dock 23 § FAL (omtalad nedan vid not 107), som har liknande syfte.

[20] Jfr t.ex. om det nyinförda principalansvaret i 3:1 SkL NJA II 1972 s. 684 och om avsändares ansvar vid vägtransport NJA II 1975 s. 96; se vidare *Bengtsson*, Om jämkning av skadestånd s. 243 och allmänt *Hellner*, Skadeståndsrätt s. 294 f.

anser att ersättningsskyldighet normalt är omotiverad.[21] Undantagen behöver dock inte alltid avse ömmande fall. Det var t.ex. med denna metod som man försökte lugna farhågorna för ett besvärande statsansvar för sjö- och luftfartsolyckor, när det allmännas skadeståndsskyldighet för underordnads vållande skärptes genom SkL (se 3 kap 6 §). [22] I andra lägen kan syftet begränsa sig till att hindra missbruk av en rätt till ersättning av det allmänna.[23] — Tekniken är för övrigt välkänd också utom ersättningsrättens område. Ett exempel ger den s.k. skevdelningsregeln i 13 kap 12a § giftermålsbalken, som underlättade för lagstiftaren att ta bort skadeståndet vid äktenskapsskillnad; man kunde alltjämt hindra att någon ''skilde sig till pengar''.[24]

Bestämmelser av detta slag kan formuleras som en allmän tillåtelse att frångå huvudregeln vid oskälighet — så t.ex. i den allmänna regeln om jämkning av betungande skadestånd i 6 kap 2 § SkL, där utrymmet för avvikelser är ganska begränsat.[25] I andra fall kan lagtexten tydligare markera att det är fråga om en undantagsregel t.ex. genom att fordra ''synnerliga'' eller ''särskilda'' skäl för en avvikelse.[26] Genom att man klargör att avsteg från huvudregeln inte skall tillåtas i normalfallet vållar bestämmelser av detta slag inte så stora bekymmer, något som dock inte hindrar att de ofta setts med viss skepsis bl.a. på advokathåll.[27]

2.3. Vid många av de aktuella lagreglerna är dock utrymmet betydligt större för en skälighetsprövning. Bestämmelsen kan syfta till en *fri bedömning*, som ger möjlighet att utdöma ersättning från

[21] Se särskilt 4 kap 1 § SkL. Jfr även 4 § 1 st lagen om ersättning vid frihetsinskränkning.

[22] Jfr prop 1972:5 s. 369 f.

[23] Jfr 3 § lagen om ersättning i vissa fall för utgivna underhållsbidrag och NJA II 1979 s. 520, 524. Se även 4 kap 5 § expropriationslagen (där skälighetsbedömning blir aktuell först när illojal avsikt konstateras; jfr prop 1971:12 s. 204 f).

[24] Jfr NJA II 1973 s. 164 ff, där utläggningarna erinrar om vad man kan finna i motiven till ersättningsregler.

[25] Jfr NJA II 1975 s. 564 f, *Bengtsson*, Om jämkning av skadestånd s. 237 f.

[26] Se t.ex. 4 kap 1 § SkL (där ''synnerliga skäl'' dock har sådant utrymme att ''särskilda skäl'' kunde vara mera träffande; jfr NJA II 1972 s. 729, 730 f), och vidare t.ex. 9 § fornminneslagen (p.g.a. särskilda förhållanden finnes skäligt; se härom NJA II 1942 s. 570 f, NJA 1982 s. 547), 2 kap 49 § i 1918 års vattenlag (''uppenbart obilligt'' att ingen ersättning utgår), 39a § konkurslagen (''särskilda skäl'' mot full kostnadsersättning, jfr NJA II 1976 s. 202 f), 9 § 2 st brottsskadelagen, 21 kap 4 § ärvdabalken (jfr NJA II 1981 s. 175 f).

[27] Se t.ex. prop 1975:12 s. 92 f, prop 1979/80:9, bilaga, s. 59 ff.

0 till 100 % utan att något alternativ har ett tydligt företräde — i vart fall inte enligt lagtexten. Sådana regler kan begagnas när lagstiftaren med hänsyn till de skiftande förhållandena funnit det alltför svårt, eller av annan orsak olämpligt, att ta ställning ens till vad som skall utgöra normallösningen av en ersättningsfråga, eller när i varje fall en kompromiss anses vara lämplig i praktiskt viktiga situationer. Övergången är flytande mellan denna regeltyp och den som nyss omtalades (2.2). Ibland kan bestämmelsen formuleras som en möjlighet att nedsätta nedsättningen, utan att man på något sätt markerar att detta skall ske bara undantagsvis; en sådan regel skapar naturligtvis en viss presumtion för att full ersättning skall utdömas, men den kan vara ganska svag.[28]

Bestämmelser om att ersättning skall utgå i skälig omfattning eller liknande förekommer, utom i SkL (t.ex. 2 kap 2 § och 3 kap 5 §),[29] bl.a. beträffande skadestånd i vissa kontraktsförhållanden[30] eller ersättning för utnyttjande av annans immaterialrätt.[31] Här kan också nämnas reglerna i konsumentförsäkringslagen (KFL) om nedsättning av försäkringsersättningen vid överträdelse av biförpliktelser, där bl.a. kompromissynpunkten spelar en viktig roll (4.2 nedan); som framgår av det följande intar dock dessa skälighetsregler en viss särställning. — När det gäller offentligrättslig ersättning för myndighetsingripanden, har man ibland tillgripit metoden med en fri skälighetsbedömning bl.a. med hänsyn till att en behovsprövning bör ske.[32] Den brukar då ofta göras av administrativ myndighet.

Skälighetsregler av det nu berörda slaget torde allmänt sett skapa en viss osäkerhet om rättsläget, som kan bli besvärande särskilt om den avser mera praktiska situationer. Därigenom ger de också dåliga garantier för att behövlig kompensation skall utgå för eventuella skador, något som medfört att de mött åtskilliga in-

[28] Se t.ex. 25 § i 1976 års köplagsförslag (SOU 1976:66) och 4 kap 5 § 3 st förslaget till konsumenttjänstlag (SOU 1979:36). — Se också prop 1982/83:87 s. 54, 72, där efter lagrådsbehandlingen presumtionen för huvudregeln betydligt skärptes (dock avgiftsfall).

[29] Jfr också regeln om ersättning efter klander i 5 kap 2 § JB.

[30] Se t.ex. 12 kap 57 § JB, där visserligen full ersättning skall vara det normala men kompromissynpunkten framträder (NJA II 1968 s. 352), liksom i 52 § kommissionslagen (NJA II 1974 s. 595).

[31] Jfr 58 § 2 st patentlagen, 36 § 2 st mönsterskyddslagen ("om och i den mån det finnes skäligt"); se NJA II 1968 s. 93.

[32] Se t.ex. prop 1956:126 s. 60 f om 10 § lagen om ersättning åt smittbärare (se även s. 74 om 1956 års kungörelse om ersättning vid ingripanden i hälsovårdens intresse). Jfr vidare prop 1960:139 s. 73 ff (ang ersättning enligt lagen 1960:331 om skyddsåtgärder vid olyckor i atomanläggningar m.m.), prop 1961:27 s. 34 ff (ändring i epizootilagstiftningen).

vändningar inte bara från grupper som kan tänkas bli berörda av ersättningsregeln.[33]

2.4. Som framgår kan bestämmelser om skälig ersättning skilja sig avsevärt åt till sin räckvidd, även när de har samma formulering. Redan av detta skäl framstår det som nödvändigt att sådana bestämmelser kommenteras i lagmotiven; att detta emellanåt försummas är föga tillfredsställande.[34] Men motivuttalanden är knappast nog. Redan lagtextens utformning borde ge en uppfattning om regeln föreskriver en presumtion för full ersättning (eller för ingen ersättning alls) och hur pass stark den presumtionen är.[35] Man kan t.ex. tala om ''uppenbar'' oskälighet när avsteg från en huvudregel verkligen skall ske bara i undantagsfall.[36] Också uttryck som ''synnerliga skäl'' och ''särskilda skäl'' fyller här en funktion av värde — förutsatt att man håller isär deras innebörd, något som inte alltid sker.[37] Det är angeläget att på detta vis försöka markera skillnaden mellan fall då avsteg från huvudregeln kräver skäl av mindre vanlig styrka och fall då det snarare fordras skäl av mindre vanlig art. Samtidigt skall medges att någon klar gräns knappast kan dras mellan de båda situationerna. Framför allt innebörden av uttrycket ''särskilda skäl'' måste i alla händelser utvecklas i motiven för att lämpligen kunna användas. (Jfr 3.9 nedan.)

3. *Olika faktorer som påverkar skäligheten*

Nästa fråga som bör uppmärksammas, när man diskuterar lämpligheten av en skälighetsregel, är vilka typer av faktorer som skall påverka prövningen. Även om lagtexten ofta nämner en speciell faktor — t.ex. att skadeståndet skall vara betungande för att jämkas (6 kap 2 § SkL) eller att den skadeståndsskyldiges skuld skall vara ringa — brukar dessutom ske en hänvisning till omständigheterna i övrigt eller liknande. För övrigt är det också utan en sådan hänvisning i allmänhet klart, att andra faktorer

[33] Jfr t.ex. den reaktion på vissa föreslagna skälighetsregler som återges i prop 1972:5 s. 296 f. Se även prop 1975:12 s. 92 f, prop 1979/80:9, bilaga, s. 59 f.
[34] Jfr ovan vid not 2, 16; nedan vid not 88.
[35] Jfr SOU 1976:66 s. 164, SOU 1979:36 s. 392.
[36] Jfr om vattenföroreningsavgift prop 1982/83:87, 8 kap. 4 § i lagförslaget och s. 54.
[37] Jfr not 26 ovan.

vid sidan av de särskilt nämnda måste påverka bedömningen. Det är vanligt att åtminstone motiven berör vilka faktorer som främst avses. De kan vara av skilda slag; i allmänhet återspeglar de emellertid mera generella rättsprinciper, som på detta vis återkommer i mera uttunnad form vid skälighetsbedömningen. En översikt kan antyda vad för typer av faktorer det här oftast brukar vara fråga om.

3.1. Vid skälighetsbedömning beträffande ersättning i kontraktsförhållanden skall man enligt åtskilliga motivuttalanden ta hänsyn till avtalets innehåll, och då framför allt till att det skall råda en viss *jämvikt mellan parternas skyldigheter*. En part skall inte drabbas av ersättningsregeln på ett sätt som inte står i rimlig relation till det vederlag han utgett eller uppburit. Motsvarighet till denna synpunkt finns som bekant i mera konkreta kontraktsrättsliga grundsatser, t.ex. att kraven på kvaliteten hos en såld sak eller annan prestation i allmänhet sänks då priset är lågt eller att ansvaret för den gynnande parten i allmänhet lindras vid gåva, lån och andra benefika avtal.

Sådana skälighetssynpunkter framträder, utom i motiven till 36 § avtalslagen,[38] vid tillämpningen av 6 kap 2 § SkL i kontraktsförhållanden [39] och det gäller att bestämma skälig ersättning vid avtal av särskilda slag.[40] En närliggande variant är när ett skadestånd skall jämkas till vad parterna kan räkna med på förhand, med tanke på att möjligheten av ett skadeståndsansvar beaktas vid avtalsslutet och bl.a. påverkar vederlaget.[41] (Jfr 3.4 nedan.) Resonemang av liknande typ förekommer även utom kontraktsförhållanden, när skälig ersättning skall bestämmas för skada på obehörigen nyttjad egendom — t.ex när egendom skall återställas efter klander (5 kap 2 § jordabalken)[42] eller återvinning (40 § konkurslagen).[43] Man beaktar vilket värde användningen haft för den återställande parten.

3.2. I andra fall fäster man mindre vikt vid ett eventuellt föreliggande avtal än vid orsaken till att en skada uppkommer. Som redan antytts är det vanligt med skälighetsbedömningar som går ut på att ersättning skall fastställas med hänsyn till den ersätt-

[38] SOU 1974:83 bl.a. s. 152 f. 164 f, 172 f, 182 f; prop 1975/76:81 s. 118 f.
[39] Jfr SOU 1971:83 s. 52 f och *Bengtsson*, a.a. s. 285 ff.
[40] Jfr om inrikes vägtransport NJA II 1975 s. 96 och vidare SOU 1979:36 s. 501.
[41] Jfr SOU 1974:83 s. 183, SOU 1976:66 s. 164 f och 25 § i lagförslaget. Se även NJA 1979 s. 483.
[42] NJA II 1972 s. 135 ff (lagrådets hänvisning till departementschefens exempel).
[43] Jfr NJA II 1976 s. 207 f.

ningsskyldiges *skuld*, eller till *graden* av denna — ibland den berättigades skuld, som vid medvållande. Åtskilliga ersättningsregler hänvisar i första hand eller enbart till sådana förhållanden. Inte sällan åberopas att detta stämmer med preventionshänsyn (3.7 nedan).

Exempel på skälighetsregler av detta slag ger en del regler om skadestånd för företrädare för juridiska personer, t.ex. 13 kap 4 § aktiebolagslagen, vidare vissa bestämmelser i immaterialrätten[44] och — enligt vad som betonas i motiven — även 4 kap 1 § SkL.[45] Synpunkten spelar in också i andra fall, t.ex. i fråga om skadestånd enligt medbestämmanderättslagen (se 60 §) och skyldighet enligt 40 § konkurslagen att utge ersättning bl.a. för förlorad egendom i samband med återvinning.[46] Där strikt ansvar föreligger, kan man beakta om dessutom vållande har förekommit på den ansvariges sida.[47] — Som vi skall se får ungefär samma resonemang en väsentlig betydelse enligt KFL:s regler om nedsättning av försäkringsersättningen (4.2 nedan).

Över huvud taget torde skuldgraden åtminstone i någon utsträckning påverka skälighetsbedömningen i de allra flesta situationer, där den ersättningsskyldige eller ersättningsberättigade alls har medverkat till uppkomsten av ersättningsskyldighet; det är svårt att bortse från att han uppträtt klandervärt. För en skadevållare gäller detta dock bara när han inte skyddas av försäkring. Täcks skadeståndet av ansvarsförsäkring, torde skuldgraden normalt sakna betydelse i jämkningstvister. De nyss berörda lagrum där skuldgraden särskilt betonas avser ju fall där åtminstone typiskt sett den ersättningsskyldige själv får bära skadan. — Ett annat undantag kan vara sådana skälighetsregler som enbart tar sikte på bevisfrågan; som förut framhållits (2.1) stämmer det mindre väl med dessa reglers syfte att dra in skuldfrågan i sammanhanget (om också detta emellanåt görs).

Även denna skälighetsfaktor kan anses som en försvagad form av mera preciserade ersättningsregler, som på skilda sätt skärper

[44] Se bl.a. 38 § varumärkeslagen, 58 och 62 §§ patentlagen samt 36 och 40 §§ mönsterskyddslagen.

[45] Jfr NJA II 1972 s. 718 f. Se även 12 kap 57 § JB (jfr NJA II 1968 s. 352) och 6 § konsumentköplagen (väsentligt kontraktsbrott?); se NJA II 1973 s. 484 f. Härtill kommer en rad fall där skuldgraden i varje fall skall väga med, t.ex. 2 kap. 2 och 3 §§ samt 3 kap. 5 § SkL.

[46] NJA II 1976 s. 207 f. Jfr även om 5 kap 2 § JB NJA II 1972 s. 136 f.

[47] Jfr SOU 1976:66 s. 165. Se även SOU 1979:36 s. 500 f; jfr s. 449 (liknande resonemang ang. skälig ersättning för kostnader).

ansvaret vid grövre former av vållande[48] eller, där visst strikt ansvar gäller, redan när vanligt vållande förekommit.[49] Det kan ibland vara en fördel att inte låta utgången enbart hänga på gränsdragningar av denna typ, även om detta i någon mån förenklar bedömningen.[50]

3.3. När det är fråga om ersättning på grund av rättsenligt handlande av myndighet, eller strikt ansvar på liknande grund för enskild, blir det naturligtvis inte aktuellt med skuld på den ersättningsskyldiges sida. Men det hindrar inte att skälighetsbedömningen kan bero av en viss *värdering* av den skadegörande verksamheten eller åtgärden: ju större nytta denna har från allmän synpunkt — det gäller t.ex. åtgärder i ett krisläge eller ingripanden mot allvarliga hälso- eller miljöfaror — desto rimligare kan det verka att i viss utsträckning begränsa ersättningsskyldigheten. Det är här fråga om en ledande tanke bakom reglerna om offentligrättslig ersättningsskyldighet.[51]

Synpunkten att nyttan med en verksamhet eller åtgärd skall beaktas kan inverka på skälighetsbedömningen enligt 30 § miljöskyddslagen[52] och sannolikt enligt en del offentligrättsliga ersättningbestämmelser, exempelvis reglerna om ersättning vid ingripanden mot smittsamma sjukdomar.[53] Om man *i det enskilda fallet* prövar hur pass viktigt ingreppet varit, är dock oklart; den viktigaste faktorn torde i varje fall vara ersättningsbehovet (jfr 3.5 nedan).

3.4 En skälighetsfaktor som ligger ganska nära skuldsynpunkten är det närmare eller avlägsnare *orsakssambandet* mellan den ersättningsskyldiges (eller ersättningsberättigades) handlande och det förhållande som utlöst ersättningsskyldigheten. Ju mera slumpmässigt och oväntat en part drabbas, ju obilligare kan det förefalla att han i mera väsentlig utsträckning skall få bära risken för

[48] Se t.ex. 9 kap 24 § luftfartslagen, 38 § lagen om inrikes vägtransport, 194 § sjölagen, 15 kap 3 § aktiebolagen, 25 § FAL och även 2 kap 4 § SkL (där dock gränsdragningen naturligtvis inte alltid följer skuldgraden).

[49] Se bl.a. 54 § upphovsrättslagen, 58 § patentlagen, 36 § mönsterskyddslagen, 3 § lagen om namn och bild i reklam.

[50] Dock ganska måttligt — att dra gränsen mellan olika slag av vållande är inte heller lätt i enskilda fall.

[51] Se t.ex. SOU 1975:75 s. 420 f m. hänvisn.

[52] Jfr NJA 1977 s. 424, där sådana resonemang inverkat (egentligen i fråga om ersättning enligt väglagen).

[53] Se nedan vid not 74 f, där även andra exempel nämns. Jfr prop 1956:126 s. 73 ff.

uppkommen skada. I dessa fall är det närmast adekvansprincipen som återkommer i en uttunnad version: skadan är inte så oförutsedd, icke-typisk eller avlägsen att den enligt vanliga grundsatser är att anse som inadekvat, men det svaga sambandet påverkar i varje fall skälighetsbedömningen. Gränsen mellan en adekvans- och en skälighetsprövning är ju ganska flytande —den ena regeln ger inte så mycket större klarhet än den andra —och det är inte underligt om man på detta vis velat ge större frihet åt domstolarna att fastställa ett rimligt ersättningsbelopp.

Synpunkten kan inverka vid tillämpning av skadeståndsrättsliga jämkningsregler[54] och även annorstädes inom ersättningsrätten.[55] Bl.a. gäller detta vid strikt ansvar, där en oväntat omfattande ersättningsskyldighet kan synas obillig. Ett färskt exempel ger regeln i 9 kap 11 § 1983 års vattenlag om vissa skador på annan egendom vid tillåten utrivning av vattenanläggning.[56] Också för KFL:s nedsättningsregler spelar orsakssammanhanget en viktig roll (se nedan 4.2).

Delvis liknande tankegångar har kommit till uttryck, när skadeståndet enligt 1976 års köplagsförslag skall kunna jämkas efter skälighet till normalförlusten — låt vara att bestämmelsen fyller vissa rättspolitiska syften snarare än vilar på billighetssynpunkter i gängse mening.[57] Aven denna jämkningsgrund kan sägas utgå från en mera generell kontraktsrättslig princip om begränsning av skadeståndet till beräknelig omfattning, som kommit till uttryck i vissa lagregler och i formulärrätten men i övrigt är ganska oklar.[58]

3.5 Vid bedömningen av ersättningsfrågan kan man vidare i många — men långtifrån alla — situationer beakta *konsekvensen* av olika lösningar *för parterna i det individuella fallet.*

Ibland är ett huvudsyfte att undvika att en regel får *svåra ekonomiska följder* för ena parten. Ett exempel är den förut berörda regeln om jämkning av oskäligt betungande skadestånd i 6 kap 2 § SkL, ett annat möjligheten att jämka ersättning efter återvinning (39a § konkurslagen).[59] Här är det fråga om en social synpunkt,

[54] Jfr *Bengtsson*, Om jämkning av skadestånd s. 94 f m. hänvisn. (ang. 6 kap. 1 § SkL) och s. 289 f. (om 6 kap 2 § SkL; här har faktorn begränsad betydelse).

[55] Se 9 § fornminneslagen och härom NJA II 1942 s. 570 f, NJA 1982 s. 547.

[56] Jfr prop 1981/82:130 s. 134 f.

[57] SOU 1976:66 s. 163 f. Jfr också avbeställningsregeln i 2 kap.10 § förslaget till konsumenttjänstlag (se härom SOU 1979:36 s. 184).

[58] Jfr t.ex. *Rodhe*, Lärobok i obligationsrätt (5 uppl. 1979) s. 207 f, där en rad exempel nämns. Se allmänt om frågan *Hellner* i TfR 1966 s. 290 ff.

[59] Jfr NJA II 1976 s. 202 f; se även t.ex. 2 kap 49 och 52 §§ i 1918 års vattenlag, 21 kap 4 § ärvdabalken (jfr NJA II 1981 s. 176 f).

som kommit till uttryck i en mängd andra lagregler till skydd för en illa ställd part — t.ex. om beneficium vid utmätning eller begränsning av skadeståndsskyldigheten för typiskt sett underlägsna kontrahenter.[60] Klara regler av detta slag är dock inte så lätta att utforma, och det är då närliggande att i stället hänvisa till en allmän skälighetsprövning. — Också i andra fall har man rätt att ta hänsyn till parternas eller ena partens ekonomi, fast detta inte är den allra viktigaste faktorn vid bedömningen — så bl.a. enligt medvållanderegeln i 6 kap 1 § SkL [61] och KFL:s regler om nedsättning av försäkringsersättningen (4.2 nedan).[62] Som nämnt framträder sådana sociala synpunkter i flera sammanhang där skälig ersättning skall ges för myndighetsingripanden i enskilda förhållanden.[63] Ibland är meningen att billighetsresonemang av detta slag kan utvidgas till att avse även tredje mans situation, främst att en viss lösning skulle drabba ena partens familj på ett olyckligt sätt.[64]

Denna typ av skälighetsregel blir oftast aktuell i lagstiftning där sociala hänsyn allmänt sett tillmäts stor betydelse. Men den kan också förekomma i lagar som annars präglas av affärsmässiga hänsyn, närmast då med sikte på vissa icke typiska situationer där lagen är tillämplig. Ett exempel är att lagen om inrikes vägtransport försetts med en regel om jämkning av oskäligt betungande skadestånd, avsedd att användas i speciella ansvarsfall — t.ex. vid skadeståndskrav mot avsändare (39 §).[65]

3.6 En närliggande variant med mindre uttalat socialt syfte är när skälighetsregeln ger möjlighet att undvika konsekvenser, som visserligen inte ter sig särskilt ödesdigra för en part men än-

[60] Se t.ex. 4 kap 1 § SkL och 60 § medbestämmanderättslagen. Ett typiskt exempel är också 200-kronorsregeln (tidigare i 8 § kollektivavtalslagen), som nu föreslås bli återinförd. — Jfr vidare 181 § sjölagen och prop 1973:137 s. 94 f (särskild ansvarslindring för passagerare).

[61] Jfr *Bengtsson*, a.a. s. 98 ff hänvisn. samt NJA 1981 s. 920. Se även 9 § lagen om fornminnen, där dock billighetssynpunkter av detta slag har begränsat utrymme; jfr NJA II 1942 s. 570 f och NJA 1982 s. 547.

[62] Jfr också om den ganska speciella regeln ang skälig ersättning vid avbeställning i 37 § 1976 års köplagsförslag SOU 1976:66 s. 186 f.

[63] Jfr ovan vid not 32. — Jfr också prop. 1977/78:72 s. 99 f (ersättning enligt 29 § förfogandelagen synes kunna höjas i visst fall, om den med hänsyn till prisutvecklingen ter sig obilligt låg).

[64] Jfr om tillämpning av 6 kap 2 § SkL i sådana fall NJA II 1975 s. 568 f, *Bengtsson*, a.a. s. 257. Se också om 20 kap 3 § lagen om allmän försäkring *Hamdahl-Danielsson-Lidbom-Sjöberg*, Lagen om allmän försäkring s. 299.

[65] Se NJA II 1975 s. 96 f (ang. den ursprungliga regeln; den nuvarande innebär ingen ändring i sak).

då framstår som mindre lämpliga med hänsyn till att inte han utan motparten *rimligen bör bära risken*, dock utan att denne på något sätt förfarit klandervärt.

Ibland kan detta bero på att motparten, eller en tredje man som också kan krävas på ersättning[66], helt enkelt har lättare att bära den. Från SkL kan nämnas regeln om jämkning av ansvar för sakskada enligt 3 kap 6 §, där möjligheten till riskfördelning å ömse sidor spelar en väsentlig roll. Över huvud taget är argumentet naturligtvis närliggande när det finns försäkring på ena sidan eller en part är ''självförsäkrare'' — staten, kommun eller storföretag som underlåter försäkring på grund av riskspridning i den egna verksamheten. Det påverkar tillämpningen av flera andra skadeståndsrättsliga jämkningsregler.[67] — När synpunkten återkommer i bestämmelser om att försummelse att ta vederbörlig försäkring skall beaktas vid en skälighetsbedömning, är den betydligt besvärligare att hantera i praktiken.[68]

Än större tillämpningssvårigheter medför en annan variant av riskargumentet: en part skall svara för hela eller en del av skadan, inte därför att han på grund av försäkring eller annars har lättast att bära den, inte heller därför att han har skuld till att den uppkommit, utan på grund av egna förhållanden av annat slag, som snarare han än motparten bör stå risken för. De närmare skälen för ett sådant riskresonemang kan växla; några konsekventa linjer är inte lätta att finna i lagstiftningen.

Välkänt är att förhållanden av detta slag anses inverka på jämkningsfrågan, när den skadelidande medverkat till skadan: att någon har strikt ansvar för vissa händelser anses vara grund för att han också som skadelidande bör bära större del av risken själv.[69] Här kan också nämnas 60 § medbestämmanderättslagen (''den skadelidandes förhållande med avseende på tvisten''), där även andra omständigheter än medvållande i egentlig me-

[66] Jfr 4 kap 1 § SkL (vid ansvar med tredje man) och *Hellner*, Skadeståndsrätt s. 97 f; se även SOU 1971:83 s. 57 f.

[67] Se t.ex. om 6 kap 1 och 2 §§ SkL NJA II 1975 s. 558 f, 569; jfr även om 39 § lagen om inrikes vägtransport NJA II 1975 s. 96 f, 98.

[68] Lagstiftaren har ogärna velat acceptera sådana regler; se dock 8 § 2 st brottsskadelagen. Jfr även NJA II 1975 s. 569 f och v dare SOU 1975:103 (Skadestånd VI), där synpunkter av detta slag spelar en ledande roll; man har måst kommentera dem mycket utförligt i motiven.

[69] Jfr *Bengtsson*, a.a. s. 161 ff med hänvisningar. I detta sammanhang kan framhållas, att jag i diskussionen kan ha visat vissa motivuttalanden i frågan väl stor respekt; jfr *Hellners* vägande kritik av dem i Skadeståndsrätt s. 177 (se även s. 181).

ning kan beaktas,[70] och bestämmelsen i kommissionärs rätt till skälig ersättning vid uppdragets upphörande enligt 52 § kommissionslagen.[71]

En särskild grupp av skälighetsregler, där riskfördelningstankar av detta slag har medverkat, gäller ersättningsskyldighet för det allmänna eller i övrigt för verksamheter som godtas på grund av sitt värde från allmän synpunkt. T.o.m. vid ansvar på grund av vållande skall sålunda en skadelidande enligt 3 kap 5 § få bära vissa företagsrisker själv i förhållande till staten eller kommun.[72] Vid skälighetsbedömningen enligt 30 § miljöskyddslagen och den motsvarande ersättningsregeln i 4 kap 2 § första stycket expropriationslagen tas hänsyn inte bara till om den skadelidandes fastighet är särskilt immissionskänslig utan också till om skadan annars är av en typ som rimligen bör delas mellan parterna.[73] Även i en del andra fall av ersättningsskyldighet för det allmänna anses den enskilde skäligen böra bära vissa förluster själv, när inte vanliga expropriationsprinciper gäller[74] — detta just med tanke på ingreppets värde från allmän synpunkt (jfr 3.3 ovan). Enligt förfogandelagen skall den allmänna prispolitiken i ett uppkommet krisläge vara vägledande vid prövningen av ersättningens skälighet, vilket också leder till en riskfördelning. Vidare bestäms ”skälig ersättning för nödvändiga kostnader” (29 §) med hänsyn till de kostnader som skulle uppstå i ett företag med rimlig grad av rationalisering. Tydligen får en företagare, som inrättat sig på mindre lämpligt sätt, stå risken för detta själv.[75]

Liknande fördelningstankar kommer annorstädes till uttryck i mera preciserade lagregler om ingrepp i enskild rätt, t.ex. i expropriationslagens presumtionsregel (4 kap 3 §) och i bestämmelser som utesluter ersättning för indirekta skador o likn.[76] — I övrigt finns en del spridda lagrum som vilar på risksynpunkter av ungefär samma slag som här berörts,[77] men några allmänna principer är svåra att finna; i annan nordisk rätt har man konsta-

[70] Se t.ex. *Bergkvist-Lunning*, Medbestämmande i arbetslivet s. 269 f, *Bergström*, Kollektivavtalslagen (2 uppl. 1948) s. 144 f.

[71] NJA II 1974 s. 595. Se även om 9 kap. 11 § 1983 års vattenlag prop. 1981/82:130 s. 134 f, 469 f.

[72] NJA II 1972 s. 678 ff. — Märk även att nedsättning enligt 3 kap 4 § SkL inte nödvändigtvis behöver grundas på medvållande (jfr *Bengtsson*, Skadestånd vid myndighetsutövning II s. 28 ff).

[73] Jfr NJA II 1969 s. 306, 308 och även NJA 1977 s. 424.

[74] Se flera regler i KK 1956:296 (ang ingripande i hälsovårdens intresse; jfr prop. 1956:126 s. 74 ff), 10 § i 1 st lagen om ersättning till smittbärare, 10 § smittskyddslagen, 62 § civilförsvarslagen; jfr även prop. 1961:27 s. 33 f (ingripanden mot salmonellasmitta).

[75] Jfr om det sagda prop. 1954:20 s. 101 ff, prop. 1977/78:72 s. 99 f. — Se även 35 § 2 st förfogandelagen och den motsvarande regeln i 22 § ransoneringslagen.

[76] Så 29 § förfogandelagen och 19 § ransoneringslagen. Jfr 16 § brandlagen.

[77] T.ex. 25 § FAL och — från ett helt annat område — 17 och 58 §§ köplagen.

terat vissa grundsatser om ''objektiv egenrisk'' när dyrbar eller ömtålig egendom skadats,[78] men de har knappast präglat den svenska skadeståndsrätten.

3.7. Alla de nu berörda skälighetsfaktorerna kan sägas ansluta till vissa allmänna rättviseföreställningar, om också delvis ganska subtila — det gäller särskilt de sist berörda riskresonemangen. Lagstiftaren kan emellertid också avse att en domstol skall dra in mera utpräglat *rättspolitiska* hänsyn, vilka anses viktiga i sammanhanget. Vid tillämpningen av en skälighetsregel skall man ibland tillgodose preventionen mot vårdslöst eller uppsåtligt handlande[79] — vilket ju inte är alldeles detsamma som att skuldgraden skall beaktas — eller främja en viss avtalspraxis[80]; meningen kan också vara att vissa skyldigheter för parterna skall inskärpas[81] eller att kriminalpolitiska synpunkter skall beaktas i den civilrättsliga tvisten.[82] Ett närliggande fall är när syftet med en skälighetsregel är att förenkla bedömningen av en fråga, som annars skulle bli alltför besvärlig att avgöra i praktiken; exempel ger de regler om skälighetsuppskattning av skadan som förut berördes (2.1), liksom bestämmelser vilka skall möjliggöra en friare avräkning av vinst mot skada än allmänna principer tillåter.[83] — Hänsyn av de slag som här har nämnts kan leda till lösningar, vilka inte alltid sammanfaller med vad lekmän eller ens jurister anser vara de mest tilltalande i det enskilda fallet. Om ''skälig-

[78] Jfr *Bengtsson*, a.a. s. 201 ff m. hänvisn. främst till dansk rätt. Från Norge se även NRt 1973 s. 1268 (ett fall som jag inte förut observerat).

[79] Se t.ex. om 4 kap 1 § SkL NJA II 1972 s. 721. Jfr nedan 4.2 om KFL:s nedsättningsregler. Vid ersättning för myndighetsingripanden mot smittfara o. likn. har en skälighetsbedömning ansetts som en sporre för den skadelidande att själv vara verksam för att hindra smittans spridning; se t.ex. prop. 1961:27 s. 33 f (jfr JoU 1961:12 s. 14 f).

[80] I SOU 1976:66 avser en regel om jämkning av skadestånd, i första hand till normalförlusten, bl.a. att anpassa skadeståndet till kontraktspraxis även där ej standardkontrakt används (s. 163 f).

[81] Jfr uttalandet i 1976 års köplagsförslag om att en jämkningsregel utgjorde en förhållningsregel för parterna genom att inskärpa bådas ansvar för att förlusten genom dröjsmålet begränsas (SOU 1976:66 s. 164).

[82] Se NJA II 1974 s. 566 och *Bengtsson*, a.a. s. 276 ff. Jfr även SOU 1977:84 s. 183, 242 f.

[83] Jfr NJA II 1972 s. 680 f om 3 kap 5 § SkL och NJA II 1974 s. 594 f om 52 § kommissionslagen. Sådana synpunkter torde (delvis) ligga bakom också den nuvarande regeln i 62 § civilförsvarslagen, jfr prop 1944:268 s. 219 f. — Jfr även SOU 1976:66 s. 334 f (obehag och kostnad avräknas från nytta genom skälighetsprövning).

het" i mera inskränkt bemärkelse är därför knappast fråga; snarare har lagstiftaren utnyttjat den vaga regeln till att på ett enkelt sätt få vissa ändamålssynpunkter tillgodosedda. Många gånger torde det snarare vara sådana syften än en önskan att undvika stötande resultat som medfört att en skälighetsregel använts.

Också andra faktorer än de som här berörts kan naturligtvis påverka skälighetsbedömningen i särskilda fall. Bl.a. kan nämnas att de ersättningsbestämmelser vid avbeställning som föreslagits av köplags- och konsumenttjänstutredningarna förutsätter en speciell prövning, där dock synpunkten om en rimlig jämvikt mellan parternas skyldigheter spelar en väsentlig roll.[44]

3.8. Det sagda ger exempel på vissa huvudtyper av argument, som enligt lagstiftarens synsätt får beaktas vid en skälighetsprövning. Argumenten kan sedan få större eller mindre tyngd i sammanhanget. Hur denna avvägning skall ske behandlas ibland närmare i lagstiftningens förarbeten, men det vanliga är att man bara antyder att vissa faktorer är viktigare än andra genom att särskilt nämna dem i lagtext eller motiv.

Här får man emellertid göra en viss distinktion mellan olika motivuttalanden. Jag har i det föregående utgått från att en synpunkt, som fått *motivera* en skälighetsregel, också bör påverka dess närmare tillämpning. I allmänhet torde detta också vara avsikten. Att märka är emellertid att ett allmänt skäl för t.ex. en bestämmelse om ansvarsmildring inte nödvändigtvis behöver innebära att man skall bedöma hur pass tungt samma faktor väger *i det individuella fallet*. Har en regel getts för att skydda konsumenters ekonomi i allmänhet, är det inte säkert att den skall tillämpas så, att man också prövar hur pass angeläget det är att skydda just den konsument som är part i den aktuella tvisten. (Jfr nedan 4.2 om motivuttalandena till KFL.) Och om man betonat vikten av att staten inte ensam skall bära risken för en viss typ av ingrepp i allmänt intresse, t.ex. i krissituationer för landet, är det inte säkert att man skall pröva hur pass nödvändigt just det ersättningsgrundande ingreppet var. (Se 3.3 ovan.) Man *får* förmodligen dra in sådana förhållanden i bedömningen, om inte motiven motsäger det (jfr 3.9 nedan). Men man *måste* inte göra det, och det är inte alls säkert att förhållandet bör få någon

[44] Jfr 37 § 1976 års köplagsförslag och härtill SOU 1976:66 s. 186 f; se även 2 kap 10 § förslaget till konsumenttjänstlag och SOU 1979:36 s. 184.

större tyngd. — Här skall bara problemet påpekas; några allmänna grundsatser för hur pass individualiserad bedömningen skall vara kan knappast ställas upp. Det finns i alla händelser skäl att beakta frågan när motiven författas.

3.9. Det sist sagda leder in på en annan fråga, som åtminstone från domstolarnas synpunkt egentligen är av större intresse än vilka faktorer som kan påverka bedömningen enligt ett visst lagrum. Vilka förhållanden är det som man *inte* får dra in i skälighetsprövningen? Här brukar lagstiftaren vanligen lämna bedömaren i sticket; uttalanden om att en viss typ av faktorer inte inverkar förefaller sällsynta.[85] Emellanåt sägs i motiven att ”samtliga föreliggande omständigheter” skall beaktas, eller liknande[86] — hur pass stor vikt man nu kan fästa vid ett sådant uttalande — men oftare får domstolarna inte något uttryckligt medgivande till en fri prövning. Vad som då gäller är tveksamt. Kan man redan av en hänvisning till ”omständigheterna i övrigt” eller liknande sluta sig till att vilka omständigheter som helst får inverka, om de i andra sammanhang anses juridiskt relevanta? Och är rättsläget annorlunda, när lagtexten bara talar om ”skälig ersättning”, ”synnerliga skäl” eller ”särskilda skäl” utan att göra något tillägg av angivet slag?

I vissa fall finns nog anledning att på detta vis fästa vikt vid skälighetsregelns avfattning. En bestämmelse torde sålunda knappast inskränka sig till att markera en friare bevisprövning (2.1 ovan), om den mera allmänt hänvisar till omständigheterna — därmed naturligtvis inte sagt att man när en sådan hänvisning saknas kan dra slutsatsen att det bara är fråga om en bevisregel. Och om bestämmelsen föreskriver avsteg från en huvudregel när ”särskilda förhållanden” eller ”särskilda skäl” föreligger, torde man vidare åtminstone i princip endast böra ta hänsyn till faktorer som berörts i motiveringen eller ligger i linje med dessa (se NJA 1982 s 547, om 9 § fornminneslagen).[87] Alltid lär dock inte denna grundsats kunna följas; förutsättningen bör rimligen vara att förarbetena inte är alltför intetsägande. Detta gäl-

[85] Jfr om orsakssamband och om ringa medverkan SOU 1971:83 s. 40, 41 f (där dock knappast möjligheterna utesluts att låta sådana förhållanden väga med vid bedömningen).

[86] Se NJA II 1972 s. 721 om 4 kap 1 § SkL.

[87] I bestämmelsen används uttrycket ”särskilda förhållanden”.

ler t.ex. det omdiskuterade uttrycket "särskilda skäl" i regeln om nedsättning av ställföreträdares betalningsskyldighet i 77a § uppbördslagen (en bestämmelse som dock ligger utanför ersättningsrätten i vanlig mening); jämkning har här ansetts möjlig på grund av åtskilliga förhållanden av skilda slag.[88] —Det kan också framgå av en jämförelse med andra lagrum eller av lagstiftningens allmänna syfte att en viss typ av förhållande inte skall beaktas.[89]

I övrigt är det svårt att ange några riktlinjer för hur långt skälighetsbedömningen får gå. Resonemangen måste bli både abstrakta och osäkra. De ganska oklara principerna om analog tillämpning av civilrättsliga regler ger knappast något besked om det aktuella problemet, som ju rör en annan situation: det är bara fråga om domstolarnas rätt att låta vissa förhållanden *väga med* i deras prövning. Någon fullständig frihet att hämta argument från alla håll inom rättsordningen bör dock en domstol inte ha; då blir tillämpningen ytterlig svår att förutse och riskerar att få ett drag av godtycke.

En möjlighet kunde vara att ta fasta på det nyss berörda förhållandet, att skälighetsfaktorerna normalt utgör försvagade versioner av allmänna, ofta lagfästa rättsprinciper som gäller just på det område skälighetsregeln rör. Detta kan antyda hur långt bedömningen i tvivelsmål bör gå. Förutsättningen för att en omständighet får beaktas i en tvist skulle vara, att den i andra sammanhang hade kunnat åberopas mellan samma parter. Om exempelvis en gäldenär enligt en speciell lagregel kan som ursäkt för dröjsmål åberopa att han berövats friheten (jfr 25 § 3 st KFL) borde ett sådant förhållande kunna inverka vid en skälighetsbedömning som avser kontraktsbrott vid den avtalstyp och av den gäldenärskategori regeln i fråga berör, men knappast annars.[90]

En sådan princip kan verka systematiskt tilltalande: tillämpningen av regeln kan bli i någon mån konsekvent och förutsebar. Bedömningen kompliceras emellertid bl.a. av att vissa avtalsty-

[88] Se särskilt NJA 1971 s. 296; jfr även övriga fall anförda under paragrafen i lageditionen.

[89] Jfr om betydelsen av medvållande enligt 6 kap 2 § SkL *Bengtsson*, a.a. s. 290 m. hänvisn; se även diskussionen i NJA 1971 s. 296 (där dock ingen jämkningsfaktor ansetts helt utesluten).

[90] Jfr de delvis liknande synpunkterna på analogiskt tillämpning av tvingande regler i SOU 1974:84 s. 136.

per står så pass nära varandra och regleras enligt så pass likartade tankegångar att man bör kunna överföra synpunkter från den ena till den andra avtalstypen, i vart fall när det bara är fråga om en skälighetsprövning. Detta gäller t.ex. bostadshyra och bostadsarrende, liksom även lokalhyra och anläggningsarrende. Det kan också verka ganska rimligt att åberopa principer från konsumentköplagen eller en blivande konsumenttjänstlag när en näringsidkare träffar liknande avtal med en hantverkare eller småbrukare, möjligen också när ett företag avtalar om transport med en privatperson.[91] Hur pass långt man kan gå är tveksamt; sannolikt får man här skilja mellan olika typer av skälighetsfaktorer — något som för övrigt gör prövningen ännu mera invecklad. En del allmänna resonemang är så karakteristiska för vissa slag av rättsförhållanden att man får vara ytterligt försiktig med att föra dem i andra sammanhang. De särskilda förhållanden som påverkar utmätningen av allmänt skadestånd inom arbetsrätten och den kollektiva hyresrätten, bl.a. intresset av att lagens bestämmelser bör iakttas (55 § medbestämmanderättslagen; jfr 28 § hyresförhandlingslagen), kan sålunda inte gärna beaktas vid andra avtal, även om de rör en arbetsprestation eller en nyttjanderätt.

Däremot har förmodligen i varje fall en del av de faktorer som har behandlats i det föregående (3.1—3.7) en sådan allmän relevans att de i tvivelsmål bör med större eller mindre tyngd kunna väga med vid prövningen, oavsett rättsförhållandets art. Synpunkten att en viss jämvikt bör föreligga mellan parternas förpliktelser (3.1) är en generell kontraktsrättslig tankegång, som normalt borde kunna godtas vid skälighetsbedömning i kontraktsförhållanden; skuldgraden är en så pass allmänt använd skälighetsfaktor att det vore naturligt om den aldrig helt skulle sakna betydelse, när ersättning skall utges av skadevållaren själv; kanske kan man också i regel ta hänsyn till ett påfallande slumpartat och säreget orsakssamband (3.4). De ekonomiska konsekvenserna för parterna i det enskilda fallet av en ersättningsskyldighet får däremot troligen hållas utanför prövningen i många sammanhang, särskilt i affärsmässiga relationer. Riskresonemang grundade på existensen av försäkring eller självförsäkring på endera sidan kan nog föras vid de allra flesta skade-

[91] Jfr SOU 1979:36 s. 107, 112.

ståndsrättsliga skälighetsregler,[92] men knappast mera allmänt inom ersättningsrätten. Då det gäller statens ersättningsskyldighet för myndighetsingripanden bör man sålunda knappast kunna hänvisa till det allmännas möjlighet att slå ut kostnaden på skattebetalarna — detta är en självklar bakgrund till ersättningsregeln, men meningen kan inte antas vara att förhållandet dessutom skulle spela en självständig roll vid prövningen hur stor ersättningen rimligen bör bli.[93] I övrigt förefaller risksynpunkter av olika slag i sådan grad bero på rättsförhållandets särskilda art att de knappast går att tillämpa mera allmänt (se 3.6 ovan). Och vad angår en sådan omständighet som att bevisningen angående en skada är mindre tillfredsställande, är detta egentligen något som bör beaktas vid skadans uppskattning, inte vid en mera allmän billighetsprövning — om det nu går att hålla isär dessa båda bedömningar i praktiken. (Jfr 2.1 ovan).

Vad som nu sagts ger inte mycket ledning för bedömningen av osäkra fall — närmare analyser av enskilda bestämmelser hade egentligen behövts — och kan för övrigt vara kontroversiellt: många vill kanske lämna det fria skönet större spelrum. Ett försök att ytterligare precisera de allmänna principerna lär dock knappast bli så givande. Frågorna kan tyckas teoretiskt intressanta, men deras praktiska betydelse torde vara ganska begränsad. Åtskilliga sådana faktorer som möjligen i och för sig får beaktas vid en sammanvägning kan naturligtvis ha så liten tyngd att de saknar varje inflytande på resultatet. Att dra en gräns mot argument som inte alls får åberopas kan då synas överflödigt.

Härtill kommer att det i de enskilda fallen ofta är omöjligt att i efterhand konstatera, om en domstol dragit in också ”förbjudna” faktorer i prövningen. På sin höjd kan detta ha antytts i domskälen med en vag hänvisning till övriga omständigheter i saken eller liknande. Tvekar domaren om vissa faktorer som bidragit till utgången egentligen kan anses relevanta, föredrar han naturligtvis att uttrycka sig svävande i domen — något som ter sig mera försvarligt än annars just därför att det är en skälighetsregel som tillämpas. Inte heller resultatet av skälighetsprövningen brukar tillåta någon kontroll i detta avseende: det är sällan

[92] Däremot inte enligt 35 kap 5 § rättegångsbalken (2.1 ovan).

[93] Jfr alla de begränsningar som gäller för det allmännas skadeståndsansvar enligt 3 kap SkL (se 3—7 §§).

man kan konstatera att domstolen hamnat alldeles fel när den mätt ut skälig ersättning.

Det kan alltså vara förståeligt att den besvärliga frågan om de förbjudna faktorerna inte brukar närmare tas upp i lagmotiven. Det finns emellertid goda skäl att försöka belysa den vid lagens tillkomst. Problemen med skälighetsbedömningen försvinner inte på det viset, men skälighetsregeln vinner åtminstone åtskilligt i stadga.

3.10. I detta sammanhang finns också anledning att betona att tvister om skälig ersättning i de flesta fall inte går till domstol; det normala är att de tillämpas vid utomrättsliga uppgörelser, och detta måste lagstiftaren i regel också sträva efter. Här prövas dessa frågor av advokater, av skadereglerare i försäkringsbolag, av stats- och kommunaltjänstemän, ibland utan juridisk utbildning, av mer eller mindre sakkunniga personer i företagen eller av andra lekmän; i första hand torde skälighetsprövningen ske på den ersättningsskyldiges sida, men en uppgörelse i godo förutsätter självfallet i vanliga fall att den skadelidande finner resultatet någorlunda rimligt. Bedömningen lär emellertid i regel påverkas av vilken kategori som gör den — ett välkänt förhållande, fast det ibland kommer skymundan när lagstiftning med denna metod diskuteras. Det är inte lämpligt om klyftan blir för stor mellan skälighetsprövningen i och utanför domstol. Detsamma gäller naturligtvis lagtolkning i andra sammanhang, men skillnaderna ökar i betydelse när reglerna ger så stort utrymme för värderingar som i de fall vi diskuterar.

Avvägningen mellan olika skälighetsfaktorer kan emellertid vara så svår att det snarast skulle vara överraskande om inställningen vore enhetlig. Inte ens för domstolarnas del kan man vara helt säker på en enhetlig bedömning i alla lägen; även om domare är tränade att bortse från egna politiska värderingar, kan deras ståndpunkt i andra avseenden vara påverkad av t.ex. vilken generation de tillhör eller av deras tidigare juridiska miljö.[94] Viktigare är dock skillnaderna mellan domstolsjurister (och and-

[94] Jurister som börjat studera på 1960-talet torde inte ha undgått att påverkas av den mindre auktoritetsbundna inställning och den särskilda förståelse för sociala hänsyn som präglade dessa studentårgångar i jämförelse med tidigare (och kanske även med senare); den som arbetat i departement före sin domarutnämning har ofta förvärvat ett något annorlunda synsätt än den som tillbragt motsvarande tid som do-

ra ämbetsmän) och enskilda, mellan jurister (och andra skadeståndsspecialister) och lekmän, mellan företagare och privatpersoner. I varje fall på ersättningsrättens område kan man knappast vänta sig samma inställning i fråga om tyngden av olika skälighetsfaktorer eller över huvud taget till vad som är rimligt och rättvist, utan att lagstiftaren gett klara anvisningar om bedömningen. Och när inte juristhjälp anlitas (eller, för skadeståndstvisternas del, när inte ansvarsförsäkring blir aktuell) kan man inte heller räkna med att motivuttalanden är tillräckliga. I den mån de alls kommer till den enskildes kännedom, är det ovisst om han låter sig övertygas av utläggningar om regelns innebörd som inte har direkt stöd i lagtexten. Det är t.ex. inte så lätt för en skadelidande att finna det "skäligt", om det allmänna inte ersätter fullt ut den förlust han utan egen förskyllan lider genom en tjänstemans slarv (jfr 3 kap 5 § SkL).

Också dessa förhållanden kan ge anledning till eftertanke, innan man försöker lösa en ersättningsfråga med hjälp av en skälighetsregel. Ju större betydelse de utomrättsliga bedömningarna får, desto mera brukar risken för tvister och komplikationer framträda. Förhållandet brukar åberopas bl.a. från advokathåll, när sådana regler föreslås (jfr 2.2, 2.3 ovan).

4. *Några särskilda situationer*

Två typer av skälighetsregler handläggs normalt av den ersättningsskyldige partens egna specialister: regler om ersättning vid olika myndighetsingripanden och regler om försäkringsersättning. Domstolsprövning spelar här en underordnad roll och är ibland utesluten. De problem som sist berördes (3.10) får speciell betydelse i sammanhanget. Det finns skäl att i korthet uppmärksamma några särdrag på dessa områden.

4.1. Vad angår *ersättning av det allmänna vid rättsenliga ingripanden*, sker den materiella bedömningen något annorlunda än eljest. Den avvägning som förekommer görs närmast mellan den enskildes behov av ersättning — varvid också beaktas vilka förväntningar han rimligen kan ha på ekonomisk trygghet — å andra sidan hur pass angeläget ingreppet åtminstone typiskt sett är

mare i landsorten; att preventionssynpunkter bl.a. inom skadeståndsrätten allmänt sett står högre i kurs bland något äldre jurister torde vara klart.

från allmän synpunkt.[95] Som redan framhållits (3.6) blir då risksynpunkterna av betydelse: särskilt när en ekonomisk skada beror på den enskildes speciella förhållanden har det förefallit rimligt att han får stå viss risk själv, om en åtgärd företas i ett viktigt allmänt intresse. Ibland är meningen att gottgörelse skall utgå bara när särskilda billighetsskäl talar för detta. Tendensen att reducera ersättningen är dock inte klar: det förekommer att man på senare år gått över till en regel om full kompensation för flertalet skador, som t.ex. i 1980 års epizootilag.[96] — Övriga skälighetsfaktorer som här har berörts saknar i stort sett betydelse; normalt förekommer ju inget avtalsförhållande mellan parterna som skall beaktas, inte heller något vållande på den ersättningsskyldiges sida.

Skälighetsbedömningen varierar, från fall där i allmänhet full gottgörelse skall utgå[97] till fall där endast billighetsersättning kan komma i fråga utan några juridiska skyldigheter för det allmänna — något som gäller exempelvis vid vissa ingripanden i hälsovårdens intresse[98] samt enligt atomenergilagstiftningen[99] och 1971 års lag om vissa internationella sanktioner (''Rhodesialagen'').[100] I dessa sistnämnda fall framgår möjligheten av en billighetsersättning bara av motiven. Man har ansett att en föreskrift om sådan ersättning vid ''särskilda skäl'' är alltför obestämd för att passa som ersättningsregel i lag — däremot i en förordning.[101]

Ofta hanteras skälighetsfrågorna, även när de avgörs enligt en rättslig bedömning, enbart av administrativa myndigheter utan möjlighet för den enskilde att få en domstolsprövning till stånd. Gränserna mellan en juridisk bedömning och rena billighetsöverväganden blir här flytande. Myndighetens skön är väl inte

[95] Se ovan 3.3, 3.8.

[96] Jfr prop. 1980/81:61 s. 11, 19. Se även 4 § lagen (1977:140) om särskilt tillstånd att tillföra kärnreaktor kärnbränsle m.m; jfr prop 1976/77: 53 s. 25 f, 32.

[97] Så förmodligen enligt t.ex. 2 kap 9 § vattenlagen, jfr ovan vid not 16.

[98] Se KK 1956:296, 5 § och prop. 1956:126 s. 73. Se också prop. 1979/80:61 s. 50 (epizootilagen).

[99] Se prop 1956:178 s. 28 (ersättning vid uppenbar obillighet), prop 1976/77:53 s. 26, 32 samt numera prop. 1983/84:60 s. 62.

[100] Se prop. 1971:77 s. 64. — Jfr även om ''Sydafrikalagen'' (1979:487) prop. 1978/79:196 s. 143, 163, 170 f. Tänkvärda synpunkter om lagstiftningsteknik i sådana fall i SOU 1978:53 s. 189 f (Eskil Hellners yttrande).

[101] Se prop. 1979/80:61 s. 50 (lagrådet om en föreslagen bestämmelse i epizootilagen), 54. Se nu 12 § epizootiförordningen (1980:371).

helt fritt, men de begränsningar i skälighetsbedömningen som jag först berört (3.9) spelar nog betydligt mindre roll i dessa fall — särskilt när det allmänna inte har någon skyldighet, bara en möjlighet att utge ersättning.

Både från rättssäkerhetssynpunkt och av praktiska skäl kunde det verka önskvärt att på något sätt konkretisera åtminstone de allmänna riktlinjerna för myndigheternas prövning. Tidigare kunde detta ske genom författningar utfärdade av regeringen eller anvisningar av myndighet, men möjligheterna till sådan delegation är numera begränsade med hänsyn till regeringsformens princip att regler av denna typ i allmänhet skall ges i lag (jfr 2 kap 18 § samt 8 kap 3 och 7 §§). Utrymmet för verkställighetsföreskrifter enligt 8 kap 13 § torde vara mycket snävt åtminstone då det gäller expropriationsliknande ingrepp.[102] Här är dock av intresse att på ett särskilt område, nämligen inom förfogandelagstiftningen, bedömningen kan preciseras genom *taxor* som myndighet fastställer; från dessa kan avvikelse ske när de leder till obilligt resultat (se närmare 33—35 §§ förfogandelagen). Avvikelsen förutsätter dock särskild ansökan hos den högsta administrativa instansen på området, riksvärderingsnämnden, varför billighetshänsyn torde få begränsat utrymme i praktiken.[102a]

4.2. Inom *försäkringsrätten* har på senare tid förekommit en utveckling, som motiverar att skälighetsreglerna behandlas något mera ingående. Bestämmelser om att ersättningens storlek bestäms efter skäligheten förekommer till en början i försäkringsavtalslagen, där de dock avser mera speciella situationer och spelar en ganska underordnad roll.

Några sådana bestämmelser avser nedsättning av försäkringsersättningen vid försummelse att tillhandahålla försäkringsbolaget vissa uppgifter och material av betydelse (21, 22 och 44 §§). Dessa regler förklaras närmast av svårigheten att föra bevisning om skada som försummelsen medfört[103] — det är alltså fråga om sådan skälighetsuppskattning av skadan som förut

[102] Jfr *Petrén-Ragnemalm*, Sveriges grundlagar s. 175, 193 ff, *Holmberg-Stjernquist*, Grundlagarna s. 136, 262; se även prop. 1982/83:114 s. 7, 9.

[102a] I en del fall har regler om billighetsersättning preciserats genom tjänsteföreskrifter; så bl.a. vid ingripanden enligt bisjukdomslagen och salmonellalagstiftningen.

[103] NJA II 1927 s. 388, 429; jfr *Hellner*, Försäkringsrätt (2 uppl 1965) s. 191, 208. Formuleringarna av motsvarande danska och norska regler kunde tyda på en friare skälighetsbedömningen, vilket dock motsägs av uttalanden av *Selmer* (Forsikringsrett, 2 uppl. 1982 s. 184) och *Lyngsø* (Dansk forsikringsret s. 178).

berörts (2.1 ovan). Detsamma kan sägas om regeln i 52 § andra stycket om skäligt avdrag på ersättningen vid försummelse att vidta räddningsåtgärd.[104] Inget i förarbetena tycks tyda på att en fri skönsmässig bedömning kan ske i dessa fall, med beaktande av skuldgraden eller liknande;[105] en sådan bedömning har dock ansetts möjlig.[106] Att en fri skälighetsprövning skall göras verkar klart bara i fråga om verkan av svikligt förfarande under skaderegleringen (23 §), där preventionshänsyn tydligen skall vägas mot ersättningsbehovet.[107] I övrigt innehåller FAL inte några skälighetsregler av den typ som här har intresse.[108] I stället är det mera preciserade grundsatser, framför allt prorataregeln och kausalitetsregler av olika slag, som bestämmer påföljden av att biförpliktelser eftersätts från försäkringstagarens sida. Att hänvisa till en strikt juridisk bedömning i sådana fall torde vid lagens tillkomst ha ansetts som en bästa garantin för att den försäkrades intresse tillvaratogs.

En helt annan inställning möter i konsumentförsäkringslagen. Generellt går man här ifrån FAL:s mera nyanserade regler om nedsättning av försäkringsersättningen när biförpliktelser av olika slag åsidosatts — vid brott mot upplysningsplikten, fareökning, överträdelse av säkerhetsföreskrifter och andra åligganden enligt villkoren, framkallande av försäkringsfallet, felaktiga uppgifter vid skaderegleringen. Värdet av mjukare nedsättningsregler framhålls i förarbetena. I enlighet härmed föreskrivs en skälighetsbedömning, som präglas av lagens konsumentskyddande syfte och i väsentliga avseenden har samma karaktär i olika situationer. (Se 30—32 och 23 §§.)

Enligt motiven skall prövningen i stora drag innebära följande. En avvägning skall ske mellan å ena sidan den försäkrades intresse av skydd mot betydande skador, å andra sidan preventionssynpunkten, som också tillgodoser försäkringskollektivets intresse av att hålla nere premierna. Skuldgraden skall alltid spela en viktig roll vid skälighetsbedömningen. Vidare

[104] NJA II 1927 s. 446 (''en fri prövning av försummelsens betydelse'' utan krav på ''strängt bindande bevisning'').

[105] Beträffande 52 § motsägs detta redan av lagtexten, som talar om ansvarsfrihet för skada som försummelsen kan (enligt den norska texten ''må'') antas ha orsakat. Märk också att 124 §, som sagts ha samma innebörd (NJA II 1927 s. 543), inte talar om något skäligt avdrag. *Schmidt* (a.a. s. 118 not 22) anser här ha förekommit ett redigeringsfel, vilket väl inte är så säkert. — Se även not 103 ovan.

[106] *Schmidt*, a.a. s. 117 f, *Hellner*, a.a. s. 187 (ang. 52 §; förmodligen får i så fall skillnad göras mellan fall av uppsåt och grovt vållande, vilket ter sig rimligt vad än lagstiftaren tänkt sig).

[107] NJA II 1927 s. 390 ff. Jfr NJA 1963 s. 516, kritiserat av *Hellner* bl.a. i SvJT 1968 s. 295 ff; se även *dens.* i Selected Essays on Insurance Law s. 205 ff.

[108] Hänvisningarna till skälighet i 63, 74, 82 och 92 §§ är naturligtvis av annan typ, liksom i 70 § (rimlighet). Den nu upphävda generalklausulen i 34 § skall inte diskuteras här.

skall beaktas sambandet mellan överträdelsen av biförpliktelsen och försäkringsfallet — detta också vid eftersatt upplysningsplikt och fareökning, där förhållandet omtalas främst bland skälighetsfaktorerna i lagtexten (30 och 31 §§). Bland andra omständigheter nämns i motiven de påföljder som den försäkrades förfarande i övrigt medfört för honom och försäkringsbolagets eget handlande — närmast dess aktivitet eller passivitet när det gällde att inskärpa förpliktelserna. Den försäkrades ersättningsbehov i det individuella fallet, som för försäkringsrättskommittén hade framstått som en väsentlig faktor, skall däremot enligt propositionen bara undantagsvis beaktas.[109]

Tanken har varit att tillämpningen av nedsättningsreglerna kunde schabloniseras genom att skälighetsbedömningen mera preciserat angavs i försäkringsvillkoren. Eftersom dessa granskades av myndighet, skulle den försäkrades intresse tillgodoses också i detta läge. Som bekant har en sådan precisering också skett, fast utvecklingen knappast helt motsvarat förväntningarna från lagstiftarhåll. Tydligen har uppgiften att skriva preciserade villkor tett sig besvärligare för försäkringsbolagen än man räknat med. Detaljerna kan förbigås här.[110] I villkoren, liksom i praxis från allmänna reklamationsnämnden och skadeförsäkringens villkorsnämnd, har skuldgraden tillmätts den dominerande betydelsen.[111]

Som framgått återkommer ungefär liknande skälighetsfaktorer på KFL:s område som inom ersättningsrätten i övrigt. Ett särdrag framträder dock: den förut berörda synpunkten att jämvikt skall råda mellan parternas förpliktelser har påtagligt ringa betydelse i sammanhanget. Proratataregeln — principen att ersättningen vid felaktiga upplysningar m.m. skall anpassas efter den risk som i verkligheten föreligger — som just ger uttryck för jämviktstanken, kritiseras energiskt i förarbetena. Försäkringstekniska hänsyn spelar över huvud taget en underordnad roll vid den avsedda skälighetsbedömningen. Förhållandet kan tyckas överraskande vid en jämförelse med skälighetsbedömningen vid andra avtalstyper: inom försäkringsrätten, där vederlaget anpassas efter motprestationen enligt statistiska beräkningar, kunde det finnas särskild anledning att fästa vikt vid jämviktsargumentet. Här gäller ju också enligt försäkringsrörelselagen en speciell skälighetsprincip, som avser just premiens anpassning till bl.a. den risk som skall täckas (19 kap 5 §; jfr för livbolagens del 7 kap

[109] Se om det sagda SOU 1977:84 s. 101, 147 ff, 227 ff, prop. 1979/80:9 s. 64 ff, 143 ff.

[110] Se *Hellner* i Försäkringstidningen 2/1981 s. 4 ff (jfr bl.a. *Lindstedt* s. 3) och vidare *Strömbäck* i Nordisk försäkringstidskrift 1983 s. 46 ff.

[111] Jfr *Strömbäck*, a.a. s. 54 ff, *Franzén* och *Strömbäck* i Försäkringstidningen 12/1982 s. 12 ff.

2 §). För många försäkringsmän torde det vara denna typ av skälighet som ter sig som det väsentliga.[112] Men sådana synpunkter har tillmätts underordnad betydelse vid en avvägning mot övriga omständigheter, särskilt det behov av skydd som typiskt sett föreligger på den försäkrades sida.

En skälighetsbedömning, som på detta vis avser situationer av stor praktisk betydelse och inte inskränker sig till att man undantagsvis skall kunna undgå stötande resultat, kan naturligtvis förefalla problematisk: rättsläget blir osäkert (jfr 3.9 ovan), och dessutom kan det tänkas bli svårt att förutse bedömningen när premien skall fastställas. KFL:s regler utsattes också för åtskillig kritik från försäkrings- och advokathåll under förarbetena till lagen.[113] Att en sådan ordning ansetts kunna fungera, och tydligen också fungerar, torde bygga framför allt på två förutsättningar. Dels finns det på försäkringsområdet tillgång till ett snabbt och billigt nämndförfarande — i bolagens egna skadeprövningsnämnder, i skadeförsäkringens villkorsnämnd, i allmänna reklamationsnämnden — som normalt gör domstolsprocess överflödig; dels, och framför allt, har skälighetsbedömningen kunnat preciseras genom villkoren, varvid konsumentintresset kan tillvaratas genom villkorsgranskningen. Preciseringen medför inte bara att prövningen av skälighetsfrågan blir mera enhetlig utan också att bolagets ståndpunkt torde ha lättare att slå igenom i förhållande till allmänheten. Vad skadereglerare, nämnder och domstolar har att pröva blir väsentligen frågan, om i det enskilda fallet tillräckligt starka skäl finns att gå ifrån den lösning villkoren anger — alltså närmast en skälighetsregel för undantagsfall av den typ som tidigare berörts (2.2 ovan). Sådana regler möter ju betydligt mindre betänkligheter från de synpunkter som här utvecklats, särskilt när bedömningen behandlats så ingående som skett i KFL:s motiv.

4.3. Tekniken att på detta vis låta skälighetsbedömningen klargöras i standardvillkor som står under myndigheternas kontroll framstår som ett nytt grepp i den ersättningsrättsliga lagstiftningen, om också vissa liknande tankegångar förekommer i konsumentköplagens förarbeten.[114] I någon mån påminner den om

[112] Jfr prop. 1979/80:9, bilaga, s. 65.
[113] Jfr prop. 1979/80:9, bilaga, s. 59 ff, 142 ff, 176 ff.
[114] Se NJA II 1973 s. 484 f. Jfr SOU 1976:66 s. 335.

metoden att låta det allmännas ersättningsskyldighet bestämmas efter vissa taxor, som sedan kan underkastas en skälighetsprövning (4.1 ovan). Man kan fråga om tekniken är användbar också utanför konsumentförsäkringens område; att den inledningsvis har varit svår att bemästra för försäkringsbolagens del säger knappast så mycket om dess allmänna lämplighet. I första hand kommer då i fråga försäkringsrätten i övrigt, där lagstiftning är aktuell beträffande person- och företagsförsäkring. Här är dock förutsättningarna att använda metoden inte alldeles desamma.

I praktiken torde möjligheterna här vara mindre goda att precisera skälighetsbedömningen i de avseenden detta kan få praktisk betydelse. Det gäller upplysningsplikten, som på dessa områden har avsevärt större betydelse än vid konsumentförsäkring — såvida man inte låter bedömningen i stora drag ansluta till proratoregeln, vilket ju stämmer illa med KFL:s inställning. Det gäller också bl.a. framkallande av försäkringsfallet; säkerhetsföreskrifter spelar ju en ringa roll vid personförsäkring. Över huvud taget torde en mera allmän användning av skälighetsregler passa mindre väl vid summaförsäkring, med dess på förhand bestämda ersättningsbelopp. — Där inte någon precisering sker kan emellertid en fri skönsmässig prövning leda till en långsammare och dyrare skadereglering med ständiga meningsskiljaktigheter med kunderna, något som försämrar det skydd en personförsäkring är avsedd att ge och torde betraktas som en betydande nackdel i affärsmässiga sammanhang.

En annan skillnad är att skälighetsfaktorerna inte får samma inbördes tyngd som vid konsumentförsäkring. Vid personskada brukar ju i andra fall skuldgraden, liksom preventionssynpunkter över huvud taget, spela en underordnad roll — ett förhållande som framträder både i SkL:s medvållanderegler och på socialförsäkringens område.[115] Sådana hänsyn undanskyms av intresset att den skadelidande får rimlig kompensation. Man kan fråga, om skuld på den försäkrades sida bör få så mycket större betydelse vid personförsäkring. Att de statistiska metoderna här är särskilt avancerade kan vidare ge jämviktsargumentet (3.1 ovan) en viss tyngd. Vad kausalitetssynpunkter angår, spelar de en begränsad roll i svensk personförsäkring;[116] de kan knappast motiveras rationellt på annat sätt än genom sin förankring i allmänna rättviseföreställningar (vilket dock är en inte obetydlig fördel). Däremot kan en faktor som svårligen går att precisera i villkoren, nämligen den enskilde skadelidandes ersättningsbehov och sociala hänsyn över huvud taget, synas få en speciell betydelse just vid personförsäkring. Sådana omständigheter lär i ganska stor utsträckning beaktas vid kulansbetalningar;[117] det sociala ansvar bolagen känner understryks inte

[115] Se 6 kap 1 § 1 st SkL, 20 kap. 3 § lagen om allmän försäkring.
[116] Jfr dock 121 § sista stycket (fareökning vid sjuk- och olycksfallsförsäkring).
[117] Jfr allmänt om kulans *Hellner* i Selected Essays on Insurance Law s. 244 ff och *Selmer* i XIV nordiske livforsikringskongres 1964, Forhandlingsemne 5, s. 23 ff.

sällan från försäkringshåll."[118] Några sympatier för att hänsyn av detta slag skall få juridisk betydelse torde man dock knappast finna bland försäkringsmän. Försäkringsrättskommitténs förslag, att de skulle spela en viktig roll vid konsumentförsäkring (4.2 ovan), väckte starkt motstånd inom branschen.

En särskild komplikation är att det vid skaderegleringen är svårt att dra gränsen mellan en skälighetsbedömning och bolagens prövning av kulansfrågor — åtminstone när bakgrunden till kulansen är att rättsläget är tvistigt och i någon mån svårbedömbart. Man kan här jämföra med billighetsprövningen vid offentligrättslig ersättning (4.1 ovan). Kulansbetalningar kan som bekant påverkas, utom av sociala synpunkter, också av sådana klart utomjuridiska överväganden som hänsyn till bolagets goodwill eller till dess särskilda relationer med motparten, kanske också av önskemål att lugna en besvärlig kverulant. Just vid tillämpning av skälighetsregler kan det vara svårt att hålla bedömningen alldeles fri från sådana inslag — en utbetalning kan i regel försvaras med en hänvisning till den vaga lagbestämmelsen. Men då skiljer sig prövningen klart från bedömningen av domstolar och för övrigt också av lekmän, något som knappast är tillfredsställande (jfr 3.11 ovan).

Det är alltså ganska ovisst, om KFL:s teknik lämpligen bör komma till användning annorstädes inom försäkringsrätten. Inom personförsäkringen framträder åtskilliga speciella synpunkter; vid företagsförsäkring kan det affärsmässiga inslaget tänkas tala mot obestämda regler av denna typ. Frågorna är för komplicerade för att kunna närmare diskuteras här. Men hur det än förhåller sig med metodens användbarhet på försäkringsområdet bör den ha intresse även vid åtskilliga andra avtalstyper, där standardvillkor brukar användas — framför allt dock när konsumenthänsyn gör sig gällande.

5. *Sammanfattning*

Av denna översikt framgår att reglerna om skälig ersättning har mycket skiftande räckvidd och innehåll. Den långa katalogen över olika komplikationer vid reglernas tillämpning bör också ha gett en uppfattning om svårigheterna att ställa upp några allmänna principer i detta avseende; resonemangen blir till stor del abstrakta och tämligen intetsägande. Kan översikten i övrigt ge anledning till några slutsatser, ligger de på det lagtekniska planet. Frågan blir, i vilken utsträckning det är motiverat att ställa

[118] Jfr t.ex. *Lindman* i kongressförhandlingar omtalade i föreg. not s. 59, 63 ff, *Grabe* i Nordisk försäkringstidskrift 1963 s. 148 ff, *Gaarder* i Nordisk försäkringstidskrift 1979 s. 92.

till så mycket bekymmer för samvetsgranna domare och för parter, som vill ha något begrepp om sin rättsliga position. Problemen är kända från diskussionen om andra typer av vaga lagregler, men de kan få särskild betydelse inom ersättningsrätten.

Generellt finns det knappast något skäl att ställa sig negativ till att skälighetsregler av detta slag begagnas. Här har berörts åtskilliga typer av situationer där de fyller en värdefull funktion. Många gånger går det inte att med en klart formulerad bestämmelse undvika risker för stötande resultat eller tillvarata vägande ändamålssynpunkter. Sådana hänsyn tillgodoses däremot på ett smidigt sätt, om de får inverka som skälighetsfaktorer. Man får acceptera att bedömningen kan bli svår att förutse och nästan lika svår att kritisera med juridiska argument, t.ex. om talan förs i högre instans.

Vad man kan reagera mot är emellertid om lagstiftningsmetoden mera slentrianmässigt begagnas, närmast som en nödfallsutväg eller en kompromiss, för att bespara lagstiftaren besväret att ta ställning till krångliga eller känsliga detaljfrågor. Faran för detta är väl mera påtaglig än annars, när man i ett sent skede av lagstiftningsarbetet skall bestämma sig om enskildheter i en brådskande, kanske kontroversiell lag. Det är angeläget att innan denna metod att reglera ersättningsfrågor tillgrips man noga överväger, om bestämmelsen verkligen är nödvändig för syftet och vilken typ av skälighetsregel som i så fall bör användas. Minst invändningar möter undantagsregler som går ut på att klart obilliga lösningar skall kunna undgås, medan bestämmelser som ger utrymme för en fri skönsmässig bedömning kan te sig betydligt mera diskutabla. Kan prövningen antas bli preciserad på liknande sätt som man tänkte sig vid KFL:s tillkomst kommer man dock ifrån åtskilliga nackdelar med obestämda regler av denna typ.

Sedan man väl beslutat sig för en skälighetsregel av något slag, bör som sagt dess innebörd omsorgsfullt klargöras i motiven, inte minst vilka faktorer som *inte* får dras in i bedömningen. Om möjligt bör också viss uppmärksamhet ägnas de olika faktorernas inbördes tyngd. Allt detta kan naturligtvis te sig besvärligt — de olika situationer där en regel blir aktuell är ofta svåra att överblicka — och det kan vara frestande att undvika de värsta bekymren genom att lämna frågan om regelns närmare innehåll

till så mycket bekymmer för samvetsgranna domare och för parter, som vill ha något begrepp om sin rättsliga position. Problemen är kända från diskussionen om andra typer av vaga lagregler, men de kan få särskild betydelse inom ersättningsrätten.

Generellt finns det knappast något skäl att ställa sig negativ till att skälighetsregler av detta slag begagnas. Här har berörts åtskilliga typer av situationer där de fyller en värdefull funktion. Många gånger går det inte att med en klart formulerad bestämmelse undvika risker för stötande resultat eller tillvarata vägande ändamålssynpunkter. Sådana hänsyn tillgodoses däremot på ett smidigt sätt, om de får inverka som skälighetsfaktorer. Man får acceptera att bedömningen kan bli svår att förutse och nästan lika svår att kritisera med juridiska argument, t.ex. om talan förs i högre instans.

Vad man kan reagera mot är emellertid om lagstiftningsmetoden mera slentrianmässigt begagnas, närmast som en nödfallsutväg eller en kompromiss, för att bespara lagstiftaren besväret att ta ställning till krångliga eller känsliga detaljfrågor. Faran för detta är väl mera påtaglig än annars, när man i ett sent skede av lagstiftningsarbetet skall bestämma sig om enskildheter i en brådskande, kanske kontroversiell lag. Det är angeläget att innan denna metod att reglera ersättningsfrågor tillgrips man noga överväger, om bestämmelsen verkligen är nödvändig för syftet och vilken typ av skälighetsregel som i så fall bör användas. Minst invändningar möter undantagsregler som går ut på att klart obilliga lösningar skall kunna undgås, medan bestämmelser som ger utrymme för en fri skönsmässig bedömning kan te sig betydligt mera diskutabla. Kan prövningen antas bli preciserad på liknande sätt som man tänkte sig vid KFL:s tillkomst kommer man dock ifrån åtskilliga nackdelar med obestämda regler av denna typ.

Sedan man väl beslutat sig för en skälighetsregel av något slag, bör som sagt dess innebörd omsorgsfullt klargöras i motiven, inte minst vilka faktorer som *inte* får dras in i bedömningen. Om möjligt bör också viss uppmärksamhet ägnas de olika faktorernas inbördes tyngd. Allt detta kan naturligtvis te sig besvärligt — de olika situationer där en regel blir aktuell är ofta svåra att överblicka — och det kan vara frestande att undvika de värsta bekymren genom att lämna frågan om regelns närmare innehåll

ställning bör bli avgörande i frågan om den enskilda skälighetsregeln; som framhållits kan möjligheten till en skälighetsprövning emellanåt ha sitt värde för att reglera vissa speciella situationer, som faller inom lagens område utan att egentligen passa där (jfr 3.5 ovan).

Man kunde invända att allt detta inte är krångligare än att en domstol eller en advokat skulle kunna själv fundera ut vad regeln går ut på, utan lagstiftarens hjälp. Men när allt kommer omkring är det i kommittéerna och i departementen som de avgjort bästa möjligheterna finns att överväga skälighetsreglernas innebörd och konsekvenser, något som bl.a. av tidsskäl kan vara svårt för de lagstiftande instanserna i ett senare skede, liksom också för HD. En enkel omformulering av lagtexten eller några klargörande meningar i motiven angående de väsentliga tankegångarna bakom regeln kan göra väl så mycket nytta som en rad prejudikat från högsta instans. Och detta utan särskild kostnad för statsverket — ett argument som idag lär väga tyngre än de mest vältaliga ändamålsresonemang.

MILJÖSKADELAGEN OCH OSKRIVNA SKADESTÅNDSGRUNDSATSER

av Bertil Bengtsson

(1987)

1. Ett välkänt argument i olika skadeståndsrättsliga sammanhang är att "allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser" påkallar en viss lösning – något som gärna åberopas där de skadeståndsrättsliga lagreglerna inte ger besked om rättsläget i en tvist (eller i vart fall inte utesluter den lösning som man själv finner lämplig). Vilken effekt ett argument av detta slag har på domstolarna är emellertid ganska osäkert. Vi rör oss här på ett område som är ofullständigt undersökt.[1] Man kan diskutera vilka skadeståndsgrundsatser som förtjänar kallas "allmänna"; att detta gäller för reglerna i skadeståndslagen (SkL) framgår av lagens 1 kap 1 §, men vilka *oskrivna* grundsatser faller under uttrycket? Det kan också vara tveksamt, vilken genomslagskraft sådana icke lagfästa principer har när exempelvis motivuttalanden eller analogier från annan lagstiftning närmast tyder på en annan lösning. Och dessutom är själva innehållet av grundsatserna i fråga delvis osäkert. Det hjälper inte alltid att gå till auktoritativa handböcker[2] eller analysera rättspraxis. De allmänna grundsatserna är ju inte oföränderliga utan kan påverkas, utom av nya prejudikat, av ny lagstiftning som motiverar analogier eller motsatsslut och ibland också av nya kritiska analyser i

[1] Jfr härom Hellner, Skadeståndsrätt (4 uppl 1985) 5.2, Nordenson i Bengtsson–Nordenson–Strömbäck, Skadestånd (3 uppl 1985) s 82. Se om det närliggande begreppet "allmänna skadeståndsläror" Bengtsson i en uppsats under tryckning i Tidsskrift for rettsvitenskap (TfR) 1987.

[2] I Hellners i not 1 nämnda arbete har sålunda inte miljöskadelagen kunnat behandlas (något som motiverat att jag tar upp lagen här).

litteraturen.[5] Ofta är det fråga om en successiv utveckling som inte är lätt att uppfatta.

Här kan jag naturligtvis inte gå närmare in på dessa allmänna problem, som delvis ligger på en högre teoretisk nivå än där jag känner mig hemma. Den begränsade fråga jag tar upp sammanhänger med den allra senaste utvecklingen på skadeståndsområdet: tillkomsten av 1986 års miljöskadelag (MSkL). Frågan blir hur den förhåller sig till vissa sådana allmänna skadeståndsprinciper: i vad mån får dessa betydelse vid miljöskador, och kan MSkL:s regler jämte dess förarbeten tänkas påverka principernas innehåll vid skador som faller utanför lagens område? Det gäller här en central skadeståndslagstiftning – kanske den viktigaste näst SkL, om trafikskadelagen ses som en försäkringslagstiftning – och man kan rimligen vänta att den får en del återverkningar inom skadeståndsrätten över huvud taget. I varje fall borde en översikt av rättsläget kunna illustrera problematiken.

2. Av visst intresse är här de försök som vid SkL:s tillkomst gjordes att foga in sådana allmänna grundsatser i det skadeståndsrättsliga regelsystemet. Lagrådsremissen med förslag till SkL upptog följande regel i 1 kap 1 §:

"I fråga om skyldighet att utge skadestånd tillämpas denna lag och allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer en regel om skadestånd i avtalsförhållanden."

Som skäl för hänvisningen till allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser anfördes i motiven till paragrafen, att SkL inte innefattade någon uttömmande reglering av den allmänna skadeståndsrätten utan måste kompletteras med de oskrivna skadeståndsrättsliga grundsatser som hade utvecklats eller framdeles kunde komma att utbildas i rättstillämpningen. Dels fyllde oskrivna rättsregler ut luckor i lagens regelsystem, t ex regler

[5] Principen om "samtycke till risken" ("accept av risken") lär sålunda – i den mån den alls kunnat ses som en allmän svensk skadeståndsprincip – aldrig ha riktigt hämtat sig efter Agells kritik i Samtycke och risktagande (1962).

om adekvat kausalitet, dels hade i rättstillämpningen utbildats grundsatser om ett skadeståndsansvar som gick längre än vad som omedelbart följde av lagen, såsom rent objektivt ansvar på grund av farlig verksamhet. Oskrivna regler kunde också medföra ett mera inskränkt skadeståndsansvar än lagen föreskrev, t ex grundsatserna om passiv identifikation. – Lagtexten innefattade bara en erinran om att lagen inte var uttömmande utan att det också fanns oskrivna rättsregler på området, varvid dock åsyftades inte bara sådana principer och regler som var erkända och införlivade med rättsordningen vid lagens ikraftträdande; bestämmelsen avsåg på inget sätt att hindra en fortsatt vidareutveckling av den allmänna skadeståndsrätten genom domstolarnas rättstillämpning, så länge en sådan utveckling inte ledde till regler som klart stred mot lagens bestämmelser.[4]

Enligt lagrådets mening kunde emellertid föreskriften om tillämpning av allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser inte ges en vidare innebörd än att därmed avsågs de allmänna regler som vid lagens tillkomst blivit utbildade och vunnit sådan stadga att de kunde betecknas som grundsatser. För att inte rättsutvecklingen skulle bindas ansåg lagrådet bäst att inte lagen innehöll någon föreskrift av angivet slag; att allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser skulle tillämpas var ändå ställt utom tvivel. Lagrådet föreslog därför den nuvarande formuleringen av paragrafen. Departementschefen sade sig dela lagrådets uppfattning på denna punkt.[5]

Man bör väl inte läsa in alltför mycket i dessa utläggningar, trots att de rör en grundläggande lagstiftning på området. Frånsett att de är femton år gamla kan de knappast jämställas med motivuttalanden i mera konkreta frågor. De kan dock ge en viss utgångspunkt för den följande diskussionen.

Vad som i sammanhanget har intresse är framför allt den vikt man både på departementshåll och inom lagrådet fäst vid sådana allmänna grundsatser som förslaget avsåg, under förutsättning att de vunnit stadga i rättstillämpningen. Synbarligen krävs

[4] Prop 1972:5 s 448 ff.
[5] Prop 1972:5 s 623, 648.

åtskilligt för att man skall gå ifrån en sådan grundsats; det tycks knappast räcka med analogier från andra speciella lagregler, utan i princip skulle det fordras direkt lagstöd för att en domstol skulle avvika från principerna i fråga. Det är emellertid tydligt att man avsett grundsatser av en viss konkretion, inte mera abstrakta läror av typen rättsstridighetsläran o likn.[6] Att märka är vidare att man i första hand torde ha tänkt på grundsatser som fastslagits i rättspraxis (eventuellt i förening med analogier från speciallagstiftning, som när det gäller strikt ansvar för farlig verksamhet). Det finns knappast något stöd för att motivuttalandena också tagit sikte på sådana principer som enbart eller väsentligen framträtt i den juridiska litteraturens behandling av olika skadeståndsfrågor eller kanske i uttalanden i olika lagmotiv på närliggande skadeståndsområden. – Som exempel på allmänna skadeståndsgrundsatser har emellertid också nämnts skillnaden mellan direkt och indirekt skada (tredjemansskada, jfr 8 nedan) och grundsatsen om samverkande skadeorsaker,[7] och i varje fall den senare principen är inte särskilt klart utmejslad i rättspraxis och delvis omtvistad i litteraturen;[8] det är här snarare fråga om ett allmänt problem än en allmän rättsgrundsats. En annan princip som på liknande sätt delvis är oklar men ändå räknas till oskrivna skadeståndsgrundsatser gäller fördelningen mellan flera solidariskt skadeståndsskyldiga (jfr 6 nedan).[9]

Man kan i alla händelser konstatera, att dessa oskrivna rättsgrundsatser kan variera i styrka och att det är svårt att säga något generellt om deras genomslagskraft. Självfallet beror detta också på hur pass likartade de situationer är som grundsatserna reglerar: om alldeles speciella problem eller alldeles speciella ändamålsskäl framträder vid en viss typ av skador, är det inte lika säkert att dessa omfattas av principen. Grundsatsen att tredjemansskador inte ersätts (jfr 8 nedan) har t ex inte ansetts gälla vid vissa förluster till följd av kabelskador (NJA 1966 s

[6] Jfr Bengtsson a a.
[7] Nordenson, a a s 82; jfr prop 1972:5 s 623.
[8] Jfr Hellner, a a 12.7–12.9.
[9] Se Nordenson, a a s 71 f (jfr s 241) och Hellner, a a 14.4–14.7.

210). Om oskrivna rättsgrundsatser på detta vis inte behöver tillämpas i fall där de inte hör hemma, får de en viss smidighet; det är inte lätt att på motsvarande sätt avpassa området för en lagbestämmelse, om man inte formulerar denna som en skälighetsregel.

Vad särskilt angår miljöskador, ligger det nära till hands att betona skadornas särprägel – man tänker väl då framför allt på de småningom inträdande, ofta smygande föroreningsskadorna, som medför så allvarliga problem både från allmän synpunkt och för den enskilde. Men dessa karakteristiska drag bör inte överbetonas. Samma prägel har också många skador genom kemiska produkter och läkemedel, liksom också vissa andra skador genom förgiftningar bl a i arbetslivet. Som framgår av fortsättningen omfattar vidare MSkL en rad skadetyper av helt annat slag – skador genom sprängsten, explosion, ras, utplacering av farliga industrier, förfulande ingrepp i landskapet etc. Det gemensamma draget är att skadorna inträffat "i omgivningen", och det är ju inte något särskilt märkvärdigt i detta. Många skador drabbar på samma sätt inom själva området för den skadegörande verksamheten som i dess omgivning, och man kan också tänka sig likartade skador mycket långt från den plats där verksamheten bedrivs – samma farliga ämne som släpps ut från fabriken kan orsaka en skada, när ämnet följer med en tillverkad produkt som används på annat håll. Det är då mindre platsen där skadan inträffar än skadans art som är det karakteristiska för skadefallen.

3. Miljöskadelagen innebär framför allt en reglering av ett antal praktiskt viktiga fall av strikt ansvar – utom för vattenföroreningar och typiska immissioner även för andra skador i omgivningen genom sprängning och annan verksamhet som medför särskild explosionsfara (4 §), och dessutom för sådana grävningsskador o likn som tidigare reglerades i 3 kap jordabalken, när grävningsarbetet kan ses som en farlig verksamhet (5 § 2 st). Ansvariga blir inte bara fastighetsägare och nyttjanderättshavare som driver eller låter driva verksamheten utan också andra som i näringsverksamhet arbetar på fastigheten (6 och 7 §§).

Vissa allmänna undantag görs: för bagatellartad ren förmögenhetsskada (1 § 2 st) samt, liksom tidigare enligt 30 § miljöskyddslagen, för skada genom störning som den skadelidande skäligen bör tåla med hänsyn till dess ortsvanlighet och allmänvanlighet; här gäller inte det strikta ansvaret (1 § 3 st), däremot ett ansvar för vållande (även vid rena förmögenhetsskador av någon betydelse). I fråga om vattenföroreningar och immissioner, men inte andra skadeorsaker, ges en särskild regel om lindrat beviskrav för orsakssammanhanget mellan störning och skada (3 § 3 st). Vidare regleras fördelningen mellan flera som svarar solidariskt enligt lagen (8 §). Till dessa två sistnämnda bestämmelser, som alltså gäller frågor vilka annars anses reglerade av oskrivna skadeståndsgrundsatser, skall jag återkomma.

MSkL kan på detta vis, om man så vill, ses som en lagreglering av den nyss berörda principen om strikt ansvar för vissa mer eller mindre farliga verksamheter. Den omfattar betydligt flera fall av sådant ansvar än de tidigare bestämmelserna i miljöskyddslagen och 3 kap jordabalken. Sålunda avser 4 § MSkL *alla* sprängningsskador genom sprängsten o likn,[10] och dessutom skador av samma typ genom andra speciellt explosionsfarliga verksamheter. Lagen klargör vidare att entreprenör svarar strikt dels för miljöfarlig verksamhet – något som var mycket ovisst enligt miljöskyddslagen[11] – dels för särskilt riskabla eller omfattande grävningar, vilket inte heller var så säkert enligt tidigare regler.[12] Man kan säga, att i och med MSkL:s tillkomst det inte finns mycket kvar av det strikta ansvar utom kontraktsförhållanden som vilar på *oskrivna* rättsregler. Vad som återstår är närmast statens skadeståndsskyldighet för farliga eller särskilt omfattande militärövningar samt kanske ansvar för farliga produkter och vissa farliga djur.[13]

Man kan då ställa frågan, om de nya reglerna i MSkL kan ge anledning till några slutsatser om strikt ansvar också i andra situationer.

[10] Jfr om det tidigare läget Hellner, a a 10.7 och SOU 1983:7 s 47 ff, 60 f.
[11] Se SOU 1983:7 s 48 m hänvisn.
[12] Se Hellner, a a 10.6 (jfr motsvarande avsnitt i 3 uppl).
[13] Jfr Bengtsson i Lakimies 1984 (Festskrift till 250-årsminnet av 1734 års lag) s 987 ff. (Här bortses från 22 kap 8 § byggningabalken, som inte ger mycket ledning.)

Skälen för det strikta ansvaret för typiska miljöskador bör kunna sammanfattas så: Ofta är det som sagt fråga om allvarliga och långvariga skadeverkningar, vilka det är angeläget att ersätta från social och humanitär synpunkt; det bör här också beaktas att den skadelidande har svårt att skydda sig mot dem genom försäkring.[14] Av preventionsskäl anses det viktigt att de som utövar miljöfarlig verksamhet pressas att vidta olika åtgärder för att undvika dessa verkningar, vilka också från allmän synpunkt kan te sig särskilt oroande. Risken bör, enligt den kända principen att förorenaren skall betala ("pollutor pays"), läggas på dessa verksamheter närmast som ett pris för att de får bedrivas trots det miljöhot de innebär.[15]

I detta sammanhang kan framhållas att MSkL egentligen kan sägas röra *två* typer av strikt ansvar.

Ansvaret enligt 3 §, för miljöfarlig verksamhet i traditionell mening, vilar närmast på principer om s k rättsenligt handlande, där paralleller med expropriation särskilt tidigare blivit av betydelse. Det är framför allt här de förut antydda skälen för skärpt ansvar framträder; samtidigt omfattar paragrafen också åtskilliga mindre allvarliga skador, exempelvis genom sådana störningar som obehaglig lukt, buller, ljus och förfulning av landskapet. Också här kan man säga att en allmän skadeståndsgrundsats fått uttryck i MSkL; den brukar dock inte omtalas i sammanhanget på samma sätt som farlig verksamhet. Vad som är *miljöfarligt* enligt miljöskyddslagen är inte alltid *farligt* i vanlig bemärkelse.[16]

Ansvaret enligt 4 § och 5 § 2 st bygger däremot snarare på vanliga farlighetsresonemang. Skadorna är här av något annorlunda slag – svåra att undvika för den skadelidande, ofta allvarliga till sina konsekvenser, men inte så särpräglade och ödesdigra som typiska miljöskador. Här torde riskfördelningssynpunkter – ansvarsförsäkring går lättare att genomföra än vid skador enligt 3 § – spela en större roll, liksom även rättstekniska

[14] Jfr prop 1985/86:83 s 11, 12 f och SOU 1983:7 s 128, 129 f. Se även Anders Eriksson, Rätten till skadestånd vid miljöskador (1986) s 22 ff.
[15] Jfr SOU 1983:7 s 128 f.
[16] Jfr Bengtsson i TfR 1987.

skäl: farligheten påkallar en så sträng vållandebedömning att ansvaret lämpligen bör göras strikt.[17] Undantagen för orts- och allmänvanliga störningar får en underordnad betydelse, även om de – i motsats till vad miljöskadeutredningen föreslog – kan tillämpas också i dessa fall.[18] Genom att undantagen hänvisar till en skälighetsbedömning blir det möjligt att utan större olägenheter låta dem gälla över lagstiftningens hela område.

Det kan naturligtvis sägas att den utvidgning av det strikta ansvaret som MSkL medfört kan ses som en uppmuntran för domstolarna att gå vidare i denna riktning. Något sådant tycks inte längre strida mot de mera långsiktiga reformplanerna på skadeståndsrättens område; tanken att låta en försäkringsordning till skydd för tredje man avlösa skadeståndet[18a] har inte vunnit något gensvar för miljöskadornas del utan tvärtom avvisats, när det gäller sprängskadeproblemen.[18b] – Å andra sidan kan man invända att genom MSkL lagstiftaren får anses ha avgränsat just de skadefall där en regel om strikt ansvar för miljöskador och liknande framstått som motiverad. Det finns därför trots allt anledning att vara försiktig med att tillämpa denna färska lagstiftning analogt; rimligen måste det krävas starka skäl för att låta lagens tillkomst medföra strikt ansvar för skador av annat slag, där det inte redan kan utskiljas en sådan ansvarsprincip.

Vad först beträffar frågan om principen om skadestånd för *rättsenligt handlande* kan utsträckas utanför lagens område, torde den ha begränsad praktisk betydelse. Den i stort sett oskrivna grundsats om skadestånd vid immissioner som kan anses ha förelegat före miljöskyddslagens tillkomst år 1969 är numera väsentligen lagfäst och utvidgad till att gälla bl a entreprenörer. Genom uttrycket "annan liknande störning" i 3 § finns det möjlighet att åberopa regeln om strikt ansvar vid alla upptänkliga störningar där den anses rimlig – förutsatt dock att störningen

[17] Jfr Hellner, a a 10.1.

[18] Jfr SOU 1983:7 s 126 f, 153 samt 3 § i förslaget; se däremot prop 1985/86:83 s 17.

[18a] Se prop 1972:5 s 78 ff; jfr prop 1975:12 s 98 ff. Se om frågan även Bengtsson i Lakimies 1984 s 980 f.

[18b] Se prop 1985/86:83 s 13 (jfr SOU 1983:7 s 192 f) och LU 1985/86:25 s 7 f. Ett fondsystem (prop s 13 f) är ju här inte avsett att *ersätta* skadeståndsreglerna.

typiskt sett, om också inte i det enskilda fallet, på samma sätt som i de exempel paragrafen anger framstår som en varaktig störning i omgivningen. Enligt motiven skall sålunda inte brand som sprider sig från en fastighet till en annan anses jämställd med immissioner, om den inte beror på mera varaktig gnistbildning t ex från en industri.[19]

Frågan om en analogi, eller möjligen om tillämpning av en grundsats om strikt ansvar för viss rättsenlig verksamhet, kunde däremot tänkas bli aktuell där skadan inte kan anses ha inträffat "i omgivningen" i lagens mening utan exempelvis inom samma anläggning eller annars på samma arbetsplats som verksamheten bedrivs; i så fall vare sig skadan drabbar arbetstagare i den skadegörande verksamheten eller besökare på platsen, t ex den som ger sig in på ett område där skogsbesprutning pågår.[20] Ett stöd för en sådan tillämpning kunde möjligen vara att departementschefen tycks ha ansett ett strikt ansvar rimligt också i sådana fall, fast han inte funnit ansvaret ha sådan praktisk betydelse att begränsningen "i omgivningen" borde slopas i den nya lagregeln. Skadelidande arbetstagare skulle normalt få ersättning genom försäkring, andra skadelidande på grund av SkL:s regler.[21] Skadorna liknar i mycket typiska miljöskador; frågan är om det skall anses avgörande att de inte drabbar helt utomstående personer.[22]

Vad sedan angår *farlighetsfallen,* är det möjligt att regeln i 4 § på motsvarande sätt skulle kunna tillämpas också vid sprängnings- och andra explosionsskador på samma arbetsplats, exempelvis när ett sprängskott drabbar en person med ärende dit. Särskilt gäller detta när sprängningen varit av utpräglat farlig art. Regeln kan också tänkas ge stöd för ett strikt ansvar för produktskada orsakad av farliga explosiva ämnen, om ytterligare argument behövs för en sådan närliggande regel.[23] Man kan

[19] Jfr SOU 1983:7 s 251; jfr prop 1985/86:83 s 45.
[20] Jfr SOU 1983:7 s 248, prop 1985/86:83 s 39.
[21] Prop 1985/86:83 s 15 f.
[22] Jfr dock Eriksson, a a s 32 ff, som inte ger stöd för en sådan utvidgning. – Se om de allmänna problemen vid strikt ansvar mot sådana kategorier Grönfors, Om trafikskadeansvar utanför kontraktsförhållanden s 269 ff, Agell, Samtycke och risktagande kap VII.
[23] Jfr Dufwa, Produktansvar s 84 f, Bengtsson i Lakimies 1984 s 992.

också diskutera om inte *denna* paragraf kan åberopas analogt när en verksamhet medför särskild brandfara i omgivningen; traditionellt har man varit obenägen att utsträcka det strikta farlighetsansvaret till skador genom brand, men invändningarna kanske inte väger så tungt numera.[24] En annan skadetyp, där det skärpta ansvaret enligt MSkL skulle kunna få betydelse som stöd för ett farlighetsansvar, är när störningar av en liknande typ som enligt 3 och 4 §§ härrör från annat än fastighet, såsom från företag på allmänt vatten eller från fartyg. Ett exempel är utsläpp av farliga kemikalier av annat slag än olja.[25] Här kunde f ö också oljeskadelagens regler tänkas bli åberopade analogivis som skäl för ett skadestånd oberoende av vållande.

Möjligheterna att på dessa sätt utvidga området för strikt ansvar enligt 3 och 4 §§ är emellertid mycket osäkra. De färska motiven ger ju inget egentligt stöd för en analogi, och oskrivna regler om strikt ansvar har knappast vunnit någon stadga utanför området för militärövningar och sprängningar. Domstolarna kan åtminstone till en början väntas godta att ansvaret inte går längre än vad som framgår av lagtext och motiv. – Ännu tveksammare är om regeln i 5 § om skada genom grävning och liknande arbete kan åberopas också i andra fall än lagen anger, exempelvis när ett ras på en fastighet skadar en besökande där. Regeln innebär att JB:s bestämmelser överförts till MSkL, varvid de samtidigt utvidgats till att omfatta också personskador.[26] Det är knappast något som tyder på att man samtidigt velat utsträcka ansvaret för dessa skadefall till ett område där det tidigare inte kommit i fråga att tillämpa JB:s skadeståndsregel.

Sammanfattningsvis kan sägas att verkningarna av MSkL förmodligen är begränsade, när det gäller möjligheten till strikt ansvar utanför lagens område. Närmast bör denna kunna förstärka en tendens till sådant ansvar som redan förekommer i vissa gränsfall.

[24] Jfr SOU 1983:7 s 251, Bengtsson, a a s 997.
[25] Jfr härom Selvig i TfR 1977 s 415 ff och även SOU 1983:7 s 134.
[26] Se prop 1985/86 s 23 f, 50.

4. Som nämnt har också reglerna om *kausalitet* nämnts som exempel på oskrivna allmänna skadeståndsgrundsatser. Vad angår de *materiella* reglerna på området kan emellertid MSkL knappast antas innebära någon förändring. Principer om logisk kausalitet lär tillämpas på samma sätt som annars i dessa skadefall; vad grundsatsen om adekvat kausalitet angår, kan visserligen just på detta område speciella problem komma upp bl a genom att tredje mans handlande på ett oberäkneligt sätt medverkar till en störning eller en skada, men det enda rättsfall där frågan blivit aktuell tyder inte på att några särregler skulle tillämpas.[27]

Vad som särskilt komplicerar situationen vid miljöskador är däremot vissa närmast processrättsliga problem. Vid dessa ofta invecklade händelseförlopp är det framför allt *beviskravet för orsakssammanhang* som kommer i förgrunden: den avgörande frågan blir, om den verksamhet svaranden bedrivit eller den handling han företagit har föranlett eller medverkat till skadan. Här har en omdiskuterad särregel utan motsvarighet i miljöskyddslagens skadeståndsbestämmelser tagits upp i MSkL: enligt 3 § skall en skada anses orsakad genom störning som avses i paragrafen (vattenförorening, immissioner av skilda slag) om det med hänsyn till störningens och skadeverkningarnas art, andra möjliga skadeorsaker samt omständigheterna i övrigt föreligger övervägande sannolikhet för ett sådant orsakssammanhang. Det är något ovanligt med en speciell bevisregel av denna typ i skadeståndsrätten;[28] här brukar man i stället falla tillbaka på allmänna grundsatser, vad de nu kan tänkas innebära.

Regelns räckvidd är såtillvida begränsad som den tar sikte på sambandet mellan *störningen* och skadan, däremot inte mellan *svarandens verksamhet* och skadan. Är det oklart om svaranden alls har bedrivit en störande verksamhet av det aktuella slaget –

[27] Se NJA 1981 s 622, ang vattenförorening genom kommunalt avloppsutsläpp; en medverkande åtgärd av den industri, varifrån det förorenade ämnet härrört, kunde enligt HD inte anses som en så säregen och oförutsedd händelse att kommunen kunde undgå att svara för dess följder.

[28] Se däremot 2 kap 2 § lagen om arbetsskadeförsäkring. Jfr också SOU 1976:23 s 65 ff och 3 § i lagförslaget (ersättning för läkemedelsskada).

det är t ex ovisst *vem* som tippat ett lass sopor i ett vattendrag – skall att döma av lagtexten ingen speciell bevislindring gälla. Vidare avser regeln som sagt inte skador genom sprängsten eller andra lössprängda föremål (4 §), inte heller skador genom grävningsarbete och liknande (5 §). Om väl 3 § blir tillämplig, spelar det emellertid ingen roll hur pass svårutrett orsakssambandet kan anses vara i den enskilda typsituationen. Det lindrade beviskravet gäller vare sig en vattenförorening från en soptipp omedelbart upptäckts och den skadelidande därigenom kunnat säkra bevisning, eller om den skett så omärkligt att den kan konstateras först efter många år. Vidare omfattar lagregeln enligt sin lydelse *all* uppkommen skada som påstås härröra av störningarna, såväl primärskadan – t ex kroppslig sjukdom som omedelbart drabbar den skadelidande genom ett gasutsläpp – som följdskador: han säger sig t ex ha blivit varaktigt psykiskt sjuk till följd av sin upplevelse, eller han gör gällande att hans företag som en konsekvens av sjukdomen råkat på obestånd. Också här skulle det räcka till för ersättning att en övervägande sannolikhet föreligger för ett orsakssamband.

Man kan också beträffande denna regel fråga hur den förhåller sig till de rättsprinciper som annars ansetts gälla. Det blir aktuellt inte bara vid skador utanför MSkL:s område utan också vid ersättningskrav grundade på skadegörande handlande från tiden före lagens ikraftträdande – något som torde bli ett praktiskt problem under åtskilliga år framåt.

Det står klart att domstolarna i rättspraxis långt före MSkL:s tillkomst tillämpat ett lindrat beviskrav för orsakssamband i vissa situationer, där ett krav på full visshet framstått som föga rimligt.[29] När enligt domskälen ett visst orsakssamband "måste antas" eller "måste hållas för visst", kan det ofta misstänkas att ett resonemang av detta slag blivit avgörande. Mera klart har emellertid detta kommit till uttryck först genom en serie uppmärksammade HD-avgöranden på senare år. Det finns skäl att här närmare se på deras innebörd.

[29] Jfr SOU 1983:7 s 70 ff med hänvisning till litteratur och rättspraxis.

Det första fallet av intresse är här NJA 1977 s 176, som rörde skadeståndstalan mot staten såsom väghållare på grund av en olycka där en ensam bilförare omkommit; olyckan påstods bero på en grop i vägbanan, men staten hade andra förklaringar. HD:s majoritet framhöll att när vid tvist om orsaken till skada utom kontraktsförhållanden olika händelseförlopp är fullt tänkbara och ettvart av varandra oberoende sakförhållande framstår som möjlig skadeorsak, full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse knappast någonsin kunde åstadkommas. Om det i betraktande av samtliga i målet förekommande omständigheter framstod som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort orsaken, borde emellertid den skadelidandes påstående läggas till grund för domstolens avgörande. I målet utdömdes (jämkat) skadestånd. – Vad som här bör betonas är att det principiella uttalandet har betydande räckvidd; det kan synas täcka alla möjliga fall av utomobligatoriskt skadestånd. Vikten av uttalandet har också framhållits av en deltagande ledamot.[30]

Liknande, men inte alldeles samma, princip tillämpades av HD rörande en typisk miljöskada i NJA 1981 s 622 (angående fiskdöd på grund av påstådd vattenförorening), ett avgörande som spelat en stor roll för MSkL:s regel. Det skulle räcka att den skadelidandes påstående om ett visst orsaksförlopp framstod som klart mera sannolikt än någon förklaring till skadan som lämnades från motsidan och därtill även i sig var sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. En sådan bevislindring var enligt HD särskilt motiverad just när det gällde så svåröverskådliga och komplicerade skadeförlopp som förgiftningar genom miljögifter och liknande. Märk alltså att bevisregeln, som f ö inte var fullt så förmånlig för den skadelidande som den HD formulerade år 1977, skulle gälla främst vid vissa typiskt sett svårutredda skadeförlopp.

Frågan kom vidare upp i NJA 1982 s 421 ("Leo-målet"), rörande ersättning för en läkemedelsskada. Vid svåröverskådliga och komplicerade skadeförlopp, som berör invecklade tekniska och vetenskapliga spörsmål varom sakkunniga kan ha skilda uppfattning, var det enligt HD angeläget att inte beviskravet sattes så högt att den skadelidandes möjlighet till gottgörelse blev illusorisk. "I mål av denna art liksom i jämförliga sammanhang" tedde sig därför en lindring av kravet påkallad. Under hänvisning till 1977 och 1981 års rättsfall formulerade HD bevisregeln på sätt som i det sistnämnda avgörandet.[31] Också i detta fall

[30] Se Nordenson i Nordisk Försäkringsskrift 1979 s 237. – Märk att HD:s majoritet inbegrep skadeståndsexperterna Erland Conradi och Ulf Nordenson.

[31] I det aktuella målet fann dock inte HD:s majoritet ens detta lindrade beviskrav uppfyllt (däremot minoriteten, som dock uppfattade bevisregeln som ännu något lindrigare än majoriteten gjorde).

begränsade domstolen alltså den allmänna principen till vissa särskilt svåröverskådliga och komplicerade skadeförlopp.

Det kan anmärkas att i annan nordisk rätt en bevislättnad anses ofta gälla i fråga om orsakssammanhanget, utan att man klart anknyter till vissa typiska skadesituationer.[32]

Man kan då fråga, vad den allmänna principen om bevislindring kan antas ha inneburit vid tiden för tillkomsten av MSkL. Skall man ta fasta på den generella formuleringen i NJA 1977 s 176, är det möjligt att i ett stort antal situationer mildra beviskravet: det räcker med att olika händelseförlopp och skadeorsaker är "fullt tänkbara". Den försiktigare skrivningen i de båda senare avgörandena ger som framgått inte stöd för en lika vittgående princip; bevislindringen skulle tydligen förekomma i fall jämförliga med miljöförgiftningar och läkemedelsskador. Uttalanden utesluter dock inte att grundsatsen från 1977 skulle gälla. Domstolarna får rimligen antas ha haft möjlighet att liksom tidigare sänka kravet på bevisning i de situationer detta befinns motiverat, om inte något prejudikat i samma eller liknande situationer talar mot en sådan bedömning – och här är klara prejudikat inte lätta att finna. Det skulle alltså gälla en oskriven, närmast bevisrättslig princip, vars närmare innehåll kan synas något osäkert.

Miljöskadeutredningens förslag till bevisregel byggde på tanken, att denna var påkallad i de typiska situationer som avsågs i 1981 (och 1982) års rättsfall – när orsakssammanhanget var invecklat och svårgripbart. Argumentet om den skadelidandes bristande utredningsmöjligheter gällde framför allt skador till följd av luft- och vattenförorening samt vissa bullerskador, särskilt hörselskador, medan det sällan kunde åberopas vid sådana störningar som skakning eller markföroreningar. En begränsning avsågs med regelns formulering, att ansvaret för vattenföroreningar och immissioner skulle omfatta skador som störningen "skäligen kan antas ha orsakat". I skälighetsbedömningen skulle nämligen bl a ligga att bevislindring inte skulle ske när den påstådda skadeorsaken var av ett slag som normalt utan vidare går att konstatera, t ex när sprickor i ett hus upptäcks i direkt anslutning till

[32] Jfr senast W E von Eyben, Bevis (1986) s 102 ff och Nygaard–Hagen–Nome, Årsak og bevis ved ansvar for skade (1986) kap IV. Se även NOU 1982:19 s 99 ff.

ett intensivt sprängningsarbete; då fick det krävas mer av den skadelidande, som hade möjlighet att säkra bevisning om skadeförloppet. Kravet på att skaffa fram utredning om visst förhållande fick vidare ställas olika t ex på en privatperson och på ett större företag med dess utredningsresurser. Beträffande samband mellan primär- och följdskada skulle inte det normala beviskravet sänkas, när situationen inte var utmärkande för miljöstörningar.[33] Resonemanget tog alltså sikte på särdrag, vilket enligt det sagda utmärker vissa – men inte alla – miljöskadefall men dessutom en del skador av annan art. Genom att även denna bestämmelse hänvisade till skäligheten, skulle det vara möjligt att låta den gälla över ett stort område, på motsvarande sätt som enligt lagen skett med orts- och allmänvanlighetsregeln (jfr 3 ovan). Man skulle inte riskera att det sänkta beviskravet åberopades där detta var omotiverat.

Regeln var närmast tänkt som ett förtydligande av gällande rätt, men dess avfattning kunde lätt uppfattas som en ytterligare lindring av beviskravet. Efter remisskritik fick den sin nuvarande utformning i propositionen. Meningen var liksom enligt utredningsförslaget att man skulle anknyta till den bevisregel HD slagit fast närmast i 1981 års fall; detta angavs som skäl för regelns omformulering. Regeln skulle enligt departementschefen få betydelse främst när orsakssambandet är invecklat och svårgripbart.[34] Även annars skulle den tydligen gälla på sätt som nyss har sagts – också då de för miljöskadorna karakteristiska bevisproblemen inte uppkommer.

Vad angår regelns tillämpning *utanför MSkL:s område* framhöll utredningen att några motsatsslut inte skulle dras av den föreslagna bestämmelsen, vilken kunde tillämpas analogt i andra skadesituationer av motsvarande slag. Departementschefen yttrade i anledning av betänkligheter från vissa remissinstanser ungefär detsamma rörande propositionens regel; som exempel nämnde han liksom utredningen "vissa produktskador", där en sådan regel redan vunnit insteg i domstolspraxis.[35] Man kan undra om uttalandet gällde också de följdskador som enligt det förut sagda täcks av lagens bestämmelse. Sannolikt har det inte funnits någon bestämd avsikt att ta med andra analogifall än dem utredningen tänkte sig – alltså just de svårutredda och komplicerade skadorna.

Sammanfattningsvis bör följande kunna sägas om lagregeln. Inom området för 3 § MSkL bör den naturligtvis tillämpas fullt

[33] SOU 1983:7 s 167 f, 171 f, 256, 258 f.
[34] Prop 1985/86:83 s 30, 46.
[35] Prop 1985/86:83 s 30, jfr SOU 1983:7 s 172.

ut på primärskador, trots att ändamålsskälen inte alltid är så starka. Detsamma bör kanske också gälla för följdskadornas del, med tanke på motivens inställning (jfr även 5 nedan). Att märka är emellertid att om sambandet med primärskadan är endast sannolikt, det kan vara svårt att anse även tveksamma följdskador övervägande sannolika; 60 % sannolikhet för orsakssambandet med en påstådd primärskada jämte 60 % för sambandet mellan denna skada och den påstådda följdskadan innebär ju att störningen endast med 36 % sannolikhet orsakat följdskadan. – Har skador av det aktuella slaget inträffat *före* MSkL:s ikraftträdande, kan det däremot finnas skäl att visa försiktighet när det gäller att lindra beviskravet. Detta bör närmast komma i fråga vid typiskt sett svåröverskådliga skadeförlopp av typen smygande förgiftningar och liknande. Och vad angår skador *utanför* området för den aktuella paragrafen saknas nog anledning att låta samma grundsats gälla annat än vid mera svårutredda skador i enlighet med vad som tidigare antagits i rättspraxis; det gäller både fall som avses i 4 och 5 §§ MSkL och skador som faller helt utanför lagen i fråga.[35a] Rättsfallet från 1977 kan visserligen åberopas för en uppmjukning av beviskravet också när händelseförloppet annars är omstritt, men det är diskutabelt om det är motiverat i andra fall än då man – som vid den där aktuella trafikolyckan – inte rimligen kan begära mera övertygande bevisning om vad som egentligen inträffat. I detta läge bör MSkL:s inställning kunna förstärka de tendenser till bevislindring som föreligger redan nu.

5. Konsekvenserna av MSkL:s bevisregel framträder särskilt markant i den speciella situationen, där verksamheten i fråga kan antas åtminstone *delvis* ha medverkat till skadan. Här har redan före MSkL:s tillkomst en speciell bevisgrundsats så småningom, nästan omärkligt vunnit insteg i svensk rätt. Det gäller närmast det ganska praktiska fallet, när en skadelidande påstår att skadan berott på en viss verksamhet, medan man från motsidan invänder att denna inte alls eller i vart fall bara till en

[35a] Jfr Eriksson, a a s 61.

mindre del medverkat; skadan skulle i stället (väsentligen) ha berott på något annat. En skogsägare kräver t ex ersättning för förstörd skog av en förorenande industri i närheten, men från denna invänds att orsaken i stället är en annan föroreningskälla, eventuellt i utlandet, eller ett kasuellt förhållande, kanske en långvarig torkperiod. Med ett lindrat beviskrav av den typ som MSkL föreskriver är det inte svårt att komma fram till ett orsakssamband mellan svarandens verksamhet och skadan, medan det ofta är ovisst i vilken utsträckning verksamheten har medverkat.

Beträffande bevisfrågorna har man här vid miljöskyddslagens tillkomst synbarligen fäst vikt vid rättsfallet NJA 1961 s 425, som emellertid rörde andra skadetyper. I målet var klarlagt att en personskada i viss omfattning orsakats av dels misshandel, dels trafikolycka; enligt domskälen skulle då till den skadelidandes skydd gälla principen, att skadegörarna solidariskt svarade för hela skadan.[36] I lagrådets yttrande över miljöskyddslagen uttalades att frågan, under vilka förutsättningar ansvaret skulle vara solidariskt när mer än en miljöfarlig verksamhet orsakat skada eller olägenhet, torde få överlämnas till rättstillämpningen, varvid hänvisades till 1961 års fall.[37] – Frågan om regelns tillämplighet vid föroreningsskador togs sedan upp i motiven till 1973 års oljeskadelag. Där sades nu uttryckligen, att SkL:s regel om solidariskt ansvar när flera orsakar "samma skada" på det aktuella området innebar att ett sådant ansvar inträder i fall där det inte går att tillförlitligen fastställa i vilken mån skadorna är att hänföra till ena eller andra skadevållaren, medan var och en svarar för "sin" skada när skadorna går att särskilja.[38] Uttalandet fäster nog väl stor vikt vid formuleringen av SkL:s regel (nu 6:3 SkL); uttrycket "samma skada" lär ha haft en betydligt harmlösare innebörd, som inte tog sikte på den aktuella bevisbördefrågan.[39] Men regeln stämde ju med 1961 års rättsfall, fast detta avsåg en annan situation,[40] och med antydningarna i miljöskyddslagens motiv. I miljöskadeutredningens betänkande ansågs rättsläget fastslaget på den aktuella punkten också i fråga om andra miljöskador än oljeskador.[41]

[36] Jfr om rättsfallet Agell i Festskrift till Ekelöf (1972) s 31 ff, Lech, Skadeersättning för personskada (1973) s 40 ff.
[37] Prop 1969:28 s 378. Märk att i lagrådet satt Erland Conradi, som deltog i 1961 års fall (skiljaktig beträffande motiveringen) och avgav särskilt yttrande.
[38] Prop 1973:140 s 54, 154.
[39] Jfr prop 1972:5 s 588 ff, 644.
[40] Fallet hade nyligen uppmärksammats i doktrinen; se Agell a st och Hellner, Skadeståndsrätt (1 uppl 1972) s 167 f, 170 f.
[41] SOU 1983:7 s 80 f.

Tydligen skulle här föreligga en allmän rättsgrundsats av det slag som förut berörts – också denna ganska väl anpassad till de svårutredda händelseförlopp som utmärker miljöskador. Den vars verksamhet medverkat till en skada skulle få betala skadan oavsett om även andra verksamheter medverkat, i den mån han inte kan visa att den enbart orsakats av den andra verksamheten. Grundsatsens räckvidd var dock ganska oklar.

Frågan blev nu, om samma regel skulle gälla också när det bara förelåg en övervägande sannolikhet om den ansvariges medverkan; tidigare diskussion hade synbarligen utgått från att full bevisning förelåg för att han (eventuellt jämte annan) orsakat skadan. Skulle också med MSkL:s lindrade bevisregel bevisbördan gå över på svarandesidan?

Miljöskadeutredningen uttryckte viss tvekan om vad som här var gällande rätt, men uttalade i motiven till den föreslagna bevisregeln att bevisbördan skulle gå över på sätt som anges i oljeskadelagens motiv.[42] Propositionen ger uttryck för samma ståndpunkt: svaranden skulle ha bevisbördan för att den störning som han ansvarar för har orsakat endast en del av skadan (medan däremot i fall där skadan kan delas upp i klart avskiljbara delar bevisregeln skulle tillämpas på varje delskada för sig). Enligt motiven krävs, såvitt invändningen rör andra störningar som avses i MSkL, att han skall lägga fram så stark bevisning för att hans verksamhet inte orsakat delskadan att det inte längre föreligger en övervägande sannolikhet för ett samband med denna delskada.[43]

En närliggande situation är när svaranden invänder att ett *kasuellt* förhållande är den väsentliga orsaken till skadan (en torkperiod i det nyss berörda exemplet).

Miljöskadeutredningen uttalade, efter en genomgång av rättsläget, att det skulle stämma väl med moderna tendenser i skadeståndsrätten, om man även i detta fall lade en bevisbörda på svaranden; den skadelidandes behov av skadestånd var ju särskilt stort, när bara en ansvarig verksamhet kunde tänkas. Enligt motiven till bevisregeln framhölls oklarheten i gällande rätt; en viss omkastning av bevisbördan var rimlig vid invändningar om sådana utanförliggande orsaker som vä-

[42] SOU 1983:7 s 81, 257.
[43] Prop 1985/86:83 s 46 f.

derlek och liknande naturhändelser, men inte i samma grad vid invändningar om sjukdom hos den skadelidande eller dold bristfällighet i skadad egendom – här hade ju den skadelidande de bästa möjligheterna att skaffa fram utredning i frågan. Någon generell bevisprincip vid invändning om kasuella orsaker kunde knappast fastslås.[44] – Propositionen var mera bestämd på denna punkt. Under hänvisning till moderna tendenser i skadeståndsrätten, till de normalt större möjligheter som svaranden – oftast företag – hade att föra bevisning om de närmare skadeorsakerna och till att enligt bevisregeln de skadelidande skulle i viss mån gynnas framhöll departementschefen, att svaranden i fortsättningen borde ha bevisbördan för att kasuella omständigheter bidragit till skadan. Han måste för att gå helt fri från ansvar i princip visa att skadan inte alls skulle ha uppkommit om inte de kasuella omständigheterna förelegat; och inte ens då borde han befrias från skadeståndsskyldighet om den kasuella omständigheten var så vanligt förekommande att han bort räkna med den (t ex allergibesvär).[45] Här krävs alltså till synes mera av svaranden än när den medverkande faktorn påstås vara en annan miljöfarlig verksamhet.

Som framgår går MSkL ett stycke längre än de rättsgrundsatser som ansågs gälla före lagens tillkomst; särskilt beträffande kasuell medverkan var rättsläget ganska oklart. Genom att bevisregeln i 3 § 3 st sammankopplas med de allmänna principerna om bevisbördan vid påstådd delskada har man kommit till ett rättsläge, där inte sällan ett företag kommer att få svara för vissa skadeverkningar som det egentligen kan antas ha orsakat med mindre än 50 % sannolikhet. Även om det funnits goda skäl att stärka den skadelidandes ställning kan en sådan konsekvens verka ganska sträng, bl a med tanke på att företaget saknar rätt till återkrav när den andra orsaken är t ex väderförhållanden eller föroreningar från anonyma, eventuellt utländska källor. Också när det är naturligt att den skadelidande skaffar fram bevisning om kasuella skadeorsaker, t ex ett sjukdomsförlopp, kan regeln synas långtgående.[45a] Hur den förhåller sig till lagens bestämmelse vid följdskador är oklart (jfr 4 ovan); är meningen att ytterligare sänka beviskravet i dessa fall? I alla händelser

[44] SOU 1983:7 s 82 ff, 258.
[45] Prop 1985/86:83 s 47.
[45a] Erikssons försök att peka på andra begränsningar av ansvaret (a a s 60 f) verkar kanske inte helt övertygande.

finns det skäl att inte anse alldeles samma rättsprinciper gälla utanför det område där MSkL är direkt tillämplig: att det är sannolikt att en dålig konserv gjort en person temporärt magsjuk kan inte gärna innebära, att bevisbördan går över på konservtillverkaren för att en varaktig hälsoförsämring haft annan orsak.[46]

6. Om ett företag på detta vis får svara för en skada trots att det står klart att också andra förhållanden medverkat, kan man fråga hur ansvaret slutligen skall *fördelas:* kan han få tillbaka hela eller större delen av ersättningen från en medansvarig? Vi är då inne på ännu en specialregel i MSkL: ansvaret skall, om inte annat avtalats, fördelas mellan de skadeståndsskyldiga efter vad som är skäligt med hänsyn till grunden för skadeståndsansvaret, möjligheterna att förebygga skadan och omständigheterna i övrigt (8 §). Också här uppkommer frågan om förhållandet till allmänna skadeståndsprinciper; fördelningen är som bekant inte reglerad i SkL.

Vid SkL:s tillkomst fann departementschefen frågan hur ansvaret borde fördelas mellan den som bär strikt ansvar och den som svarar på grund av vållande alltför komplicerad för att avgöras utan närmare utredning. Han utgick emellertid från en huvudprincip om fördelning efter skälighet, varvid grunden för ansvaret skulle spela en väsentlig roll; enligt honom gällde grundsatsen att den som svarade på objektiv grund (tydligen även principalansvar) hade full regressrätt mot den som var vållande till skadan. Han hänvisade här till ett kommittéförslag av 1963, vilket dock rörde enbart ansvar på grund av eget vållande.[47]

1966 års skadeståndskommitté tog sedan upp frågan om ansvarsfördelningen i sitt slutbetänkande Skadestånd VI och föreslog efter en längre diskussion en allmän regel av innehåll, att vad de solidariskt ansvariga hade utgett i skadestånd skulle slutligen fördelas mellan dem efter vad som fanns skäligt med hänsyn till grunden för skadan, föreliggande ansvarsförsäkring eller försäkringsmöjligheter och omständigheterna i övrigt. Förslaget utgick från att enligt gällande rätt regressrätt för den som bar skärpt ansvar mot den culpaansvarige var

[46] Jfr NJA 1983 s 118 (produktskada; hovrättens dom).
[47] Prop 1972:5 s 175 f (obs hänvisningen till 8 § sjölagen, vilket tyder på att även principalansvar avsågs). Jfr SOU 1963:33 s 38 f och 7 § i lagförslaget.

en huvudprincip i icke lagreglerade fall, dock med undantag när den senare svarade enligt allmänna skadeståndsregler – alltså ej enligt speciallagstiftning om skärpt ansvar;[48] kommittén framhöll dock att rättsläget var ganska oklart. Tanken bakom förslaget var att man borde ge ytterligare utrymme för en skälighetsbedömning, varvid särskilt försäkringsförhållandena borde få betydelse.[49] Det ledde inte till någon lagstiftning ens i den aktuella delen, som var mindre kontroversiell än förslaget i övrigt. – I litteraturen har regeln ansetts vara att den som svarar på grund av strikt ansvar och inte själv är vållande alltid har regressrätt mot den som svarar på grund av eget vållande – möjligen också full regressrätt mot den som bär principalansvar.[50]

Den allmänna princip som gällde före SkL:s tillkomst kan knappast sägas ha haft någon stadga. Klara prejudikat saknades om fördelningen mellan strikt ansvariga och dem som svarade på grund av vållande; man kan inte heller tala om någon allmänt vedertagen uppfattning i litteraturen om hur sådana fall skulle bedömas. Det är svårt att säga, om den skälighetsbedömning som skadeståndskommittén förordade trängt igenom i domstolarnas praxis.

Miljöskadeutredningen tog fasta på skadeståndskommitténs förslag för miljöskadornas del och föreslog den regel som nu finns upptagen i MSkL. Bland de omständigheter som skall inverka nämns i motiven särskilt försäkringsförhållandena. Skälen för regeln var i huvudsak att typiska följder av den miljöfarliga verksamheten med tanke på dess speciella karaktär normalt borde bäras av denna verksamhet, inte av en medverkande småföretagare (t ex en försumlig montörsfirma) eller en oaktsam privatperson.[51] Också departementschefen fann fördelningen böra ske efter en mera nyanserad regel än de allmänna principerna; vårdslösheten borde spela en mindre roll, och man borde vid miljöskador göra det möjligt att utöver ansvarsgrunden även beakta sådana omständigheter som bl a den skadegörande verksamhetens art, föreliggande ansvarsförsäkring och försäkringsmöjligheter, varjämte sär-

[48] Till stöd härför åberopades NJA 1953 s 144 (försäkringsbolag, som härlett sitt krav från bilägare med presumtionsansvar, ansågs enligt grunderna för medverkansregeln i 2 § bilansvarighetslagen ha regressrätt endast för halva utgivna skadeståndsbeloppet mot stad som svarade för försumlig väghållning).
[49] SOU 1975:103 s 51 ff, 135 f.
[50] Se Hellner, a a s 210 f.
[51] SOU 1983:7 s 174 f, 227 f.

skild hänsyn borde tas till möjligheterna för en strikt ansvarig att förebygga skadan.[52]

Detaljerna i skälighetsbedömningen skall inte behandlas här. Det kan emellertid nämnas att departementschefen tog avstånd från ett uttalande av utredningen att också graden av sannolikhet för att en verksamhet medverkat till skadan borde påverka ansvarsfördelningen – något som utredningen såg närmast som en konsekvens av den förut omtalade bevisregeln angående orsakssambandet.[53] Resultatet blir att även om företaget A med säkerhet orsakat en skada, det kan återkräva en betydande del av ersättningen från ett företag B som bara med övervägande sannolikhet bidragit till denna men inte kan visa att viss del av skadan orsakats av A. Bevislindringen slår alltså igenom också där den inte är påkallad av hänsyn till den skadelidande.

Vad angår förhållandet till allmänna skadeståndsgrundsatser utgick departementschefen tydligen från att enligt dessa ansvarsgrunden skulle ha väsentlig betydelse, varvid åberopades att enligt uttalanden i litteraturen den som har strikt ansvar kan helt eller delvis återkräva ett utbetalt skadestånd från den som svarar på grund av att han orsakat skadan uppsåtligen eller genom vårdslöshet. Liksom utredningen ansåg han visserligen att regeln i 8 § skulle bli aktuell också när någon av de medverkande inte svarar enligt MSkL utan enligt SkL. Men samtidigt underströk han miljöskadornas särställning och föreföll snarast angelägen att inte föregripa en mera allmän reglering av fördelningsfrågan.[54]

Motiven kan alltså synas ge ringa stöd för att man skulle kunna låta MSkL:s regel inverka i situationer där inte någon av de skadeståndsskyldiga svarar enligt lagen; det är alltjämt tveksamt, om någon *allmän* regel liknande den som förordats i Skadestånd VI kan anses gälla.

Vad som trots allt kunde tala för något sådant är närmast två förhållanden. MSkL:s regel gäller som sagt också skador av helt annan karaktär än vattenföroreningar och immissioner. Om någon särställning för skador genom sprängsten o likn (4 §) och skador genom ras och andra följder av grävning (5 §) är knappast fråga. Skadefall med ungefär samma karakteristiska drag kan inträffa även i andra sammanhang, om också inte "i omgiv-

[52] Prop 1985/86:83 s 28.
[53] Prop 1985/86:83 s 57 f; jfr SOU 1983:7 s 175.
[54] Prop 1985/86:83 s 55. Jfr Eriksson, a a, s 94.

ningen". – Vidare kan påpekas att inte heller försäkringsförhållandenas betydelse, som motiven understryker, är något som talar för att skärpa ansvaret just vid miljöskador; när det gäller vattenföroreningar och immissioner är snarare ansvarsförsäkring svårare att meddela och ovanligare än annars.[55] Att existensen av en ansvarsförsäkring och möjligheten till en sådan beaktas stämmer däremot väl med allmänna tendenser inom skadeståndsrätten när det blir fråga om en skälighetsbedömning – inte bara enligt 2:2, 2:3 och 3:6 SkL, där försäkringsförhållandena direkt nämns i lagen, utan också bl a i fråga om jämkningsregeln i 6:2. Man skulle kunna säga att MSkL:s motiv i varje fall borde underlätta för en domstol att beakta även försäkringsförhållandena vid fördelningen, exempelvis genom att de får påverka storleken av utdömd regressersättning. Sådana förhållanden bör ibland kunna uppväga, att vållande saknas på en ansvarigs sida. Särskild betydelse får detta, om man i likhet med skadeståndskommittén vill likställa "självförsäkring" med ansvarsförsäkring i fall där staten eller en stor kommun i stället för att försäkra sig litar till den riskfördelning som ändå förekommer i dess verksamhet.[57]

Om dessa argument anses tillräckliga för att en smidigare fördelningsregel skall tillämpas, är emellertid ovisst. Frågor av det angivna slaget har som sagt förvånande sällan kommit upp i refererade avgöranden. Även om inte något prejudikat kommer fram på området, finns emellertid möjligheten att trots allt en lagstiftning om fördelningen kan genomföras, exempelvis ifall försäkringsgivares regressrätt regleras i samband med att försäkringsavtalslagen ersätts av en ny lagstiftning.

Det kan tilläggas att resonemangen bakom MSkL:s fördelningsregel möjligen kan inverka också på *medvållandejämkningen* vid ansvar enligt lagen. Här gäller ju 6:1 SkL, i brist på särreglering, och vid skälighetsprövningen enligt denna paragraf är det naturligt att beakta lagstiftarens allmänna inställning att der

[55] Jfr SOU 1983:7 s 97 ff, Strömbäck i Nordisk försäkringstidskrift 1986 s 172 ff.
[56] Jfr Bengtsson, Om jämkning av skadestånd s 254 f, 262 ff.
[57] Jfr SOU 1975:103 s 138 f; jfr prop 1985/86:83 s 28, 57.

miljöfarliga verksamheten i första hand skall bära typiska skador som den orsakar (jfr även 3 ovan). Det bör kanske krävas ett betydande vållande för att skadeståndet skall nedsättas.[58] (Vid personskador, där ju enligt 6:1 1 st jämkning bara sker vid grovt medvållande, lär problemet vara opraktiskt.)

7. Vid arbetet på MSkL aktualiserades ännu en allmän princip, som ligger bakom SkL:s regler men inte framgår av lagen. Den gäller *gränsen mellan ekonomisk och ideell skada.* Utom vid personskada ger ju SkL ersättning bara för den typ av ideell skada som kallas lidande, och detta endast vid vissa brott (ärekränkning, ofredande m m; se 1:3 SkL). Miljöskyddslagen talade däremot i 30 § om ersättning för "olägenhet", något som kunde tyda på att den inte anknöt till det vanliga skadebegreppet; det bör framhållas att samtidigt med miljöskyddslagen även SkL höll på att utarbetas i samma departement. I äldre rätt hade också i flera fall allmänna obehag genom immissioner ersatts trots att egentlig ekonomisk skada inte synes ha varit styrkt; så i NJA 1938 s 479 (lukt och flugor från en soptipp), NJA 1940 s 651 (illaluktande rök och buller från en stensåg) och NJA 1963 s 162 (stank från ett renhållningsverk).[59] Detta gav miljöskadeutredningen anledning att ta upp frågan om skadebegreppet vid dessa typer av skadefall.

Utredningen framhöll att immissioner bl a genom buller orsakade vantrivsel och obehag som är svåra att värdera i pengar – sömnstörningar, koncentrationssvårigheter i arbetet etc – och drog såvitt gällde fastighetsägare och nyttjanderättshavare paralleller med hyresgästens rätt till bl a nedsättning i hyran på grund av hinder och men i nyttjanderätten; även andra personer, t ex den som arbetade på grannfastigheten, borde emellertid enligt utredningen kunna få ersättning för mera betydande obehag. Utredningen rekommenderade därför en försiktig utvidgning av området för ersättningsgill skada, dock utan att den mångtydiga termen "olägenhet" borde behållas i lagtexten.[60] –

[58] Jfr Bengtsson, a a s 111 ff, 115.
[59] Förhållandet framhölls av miljöskadeutredningen i SOU 1983:7 s 50 f. – Formuleringen i 30 § miljöskadelagen ("olägenhet") var emellertid hämtad från 8 kap 30 § vattenlagen i dess lydelse före 1969.
[60] SOU 1983:7 s 155, jfr s 252.

Departementschefen ansåg emellertid att det inte fanns anledning att på miljöskadeområdet tillämpa andra regler om ideell skada än inom skadeståndsrätten i allmänhet, och framhöll att det skulle vara något principiellt nytt om man här införde en möjlighet till ersättning för sådana svårbedömbara olägenheter av ideellt slag som "förfulning av naturen" o dyl; man borde inte gå längre än att ge ersättning för skadeföljder av ekonomiskt slag i sådana fall, t ex ett minskat marknadsvärde hos en fastighet, och alltså inte i lagen ta in några särskilda bestämmelser om ersättning för ideell skada utan samband med personskada.[61]

Här har alltså departementschefen, i motsats till i de andra situationer som berörts, varit angelägen att inte avvika från allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser för miljöskadornas del, trots att onekligen skadornas särdrag klart framträdde i det aktuella avseendet. Det är att märka att hans invändningar närmast tycks ha riktat sig mot andra utvidgningar av skadebegreppet än utredningen föreslagit – om ideell skada genom förfulning av naturen var inte tal, f ö inte heller om särskilda lagregler om ideell skada. Hans ståndpunkt synes inte hindra att en domstol i varje fall gör en generös ekonomisk värdering av olägenheter av det diskuterade slaget, förutsatt att de går utöver måttet i 1 § 2 st MSkL.

I fråga om irritation genom buller, lukt, ljus o likn och "psykiska" immissioner (t ex genom inverkan av en farlig industri för grannarnas del) är det kanske lämpligast att ställa frågan, hur störningen kunde antas ha påverkat vederlaget för en nyttjanderättshavare som använde fastigheten på det aktuella sättet (som bostad, affärslokal etc); man får då en mera direkt ledning för bedömningen, om brukets ekonomiska värde har minskat, än om man undersöker störningens betydelse för fastighetsvärdet. Ännu en förutsättning för ersättning är naturligtvis (om inte vållande föreligger) att orts- och allmänvanlighetsregeln i 1 § 3 st MSkL inte lägger hinder i vägen. – Och kanske kan man, under samma förutsättning, rentav ge ersättning för minskning av attraktiviteten hos en fastighet till följd av att omgivningen förfulas: skulle ägaren ha kunnat hyra ut ett hus

[61] Prop 1985/86:83 s 20.

till sommargäster för samma pris som annars, när de dagligen måste titta på samma anskrämliga utsikt? Uttalandena i propositionen lägger ju egentligen inte hinder i vägen för att ens i detta fall utdöma ersättning för skadeföljder så länge de är av ekonomisk natur. Man kan emellertid anta att regeln i 1 § 2 st och allmänvanlighetsrekvisitet mycket ofta utesluter ersättning i sådana fall.[62]

I alla händelser bör det ofta bli möjligt att med stöd av det resonemang som här har förts döma ut viss ersättning, så snart betydande obehag eller vantrevnad kan konstateras och olägenheterna inte är av väsentligen subjektiv natur.

8. Ännu en allmän skadeståndsrättslig princip kan sägas bli aktuell genom MSkL: huvudregeln att ersättning för s k *tredjemansskada* inte utgår. Det gäller alltså följdskador till en primärskada – ofta på person eller sak – som drabbar annan än den som lider primärskadan: arbetsgivaren lider t ex förlust sedan hans anställde drabbats av ett olycksfall.

Man möter ibland uppfattningen att MSkL:s lagtext skulle ge stöd för att dessa skador ersätts: enligt 1 § 1 st. omfattar ju skadeståndet ren förmögenhetsskada, och tredjemansskador skulle i sammanhanget vara att räkna dit. Detta lär emellertid bygga på ett missförstånd. Begreppet ren förmögenhetsskada är detsamma som i SkL, där det i 1:2 definieras som "sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att *någon* lider person- eller sakskada". Denne "någon" behöver inte vara just den skadelidande; i det nämnda exemplet har den anställde skadats, och arbetsgivarens förlust faller då inte under 1:2 SkL. Ståndpunkten har tydligt markerats i SkL:s motiv på flera ställen,[62a] och den framträder på samma vis i MSkL:s förarbeten.[62b] Grundsatsen om tredjemansskador saknar visserligen lagstöd, men som inledningsvis framhölls är den en allmän rättsprincip

[62] Jfr NJA 1960 s 726, NJA 1965 s 359; SOU 1983:7 s 52, 263; prop 1985/86:83 s 40; Eriksson, a a s 53 f.

[62a] Se prop 1972:5 s 158 f, 382 f, 512, 529; så även Nordenson i Bengtsson–Nordenson–Strömbäck, Skadestånd (3 uppl 1985) s 59, 89 f.

[62b] SOU 1983:7 s 56, 158 ff; prop 1985/86:83 s 39, 40. Jfr Eriksson, a a s 51 f.

som får anses gälla också på mera särpräglade skadeståndsrättsliga områden, om det inte finns särskilda grunder för motsatsen.

Vid miljöskador kommer speciella problem av denna typ upp framför allt när det gäller områden som används med stöd av allemansrätten. Om detta kan i korthet sägas att MSkL inte gör några ändringar i tidigare rättsläge, i motsats till vad som föreslagits i ett norskt betänkande om skadeståndsregler i dessa situationer. I synnerhet departementschefen var helt ovillig att jämka på de traditionella reglerna i detta avseende.[63] Man kan alltså hänvisa till de principer som gällde före lagens tillkomst: endast undantagsvis, när tredje man har ett konkret och närliggande intresse i den skadade egendomen, är han berättigad till ersättning. Vad den grundsatsen kan antas innebära i dessa fall har jag behandlat i annat sammanhang.[64]

9. Sammanfattningsvis kan sägas, att lagstiftaren på det hela taget intagit en försiktig hållning i fråga om MSkL:s förhållande till allmänna skadeståndsprinciper. Man har föreskrivit ett par särregler, under hänvisning till miljöskadornas speciella karaktär, men i andra fall föredragit att anknyta till allmänna grundsatser, trots att en avvikande reglering kunde ha varit närliggande just med tanke på skadornas särdrag. (Se bl a ovan 7 om skadebegreppet och 8 om tredjemansskador.) Man har också avstått från att förorda en analog tillämpning utom i situationer där en liknande tendens redan framträder i rättspraxis (se om beviskrav vid orsakssamband 4 och 5 ovan). I stort sett tycks principerna behålla den karaktär man utgick från vid SkL:s tillkomst: utan lagstöd avviker man från dem bara undantagsvis och på tungt vägande skäl.

Denna inställning stämmer väl med den återhållsamhet som över huvud taget präglar miljöskadereformen; den innebär till stor del ett förtydligande av gällande rätt och en avslipning av vissa ojämnheter i reglerna, inte någon radikal förnyelse på

[63] Jfr SOU 1983:7 s 158 ff, prop, 1985/86:83 s 39 f; se däremot NOU 1982:19 s 79 ff, 273 f (§§ 59 och 60).
[64] Se SvJT 1985 s 436 ff.

ersättningsområdet. Ett större steg är under utredning: införandet av ett fond- eller försäkringssystem vid miljöskador. Där bör det finnas möjlighet att på ett helt annat sätt ta hänsyn till de speciella problemen vid vissa skadefall av detta slag.[65] Men hur det systemet kommer att se ut är ännu ovisst.

[65] Se prop 1985/86:83 s 13 f; problemen diskuteras utförligt i SOU 1983:7 kap 12.

KONTRAKTSRÄTT

KONSUMENTSKYDDSPRINCIPEN OCH DOMSTOLARNA

av Bertil Bengtsson

(1988)

1.

De flesta jurister i en äldre generation, och även många yngre, har redan under sin utbildning fått inskärpt vikten av allmänna kontraktsrättsliga principer, som man kunde falla tillbaka på i situationer där avtalet inte reglerade frågan och vare sig lagtext, motiv eller rättspraxis lämnade något besked. Delvis byggde dessa principer på central lagstiftning på obligationsrättens område – köplagen, avtalslagen, skuldebrevslagen – och kunde ofta ses som en analog tillämpning av dessa lagar.[1] Det fanns också åtskilliga grundsatser som främst utbildats i doktrinen. Särskild nytta hade man väl av grundsatserna i fråga när man hade att bedöma avtalstyper som inte fanns reglerade i lag – t ex entreprenad och en del andra uppdrag – eller bara ofullständigt reglerats genom HB:s ålderdomliga regler, såsom lån av lös sak, förvaring, hyra av lös egendom eller sysslomansavtal. Med deras hjälp kunde fastslås exempelvis att skadestånd i princip förutsätter vållande (varvid bevisbördan kunde vara omkastad när skadans orsaker typiskt sett låg på svarandens sida), att hävning normalt förutsätter väsentligt kontraktsbrott, att rätt att kvarhålla den egna prestationen i avvaktan på motprestation ("detentionsrätt") föreligger i vissa fall, att fullmaktsförhållande under vissa omständigheter kan förekomma också utanför avtalslagens reglering ("toleransfullmakt", "kombinationsfullmakt") etc. I åtskilliga allmänna framställningar på förmögenhetsrättens område klargjordes grundsatsernas närmare innehåll.

[1] Jfr Hellner, Speciell kontraktsrätt I s. 15, II s. 22 f; Bengtsson, Särskilda avtalstyper I (1971)s. 13 ff.

Att dessa allmänna principer var till god nytta står utan vidare klart. Tack vare dem kunde lagstiftaren slå av på sina eventuella ambitioner att ge en fullständig reglering av problematiken på ett rättsområde – i varje fall om inte tvingande bestämmelser ansågs behövliga. Man kunde hänvisa avgörandet av en fråga till rättstillämpningen utan att behöva befara att lösningarna skulle helt avvika från de förutsedda. Man kunde helt avstå från att lagreglera vissa avtalstyper som skulle erbjuda alltför svåra tekniska problem, kanske på grund av deras komplicerade natur eller eftersom utvecklingen på området ännu inte kunde anses ha stadgat sig – exempelvis vid leasing. Genom tillämpning av de allmänna principerna kunde man ändå uppnå en viss stadga i rättsreglerna på området. I den mån jämkning av oskäliga avtalsvillkor var möjlig, gav dessa principer en anvisning om den rimliga lösningen i olika situationer. Och när lagstiftning i en fråga verkligen kom till stånd, fanns här ett beprövat mönster som kunde följas utan att man behövde befara oväntade komplikationer. Motivskrivningen underlättades, och hänvisningen till allmänna rättsgrundsatser var ett argument som kunde tillfredsställa exempelvis ett skeptiskt lagråd – lagens reglering var i linje med "rättsordningen i övrigt" (jfr numera 8 kap. 18 § 3 st. 1 p. RF). Att systemet innebar stora fördelar från domstolarnas och från parternas synpunkt var utan vidare klart. Bedömningen av kontraktsrättsliga frågor i enskilda fall underlättades och blev någorlunda förutsebar.

Alltjämt gäller väl dessa grundsatser som oskrivna dispositiva rättsregler på de flesta områden, och deras fördelar är delvis desamma som tidigare. Åtminstone i förhållandet mellan näringsidkare kan de klargöra rättsläget i situationer där parterna inte uttryckligt avtalat om lösningen. Men det står klart att reglerna inte spelar samma dominerande roll som förut.

En uppenbar anledning till detta är att, i strid med moderna tendenser i lagstiftningen, de åtminstone i princip förutsattes bli tillämpade på samma vis oavsett vilka avtalsparterna var: näringsidkare likställdes med konsument, storföretag med småföretagare, och inte heller staten eller kommun intog någon särställning utanför myndighetsutövningens område. Det spelade ingen roll om den ena eller andra parten varit den överlägsne. I sin opartiskhet gav rättsordning-

en dem samma rättigheter, förutsatt att de uppträtt i samma egenskap vid avtalsslutet; det har talats om kontraktsrättens "juridiska rollstruktur".[2] Reglerna innebar också paralleller mellan avtalstyper som i och för sig inte hade så mycket gemensamt. Frågan om ett kontraktsbrott var väsentligt och därför berättigade till hävning bedömdes t ex på samma vis – i princip från den hävande partens synpunkt – vid hyra av fast egendom som vid köp av lös egendom, trots att reglerna var så flexibla att de mycket väl kunde tillåta en anpassning efter avtalets karaktär.[3] Att den som presterar in natura ibland behandlades annorlunda än den som skall fullgöra penningprestation berodde på prestationernas art, inte på styrkeförhållandet mellan parterna eller deras behov av ekonomisk trygghet.[4] Ett annat typiskt drag var att påföljden av ett kontraktsbrott i princip hade samma innehåll, hur den än drabbade: innebörden av hävning var väsentligen densamma, likaså beräkningen av skadestånd i kontraktsförhållanden.[5] – I alldeles särskild grad framträdde de allmänna principernas herravälde inom sakrätten, som dock skall förbigås här.

En allmän princip berodde dock inte på samma sätt på parternas roller: att vid *benefika* avtal den generöse parten blev förmånligare behandlad än motparten i olika sammanhang. Givaren och långivaren hade ett lindrigt ansvar för fel och skadebringande egenskaper i det givna; låntagaren kunde inte räkna på att få behålla den lånade saken, om ägaren behövde få den tillbaka; den som åtog sig förvaring eller ett uppdrag som en väntjänst svarade inte i samma utsträckning för motpartens förluster som den som fick betalt för sina tjänster. Sannolikt fick man här också göra en viss skillnad mellan vänliga företagare, och vänliga privatpersoner.[6] Vad de benefika avtalens särställning närmare innebar var dock oklart, och i varje fall på senare år har principen huvudsakligen framträtt i privatlivets mellanhavanden.

[2] Wilhelmsson, Social civilrätt (1987) s. 53 ff.
[3] Jfr Bengtsson, Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott (1967) bl a s. 571 ff.
[4] Jfr skillnaden mellan 22 och 29 §§ köplagen, vilka paragrafer inte sällan åberopades analogt (se Bengtsson, a.a. t ex s. 433 ff, 582 f).
[5] Jfr t ex Rodhe, Obligationsrätt § 37 D, §§ 44–46, där ingenting tyder på en differentiering som den diskuterade.
[6] Jfr Bengtsson, Särskilda avtalstyper I bl a s. 176 ff.

Som huvudregel spelade alltså sociala hänsyn ingen roll vid tillämpning av dessa allmänna kontraktsgrundsatser. På vissa rättsområden tedde sig detta naturligtvis otillfredsställande, långt innan tanken på ett konsumentskydd slog igenom i lagstiftningen. Särskilda lagregler tillkom redan i ett tidigt skede t ex vid avbetalningsköp, arrende och hyra;[7] här ansågs tvingande bestämmelser motiverade, och med detta följde en mera ingående lagreglering. Men utanför dessa speciella områden var det svårt att få samma tankegångar att slå igenom. Ännu en så sen lagstiftning som jordabalken, antagen av riksdagen år 1970, var i stora delar opåverkad av konsumentsynpunkter. Bl a gällde detta de viktiga reglerna i 4 kap. om fastighetsköp.

Det är välkänt att just vid denna tid lagstiftaren började på allvar intressera sig för konsumentfrågor.[8] Det var inte längre fråga bara om att främja konsumentupplysningen, något som förekommit redan tidigare, utan man ingrep aktivt – först med marknadsrättsliga regler, särskilt 1971 års marknadsföringslag och avtalsvillkorslag, sedan med nya civilrättsliga lagar som gällde just för konsumentförhållanden. Under 1970-talet har tillkommit hemförsäljningslagen, konsumentköplagen och konsumentkreditlagen, under 1980-talet konsumentförsäkringslagen och konsumenttjänstlagen; också 1984 års lag om fastighetsmäklare kan delvis räknas hit. Denna lagstiftning har kompletterats med regler som tillåter jämkning av oskäliga avtalsvillkor särskilt med tanke på konsumentförhållanden (36 § avtalslagen) och även en mera flexibel tillämpning av skadeståndsrättsliga regler; den allmänna jämkningsregeln i 6 kap. 2 § och i viss mån även medvållanderegeln i 6 kap. 1 § skadeståndslagen tog i första hand sikte på utomobligatoriska förhållanden men kan också åberopas mot avtalskontrahenter.[9]

Det finns på detta vis skäl att tala om en "social civilrätt" som utvecklats på senare decennier, med principer som konkurrerar med och delvis tagit över de allmänna kontraktsrättsliga grundsatser som

[7] 1915 års lag om avbetalningsköp; 1907 års lag om nyttjanderätt till fast egendom.
[8] Jfr Bernitz, Svensk marknadsrätt, 2 uppl. (1986) s. 219 ff.
[9] Jfr Bengtsson, Om jämkning av skadestånd (1982) avsnitt 17, 24.2.

nyss omtalades.[10] Parternas sociala och ekonomiska ställning kan påverka bl a bedömningen i kontraktsrättsliga tvister. Numera synes man inte ha något behov av att motivera att en lagstiftning gynnar konsumenter; värdet av skyddet torde tas för givet utan någon diskussion. – Något liknande kan för övrigt sägas om utvecklingen inom processrätten, där bl a 1974 års lag om rättegång i tvister om mindre värden (småmålslagen) präglas av konsumentskyddstanken.

Den allmänna utvecklingen på konsumentskyddets område har beskrivits av Ulf Bernitz i åtskilliga arbeten; för Finlands del har just tendensen att tillämpa nya sociala principer i civilrätten behandlats av Thomas Wilhelmsson.[11] I denna uppsats skall jag främst beröra en sida av saken: utvecklingen i domstolarnas, närmast HD:s praxis.

2.

Att konsumentskyddet är en genomgående synpunkt när de berörda lagarna tillämpas är naturligt. Också när de enskilda reglerna inte är klart gynnsamma för konsumenten finns en tendens att tolka dem i denna riktning. Vad som här har intresse är främst hur motsvarande synpunkter framträder i rättspraxis också *utanför* detta område, inte sällan i konflikt med sådana allmänna kontraktsrättsliga grundsatser som omtalats inledningsvis. Vad som då skall uppmärksammas är konsumentskyddstanken som *dispositiv* rättsprincip; dess roll för jämkning av avtalet med stöd av 36 § avtalslagen går jag inte närmare in på. Det är fråga om bedömningar av olika slag: när det gäller att ställa upp en allmän regel av den angivna typen behöver man inte konstatera att utgången i det enskilda fallet eller åtminstone i den aktuella typsituationen annars skulle ha blivit oskälig, bara att lösningarna i allmänhet blir lämpligare med regeln.

Som framgår av fortsättningen av det tveksamt om man kan tala om att en *princip* i egentlig mening utbildats om konsumentskydd; den är i så fall långt mera obestämd än de allmänna grundsatser som berördes inledningsvis. Det är snarare fråga om ett visst karakteris-

[10] Se Wilhelmssons i not 2 nämnda arbete.
[11] Se not 2.

tiskt sätt att resonera. Här skall dock uttrycket användas med denna syftning.

En fråga blir om man kan anse, att ett sådant synsätt – som naturligtvis kan framträda på varierande sätt i olika situationer – numera slagit igenom till den grad att den tagit över de tidigare grundsatserna, när det gäller konsumenters mellanhavanden med näringsidkare (och med jämställda, t ex med kommuner utanför myndighetsutövningens område). Man kan här också diskutera, vilka ytterligare rättsområden som kan bli aktuella för en sådan utveckling. Och dessutom tillkommer naturligtvis problemet, om det är lämpligt att lita till rättspraxis i detta läge eller om man behöver lagstifta ytterligare om dessa förhållanden: vilka allmänna fördelar och nackdelar har utbildningen av sådana nya allmänna rättsprinciper?

En princip om konsumentskydd har inte riktigt samma räckvidd som de diskuterade sociala civilrättsgrundsatserna. Den allmänna jämkningsregeln i 6 kap. 2 § skadeståndslagen förbigås här, likaså andra situationer – exempelvis inom fastighetsrätten – där sociala hänsyn framträder i rättspraxis utan att det särskilt är fråga om konsumentförhållanden.

Att närmare redogöra för huvudtankarna bakom konsumentlagstiftningen torde inte vara behövligt.[12] Sammanfattningsvis kan sägas följande. En genomgående tanke är skydd för avtalsparter som handlar som privatpersoner. Dessa förutsätts vara i ett underläge, både från ekonomisk synpunkt och med hänsyn till sin bristande erfarenhet, i förhållande till den näringsidkare som utgör deras motpart. De behöver skydd mot större ekonomiska risker, mot risker för personskada, mot oskälig prissättning, ensidiga avtalsvillkor och otillbörliga marknadsmetoder. De skall få avtalets innebörd klargjord för sig, och uppkommer det en tvist skall man underlätta för dem att komma till sin rätt. En sådan lagstiftning anses också vara till fördel för seriösa företag, vilka slipper konkurrera med andra som kan erbjuda produkter eller tjänster billigare genom att inte på samma sätt tillgodose konsumenternas intressen;[13] över huvud taget anses det rimligt att

[12] Se härom t ex Bernitz a. st.
[13] Jfr t ex prop. 1984/85:110 s. 22, SOU 1986:38 s. 111 f.

riskerna fördelas på näringsidkarens sida i stället för att läggas på konsumenten. Till detta kommer den allmänna synpunkten att lagstiftningen på vissa områden varit oklar (vilket dock ibland ansetts kunna leda till rättsförluster inte bara för konsumenten utan också för hans motpart).[14]

Till någon del förefaller denna lagstiftning ha varit politiskt kontroversiell just när det gäller avsteg från allmänna grundsatser i kontraktsrätten. Från borgerligt håll invände man mot olika konsumentvänliga regler i konsumenttjänstlagen att de avvek från allmänna kontraktsrättsliga principer – närmast dock sådana som kommit till uttryck i lagtext.[15] Hur mycket omtanke om det kontraktsrättsliga regelsystemet som låg bakom sådana invändningar är osäkert.

3

Den rättspraxis som här har intresse framträder klart först på 1970-talet. Dessförinnan kan man visserligen finna liknande tankegångar bl a vid tillämpningen av generalklausuler i olika lagar, men någon egentlig nybildning i de kontraktsrättsliga grundsatserna är svår att finna. De refererade avgörandena är än så länge inte så många; de rör frågor av skiftande slag, och på åtskilliga rättsområden saknas känd rättspraxis. Det verkar emellertid möjligt att i varje fall tala om en tendens att tillgodose konsumentskyddet också utanför konsumentlagstiftningens område. Vad som skall uppmärksammas är väsentligen sådana avgöranden där konsumentförhållandet direkt åberopas av domstolen; det lär bara vara i dessa fall som man kan utgå från att de aktuella synpunkterna spelat en roll för utgången.[16]

Utvecklingen sammanfaller alltså i stort sett med Lars Welamsons verksamhet i Högsta domstolen. Han har också medverkat i flera av de avgöranden som omtalas i det följande – mestadels dock från senare år.

[14] Jfr LU 1984/85:42 s. 23 f.
[15] Jfr LU 1984/85:42 s. 23 f.
[16] Man kan anta att med nuvarande utförlighet i domsskrivningen domstolen inte förbigår med tysthet att en sådan allmänt accepterad synpunkt medverkat (jfr 5 nedan).

Här skall jag inte mera detaljerat beröra rättspraxis om 36 § avtalslagen, som helt naturligt kommit upp i en hel del fall under det första decennium som bestämmelsen gällt.[17] Som nämnt är det fråga om en rättstillämpning av något annorlunda slag, om också den har visst intresse även för vår del.[18] Kan man avvika från ett avtalsvillkor i en viss situation finns det givetvis alla skäl att anta att också i brist på ett sådant villkor samma regel skulle gälla. Ofta rör emellertid en sådan dispositiv grundsats om konsumentskydd frågor som det är mindre naturligt eller direkt opraktiskt att reglera i avtalet.

Några exempel från tillämpningen av 36 §: I NJA 1975 s. 490 underkändes ett villkor i ett bensinbolags standardavtal, enligt vilket innehavaren av ett kreditbevis som bolaget utställt svarade för inköp mot stulet kreditbevis tills bolaget underrättats mot stölden. (Jfr nu 24 § konsumentkreditlagen.) I NJA 1981 s. 400 ansågs en fastighetssäljare – fackman i byggnadsbranschen – inte kunna genom en allmän friskrivning frita sig från ansvar mot en konsument för dolda konstruktionsfel av allvarlig art i ett arbete han själv utfört (varvid dock ej 36 § uttryckligen åberopats). I bl a NJA 1981 s. 711 har paragrafen tillämpats på skiljeklausul i entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument, varvid åberopades bl a den börda skiljekostnaderna kunde bli för konsumenten, som inte kunde få rättshjälp.[19] I NJA 1983 s. 865 underkändes en friskrivningsklausul i ett kontrakt mellan kommun och privatperson om fastighetsköp. – Motsatt utgång blev det i NJA 1984 s. 115, där en indexklausul i entreprenadkontrakt inte ansågs oskälig. (Se också nyligen NJA 1987 s. 553.)

Vad sedan angår rättspraxis på den allmänna kontraktsrättens område, är första att nämna några fall som närmast angår avtalslagen; det är fråga om en påbyggnad på dess fullmaktsregler.

Till en början kan nämnas det tidiga fallet NJA 1965 s. 204, som i litteraturen betraktats som ett exempel på att konsumentskyddssynpunkter framträtt i praxis. En person som av ett bolag köpt en dammsugare på avbetal-

[17] Utförligt härom Bernitz, Standardavtalsrätt (4 uppl. 1987) s. 63 ff.
[18] Jfr prop. 1984/85:110 s. 142.
[19] Jfr NJA 1982 s. 800, där samma regel tillämpades när näringsidkaren var ett mindre företag; däremot ansågs paragrafen inte kunna åberopas i NJA 1983 s. 510, där klausulen följde standardkontrakt mellan två organisationer. Se även RH 1982:3, RH 1985:110. (Här och i fortsättningen citeras avgöranden i RH med årtal först.)

ning mot en mindre handpenning betalade kort därefter hela återstående köpeskillingen till den försäljare som hon förhandlat med om köpet, då försäljaren uppsökte henne i hemmet. Köparen ansågs berättigad att åberopa denna betalning mot bolaget; försäljaren måste anses på grund av sin ställning i bolagets verksamhet ha varit behörig att med bindande verkan för bolaget motta betalning från kund också i detta sammanhang. En klausul i avbetalningskontraktet, att säljarens representant inte ägde uppbära avbetalningar eller andra belopp, uppfattades inte som inskränkning i försäljarens behörighet. (Två justitieråd var skiljaktiga, och ännu ett hade en avvikande motivering.) Konsumentsynpunkter har inte uttryckligen åberopats – något ganska naturligt med tanke på att dessa inte slagit igenom i lagstiftningen vid denna tid – men domen innebär onekligen en mild bedömning bl a av kontraktsklausuler.[20]

En klarare avvikelse från allmänna principer om representants behörighet utgör NJA 1986 s. 596. Ett avtal om leverans av monteringsfärdigt material till ett hus och garage jämte vissa specificerade tillägg innebar ostridigt också att även montering av huset avtalats. Frågan var om priset omfattade även monteringen. Avtalet hade tillkommit efter anbud av köparen till en försäljare med behörighet att ta emot sådana anbud. HD framhöll bl a att en affär av detta slag för konsumenten normalt är en engångsföreteelse av stor ekonomisk betydelse och att det måste ställas ganska stränga krav på näringsidkaren att denne bidrar till att avtalet utformas så att dess innebörd står klar för konsumenten, särskilt när som i detta fall näringsidkaren tillhandahåller kontraktshandlingarna och frågan rör en så viktig sak som priset. Vidare framhölls att, om en näringsidkare organiserar sin verksamhet så att försäljare tar upp anbud från konsumenter för näringsidkarens räkning för vidare befordran till denne, vad försäljaren insett eller bort inse om konsumentens uppfattning om avtalets innehåll borde tillräknas näringsidkaren. På detta vis kom HD, efter ett längre resonemang, fram till att avtalet skulle tolkas på sätt som konsumenten hävdade – närmast därför att försäljaren borde ha insett risken för missuppfattning på motsidan och varit skyldig att klargöra att inte priset omfattade monteringen. – Avgörandet kan nog ses som en viss nybildning på två punkter. Den klargörandeplikt som åvilar näringsidkaren går ganska långt,[21] och dessutom har näringsidkarens ansvar för försäljarens handlande utsträckts längre än avtalslagens

[20] Jfr om fallet Adlercreutz, Avtalsrätt I (1982) s. 145.

[21] Jfr här FiHD 1976 II 44; motiveringen är kortfattad, som vanligt i finländska rättsfall, men ett skäl till att en klargörandeplikt ansågs åvila en säljare kan antas vara det av majoriteten åberopade förhållandet att varan såldes yrkesmässigt (ammattimaisesti). (Med FiHD avses här och i det följande den finländska publikationen Redogörelser och meddelanden från Högsta domstolen.)

regler skulle föranleda. Ett ansvar för uppgifter lämnade vid avtalets ingående bl a av leverantörer i *tidigare* led är visserligen känt från konsumentlagstiftningen (7 § 2 st. konsumentköplagen, 10 § konsumenttjänstlagen), men några analogier åberopades inte, och situationen var ju inte helt densamma. I vart fall ger avgörandet uttryck för en tendens att bedöma förhållandet enligt vad som från konsumentsidan kan förefalla mest naturligt.[22] – Att märka är att HD:s inställning i detta mål stod i viss strid med det ganska färska avgörandet NJA 1985 s. 717, där majoriteten bedömde frågan om en försäljares behörighet på motsatt sätt. Det gällde här anbud om leverans av monteringsfärdiga trähus; HD fann att någon sedvana om behörighet inte förelåg, och konsumenten ansågs inte ha haft tillräckligt fog att räkna med behörigheten. Minoriteten var däremot inne på liknande synpunkter som HD i det senare målet.

I detta sammanhang bör också nämnas NJA 1986 s. 696. En person som köpt en bil på avbetalning hade avtalat med säljaren att han skulle få byta bilen mot en annan, billigare bil (en situation som inte regleras av 10 § konsumentkreditlagen). Kontraktet hade överlåtits på ett finansbolag, men säljaren hade underlåtit meddela bolaget härom – i så fall skulle bolaget enligt praxis ha godtagit bytet och reglerat skulden med bilens säljare. Bolagets talan om att utfå köpeskilling för den första bilen ogillades, eftersom det – med hänsyn till intressegemenskapen mellan säljaren och bolaget – låg närmare till hands att låta bolaget bära det ekonomiska ansvaret för säljarens underlåtenhet än att låta detta bäras av köparen, som var i god tro. Också här fick alltså näringsidkaren svara för handlande av en självständig företagare på hans sida. Sannolikt har närheten till de i konsumentkreditlagen reglerade situationerna spelat in: det har ansetts rimligt att också i det aktuella fallet skydda konsumenten. Rubriken antyder att omständigheterna i det enskilda fallet haft viss betydelse.[23]

I flera fall har oklara avtal *tolkats* till konsumentens förmån.

NJA 1978 s. 223 gällde tolkning av avtal om fastighetsköp såvitt angick köparens skyldighet att ersätta säljaren för mervärdesskatt. Säljaren, som var näringsidkare och väl insatt i frågan samt tillhandahöll kontraktstexten ansågs närmare än köparen – en konsument – att bära följderna av avtalets

[22] Jfr Adlercreutz, a.a. s. 142.

[23] Tibergs kommentar i SvJT 1987 s. 299 f förbigår en huvudsynpunkt i domen – den intressegemenskap på näringsidkarsidan som motiverat riskfördelningen – och överbetonar legitimationsfrågan. – Jfr UfR 1983. 392 H, med delvis liknande resonemang i en något annorlunda situation, och Torben Jensen i UfR 1984 B s. 73 ff. – Jfr här också RH 1986:155, där 10 § konsumentkreditlagen tillämpades analogt på reseavtal med stöd av lagens motiv.

otydlighet i detta hänseende. Skälen formulerades dock bara av två justitieråd, medan ett tredje hade en avvikande mera traditionell motivering, och två ledamöter kom till motsatt resultat.[24]

En avtalstolkningsfråga av annat slag kom upp i NJA 1979 s. 401. Vid köp av monteringsfärdigt trähus hade i kontraktsformuläret skett en hänvisning till vissa allmänna leveransbestämmelser, vilka bl a innehöll en indexklausul rörande priset. Frågan var om köparen – en konsument – blivit bunden av klausulen. HD framhöll att en affär av detta slag för köparen-konsumenten normalt var en engångsföreteelse av stor ekonomisk räckvidd[25] och att därför, "mot bakgrund av de värderingar som numera gör sig gällande på konsumentskyddets område", detta föranledde att tämligen stränga krav måste uppställas för att villkor av det aktuella slaget skulle anses införlivade med avtalet. Dessa krav ansågs inte uppfyllda (varvid det bl a ansågs "förklarligt" att köparen uppfattade hänvisningen som om den hade mera begränsad innebörd). Här liksom i 1978 års fall har tillämpats en mild regel mot konsumenten, närmast innebärande att man ställer ganska låga krav på hans förmåga att förstå avtalet. – Kravet på tydlighet vid friskrivningsklausuler i ett entreprenadkontrakt har betonats i NJA 1985 s. 397 II, där konsumentförhållandet anfördes som särskilt skäl för HD:s ståndpunkt.[26]

En liknande synpunkt framträder i NJA 1984 s. 280. Vid ett informationsmöte, som ordnades av ett byggbolag angående ett småhusbygge, lämnade dess företrädare uppgifter om det beräknade utfallet av en indexklausul som ingick i försäljningskontraktet. En spekulant fick reda på vad som sagts och köpte sedan ett av småhusen, varvid utfallet visade sig oförmånligare än vad han hade haft anledning räkna med. HD yttrade bl a att spekulanterna, som uppenbarligen haft begränsade förutsättningar att bedöma indexfrågor, haft anledning att betrakta uppgifterna som en tillförlitlig prognos. Köparen ansågs kunna åberopa de lämnade uppgifterna mot bolagets krav på grund av indexklausulen. Här har det angelägna i att konsumenten fick riktig information fått motivera att han kunde åberopa t o m uppgifter som aldrig lämnats till honom själv vid avtalsförhandlingarna.

En påtagligt välvillig bedömning av frågan om konsumentens goda tro förekommer också i NJA 1986 s. 44 ("Fiatmålet"). En konsument köpte en bil på avbetalning. Kontraktet innehöll en klausul om att vid överlåtelse av

[24] Jfr RH 1983:29 (liknande bedömning vid entreprenad), RH 1983:62, med liknande resonemang ang. en oklar kontraktsklausul, FiHD 1978 II 126, där ett motsvarande resonemang fördes i en tvist mellan elverk och elkonsument, FiHD 1981 II 141, där oklarhet i en blankett om avbetalningsköp gick ut över avbetalningssäljaren (detta dock mot bakgrund av vissa regler i lagstiftningen om avbetalningsköp).

[25] Jfr det nyss omtalade, senare rättsfallet NJA 1986 s. 596.

[26] Se även RH 1985:2 (svårtolkad indexklausul i kontrakt om fastighetsköp).

kontraktet den nye kontraktsinnehavaren ensam var berättigad att ta emot betalning sedan köparen underrättats härom. Kontraktet innehöll en pantförskrivning av kontraktet till tredje man, dock utan att köparen underrättades om vad denna innebar. Köparen erlade sedan betalning inte till panthavaren utan till säljaren. Frågan var om köparen var i god tro på sätt som avses i den i målet tillämpliga 29 § skuldebrevslagen. HD framhöll bl a att särskilda krav på klarhet och tydlighet får ställas på en underrättelse till konsumenten om pantsättning för att dennes rätt att med befriande verkan betala till säljaren skall vara avskuren. Meddelandet till köparen ansågs i detta fall inte ha uppfyllt kravet på entydighet, och fast köparen gjort avbetalningar på sin skuld enligt kontraktet med betalningsavier som tillhandahölls av panthavaren ansågs hon ha varit i god tro i fråga om säljarens rätt att uppbära betalning.

I sammanhanget kan erinras om den mildare bedömningen av privatpersoners handlande, när de gör gällande godtrosförvärv till lös egendom. Bl a kan nämnas NJA 1977 s. 554, angående en person som bytt till sig en begagnad bil vilken enligt ett (förfalskat) kvitto var slutbetald; enligt HD fick man inte ställa orealistiska anspråk på en person i köparens situation, och han ansågs inte ha brustit i tillbörlig aktsamhet vid förvärvet. Konsumentsynpunkter har inte uttryckligen åberopats; det har ju här inte gällt direkta mellanhavanden med en näringsidkare.[27]

I vissa fall har konsumentskyddet fått motivera *utvidgade skyldigheter för näringsidkaren* enligt avtalet.

NJA 1978 s. 432 gällde ansvaret för en researrangör mot en resenär, som på grund av egen försumlighet kom för sent till hemresan sedan avgångstiden ändrats och därigenom tillfogades vissa merkostnader. Med hänsyn till de konsumentskyddssynpunkter som gjorde sig gällande i sådana fall måste enligt HD:s majoritet förhållandevis stränga krav ställas på arrangören; åtgärderna från reseledarens sida för att få kontakt med resenären ansågs därför vara otillräckliga, och arrangören ålades ett (jämkat) ansvar för kostnaderna.

Om strikt ansvar var fråga i det omdiskuterade skadeståndsfallet NJA 1985 s. 641. En bilägare, som tankade vid en pump märkt "premium", fick i stället för bensin dieselolja (eller annat förorenat bränsle), vilket skadade bilmotorn. Säljaren ansågs i detta fall med hänsyn till konsumentens bristande praktiska möjligheter att undersöka varan ha ett särskilt ansvar för att lämnade uppgifter är korrekta och att bensin som tillhandahålls allmänheten kan brukas för det avsedda ändamålet utan att orsaka skada. "Ett

[27] Se även t ex RH 1981:139.

sådant synsätt ligger väl i linje med senare års utveckling på konsumentskyddets område." – I detta fall borde konsumentköplagens tankegångar ha gett särskilt stöd för detta utvidgade ansvar (vilket ju undantagits från denna lag); något sådant har dock inte åberopats. Det kan anmärkas att två av HD:s ledamöter särskilt sysslat med konsumentskydd i närliggande sammanhang (utredningar om konsumentköp respektive småhusköp).[28]

I NJA 1987 s.417 har HD ansett en tillverkare av produkt för takbeläggning ansvarig mot köparen, en konsument, för underlåten information om produkten; härvid åberopades bl.a. att när varor är avsedda att användas inte av personer med fackkunskap utan av allmänheten information kan behövas till förebyggande av skada och att ansvarsfrihet vid brister i detta avseende "skulle på ett inte önskvärt sätt beskära en skadelidandes möjlighet till gottgörelse och skulle också stå i mindre god överenskommelse med den pågående utvecklingen för att förbättra konsumentens ställning". Jämsides med hänsyn till den skadelidande har alltså åberopats den allmänna tendensen till konsumentskydd, vilken tydligen antas fortsätta också i rättstillämpningen.[29] (Direkt avtal mellan parterna förelåg inte.)

Bevisreglerna i kontraktsförhållanden har också påverkats av konsumentskyddstanken.

I NJA 1975 s. 280 har en entreprenör i förhållande till beställaren – en konsument – ansetts bevisskyldig för sin uppgift om avtalets innehåll och metoden att beräkna priset. HD framhöll, att man i detta fall inte behövde gå in på den allmänna frågan om bevisskyldigheten i den aktuella situationen (där det ledande fallet NJA 1951 s. 1 utsatts för åtskillig kritik); i konsumentförhållanden var den angivna regeln motiverad redan därför att det var lämpligt och rimligt att han fick säkerställa bevisning i prisfrågan. Därigenom främjades bruket att upprätta avtalet i skriftlig form, vilket var ägnat att skapa klarhet om dess innehåll och därmed stod i samklang med konsumentskyddssynpunkter.[30]

En annan bevisfråga, nu vid konsumentförsäkring, kom upp i NJA 1984 s. 501. Försäkringstagaren ansågs enligt allmänna processrättsliga grundsat-

[28] JR Knutsson resp. JR Lind.

[29] Liknande krav på information till konsumenten i FiHD 1983 II 33 (entreprenad). Jfr också RH 1986:133, där entreprenören ansetts inte kunna åberopa den entreprenadrättsliga principen om begränsat ansvar för dolda fel utan att den klart kommit till uttryck i avtalet, detta m.h.t. att skyddet för konsumenten gjorde sig starkt gällande. – Ett norskt rättsfall, där en försäkringstagarens egenskap av konsument påverkat försäkringsbolagets skyldighet att betala viss försäkringsersättning, är NRt 1978 s. 25 (jfr s. 30). – Jfr även NRt 1975 s. 1003 (betalningsuppdrag till bank enligt s.k. sjömanskonto; konsumentförhållandet åberopades dock ej direkt).

[30] Liknande synpunkt i skiljaktigheten i NJA 1987 s. 80 (tredjemanspant).

ser bevisskyldig för att försäkringsfall förelåg, men beträffande beviskravet borde med särskild hänsyn till konsumentens skyddsintresse den s.k överviktsprincipen tillämpas, varvid med tanke på konsumentens typiskt sett sämre möjlighet att skaffa fram utredning i frågor av teknisk natur brister i utredningen härom normalt borde gå ut över motparten. I detta fall var det snarare bevismöjligheterna än de konsekvenser bevisregeln medförde i fråga om bevissäkring som inverkade; dessutom har de materiella följderna av en mild bevisregel naturligtvis spelat en roll.[31]

Slutligen bör nämnas att konsumentsynpunkten också blivit av betydelse i vissa avgöranden om *utomobligatoriskt skadestånd.*

I NJA 1977 s. 538 ("curlermålet") har konsumentsynpunkter åberopats som tilläggsskäl för ett strängt ansvar för importör av en farlig produkt – importören ansågs ansvarig för tillverkarens vållande gentemot köparens skadade barn. Och i NJA 1983 s. 118 (liksom i viss mån i det tidigare avgörandet NJA 1982 s. 380) har till stöd för att HD *inte* ville ålägga ett strikt ansvar för sakskada anförts att den skadelidande inte var att anse som konsument. (Jfr även nyss refererade NJA 1987 s. 417.)

Samma tendens att i olika sammanhang åberopa konsumentintresset även utanför de lagreglerade situationerna framträder också i hovrättspraxis;[32] förmodligen gäller detsamma även orefererade hovrätts- och tingsrättsavgöranden. För övrigt förekommer något liknande också i viss annan nordisk rättspraxis, fast till synes inte i samma utsträckning; utgångsläget är här inte helt detsamma, eftersom räckvidden av den särskilda konsumentlagstiftningen varierar i olika länder.[33]

Det bör emellertid framhållas att inte ens i HD tendensen är alldeles enhetlig. Som nämnt har HD:s majoritet i NJA 1985 s. 717 inte visat samma benägenhet att se behörighetsfrågan från konsumentsynpunkt som i vissa andra fall. I NJA 1987 s. 80 har konsumentskyddsargumentet inte ansetts väga tillräckligt tungt när det gällde de allmänna principerna om pantsättares ansvar vid tredjemanspant (varvid dock ingen konsument var inblandad i den aktuel-

[31] Jfr även RH 1980:45 och även RH 1980:71. I UfR 1986. 125 H och 129 H har bevisbördan om inbrott förekommit lagts på försäkringsbolaget, dock utan att konsumentförhållandet direkt åberopats.

[32] Se hovrättsavgöranden omtalade ovan i not 23, 24, 26, 27, 29, 31.

[33] Se avgöranden omtalade ovan i not 21, 23, 24, 29, 31.

la tvisten). Bedömningen av en indexklausul i ett entreprenadkontrakt i NJA 1984 s. 115, där det gällde tillämpning av 36 § avtalslagen, visar också att det inte är fråga om något ensidigt partitagande för konsumentintresset. Det förekommer även avgöranden där avtalsklausuler tolkas mindre välvilligt mot konsumenten.[34]

4.

I alla händelser bör det ha framgått av denna översikt att konsumentskyddstanken dykt upp i domstolarnas avgöranden i en mängd olika sammanhang, inte bara på områden nära dem som konsumentlagstiftningen behandlar utan också när det gäller frågor av annat, mera allmänt slag. Området för konsumentskyddet har successivt utvidgats, dock utan något markerat brott mot tidigare praxis. Åtskilliga domar synes påverkade av karakteristiska tankar bakom konsumentlagstiftningen. Skyddsprincipen fungerar som en dispositiv rättsregel, vilken i varje fall kan tillgripas när parterna inte reglerat frågan i avtalet. Ibland framstår den regel som slås fast som en ren komplettering av sådan lagstiftning, t ex i domen om strikt produktansvar för sakskada (NJA 1985 s. 641) – ett ansvar som ju inte behandlas i konsumentköplagen, i motsats till annat ansvar för fel i det sålda.[35] I en del fall är det närmast fråga om analog tillämpning av enskilda lagregler, om också inte analogin alltid har uttryckligen åberopats. I andra fall åter kan man åtminstone göra gällande att avgörandet ger uttryck för någon ledande synpunkt bakom konsumentlagstiftningen. Det kan sägas vara fallet så snart näringsidkaren i olika situationer anses böra bära en risk framför konsumenten, men det finns också avgöranden som ger mera direkta uttryck för syftet bakom en viss lag: när ett lägre beviskrav ställs på konsumenten i frågan om försäkringsfallet inträffat ansluter ju det nära till konsumentförsäkringslagens skyddsregler i övrigt.

I den mån man kan tala om en konsumentskyddsprincip är det emellertid tveksamt hur långt den egentligen kan anses gå. Domsto-

[34] Så NJA 1975 s. 620 (befintligt skick) och även NJA 1987 s. 553. Jfr också bedömningen av garantiansvaret mot tredje man i NJA 1983 s. 118 och vidare RH 1981:39, RH 1984:146.
[35] Jfr prop. 1973:138 s. 138.

larna har i olika fall, som inte har så värst mycket gemensamt med varandra, ansett sig kunna gå ifrån annars gällande grundsatser för att gynna konsumenten. Att man i motsvarande situationer skulle ha avvikit från en uttrycklig avtalsreglering med annat innehåll kan däremot knappast antas. Det vill ju till mera för att grunda en tillämpning av 36 § avtalslagen – närmast att omständigheterna i det enskilda fallet gör det särskilt stötande att följa avtalet.

Att resonemangen i vissa lägen står i konflikt med de förut berörda allmänna kontraktsrättsliga grundsatserna står klart – dessa lät som sagt knappast sociala hänsyn påverka lösningarna. Det är vidare i viss mån osäkert hur konsumentskyddssynpunkten förhåller sig till grundsatsen om att den generösa parten gynnas vid benefika avtal.[36] Skall den även påverka t ex näringsidkarens ansvar vid gåvor eller lån till kunderna? Här är visserligen knappast fråga om rent benefika transaktioner; kommersiella synpunkter lär i allmänhet ha legat bakom handlandet. Men man kan sätta i fråga, om inte vederlagsfriheten medför att skyddstanken väger mindre tungt (frånsett kanske i fall där konsumenten lider en betydande skada på grund av fel eller farliga egenskaper i den vara han fått). Ett lågt pris för en vara eller en tjänst måste ju påverka vad konsumenten rimligen kan kräva (om också förhållandet lär ha mindre betydelse än i kommersiella situationer).[37]

Det kan anmärkas att den praxis som här omtalats inte rört en del viktiga avtalstyper som inte omfattas av de särskilda konsumentlagarna men där ändå konsumenter står mot näringsidkare – t ex vid hyra av lös egendom eller sådana uppdrag som faller utanför konsumenttjänstlagen. Någon analog tillämpning av konsumentskyddsregler i dessa fall är svår att finna. Antagligen beror dock detta på en händelse. Vissa av de aktuella avtalstyperna brukar utförligt regleras av standardvillkor, t ex hyra av lös egendom, och då blir det i praktiken närmast fråga om en tillämpning av 36 § avtalslagen om konsumentintresset skall tillvaratas. Det finns inget skäl att tro att HD skulle se något hinder för en analogi med exempelvis konsumentköplagen eller konsumenttjänstlagen i vissa fall av denna typ.

[36] Se ovan vid not 6.
[37] Jfr prop. 1975/76:81 s. 118 f. prop. 1984/85:110 s. 42.

Man bör emellertid inte dra alltför långtgående slutsatser av tendensen att åberopa konsumenthänsyn i domstolspraxis. Den behöver inte bero på alldeles samma tankegångar som konsumentlagstiftningen. I många fall kan den sägas ansluta naturligt till traditionella resonemang inom förmögenhetsrätten – om också inte just till de allmänna kontraktsrättsliga grundsatser som jag var inne på inledningsvis. Den är ett uttryck för en naturlig nyansering av de civilrättsliga reglerna; inte sällan kan en utgång, som redan av andra skäl har tett sig rimlig, ha legitimerats också genom att man hänvisat till det positivt värdeladdade slagordet konsumentskydd. När domstolen exempelvis lindrar kravet på konsumenten vid bedömningen om god tro har förelegat är den inne på en välkänd tanke bl a från skadeståndsrätten: privatpersoners handlande bedöms på ett annat och mildare sätt än om en företagare skulle ha förfarit på samma vis.[38] – Något liknande kan sägas om konsumentresonemang i tolkningstvister. Det är naturligt att domstolen ibland ställt upp speciella krav på en näringsidkare, när det gällt att för en konsument klargöra innehållet av ett avtal som utformats från näringsidkarsidan; att oklarheter då går ut över den som avfattat avtalstexten är en känd avtalsrättslig princip, som tillämpats långt innan konsumentskyddet blev ett aktuellt ämne i svensk lagstiftning. Att hänsyn till en oerfaren medkontrahent även annars kan motivera ett särskilt krav på information är inte heller anmärkningsvärt på något vis. Den synpunkten ligger bl a bakom åtskilliga lagar från senare år, såsom konsumentförsäkringslagen och lagen om fastighetsmäklare, men den framträder också annars; i skadeståndssammanhang är den sålunda välkänd.[39] – Vad angår konsumentsynpunkten i övrigt i skadeståndsmål kan den åtminstone vid personskador ses som ett uttryck för den kända tendensen att i allt högre grad beakta den skadelidandes intresse i dessa sammanhang. När näringsidkaren i olika lägen fått ansvara för försummelser av andra företagare på samma sida är även detta en välbekant företeelse bl a på skadeståndsområdet (om också konsumentskyddspraxis här har en speciell utformning). Att konsumenten gynnas framför näringsidkaren i fråga om bevisskyldig-

[38] Jfr t ex Bengtsson, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv (1962) s. 18 ff, 259 ff.
[39] Jfr t ex om produktansvar Karlgren, Produktansvar (1971) s. 64 f, SOU 1979:79 s. 32 f, 129 ff.

heten i olika kontraktssituationer kan betraktas som ett exempel på den vanliga tendensen att låta den, som har största möjligheten att säkra och skaffa fram bevisning, bära risken för att ett förhållande är otillräckligt belyst. – Allmänt sett kan naturligtvis konsumentskyddstanken också anses stämma väl med den sociala inriktning av lagstiftningen som är naturlig i en välfärdsstat. Den är ett uttryck – och ett av de viktigaste – för den utveckling mot en social civilrätt som Thomas Wilhelmsson talat om.

Även om en hel del avgöranden sålunda kan förklaras delvis med andra resonemang än just konsumentsynpunkten finns det dock tillräckligt många belägg för dess självständiga betydelse för att man skall kunna tala om en klar tendens i rättspraxis. Den framgång dessa argument tycks ha haft hos domstolarna är inte heller överraskande. Det gäller ju en genomgående tankegång i senare decenniers lagstiftning, som inte kan ha undgått att prägla den allmänna inställningen hos jurister som sökt följa med rättsutvecklingen. Allt flera lagar kan ge upphov till analogier; senast har ju tillkommit konsumenttjänstlagen, med dess omfattande tillämpningsområde och en långtgående detaljreglering, där konsumentskyddstanken spelar en dominerande roll. Undan för undan ersätts avgående domare, präglade av en äldre kontraktsrättslig uppfattning, av yngre kolleger som finner det naturligt att i olika tveksamma lägen ställa frågan, om en lösning är godtagbar ur konsumentens perspektiv. – Till detta kommer att en sådan lösning i allmänhet är uppskattad av andra än jurister. Tendensen anknyter ju till den naturliga, ojuridiska reaktionen vid en tvist mellan en stark och en svag kontrahent att ta den svagares parti (varvid väl den allmänna uppfattningen om vad som är rimligt och rättvist påverkats också av konsumentupplysningen). En domare kan, när han följer denna linje, ofta ha nöjet att finna resultatet av prövningen stämma med både sin egen rättskänsla och med allmänhetens inställning. Han kan komma ifrån lösningar som tycks alltför formella och stötande, åtminstone vid ett oreflekterat betraktelsesätt. Att anlägga konsumentskyddssynpunkter kan på detta sätt förefalla tilltalande i varje fall för jurister som inte alltför mycket präglats av sitt yrke.

Mycket tyder alltså på att tendensen i rättspraxis kommer att stå sig. Men det behöver inte innebära att den i alla avseenden är lämp-

lig. Frågan blir då om det finns anledning att gå vidare på denna väg: skall domstolarna fortsätta att utbilda konsumentskyddande regler också i lägen där lagstiftaren av ena eller andra anledningen medvetet avstått från detta?

Saken är mindre tveksam i den mån konsumentresonemang avser att tillvarata tungt vägande sociala eller humanitära synpunkter. Då har de sådan tyngd att de knappast kan uppvägas av allehanda invändningar av exempelvis rättstekniskt eller systematiskt slag. I flertalet av de fall där på detta vis konsumentskyddet typiskt sett framstår som verkligt angeläget har emellertid lagstiftaren redan ingripit. Det återstår framför allt en rad situationer där domstolarna visserligen kan finna det närliggande av rimlighetsskäl att ge konsumenten en förmån men behovet av skydd inte är lika trängande; man kan inte påstå att en motsatt utgång skulle ha varit direkt oskälig, och det är åtminstone typiskt sett inte fråga om något utnyttjande av konsumentens underläge. Inte sällan får man intrycket att företagen verkligen försökt att anpassa sig efter konsumentlagstiftningen men inte räknat med möjligheten att skyddet skulle sträckas ännu längre än lagstiftaren föreskrivit.

Vissa sedvanliga argument mot ett långtgående konsumentskydd kan naturligtvis anföras särskilt i sådana situationer. Konsumenten gynnas oavsett förhållandena i det enskilda fallet, och tendensen kunde tänkas leda till att näringsidkarens prestationer blir dyrare, till skada för hela konsumentkollektivet – han måste hela tiden räkna med att domstolarna skärper sin hållning, så att han får bära allt flera risker i avtalsförhållandet. Konsumentlagstiftningen bygger emellertid på att olägenheter av detta slag kan accepteras. Den obetydligt ökade kostnaden får konsumentkollektivet ta för solidaritetens skull – det är viktigare att de konsumenter får ett rimligt skydd som har svårigheter att tillvarata sina intressen. Det är här fråga om ett principiellt ställningstagande närmast av politisk natur, vilket är svårt att angripa från rent juridiska synpunkter. Konsekvenshänsyn kunde snarare tala för att utsträcka resonemangen till andra konsumentförhållanden än lagstiftningen hittills har berört. Det vore ju underligt om helt andra principer skulle gälla på närliggande områden, när det saknas klara belägg för att lagstiftaren funnit det mindre lämpligt att ta tillvara konsumentskyddet där. – Det kan också sägas att det

allmänt sett är en fördel med lösningar vilka på sätt som nyss angavs stämmer med vad allmänheten lär finna rimligt och rättvist.

Från rättstekniska synpunkter kan utvecklingen te sig något mera diskutabel. Onekligen medför den att rättsläget ter sig mer oklart än tidigare. Man ställs i en mängd fall inför frågan, var gränsen går för den konsumentvänliga rättstillämpningen. En princip som inte har något mera konkret innehåll utan bara allmänt går ut på att i tvivelsmål en viss part skall gynnas utöver vad som lagstiftningen utvisar kan möjligen tyckas förutsebar i stort, men dess närmare innebörd är svår för parterna att bedöma. Det blir fråga om en grundsats liknande den allmänna skadeståndsrättsliga regeln om jämkning av oskäligt betungande skadestånd, fast med betydligt större räckvidd; domstolen kan efter gottfinnande tillämpa principen eller låta bli, utan att någotdera kan sägas vara helt felaktigt. För ledning av rättstillämpningen är en hänvisning till en sådan princip inte särskilt fruktbar. Vill man på sedvanligt sätt systematisera rättsreglerna på området, visar den sig dessutom betydligt svårhanterligare än de traditionella kontraktsrättsliga grundsatserna, som i sin relativa stelhet åtminstone var klara och konsekventa. Det är inte lätt att på ett någorlunda begripligt och överskådligt sätt klarlägga vid exempelvis juridisk undervisning eller praktikerutbildning, i vilka fall resonemanget kan användas.

Det finns dessutom en risk att existensen av en allmän skyddsprincip leder till en viss lättvindighet i domstolarnas prövning av särskilda tvistefrågor: man avbryter i ett alltför tidigt skede analysen av skäl för och emot en viss lösning, under hänvisning till att konsumentens ståndpunkt bör ges företräde i situationer av det aktuella slaget eller till en allmän utveckling mot ett starkare konsumentsskydd. Problemet är känt bl a från diskussionen om den förut berörda oklarhetsregeln vid avtalstolkning,[40] och det är minst lika stort i de fall vi här diskuterar.

Av sådana skäl ter det sig under alla förhållanden angeläget att försöka precisera vad den aktuella principen, om man får kalla den så, har för räckvidd och innehåll. När regeln i 36 § avtalslagen tillkom, underströks det i motiven att man för att ge rättstillämp-

[40] Jfr Bengtsson, Om tolkning av ansvarsförsäkringsvillkor (1960) s. 13 ff.

ningen några hållpunkter borde åstadkomma en viss typbildning: vissa avtalsvillkor borde till sin art vara förbjudna, andra tillåtna. I motiven utvecklades närmare vad dessa riktlinjer kunde gå ut på.[41] Lagrådet ställde sig visserligen skeptiskt till en detaljreglering genom sådana uttalanden men medgav deras värde för rättstillämpningen.[42] Samma problematik återkommer i fråga om den grundsats som nu diskuterats. Genom att denna kan åberopas i flera sammanhang än 36 § ter det sig snarare ännu nödvändigare att få någon klarhet om när den egentligen kan användas.

6.

Vad angår räckvidden av en eventuell konsumentskyddsprincip bör till en början slås fast att den bör begränsas till de klara fallen: mellanhavanden mellan en näringsidkare och en konsument. Man kunde tänka sig att liknande synpunkter anläggs i förhållandet mellan två näringsidkare, om den ene framstår som klart underlägsen den andra t ex från ekonomisk synpunkt; men det skulle bara komplicera principen att försöka anpassa den också till dessa situationer. Här framträder särskilda synpunkter utan motsvarighet i konsumentförhållanden. Hur besvärlig en småföretagares situation än kan vara kan han i allmänhet inte som konsumenten åberopa att ett avtal av visst slag med ett annat företag är en sällsynt eller kanske helt enastående händelse för hans del; man kan ställa andra krav på hans erfarenhet och omdöme, och dessutom har han ofta en organisation som stöder honom med råd och biträde både när det gäller avtalsslutet och sedan tvisten uppkommit.[43] Inte heller är det lämpligt att låta motsvarande princip gälla mellan två privatpersoner, den ene rik och den andre fattig. Även bortsett från att enbart en skillnad i förmögenhet knappast behöver betyda att ena parten är i verkligt underläge, skulle en sådan grundsats krångla till rättsläget och göra det svårt att överskåda; för övrigt är nog behovet av vägledande principer för dessa rätt ovanliga tvister inte så stort. – Vill man ställa upp socialt

[41] Se prop. 1975/76:81 s. 106, 111 f, 117 ff, 137 ff.
[42] Se prop. 1975/76:81 s. 166.
[43] Jfr om frågan SOU 1979:36 s. 121.

färgade regler som är lämpade att använda för de nu berörda fallen bör de nog utformas på ett speciellt sätt.[44]

På konsumentavtalens område finns det emellertid åtskilliga situationer där det karakteristiska resonemanget emellanåt kan te sig befogat. Reglerna om fastighetsköp i 4 kap. JB är redan nämnda; genomförs den föreslagna lagstiftningen om småhusköp blir det dock mindre aktuellt att tillämpa oskrivna grundsatser om konsumentskydd i dessa sammanhang, men om det inte blir någon lagstiftning av, uppkommer bl a frågan om en analog tillämpning av konsumenttjänstlagens regler. Att uppförande av byggnad för bostadsändamål hölls utanför lagen berodde ju väsentligen på att småhusköpkommittén utredde lagstiftning om dessa avtal.[45] – Vidare kan nämnas upplåtelser av mark och utrymmen utanför de tvingande reglerna om hyra och arrende – lägenhetsarrende är väl det viktigaste exemplet. Utanför fastighetsrätten kan hyra av lös egendom te sig som ett aktuellt område. Av intresse är här också sådana uppdrag som uteslutits från konsumenttjänstlagens tillämpning – olika former av immateriella uppdrag, t ex konsultuppdrag och avtal om undervisning, avtal om behandling av personer, t ex vid frisörverksamhet, och om behandling av djur. Viktiga avtal också för konsumenter är vidare pantavtal och borgen. – Frågan blir då hur konsumentskyddsprincipen bör preciseras och avgränsas i sådana sammanhang.

7.

Som framgått av det föregående ansluter resonemangen delvis till vissa traditionella synsätt: angående godtrosbedömning, tolkning av avtal, riskfördelning i skadeståndsfall, fördelning av bevisskyldighet, i viss mån också ansvar för handlande av andra självständiga företag på samma sida. Här framstår de som lättare förenliga med allmänna kontraktsrättsliga regler: ofta blir det bara fråga om att tillämpa dessa med särskild hänsyn till att ena parten är en privatperson. I sådana fall får resonemanget alltså en viss stadga. Allmänt sett ter det sig

[44] Ang mellanhavanden med myndigheter, se nedan vid not 61 f.

[45] Jfr prop. 1984/85:110 s. 35 f. – En viss förstärkning av konsumentens ställning föreslås också i SOU 1987:30, ang. fel i fastighet.

ganska närliggande att följa en konsumentvänlig linje i dessa fall; det är fråga om en påbyggnad av tradionella rättsprinciper med beaktande av moderna värderingar. Helt lätt är det naturligtvis inte att precisera hur dessa oskrivna rättsregler framträder just i konsumentsammanhang, men någon ledning bör kunna hämtas från den sedvanliga tillämpningen av dem i närliggande situationer. Frågan blir t ex vilka insikter och vilket omdöme man annars kräver av privatpersoner i mellanhavanden med företag, och vad man annars fordrar av parterna i sådana relationer när det gäller att säkra bevisning i olika fall.

Ungefär detsamma kan sägas om fall där den skadelidandes egenskap av konsument åberopas i tvister om skadestånd utom kontraktsförhållanden (jfr ovan). Uttalandena kan uppfattas som en allmän hänvisning till hans skyddsbehov, vilken skall ytterligare underbygga en skadeståndsrättslig princip som domstolen anser motiverad. – I andra fall kan en bestämmelse i konsumentlagstiftningen ge ytterligare stöd för en allmän skadeståndsgrundsats, som annars är i någon mån tveksam; ett exempel ger leverantörers marknadsföringsansvar för skadebringande produkter enligt 33 § konsumenttjänstlagen, där det bl a har intresse att ansvaret gäller också skada på föremålet för tjänsten (jfr NJA 1986 s. 712, där frågan diskuterats med sikte på ansvar mot annan än konsument). En sådan användning av konsumentlagstiftningens regler möter naturligtvis inga betänkligheter. Inte heller här blir det emellertid fråga om tillämpning av en särskild grundsats om konsumentskydd.

En konsumentskyddsprincip i trängre bemärkelse kunde däremot bli aktuell när domstolen överväger en lösning som är *speciell för konsumentförhållanden*. Vi har sett åtskilliga exempel också på detta i det föregående, bl a när näringsidkaren får svara för uttalanden och handlande av andra företagare på hans sida, när han åläggs särskilda skyldigheter mot konsumenten – bl a en garanti som medför strikt ansvar för produktskada – och när en speciell bevisregel uppställs vid avtal med konsumenter, oavsett vad som annars skulle gälla vid samma avtalstyp.

8.

I varje fall i *ett* läge kan det synas naturligt med en sådan rättstillämpning. Det gäller när motsvarande lösning föreskrivits i flera lagar på konsumenträttens område. Man kan då ha skäl att tala om en allmän avtalsrättslig princip, av nära nog samma dignitet som de traditionella kontraktsrättsliga grundsatser som omtalades inledningsvis; om inga särskilda omständigheter talar mot att tillämpa lösningen i det särskilda fallet, bör den gälla.

Ett sådant fall är det ansvar för uppgifter av leverantör i tidigare led som slås fast i 7 § 1 st. konsumentköplagen och 10 § konsumenttjänstlagen. Det verkar knappast för djärvt att anta ett sådant ansvar också vid exempelvis konsumenters köp av småhus eller hyra av lösa saker. Principen torde emellertid bara gälla i fråga om avlämnat gods, knappast exempelvis vid andra uppdrag, ifall uppgifter av detta slag lämnas om metoder eller medel varmed en tjänst utförs. – Ett annat tänkbart exempel ger den omvända bevisbörda som enligt 10 § konsumentköplagen och 14 § konsumenttjänstlagen skall vara följden av en garanti. Har en motsvarande utfästelse gjort rörande annat avlämnat gods, t ex vid uthyrning, kanske den bör tillmätas samma betydelse – det skulle gälla en allmän grundsats om konsumentgarantiers rättsverkan i sådana situationer.

När man inte kan anknyta till sådana återkommande tankegångar, är det naturligt att anlägga konsumentaspekten med större försiktighet. Även här borde det emellertid vara möjligt att i viss utsträckning analogt åberopa olika lagrum. Det gäller kanske främst konsumenttjänstlagen med dess ingående reglering.

I det betänkande som låg till grund för lagen framhölls att analogisk tillämpning av lagens regler närmast torde komma i fråga såvitt avser vissa typer av tjänster – bl a behandling av personer, skötsel och behandling av djur, undervisning samt rådgivnings- och provningsverksamhet.[46] Samtidigt betonade man att det måste noga prövas om en regel i lagförslaget verkligen passar för avtalstypen i fråga. – I propositionen sägs att analogier ofta är möjliga i "partsförhållanden" som faller utanför det i lagen angivna tillämpningsområdet, varvid givetvis lagens regler skulle få tillmätas större betydelse ju mera den aktuella avtalssituationen liknade de situationer lagen omfattar. Som exempel nämns visserligen bara tjänster utförda åt icke närings-

[46] SOU 1979:36 s. 121, jfr s. 109.

drivande dödsbon (vilka inte är konsumenter enligt lagens begrepp),[47] men man kan inte anta att departementschefen har tagit avstånd från att samma resonemang skulle föras vid andra uppdragstyper, om också enligt vad förarbetena utvecklar förhållandena kan vara artskilda.[48] I fråga om uppförande av byggnad för bostadsändamål behöver man som sagt inte dra sig för att analogisera, och kanske inte heller då det gäller andra uppdrag i den mån konflikten är sådan att inte arbetets art spelar någon roll. Men den frågan är naturligtvis inte lätt att avgöra.

Några exempel: En regel av denna typ är fastslagen i 6 § konsumenttjänstlagen. Näringsidkaren har i vissa fall en avrådningsskyldighet, varvid den civilrättsliga påföljden är av ganska speciellt slag – en reduktion av vederlaget enligt den krångliga 7 §. Regeln har påverkats av liknande tankegångar som informationsreglerna t ex i 5–8 §§ konsumentförsäkringslagen; den har setts närmast som ett uttryck för näringsidkarens allmänna skyldighet att ställa sin sakkunskap till konsumentens förfogande.[49] I och för sig kan den synas passa väl vid sådana uppdrag där konsumenten haft anledning lita på motpartens sakkunskap för att få upplysningar om exempelvis tekniska förhållanden före avtalets ingående. Den är dock inte så lämplig vid konsultuppdrag och liknande uppdrag som i och för sig innebär rådgivning; man kan knappast kräva att en professionell rådgivare avråder kunden från att söka hans råd. Här gäller för övrigt ofta speciella principer, såsom för advokatverksamhet och revisors- eller mäklaruppdrag. I fråga om behandling av människor och djur torde avrådningsregeln vidare få ringa praktisk betydelse; ingreppet är ofta påkallat av skäl som för uppdragsgivaren under alla omständigheter väger tungt. Undantag utgör möjligen skönhetsbehandling och liknande mindre nödvändiga behandlingsåtgärder. Man kan vidare tänka sig att regeln kunde bli användbar vid undervisning av mera speciell natur – något som ju också faller utanför konsumenttjänstlagens område. En nedsättning efter skälighet kan dock vara att föredra framför en tillämpning av 7 §.

Vad angår felreglerna i 9–14 och 16–23 §§ konsumenttjänstlagen är de över huvud taget mindre lämpade att användas vid uppdrag utanför lagens område (alltjämt frånsett uppförande av bostäder). Immateriella uppdrag går väsentligen ut på en skyldighet att visa omsorg, och prisnedsättningsregeln i 18 § lagen om fastighetsmäklare synes alltför speciell för att passa in på den vanliga uppdragssituationen. Något liknande kan sägas om flertalet uppdrag att behandla människor eller djur. Frågeställningen, om resultatet avviker från det avtalade, är därför inte så träffande – detta förutsätter att ett mera konkret resultat kan konstateras. Även när något sådant är möjligt lär det vara svårt att tillämpa exempelvis bestämmelserna om avhjälpande

[47] Prop. 1984/85:110 s. 142, jfr s. 345, 370 f.
[48] Se t ex a prop s. 22.
[49] A. prop. s. 25, 39 f, 167; jfr SOU 1979:36 s. 215 ff.

(20 §) och om uppgörelsen efter hävning (23 §) i dessa fall, och skadeståndsregeln i 31 § – som ju föreskriver ett presumtionsansvar – synes mycket sträng i varje fall vid immateriella uppdrag och behandlingsskador;[50] att visa frihet från vållande torde många gånger vara nära nog omöjligt i sådana förhållanden.[51] – Tveksam synes också regeln om utomobligatoriskt culpaansvar för ren förmögenhetsskada i 33 §, som går längre än vad som traditionellt anses gälla.[52] Att hänvisa till bestämmelsen om sådant ansvar också mot annan än uppdragsgivaren i 21 § lagen om fastighetsmäklare är knappast helt övertygande, eftersom mäklarens speciella mellanställning gör ett kontraktsrättsligt resonemang mera närliggande. Regeln kan dock sägas ligga ganska väl i linje med moderna tendenser också utom konsumentförhållanden och skulle kunna bli en utgångspunkt för en utveckling av det utomobligatoriska ansvaret i rättspraxis.

Dröjsmålsreglerna (24–30 §§) bör däremot gå ganska bra att använda vid andra uppdragstyper utanför lagens område. Likaså kan det finnas anledning att i dessa fall tillämpa regeln om skäligt pris i 36 § konsumenttjänstlagen; man skulle alltså gå ifrån principen i 5 § köplagen, trots att denna anses som en allmän rättsgrundsats. Här synes inte tjänstens karaktär böra spela någon avgörande roll; motivens resonemang stämmer också på andra tjänster.[53] – Detsamma torde gälla bestämmelsen om ungefärlig prisuppgift i 36 § 2 st. (frånsett kanske procenttalet).[54]

Ett mera diskutabelt fall är skadeståndsregeln i 45 § 3 st. konsumenttjänstlagen, där konsumenten får möjlighet att undgå ansvar för motpartens kostnader om han visar att betalningsdröjsmål inte beror på försummelse på hans sida. Regeln står i klar strid med den traditionella rättsprincipen att en gäldenär svarar strikt för bristande betalningsförmåga (se t ex 30 § köplagen), något som ännu i senaste tid ansetts gälla.[55] En aktsamhetsbedömning i dessa fall kan också vara ganska svår att göra. Avvikelsen har inte närmare motiverats i konsumenttjänstlagens motiv;[56] man har ansett det rimligt att samma regel skulle gälla som vid näringsidkarens dröjsmål, tydligen utan att

[50] Här kan erinras om den betydligt mildare regeln i 14 § fastighetsmäklarlagen (se bl a om culpabedömningen NJA II 1984 s. 31 ff).

[51] En annan sak är att själva skadeförloppet kan utgöra ett så starkt stöd för ett vållande att detta får antas om inte näringsidkaren ger en godtagbar förklaring. Jfr FiHD 1984 II 163 (tandläkare drar ut 4 tänder under patientens narkos fast de kunnat plomberas; då han ej visat godtagbar odontologisk grund, blev han skadeståndsskyldig). Se även UfR 1984. 1010 (presumtionsansvar, möjligen på liknande grund, för uppdragstagare som vid förflyttning av person i rullstol råkat skada denne).

[52] Jfr Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl. 1985, s. 49 ff, 62 f. – Se vidare nyligen om sådant ansvar Kleineman. Ren förmögenhetsskada (1987), särskilt kap. 8.

[53] A. prop. s. 92 f: jfr SOU 1979:36 s. 228 ff.

[54] A. prop. s. 93 f: jfr SOU 1979:36 s. 230 ff.

[55] Se Rodhe, Lärobok i obligationsrätt, 6 uppl. (1986) s. 234.

[56] SOU 1979:36 s. 402 f., a. prop. s. 109, 323 f.

fästa sig vid att i det fallet dröjsmålet avser en naturaprestation. På konsumentlagstiftningens område förekommer visserligen även andra rättsregler som mildrar påföljden vid ursäktliga betalningsdröjsmål från konsumentens sida (se särskilt 25 § 3 st. konsumentförsäkringslagen). Men troligen bör analogin på sin höjd gälla vid andra konsumentuppdrag.

Det sagda avser konsumenttjänstlagens regler om arbete på lös sak. När det gäller förvaring, kan man diskutera i vad mån lagen kan tillämpas analogt på förvaring av levande djur, något som faller utom dess område. Enligt propositionen förelåg här inte något behov av tvingande regler, men lagens bestämmelser borde, "så långt de passar", kunna tjäna till ledning som dispositiva regler i sådana fall.[57] I frågor som inte direkt rör vårdplikten torde bestämmelserna i allmänhet passa väl. Man kan däremot anta att de i vart fall inte kan användas när det gäller ansvar för skada på det omhändertagna djuret (om detta inte är av så stillsamt slag att det kan jämställas med ett föremål); regeln om presumtionsansvar i 32 § 1 st. ter sig då väl sträng.[58]

I detta sammanhang bör anmärkas ett motivuttalande till lagen med ganska långtgående innebörd. Även om inte näringsidkaren åtagit sig att hålla egendomen försäkrad, skulle konsumenten i regel ha befogad anledning att utgå från detta. En företagare utan sådant normalt skydd skulle därför, om han inte upplyst om avsaknaden av försäkring, bli ersättningsskyldig också för skador på grund av rena olyckshändelser som drabbade den försäkrade egendomen, i den mån de skulle ha ersatts av försäkringen. Detta skulle följa av hans vanliga omsorgsplikt i förening med allmänna avtalsrättsliga principer.[59] Ett så vittgående ansvar var emellertid knappast erkänt tidigare i svensk rätt.[60] Frågan blir om något liknande skall antas vid andra avtal där konsumentens egendom utsätts för risker. Försiktigtvis bör man nog inskränka sig till att tillämpa regeln bara när det finns en alldeles klar sedvana att ta försäkring på egendomen; annars har knappast konsumenten fog för att utgå från att försäkringsskydd finns.

Vad som nu sagts om olika tveksamma fall vid konsumenttjänster är bara tänkt som en illustration av problematiken. Liknande frågor kan komma upp vid annan konsumentlagstiftning. HD har som nämnt tillämpat principen i 10 § konsumentkreditlagen utanför paragrafens område, och även regler i konsumentköplagen bör kunna användas på samma sätt t ex vid småhusköp eller hyra av lösa saker. Det väsentliga bör framför allt vara dels hur pass särpräglad konsument-

[57] A. prop. s. 116.
[58] Jfr NJA 1983 s. 617 och Bengtsson, Särskilda avtalstyper s. 89 m. hänv.; se dock Hellner, Speciell avtalsrätt II s. 319 f, där ingen ansvarslindring antyds i det nu aktuella fallet.
[59] A. prop. s. 284 f. Till synes ingen motsvarighet i SOU 1979:36.)
[60] Jfr Bengtsson, a.a. s. 88, Hellner, a.a. s. 234.

regeln är i förhållande till allmänna grundsatser om samma situation, dels hur pass stora likheter som föreligger med de lagreglerade fallen.

Större försiktighet får man självfallet visa när sådana analogier inte är möjliga. I vart fall torde domstolarna ogärna vilja nyskapa regler som avviker klart från vad som hittills, eventuellt i enlighet med mera generella grundsatser, betraktats som gällande rätt. Ett exempel är avtal om pant och om borgen, båda artskilda från de avtalstyper som behandlats i konsumentlagstiftningen och väsentligen reglerade i HB:s ålderdomliga bestämmelser. Avtalen har stor betydelse också från konsumentsynpunkt, men sannolikt föredrar man att upprätthålla de enhetliga principer som banker och andra finansinstitut idag utgår ifrån framför att komplicera rättsläget genom att skapa särskilda regler för konsumentförhållanden eller att av hänsyn till konsumentskyddet avvika från hävdvunna grundsatser. (Jfr NJA 1987 s. 80, om tredjemanspant.) Ofta torde för övrigt de aktuella frågorna vara utförligt reglerade i avtalsformulären.

9.

Ett viktigt fält där ett vidgat konsumentskydd kan verka motiverat är enskildas mellanhavanden med staten, kommun, landsting och andra *offentliga rättssubjekt*, t ex när det gäller användningen av olika nyttigheter och utförande av olika tjänster; här är konsumenttjänstlagstiftningen inte tillämplig i förhållanden av offentligrättslig karaktär. Som exempel nämns sotning föreskriven i offentligrättslig ordning och sophämtning enligt renhållningslagen.[61] Många frågor kommer för övrigt inte alls under domstolarnas bedömning. Särskilt i vissa monopolsituationer kan emellertid den enskildes underläge vara ännu mera markerat än i egentliga konsumentrelationer. Man kunde tycka att det finns speciellt starka skäl att låta tankegångar bakom konsumentlagstiftningen slå igenom, även när förhållandet är så pass särpräglat att några analogier från lagstiftning om konsumentavtal inte ter sig speciellt närliggande. Någon konkurrens som skulle

[61] A. prop. s. 141, där det sägs att lagen inte är tillämplig på "arbeten m m som utförs som ett led i offentlig förvaltning under sådana förhållanden att det framstår som främmande att tala om att det föreligger ett privaträttsligt avtalsförhållande mellan näringsidkaren och konsumenten".

få det allmänna att ta större hänsyn till kontrahenter blir ju inte aktuell i detta läge.

Vid tillkomsten av 36 § avtalslagen ansågs denna paragraf kunna åberopas i den mån bestämmelser hade avtalskaraktär, men inte när de ingick i författningar utan att ha karaktär av avtal; avsikten var inte att ge domstolarna en särskild lagprövningsrätt.[62] Dessa uttalanden utesluter emellertid inte att man även i fall av myndighetsutövning använder sig av allmänna konsumentskyddsprinciper för att *fylla ut* författningsregler – alltså utan att bestämmelserna i något avseende åsidosätts. Att villkor eller författningstexter också i dessa fall bör tolkas med beaktande av skyddssynpunkter förefaller naturligt. Om detta helt stämmer med domstolarnas inställning är ovisst; vissa avgöranden bl a om lagstiftningen om allmänna vatten- och avloppsanläggningar talar närmast mot att de i allmänhet skulle anlägga ett sådant synsätt.[63] Sannolikt skulle detta också gå längre än vad man från lagstiftarens sida tänkte sig när konsumentlagarna tillkom. Men det hindrar inte att en viss skälighetskontroll över myndigheternas rättstillämpning här kan verka angelägen.

10.

Frågan blir slutligen om en sådan utveckling av konsumentskyddet som här diskuterats i fortsättningen bör ankomma på domstolarna eller om uppgiften är så pass ingripande att den borde vara lagstiftarens sak. Det kunde verka naturligt att avvakta en liknande lagstiftning som konsumenttjänstlagen också på andra områden. Att något sådant sker inom överskådlig tid verkar emellertid inte så troligt utom när det gäller vissa speciella avtal – närmast småhusköp och personförsäkring, där lagförslag nyss har lagts fram.[64] Just i dessa fall kan det vara naturligt att man i rättstillämpningen tills vidare visar en

[62] Prop. 1975/76:81 s. 113 f, 344, 371.

[63] Se NJA 1974 s. 590 (tolkningsfall), samt skadeståndsfallen NJA 1983 s. 209, där den allmänna regel som antagits gälla inte är konsumentvänlig, och NJA 1984 s. 721, där den enskildes underläge inte fått betydelse. Se även NJA 1974 s. 18 (taxa enligt byggnadslagstiftningen). Jfr dock de konsumentvänligare avgörandena NJA 1978 s. 596, RH 1982:69 och RH 1985:21 (va-lagen) samt – om renhållningslagen – NJA 1979 s. 360.

[64] SOU 1986:38, SOU 1986:56; se också SOU 1987:30 (fel i fastighet).

viss försiktighet: de radikala förändringarna bör, enligt en vanlig ståndpunkt i sådana situationer, göras av lagstiftaren.[65] Men i övrigt finns det inte anledning att tro att problemen så snart kommer att lösas genom lagstiftning, och då bör domstolarna kunna gå vidare på den antydda vägen.

Det är i alla händelser tydligt att den dispositiva skyddsprincip som här behandlats är svår att precisera. Den ter sig påfallande vag i jämförelse med sådana traditionella kontraktsrättsliga principer som alltjämt gäller åtminstone utanför konsumentförhållanden. Vid konflikter med dem kan det ofta vara tveksamt vilken lösning som skall föredras: vilka paralleller med lagbestämmelser om andra typer av konsumentavtal kan egentligen vara befogade? Det är skillnad mellan att jämka ett avtalsvillkor med stöd av 36 § avtalslagen i ett särskilt fall och att ställa upp en dispositiv regel med mera generell giltighet. Det nya synsättet i konsumenttvister har relativt hastigt slagit igenom och knappast ännu hunnit stadga sig – det är som sagt snarare ett särskilt sätt att resonera än en rättsprincip i vanlig mening. Inte minst med tanke på de bekymmer det kan ställa till för både domstolar och advokater vore det onekligen önskvärt (fast ingalunda lätt) att i prejudikaten på området klargjordes vad för allmänna grundsatser eller analogier avgörandet vilar på och hur långt den tillämpade regeln når. Och det är en viktig uppgift för doktrinen att försöka systematisera och analysera konsumentskyddsresonemangen på ett mera ingående sätt än jag här har kunnat göra.

[65] Jfr t ex NJA 1982 s. 380, NJA 1983 s. 118. Se härom Bengtsson i Lakimies 1984 s. 982 f.

OM CIVILRÄTTENS SPLITTRING

av Bertil Bengtsson

(1991)

1.

Obestridligen är inte civilrätten i samma relativt klara och genomtänkta skick som för 30–40 år sedan. Det gäller kanske främst obligationsrätten. Det rättsliga materialet har vuxit nära gränsen till oöverskådlighet. Tidigare dominerades rättsområdet av vissa centrala lagar, där allmänna principer ansågs uttryckta – köplagen, avtalslagen, skuldebrevslagen; de kunde ofta tillämpas analogt och fyllde bl.a. på detta vis en funktion som till stor del motsvarade den allmänna delen av de stora civilrättskodifikationerna på kontinenten. Dessutom förekom ett begränsat antal speciallagar om frågor av särskild praktisk betydelse. Nu finns det en nyanserad reglering av alla möjliga rättsförhållanden, ständigt under utveckling och omarbetning.

Samtidigt kvarstår många viktiga avtalstyper oreglerade, där man skulle behöva klara allmänna principer till ledning. Inte ens den mest ambitiöse lagstiftare kan hoppas på att täcka alla de skiftande avtalstyper som kommer i bruk. Den som idag söker allmänna rättsgrundsatser för att få vägledning i materialet finner en varierande samling regler med olika syften. En del stämmer med traditionella betraktelsesätt; en del har formats av önskemål att tillgodose vissa kategorier av parter, främst löntagare och konsumenter; en del verkar tillkomna mera slumpvis, när man funnit en behändig förebild i någon färsk lag. Det gör inte domaren eller advokaten så mycket klokare: vad skall man egentligen analogisera ifrån?

Prejudikaten har inte vuxit i antal på samma vis inom den centrala civilrättens område, men också detta material har blivit svårare att överblicka, delvis just därför att avgörandena till så stor del behandlar speciella problem. Den återkommande frågan blir hur pass allmänna slutsatser man bör dra av dessa rättsfall, respektive för HD:s del hur pass allmänna principer domstolen har skäl att ställa upp med utgångspunkt i en speciell tvist. HD har i sin rättsskapande verksamhet fått vara tacksam för de ganska få obligationsrättsliga tvister som förts upp till bedömning, även om de inte är renodlade på ett sätt som man kunde begära av ett bra prejudikat; just fallets särdrag måste ofta ge avgörandet en begränsad räckvidd.

Till detta kommer att den civilrättsliga doktrinen knappast har samma ställning idag som för något halvsekel sedan, då bl.a. Almén, Ekeberg och Karlgren andaktsfullt citerades i kontraktsrättsliga sammanhang. Det är klart att en framställning av en rättsvetenskapsman med särskild auktoritet alltjämt kan ha effekt på hans specialområde;[1] men den tid är nog förbi när mera allmänna doktrinuttalanden om rådande grundsatser kan få en genomslagskraft jämförlig med t.ex. motivuttalanden med sikte på den aktuella situationen.

Allt som allt har utvecklingen försvårat för domstolarna att hålla fast vid konsekventa principer i rättstillämpningen, och för alla praktiskt verksamma jurister att finna sig till rätta i materialet. Tidigare gick det bra att döma med hjälp av lagbok, Nytt juridiskt arkiv, intuition och sunt förnuft – i gamla tiders lantdomsagor hade man inte så mycket flera hjälpmedel än så. Men lagboken och arkivet blir allt villsammare, intuitionen hjälper långtifrån alltid att genomskåda tankegångarna bakom lagarna och prejudikaten, och även det sunda förnuftet sägs ibland vara helt otillräckligt för att klargöra syftet bakom sådana rättskällor.

Allt detta är välkända klagovisor, uppstämda av både teoretiker och praktiker, och behöver inte utvecklas vidare här; som så många andra sorgsna utgjutelser av detta slag bör de tas med en del nypor salt. Men man kan hålla med om att utvecklingen ger anledning till vissa farhågor. Mycket rörigare än så här bör inte regleringen bli, om man inte vill riskera allvarliga återverkningar inom rättslivet. Det kunde ge anledning till en viss självrannsakan för oss i årgångarna strax efter Kurt Grönfors, om vi arbetat med rättsvetenskap, lagstiftning eller domstolsverksamhet; när allt kommer omkring är det ju den första juridiska efterkrigsgenerationen som bär en stor del av ansvaret för läget.– I detta sammanhang kan jag förstås bara ta upp några speciella aspekter på frågorna.[1a]

En synpunkt som bl.a. jag själv alltför länge lät komma i skymundan bör då särskilt betonas: betydelsen av *konsekvens* och *systematik* i lagstiftning och rättstillämpning. Och jag ser då saken inte främst ur vetenskapligt perspektiv – systemteorier och liknande skall jag inte ge mig in på – utan ur praktisk synvinkel. Frågan verkar särskilt angelägen med tanke på den

[1] Ett närliggande exempel är Kurt Grönfors, bl.a. på transporträttens område.

[1a] När denna uppsats låg i korrektur utkom Hellners arbete *Lagstiftning inom förmögenhetsrätten*, där flera frågor som jag tar upp behandlas på långt mera djupgående sätt; jag har inte kunnat närmare beakta denna framställning.

väntade rättsutvecklingen både internationellt och inom landet; jag återkommer dit. Respekt för vissa allmänna grundsatser är ju väl förenlig med både en socialt inriktad civilrätt (om man önskar något sådant) och behovet av utveckling i takt med samhällsförhållandena.[2] Oavsett den allmänna inriktningen av en lagstiftning bör man se till att den går väl ihop med regelsystemet i övrigt.

Här behöver jag inte utveckla den vikt sådana övergripande principer bakom lagstiftningen har för *förutsebarheten* i juristernas bedömning – en ständigt betonad synpunkt från praktikerhåll, som får speciell aktualitet på de betydande områden av förmögenhetsrätten där särskild lagstiftning saknas. Att kraven på ett följdriktigt och överskådligt regelsystem vidare är angeläget ur *pedagogisk* synvinkel är självklart, och som jag ser saken är detta inget bagatellartat argument. För att en blivande jurist skall få ordning och styrsel på sin kunskap krävs självfallet en strukturering av materialet, som gör det någorlunda överskådligt och gripbart. Men dessutom behövs detsamma för den färdige juristen som, ofta under stark tidsbrist, försöker orientera sig på nya rättsområden – efterutbildning är ju numera en nödvändighet i de flesta juridiska yrken. Och inte minst framträder behovet i den prejudikatbildande verksamheten hos HD (och även hos hovrätterna, där ju en hel del principiellt viktiga tvister stannar idag). Det är orealistiskt att anta att domaren ens i en högre instans utan vidare kan få ett grepp om det mönster där ett avgörande skall passas in; det kan kräva åtskillig tid och möda, särskilt när nya konflikttyper förs inför domstolarna. Bristande konsekvens i rättstillämpningen straffar sig ju ofta: om man slår fast en princip på ett område, ett annat på ett relativt närliggande fält, kan det alltid befaras att mellanfall dyker upp som vållar svårigheter i tillämpningen eller där utformningen av en sådan fastslagen grundsats medför olyckliga konsekvenser. I fortsättningen ger jag ett och annat exempel på detta (5 nedan). –Till detta kommer att ett motsägelsefullt och tilltrasslat regelsystem kan ytterligare minska allmänhetens förståelse och förtroende för rättsordningen och ytterligare öka risken för missförstånd från massmedias sida; inte heller detta är olägenheter som man kan bortse ifrån.

Det är klart att när lagstiftaren, domaren eller den rättsvetenskaplige författaren funderar på de enskilda konfliktfallen, en nyanserad bedömning ofta framstår som välmotiverad. Alldeles särskilt torde detta gälla för många av oss som på 1950-talet gav sig in på civilrättens område, fulla av den glada tillförsikten att man kunde åstadkomma från alla synpunkter

[2] Se här framför allt Thomas Wilhelmssons arbete *Social civilrätt* (1987).

tillfredsställande lösningar med ett tillräckligt skarpsinnigt ändamålsresonemang med sikte på olika typsituationer. Vår generation kände sig, i motsats till de föregående, helt fri från de band som begreppsjuridiken lagt på civilrätten. Man kunde äntligen föra en realistisk diskussion om lämpliga lösningar, och man räknade med att med hjälp av litet samhällelig ingenjörskonst det var möjligt att avskaffa åtskilliga föråldrade, socialt olyckliga regler. Hänvisningar till rättssystematiska synpunkter framstod inte så sällan som en misstänkt formalistisk argumentation, som undanskymde rationella hänsyn och ledde till olämpliga resultat i just den typsituation som diskuterades. Och de allmänna civilrättsliga principer som tidigare spelat så stor roll tycktes vara en onödig och besvärande barlast som ofta utan större olägenheter kunde lämpas över bord.[3]

Alltjämt menar jag nog att den metod som vi hoppades så mycket på kan vara på sin plats i åtskillig rättsskipande verksamhet. Men om liknande tankegångar mera allmänt får prägla lagstiftningen och prejudikatsbildningen, blir det lätt en del mindre lyckliga biverkningar. Det är främst dessa som behandlas i fortsättningen.

2.

Från de synpunkter som här har antytts kunde naturligtvis den förkättrade begreppsjurisprudensen – det fulaste av alla fula ord som en ung jurist från 1940- och 1950-talen kände till – sägas ha sina fördelar. Lagstiftaren hade ett brukbart, fast långtifrån idealiskt arbetsredskap; den praktiske juristen kunde med någorlunda sannolikhet veta vad han hade att rätta sig efter – analyserades begreppen med tillräckligt skarpsinne kunde man hoppas på att förutse domstolarnas avgöranden. Och när begreppsexercisen så småningom började ses med allt större skepsis kunde åtminstone åtskilliga allmänna rättsgrundsatser som ställts upp med dess hjälp bli till stöd och tröst i oreglerade konfliktsituationer. Det var inte så svårt att lära in, förstå och tillämpa en civilrätt uppbyggd på detta vis.

Även då denna metod framstod som otillräcklig, när det gällde att komma till socialt och mänskligt tillfredsställande resultat i olika sammanhang, kunde man urskilja vissa huvudlinjer i regelsystemet. Den nyansering och uppmjukning av de civilrättsliga huvudprinciperna som skedde särskilt från 1960-talet och framåt hindrade inte att man kunde slå fast framför allt två välkända huvudtendenser: å ena sidan vad som ofta formu-

[3] Exempel på en sådan inställning förekommer bl.a. i mitt eget arbete *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott* (1967).

lerades som "omsättningens krav", uttryckt i sådana lagar som köplagen, å andra sidan konsumentskyddstanken och sociala synpunkter (eller hänsyn till billigheten i det enskilda fallet). Den strikta rättvisan hörde hemma i affärslivets förhållanden eller där över huvud taget företagens förpliktelser blev aktuella; för privatpersoners del kunde sociala hänsyn och skälighetssynpunkter lindra förpliktelserna och utvidga rättigheterna. Det gick någorlunda bra att skilja mellan situationer där den ena och den andra tendensen dominerade – främst mellan affärsmässiga avtal och konsumentförhållanden. På det viset kunde man trots allt hitta vissa huvudlinjer för praktikernas resonemang och för studenternas inlärning. Regelsystemet var mångskiftande och besvärligt att behärska, men för den centrala kontraktsrättens del kunde det alltjämt sägas vara någorlunda rationellt uppbyggt: man kunde med Thomas Wilhelmsson tala om en social civilrätt,[4] skild från den kommersiella, och den skillnaden var klarare utbildad i svensk lagstiftning och rättstillämpning än i finländsk.[5]

Emellertid har det visat sig svårt att hålla denna strikta linje i lagstiftningen. Det är välkänt att tekniken att lagstifta inom civilrätten i viss mån förändrades mot 1960-talets slut; bl.a. har man inte nöjt sig med att skilja mellan kommersiella och socialt betonade konfliktsituationer utan i långt högre grad nyanserat regelsystemet. Det är ju inte lätt att i lagtext ge uttryck för en sådan allsidig avvägning av ändamålssynpunkter som kan göras i en rättsvetenskaplig diskussion eller i allmänmotiveringen i ett kommittébetänkande. Ofta fick man nöja sig med att ge en mera allmänt hållen bestämmelse som ger utrymme åt sådana hänsyn. Domstolarna fick stora möjligheter att beakta förhållandena i det enskilda fallet. Man underströk att verkligheten var alltför skiftande för att fångas i preciserade regler, och den synpunkten vägde tyngre än parternas och domstolarnas önskemål om tydlig vägledning rörande rättsläget i olika tvister. För den som fostrats i tron på de nyanserade ändamålsresonemangens värde framstod detta som en fullt legitim tanke, oavsett den politiska inställningen i övrigt; just uttryck som "oskäligt", "otillbörligt", "synnerliga skäl" och "särskilda skäl" kunde ge anledning till långa utläggningar om alla faktorer som borde vägas in i olika sammanhang (något som inte minst författaren hängett sig åt med viss entusiasm). – I andra fall kunde resultatet bli en mängd regler med olika utformning i detalj, där varje nyans kunde vara välmotiverad i sig men variationerna var besvärliga att överblicka i varje fall för praktikern och för den blivande juristen.

[4] Se not 2.

[5] Jfr ang. rättstillämpningen Bengtsson i *Festskrift till Lars Welamson* s. 13 ff.

Till detta kommer vissa speciella komplikationer som mött den som deltagit i lagstiftningsarbetet under dessa decennier. Till en början kan nämnas *politiseringen* av civilrättsliga frågor – också sådana som traditionellt brukat lämnas åt jurister att fundera på. Den tid är avlägsen då expertkommittéer av lagberedningens typ i lugn och ro arbetade sig genom besvärligare delar av den juridiska materian, ostörda av massmedias intresse eller utspel från ambitiösa ministrar, och kunde inrikta sig på en konsekvent reglering av ett större rättsområde, byggd på vissa mera allmänna grundsatser. Både kommittéernas direktiv och deras tidsplaner har numera gjort det omöjligt att genomföra något sådant. Man får t ex uppdraget att snabbt göra en översyn av en viss lag med vissa bestämda mål i sikte, utan möjlighet att ta ett samlande grepp på ett större regelkomplex. Det är naturligt att exempelvis konsument- och miljöpolitiken krävt en annan arbetstakt och delvis också en annan lagteknik än den traditionella, men utvecklingen har också inneburit en större ryckighet och nyckfullhet i lagstiftningen. Frågor av begränsad vikt kan av en slump lyftas fram i diskussionen i riksdag eller i massmedia och göras till väsentliga politiska problem – inte sällan på grund av att rättsläget missförståtts. Det finns en risk att små delfrågor på detta sätt bryts ut och löses utan hänsyn till de konsekvenser de får på närliggande rättsområden.

Skadeståndsrätten har på senare år gett åtskilliga exempel på en sådan debattförvirring. Bl.a. kan nämnas fråga om jämkning av personskadeersättning för rattfyllerister, aktuell vid lagändringarna år 1975,[6] den omhuldade myten att inbrottstjuvar får ersättning om de halkar i villatrappan på väg ut från inbrottet[7] och de ibland helt vilseledande utläggningar som gjorts om statens skadeståndsansvar i indignationen över utgången i det s.k. Alvgardmålet (där en företagare som ruinerats sedan han felaktigt anhållits för skattebrott vägrades full ersättning, i brist på skadeståndsgrundande oaktsamhet hos myndigheterna).[8] Sådana inslag i diskussionen kan befaras leda till åtskilliga underligheter, om man vill reformera reglerna på området.

Ännu en splittrande faktor som bör påpekas är *uppdelningen av civilrätten på olika departement*. Idag kan väsentliga frågor hamna också utanför justitiedepartementets område – fastighetsfrågor t.ex. i bostads-, jordbruks- eller miljö- och energidepartementen. Den redan tilltrasslade lagstiftningen rörande ett sådant centralt kontraktsrättsligt område som hyra handhas ex-

[6] Se LU 1975/76:3 s. 24 ff, 38 ff.
[7] Jfr bl.a. LU 1988/89:25.
[8] Jfr Ds 1989:12 s. 14. Kommentarerna förekommer mestadels i dagspressen; se dock även en rad riksdagsmotioner (t ex Mot. 1988/89 L 601, 607, 611;K 222, 236; Ju 804) där både regelsystem och utveckling i praxis beskrivs på missvisande sätt.

empelvis numera inom bostadsdepartementet, vilket knappast främjar reda i systemet. Där planeras också lagstiftning, t.o.m. av tvingande natur, om en så principiellt och ekonomiskt väsentlig kontraktstyp som entreprenadavtal bl.a. mellan näringsidkare.[9] Och det är troligt att exempelvis justitie- och jordbruksdepartementen har skilda meningar om en sådan aktuell fråga som samernas civilrättsliga ställning.[10] – Delvis beror väl eventuella olikheter i inställningen på den traditionella intresseinriktningen i olika departement, men till detta torde komma de växlande ambitionerna att profilera sig och visa handlingskraft genom nya grepp på uppmärksammade frågor. Allt som allt medför uppdelningen att politiska hänsyn gärna får ett företräde framför en så utpräglad juridisk synpunkt som systematik och enhetlighet i regelsystemet.

I nära sammanhang med detta står det välbekanta förhållandet, att en lagreform till förmån för stora grupper – konsumenter, löntagare, skadelidande privatpersoner – ofta framstår som nära nog definitiv. En regering med självbevarelsedrift lär i regel, oavsett partifärg, inte vilja föreslå någon lagstiftning som märkbart försämrar deras ställning.[11] Och ger juristerna ett uppslag till en förmånlig lösning av en delfråga kan det få stora återverkningar: räcker man en stor intressegrupp ett lillfinger tar den med glädje hela handen. Också på detta sätt kan det uppkomma ojämnheter i lagstiftningen som är nästan omöjliga att rätta till.

Ett exempel, också från skadeståndsrätten, är den nuvarande bestämmelsen om att skadestånd vid personskada bara kan jämkas vid grovt medvållande (6:1 1 st. SkL) – en regel som helt skiljer sig vad som gäller i jämförliga rättssystem. Skadeståndskommittén föreslog den som en huvudregel med vissa inte oväsentliga undantag, men LO ansåg (i stort sett ensam av remissinstanserna) att undantagen skulle slopas; så skedde också.[12] – Ett i viss mån jämförligt fall är regeln i 3 § 3 st. miljöskadelagen om lindring av beviskravet för orsakssamband: miljöskadeutredningen ville att en sådan speciell bestämmelse skulle gälla bara för svårutredda skadeförlopp av typen miljöförgiftningar och liknande, men enligt den slutliga lydelsen tillämpas den på skador genom immissioner och vattenföroreningar över huvud taget oavsett skadeförloppets art. Att nu begränsa regeln till områden där den passar lär knappast vara möjligt; tvärtom får man räkna med att den kan utvidgas till andra områden, där lagstiftaren vill framstå som generös.[13]

[9] Jfr Ds 1990:14 (där förf., det får erkännas, medverkat rörande vissa närmast lagtekniska frågor).

[10] Jordbruksdepartementets ståndpunkt framgår av prop. 1990/91:3 och 4.

[11] Här bortses från planerna på begränsning av strejkrätten m.m. våren 1990 (där självbevarelsedriften inte var särskilt markerad).

[12] Jfr prop. 1975:12 s. 89 f, 133.

[13] Jfr härom Bengtsson i *Festskrift till Sveriges advokatsamfund* (1987) s. 89 ff. Ännu ett exempel ger konsumenternas ställning enligt konsumentförsäkringslagen; vare sig reglerna är lämpliga →

Det är emellertid inte bara sådana icke juridiska faktorer som försvårat en konsekvent reglering av förmögenhetsrätten, och då särskilt kontraktsrätten. Också andra, tyngre vägande skäl har komplicerat bilden. Det har så småningom blivit klart att de affärsmässiga mellanhavandena är långtifrån enhetliga: de rättspolitiska synpunkterna blir andra vid transaktioner mellan storföretag än när ena parten är en småföretagare (även om denne kan få visst stöd av sin organisation).[14] På motsvarande sätt kan ett företags mellanhavanden med privatpersoner inte bedömas efter helt samma riktlinjer när dess verksamhet har haft mindre omfattning. Lagstiftaren har fått anledning att fråga, om det inte finns goda skäl att skilja mellan olika företagarkategorier.[15] Speciella hänsyn framträder vidare i privatpersoners mellanhavanden, som ju kan röra så betydelsefulla avtal som fastighetsköp och bostadshyra. Och när det allmänna – stat eller kommun – är part i rättsförhållandet, är lagstiftaren inte lika benägen att anlägga konsumentskyddssynpunkter; ståndpunkten har gamla traditioner bl.a. i de statliga affärsverkens förhållande till sina kunder.[16] Offentligrättsliga hänsyn framträder naturligtvis särskilt tydligt i civilrättens periferi, t.ex. inom den speciella fastighetsrätten; men också på de centrala kontraktsrättsliga områdena förekommer sådana inslag (se bl a nyligen betydelsen av bostadsfinansieringsförordningen för ansvaret enligt nya 4:19d jordabalken och 3 § konsumenttjänstlagen). Över huvud taget anses konsumentskyddet inte sällan kräva inte bara tvingande regler utan också allehanda ingrepp av olika förvaltningsmyndigheter i kontrakträttsliga förhållanden.[16a] – Inom skadeståndsrätten och närliggande områden har på senare år lagstiftaren tagit fasta på en annan motsättning, som visserligen kan motiveras av sociala hänsyn men kan gå tvärs emot den traditionella uppfattningen: man skiljer mellan personskada och övriga skadetyper, även sakskada – något som bl.a. kan väntas prägla ett så viktigt skadeståndsområde som produktansvaret.[17] – Till dessa komplikationer får läggas att olika särskilda av-

eller ej, har varje ändring till deras nackdel tett sig orealistisk vid en översyn av försäkringslagstiftningen (jfr SOU 1989:88 s. 118f).

[14] Problemet har fått aktualitet bl.a. i försäkringsrättskommitténs arbete. Jfr SOU 1989:88 s. 121 ff.

[15] Jfr 4 nedan om jämkning av skadestånd enligt konsumenttjänst- och konsumentköplagarna. Också i rättspraxis skymtar samma tendens (jfr t.ex. NJA 1989 s. 346, där väl utgången knappast blivit densamma med ett storföretag som försäkringstagare).

[16] Förhållandet till offentligrättsliga hänsyn kan över huvud taget medföra problem, jfr NJA 1988 s. 503.

[16a] Jfr härom Hellner, a.a. s. 66, 195.

[17] Se Ds 1989:79. – Distinktionen förekommer, utom i 6:1 SkL, bl.a. i trafikskadelagen, som ju står på gränsen till skadeståndsrätten, och brottsskadelagen.

talstyper har påkallat en speciell reglering eller en speciell rättstillämpning; ett färskt exempel är aktiekontolagen, där beroendet av datatekniken motiverat vissa avsteg från tidigare principer (jfr nedan).

3.

Frågan om de allmänna rättsgrundsatsernas roll inom kontraktsrätten har kommit upp i flera olika lagstiftningsärenden under det senaste decenniet.

När förslaget till ny köplag lades fram år 1989, var man till synes väl medveten om de systematiska problem det innebar att rubba den grundval för det civilrättsliga regelsystemet som 1905 års köplag utgjorde. I propositionen framhölls redan inledningsvis att den lagen i stor utsträckning kommit att ge ledning vid avgörande av allmänna kontraktsrättsliga frågor som inte var särskilt reglerade i annan lag och därför genom analogier fått betydelse långt utanför sitt egentliga tillämpningsområde. Det kunde dock inte gärna komma i fråga att direkt utforma en köplag så att det skulle fungera som en allmän civillag, om också det fanns anledning att på många punkter anlägga ett brett civilrättsligt perspektiv; det blev en sak för rättstillämpningen att ta ställning till frågan om den nya lagen skulle få samma funktion.[18] Lagrådet påpekade i anledning härav att redan gällande köplags roll som källa för sådana analogier var väsentligen minskad till följd av rättsutvecklingen inom konsumenträtten, och att detsamma kunde förutses för den nya lagens del.[19]

Mot denna bakgrund kunde det ha varit närliggande att i förarbetena till den kort därefter föreslagna konsumentköplagen ta upp den principiella frågan om dess betydelse för andra konsumentavtal; detta skedde dock inte.[20] Ganska belysande för den tveksamhet som råder är behandlingen i olika lagstiftningsärenden av sådana allmänna kontraktsrättsliga frågor som hävning och skadestånd, vilka kommer upp i avtalsförhållanden av alla slag. I konsumentköplagen har man ibland medvetet tagit avstånd från allmänna principer som ansetts gälla på grundval av 1905 års köplag och fasthållits i den nya köplagen. Ett exempel är ståndpunkten till köparens hävningsrätt på grund av kontraktsbrott. Enligt traditionella principer fordras här att kontraktsbrottet varit väsentligt för den hävande.[21] Den nya köplagen krävde

[18] Prop. 1988/89:76 s. 23 f.

[19] Prop. 1988/89:76 s. 222.

[20] En tänkbar orsak är att de mera praktiska typerna av konsumentavtal i ganska stor utsträckning är reglerad av en modern lagstiftning – konsumenttjänstlagen, konsumentkreditlagen, konsumentförsäkringslagen – och att dessutom 36 § avtalslagen kan skydda konsumenten på områden som faller utanför denna utförligare reglering. I motiven till konsumenttjänstlagen hade också analogiseringsfrågan berörts, fast bara med sikte på vissa andra uppdragsavtal än dem som direkt föll under lagen. Se SOU 1979:36 s. 121, jfr s. 109; frågan berörs mera flyktigt i prop. 1984/85:110 s. 142. Jfr även Bengtsson i *Festskrift till Lars Welamson* s. 36 ff.

[21] Denna allmänna princip vid både affärsmässiga avtal och konsumentavtal sades av någon anledning vara förestavad av hänsyn till näringsidkaren; se prop. 1989/90:89 s. 38.

dessutom, också i överensstämmelse med den sedvanliga inställningen, att väsentligheten varit synbar för motsidan (25 och 39 §§). I konsumentköplagen tog man bort detta synbarhetskrav (13 och 29 §§), främst på grund av ett något diskutabelt resonemang om säljarens möjlighet att höra efter hur pass väsentligt ett kontraktsbrott kunde vara för motparten.[22] Olikheten väckte invändningar från systematisk synpunkt i riksdagen,[23] men som framgått är en skillnad naturlig i varje fall från de synpunkter som här har anlagts; man har beaktat konsumentavtalets särdrag. Däremot kan det diskuteras om resonemanget allmänt sett är hållbart vid olika konsumentavtal – redan när det gäller fel i sålt gods är det säreget om säljaren skall på förhand undersöka betydelsen av eventuella kontraktsbrott, och vid exempelvis hyra av lös egendom och åtskilliga typer av uppdrag kan principen leda till en väl långtgående hävningsrätt.

Vid fastighetsköp har man däremot ansett sig böra särskilt motivera ett väsentlighetskrav för att köparen skall få häva avtalet på grund av fel – något som annars borde vara självklart vid ett så ingripande och ekonomiskt viktigt avtal.[24] Här talas endast om kontraktsbrott "av väsentlig betydelse", utan att man betonar att väsentlighetsfrågan skall ses från köparens sida (4:12 JB).

I andra fall har lagstiftaren ansett en ny regel i den affärsmässigt präglade köplagen böra införas också i konsumentköplagen och ibland även i konsumenttjänstlagen. För skadeståndets del gäller detta särskilt det mångdiskuterade *kontrollansvaret* – en regeltyp på modet, som dyker upp i lagstiftningsdiskussionen på många områden. Säljaren svarar för fel och dröjsmål om han inte visar att kontraktsbrottet beror på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit och övervunnit; på motsvarande sätt svarar han för medhjälpare och leverantörer. (Se 27 och 40 §§ köplagen, 14 och 30 §§ konsumentköplagen.) Samma regel togs år 1990 in i konsumenttjänstlagen (31 §).[25] Det är en konsekvent inställning, men det kan invändas att den bortser från en inte oviktig skillnad mellan uppdrag och köp; vid uppdragsförhållanden föreligger främst vad man kallat en förpliktelse till omsorg[26] – uppdraget skall enligt 4 § utföras fackmässigt och även eljest med tillbörlig omsorg – och ett strikt ansvar för olyckliga tillfälligheter som föranleder avsteg från denna norm är inte riktigt detsamma som ett sådant ansvar för dröjsmål och fel vid köp.

Mera bekymmersamt är emellertid om lagstiftaren fortsätter att använda denna ansvarstyp beträffande alla möjliga andra områden. Vid 1990 års lagstiftning om småhusförvärv har kontrollansvaret inte ansetts befogat vid fel i såld fastighet, varvid anförts att det typiska fastighetsköpet skedde mellan privatpersoner och

[22] Prop. 1989/90:89 s. 35, 81; 1989/90:LU35 s. 21 f.
[23] 1989/90:LU35 s. 21, 50 f.
[24] Prop. 1989/90:77 s. 49 f. Kanske är poängen att väsentlighetskravet nu skall gälla även vid svek; man kan fråga hur regeln förhåller sig till 30 § avtalslagen.
[25] Se härom prop. 1989/90:89 s. 40, 55 f, 1989/90:LU35 s. 24.
[26] Se särskilt Rodhe, *Obligationsrätt* bl.a. s. 20 f.

avsåg en "begagnad fastighet"; ansvaret skulle därför vara för strängt[27] (detta trots att lagstiftningen tillkommit särskilt med tanke på näringsidkares försäljning av småhus). I stället har man som redan antytts infört en specialregel för konsumentavtalens del, som hänvisar till villkoren för statlig bostadsfinansiering (4:19d JB). Inte heller i den mindre praktiska frågan om fastighetssäljarens dröjsmål har kontrollansvar införts (jfr 4:13–15 JB). Man kan i alla händelser hålla med om att försäljningsobjektet motiverar avsteg från ansvaret vid köp av lös egendom, om också tekniken kan diskuteras. – Däremot har kontrollansvaret ansetts befogat beträffande datafel i aktiekontolagen; här är det fråga om en verksamhet som är särskilt känslig för utifrån kommande störningar som avbrott i eltillförseln och sabotage, och såtillvida kan regleringen verka närliggande.[28] Frågan blir emellertid om analogier är motiverade beträffande andra avtalstyper; i vart fall torde detta inte vara fallet där det inte ens går att hänvisa till en fackmässig norm på samma sätt som för konsumenttjänsternas del, eller där vissa felbedömningar får anses försvarliga. Skulle t.ex. advokater eller konsulter svara mot konsumenter enligt kontrollansvarsregler, innebär det en markerad ansvarsskärpning – ännu mer om man skulle analogisera också vid affärsmässiga avtal. I två lagar om immateriella uppdrag från senare år – fastighetsmäklarlagen av 1984 och försäkringsmäklarlagen av 1989 – har lagstiftaren på goda grunder föreskrivit ett vanligt culpaansvar även i förhållande till konsumenter, utan att någon tvekan framträtt. (Se 14 resp. 13 §§.)

Vad angår dröjsmål på *köparens* sida, har lagstiftaren också haft svårt att hålla en konsekvent linje i fråga om skadeståndet. Den traditionella inställningen beträffande betalningsdröjsmål framgår av 57 § i den nya köplagen: säljaren har rätt till ersättning för skada om inte köparen visar att dröjsmålet beror på vissa force majeureliknande förhållanden (lag, avbrott i den allmänna samfärdseln eller betalningsförmedlingen eller annat liknande hinder som köparen inte skäligen kunde förväntas ha räknat med vid köpet och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit). Det är alltså fråga om ett något strängare ansvar än kontrollansvaret. Samma undantag från ansvaret har införts i konsumentköplagens motsvarande regel, fast det här bara är fråga om en begränsad skadeståndsskyldighet efter en viss skälighetsbedömning (41 §).[29] Men dessa regler står i strid med 45 § konsumenttjänstlagen, där konsumenten som inte betalar i tid för tjänsten har ett vanligt presumtionsansvar: han svarar fullt ut för näringsidkarens kostnader och andra förluster, om han inte visar att dröjsmålet ej beror på försummelse från hans sida. Regeln har från början motiverats med en parallell till näringsidkarens dåvarande presumtionsansvar för dröjsmål,[30] och den ändrades inte när detta ansvar – samtidigt med den nya konsumentköplagens tillkomst – gick över till ett kontrollansvar. Vid fastighetsköp behölls regeln att köparen utan vidare skall ersätta

[27] Prop. 1989/90:77 s. 52.
[28] Jfr härom prop. 1989/90:152 s. 79 ff, 1989/90:LU5 s. 14 f.
[29] Jfr härom prop. 1989/90:89 s. 154 f.
[30] Prop. 1984/85:110 s. 109. – Lagrådet framhöll en rad andra punkter där de två lagarna skiljer sig åt (prop. 1989/90:89 s. 184).

säljaren dennes skada om köpet hävs enligt förbehåll i köpehandlingen (4:25 JB), utan att en ändring alls diskuterades – och ändå gick reformen ut på att förbättra småhusköparens situation.[31] Även om den praktiska skillnaden mellan ansvarsreglerna inte är så stor, förefaller det onekligen som om lagstiftaren inte varit särskilt intresserad av de allmänna principerna om en kontrahents skadeståndsskyldighet för betalningsdröjsmål.

Det förut berörda problemet om särregler till förmån för småföretagare har fått aktualitet när det gäller *jämkning* av näringsidkares skadeståndsansvar. Den inställning som ligger bakom flera av SkL:s regler är att en företagare skall ha sin försäkring i ordning; det skulle normalt inte finnas något skäl att skydda honom mot ett långtgående skadeståndsansvar. Denna synpunkt har framträtt bl.a. vid tillämpning av den allmänna bestämmelsen om jämkning av oskäligt betungande skadestånd i 6:2 SkL. Man har varit enig om att den regeln skall användas huvudsakligen utanför kontraktsförhållanden och i normala fall inte vid brott mot centrala förpliktelser enligt avtalet; väsentligen blir det fråga om krav mot privatpersoner eller möjligen ruinerande skadeståndsanspråk mot företagare. Jämkning kan inte komma i fråga där ansvarsförsäkring täcker skadan eller borde ha tecknats.[32]

Från dessa huvudlinjer har man emellertid gjort vissa avvikelser under senaste decenniet. I 14 § 1984 års fastighetsmäklarlag infördes en möjlighet att jämka mäklarens ansvar efter skälighet trots att denne skulle ha obligatorisk försäkring; medvållande nämns som exempel, men jämkning på den grunden hade ändå varit möjlig enligt allmänna principer.[33] Denna jämkningsmöjlighet är svårförenlig med tankegångarna bakom SkL:s regel. Motsvarande regel togs, lyckligtvis får man säga, inte in i försäkringsmäklarlagen, trots att den fanns med i det kommittéförslag som låg bakom.[34] Här skiljer sig alltså två i övrigt ganska likartade mäklarlagar från varandra. I 34 § konsumenttjänstlagen har man däremot, också med avsteg från tidigare grundsatser, infört en jämkningsregel för företagare gentemot konsumenter även vid brott mot centrala avtalsförpliktelser – just det fall där man enligt SkL inte borde jämka. Motiven anger på flera ställen att en sträng bedömning kunde ske mot den skadelidande konsumenten.[35] Ett skäl kan vara att företagaren har svårt att få försäkringsskydd beträffande vissa av de aktuella skadorna; ofta torde ren förmögenhetsskada bli aktuell. Men det hindrar inte att regeln är svårförenlig med inställningen bakom 6:2 SkL, som ändå tillkom så sent som 1975. – Utvecklingen har sedan fullföljts genom konsumentköplagens motsvarande jämkningsregel i 34 §, som tydligen skulle samordnas med konsumenttjänstlagens bestämmelse, och 70 § 2 st. köplagen (som närmast rör svårförutsebar skada).[36]

Tydligen är det numera möjligt att jämka företagares ansvar i både affärs- och konsumentförhållanden, och detta också vid brott mot centrala avtalsförpliktelser;

[31] Jfr om denna i vissa avseenden stränga regel Bengtsson i *SvJT* 1972 s. 666.
[32] Jfr prop. 1975:12 s. 138, 176, 178 och Bengtsson, *Om jämkning av skadestånd* s. 285 ff.
[33] Jfr NJA II 1984 s. 32, 35 SkL.
[34] Se 13 § i lagförslaget SOU 1986:55 s. 11; jfr 14 § i försäkringsmäklarlagen.
[35] Prop. 1984/85:110 s. 83 f, 34 ff.
[36] Prop. 1989/90:89 s. 43; prop. 1988/89:76 s. 206 f.

när inte den särskilda regeln i 70 § 2 st. köplagen är tillämplig, skulle jämkningen kunna grundas på 6:2 SkL. Det innebär i så fall ett helt förändrat läge i jämkningsfrågan. Onekligen har omsvängningen i lagstiftarens inställning lett till en betydande oklarhet, särskilt när det gäller möjligheten att använda den allmänna jämkningsregeln i andra kontraktsförhållanden än de nu berörda.

Dessa exempel från kontraktsrättens centrala områden på en något nyckfull lagstiftning kan illustrera vilka problem som uppkommer när man låter speciella överväganden för vissa situationer ta över hänsyn till konsekvensen i lagstiftningen. Samtidigt som lagstiftaren utgått från en skillnad mellan affärsmässiga avtal och konsumentavtal synes det inte ha funnits några ambitioner att mera följdriktigt genomföra denna linje. Inte minst av tidsskäl kan det ha tett sig enklare att bedöma varje enskild lag för sig än att överväga hur en bestämmelse går in i rättssystemet. – Olägenheterna bör väl inte överdrivas; flertalet av de omtalade reglerna verkar i och för sig välmotiverade eller åtminstone försvarliga, i en del fall är det bara fråga om smärre ojämnheter i lagstiftningen, och oklarheten i rättsläget vid oreglerade avtalstyper kan delvis övervinnas genom standardavtal eller särskilt utformade kontrakt. Men i många sådana avtalsförhållanden, även mellan företagare, är en detaljreglering i ett kontrakt föga praktisk, och då kan oklarheten bli ett problem.

4.

Hittills har jag uppehållit mig vid splittringen i *lagstiftningen*. Men det får erkännas, att börjar man leta efter sådana tendenser hittar man dem också i den *prejudikatsbildande* verksamheten (där inte heller jag själv är utan skuld). Delvis är det en naturlig följd av att HD har ett annat utgångsläge än lagstiftaren: man tar liksom andra domstolar ställning till konkreta fall, inte abstrakta problem. En viss ändring kan åstadkommas genom 1989 års nya regler om rättsbildningen i HD, men man kan undra hur stor praktisk betydelse denna lagstiftning kan få. – Den självklara ambitionen är visserligen att vägleda rättstillämpningen; men det är naturligt att just de förhållanden som förekommer i målet blir särskilt uppmärksammade och har särskilt lätt att inverka på bedömningen – ofta de mer eller mindre rimliga konsekvenser en viss princip kan få i fall liknande det aktuella. Det är

betydligt besvärligare att vid denna prövning få en säker uppfattning om de återverkningar ett avgörande kan ha i andra delar av rättsområdet, även om man naturligtvis försöker anlägga också sådana aspekter.

Till detta kommer att benägenheten att leda in rättsutvecklingen på nya vägar växlar också bland ledamöterna; som jag utvecklat i andra sammanhang[37] kan den större eller mindre villigheten att producera ledande prejudikat ibland förklaras av de dömande ledamöternas bakgrund och sakkunskap på rättsområdet. Särskilt en avdelning som försöker göra principiella uttalanden om frågor som ingen av dess ledamöter tidigare har närmare sysslat med riskerar lätt att säga för mycket.

Slutligen är det svårfrånkomligt att en så stor domstol innehåller ledamöter med olika inställning till kontroversiella principfrågor. Går man igenom vägledande avgöranden från tidigare år, särskilt där meningarna varit delade, finns det inte så sällan anledning att ställa frågan: hur skulle utgången, eller åtminstone domskälen, ha blivit, om justitieråden X eller Y med sin kända hållning till det aktuella problemet hade varit med om avgörandet? – I dagens högsta domstol finns dock knappast lika markerade domarprofiler som exempelvis Hjalmar Karlgren, Gösta Walin eller Erland Conradi, och det är väl något osäkert i vad mån majoritetens ståndpunkt i en principfråga kan präglas av avdelningens sammansättning.[38]

Vad som än orsaken kan ha varit, kan man konstatera att inte heller prejudikatbildningen på senare år är alldeles konsekvent.

Ett exempel ger just rättstillämpningen på konsumentområdet. Som nämnt har HD visat en ökad tendens att tillvarata konsumentens intresse också i sammanhang där en sådan ståndpunkt saknar stöd av lag.[39] Under de allra senaste åren har man bl.a. funnit att den korta preskriptionen av konsumentfordringar gäller även i offentligrättsligt sammanhang (NJA 1988 s. 503) och att de klassiska principerna om condictio indebiti också bör påverkas av konsumenthänsyn (NJA 1989 s. 224). I en ganska närliggande situation, när det gällt inverkan av bestämmelser i avbetalningskontrakt om verkan av betalning till den ursprungliga kontrahenten, har HD också visat en markant välvilja mot konsumenten[40] – tills man i rättsfallet NJA 1989 s. 671 upptäckte hur svårförenlig denna ståndpunkt var med skuldebrevslagens regler. Om denuntiationen medförde sakrättsligt skydd för kontraktsfordringens förvärvare, var det inte lätt att samtidigt anse att den denuntierade gäldenärens betalning till överlåtaren hade befriande verkan på den grund att man inte kunde begära att

[37] Se bl.a. TfR 1989 s. 694 f.

[38] Så mycket kan nog sägas, att det alltjämt händer att en och annan ledamot vid läsningen av ett principavgörande med skiljaktiga meningar suckar: om ändå jag varit med!

[39] Se närmare Bengtsson i *Festskrift till Lars Welamson* s. 13 ff.

[40] Se särskilt NJA 1986 s. 44.

han förstod denuntiationen. HD tog alltså ett halvt steg tillbaka, vilket knappast varit ägnat att klargöra rättsläget.

På ett annat konsumentområde har däremot HD haft en annan inställning utan att några systematiska hänsyn kunnat åberopas. I en situation där verkligen viktiga sociala hänsyn står på spel – när det gäller förverkande av hyresrätt till bostäder – är det inte mycket kvar av förståelsen för den svagare parten; även tämligen obetydliga kontraktsbrott, särskilt hyresdröjsmål, har ansetts ha sådan betydelse att de lett till avhysning. (Se senast NJA 1989 s. 74, NJA 1990 s. 412.) Denna stränga linje är visserligen ingen nyhet i domstolens praxis, men inte desto mindre är kontrasten påfallande mot de tankegångar som dominerar inte bara i domstolens syn på andra avtalstyper utan också i hyreslagstiftningens besittningsskyddsregler.[41]

När det gäller näringsidkares mellanhavanden har lagstiftaren som nämnt visat återhållsamhet i att ingripa: avtalsfrihet är huvudregeln. Vid tillämpning av 36 § avtalslagen har också rättspraxis i allmänhet varit restriktiv i dessa förhållanden.[42] Denna linje har HD emellertid avvikit från i det omdiskuterade avgörandet NJA 1989 s. 346, angående ett villkor i företagsförsäkring; ändå har villkoret varit sakligt befogat och på inget sätt inneburit att försäkringsbolaget missbrukat sin ställning.[43] Resultatet kan visserligen verka tilltalande i det enskilda fallet, och HD synes ha ansträngt sig att knyta utgången till de ganska speciella förhållandena i målet, men effekten kan bli större än man avsett: avtalskontrahenter och domstolar kan lätt anse fältet fritt för allehanda avsteg från klara och i och för sig välmotiverade kontraktsvillkor inte bara på försäkringsområdet.

En viss ryckighet kan konstateras också på ett så viktigt område som i fråga om skadestånd för produktskada. Efter att successivt ha skärpt skadeståndskyldigheten till nära gränsen för det strikta ansvaret (se särskilt NJA 1977 s. 538) greps domstolen av betänkligheter med tanke på att lagstiftning på området kunde väntas; strikt ansvar för sakskada ansågs inte kunna åläggas (låt vara att det gällde skadestånd till annan än konsument; se NJA 1982 s. 380, NJA 1983 s. 118). Men när så lagstiftaren äntligen var på väg att ta ställning till frågan, tappade HD tålamodet och ålade en kommun ett ansvar oberoende av vållande för personskada – i arbetsförhållanden, och för ett missöde vid matlagning – och härvid talade man om ett strikt ansvar för både tillverkare och leverantörer. Ståndpunkten verkar välmotiverad i och för sig, särskilt med tanke på att det gällde skada orsakad av livsmedel; men onekligen kan de olika turerna vålla huvudbry för den som försökt orientera sig i det aktuella rättsläget.[44]

[41] Tendensen har, utan något som helst resultat, kritiserats av mig i det i not 3 nämnda arbetet.
[42] Se t.ex. NJA 1984 s. 229, just om försäkringsavtal (dock ang. skiljeklausul; se härom å andra sidan NJA 1979 s. 666). Jfr om frågan vidare Grönfors, *Avtalslagen* bl.a. s. 186 ff.
[43] Jfr om rättsfallet Kleineman i *Juridisk tidskrift* 1989/90:1 s. 103 ff.
[44] Utvecklingen har något närmare behandlats av förf. i *Lectures on products liability* (Helsingfors 1990) s. 1 ff.

Dessa ojämnheter i rättstillämpningen är knappast något större problem ur det perspektiv som här anlagts. Det principiella värdet av ett konsekvent regelsystem lär stå klart för ledamöterna, även om argumentet får vägas mot önskemålet av en tillfredsställande lösning av den speciella konflikten i målet. Botemedlet mot en splittring i förhållande till lagstiftning och tidigare praxis är väl närmast att man tar sig tid att försöka överblicka rättsläget i stort innan man slår fast en ny princip; också mera avlägsna återverkningar får beaktas. Klokast är nog att inte falla för frestelsen att skriva in sig i rättshistorien, när man inte säkert kan säga att utvecklingen är mogen för detta steg. Många gånger kan den traditionella försiktighetsåtgärden att hänvisa till vissa konkreta omständigheter i det speciella målet te sig välmotiverad på längre sikt, även om den kan kräva en viss självövervinnelse hos mera handlingskraftiga ledamöter. – När HD enligt de nya reglerna om prövningstillstånd tar upp en mera abstrakt civilrättslig fråga till prövning (se 54:12 RB), är det svårare att använda denna metod; inte minst i detta läge finns det skäl att lägga ned tid och möda på att analysera hur tvistefrågan ter sig i större sammanhang.

5.

Hotet om ytterligare splittring i *lagstiftningen* är nog inte lika lätt att göra något åt. Vill regeringen visa initiativkraft, inte minst inför ett kommande val, lär systematiska överväganden och undersökningar av de mera principiella konsekvenserna av en lagstiftning te sig som irriterande hinder för en målmedveten politik. Att peka på möjligheten att lagrådet tar till vara sådana synpunkter är ofta orealistiskt med tanke på den arbetstakt man brukar kräva av denna instans; på sin höjd ett par veckors arbete, även med vidlyftiga och komplicerade lagförslag, räcker vanligen inte för att dels skaffa sig överblick över den allmänna problematiken, dels formulera en hållbar alternativ lösning som bättre går in i systemet, dels utveckla argument som övertygar ett otåligt departement om alternativets förträfflighet. Och när ett förslag väl lagts fram i riksdagen, lär hänvisningar till rättsliga traditioner, systematiska konsekvenser, allmänna rättsgrundsatser eller liknande mera juridiskt betonade hänsyn i regel vara dömda att misslyckas.

Idag kan splittringen väl knappast ses som något mera allvarligt missförhållande. Faran för en oklar och motsägande civilrättslig reglering kan emellertid snart bli akut, och av flera skäl. Till en början kan framhållas den väntade integrationen med EG:s system; i fråga om såväl kapitalrörelser och tjänster som konsumentskydd förekommer direktiv och direktivför-

slag som kan få direkt betydelse på det centrala kontraktsrättsliga området. Även i övrigt kan en samordning tänkas bli aktuell, fast den inte är direkt framtvingad. – Vidare får man vid en planering av lagstiftningen också räkna med ändrade majoritetsförhållanden i riksdagen. En uppmjukning av partiblocken, där olika kombinationer är möjliga, måste inverka också på möjligheten att hålla konsekventa rättspolitiska linjer. Sannolikheten ökar för kompromisser, som luckrar upp tidigare principer, och plötsliga utspel för att fånga upp en väljaropinion. Men det kan också tänkas att ett regeringsskifte förr eller senare medför en klar omläggning av den tidigare kursen, närmast i riktning mot en mera företagarvänlig civilrätt – detta om man får utgå från signaler i den allmänna debatten, riksdagsmotioner och liknande. Den internationella konkurrensen kan vara en motivering för sådana initiativ. – Vilken väg utvecklingen än tar får man hoppas att de komplikationer en ännu mer motsägelsefull och splittrad civilrättslagstiftning innebär kommer att stå klara för departement och riksdag. Att företa punktreformer utan någon helhetssyn på förmögenhetsrättens uppbyggnad kan trassla till rättsläget på ett oacceptabelt sätt.

Det finns alltså goda skäl för lagstiftaren att ägna någon tid att utreda de allmänna riktlinjerna för en kommande översyn av förmögenhetsrätten, oavsett vilka politiska mål en sådan översyn kan ha. Till en början får det anses som ett elementärt rättstekniskt minimikrav att samma rättsgrundsats används i likartade fall. Att låta t.ex. hävningsreglerna och skadeståndsreglerna variera i detaljer vid olika konsumentavtal på sätt som jag nyss berörde verkar delvis svårt att motivera. Men det är också önskvärt att vissa mera övergripande principer dras upp för ett reformarbete – inte med så ambitiösa mål som någon sorts allmän lagstiftning om civilrätten, utan främst som vägledning i enskilda lagstiftningsärenden. I fall där reformer i olika riktningar kan tänkas bör man klarlägga hur reformen i olika alternativa fall skall genomföras för att gå in i rättssystemet i stort. En viss förebild borde här kunna vara de förberedande utredningar på skadeståndslagstiftningens område som gjordes i nordiskt sammanhang omkring 1950 och sedan kom att läggas till grund för 1970-talets skadeståndsreformer;[45] man kan ju vänta sig att liknande samordningsproblem kommer upp i våra grannländer.

Hur som helst finns det skäl att åtminstone för Sveriges del överväga, hur de två dominerande huvudlinjerna inom civilrätten – den affärsmässiga och den sociala – skall kunna anpassas till nya förhållanden och nya önske-

[45] Se för Sveriges del Strahls utredning SOU 1950:16, som sent omsider bar frukt i 1972 års skadeståndslag.

mål, utan att man ger upp det rimliga kravet på ett någorlunda överskådligt och konsekvent regelsystem. Det borde egentligen vara ett helt okontroversiellt krav, som man i princip skulle instämma i på alla håll; problemet är bara att det alltför ofta kommer i skymundan i lagstiftarens jäktade vardagstillvaro. Det är därför jag med en viss ensidighet betonat synpunkten i denna betraktelse.

FASTIGHETSRÄTT

OM FASTIGHETSBESITTNING OCH BESITTNINGSRUBBNING

Av justitierådet Bertil Bengtsson, Uppsala

(1983)

1. Den närmare innebörden av begreppet besittning är ett välkänt problem för rättsvetenskapen, fast det på senare år tycks ha väckt mindre intresse än tidigare. Begreppet har som bekant central betydelse på flera olika rättsområden. Inom *civilrätten* får besittningens övergång konsekvenser för förhållandet mellan överlåtare (upplåtare) av en rätt och dess förvärvare, exempelvis när det gäller faran för såld egendom (17 § köplagen och 4: 11 JB); i sakrättsliga sammanhang skyddar besittning i vissa lägen ägare, panthavare och nyttjanderättshavare i förhållande till tredje man och har betydelse för regler om godtrosförvärv och förvärv genom hävd. Vid tvist om en rätt till lös eller fast egendom presumeras en besittare ha den rätt han påstår.[1] På begreppet bygger vidare vissa viktiga *straffrättsliga* regler, bl.a. om ansvar för tillgreppsbrott och andra besittningsrubbningar. Innehavet av egendom skyddas också genom de *processrättsliga* reglerna om handräckning vid besittningsrubbning och liknande.

Besittning utgör alltså ett "mellanbegrepp" av välkänt slag, som förenklar rättsreglernas formulering. Det betecknar ett visst förhållande mellan en person och egendomen i fråga, och detta förhållande läggs sedan till grund för andra rättsregler (t.ex. om straffpåföljd vid besittningskränkning). Det kunde synas önskvärt att ett begrepp som används på detta sätt anses betyda detsamma oavsett den regel man tillämpar, särskilt som själva uttrycket besittning kan uppfattas som en beskrivning av ett faktiskt yttre förhållande. Det förekommer också på senare tid att begreppet ges en sådan enhetlig innebörd,[2] men idag ser

man vanligen saken annorlunda: begreppet tolkas på i någon mån växlande sätt, beroende på den funktion det fyller.[3] Som bekant gäller detsamma åtskilliga andra mellanbegrepp.

Vad som här skall behandlas är en mindre ofta diskuterad sida av besittningsbegreppet: vad det innebär i fråga om *fastighet*. De allmänna uttalandena i litteraturen om fastighetsbesittning utgår påfallande ofta från förhållandena beträffande lös egendom och de regler som gäller om besittning i sådana fall, där en sak kan tas om hand i mera bokstavlig bemärkelse. På en del punkter av praktisk betydelse är det oklart, hur reglerna skall tillämpas för den fasta egendomens del. Som framgår av fortsättningen har man här i auktoritativa straffrättsliga uttalanden direkt hänvisat till de civilrättsliga reglerna om besittning. Innebörden av begreppet fastighetsbesittning får betydelse också för bedömningen, vad som i sådana sammanhang kan betraktas som besittningskränkning.

I fortsättningen skall jag efter några allmänna anmärkningar om besittningsbegreppet (2) behandla vissa faktiska komplikationer som uppkommer, när man talar om besittning till fastighet (3). Sedan tar jag upp frågan vad det *civilrättsliga* besittningsbegreppet här kan anses innebära (4, 5). Mot denna bakgrund diskuteras begreppet inom *straffrätten*, med utgångspunkt i motivuttalanden och i den sparsamma rättspraxis som förekommer (6–10). Som där skall utvecklas synes det straffrättsliga begreppet dels skilja sig från det civilrättsliga, dels leda till ganska diskutabla resultat, om det tillämpas konsekvent. I all synnerhet gäller detta fråga om egenmäktigt förfarande och självtäkt (8:11 2 st. BrB). I fortsättningen (11, 12) förordas därför en mera nyanserad tillämpning, som bättre beaktar rubbningens art i det enskilda fallet. I en avslutande sammanfattning tas i korthet frågan upp om det rättsläge som framträder kan anses godtagbart (13).

2. För Sveriges del är väl besittningsläran framför allt präglad av Undéns inställning. Han tar uttryckligen avstånd från uppfattningen om besittningen som ett enhetligt rättsinstitut.[4] Besittning används som ett kortfattat uttryck för det rättsläge som föreligger då reglerna om besittningsskydd är tillämpliga, vilket i sin tur beror på om vissa faktiska förhållanden föreligger.[5] Här sätts tydligen besittningens straffrättsliga och processrättsliga

sida i förgrunden. I andra sakrättsliga sammanhang, t.ex. i fråga om tradition av lös egendom, är det tydligt att Undén begagnar termen som en sammanfattning av vissa regler som gäller där.[6] På ungefär samma sätt används begreppet i Håstads färska sakrättsliga framställning, som enbart avser lös egendom.[7]

Även om besittningsbegreppet anses ha växlande innehåll, kan det synas naturligt att ställa upp vissa minimikrav, som måste vara uppfyllda för att besittning skall anses föreligga. De allmänna kännetecknen för besittning har diskuterats mycket i äldre litteratur – i Sverige främst av Elsa Eschelson, i hennes monografi av 1904.[8] Den diskussionen har ganska ringa intresse för de frågor som här skall tas upp. Jag vill bara erinra om den klassiska tvistefrågan, om besittning utgör ett maktförhållande – bl.a. Savignys åsikt[9] – eller ett faktiskt förhållande, som erfarenhetsmässigt är till nytta för en viss person, något som Jhering hävdade.[10] Numera torde man vara klar över att rättsverkningar av ett sådant förhållande i många fall är påkallade, fast inte personen i fråga har praktisk möjlighet att utöva någon fysisk makt över egendomen. För Sveriges del har Undén, liksom Håstad, ansett besittning föreligga inte bara om ett föremål är under någons direkta kontroll utan också om det är på sin naturliga plats, inte framstår som övergivet – något som dock inte alltid skulle besvara frågan vem av flera personer som hade saken i besittning. Resonemanget gäller närmast besittningsskyddet i fråga om lös sak.[11]

Just när besittaren i själva verket inte kan utöva faktisk makt över egendomen har man ibland satt i fråga om rättsreglerna bör grundas på besittningsbegreppet, som inte på lämpligt sätt skulle beskriva den anknytning en sak hade till en person.[12] En sådan skepsis kan synas särskilt närliggande i fråga om besittning till *fastigheter*. Det är tydligt att begreppet här inte kan bestämmas helt efter samma linjer som i fråga om lös egendom. De faktiska förhållandena är av annat slag; som Undén framhållit är besittningsläget ofta föga markerat.[13] Det är naturligtvis ofta svårare att faktiskt råda över eller kontrollera en fastighet än en lös sak. Mera tillfällig användning av annans fastighet spelar en långt större roll, något som får betydelse särskilt för

reglerna om besittningsskydd. Och besittningen fyller delvis andra rättsliga funktioner än då det gäller lös egendom; bl.a. är ju inom fastighetsrätten inskrivning det viktiga för skyddet mot tredje man. Dessa skillnader brukar i viss mån komma i skymundan i besittningsdiskussionen.

Representativ för den svenska uppfattningen torde också här vara Undéns framställning. I sitt allmänna resonemang om besittningens funktion ser han besittningsskyddet som ett komplement till skyddet av äganderätten: innehav av egendom är i allmänhet lagligt och bör skyddas. Besittningsskydd bör föreligga när situationen är sådan att en främmande person kan iaktta eller sluta sig till att egendomen innehas av någon.[14] Redan detta går i någon mån på sidan om problemen vid fast egendom; här finns det normalt en innehavare, och frågan blir för besittningsskyddets del snarare hur pass stabilt innehavet är och vilka handlingar som kan anses kränka innehavet.[15] Rörande besittningens sakrättsliga betydelse framhåller Undén i sin framställning rörande lös egendom främst dess publicitetsfunktion, väsentlig för traditionsprincipen, och dess legitimerande funktion, som är viktig för reglerna om godtrosförvärv; besittaren kan antas vara rättmätig innehavare. Härtill kommer betydelsen av själva traditionsåtgärden vid sakrättsförvärv: simulerade rättshandlingar och dubbelöverlåtelser försvåras.[16] Synsättet stämmer naturligtvis inte helt för fastigheternas del; här tillgodoses ju de angivna synpunkterna framför allt just genom reglerna om inskrivning, och den särskilda långvariga besittning som fordras vid hävd saknar direkta motsvarigheter i fråga om lösa saker. — Undéns behandling av begreppet besittning till fastighet är däremot påfallande kortfattad: den tar sikte på besittningsskyddet, och de särskilda hänsyn som framträder för fastigheternas del diskuteras inte närmare.[17]

Att uppmärksamheten på detta sätt koncentrerats på besittning till lös sak är inte något särskilt anmärkningsvärt; det kan ha berott på pedagogiska skäl. Problemen torde också ha största praktiska betydelsen i fråga om lös egendom. Man kan i varje fall konstatera, att vad som egentligen utgör besittning till fast egendom enligt svensk rätt är ganska oklart. För civilrättens del synes frågan inte närmare ha analyserats i modern svensk litte-

ratur.[18] Desto mer påfallande är att straffrättskommittén i de ursprungliga motiven till BrB:s regler om rubbning av fastighetsbesittning hänvisar till det civilrättsliga besittningsbegreppet,[19] ett uttalande som återkommer i den allmänt använda brottsbalkskommentaren.[20] Motsvarande uttalanden förekommer rörande förskingring i fastighetsförhållanden.[21] Här som annars bör man visserligen akta sig för att fästa överdriven vikt vid enstaka formuleringar i lagarnas förarbeten, även om de utnyttjats i senare lagkommentarer. Men det verkar i alla händelser klart att enligt lagstiftarens ståndpunkt de civilrättsliga reglerna åtminstone bör vara utgångspunkten för en tolkning av bestämmelserna i fråga.

Det är inte alldeles självklart att civilrätten på detta vis bör vara det primära, om man nu vill slå fast ett någorlunda enhetligt besittningsbegrepp. Att märka är att Undén resonerat den omvända vägen i fråga om lös egendom: när man skall bestämma vad som utgör tradition, kan det vara ändamålsenligt att låta traditionen sammanfalla med tiden då köparen får besittningsskydd i förhållande till säljaren.[22] För fastighetsrättens del är emellertid, som framgår av fortsättningen, reglerna om besittningsskydd så pass oklara att de inte skulle bli till större nytta i civilrättsliga sammanhang. Värdet av att en viss tidpunkt blir avgörande vid båda typerna av konflikter bör emellertid betonas.

3. När man försöker tillämpa principerna om besittning på fast egendom kan det verka naturligt att se en fastighet som en enhet, frånsett fall när någon förvärvat eller fått nyttjanderätt till ett bestämt område på marken. Svensk fastighetsrätt bygger väsentligen på ett sådant betraktelsesätt, och det stämmer med vad som gäller för lös sak. För besittningens del uppstår emellertid komplikationer särskilt i två avseenden. Dels är *kontroll* över egendomen – i vart fall hela egendomen – särskilt svår att upprätthålla i dessa fall. Om det för besittning räcker att besittaren vid en framtida tidpunkt skall kunna faktiskt förfoga över egendomen,[23] är vanligen kravet uppfyllt; men om någon aktuell makt över fastigheten eller markområdet är inte alltid fråga, och inte heller behöver den påstådde besittaren tidigare ha tagit befattning med egendomen. På detta vis kommer man ofta

utanför vad som kan kallas för besittningsbegreppets kärnområde, när man tillämpar besittningsreglerna på en fastighet. – Dels kan det vara besvärligt att konstatera en *anknytning till en viss person* redan med ledning av de faktiska yttre förhållandena, något som skapar problem främst när besittningsläget blir utslagsgivande i konflikter mellan två personer med anspråk på egendomen (t.ex. nyttjanderättshavare och ny ägare till en fastighet). Det är inte alltid fastighetsbok eller andra register kan eller bör avgöra vem som är rätt innehavare av fastigheten.

Situationen varierar emellertid beroende på den fasta egendomens beskaffenhet, särskilt om den är bebyggd eller ej; med hus (och bebyggd mark) avser jag då bara byggnader där människor mer än tillfälligt uppehåller sig – inte lador, redskapsskjul, fiskestugor eller liknande.

3.1. Gäller det *hus* eller *del av hus* är en exklusiv kontroll möjlig, på liknande sätt som i fråga om lös sak. Innehavaren kan beträffande hela egendomen bestämma, hur den får användas och vem som får använda den. Här är det verkligen fråga om ett maktförhållande. Vem som har makten går vanligen att konstatera redan genom att iaktta de faktiska yttre förhållandena. Övergång av kontrollen kan ofta ske på ett konkret och otvetydigt sätt genom att nycklar överlämnas till den som förvärvat egendomen.

3.2. Något liknande kan sägas om *hus jämte tomt*, om också det inte är lika lätt att kontrollera tomten på samma sätt som huset: att man överlämnar makten över huset till någon annan hindrar inte att man alltjämt kan vidta åtgärder med tomten (t.ex. skörda frukt och bär i trädgården). Vem som innehar egendomen går också här att konstatera med ledning av yttre förhållanden.

3.3. I fråga om *hus jämte större område* – jordbruksmark, skog, impediment – är kontrollen betydligt svårare att utöva, såvitt angår avlägsna delar av fastigheten. Vem som innehar dessa delar är ofta svårt att klarlägga, exempelvis när det gäller inägor och skogsskiften långt från byggnaderna. Vet man till

vilken fastighet de hör, bör väl ofta besittaren kunna konstateras med ledning av innehavet av huset; i vissa fall får man dock räkna med att det inte är husets innehavare som hävdar ägorna. Att nycklar överlämnas kan också här markera besittningsövergången, men åtgärden har begränsad betydelse för kontrollen. Viktigare är i regel den faktiska inflyttningen.

3.4. I fråga om *obebyggd, brukad mark* är effektiv kontroll sällan möjlig, och innehavarens identitet är besvärligare att utreda än när byggnader finns. Bruket kan väl ibland tyda på att en viss person gör anspråk på rätt till marken; ofta framgår det dock bara att någon brukar den, ovisst vem. Anspråk på ett visst område, väl närmast från en grannes sida, kan ibland markeras genom att det inhägnas. Besittningsövergången är svår att markera.

3.5. I fråga om *obebyggd, obrukad mark* saknas i regel även de kontrollmöjligheter som kan finnas i fall 3.4. Här förekommer inte ens den markering av en persons anspråk som jord- eller skogsbruk kan utgöra. Att någon uppehåller sig på marken ger sällan någon ledning i fråga om rätten till den. Någon gång kan en inhägnad visa anspråk på marken. – Särskilt här framstår besittning som ett närmast formellt begrepp, utan någon klar anknytning till den faktiska verklighet som ordet kan synas beteckna.

3.6. Besittningen till *särskild rättighet* kan ge upphov till speciella komplikationer. Vid totala nyttjanderätter tar sig besittningen uttryck på samma sätt som i fråga om äganderätt: gäller det en vanlig hyreslägenhet är kontroll över hela egendomen möjlig (jfr 3.1 ovan), medan t.ex. beträffande en obebyggd arrendefastighet samma svårigheter förekommer som i fråga om ägarens besittning (fall 3.4). Besittning till andra bruksrättigheter – partiella nyttjanderätter som skogsavverknings-, jakt- och fiskerätt, servitut av olika slag – kan däremot i regel markeras utåt bara genom bruket, och en eventuell ensamrätt är svår att kontrollera, i varje fall när användningen inte pågår. Här kan

det också vara besvärligt att konstatera, hur ägarens och rättighetshavarens rättigheter förhåller sig till varandra.

3.7. Beträffande *vägar* – där besittningsfrågor ibland kommer upp – kan användningen kontrolleras genom avstängning, i viss mån också genom skyltar som gör användningen straffbar ("obehörig motorfordonstrafik förbjuden" eller liknande).[24] Vem ägaren är kan ofta vara svårt att uppfatta, något som dock saknar större praktisk betydelse – sakrättsliga tvister som särskilt rör vägen lär vara ovanliga.

I många av dessa fall är det alltså svårt att säga, att de faktiska yttre förhållandena pekar på att en viss person har området i fråga i besittning.[25] Då uppkommer frågan, om bedömningen kan påverkas av andra faktorer. Framför allt får man naturligtvis beakta om ett avtal rörande egendomen föreligger mellan dem som tvistar om besittningen – ett förhållande som kan inverka när det gäller lös egendom, ifall de faktiska yttre omständigheterna inte ger någon ledning.[26] Det är också tänkbart att ta hänsyn till att någon gett tillkänna anspråk på området utan att ta fysisk befattning med det.

Vad som här har sagts är till stor del ganska självklara saker. När besittningsbegreppet behandlats i litteratur och lagmotiv har man emellertid inte närmare berört komplikationer av dessa slag. Detta kunde möjligen tyda på att man borde bortse från dem och tillämpa besittningsreglerna mera schematiskt: bedömningen skulle bli densamma, oavsett fastighetens beskaffenhet. Som framgår av fortsättningen kan emellertid detta leda till föga tillfredsställande resultat, som knappast lagstiftaren kan antas ha åsyftat när besittningsfrågan fått bli avgörande i olika konfliktsituationer. Särskilt gäller det för besittningsskyddets del. Ju längre man kommer bort från besittningsbegreppets kärnområde, desto mindre behov har besittaren av ett långtgående skydd mot alla sorters kränkningar. Det är inte tilltalande att bygga rättsreglerna på en sådan fiktion som att fastighet och lös sak skulle vara beskaffade på samma vis, särskilt inte om det leder till ett strängare straffansvar än annars skulle bli fallet. Sådana synpunkter talar för att de faktiska möjligheterna att

kontrollera en fastighet och att urskilja besittningsförhållandena bör i viss mån påverka tolkningen av besittningsreglerna.

Närmast behandlar jag översiktligt det *civilrättsliga* besittningsbegreppet. Frågan blir, vad för moment som här kan antas bli avgörande för att besittning till fast egendom skall anses föreligga.

4. I civilrättsliga sammanhang blir frågor om fastighetsbesittning till en början aktuella i en rad fall, där en part gentemot sin avtalskontrahent kan åberopa tillträde av fastigheten. Man kan här tala om ett *obligationsrättsligt* besittningsbegrepp. Lagen använder visserligen inte alltid uttrycket besittning om dessa situationer, men motiven visar i allmänhet att lagstiftaren utgått just från besittningsbegreppet.

Av praktisk betydelse är 4:11 JB, som föreskriver att säljaren står faran för fastigheten medan den fortfarande är i hans besittning; det faktiska tillträdet är avgörande.[27]

Regeln innebär ett avsteg från tidigare gällande rätt, där faran övergick redan vid köpslutet. Den regeln skulle gälla också enligt 1909 års jordabalksförslag, men 1947 års förslag intog en annan ståndpunkt. Lagberedningen åberopade här de skäl som ligger bakom regeln i 17 § köplagen, att säljaren av lös egendom intill avlämnandet står faran för godset. Det låg sålunda nära till hands att i princip låta den kontrahent som hade besittningen också bära risken för godset; av besittningen berodde möjligheten att förebygga skada på egendomen eller begränsa verkningarna av en inträffad olyckshändelse. Även om skaderisken i fråga om fastigheter påverkades mindre av en ändring av besittningsförhållandet, ansåg man dock att besittningen även här hade viss betydelse i det angivna avseendet.[28]

Varken motiv eller lagkommentarer ger någon ledning i frågan, vad som närmare avses med tillträde i lagrummet. Det väsentliga är tydligen kontrollsynpunkten: den som har faktiska makten över fastigheten har bästa möjligheten att hindra skador. Som framgått får denna sida av besittningen typiskt sett betydelse bara i fråga om vissa bebyggda fastigheter – främst dem som innehavaren bebor eller annars mera stadigvarande vistas i, t.ex. en industrifastighet. Här torde man kunna anse tillträde ske genom att säljaren överlämnar nycklarna, oavsett om köpa-

ren flyttar in genast därefter – det bör inte komma säljaren vid. Behåller han någon nyckel, lär inte detta ändra läget, ifall meningen ändå är att köparen nu skall flytta in.[29] Det verkar knappast motiverat att fästa vikt vid att köparen redan dessförinnan kan ha haft möjlighet att bruka marken eller annars uppehålla sig på fastigheten, eller att säljaren tillåtits bruka den också efter tillträdesdagen, t.ex. att skörda vissa produkter; man kan här åberopa både rättstekniska skäl och att kontrollen av den värdefullaste egendomen – vanligen byggnaden – bör vara avgörande.

Beträffande obebyggd fastighet (fall 3.4 och 3.5 ovan) är kontrollsynpunkten däremot oväsentlig. Möjligheten för en köpare att hindra sådana skadeorsaker som brand ökar väl något, när han tar fastigheten i bruk mera regelbundet, men i fråga om ras, stormskador och liknande naturhändelser spelar besittningen knappast någon roll alls. Man kunde tänka sig att ta fasta på tidpunkten när köparen mera markerat börjar bruka jord eller skog på fastigheten, men den är ofta svår att konstatera. Mera närliggande kan det vara att anse den avtalade tillträdesdagen avgörande. I fråga om obrukad mark är det väl knappast möjligt att utgå från någon annan tid för farans övergång.

I en rad obligationsrättsliga sammanhang blir det av betydelse för *nyttjanderättshavarens* rätt att han tillträder fastigheten. Detta gäller sålunda i fråga om arrendators rätt till skadestånd när muntligt avtal inte fullföljs (8:3 JB), avtalets upphörande vid jordbruksarrende (se närmare 8:4 2 st.) och lägenhetsarrende (8:5) samt arrendets upphörande i konkursfall (8:18 och 9:30). Dessutom gäller delvis liknande regler vid fiskearrenden (se 2 § och 4 § lagen om fiskearrenden). I samtliga fall blir arrendatorn bättre ställd genom tillträdet. Den närmare innebörden av tillträdesreglerna belyses inte i motiven. När någon gång frågan uppkommer om tillträde kan anses ha skett, framträder här en speciell synpunkt som bör inverka på tolkningen: arrendatorn drabbas betydligt hårdare av att avtalet upphör sedan han tillträtt fastigheten. Sociala hänsyn av detta slag kan dock åberopas redan när hans planer att flytta till fastigheten går om intet; tillträdet gör bara en svår situation ännu värre.

När det gäller bebyggd mark, kan man här tänka sig flera olika tidpunkter när tillträde kan anses ske: överlämnandet av nycklar, den faktiska inflyttningen, tiden då fastigheten tas i bruk på sådant sätt att avflyttning skulle innebära allvarligt avbräck. Rättstekniska synpunkter kunde möjligen åberopas för det första alternativet – inflyttning kan ibland ske undan för undan, och det är då besvärligt att slå fast en viss dag som avgörande. Däremot talar sociala hänsyn nog främst för att anse den väsentliga inflyttningen avgörande, när denna nu kan anses ske.[30] I fråga om obebyggd mark är väl det mest närliggande att anse början av bruket bli avgörande, låt vara att även detta kan vara svårt att konstatera.[31] Samma regel är väl den enda tänkbara vid fiskearrende, i den mån man anser tillträde av sådana arrenden vara möjligt (jfr 5 nedan). – I alla dessa situationer är emellertid rättsläget ovisst; här skall bara betonas, att gränsen knappast torde dras helt på samma sätt då det gäller tillträde enligt 4:11 JB.

Också i fråga om hyresvärdens uppsägningsrätt vid hyresgästens konkurs spelar tillträdet en roll (12:31 2 st. JB). Även då torde sociala hänsyn framträda, varjämte det framhållits att hyresvärden före tillträdet saknar säkerhet för hyrans fullgörande.[32] Det naturliga torde vara att också i dessa fall anse tillträde ske genom den faktiska inflyttningen.

Enligt vissa preskriptionsbestämmelser i JB räknas tiden från tillträdesdagen (4:12 2 st.) eller avträdesdagen (8:26; 12:61). Vid fastighetsköp kan det beträffande både bebyggda och obebyggda fastigheter synas lämpligt att utgå från den avtalade dagen, när än inflyttning har skett. Denna dag är lätt att konstatera i efterhand, och synpunkten att den som lämnar ifrån sig fastigheten efter viss tid skall kunna känna sig trygg för anspråk av olika slag torde bäst tillgodoses på detta vis. Att en köpare dröjer att flytta in i fastigheten bör inte ge honom bättre tid att framställa krav enligt 4:12 JB på att avtalet hävs. Om säljaren fördröjer besittningsövergången genom att kvarsitta på en bebyggd fastighet i strid med avtalet, är det dock rimligt att preskriptionsfristen förlängs motsvarande tid. Vid hyra och vid arrende av bebyggda fastigheter lär den faktiska avflyttningen bli avgörande – kanske dock inte om den sker i förtid.[32a]

Sammanfattningsvis framstår vad som här kallats för det obligationsrättsliga besittningsbegreppet som tämligen oklart. Förmodligen uppfattas besittningens övergång något olika beroende på konfliktens och fastighetens art; i varje fall kommer man till detta resultat, om man fäster vikt vid de olika lagreglernas syfte. Ofta är det tveksamt, vilket moment som bör vara det utslagsgivande.

5. Något annorlunda får man se på de *sakrättsliga* regler där besittningen tillmäts betydelse. Här är till en början att märka 7:13 JB, som föreskriver att arrendator och hyresgäst kan åberopa skriftligt avtal mot ny ägare av fastigheten, under förutsättning att tillträde ägt rum före överlåtelsen.

Stadgandet hade direkta motsvarigheter i 1907 års nyttjanderättslag. De diskuterades främst i motiven till arrendebestämmelsen i 2:28.[33] Regeln byggde på synpunkten att tillträdet var utåt iakttagbart för spekulanter på fastigheten; allmänt sett syftade den till att trygga arrendatorns besittning. Det framhölls att med tillträde avsågs arrendatorns "faktiska besittningstagande" av fastigheten, och man tillade att det i allmänhet inte mötte hinder för köparen att iaktta detta, om han ägnade någon uppmärksamhet åt förhållandet. Visserligen kunde tillfälliga omständigheter leda till att han kunde bli okunnig om en bestående arrenderätt, fast behörig uppmärksamhet använts; men för sådana sällsynta undantagsfall, som f.ö. torde gälla förhållanden av endast ringa betydelse för köparen, fann man inte skäl att avvika från den allmänna regeln. Innebörden av den motsvarande bestämmelsen om hyra i 3:28 nyttjanderättslagen diskuterades inte närmare i förarbetena, men man markerade klart syftet att skydda hyresgästen.[34] — Motiven till JB:s regel i 7:13 utvecklar liknande tankegångar. Innebörden av tillträdesbegreppet behandlas emellertid inte. [35]

Med lagstiftarens inställning förefaller här två synpunkter böra bli vägledande, när man skall tolka vad som i dessa fall utgör tillträde: dels möjligheten att konstatera nyttjanderätten utåt (publicitetssynpunkten), dels de sociala hänsyn som talar för att trygga nyttjanderättshavaren i hans faktiska innehav av fastigheten. Sådana hänsyn framträder dock även här redan när han slutit avtal men ännu inte tagit fastigheten i besittning. Det

torde stämma bäst med motiven att fästa avgörande vikt vid den faktiska inflyttningen i lägenheten eller i en byggnad på arrendefastigheten – det enda förhållande som köparen utan större svårigheter kan iaktta.[36] Sträcker flyttningen sig över längre tid, blir det väl närmast fråga om dess början. Beträffande obebyggd mark är det svårt att finna en lämplig tidpunkt som skall anses utgöra tillträde. Sociala skäl kanske talar för att välja tiden då marken börjat brukas av arrendatorn, publicitetssynpunkten snarare för tidpunkten när brukaren kan identifieras – närmast väl då genom att egendom som tydligen inte tillhör fastighetens ägare lämnas kvar på fastigheten. Att fästa väsentlig vikt vid ett sådant närmast slumpartat förhållande som placering av redskap o. likn. är dock något otillfredsställande; bättre är kanske att en köpare, som vill vara på den säkra sidan, får på annat sätt ta reda på om det finns någon annan brukare än säljaren. – Vad slutligen angår obebyggd och obrukad mark är det tveksamt om tillträde alls kan ske i den aktuella paragrafens mening, innan marken tas i bruk t.ex. som upplagsplats eller byggnadstomt.[38] Nyttjanderättshavaren torde här få trygga sig på annat sätt mot tredje man, närmast väl genom inskrivning. I detta läge väger ju sociala hänsyn sällan så tungt.

I ett särskilt fall, nämligen vid fiskearrenden, gäller en liknande tillträdesregel också vid partiell nyttjanderätt (11 § lagen om fiskearrenden). I förarbetena till denna regel framhölls att tillträde motsvarande vad som sker vid vanliga arrenden i regel inte kunde äga rum vid ett fiskearrende, såvida inte i detta ingick nyttjanderätt till markområde, hus eller möjligen större fiskebyggnad. Man ansåg emellertid av olika skäl reglerna ändå böra anpassas till vad som gällde vid jordbruksarrenden.[39] Av intresse är här att enbart utövandet av en sådan rättighet tydligen inte betraktades som tillträde.

Som bekant är besittning av en fastighet också en förutsättning för förvärv genom *hävd* (16:1 JB). Den hävdande skall ha "med äganderättsanspråk innehaft egendomen". Även i denna sakrättsliga konfliktsituation är det naturligt att fästa vikt vid publicitetssynpunkten. Men denna tillgodoses ju väsentligen av kravet på lagfart.

Besittningen, sägs det i motiven, är det mest påtagliga beviset för den hävdandes anspråk på äganderätten. Det tilläggs emellertid, att i överensstämmelse med tidigare rättstillämpning kravet på besittning inte får fattas alltför bokstavligt; den hävdande torde enligt lagberedningen inte behöva själv bruka eller ens bebo fastigheten, utan det syntes tillräckligt att han beträffande denna företog de åtgärder och förfoganden som regelmässigt ankom på en ägare.[40]

Det är tydligen fråga om ett annat besittningsbegrepp än enligt de förut berörda lagrummen. De yttre förhållandena spelar ingen avgörande roll. Andra personer kan bruka, bebo och kontrollera fastigheten, om det sker med besittarens tillstånd. Beträffande obrukad mark torde det vara nog att denne på något vis förfogar över den på annat sätt än vem som helst kan göra med stöd av allemansrätten. Helt tillfällig användning räcker väl inte, men å andra sidan lär man inte kunna kräva att marken användes regelbundet. Att innehavaren upplåter särskild rätt till fastigheten är enligt motiven tillräckligt – däremot väl knappast panträttsupplåtelse, som ju enbart bygger på vederbörandes lagfart till fastigheten.

Situationen blir något annorlunda, när lagfart inte krävs för förvärv genom hävd. I fråga om *urminnes hävd* gällde också ett besittningsrekvisit (jfr 15: 1 1934 års JB och 6 § JB:s promulgationslag). Här behövde besittningen inte avse hela fastigheten – snarare var väl motsatsen det normala. Innehavaren eller hans företrädare skulle ha "besuttit, nyttjat och brukat" området i fråga. Detaljerna kan här förbigås;[41] reglerna tillämpas ju sällan numera. Man har beträffande besittningskravet hänvisat till vad som gäller om hävd på viss tid,[42] vilket väl skulle innebära att innehavaren bara behöver rättsligt förfoga över marken som en ägare. Oftast torde dock det avgörande vara i vad mån han faktiskt brukat området, och här bör man rimligen ställa något större krav än när hävden räknas från vunnen lagfart; publicitetssynpunkten är också i dessa fall väsentlig, och den tillgodoses vid urminnes hävd bara av besittningen. Området bör ha någorlunda klara gränser, och dessutom fordras sannolikt ett exklusivt och ganska regelbundet bruk. Kravet torde i viss mån växla med markens beskaffenhet. Såsom besitt-

ning har godtagits att en sank ängsmark använts för slåtter (NJA 1932 s. 314) och att en holme använts för bete (NJA 1952 s. 199) – i båda fallen ett föga intensivt bruk, som dock varit naturligt med hänsyn till områdets art.[43] Liknande synpunkter låg bakom bedömningen i NJA 1981 s. 1 (det s.k. skattefjällsmålet), där det ansågs att i äldre tider renskötsel, jakt och fiske kunde grunda äganderätt till fjällmark på grund av ockupation eller urminnes hävd.[44]

När det gäller urminnes hävd blir också besittning till partiella nyttjanderätter och servitut aktuell. Än idag kan man på sådan grund förvärva fiskerätt (se 5 § lagen om rätt till fiske), en ståndpunkt som stämmer mindre väl med de nyss berörda uttalandena om att tillträde till fiskerätt normalt inte skulle vara möjligt.[45] Urminnes hävd kan också få betydelse t.ex. för rätt till väg. För besittning fordras sannolikt ett någorlunda stadigvarande bruk av rätten, vars närmare innehåll också bestäms av bruket. Den väsentliga frågan torde bli om utövningen tillräckligt klart framträtt i förhållande till andra som gör anspråk på rättigheten i fråga.[46]

Också vid urminnes hävd är det alltså tydligt att man tillämpar ett mera speciellt besittningsbegrepp. Kontroll av fastigheten eller området behövs inte, inte heller någon användning som identifierar brukaren. Det viktiga är snarare att tredje man kan märka att någon annan än han brukar marken eller rättigheten.

Av mera begränsat intresse för vårt vidkommande är reglerna om *gränshävd* i 18 § JB:s promulgationslag. Hävden får där effekt bara när den grundas på överenskommelse om gränsen – låt vara att överenskommelsen inte behöver vara uttrycklig och naturligtvis kan ha slutits mellan andra parter än dem som nu tvistar om gränsen. Vad som här fordras för besittning framgår inte närmare av motiven. Med all sannolikhet krävs inte att en part brukar det gränsområde han gör anspråk på, bara grannen faktiskt respekterar den gräns som får anses avtalad.[47] Om gränsen markeras med stängsel, är detta naturligtvis en viktig omständighet att beakta.

Som inledningsvis nämndes får besittning också den betydelsen att den skapar en *presumtion* att besittaren är den som har

rätt till egendomen i fråga. Denna närmast processrättsliga funktion-sammanhänger för fastighetsrättens del nära med besittningens betydelse vid urminnes hävd och gränshävd. Det är emellertid svårt att få en närmare uppfattning hur pass mycket som fordras för att en sådan presumtion skall uppkomma utan att några hävderegler är tillämpliga. Sannolikt skall den omtvistade marken ha brukats på ett klart mera intensivt sätt från besittarens sida än från motpartens, men vad detta i detalj innebär kan knappast konstateras på grundval av rättspraxis.[48] Även här kan hägnader antas spela en viktig roll.

Till de sakrättsliga besittningsreglerna kan väl slutligen räknas bestämmelserna om besittningens verkan enligt 5 kap. JB när en fastighet frånvinns någon genom *klander*. Besittningsövergången – avträdet av fastigheten – får här betydelse för uppgörelsen mellan innehavaren och rätte ägaren. Betydelsen är dock begränsad: den viktiga tidpunkten i fråga om avkastning och ersättning för nyttig kostnad är i stället när innehavaren kom i ond tro (5:1, 5:3 JB). I övrigt får rimligen den faktiska avträdesdagen anses avgörande; det gäller här väsentligen ansvaret för skada på fastigheten och kostnader för skadehindrande åtgärder. (Se 5:2 och 5:3 JB; jfr också preskriptionsregeln i 5:4.) Beträffande bebyggda fastigheter är det naturligt att bestämma denna dag på samma sätt som enligt 4:11 (se 4 ovan), medan i fråga om obebyggd mark man knappast kan utgå från någon annan tidpunkt än när avträde skall ske enligt domstolsbeslut eller parternas överenskommelse.[49] – Reglerna torde vara tillämpliga också vid uppgörelsen efter *ägotvist*, i så fall rörande besittning till delar av en fastighet.[50]

Av det sagda framgår att det "sakrättsliga" besittningsbegreppet dels skiljer sig från det obligationsrättsliga, dels inte kan uppfattas på samma vis i de olika situationer där det blir aktuellt. Dess funktion växlar: ibland skall besittningen identifiera rättighetshavaren (eller åtminstone klargöra att han inte är densamme som ägaren, se 7:13 JB), ibland bara visa att någon annan än den som gör anspråk på fast egendom har samma pretentioner, ibland (vid uppgörelsen efter klander och ägotvist) utpeka vem som har ansvaret för fastighetens skick. Och förutsättningarna för att besittning skall föreligga synes variera

bl.a. med hänsyn till objektets beskaffenhet, liksom fallet var i obligationsrättsliga konflikter.

6. Det civilrättsliga besittningsbegrepp som framgår av denna översikt går knappast att slå fast i en enhetlig formel. Besittningen avser en hel fastighet eller ett bestämt område i dess helhet,[51] frånsett i speciella fall (främst vid urminnes hävd och gränshävd). Man fordrar uppenbarligen inte att besittaren skall ha den uteslutande kontrollen över den fasta egendomen, knappast ens att han genom sina åtgärder skall visa en vilja till viss kontroll;[52] detta är visserligen förenligt med hävdereglerna men ger inte uttryck för vare sig regeln i 4: 11 JB eller innebörden av bestämmelserna om nyttjanderättshavares tillträde. Att av rättstekniska skäl ändå försöka ta fasta på en kärna i besittningsbegreppet, som i regel skulle vara för handen, verkar också svårt. Bl.a. är situationen alltför särpräglad i fråga om obebyggda fastigheter, partiella nyttjanderätter och servitut. I övriga fall är det tänkbart att anknyta till en faktisk inflyttning i fastighetens byggnader, men som framgår av det föregående kan ibland andra moment te sig naturligare. Rättsläget är i varje fall tveksamt.

Det är tydligt att man har begränsad nytta av dessa besittningsregler, när man skall tillämpa besittningsbegreppet i *straffrättsliga* sammanhang. Här framträder ju också speciella hänsyn, som under alla omständigheter kan motivera att man avviker från de civilrättsliga gränsdragningar som kan urskiljas.

Bättre ledning för den straffrättsliga bedömningen kunde man tänkas få av vissa *processrättsliga* bestämmelser, nämligen om handräckning för återställande av rubbad besittning (tidigare 191 § utsökningslagen; nu 1 § handräckningslagen).[53] Att märka är dock att både enligt äldre och nuvarande rätt reglerna kunnat användas också för att återställa annat rubbat förhållande än besittning. Att exempelvis 191 § UL tillämpats behöver inte ge något avgörande stöd för att besittning ansetts föreligga. Den rättspraxis som förekommer om dessa regler har därför intresse för vår del huvudsakligen på två punkter. Om inte en sådan rubbning ansetts föreligga som bestämmelsen

gäller, är det tydligt att ingen besittning har kränkts. Och när man i skälen för ett handräckningsbeslut direkt talat om att besittning har rubbats eller liknande, kan det ge viss ledning för den straffrättsliga bedömningen; det är dock långtifrån säkert att varje förfarande som betecknats på detta vis också skulle bedömas som brottsligt.

Av motsvarande skäl har man inte någon större glädje av att klarlägga besittningsbegreppet, när man vill tillämpa handräckningsreglerna. I fortsättningen diskuterar jag därför inte särskilt, hur begreppet bör uppfattas i detta sammanhang.

7. Flera lagrum i BrB kan bli tillämpliga vid kränkning av besittning till fast egendom. Tillägnar sig någon t.ex. produkter från en fastighet i annans besittning, kan ansvar bl.a. för stöld (8:1 BrB), snatteri (8:2) eller åverkan (12:2 2 st.) komma i fråga. Om väl besittning kan konstateras, torde det inte medföra några större problem att tillämpa dessa regler.[54] Större bekymmer vid rättstillämpningen medför straffbestämmelsen angående fall av besittningskränkning utan tillgrepp – alltså 8:11 2 st. BrB. Den lyder så:

> Gör någon intrång i annans besittning av fastighet, såsom genom att olovligen anbringa eller bryta stängsel, bygga, gräva, plöja, upptaga väg eller låta kreatur beta, eller skiljer någon obehörigen annan från besittning av fastighet eller del därav, skall vad i 8 och 9 §§ sägs om egenmäktigt förfarande eller självtäkt äga tillämpning.

Vad som här vållar svårighet är inte bara om besittning föreligger utan också om den rubbats på sådant vis att gärningen är straffbar – ett problem som närmare skall diskuteras senare (12 och 13 nedan).

Den väsentliga tanken bakom straffbestämmelserna om besittningskränkning torde vara, att egendomsintresset skall skyddas mot ingrepp från utomstående. Detta skydd bör i princip tillkomma envar som har en sak i besittning, även om han i det enskilda fallet inte är rätt ägare.[55] Man får inte vidta åtgärder med egendom som, att döma av de yttre förhållandena, en

annan person har rätt att bestämma över. Den synpunkten gäller också i fråga om fastigheter; om herrelöst gods kan ju inte bli tal för deras del.

Å andra sidan kan besittningen inte gärna skyddas på samma sätt i dessa fall. Till stöd för straffrihet vid störningar i besittningen till fastigheter kan ofta åberopas att handlandet är så bagatellartat och alldagligt att det inte är värt att kriminalisera. Innehavaren av en fastighet har inte samma starka intresse att helt ostört råda över den i dess helhet som man i allmänhet har i fråga om lös egendom. Vidare uppkommer här en konflikt med det allmänna intresset av rörelsefrihet, särskilt i naturen. Det är den välkända kollisionen mellan äganderätt och allemansrätt som blir aktuell. Om den skall inte sägas så mycket här.[56] Jag vill bara påminna om att på senare år lagstiftaren i en rad fall tagit parti för friluftsintresset och inskränkt markägarens rätt att ensam bestämma över användningen av marken – låt vara att inte allemansrätten ansetts förändrad till sitt innehåll. En ledande synpunkt bakom de nuvarande reglerna kan anses vara, att beteenden, som inte innebär någon nämnvärd risk för ekonomisk skada och inte heller i nämnvärd mån stör hemfriden för fastighetens innehavare, i princip är tillåtna. Markägaren får t.ex. i viss omfattning tåla tältning, annan rastning, eldning m.m. på sin mark, om inte förfarandet i högre grad hotar hans intressen. Det innebär att markägarens rätt att kontrollera området begränsas: besittningsskyddet avser bara mera omfattande ingrepp. – Samtidigt är det tänkbart att den som använder mark inom ramen för allemansrätten själv är berättigad till besittningsskydd i vissa lägen.

Allt detta är problem och resonemang som saknar direkta motsvarigheter då det gäller rubbning av besittning till lös egendom. Som framgår av fortsättningen, har de bara i begränsad utsträckning berörts när brottsbalkens regler om besittningsrubbningar fick sin utformning. Inställningen har snarare varit att fast sak i möjligaste mån skall behandlas på samma sätt som lös.[57] Idag måste man emellertid rimligen beakta dessa synpunkter vid rättstillämpningen. Eventuellt kan detta ses som ett fall av intresseavvägning: rörelsefriheten och möjligheten till friluftsliv anses ha så stort värde att gärningen inte kan

anses straffbar. I liknande situationer talar man ibland om att "social adekvans" fritar från straff. Läran härom ger dock inte närmare ledning hur de tveksamma fallen skall bedömas.[58]

Besittningsfrågor uppkommer också i fråga om förskingring m.fl. brott enligt 10 kap. BrB. För straffbarhet förutsätts ju ofta att egendom är i gärningsmannens besittning. De särskilda problemen vid fastighetsbesittning torde emellertid inte ha samma betydelse i denna situation.

8. Egenmäktigt förfarande, liksom stöld m.m. från en fastighet, förutsätter alltså till en början åtminstone i princip[59] att någon annan har fastigheten i besittning. Vad krävs nu i fråga om innehavarens kontroll och bruk av fastigheten för att besittning skall anses föreligga?

Vad först angår *motivens* inställning, bör här återges det resonemang som straffrättskommittén förde, sedan man hänvisat till det civilrättsliga besittningsbegreppet.

Till en början framhöll kommittén att då gällande strafflag innehöll vissa bestämmelser i detta hänseende, nämligen dels ett undantag i fråga om tillgrepp av naturprodukter för dem som ägde del i, innehade eller ägde rätt att nyttja fastighet (20:2), dels särskilda regler om delägare i eller brukare av fastighet i 24:6 (om missbruk av rätt i samfälld skog eller mark) och 24:7 (om överträdelse av nyttjanderätt genom olovlig svedning m.m.). Av flera skäl ansåg kommittén att uttryckliga stadganden i dessa frågor inte borde ges utan allmänna regler gälla.[60] Enligt kommittén begick en sambesittare av fastigheten stöld, om han från fastigheten tillägnade sig vad som tillkom den andre, medan bestämmelserna i förskingringskapitlet blev tillämpliga på den som var ensam besittare av fastigheten – dvs. ägare, förmyndare och andra självständiga förvaltare, arrendatorer, hyresgäster och andra innehavare av total bruksrätt; innehavare av partiell bruksrätt var däremot inte sambesittare ens till någon del av fastigheten. I fortsättningen utvecklade kommittén innebörden av denna bedömning i enskilda fall.[61] – Uttalandena motsades inte under det fortsatta lagstiftningsarbetet.[62]

Ett liknande synsätt anlade kommittén beträffande förskingring i fastighetsförhållanden. Frågan om erforderlig besittning förelåg skulle bedömas efter samma grundsatser som då det rörde lös sak; den rättsliga besittning som kunde anses tillkomma lagfartsinnehavare

fick i sammanhanget lämnas åsido och besittningen bedömas "uteslutande med ledning av den faktiska rådigheten över fastigheten eller någon på marken bestämd del därav". Innebörden härav angavs på motsvarande sätt som när kommittén behandlade tillgreppsbrotten.[63]

Dessa uttalanden ger bara delvis besked i frågan, vad besittning innebär i de situationer som intresserar oss. Kommittén behandlar besittningsproblemet främst med tanke på konflikter mellan fastighetsägare och innehavare av särskild rätt till fastigheten – inte relationen till utomstående som inkräktar på ägarens område, fast tillgrepp och intrång väl är betydligt vanligare från främlingars sida. I varje fall uttalandena om tillgreppsbrott tar tydligen fasta snarare på den juridiska beskaffenheten av besittningens och den andra partens rätt än på den faktiska kontrollen över fastigheten och de yttre förhållandena i övrigt. Ingen antydan ges om att bedömningen kunde bero av sådana omständigheter som om en köpare eller arrendator verkligen tillträtt fastigheten på avtalad tid eller om en nyttjanderättshavare annars börjat utöva den rätt som tillkommit honom. Alla fastigheter och alla delar av en fastighet förefaller bli bedömda på samma sätt, oavsett fastighetens storlek och beskaffenhet i övrigt. – Vad man på tal om förskingring anfört om den "faktiska rådigheten" över fastigheten behöver inte uppfattas som om andra synpunkter här skulle komma in: man ställer rådigheten i motsats till lagfarten, och att denna i och för sig får begränsad betydelse i förskingringssituationen är självklart. Med all sannolikhet har man menat att tillträde till fastigheten påverkar bedömningen; men har bara tillträde skett, måste besittningen antas omfatta hela det område besittaren enligt avtalet har rätt till.

Det troligaste är väl att motiven skrivits med sikte på den typiska situationen, där parterna faktiskt inrättat sig efter det träffade avtalet, och att kommittén ansett de civilrättsliga reglerna böra följas just i denna situation. Kanske har man därvid främst tänkt på fall där innehavaren verkligen haft kontroll över hela fastigheten eller i vart fall brukat den i dess helhet. I andra situationer skulle då besittningsfrågan kunna bedömas efter de mera nyanserade regler som tycks gälla inom civilrätten. Å

andra sidan kunde man ha väntat att kommittén i sina ganska utförliga utläggningar antytt, om den ansett speciella principer böra gälla exempelvis beträffande obebyggda fastigheter.[64]

9. Kommitténs uttalanden om besittningskränkningar avser alltså åtminstone i första hand situationen, där den påstådda kränkningen träffar en medkontrahent. Vill man här tillämpa civilrättsliga regler, passar inte de resonemang som framträder i sakrättsliga sammanhang (se 5 ovan); vad som går att konstatera utåt kan knappast ha större intresse i denna konflikt.[65] Däremot kan det synas naturligt att anknyta till vad som i *obligationsrättsliga* tvister bedöms som besittning eller tillträde (4 ovan).

Vissa tveksamma fall kan här uppkomma. Kan en säljare, som tar produkter från fastigheten eller annars vidtar åtgärder med den efter tillträdesdagen, men innan köparen ännu tagit faktisk befattning med den, straffas för stöldbrott eller egenmäktigt förfarande? Och kan köparen ådra sig straffansvar för sådana åtgärder med fastigheten innan han faktiskt tillträtt denna – kanske rentav sedan tillträdet med orätt förhindrats av motparten? Motsvarande problem uppkommer vid arrende. Man kan också fråga vad tillträdet av en större fastighet betyder, om motparten tar produkter eller gör intrång på områden som innehavaren saknar möjlighet att kontrollera. Åter kan det avlägsna skogsskiftet nämnas som exempel. – Ett äldre rättsfall (NJA 1880 s. 245) tyder på att det avgörande skulle vara vem som faktiskt sitter på fastigheten, oavsett om han har rätt till detta eller ej;[66] man kan vidare anta att de begränsade möjligheterna att hindra ingrepp inte minskar innehavarens skydd mot egenmäktiga åtgärder.[67] En regel av detta innehåll skulle vara väl förenlig med de nyss berörda motivuttalandena. Reglerna blir mera rationella och dessutom överskådligare, om besittningsskyddet och de civilrättsliga verkningarna av besittningsövergången i detta fall anknyter till samma moment.[68] Och med all sannolikhet anses en part inte heller i detta läge få ta rätten i egna händer, om det uppkommer tvist med medkontrahenten.

Några säkra uttalanden går knappast att göra om rättsläget

på grundval av det magra materialet. Om dessa antaganden är riktiga, skulle emellertid vad som parterna emellan markerar tillträdet i de flesta fall avgöra också den straffrättsliga bedömningen. Innan säljaren eller hyresvärden lämnat över nycklarna till en såld (resp. uthyrd) villa, skulle medkontrahenten dömas för stöldbrott, om han tar hand om frukten i trädgården – eventuellt självtäkt, om frukten enligt avtalet tillkommer honom.[69] Detta torde gälla också om den avtalade tillträdesdagen förflutit. Efter nycklarnas överlämnande skulle motsvarande ansvar drabba säljaren (hyresvärden).[70] På liknande sätt torde man böra bedöma också situationen, att en säljare faktiskt behåller en nyckel till byggnaden vid köparens inflyttning.[71] Något annorlunda får man se på besittningen till obebyggd mark, exempelvis en skogsfastighet som sålts eller utarrenderats men ännu inte tillträtts. Här går ju under normala förhållanden besittningsövergången inte att faktiskt markera, och då får man falla tillbaka på avtalet. I och med den avtalade tillträdesdagen bör besittningsövergången anses ha skett, även om köparen (arrendatorn) inte genast vidtar någon åtgärd för att påbörja bruket.[72]

Vad beträffar förskingringsbrott, där besittningen också sammanhänger med ett avtal mellan gärningsmannen och egendomens ägare, får som nämnt motivuttalandena uppfattas så att avtalet blir avgörande. De måste antas innebära, att om gärningsmannen för annans räkning fått en fastighet i besittning enligt de obligationsrättsliga regler som här antytts (4 ovan), han bör dömas för förskingring, ifall han tillägnar sig produkter eller liknande;[73] det saknar betydelse, i vilken utsträckning fastigheten är under hans faktiska kontroll. Men har han enligt avtalet bara rätt till ett mera begränsat område, får det naturligtvis bedömas som stöldbrott (eller enligt 12:2 2 st. BrB som åverkan) om han tar produkter utanför detta.

Frågor om straffansvar lär som sagt vara mera praktiska, när det saknas ett avtal mellan gärningsmannen och den påstådde besittaren: en granne eller en främmande person har tagit befattning med fastigheten. I ett sådant fall går det naturligtvis inte att utan vidare tillämpa det besittningsbegrepp som här skisserats; det antyder ju direkt till ett kontraktsförhållande

beträffande fastigheten. Vill man följa motivens hänvisningar till civilrättsliga regler, skulle i stället det sakrättsliga synsättet bli aktuellt (5 ovan). Att fästa vikt vid synbarheten hos besittarens förhållande till fastigheten kunde förefalla naturligt i dessa fall. En komplikation är dock att det sakrättsliga begreppet inte är enhetligt: skall man resonera som vid hyresgästs eller arrendators tillträde, eller anknyta till regler om hävd, eller kanske dra gränsen på ett tredje sätt? Även här uppkommer problem, när den som gör gällande besittning inte tagit närmare befattning med området i fråga. I civilrättsliga sammanhang är det ju inte självklart, att fastighetsägaren då har besittning till hela fastigheten. (Jfr 5 ovan om bl.a. urminnes hävd och gränshävd.)

Kommittén tog inte direkt ställning till dessa frågor. Enligt dess uttalanden, liksom enligt brottsbalkskommentaren, innebär visserligen brottsbeskrivningen i 8: 1 BrB att ett besittningstagande av gärningsmannen är tillräckligt; saken behöver inte dessförinnan vara i annans besittning.[74] Det är emellertid tydligt att enligt lagstiftarens mening tillgrepp från fastigheter normalt utgör en besittningskränkning.[75] Ett annat synsätt skulle strida klart mot det besittningsbegrepp som används i förskingringsfall (8 ovan). Och går vi utom tillgreppsbrottens område, skulle ett sådant synsätt få förvånande konsekvenser: det skulle under vissa förhållanden vara straffritt att låta kreatur beta på en grannes mark eller bosätta sig i en husvagn vid en skogssjö på en främmande fastighet, bara man är tillräckligt långt från byggnaderna. Avsikten kan inte gärna ha varit, att innehavaren på detta vis skulle mista en del av sitt skydd för rätten till fastigheten.

Allt tyder alltså på att i dessa fall redan det formella ägarförhållandet (eller den formella nyttjanderätten) normalt är nog för att grunda besittning; man kräver inte för straffansvar enligt 8 kap. BrB att rätte innehavaren tagit marken i bruk eller annars disponerat över den som ägare. Det sagda torde gälla även om tillträde av fastigheten visserligen kunnat markeras men detta inte skett – ägaren av en jordbruksfastighet har ännu inte vare sig flyttat in i bostadshuset eller tagit marken i bruk – liksom t.o.m. om byggnaden övergetts och marken lagts

för fäfot. Det väsentliga blir att besittaren, vem han än är, i varje fall är en annan än gärningsmannen. Om gärningsmannen, men inte den formelle innehavaren, tidigare gjort anspråk på marken torde han dock kunna gå fri från straff, oavsett om det finns förutsättningar för urminnes hävd eller gränshävd.[76] Och uppkommer frågan om besittningskränkning i samband med uppgörelsen efter klander eller ägotvist, synes man böra anknyta till avträdestidpunkten på samma sätt som i civilrätten (5 ovan).

Om det sagda är riktigt, blir det knappast fråga om tillämpning av något sakrättsligt besittningsbegrepp av något slag. Inte heller stämmer gränsdragningen med den obligationsrättsliga. Motivens hänvisning till de civilrättsliga besittningsreglerna kan inte antas ha gällt de fall som nu behandlats.

Vad sedan angår besittning för andra än ägare eller innehavare av helnyttjanderätt, torde det stå klart att de civilrättsliga reglerna inte ger närmare ledning. Den som har en partiell nyttjanderätt eller en servitutsrätt får antas vara skyddad av 8: 11 2 st. mot faktiska intrång i sin utövning. Motiven nämner hinder att nyttja väg enligt vägservitut,[77] vilket väl är det mest praktiska fall där en utövning kan hindras. Man kan också tänka sig att en fastighetsägare eller annan lägger hinder i vägen för användningen av en brunn enligt servitutsavtal, medan det lär vara svårt att mera varaktigt hindra någon att utöva jakt- eller fiskerätt.[78] Också i detta läge torde det emellertid vara den formella rättigheten som skyddas; frånsett när den fallit bort genom passivitet (eller passiviteten får tolkas som ett medgivande till ingrepp) behöver den inte utövas regelbundet. Rättighetshavaren anses ändå ha besittning i straffrättslig mening, fast detta knappast stämmer med de civilrättsliga reglerna.[79]

Svårare är att bedöma om samma skydd gäller för den som av ålder använder annans fastighet, t.ex. tar väg över den, utan att ett servitut kan konstateras på grund av urminnes hävd eller på annan grund, eller för den som enbart med stöd av allemansrätt eller sedvana brukar använda fastigheten t.ex. för tältning eller parkering. Vid avstängning av en väg, som en person länge begagnat, har i varje fall handräckning beviljats med stöd av

den nu upphävda 191 § utsökningslagen (eller motsvarande äldre bestämmelse).[80] Som nämnt fordras dock inte nödvändigtvis egentlig besittning till fastigheten i dessa fall, utan det räcker med ett annat förhållande som rubbats. Även om i handräckningsfallen man talat om ett "egenmäktigt" avstängande eller liknande, är det tveksamt om avstängningen ansetts kunna medföra straffansvar för gärningsmannen.[81] Vad åter angår fall där en främmande person placerar bilar, tält eller husvagnar på annans fastighet, är det närmast hans besittning till den *lösa* egendomen som skyddas; en markägare får inte riva ned tältet eller forsla bort bilen, utom kanske på "färsk gärning".[82] Detsamma gäller väl också om vederbörande mer än temporärt hindras att ta sig fram till egendomen eller använda denna – någon parkerar utanför en annans bil, som därför inte kan flyttas. Om rubbande av besittning till fastighet lär här knappast bli fråga. – Däremot kan ett sådant besittningsförhållande bli aktuellt för den som oberättigat uppfört byggnad eller annan anläggning på annans område.

Här kan nämnas NJA 1949 s. 167, vanligen diskuterat från andra synpunkter. Ägaren av en sommarstuga hade på en annans strandområde anlagt en primitiv badbrygga och i samband därmed en mindre båtplats; anläggningen bestod bara i att en del större stenar lagts ut från stranden och några bräder placerats på dem. Förfarandet ansågs av HD:s majoritet innebära ett "varaktigt besittningstagande och utnyttjande av stranden", vilket bedömdes som otillåtet; stugägaren ålades att ta bort anläggningen. Synbarligen skulle HD ha ansett honom ha varit berättigad till besittningsskydd för bryggan, som strandägaren exempelvis velat rasera denna. Men man bör nog inte läsa in så mycket i formuleringarna; det avgörande i målet var om kränkning av strandägarens rätt förekommit, inte om stugägaren hade något skydd.

Beträffande olovligt uppförda byggnader, om också primitiva, torde en inkräktare under alla förhållanden anses ha ett besittningsskydd; att själva byggnaden utgör lös egendom hindrar inte att ägaren torde ha besittning också till marken den står på (om detta någon gång har praktisk betydelse).

Att märka är här att om inte besittning för inkräktaren antas

ha uppkommit, *markägarens* behov av straffskydd minskar. Han kan då enkelt undanröja olägenheten genom att själv återställa tidigare förhållanden.[83]

10. Som framgår är det ibland osäkert, vad som egentligen krävs för att besittning till fastighet skall anses föreligga i straffrättslig mening. Att bedömningen ofta är en annan än inom civilrätten förefaller emellertid klart. De faktiska förhållandena, såsom om en person har (exklusiv) kontroll över egendomen eller tagit befattning med denna, spelar en mera underordnad roll. Inom straffrätten framstår fastighetsbesittning i särskild grad som ett juridiskt-tekniskt begrepp, vilket delvis avviker från vad man menar med besittning till lös sak. Man är långt utanför besittningsbegreppets kärnområde. Vanligen betraktas en fastighet som ett enhetligt objekt för besittning, hur den än är beskaffad. Vad som skyddas är inte så mycket den faktiska makten över egendomen som rätten till denna, antingen det är fråga om äganderätt, nyttjanderätt eller servitut.[84] Ett undantag utgör dock vissa fall där någon med orätt tagit annans fastighet eller område i anspråk, men då förutsätts vanligen att detta skett på ett mera markerat sätt med uteslutande av rätte innehavaren.

Denna särbedömning kan tyckas ganska naturlig, om man liksom för den lösa egendomens del anser besittningsskyddet motiverat av en presumtion att det är besittaren som är berättigad till egendomen. En sådan presumtion får ju ringa betydelse i fråga om visst markområde. De yttre förhållandena säger som sagt inte mycket om vem innehavaren är, utan här får man utgå från fastighetsindelningen och de avtal som kan ha träffats om fastigheten eller området. Det är dessa förhållanden som visar rättsläget. Och när främlingar vidtar åtgärder med den fasta egendomen behövs ingen presumtion alls – man vet ändå att dessa inte har någon särskild rätt till området. Det straffrättsliga reglerna fyller alltså inte alldeles samma funktion inom fastighetsrätten.

Vad som här sagts om det vidsträckta straffrättsliga besittningsbegreppet får särskilt intresse vid sådana besittningsrubbningar som avses i 8: 11 2 st. BrB. Man kan t.ex. fråga, om det

verkligen bör betraktas som egenmäktigt förfarande att någon utan lov företar åtgärder med delar av en fastighet som innehavaren normalt inte besöker eller ens intresserar sig för. Att här konsekvent dra gränsen för fastighetsbesittning på samma sätt som vid tillgreppsbrott kan naturligtvis motiveras av systematiska skäl: besittningsbegreppet är centralt för BrB:s reglering av förmögenhetsbrotten, och det skulle leda till motsägelser och oklarhet om det tolkades olika beroende på besittningskränkningens art. Till förmån för principen kan vidare åberopas, att besittningsskyddet fungerar som skydd för de civilrättsliga rättigheterna också mot intrång av olika slag: om andra än rättighetshavaren får förfoga över en fastighet på ett mera ingripande sätt, kan det tänkas urholka rättighetens värde. Att hänvisa ägaren till att kräva skadestånd av en inkräktare är i de flesta fall otillräckligt – sådana fordringar brukar i regel bli alldeles för små och för osäkra för att det skall vara mödan värt att göra dem gällande. I större utsträckning kan skadliga intrång bli en allvarlig nackdel för innehavaren. – Ett sådant resonemang kan knappast möta invändningar vid intrång som medför skada eller (påtaglig) olägenhet, även om rättighetshavaren inte tagit någon faktisk befattning med området vid tiden för intrånget; då skyddas hans rätt att ekonomiskt och faktiskt disponera över egendomen. Men resonemanget verkar mer diskutabelt, när förfarandet inte nämnvärt skadar marken och i det enskilda fallet inte heller medför nämnvärd varaktig olägenhet. Här kan de motstående hänsyn som förut berörts (7 ovan) göra sig gällande, väsentligen just vid sådana oskyldigare besittningskränkningar som på sin höjd kan bedömas som egenmäktigt förfarande eller självtäkt.

Särskilt tveksam kan situationen förefalla, när användningen av annans egendom visserligen inte medför någon egentlig skada eller olägenhet men ändå innebär vinning för gärningsmannen – han drar sådan nytta av användningen som han i annat fall skulle ha fått betala för, t.ex. när han ställer upp en husvagn eller parkerar en bil på annans mark. Om några krav på vederlag för nyttjandet blir det i praktiken knappast fråga – inte heller i detta fall brukar det löna sig att framställa sådana anspråk mot främlingar. Här beror det nog delvis på värdering-

ar, hur långt straffbarheten skall sträcka sig. Har man mindre positiv inställning till privat äganderätt kan det tyckas rimligt och kanske rentav önskvärt att låta företagsamma främmande personer använda outnyttjad fast egendom, så länge detta inte medför några direkta skadeverkningar för ägaren.[85] Men som framgår av fortsättningen intar svensk rätt i princip ståndpunkten, att det bara är egendomens ägare (eller innehavare av särskild rätt) som får dra ekonomisk nytta av den. Överskrider användningen allemansrätten, är det i allmänhet ägaren som får bestämma om den skall tillåtas, eventuellt mot avgift.[86] Även om vinning inte anses nog för att motivera straffbarhet,[86a] ligger saken annorlunda till om vinningen kombineras med ett intrång i annans rätt.

11. En utgångspunkt vid diskussion om reglerna angående besittningskränkning blir alltså, att det straffrättsliga besittningsbegreppet är så pass vittgående att det i särskilda fall kan leda till obilliga eller olämpliga resultat. Detta kan tala för återhållsamhet vid bedömningen, vad som utgör besittningsintrång och skiljande från besittning i lagens mening.

Enligt 8: 11 2 st. BrB skall reglerna om egenmäktigt förfarande och självtäkt äga tillämpning i de fall bestämmelsen avser. Man har gjort gällande, att därigenom tillämpningsområdet för 8: 8 och 8: 9 BrB påtagligt begränsas, såvitt gäller intrång i fastighet; annars skulle det vara möjligt att hävda, att intrång sker redan genom att man vistas på fastighet som annan besitter.[87] Uttalandet synes innebära att uttrycket "rubbar besittning" i 8: 8 och 8: 9 i och för sig skulle ges en vidsträckt tolkning. Ett stöd för detta kunde vara, att det betraktats som egenmäktigt förfarande redan att sätta sig och sova i en bil (NJA 1952 s. 50); kanske kan även vissa uttalanden av Undén om fastighetsbesittning åberopas.[88] Men en sådan uppfattning stämmer knappast med motiven till 8: 11 2 st., där just inskränkningen till besittningsrubbningar anses medföra att straffbestämmelsen har begränsad räckvidd.[89] Varken allmänt språkbruk eller syftet med reglerna om besittningsskydd talar för att varje uppehåll på annans fastighet skulle innebära att besittningen rubbats; man kan inte bortse från att besittning till

fastighet med hänsyn både till innehavarens intresse av ostördhet och till hans kontrollmöjlighet är något helt annat än besittning till lös sak.

Frågan blir då, hur mycket som fordras för att straffbar besittningskränkning skall föreligga enligt 8:11 2 st. Regeln fångar upp en rad fall av något artskilda slag: *dels* gärningar som närmast innebär skadegörelse, om också bagatellartad (brytande av stängsel, grävning, upptagande av väg), *dels* brukande av fastigheten på ett sätt som i någon mån kan innebära vinning (betning och kanske plöjning, liksom de i motiven omtalade fallen sådd och plantering)[90], *dels* förfaranden som varken innebär fysisk skada eller vinning men dock kan medföra olägenhet (uppsättande av stängsel, skiljande från besittning i andra fall). Motivuttalandena ger bara på enstaka punkter ledning angående gränsen för det straffbara området.

Straffrättskommittén yttrade år 1940 bl.a., att olovligt brukande av fastighet i annans besittning föll under paragrafen; exempel på detta hade upptagits i uppräkningen i lagtexten. Vidare framhölls beträffande väg, att genom uttrycket "upptaga väg" framhävts att endast förfaranden ägnade att lämna besvärande spår hörde dit. Som besittningsintrång borde enligt kommittén anses inte bara anläggande av väg och banande av stig utan även sådant brukande av befintlig väg som är ägnat att åstadkomma avsevärd slitning av vägbanan.[91] Departementschefen utbytte i den lagrådsremiss som framlades år 1942 uttrycket "upptaga väg" mot "anlägga väg" för att understryka att bara "verkligt besittningsintrång" avsågs. Enligt lagrådet kom emellertid denna tanke till uttryck redan genom att straffansvar kunde ådömas endast för sådant intrång som kunde betecknas som "rubbande av besittningen"; "anläggande" av väg ledde vidare tanken närmast till egentliga vägbyggnadsföretag, medan en "verklig besittningsrubbning" kunde ske enbart genom att någon genom körslor upptog väg genom annans skogsmark. Lagrådet föreslog därför en återgång till den ursprungliga formuleringen. Så skedde också i 1942 års proposition. Riksdagen behöll emellertid de äldre reglerna om kränkning av fastighetsbesittning, av skäl som här saknar intresse.[92] – Straffrättskommittén återkom i sitt senare betänkande av 1944 med ett förslag till bestämmelse om egenmäktigt förfarande, vilket i det nu aktuella avseendet stämde med 1942 års proposition. När paragrafen fick sin nuvarande utformning år 1948, skedde den ändringen att

ordet "olovligen" insköts och uttrycket "rubbad besittning" utbyttes mot "gör intrång i besittning". Vidare tillades orden "eller skiljer obehörigen annan från besittning av fastighet eller del därav". Avsikten med omformuleringen var enligt motiven att klargöra att bestämmelsen endast avsåg olovliga besittningsrubbningar.[93]

Lagrådets uttalanden byggde tydligen på uppfattningen att "intrång" betecknade en mindre ingripande åtgärd än när besittningen "rubbades". Enligt 1948 års motiv synes däremot uttrycken ha ansetts likvärdiga. Hur det än förhåller sig med detta, ger förarbetena intrycket att bestämmelsen är avsedd att tillämpas ganska restriktivt. I brottsbalkskommentaren påpekas också att exemplen i lagtexten innefattar tämligen långtgående ingrepp.[94] I den lärobok som universiteten använder framhåller Jareborg, att gärningen måste innebära ett påtagligt hinder i besittarens möjlighet att utöva sin besittning; att fastigheten brukas på något sätt är varken nödvändigt eller tillräckligt.[95]

Det verkar rimligt att anta, att om ett förfarande framstår som harmlöst från alla de synpunkter som lagtexten antyder – med hänsyn till skadeverkningarna, eventuell vinning för gärningsmannen och olägenhet för besittaren – det går fritt från straff; troligen bör man dock bortse från mera speciella förhållanden (t.ex. fastighetsägarens tillfälliga frånvaro) som medfört att inga skadeverkningar uppkommit. En sådan bedömning innebär att man tar hänsyn till också andra omständigheter än intrångets omfattning. På så sätt är det möjligt att i viss mån neutralisera verkningarna av att besittningsbegreppet får en vidsträckt tolkning. Lägger man bara vikt vid omfattningen riskerar man att ibland komma till alltför stränga resultat, och detta utan någon större rättsteknisk vinst: någon klar linje går ändå knappast att dra upp med tanke på att intrången kan vara av så skiftande slag.

Möjligen kan ett sådant antagande motsägas av det nyss omtalade fallet NJA 1949 s. 167. Majoriteten tillämpade där ett mera formellt besittningsbegrepp, medan minoriteten betonade de faktiska olägenheter ingreppet till sin art kunde medföra, om det blev vanligt – alltså ett betraktelsesätt som ligger närmare det som anläggs här. Eftersom

man kom till samma resultat med båda resonemangen, är skillnaden i motivering värd att observera; troligen rörde det sig om principiellt skilda synsätt, om också det kan ha bidragit till skiljaktigheten att anläggningen för minoriteten tett sig alltför primitiv för att innebära ett besittningstagande. – Att märka är emellertid att rättsfallet inte rörde straffansvar utan vitesföreläggande att ta bort anläggningen. Det behöver inte innebära att man måste resonera på samma vis i den situation vi behandlar, även frånsett att värderingarna på rättsområdet i någon mån kan ha förskjutit sig sedan rättsfallet tillkom.

Ytterligare en faktor av betydelse torde påverka tillämpningen: om förfarandet framstår som ett någorlunda naturligt led i normalt friluftsliv, torde detta tala mot straffansvar. Lagstiftarens positiva inställning till allemansrätten är så pass markerad att den bör beaktas i sammanhanget (jfr 7 ovan). Också annars bör den omständigheten, att ett intrång sedvanemässigt accepteras, spela en roll för straffbarheten – t.ex. när det gäller tillfällig parkering på annans mark intill en väg.[96] Å andra sidan får man ta viss hänsyn till att ett handlingssätt *till sin typ* framstår som så pass skadligt för en innehavares intressen, att man inte gärna kan tillåta det.[97] Sådana resonemang framträder bl.a. i minoritetens bedömning av bryggbygget i 1949 års fall. De tar sikte just på den nyss berörda risken, att även ett i och för sig ganska harmlöst intrång kan bli svårt att tolerera vid större tillströmning till fastigheten.[98]

Besittningsrubbande handlingar kan naturligtvis begås också av någon, som jämte besittaren har viss rätt till fastigheten: en fastighetsägare uppför stängsel eller företar anläggningar på utarrenderad mark, en jakträttsinnehavare ställer upp husvagn på fastigheten utan särskilt lov av ägaren, innehavaren av ett vägservitut använder vägen till annan trafik än som förutsattes vid servitutets tillkomst. I sådana fall får man till en början ställa frågan, om inte avtalet mellan parterna kan uppfattas så att gärningsmannen är berättigad också till åtgärder av det aktuella slaget. Ofta torde detta vara fallet. Men även om avtalet inte kan anses tillåta åtgärden, torde gärningsmannens speciella ställning många gånger vara ett skäl för att handlandet går fritt från straff; detta är i varje fall närliggande i fråga

om handlingar som inte innebär ekonomisk skada utan bara medför (begränsade) olägenheter för innehavaren eller består i ett visst utnyttjande av fastigheten. Förmodligen får en medkontrahent ta sig något större friheter i detta avseende än en främling, i varje fall om inte handlandet uttryckligen förbjudits genom avtalet. I fråga om grannars intrång kan visserligen inte någon avtalstolkning åberopas till stöd för straffrihet, men också för deras del kan ett resonemang av det angivna slaget synas motiverat; grannars rätt lär på vissa punkter gå något längre än allemansrätten.[99]

Förhållandena i kontrakts- och grannförhållanden torde vara alltför varierande för att man här skall kunna dra upp närmare riktlinjer för bedömningen. Dessa situationer skall jag inte gå närmare in på i fortsättningen; jag behandlar huvudsakligen besittningsrubbningar av personer, som inte kan åberopa sin särskilda ställning till stöd för handlandet.

12. Med ledning av det sagda skulle en rad olika fall som berörs av 8: 11 2 st. BrB kunna bedömas på följande sätt.

Anbringande av stängsel medför i allmänhet viss olägenhet för innehavaren av en fastighet (eller av en berörd servitutsrätt, t.ex. till en väg), utom när stängslet satts upp rent tillfälligt. I de typiska fallen är väl meningen just att försvåra en passage eller liknande för innehavaren. Här är det normalt inte fråga om handlingar i friluftslivets intresse. Man kan naturligtvis tänka sig helt oskyldiga förfaranden av detta slag, exempelvis på mycket sällan besökta delar av fastigheten eller vägar som en servitutshavare numera nästan aldrig använder; men i normala fall torde anbringandet vara straffvärt.

Ett stängsel eller en liknande anordning behöver inte innebära att en passage förhindrats, bara att denna blir svårare. Några fall där 191 § UL tillämpats kan antyda var gränsen går för det tillåtna. När ägaren av en utfartsväg, som sedan lång tid använts av andra fastighetsägare för transporter m.m., avstängde vägen för trafik med motorfordon och andra större fordon, ansågs detta otillåtet oavsett den rätt en ägare av enskild väg har att bestämma om motortrafik på vägen (NJA 1940 s. 52); men bedömningen blev motsatt, när en haspad men inte låst länk hade uppsatts så att biltrafik på vägen blev krånglig men inte omöjlig (NJA 1974 s. 621).[100] Utgången kan här ha påverkats av

förhållandena i det enskilda fallet, bl.a. av att avsikten med länken var att hindra obehörig trafik som i viss omfattning förekommit på vägen. Det verkar emellertid troligt att om ägaren bara i viss mån försvårar en passage utan att förhindra den – han ordnar t.ex. ett stängsel med stätta över en gångväg – man normalt inte jämställer detta med att han anbragt stängsel i lagrummets mening. Bara i mera speciella fall, där en påtaglig olägenhet uppkommit, lär straff komma i fråga.[101] Om någon som saknar varje rätt till området spärrar av en väg, torde dock intrånget vara så pass markerat att det är straffbart. – Att enbart sätta upp en *skylt* som förbjuder passage lär inte utgöra egenmäktigt förfarande,[102] men handlingen kan ibland straffas enligt naturvårdslagen (17 § 2 st. och 38 §).

Brytande av stängsel innebär en sorts skadegörelse, frånsett när ett nedrivet stängsel omedelbart satts upp igen i sitt tidigare skick. Oavsett var på en fastighet brytandet skett, synes straffansvar vara motiverat. Allemansrätten tillåter inte förfarande av detta slag; att stängselgenombrott ibland kan utverkas (17 § 1 st. NVL) medför inte att utomstående får ta rätten i egna händer. Däremot är det sannolikt att undantag får göras för oanvända och vanvårdade stängsel; gammal nedrostad taggtråd torde t.ex. få tas bort för att inte folk i närheten av en badstrand skall skadas.[102a] – För att man på färsk gärning skall få ta undan ett stängsel, varmed ägaren avstängt en tidigare använd väg, lär det vara nödvändigt att man har rätt till vägen eller åtminstone använt den under längre tid; bara då kan det bli tal om ett rubbat besittningsförhållande.[103] Enbart allemansrätt kan inte antas vara tillräcklig för att motivera straffrihet i dessa fall.

Byggande, uppfattat på samma sätt som i byggnadslagstiftningen, innebär i regel att den främmande fastigheten utnyttjas på ett sätt som går utom det tillåtnas gräns. Någon gång kan meningen vara att underlätta friluftsliv – en koja uppförs utan fastighetsägarens tillstånd långt från människoboningar till skydd för skidåkare och vandrare – men det står klart att allemansrätten i och för sig inte innebär rätt till byggande av något slag; här kan åberopas NJA 1949 s. 167, där ett ännu oskyldigare förfarande ansågs otillåtet. Normalt torde alltså byggande medföra straffansvar, oavsett syftet. Undantag kan möjligen vara motiverat när en primitiv hydda, som uppförts på lek eller liknande, utan vidare kan rivas – detta under förutsättning att förfarandet inte inneburit någon olägenhet för markägaren.

Grävning kan ibland innebära en viss (sällan betydande) skada och utgör i andra fall ett varaktigt ingrepp i fastigheten. Bagatellartade åtgärder, som inte lämnar nämnvärda spår efter sig, bortser man

förmodligen från i straffrättsliga sammanhang. Det har sålunda inte ifrågasatts att tältning skulle vara straffbar på den grund att viss grävning kan ingå – något som dock kan ha berott på att hänsyn till allemansrätten spelat in.[104] Om gärningen kan anses ha medfört skada, spelar det förmodligen mindre roll var den ägt rum. En grävning som förfular fastigheten är dock lättare att tolerera på en avlägsen plats än t.ex. i närheten av bostadshuset. – När grävningen syftar till att produktivt utnyttja fastigheten mer än i bagatellartad omfattning, kan den förmodligen medföra straff även när den inte kan anses skadlig.[104a]

Plöjning innebär att annans mark utnyttjas; ibland kan det tänkas ske på så olämpliga ställen att det närmast blir fråga om skadegörelse. Förfarandet torde i allmänhet ha sådan betydelse att straff kommer i fråga.

Beträffande *upptagande av väg* ger motiven (11 ovan) ganska god ledning. Tydligen avser uttrycket handlingar som medför viss skada på marken; samtidigt utnyttjas denna, om också bara tillfälligt. Handlandet kan inte sällan straffas enligt andra lagrum, såsom enligt terrängkörningslagen eller 12:4 BrB (tagande av olovlig väg). I varje fall när färdseln lämnar bestående spår efter sig i form av en tydlig körväg eller gångväg som inte funnits där förut, torde den i princip vara straffbar som egenmäktigt förfarande. Man bör dock vara försiktig att döma till ansvar vid gångtrafik, där allemansrättsliga hänsyn kommer in i bilden – en familj trampar t.ex. under en sommar upp en skogsväg till en badplats. Här kan man sätta i fråga om inte straffansvaret enligt 8:11 2 st. bör inskränkas till fall där gångtrafiken går över tomt, plantering, åker eller betesmark och verkligen gjort skada på marken; annars bör det vara nog att viss färdsel kan straffas enligt 12:4. – Att någon utan markägarens lov sätter upp snitslar som skall markera t.ex. ett motionsspår eller en vandringsled bör kunna likställas med upptagande av väg, men även här synes straffansvar enligt 8:11 2 st. vara motiverat bara när verklig skada vållas, inte t.ex. vid tillfällig snitsling genom ett skogsområde. Det torde knappast räcka för straffansvar att allmänhetens passage medför viss otrevnad eller annan olägenhet för markägaren.[105] Uppsatta orienteringskontroller kan också medföra en tillströmning till kontrollens omgivningar, med vissa markskador som följd. Vid så pass tillfälliga och föga ingripande åtgärder bör det dock i regel vara nog att arrangören blir skadeståndsskyldig, om kontrollen satts upp utan att tillbörlig hänsyn tagits till skaderisken. Finns det en arrangör att kräva, är ju inte skadeståndsmöjligheten lika opraktisk. Här talar ju också hänsyn till friluftslivet

för en tolerant bedömning. Bara om det är fråga om en fast kontroll, som i längden måste antas medföra skada på känslig mark i närheten, torde straffansvar kunna diskuteras.

Vad angår det i motiven berörda fallet att en tidigare använd väg ytterligare förslitits, är att märka att också detta kan medföra ansvar enligt andra regler: 12:4 BrB, om vägen inte är avsedd för trafiken i fråga och denna därför medför skaderisk,[106] vägtrafikkungörelsen (151 och 163 §§) vid motortrafik på enskild väg om ägaren förbjudit trafiken, terrängkörningslagen vid motortrafik på gångstigar.[107] Behovet att ytterligare straffbelägga förfarandet verkar inte så stort. Med hänsyn till att motiven tyder på att en ganska intensiv användning av vägen skulle fordras[109] finns det kanske skäl att här inskränka straffansvaret enligt 8:11 2 st. till mera långvarigt begagnande – en gångstig används t.ex. regelbundet för körslor eller ridning så att den ändrar karaktär.

När någon *låter kreatur beta* på annans mark innebär det ett utnyttjande av marken som ligger nära tillgreppsbrott.[110] Här torde straff i regel vara motiverat, oavsett var betningen ägt rum.

Det återstår att bestämma vilka *andra fall av besittningsintrång* som är jämförliga med dem som direkt nämns i lagen och i vad mån man på annat sätt än exemplen anger kan *skilja någon från besittningen* till en fastighet så att lagrummet blir tillämpligt. Frågorna hänger nära samman; tvekar man om en handling skiljer fastighetens innehavare från besittningen, utgör den vanligen åtminstone en form av intrång.

Vad först gäller egentligt bruk av annans fastighet, nämner motiven *sådd* och *plantering*.[111] Frånsett helt bagatellartade fall torde ett sådant utnyttjande vara straffbart, var det än ägt rum.

Mera praktiskt är kanske att någon företar en *anläggning* på annans mark, något som kan vara jämförligt med byggande och i vart fall knappast bör bedömas strängare än så – vanligen mildare. Här kan man åter hänvisa till NJA 1949 s. 167 (8 ovan), där det ansågs otillåtet att anlägga en mycket enkel badbrygga som också användes till båthamn. HD:s uttalanden kan uppfattas så, att sommarstugägarens handlande skulle ha utgjort straffbart intrång;[112] Man bör kanske inte fästa så stor vikt vid att i så fall HD, i strid med vad som på den tiden ansågs möjligt, ålagt vite där det var fråga om straffbelagd handling.[113] Alldeles säker kan man dock inte vara på straffbarheten, och det kan i varje fall inte antas att mindre omfattande anordningar bedöms på samma vis – t.ex. att någon lagt plankor som en spång över en bäck för att lätt komma över bäcken i fortsättningen, eller rensat en strand från stenar för att den skall bli bättre som badstrand.

Sådana förhållanden medför normalt så ringa olägenhet för en markägare, att de enligt det här förda resonemanget bör vara straffria, särskilt om de skett i friluftslivets intresse. Att märka är att man i dessa fall knappast kan tala om någon besittning för främmande personer, vilken markägaren skulle få respektera. När ägaren upptäcker ingreppet, får han – om det är till besvär för honom – utan vidare återställa tidigare förhållanden; han tar t.ex. bort spången för att slippa folk som inkräktar på hans sida om bäcken.[114] – Andra anordningar är så harmlösa att det inte vore rimligt att ådöma straff ens när de är av mera varaktigt slag; ett exempel är när fågelholkar satts upp i en skog utan markägarens lov (förutsatt att träden inte skadats).

I andra fall har fastighetens innehavare faktiskt *skilts från besittningen* till en del av fastigheten: han kan åtminstone för tillfället inte använda området. Ett exempel är *upplag* på annans fastighet. Detta kan ibland innebära ett sådant utnyttjande av annans mark att egenmäktigt förfarande föreligger. Bagatellartade fall torde dock gå fria från straff. I andra gränsfall, bl.a. vid mera tillfällig uppläggning, får beaktas, om markägaren har någon olägenhet av att marken används på detta vis – den kanske är avsides belägen eller oländig. – Att skrot och annat avfall placeras på annans mark är i vart fall straffbart som nedskräpning enligt 23 och 37 §§ naturvårdslagen, men medför förfarandet mera betydande obehag eller olägenhet för markägaren torde även ansvar för egenmäktigt förfarande kunna åläggas.[115]

Ett gränsfall är *tältning*. Vid naturvårdsupplysning och i liknande sammanhang brukar man – veterligen utan stöd i lagmotiv eller rättspraxis – anta att ett dygns uppehåll på varje ställe är tillåtet, inte mera.[116] Tältning på tomt, plantering och annan skadekänslig mark anses naturligtvis förbjuden, men annars skulle det inte spela någon roll var tältningen äger rum. Man kan sätta i fråga, om denna avgränsning är alldeles riktig. Betydelsen av tältningen är ju väsentligen att den på olika sätt kan medföra olägenhet för markägaren, och ett nyttjande av marken under några dagar framstår ofta som så bagatellartat att det knappast kan jämställas med de exempel BrB nämner. I brottsbalkskommentaren sägs också, att dessa inte ger stöd för att anse tältning på annans mark straffbar, "såvida icke den tältande inrättat sig på ett sätt som kommer hans förfarande att te sig likvärdigt med de exempelvis anförda fallen";[117] närmast är det väl en parallell med byggande som kommer i fråga. Det skulle innebära att hänsynsfull tältning under några dygn kan vara tillåten, knappast däremot tältning under en hel semester utan markägarens samtycke.[118] – Tältar man på sådan plats att det innebär en påtaglig

olägenhet för markägaren, kanske till hinder för jordbruket eller nära bostadshuset, kan det å andra sidan sättas i fråga, om ens en natts tältning bör gå fri från straff. Att markägaren direkt förbjuder tältning bör inte i och för sig vara avgörande – det är bara ett indicium på att han har besvär av tältningen.[119] Det väsentliga är vad denna objektivt sett betyder för markägaren. Tältning på annans tomt bör under alla omständigheter bedömas som egenmäktigt förfarande, liksom tältning som annars medför påtaglig skada på marken. – T.o.m. i sådana fall får tältaren anses ha besittningsskydd i fråga om tältet; bara på färsk gärning torde markägaren få riva ned det.[120]

Ett annat tveksamt fall utgör *parkering*, som innebär att marken i viss mån utnyttjas och dessutom kan medföra olägenhet för innehavaren. I motsats till tältning anses parkering inte falla under allemansrätten, och bedömningen bör därför bli något strängare. Man har anfört parkering som exempel på att någon hindrar fastighetens besittare att för önskat ändamål använda sin del av fastigheten, och betonat att förfarandet typiskt sett innebär att bilisten avlägsnar sig från bilen och gör den plats där den står oåtkomlig för annan under en inte alltför obetydlig tid – detta till skillnad från färd in på enskild väg, även om vägen går över tomt.[121] Genom att parkera torde man på detta sätt skilja markägaren från besittningen till en del av fastigheten, om också kortvarigt.

Sedvanemässigt anses mera kortvarig parkering tillåten vid sidan av väg, om den inte medför olägenhet för markägaren eller den som annars har rätt att använda vägen.[122] Man kan dock sätta ifråga, om ens oskyldig parkering är tillåten, ifall den sker mot ägarens uttryckliga förbud. I NJA 1970 s. 82 har sålunda parkering utan lov på en inhägnad parkeringsplats, belägen på tomtmarken till ett hyreshus och avsedd för en annan kategori än bilisten, bedömts som egenmäktigt förfarande utan att några olägenheter för ägaren åberopats. Kanske kan man bortse från ett förbud att parkera intill vägen som ter sig helt obefogat; men i övriga fall riskerar nog bilisten att göra sig skyldig till egenmäktigt förfarande om han här handlar i direkt strid med markägarens vilja. – Att någon temporärt stannar på ett ställe som är olägligt från ägarens synpunkt lär däremot inte vara straffbart, i vart fall inte om han flyttar sig på anmodan.

När inte parkering uttryckligen förbjudits, lär det vara tillåtet att mera kortvarigt ställa en bil på annans mark, ifall detta inte medför någon som helst olägenhet för markägaren. Även detta är en sådan oskyldig besittningsrubbning att straffbestämmelsen rimligen inte bör tillämpas.[123] Hur länge en sådan parkering får vara är ovisst. – Att

bilisten undviker att använda en avgiftsbelagd parkeringsplats och i stället parkerar någon annanstans på samma fastighet är förmodligen inte straffbart i och för sig, om han ställer bilen på ett sätt som kan godtas; ofta torde det dock stå klart, att markägaren motsätter sig parkering i parkeringsplatsens närhet. I varje fall lär det utgöra egenmäktigt förfarande om någon utnyttjar marken så varaktigt att detta normalt kräver vederlag, t.ex. då en sommarstugägare konsekvent ställer bilen på annans område utan dennes tillstånd.

Att lägga en *båt* vid annans brygga lär normalt vara tillåtet bara rent tillfälligt,[124] men det behöver inte innebära att en längre förtöjning där är straffbar. Även här torde det ha betydelse, om båten är till olägenhet för bryggans eller båtplatsens innehavare och om båtägaren på något sätt har vinning av förfarandet – han slipper kanske betala avgift i en närbelägen båthamn.[125] Framstår förfarandet som oskyldigt från sådana synpunkter, bör det medföra straff bara om båtägaren mera varaktigt inrättar sig på detta vis trots innehavarens protester. Ännu mildare torde man se på båtförtöjning vid stränder i övrigt. Endast om förtöjningen är varaktig och regelbunden och samtidigt är till olägenhet för markägaren, t.ex. därför att den sker vid en badstrand, synes den böra medföra straff.[126] Att här fästa vikt vid förbudsskyltar skulle stämma illa med tanken bakom naturvårdslagens regler till skydd för friluftslivet (15–17 §§). – Rättsläget är emellertid i hög grad osäkert också rörande dessa förfaranden.

Uppställning av *husvagn* utan lov får man se betydligt strängare på än uppställning av bilar, när husvagnen parkeras över natten. Sannolikt är det bara någon enstaka natts uppställning långt från bostadshus på fastigheten som kan tolereras. Att överse med en längre uppställning därför att marken inte går att använda till annat[127] ter sig knappast motiverat. Nyttjandet har inte så litet värde för husvagnsägaren, och en invasion av husvagnar kan bli besvärande för fastighetens innehavare även om man lämnar området kring hans tomt i fred.

Mera *kortvarig befattning med annans egendom* kan i allmänhet antas vara straffri, om inte skadan, olägenheten eller vinningen med åtgärden är mycket framträdande. Att obehöriga uppehåller sig i främmande lokaler – trappuppgångar, fabrikslokaler, hölador – ansåg departementschefen i förarbetena till BrB ofta kunna bedömas som egenmäktigt förfarande, särskilt då vederbörande vägrade att avlägsna sig på tillsägelse. Enligt lagrådet var det dock önskvärt med ett mera konsekvent skydd för sådana lokaler, och på dess förslag infördes därför den nuvarande straffbestämmelsen om olovligt intrång i 4:6 2 st. BrB.[128] Departementschefens uttalande fick alltså ingen inverkan

på lagstiftningsfrågan, och det torde knappast böra tillmätas större betydelse, även om något motsvarande gäller vid intrång i bilar (se NJA 1952 s. 50) och väl också i fartyg. – Här kan också hänvisas till NJA 1971 s. 210, där HD ansåg bilfärd mot förbud in på enskild väg inte utgöra straffbart besittningsintrång. Att märka är att avgörandet i viss mån strider mot det tidigare notisfallet NJA 1964 B 27, där bilkörning in på ett inhägnat och särskilt iordningställt naturområde (Kullaberg) utan att vederbörlig avgift erlades bedömdes som egenmäktigt förfarande; fallet hade tidigare berörts i litteraturen[129] och borde knappast ha varit obeaktat när 1971 års prejudikat tillkom. Som Jareborg anfört[130] torde för att egenmäktigt förfarande skall föreligga i sådana fall fordras att vederbörande brutit stängsel eller dylikt. Om i andra fall en person utan att använda våld passerar in på ett avstängt område förbi den som vill avkräva honom vederbörlig avgift, borde det i allmänhet vara möjligt att tillämpa regeln i 9: 2 2 st. BrB.[131]

En särskild form av besittningsintrång är att hindra någon att ta sig igenom en passage som han har rätt att begagna (jfr vad som nyss sagts om anbringande av stängsel). HD har ansett egenmäktigt förfarande föreligga, när en fastighetsägare genom låsbyte hindrat en hyresgäst att passera genom en dörr åt ena hållet, fast han alltjämt kunde begagna dörren i motsatt riktning (NJA 1963 s. 233).

Här har inte berörts sådana mera utpräglade besittningsrubbningar som när någon obehörigen utestängts från bostad eller annan lokal som han har rätt att använda avhyses därifrån. Straffbarheten torde i regel stå klar. Om bara psykiska medel används, t.ex. när ett anslag sätts upp om förbjudet tillträde, lär inte 8: 11 2 st. kunna åberopas.[132] – Att göra ett hus eller ett område temporärt oanvändbart, t.ex. genom giftbesprutning, torde kunna betraktas som besittningsintrång.[133]

Det framgår av det anförda att man i rättstillämpningen bör ha vissa möjligheter att mjuka upp den stränga tillämpning av straffbestämmelsen som motiven kan synas påkalla. Om någon anknytning till de civilrättsliga reglerna om besittning är dock inte fråga; det är andra synpunkter som får anläggas, om man vill nyansera straffreglerna.

13. I det föregående har jag försökt jämföra innebörden av begreppet fastighetsbesittning i civilrättsliga och i straffrättsliga

sammanhang. Att här finns ganska betydande skillnader verkar klart. Visserligen har mina antaganden om begreppets innehåll i olika lägen delvis byggt på ändamålssynpunkter som bara antyds i lagarnas förarbeten; de behöver inte nödvändigtvis bli avgörande, om frågan ställs på sin spets. Det är sparsamt med rättspraxis och tydliga motivuttalanden på området, och domstolarna utgår kanske från en något mera enhetlig tolkning av besittningsbegreppet än jag antagit. Främst vid vissa handlingar riktade mot avtalskontrahenter kan vad som här kallats det obligationsrättsliga besittningsbegreppet tänkas bli tillämpligt också i straffrätten.[134] Att man i övriga avseenden skulle följa den civilrättsliga gränsdragningen i straffrättsliga sammanhang är dock inte troligt. Det straffrättsliga begreppet är i vissa avseenden mera schematiserat, det sträcker sig ofta längre, och det anknyter i mindre grad till de faktiska förhållandena på fastigheten.

Det är inte något underligt i denna skillnad. Som inledningsvis framhölls är man idag väl medveten om att besittningsbegreppet har varierande innehåll, i varje fall när det gäller lös ska. Naturligtvis kan det verka något överraskande att straffrättskommittén och brottsbalkskommentaren hänvisat till civilrättens regler på området. Men som utvecklats i det föregående (8), kan uttalandena antas ta sikte bara på vissa situationer, närmast verkan av olika avtalsförhållanden beträffande fastigheten. Att ett motivuttalande, utbrutet ur sitt sammanhang, i speciella fall kan leda på villovägar är inte något säreget. Om man inte stirrar sig blind på kommitténs och kommentarens formuleringar – och det gör nog inte många erfarna jurister – lär de inte ställa till större bekymmer i praktiken.

En annan sak är att det vidsträckta straffrättsliga besittningsbegrepp som motiven tycks utgå från kan leda till olämpliga resultat, särskilt vid tillämpningen av 8: 11 2 st. BrB. Man tycks ha gått väl långt i sin ambition att i största möjliga utsträckning likställa fastighet med lös sak. Vissa typer av intrång är utan tvivel straffvärda, hur liten befattning ägaren än tagit med det område där tillgreppet sker. Men vid andra gärningar, som i och för sig kan synas falla under straffbestämmelsen, ter sig detta betydligt mera diskutabelt. Här har jag rekommenderat

att förhållandet får påverka tolkningen av begreppen besittningsintrång och skiljande från besittning; detta tycks vara ett sätt att undvika olämpliga konsekvenser av lagens uppbyggnad (11, 12 ovan). Men om rekommendationerna stämmer med gällande rätt är ofta högst osäkert. I litteraturen förekommer både strängare och mildare bedömningar, och domstolspraxis är mager på området.

Man kan naturligtvis ställa frågan, om det är så lyckat att alls använda ordet "besittning" i 8: 11 2 st., när det medför sådana problem vid tillämpningen. Besittning framstår i högre grad än många andra "mellanbegrepp", t.ex. äganderätt, som en beskrivning av ett faktiskt förhållande – en yttre relation mellan besittaren och egendomen.[135] Då är det inte tillfredsställande att begreppets innebörd i fråga om fastigheter varierar så pass mycket på olika områden, och att det får beteckna relationer av helt annat slag än då det används om lös sak. Detta kan vara störande för jurister som är angelägna om klarhet och konsekvens i begreppsbildningen, och vad som är allvarligare: det kan lätt framstå som stötande för allmänheten. I den mån man alls har någon uppfattning om vad "besittning" innebär kan man finna det orimligt att exempelvis staten eller ett skogsbolag skulle inta samma skyddade ställning i fråga om ett avlägset skogsskifte som en privatperson har beträffande sitt bohag eller sin lägenhet. För kritiska lekmän kunde lagen synas ta de mäktiga ägarintressenas parti – inte minst om den enskilde straffas för ett besittningsintrång, som i realiten tycks sakna varje betydelse för ägaren. Detta kan tala för att modernisera lagreglerna, så att det tydligare anges vilka handlingar som idag anses straffvärda.

Så kan man tycka. Men det är ganska ovisst om just lagens terminologi här spelar en sådan viktig roll. Hur många personer utanför juristkretsar har en mera bestämd mening om vad "besittning" egentligen är? För övrigt kan lagens inställning alltid missförstås av berörda enskilda personer och av massmedia, hur omsorgsfullt man än utformar straffbestämmelserna för överskridande av allemansrätt och liknande gärningar. Att byta ut "besittningsintrång" mot exempelvis "intrång i äganderätt eller särskild rätt" skulle kanske bättre stämma med vad som

verkligen avsågs vid regelns tillkomst; men det skulle närmast leda just till en sådan sträng rättstillämpning som jag här tagit avstånd från. Dessutom bryter man då den systematiska dispositionen av reglerna om förmögenhetsbrott, vilken torde ha ett egenvärde – i vart fall enligt rådande synsätt när nuvarande regler tillkom.[136]

Vill man undvika olämpliga resultat, vore det kanske bättre att från straffbestämmelsen i 8: 11 2 st. undanta mera oskyldiga förfaranden. Det kunde verka närliggande att generellt låta ringa fall gå fria från straff,[137] något som radikalt skulle minska betydelsen av straffbestämmelsen i fråga. Men då går man nog allför långt; det måste anses motiverat att skydda markens innehavare mot handlingssätt, som i och för sig kan synas relativt harmlösa men skulle medföra betydande obehag eller skada, om de blev mera allmänt förekommande. Som framgått är detta en praktisk risk i dessa situationer. Lämpligare kunde vara att undanta besittningsrubbningar som saknar betydelse för fastighetens ägare eller annan innehavare av särskild rätt. Redan idag torde det vara sällsynt att sådana fall polisanmäls och ännu ovanligare att de åtalas.

Saken förefaller dock knappast värd ens ett sådant ingripande av lagstiftaren, om det inte har samband med en mera allmän översyn av straffbestämmelserna på området eller en lagstiftning om allemansrätten. För att undgå olägenheter borde det egentligen räcka att juristerna blir medvetna om problematiken; detta är huvudsyftet med min artikel. Sedan är det inte så svårt att i praktiken komma till rimliga resultat.

Noter

1. Också inom skadeståndsrätten får besittning betydelse, bl.a. genom att besittaren anses bära ett presumtionsansvar för skada på omhändertagen egendom; han får alltså exculpera sig. Jfr t.ex. Rodhe, Obligationsrätt § 20 vid not 28. I fråga om fastighetsbesittning kan man inte utgå från samma regel (jfr Bengtsson, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom s. 120 f och NJA 1975 s. 657).
2. Se t.ex. Beckmans uppsats i Festskrift till Håkan Nial (1966) s. 73 ff. Märk att Beckman var sekreterare i straffrättskommittén när de här berörda motivuttalandena (nedan vid not 60 ff, 91 ff) tillkom.
3. Förhållandet har betonats av åtskilliga nordiska författare, först väl av Torp i avhandlingen Besiddelsen og dens betydning i retlig henseende (1884). — Jfr vidare von Eyben, Formuerettigheder, § 6 VII, med översikt av olika upppfattningar i frågan, och Brækhus-Hærem, Norsk tingsret s. 30 ff.
4. Sakrätt I, § 5 I.
5. A.a. § 5 II.
6. A.a. § 8.
7. Sakrätt avseende lös egendom s. 40, 154 ff.
8. Bidrag till läran om besittning enligt svensk rätt. Besittningsbegreppet.
9. Se bl.a. Savigny, Das Recht des Besitzes (7. Aufl. 1865) s. 25 ff.
10. Jhering, Grund des Besitzesschutzes (1869) s. 177 ff, 185 ff.
11. Undén, a.a., § 5 II; Håstad, a.a. s. 43.
12. Se särskilt Fr. Vinding Kruses utläggningar om begreppet "Tilhør", som vore mera lämpat än besittningsbegreppet att i olika sammanhang ange en persons anknytning till en sak (Ejendomsret I, s. 600 ff). Se även Illum, Dansk Tingsret (3. uppl. 1976) s. 397 ff.
13. Undén, Sakrätt II:1 § 6.
14. Sakrätt I § 5 .II
15. Jfr Undén, Sakrätt II:1 § 6.
16. Sakrätt I § 8, § 9 I.
17. Sakrätt II:1 § 6.
18. Jag bortser här från några kortfattade anmärkningar i Bengtsson, Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten (kompendium; 1976) § 2.
19. SOU 1940: 20 s. 122.
20. Beckman m.fl., Brottsbalken I (4 uppl. 1974) s. 346.
21. SOU 1940: 20 s. 174 f; jfr Beckman m.fl., a.a. s. 428, Jareborg, Brotten II s. 86 f.
22. Undén, Sakrätt I § 9 I.
23. Så Ekeberg-Benckert, Sakrätt (kompendium; 1938) s. 38.
24. Jfr 151, 163 §§ vägtrafikkungörelsen.
25. Att en fastighet sambrukas med en annan fastighet, där besittningsläget är lättare att urskilja, kan naturligtvis tänkas ge vägledning i vissa fall; men dessa förhållanden är inte lätta att konstatera för utomstående personer.
26. Jfr Unden, a.a. § 6 II.
27. Se NJA II 1972 s. 89.
28. SOU 1947: 38 s. 197.
29. Här får man anlägga andra synpunkter än i sakrättsliga konflikter; jfr om en liknande situation Almgren i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Ph. Hult (1960) s. 14 f.
30. Ännu ett argument för detta kan i konkursfall vara, att jordägaren dessförinnan har svårt göra gällande förmånsrätt enligt 5 § 1 p. förmånsrättslagen.

31. Jfr här SvJT 1941 rf s. 19 och även NJA 1919 s. 173 ("verkligt brukande").
32. Wallin, Allmänna hyreslagen (1969) s. 136.
32 a. Jfr NJA II 1968 s. 361, NJA II 1972 s. 269.
33. NJA II 1908 s. 85 ff. Jfr NJA II 1957 s. 251 ff.
34. NJA II 1908 s. 155.
35. SOU 1960:25 s. 307 f; NJA II 1972 s. 221.
36. Jfr Walin, a.a. s. 123, Bengtsson, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom s. 198 med not 16.
37. Jfr 4:17 JB, varav framgår att köparen bara kan göra gällande belastningen mot säljaren om han är i god tro.
38. Möjligen kan man tänka sig att den kommande användningen markeras genom skyltar eller liknande, något som i varje fall kan medföra att förvärvaren kommer i ond tro enligt 7:14 JB.
39. NJA II 1957 s. 251 f.
40. SOU 1960:25 s. 499 f. Jfr Undén, Sakrätt II:1 § 15 VII.
41. Se närmare Undén, a.a. § 17.
42. Jfr Undén, a.a. § 17 III. – Se även Almquist, Det processuella förfarandet vid ägotvist s. 193 f.
43. Jfr också NJA 1875 s. 521.
44. Se referat s. 190.
45. Se ovan vid not 39.
46. Jfr NJA 1911 s. 257, särskilt JR Sjögrens yttrande.
47. Jfr Prop. 1970:145 s. 123, 451, Prop. 1970:20 A s. 311 f. Att grannen protesterar mot gränsen medför bara att den inte kan anses "oklandrad".
48. Jfr NJA 1981 s. 1 (uttalandet s. 182); i detta mål var dock förhållandena speciella.
49. Jfr SOU 1947:38 s. 290 ff, NJA II 1972 s. 135 ff.
50. Jfr Bengtsson, Sakrättsliga frågor s. 46 ff med hänvisningar.
51. Det sagda stämmer också med vad som lär gälla i civilrättsligt hänseende om virke, upplagt på avlägsna delar av en fastighet; jfr t.ex. NJA II 1944 s. 511. Här har dock besittaren faktiskt tagit befattning med egendomen i fråga.
52. Jfr Eschelson, a.a. s. 88 f.
53. Se även 15:4 RB, som följer mönstret av tidigare 191 § UL; RB:s regel synes mindre ofta tillämpad.
54. Här bortses från vissa gränsfall, där det kan diskuteras om en produkt är sådan som anges i 12:2 2 st. BrB.
55. Undén, Sakrätt I § 5 II. Jfr även Beckman m.fl., a.a. s. 125 f, Thornstedt i Festskrift till Ivar Agge s. 381.
56. Se härom bl.a. Bengtsson, Allemansrätt och markägarskydd (2 uppl. 1966) och Jonzon-Delin-Bengtsson, Naturvårdslagen (1976), särskilt s. 25 f, 38 ff.
57. Se t.ex. SOU 1940:20 s. 123, 174.
58. Se Strahl, Allmän straffrätt s. 407 ff; Jareborg, Brotten I s. 213 f.
59. Jfr nedan vid not 74 f.
60. En lindrigare bedömning av dessa förfaranden ansågs hellre böra åstadkommas genom att brottstypen privilegierades; bestämmelserna hade därtill visat sig mycket svårtolkade.
61. Se SOU 1940:20 s. 122 f. – Enligt kommittén borde tillgrepp från fastighet anses som stöld, även då fastighetägaren själv tillgrep beståndsdelar som inte tillkom honom (t.ex. arrendatorn tillkommande kulturprodukter från utarrenderad mark). Så bedömdes också fastighetsägarens intrång i skogsavverkningsrätt, om upplåtelsen hade karaktären av arrende, medan det utgjorde olovligt förfogande, om avverkningsrätt upplåtits som partiell nyttjanderätt. En innehavare av partiell

bruksrätt gjorde sig skyldig till stöld, om han tog annat eller mer än han hade rätt till.

62. Nuvarande lagstiftning fick sin utformning först år 1948 men byggde i denna del på kommitténs motivuttalanden. Jfr nedan vid not 91 ff och NJA II 1949 s. 29 ff.
63. SOU 1940:20 s. 174 f.
64. Jfr Jareborg, Brotten II s. 86 f.
65. Jfr här NJA 1966 s. 107, där märkning av virke ej ansågs ge besittning i straffrättslig mening ens genom ytterligare åtgärder med virket (inmätning); rättsfallet har dock begränsad betydelse genom att den speciella lagen om köpares rätt till märkt virke tillkom just därför att inte besittningsförhållandena ansågs ge sakrättsligt skydd för förvärvaren (NJA II 1944 s. 511).
66. Innehavaren av en torplägenhet hade förpliktats avträda denna till ägaren av ett hemman dit lägenheten hörde; efter avträdestidens utgång, då parterna alltjämt processade om storleken av lösen för lägenheten, plöjde hemmansägaren upp en del av lägenhetens jord. Som han inte visat att lägenhetsinnehavaren blivit från lägenheten i laga ordning skild, dömdes han för egenmäktigt förfarande (dåvarande 10:20 SL). Den faktiske innehavaren betraktades alltså som besittare, trots att han numera saknade rätt till den och inte heller hade kontroll över fastigheten i aktuellt avseende. – Jfr däremot SvJT 1941 rf s. 19, nedan i not 72. Jfr även NJA 1904 s. 212 (ej ansvar vid för tidigt besittningstagande av exproprierad mark).
67. Jfr föregående not.
68. Jfr Undéns uttalande, anfört ovan vid not 22.
69. Jfr ovan not 61.
70. Något tveksam är väl situationen, om nycklarna överlämnats i förtid; men det beror i så fall på att säljaren kan tänkas ha förbehållit sig att disponera över fastigheten i övrigt fram till den avtalade tillträdesdagen.
71. Jfr ovan vid 29.
72. Jfr om lös egendom RH 6:1981. Möjligen gäller detsamma, även om den avträdande efter avträdesdagen vidtar nya åtgärder med fastigheten: han anses inte ha återvunnit besittningen, om han inte tar området i mera intensivt bruk. Se SvJT 1941 rf s. 19, där en arrendator, som skulle avträda kolonilott, efter arrendets upphörande lade upp gödsel på lotten och besådde den; HovR:s majoritet ansåg honom inte därigenom ha bibehållit eller återvunnit besittning till lotten. Jfr NJA 1919 s. 173.
73. SOU 1940:20 s. 174 f.
74. Se SOU 1940:20 s. 95.
75. Som exempel på stöld utan besittningskränkning anför kommittén bara tillgrepp från död man eller från gravar; vidare diskuteras tillägnande av hittegods (ofta straffritt).
76. Jfr Undén, Sakrätt II:1 § 6. Till stöd för en sådan regel har åberopats NJA 1923 s. 136, där en fastighetsägare bärgat gröda på ett område som visserligen (enligt en senare förrättning) befanns höra till honom men enligt en gammal, på marken utstakad gränslinje hörde till grannen; han dömdes för egenmäktigt förfarande, enär den äldre gränsen var den för parterna gällande och grannen varit berättigad till grödan intill dess annan gränslinje blivit lagligen bestämd. Dessutom ålades den tilltalade ersättningsskyldighet för grödan.
77. SOU 1940:20 s. 123.
78. Jfr även det processrättsliga fallet NJA 1948 s. 99 (kapande av avloppsledning från annan tomt betecknades i rubriken som rubbning av besittningsförhållande – något som kritiserats av Hassler, Utsökningsrätt, 2 uppl. s. 402 not 32).

79. Se ovan vid not 39.
80. Se NJA 1902 s. 68, NJA 1940 s. 52, Bengtsson, Allemansrätt och markägarskydd s. 22 med där anförd litteratur.
81. Jfr Bengtsson a.st.
82. Se 16 § BrB:s promulgationslag med därunder anförda författningar. – Jfr ang. återställande av besittning i sådana fall Thornstedt i Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s. 480 ff och Bengtsson, a.a. s. 82 not 23. Jfr även NJA 1934 s. 375, där en person, som genom att felaktigt utge sig för ordningsvakt fått tältande att avlägsna sig, dömdes för egenmäktigt förfarande (dåvarande 10:20 SL).
83. Jag återkommer härtill nedan vid not 114.
84. Jfr ang. dansk rätt F. Vinding Kruse, a.a. s. 645 ff.
85. Jfr inställningen till ockupation av tomma rivningshus (en betydligt mera ingripande åtgärd) i många massmedia.
86. Jfr NJA 1958 s. 177.
86 a. Jfr Bergendal i SvJT 1948 s. 43.
87. Jareborg, Brotten II s. 90.
88. Se Undén, Sakrätt II:1 §6 ("tar väg över annans fastighet" mot besittarens förbud); formuleringarna, som härrör från tiden före nuvarande straffbestämmelsers tillkomst, bör inte tillmätas så stor betydelse idag.
89. Se nedan vid not 91 ff.
90. Se SOU 1940: 20 s. 124.
91. SOU 1940:20 s. 124.
92. Man befarade en inskränkning av allemansrätten i fråga om bär- och svampplockning o.d. och ville avvakta utredningsarbetet om skadegörelse. – Se närmare om det sagda NJA II 1942 s. 373 f, jfr s. 334 f.
93. NJA II 1949 s. 32.
94. Beckman m.fl., a.a. s. 347 f.
95. Brotten II s. 91.
96. Jfr nedan vid not 122.
97. Jfr ovan före not 85.
98. Se också Ljungman-Stjernquist, Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II (3 uppl. 1968) s. 139 f.
99. Jfr (närmast om färdselrätt) Bengtsson, a.a. s. 22 f. 73 ff.
100. Jfr även NJA 1982 C 60 (inskränkt framkomlighet på gångstig, även använd för transporter; handräckning).
101. Jfr Jareborg, Brotten II s. 91 f (möjligen strängare bedömning).
102. Jfr SvJT 1974 rf s. 57 och Jareborg, a.a. s. 92.
102 a. Jfr Jonzon-Delin-Bengtsson, a.a. s. 69. 177.
103. Jfr ovan vid not 80 f; som framgår är saken tveksam.
104. Jfr Beckman m.fl. a.a. s. 348, Jareborg, a.a. s. 91.
104 a. Så åtminstone enligt äldre rätt (Stjernberg, Kommentar till strafflagen kap. 24, 2 uppl. 1932 s. 7 f ang. dåvarande 24: 1 SL; jfr NJA 1877 s. 361).
105. Ang. nedskräpning se Jonzon-Delin-Bengtsson a.a. s. 232 f, 236.
106. Se Beckman, a.a. s. 511; jfr Bengtsson, a.a. s. 69.
107. Sådana lär inbegripas i "terräng" enligt lagen (Prop. 1975/76: 67 s. 43 f).
109. Jfr även JR Welamsons yttrande. NJA 1971 s. 215 f.
110. Jfr NJA II 1942 s. 374.
111. SOU 1940: 20 s. 124.
112. Så synbarligen Jareborg, a.a. s. 91.
113. Synpunkten berörs av Bengtsson, a.a. s. 21, 79.

114. Jfr ovan vid not 83.
115. Naturvårdslagen tar inte sikte på markägarens intresse; bl.a. kan även han straffas för nedskräpning (Jonzon-Delin-Bengtsson, a.a. s. 177; jfr även Prop. 1970: 157 s. 114).
116. Se Bengtsson, a.a. s. 77 f, Jonzon-Delin-Bengtsson, a.a. s. 32 f. Jfr Ljungman-Stjernqist, a.a. s. 38.
117. Beckman m.fl., a.a. s. 347 f.
118. Något strängare bedömning Ljungman-Stjernquist a.st. Jareborg synes å andra sidan anse tältning tillåten även längre tid, om det är uteslutet att markägaren kan hindras i sin besittning, t.ex. därför att marken är obrukbar (a.a. s. 91). Ståndpunkten kan verka rimlig men torde knappast stämma med gällande rätt. Man kan invända att marken tydligen i varje fall är brukbar som tältplats och därför kan upplåtas för tältning mot vederlag (jfr ovan vid not 85 f). Här kan man också anknyta till minoritetens argument i NJA 1949 s. 167: i större utsträckning kunde ett oinskränkt tältande på obrukbar mark medföra påtagliga olägenheter för markägaren. Det gäller här ett så pass intensivt utnyttjande av annans mark att det måste anses ha visst ekonomiskt värde.
119. Jfr om andra förbudsskyltar Jonzon-Delin-Bengtsson, a.a.s. 27 f, 119 f. Jfr dock nedan efter not 122.
120. Jfr Bengtsson, a.a. s. 81 f med not 23. – En liberal tolkning av begreppet "färsk gärning kan nog vara motiverad i dessa fall, t. ex. när sommarstugägaren vid sin ankomst finner tält uppsatt på stugtomten.
121. Se JR Welamsons yttrande i NJA 1971 s. 210.
122. Jfr Bengtsson, a.a.s. 85; Jonzon-Delin-Bengtsson, a.a. s. 32 f.
123. Detta torde stämma med Jareborgs inställning (a.a. s. 91).
124. Bengtsson, a.a.s. 84, Tiberg, Båtjuridik (1973) s. 26 ff.
125. Det förutsätts att båten görs fast vid bryggan – inte att man bara kastar ankar utanför.
126. Jfr åter NJA 1949 s. 167.
127. Jfr Jareborg, a.a. s. 91.
128. NJA II 1962 s. 132 f.
129. Bengtsson, a.a. s. 86 f.
130. Förmögenhetsbrotten s. 149.
131. I NJA 1964 B 27 hade underrätten dömt enligt dåvarande motsvarigheten till detta lagrum; HovR och HD dömde i stället för egenmäktigt förfarande. Efter 1971 års avgörande framstår nog underrättens bedömning som mera närliggande.
132. Jfr NJA 1933 s. 229, SvJT 1974 rf. s. 57. Att visa bort t.ex. tältande från en fastighet eller ett område utan att använda våld kan (numera) inte straffas som egenmäktigt förfarande, se Beckman m.fl., a.a. s. 338.
133. Jfr NJA 1946 s. 103 och Jareborg, Brotten II s. 92. Se däremot RH 183:81.
134. Jfr också ovan vid not 49 om uppgörelsen efter klander m.m.
135. Jfr ovan efter not 1.
136. Märk dock att 8 kap. avser också andra brott än besittningskränkningar; se 8:5 andra meningen. Jfr Beckman m.fl.,a.a. s. 299, 328 f.
137. Jfr BRÅ:s rapport 1975:3 s. 90 f, där ett sådant undantag föreslås i fråga om egenmäktigt förfarande.

Allemansrättsliga komplikationer

Av justitierådet BERTIL BENGTSSON

(1985)

Allemansrätten intar som bekant en säregen ställning i rättsordningen, svårfattbar för utomnordiska jurister och inte så värst lätt att få klarhet om ens för oss själva. Lagstiftningen är ofullständig och spridd på flera lagar; lagstiftaren har, kanske på goda grunder, avstått från att ta något samlat grepp på dessa politiskt känsliga frågor. I jordabalken, där man kunde vänta en reglering av en så pass väsentlig fastighetsrättslig företeelse, saknas helt bestämmelser härom; såvitt jag kunnat finna förekommer varken ordet allemansrätt eller ens begreppet i balkens motiv, om man inte räknar lagberedningens förslag av 1909 dit.[1] Sannolikt har problemen inte ansetts höra till civilrättens område. När ordet första gången dök upp i lagtext, vid 1974 års ändringar i naturvårdslagen, innebar det inte att lagstiftaren tog ställning till rättens innehåll.[2] Bestämmelsen i lagens 1 §, att naturen är tillgänglig för alla enligt allemansrätten, ändrade inte på något sätt det tidigare rättsläget.

I stället har man hela tiden behållit den säregna, indirekta reglering rätten fått genom straffrättsliga bestämmelser – först i strafflagen, numera i brottsbalken. Regleringen har i stort sett bestått oförändrad under mer än ett århundrade, trots att friluftslivets utveckling gett dessa frågor en helt annan praktisk betydelse än tidigare. Nu har visserligen förmögenhetsbrottsutredningen föreslagit en jämkning i reglerna på området i samband med sin översyn av lagstiftningen om förmögenhetsbrott; bl. a. skulle allmänheten kunna röra sig straffritt – också rida och cykla – på skadekänslig mark, om denna inte består av tomt, plantering eller åkrar med växande gröda. Vidare skulle särskilt anges, vilka naturprodukter som fritt kan tas med stöd av allemansrätten – bär, svamp etc.[3] Alltjämt är det dock bara fråga om att ange de straffrättsliga gränserna för allemansrättens befogenheter. Några närmare analyser av konsekvenserna för friluftslivets del har

[1] Se s. 105 ff och 1:5 i 1909 års jordabalksförslag.
[2] Se prop. 1974: 166 s. 92. Ang. innebörden, se Jonzon–Delin–Bengtsson, Naturvårdslagen s. 38 ff.
[3] Se SOU 1983:50, 8:1 2 st. 8:10 i förslaget, samt s. 151 ff, 158 f. Nötvännen bör observera att hasselnötter o. d. blir fria för plockning enligt förslaget – liksom ollon, om det kan glädja någon.

f. ö. inte skett, och det är väl inte säkert att förslaget leder till några förändringar i sak i fråga om rättens innehåll. – Skyddet för denna oklara rätt har däremot ingående reglerats genom olika bestämmelser om enskilda markägares möjlighet att förfoga över sin mark till nackdel för allmänheten – framför allt i naturvårdslagen, bl. a. genom bestämmelser om strandskydd och stängselgenombrott (15–17 §§), men även i byggnadslagstiftningen.

På senaste tid har rättens innehåll aktualiserats även på andra sätt. Till en del har det gällt arten av de befogenheter som rätten för med sig: lagstiftningen om rätt till handredskapsfiske i vissa enskilda vatten har betecknats som en vidareutveckling av allemansrätten – ett lämpligt sätt att stärka förtroendet för ett förslag, som varit kontroversiellt och, särskilt i sin ursprungliga utformning, ganska tveksamt från juridisk synpunkt. Man försöker se lagstiftningen inte som någon överföring av en civil rättighet utan snarare som en begränsning i fastighetsägarens (eller fiskerättshavarens) befogenhet att bestämma över fisket – alltså en närmast offentligrättslig reglering. Reformen kostar då mindre för det allmänna.[4] (Se 10 och 11 nedan.)

På skadeståndsrättens område, och som en följd härav inom ersättningsrätten i övrigt, har vidare frågan uppkommit om inte man som ett led i ett utvidgat ansvar för miljöskador bör låta viss ersättning utgå också för mistad allemansrätt, t. ex. vid intrång i färdselrätt och vid skada på populära fritidsområden – något som direkt föreslagits i ett norskt betänkande[5] men man från svensk sida tills vidare ställt sig tveksam till.[6] (Jfr 6 nedan.)

Man kan här tala om två skilda sätt att se på allemansrätten. Ibland understryks det offentliga intresset bakom medborgarnas rätt att uppehålla sig på och använda annans mark och vatten; man förnekar att denna rätt skulle representera ett egentligt förmögenhetsvärde eller innebära någon egentlig ekonomisk belastning för markägaren. I andra sammanhang betonas likheten med sådana särskilda rättigheter till fast egendom som servitut och nyttjanderätt, vilket kunde motivera ett visst skydd för allemansrätten bl. a. när den skadas genom markägarens eller andras verksamhet.

Skillnaden i synsätt kan i viss mån förklaras av att man tänkt på olika situationer. Allemansrätt på en fastighet eller ett vattenområde kan i vissa typfall få betydelse för *en större allmänhet*, som ofta saknar varje anknytning inte bara till fastighetens grannskap utan också till

[4] Jfr 2: 18 RF, behandlad nedan vid not 76 ff.
[5] NOU 1982: 19 s. 85 ff.
[6] SOU 1983: 7 s. 159 ff.

trakten: man använder området för rekreation eller liknande utan att utnyttja det stadigvarande, och de enskilda personerna kanske inte alls återvänder till stället. Detta skiljer sig från situationen då allemansrätten framstår som en komplettering till bruket av en *närliggande fastighet*, exempelvis när grannar använder en badstrand på området intill, tar gång- och cykelväg över grannfastigheten eller tar vinterväg över isen på en sjö eller älv i närheten. En sådan möjlighet kan uppenbarligen emellanåt påverka värdet av grannens rätt till den egna fastigheten – en sommarstuga blir t. ex. betydligt mera attraktiv med en tillgänglig sandstrand i närheten. – Dessutom kan urskiljas ännu en sorts allemansrätt, något artskild från de andra fallen: rätten att röra sig på annans mark eller vattenområde eller ta produkter därifrån kan utgöra en grundval för enskilda personers *näring* (eller binäring). Bär- och svampplockning är ett exempel, ett annat är fiske – om nu detta anses vara en sorts allemansrättslig befogenhet, som enligt den nämnda lagstiftningen. Man kan också tänka sig utpräglade grannsituationer där detsamma gäller, som när hotellägaren är beroende av att kunna hänvisa sina gäster till ett attraktivt strövområde eller ett lämpligt bad i närheten.

Gränsen mellan de olika typerna av allemansrätt är naturligtvis flytande, och delvis kommer man in på allehanda befogenheter för allmänheten som inte traditionellt ansetts utgöra allemansrätt (fiske, biltrafik på is). Men det kan i varje fall ha sitt värde att hålla de olika typfallen i minnet.

Här skall inte i första hand behandlas frågan om allemansrättens räckvidd – vad vi får göra på annans fastighet och var på fastigheten vi får hålla till.[7] Särskilt medan man på lagstiftarhåll överväger förmögenhetsbrottsutredningens förslag ter sig en diskussion om dessa frågor knappast angelägen. Däremot kan det finnas anledning att något närmare behandla vissa karakteristiska drag hos allemansrätten, vilka knappast beror av rättens innehåll i detalj. Inte minst får detta intresse, om lagstiftaren går vidare på den väg han slagit in på genom fiskelagstiftningen och för in helt nya befogenheter under allemansrätten. Frågan blir bl. a. om det finns skäl att betona rättens offentligrättsliga sidor eller tvärtom åtminstone i vissa avseenden likställa den med en särskild rätt till fastighet. Även om själva rubriceringen av rätten självfallet får intresse bara i den mån rättssystematiska och lagtekniska hänsyn tillmäts vikt, kan en sådan diskussion

[7] Den frågan har jag tagit upp bl. a. i Allemansrätt och markägarskydd (1966), i Jonzon–Delin–Bengtsson, a. a. s. 25 ff och i Festskrift till Hans Thornstedt (1983) s. 91 ff. Se även Jareborg, Brotten II, avsnitt 5.2.1 och 5.4; Tiberg, Båtjuridik (1973) s. 23 ff.

underlätta analysen av särskilda problem rörande allemansrätten. Man vet då bättre vad det är för en rättighet som man vill skydda eller ändra till innehållet.

2. Paralleller mellan allemansrätt och särskilda rättigheter till fast egendom har framför allt dragits i norsk litteratur;[8] rättsläget i Norge är i stora drag detsamma som hos oss, men frågorna har oftare kommit under domstolarnas bedömning, främst när det gäller ersättningsskyldighet. Som nämnts präglas det norska förslaget om ansvar för föroreningsskador av sådana tankegångar. I finländsk vattenrättslig litteratur har allemansrätten och några närstående företeelser behandlats ganska ingående ur vissa synvinklar.[9] Hos oss är problematiken känd framför allt från vattenrätten, där frågan uppkommit bl. a. om en del rättigheter som står nära allemansrätten skall få ersättningsskydd (jfr 8 nedan). Någon motsvarande tendens är svår att finna i expropriations- och skadeståndsrätten, om också saken knappast ställts på sin spets i något prejudikat.

Ett stöd för en utveckling i denna riktning kan naturligtvis vara att allemansrätten, sedd från utnyttjarens synpunkt, i vissa fall är ganska lik en del former av servitut och nyttjanderätt — främst när den utnyttjas i grannförhållanden. Allemansrätten brukar betecknas som en begränsad och oskyldig bruksrätt, och sådana bruksrätter är det lätt att finna exempel på också inom civilrätten. Skillnaden är inte så stor mellan en avtalad rätt att använda annans badbrygga — en användning som troligen inte följer utan vidare av allemansrätten[10] — och allmänhetens rätt att begagna annans strand för bad bredvid bryggan (under förutsättning att tomten inte sträcker sig dit). Man kan också jämföra den rätt envar har att mera tillfälligt ställa sin bil intill en väg på annans mark — låt vara att den inte hör till allemansrätten i strikt mening[11] — med den rätt till mindre tillfällig parkering någon kan få genom avtal med markägaren. Besvärliga gränsfall kan uppkomma: hur skall man se t. ex. på ett avtal om rätt till badstrand som inte går längre än allemansrätten, riktigt uppfattad, får anses gå? — Att märka är visserligen att servitutsavtal numera kräver skriftlig form (14: 5 JB), men en granne kan före jordabalkens tillkomst ha fått muntligt tillstånd att som fastighetsägare använda området, och då

[8] Se senast NOU 1982: 19 s. 81 ff med hänvisningar, främst om ersättningsfrågan, och Falkanger, Eierrådighet og samfunnskontroll (2 utg. 1980) s. 176 ff, 196 ff med hänvisningar.

[9] Se bl. a. Manner, Yleiskäyttö vesioikeudellisena käsittenä (1953), Hollo, Pilaamiskiellon sisältä vesilain mukaan (1976) s. 163 ff, 460 ff.

[10] Jfr Bengtsson, Allemansrätt och markägarskydd s. 48 f m. hänvisn.

[11] Jfr Bengtsson, a. a. s. 68 ff, Jonzon—Delin—Bengtsson, a. a. s. 31, Bengtsson i Festskrift till Hans Thornstedt s. 112.

kan servitutet gälla;[12] vidare är det tänkbart att servitut av denna typ uppkommit genom urminnes hävd (jfr 6 § JP och 15:1 1734 års JB). – Och skulle inte något av dessa fall föreligga kan bruket i alla händelser vara grundat på en (benefik) nyttjanderättsupplåtelse; då gäller ju normalt inga formkrav för avtalet.[13]

Ännu närmare allemansrätten kan naturligtvis ligga en servituts- eller nyttjanderätt som tillkommer ett offentligt rättssubjekt. En kommun får t. ex. genom avtal rätt att använda ett attraktivt friluftsområde på annans mark för att (i första hand) kommunens invånare skall få vistas där – ett avtal som har juridisk betydelse i varje fall om invasionen på fastigheten kan tänkas medföra mera allvarlig förslitning av marken. Ibland kan en rätt av denna typ tillkomma en förening, som låter allmänheten utnyttja rätten;[14] inte heller då är det lätt att se skillnaden mot en allemansrätt.

Gränsdragningen kompliceras ytterligare av att det är ganska oklart vilka minimikrav som enligt svensk rätt får ställas på ett avtal om tillstånd att använda annans fastighet för att det skall nå upp till servituts- eller nyttjanderättsnivån. I dansk och norsk rätt talas här om s. k. prekär rätt (precarium), vars utövande enbart beror på ägarens samtycke och därför gäller bara tills vidare så länge denne tillåter det.[15] Rättsfiguren, som hämtats från den romerska rätten, har knappast någon motsvarighet i modern svensk rätt; jag har inte funnit att termen ens används i litteraturen. Vad som ligger närmast är begreppet benefik nyttjanderätt, men här tycks åtminstone i tvivelsmål nyttjanderätten anses så pass stabil, att ägaren inte utan vidare kan återta ensambesittningen – alltså en liknande regel som vid lån av lös sak.[16] Nyttjanderättshavaren skulle sålunda inte utan ett visst rådrum kunna åläggas att upphöra med bruket. Sannolikt gäller detsamma vid servitutsliknande upplåtelser av denna typ, exempelvis av en väg: markägaren är förhindrad inte bara att själv avstänga vägen[17] utan också att fordra att dess användning omedelbart upphör. Men rättsläget är onekligen tveksamt på många punkter; frågorna lär sällan komma under domstols bedömning.

[12] Jfr 34 § JP och Hillert, Servitut (1984) s. 24 f.
[13] Jfr 8:3 JB; här förutsätts att även om upplåtelsen sker mot vederlag den knappast kan uppfattas annat än som lägenhetsarrende.
[14] Jfr situationen i NJA 1962 s. 531 och NJA 1962 s. 704.
[15] Se t. ex. Illum, Servitutter (1943) s. 107, Brækhus-Hærem, Norsk tingsrett (1964) s. 238, NRt 1951 s. 1174.
[16] Jfr Bengtsson, Nyttjanderätt till fast egendom (2 uppl. 1976) s. 143 m. hänvisn. och om reglerna vid lös egendom Bengtsson, Särskilda avtalstyper s. 72 f.
[17] Jfr Bengtsson, Allemansrätt och markägarskydd s. 22, 23 och i Festskrift till Hans Thornstedt s. 99 f m. hänvisn.

3. Även om allemansrätt och särskild rätt till fastighet på detta vis kan vara svåra att hålla isär, är det tydligt att allemansrätten närmare besett uppvisar andra drag som är något alldeles för sig och saknar motsvarighet inom den egentliga civilrätten.

Det gäller till en början rättens *uppkomst*. Att avtal här saknar betydelse är alldeles klart; här bortses då från möjligheten att fastighetsägaren genom avtal med kommunen eller en granne med intresse för saken förpliktar sig att i fortsättningen hålla markerna tillgängliga för främlingar exempelvis genom att underlåta större avverkning – något som ju egentligen inte avser rättens existens utan snarare dess skydd. Normalt kan inte heller allemansrätt uppkomma genom någon sorts förrättning. Myndigheterna kan över huvud taget inte skapa någon rätt av detta slag (utom i mycket speciella fall, som då genom ett beslut om naturreservat förordnas att allemansrätten skall utvidgas till vissa områden där allmänheten annars inte haft rätt att gå eller vistas). Det är lagstiftningen som, visserligen på ett svåröverskådligt och fragmentariskt sätt, anger rättens gränser.

Ett sådant förhållande är inte okänt för svensk rätt i övrigt. Här kan nämnas, utom regler inom jakt- och fiskelagstiftningen (se t. ex. 15 § jaktlagen, 5–21 §§ fiskelagen), även rennäringslagen, som ju innehåller en samlad reglering av samernas rätt på annans mark. Men i alla dessa fall anses lagen vara *grunden* för denna rätt, om också det för samernas del snarare är fråga om en precisering av deras av ålder gällande befogenheter.[18] I fråga om allemansrätten gäller att den i sin traditionella utformning inte vilar på lag. Bestämmelsen i 1 § naturvårdslagen konstaterar som sagt bara det tidigare rättsläget. Man har i stället sett saken så att en på förhand existerande rätt, vars grund närmast är sedvanan, *begränsas* genom regler i brottsbalken och annan lagstiftning. Allemansrätten gäller, där inte annat föreskrivs i lag – det är ett rakt motsatt synsätt mot exempelvis det förhärskande inom dansk rätt, där i brist på uttryckliga regler markägaren har full bestämmanderätt över sin mark.[19]

Det sagda synes innebära att allemansrätten – i motsats till särskilda rättigheter till fast egendom, men i viss likhet med äganderätten – kan sägas i någon utsträckning vara "elastisk":[20] när en inskränkning upphävs, t. ex. genom en sådan avkriminalisering som förmögenhetsbrottsutredningen föreslår,[21] lär rätten i motsvarande mån utvidgas. Detta bör emellertid gälla bara så långt utvidgningen är någorlunda

[18] Jfr NJA 1981 s. 1 (där dock synpunkten framträder främst i skiljaktigheten).
[19] Se t. ex. Viggo Nielsen m. fl., Naturfredningsloven (1973) s. 309 ff.
[20] Svante Bergströms uttryck; se SvJT 1956 s. 149 ff.
[21] Se not 3 ovan.

förenlig med sedvana på området. Den som tar sig större friheter går nog inte säker för andra sanktioner – skadeståndskrav mot enskilda skadegörare eller vitesförbud mot någon som brukar utnyttja marken på besvärande sätt. Även om förslaget skulle genomföras torde det alltså knappast utesluta t. ex. ersättningsanspråk mot ryttare som fördärvar gångstigar eller ängsmark. Att märka är vidare att elasticiteten bara kan antas omfatta den oskyldiga bruksrätt som består i den enskildes befogenhet att färdas eller vistas på annans mark. Rätten till bilkörning i terräng ansågs sålunda aldrig vara en allemansrätt ens före terrängkörningslagens tillkomst;[22] skulle lagen upphävas eller mjukas upp inträder ändå inte en fri terrängkörningsrätt. Och de särskilda regler i naturvårdslagen som skyddar allemansrätten inbegriper inte något skydd av möjligheten till trafik med motorfordon.[23] (Om handredskapsfiske jfr 10 nedan.)

Genom att det väsentligen är lagstiftningen som avgör allemansrättens räckvidd kan denna rätt variera oberoende av de berörda parternas vilja. Och eftersom lagreglerna delvis är ganska obestämda är rätten dessutom i inte ringa utsträckning beroende av sedvanor och värderingar, vilka kan växla i skilda delar av landet. Vad dessa variationer egentligen innebär är ganska oklart; man kan undra bl. a. om ett mera intensivt utnyttjande av allemansrätten kommer störningar att te sig något mera acceptabla genom sin vanlighet (jfr 30 § miljöskyddslagen) eller tvärtom är ägnat att minska toleransen mot närgångna främlingar. Kanske får rentav problemet, liksom på miljöskyddets område, bedömas olika beroende på vilken rättsregel (om straff, skadestånd, vite, stängselgenombrott etc.) man har att tillämpa.[24] Att allemansrätten inte har något enhetligt och från början givet innehåll är i alla händelser uppenbart.

4. *Partsställningen* i allemansrättsliga konflikter är också speciell (låt vara att delvis liknande komplikationer förekommer också bl. a. på rennäringslagens område).[25] Markägaren har inte lätt att finna någon egentlig motpart i dessa sammanhang. Rätten utövas naturligtvis av enskilda, och dessa kan anmälas till åtal eller stämmas på skadestånd vid överträdelse av sina befogenheter. Den som ordnat ett kollektivt utnyttjande av rätten – skolan som arrangerat en utflykt, idrottsföreningen som ordnat en orienteringstävling – kan också krävas på skadestånd, om genom vållande på arrangörens sida marken skadas;

[22] Jfr Bengtsson, Allemansrätt och markägarskydd s. 68 ff, Jonzon–Delin–Bengtsson, a. a. s. 31, 40, JoU 1972: 52, JoU 1974: 52 s. 28 ff.
[23] Jfr Bengtsson, a. a. s. 71, Jonzon–Delin–Bengtsson s. 116, 119. RegÅ 1960 K 1768.
[24] Jfr prop. 1969: 28 s. 293 och även Bengtsson, a. a. s. 110 f.
[25] Jfr de invecklade partsförhållanden som blir aktuella i 15–34 §§.

detsamma lär gälla en granne som på ena eller andra sättet föranlett en invasion till fastigheten (jfr nedan).[26] Men är det ett statligt eller kommunalt planbeslut eller liknande som orsakat invasionen, saknas i regel möjlighet till skadeståndskrav (frånsett det ganska opraktiska fallet att skadeståndsgrundande fel förekommit vid myndighetsutövning i sådana sammanhang; jfr 3 kap. 2 § skadeståndslagen). – Det finns vidare inte någon som enligt lag har rätt att företräda kollektivets intresse, om markägaren vill få allemansrättens innehåll fastslagen vid domstol. Vitesförbud kan visserligen riktas mot enskild som kan befaras utöva sina befogenheter till övermått (jfr NJA 1946 s. 468), fast det normalt bara blir aktuellt i fråga om grannar som regelbundet återkommer. Sådana domar blir dock bindande endast för denna motpart, och det är tveksamt hur pass stort bevisvärde de får i andra sammanhang – gränsen för den enskildes befogenhet lär inte dras helt på samma sätt i straff- som i civilrättsligt hänseende.[27]

Att få till stånd något förbud för allmänheten att företa vissa handlingar går däremot inte genom en civilrättslig talan mot staten eller kommunen, inte heller kan fastställelsetalan väckas mot det allmänna för att ägaren skall få fastslaget t. ex. att allemansrätten inte gäller på viss mark.[28] Inskränks allemansrätten obehörigen av fastighetsägaren, kan den enskilde reagera genom att anmäla saken till länsstyrelsen (eller i vissa fall till byggnadsnämnden),[29] inte genom att föra civil talan; myndigheten kan sedan ålägga markägaren att inte hindra allemansrättens utövning, enligt regler i 15–17 §§ naturvårdslagen om strandskydd, stängselgenombrott eller skyltförbud. Men myndigheterna prövar saken från allmän synpunkt, inte med hänsyn till den enskilde anmälarens intresse. Och skulle myndigheten inte vidta någon åtgärd, saknar anmälaren eller andra enskilda besvärsrätt, t. o. m. om de är grannar;[30] det är naturvårdsverket som kan överklaga i allmänhetens intresse.

Det är alltså svårt att anlägga ett civilrättsligt betraktelsesätt på tvister av denna typ. De enskilda nyttjarnas intresse anses så långt vara av offentligt slag, på motsvarande sätt som miljö- och naturskyddsintressen. Att allemansrätten för vissa kategorier kan ha ett ekonomiskt värde spelar ingen roll i sammanhanget.

[26] Jfr Jonzon–Delin–Bengtsson a. a. s. 30 och Ljungman, Om skada och lägenhet från grannfastighet s. 267 f. – Om ansvar på grannelagsrättslig grund se nedan vid not 37.
[27] Jfr Bengtsson, a. a. s. 110 f och även i Festskrift till Thornstedt s. 97 ff.
[28] Se HD:s mål Ö 1110/77, där dispens avslogs betr. hovrättens för V. Sverige beslut 14.11.1977.
[29] Se 17 § 2 och 3 st. naturvårdslagen.
[30] RegÅ 1972 ref. 19; jfr RegÅ 1977 ref. 74.

5. Reglerna om de *befogenheter* allemansrätten innebär i enskilda fall och om rättens *bestånd* är också särpräglade. Befogenheterna gäller som sagt oberoende av avtal; det avgörande är de faktiska förhållandena i det enskilda fallet – existensen av byggnader och andra anläggningar på fastigheten, markens skadekänslighet, fastighetens beskaffenhet i övrigt. Däremot bör det vara möjligt att genom överenskommelse mellan markägaren och enskilda personer inte bara utvidga utan också inskränka deras rättigheter på fastigheten i fråga: man kan t. ex. lova att inte använda grannens badstrand under viss tid eller att inte gå över hans område inom visst avstånd från huset. Att allemansrätten skulle ha tvingande natur har veterligen aldrig påstått. En annan sak är att ett sådant avtal möjligen kan bli jämkat eller bedömt som obilligt på grund av oskälighet, liksom andra avvikelser från dispositiva rättsprinciper.

Det är dock föga troligt att en inskränkning i allemansrättigheter kan göras med verkan även för *kommande* ägare av en fastighet. Ett servitutsavtal, som innebär att den tjänande fastighetens ägare inte skall utnyttja allemansrätten på intilliggande fastighet, synes falla utanför definitionen i 14: 1 JB; det innebär möjligen en rätt att "råda över" den tjänande fastigheten, men avser inte användning av själva denna fastighet – rätten är över huvud taget inte knuten till fastigheten ifråga.[31] Över huvud taget verkar det knappast rimligt att acceptera ett avtal som varaktigt skulle hindra innehavare av en viss fastighet att utöva en rätt som tillkommer alla andra.

Det står vidare klart att allemansrätten på en fastighet i princip är oberörd av *rättsliga* förfoganden över denna. Fastigheten kan överlåtas eller upplåtas under vilka villkor som helst, men allemansrätten består ändå liksom tidigare. God tro hos en ny ägare – om något sådant kan tänkas förekomma i fråga om allemansrätt – spelar givetvis ingen roll. Här skiljer sig rätten från närliggande bruksrätter, där det bl. a. får betydelse med förbehåll för rätten i fråga eller ond tro hos ny ägare (7: 11, 7: 14 1 st. JB). Exekutiv auktion på en fastighet lämnar allemansrätten oberörd, i motsats till andra ointecknade bruksrätter.

Det nu sagda verkar väl delvis ganska självklart. Mera anmärkningsvärt kan det synas att rätten är i princip oberoende av expropriation och liknande *tvångsingrepp* beträffande fastigheten, så länge de inte resulterar i några faktiska förändringar i fråga om denna. Det enda undantaget av större betydelse torde vara när naturreservat inrättas på fastigheten, genom expropriation eller enligt naturvårdslagens regler; då kan allemansrätten både inskränkas och utvidgas genom

[31] Jfr Hillert, Servitut – förmån och last s. 468 ff, 489 ff (där dock ej detta fall berörs).

särskilda föreskrifter (se 9 och 10 §§ naturvårdslagen).[32] Inskränkningar kan också göras genom beslut om fågelskyddsområde enligt 14 § naturvårdslagen, om naturvårdsområde enligt 19 § samma lag, om vattenskyddsområde enligt 19 kap. 3 § vattenlagen och om militärt skyddsområde.[33]

Inte heller uppkommer frågor om *konkurrens* mellan olika bruksrätter: man kan som bekant inte annektera ett givande svampställe för egen räkning eller reservera familjens favoritbadställe för dess eget bruk, genom skyltar eller på annat vis. Utomstående får utöva allemansrätt – plocka svamp, bada – i hur besvärande närhet som helst, bara de inte direkt ofredar den andre. Hos oss gäller inte liksom enligt den norska friluftsloven någon allmän förpliktelse att visa hänsyn till andra personer i naturen.[34]

Varken obligationsrättsliga eller sakrättsliga konflikter av vanligt slag får alltså någon betydelse på detta område. Att en rättighet till en fastighet på detta vis beror enbart av de faktiska förhållandena på marken är något ganska originellt, även om man också här kan finna vissa liknande särdrag på rennäringslagens område.[35] Rättighetsinnehavaren blir i speciell grad beroende av fastighetsägarens fysiska åtgärder. Visserligen har lagstiftaren på olika sätt sökt hindra markägaren att genom bebyggelse eller anläggningar påverka allemansrätten, framför allt genom regler om byggnadskontroll i byggnadslagstiftningen och om strandskydd i naturvårdslagen. Men det kvarstår ändå betydande möjligheter för ägaren att inskränka både allmänhetens rättigheter och dess faktiska rörelsefrihet, bl. a. genom anläggningar i jordbrukets, skogsbrukets och fiskets intressen (jfr 16 § 4 st. naturvårdslagen).

Samtidigt kan framhållas att just det angivna särdraget kan innebära speciella fördelar för rättighetshavaren. Rätten får ett *bättre* skydd mot ägaren än innehavaren av en särskild rätt, när det gäller rättsliga åtgärder och förfoganden. Även om vi i Sverige inte anser rättigheter grundade på markägarens medgivande fullt så prekära som man menar i våra grannländer (2 ovan), står det klart att benefika nyttjanderätter ofta kan sägas upp utan större omgång; servitut kan angripas genom fastighetsreglering, även när de grundas på avtal av något slag (14: 14 JB), och ägaren kan då få dem att upphöra när nyttan är ringa i förhållande till belastningen på den tjänande fastigheten (7: 5 FBL).[35a]

[32] Motsvarande gäller naturminne, se 13 § naturvårdslagen.
[33] Se SFS 1976: 935. – Härtill kommer föreskrifter enligt 7 § ordningsstadgan.
[34] Jonzon–Delin–Bengtsson, a. a. s. 41 ff; jfr 11 och 39 §§ friluftsloven.
[35] Se bl. a. 17 § 3 st. och 25 § ("utmark").
[35a] Jfr NJA 1962 s. 704 (där allmänheten hade största glädjen av servitutet).

Men mot en betungande allemansrätt, t. ex. en ständigt återkommande invasion av motionärer från ett närbeläget motionscentrum eller av allmänhet från en tätort, hjälper varken talan i domstol eller lantmäteriförrättning. Metoden att få till stånd ett naturreservat, där allmänhetens rörelsefrihet inskränks genom föreskrifter enligt 10 § naturvårdslagen,[36] är för komplicerad och omständlig för att ha något större praktiskt värde. Om invasionen utgör en naturlig följd av verksamheten på en grannfastighet – t. ex. när gäster från ett turisthotell sprider sig över kringliggande marker – är det tänkbart att man skulle kunna kräva skadestånd enligt miljöskyddslagens regler för denna störning. Talan får då riktas mot den som driver verksamheten.[37]

Det sagda har samband med ett annat speciellt drag hos förhållandet mellan markägare och allmänhet. Den *belastning* allemansrätten innebär står många gånger inte i någon proportion till den *nytta* rätten medför för den allmänhet som nyttjar området. Allemansrätten innebär ju i regel ett oskyldigt och kortvarigt bruk, av begränsat värde för den främmande – utom i vissa grannförhållanden kunde denne lika gärna använda någon annan mark. Detsamma kan sägas t. o. m. om värdet för allmänheten i stort av att kunna bruka en viss fastighet. Frånsett vissa fall där utpräglad brist råder på rekreationsområden, särskilt i närheten av storstäder och i jordbruksdistrikt, lär man ofta kunna konstatera att tillströmningen till ett område beror på tillfälliga och slumpmässiga faktorer, t. ex. närheten till en större väg, varifrån området ser lockande ut eller tillträde verkar särskilt bekvämt. Allmänheten skulle utan större besvär kunna sprida sig till andra mera undangömda fastigheter, där man har lika goda rekreationsmöjligheter och betydligt större utrymme till sitt förfogande. Skadan för den markägare som drabbas av en invasion kan bli många gånger större än värdet av just hans område från allmän synpunkt. Det gäller här inte bara den nödvändiga förslitning som en tillåten utövning av allemansrätten medför utan också de överträdelser av gällande regler – skadegörelse, nedskräpning etc. – som man erfarenhetsmässigt får räkna med i sådana fall. – Å andra sidan kan naturligtvis situationen emellanåt vara den omvända: vissa grannar har stor glädje och nytta av att använda just det aktuella området, medan ägaren bara har obetydlig olägenhet av användningen. – En sådan bristande proportionalitet mellan förmån och belastning är ju inte ovanlig på fastighetsrättens område, men då kan som sagt saken ofta rättas till, bl. a. genom servitutsförrättning eller annan fastighetsreglering (se ovan).

[36] Jfr Jonzon–Delin–Bengtsson, a. a. s. 70, 71 f.
[37] Jfr SOU 1983:7 s. 251.

Överträds gränserna för en servitutsrätt, har vidare fastighetsägaren möjligheter till skadestånd, men sådana utsikter saknar i praktiken den fastighetsägare som utsatts för invasion – om han inte, på sätt som nyss angavs, kan kräva en granne eller en arrangör.

Det sagda innebär också att en belastning av det angivna slaget är speciellt svår att konstatera för spekulanter på fastigheten. De problem som sammanhänger med omsättningsskyddet vid fastighetsöverlåtelser får en helt annan karaktär än annars.[38] Det vanliga kravet, att en belastning på fastigheten skall vara synbar för att stå sig mot nya ägare, kan som sagt inte gälla här. En köpare får försöka undersöka förhållandena på fastigheten också med hänsyn till risken för invasion av allmänheten, annars kan förvärvet medföra obehagliga överraskningar för honom; men eftersom allmänhetens beteende kan vara svårberäkneligt, är han ofta till stor del beroende av upplysningar från tidigare ägare och andra personer i trakten. – Om en excessiv allemansrätt på en fastighet skall anses utgöra ett *fel* hos denna vid tillämpning av 4 kap. JB, kan diskuteras. I ett avgörande (NJA 1981 s. 894, "Ösbyrondellen") har redan risken för störning i miljön genom trafikimmissioner bedömts som faktiskt fel enligt 4 kap. 19 §, och det är kanske skäl att i princip se på samma sätt på störningar genom tillströmning av allmänheten – något som får betydelse när inte deras omfattning så lätt går att konstatera, som när ett hus köps vintertid, då allmänheten saknar intresse av området. Hur situationer av detta slag närmare skall bedömas, är emellertid tveksamt. Sannolikt får man, på sätt som nyss antyddes, värdera felet inte bara med hänsyn till allmänhetens tillåtna nyttjande utan också med tanke på risken för missbruk av tillträdesrätten.

Det mesta av vad som nu har sagts bör vara välkänt för dem som kommit i kontakt med allemansrättsliga frågor. Det skadar dock inte att hålla dessa avvikande drag hos allemansrätten i minnet, när man vill konstruera olika rättigheter som en allemansrätt.

6. Särskilda svårigheter i fråga om allemansrättens juridiska ställning uppkommer i fråga om rätten till *ersättning*, när rättigheter av detta slag inte går att utöva på samma sätt som tidigare på grund av fastighetsägarens eller utomståendes handlande. Saken har hittills bedömts på något växlande sätt, beroende på grunden för ersättningsskyldigheten.

Vad *skadestånd* angår, gäller enligt skadeståndslagen (SkL) att ersättning för ren förmögenhetsskada, d.v.s. ekonomisk skada utan samband med sak- eller personskada, ersätts endast om den vållats

[38] Jfr härom Hessler, Sakrätt s. 93 ff, 318 ff.

genom brottslig gärning (2:4, 3:1 1 st. SkL) eller vid myndighetsutövning (3:2 SkL). Betydelse får vidare den allmänna, inte lagfästa principen att s.k. tredjemansskada som huvudregel inte är ersättningsgill; det gäller alltså ekonomisk förlust som någon lider till följd av att någon annan träffas av person- eller sakskada. Denna traditionella grundsats har visserligen i någon mån mjukats upp genom det omdiskuterade rättsfallet NJA 1966 s. 210, där ersättning dömdes ut för driftstopp som drabbade en fabrik till följd av skada på annan tillhörig elkabel – något som motiverades med den skadelidandes konkreta och närliggande intresse i den skadade egendomen. Det står dock klart att ett intresse av detta kvalificerade slag bara undantagsvis föreligger, när den skadelidande inte har någon sådan särskild rätt som nyttjanderätt eller servitut till den skadade egendomen.[39] – När miljöskyddslagen (ML) är tillämplig, gäller inte den först omtalade inskränkningen – ren förmögenhetsskada likställs enligt 30 § i princip med sak- och personskada – men däremot grundsatsen att tredjemansskada normalt inte ersätts.[40]

Tillämpar man dessa allmänna grundsatser när allemansrätten påstås kränkt, blir naturligtvis utrymmet begränsat att utdöma skadestånd. Båda de nämnda inskränkande reglerna kan tänkas bli åberopade mot ett ersättningskrav, och dessutom inte sällan principen om adekvat kausalitet; förluster, vilka drabbar personer som inte ens är grannar, lär många gånger framstå som svårförutsebara och föga typiska följder av det skadegörande förfarandet. Och härtill kommer, att den ekonomiska förlusten många gånger kan förefalla tvivelaktig när allemansrätt finns kvar på andra fastigheter i närheten.

Om t.ex. ett strandområde skadas genom oljeutsläpp eller annan vattenförorening och någon mister möjligheten att använda området som badstrand på grund av allemansrätten, är det närmast regeln om tredjemansskada som kommer i fråga; den skadelidandes eventuella ekonomiska förlust beror på den sakskada som drabbat fastighetens ägare, och det är osannolikt att den skadelidande skulle anses ha ett så kvalificerat intresse av strandens användning att skadestånd skulle

[39] Jfr härom Hellner i SvJT 1969 s. 332 ff, där dessa frågor ingående behandlas. (När det i prop. 1974:83 s. 196 dessutom hänvisas till motivuttalande i förslaget till miljöskyddslag, prop. 1969:28 s. 375, är att märka att de exempel som där anförs gäller fysisk skada eller olägenhet som tillfogas den skadelidande. Om dennes egendom undergår en fysisk förändring, lär inte huvudregeln om ansvarsfrihet gälla, även om en sådan skada skulle ha drabbat honom indirekt; jfr Bengtsson i SvJT 1978 s. 516 om NJA 1972 s. 598.)

[40] Jfr SOU 1983:7 s. 56, 158, 253. Se även Måns Jacobsson i SvJT 1982 s. 544 (oljeskadelagen). Dessa frågor diskuteras också i Förhandlingar vid nordiska juristmötet (NJMF) 1984 I s. 67, II s. 133 f (Aasland), s. 137 ff (Måns Jacobsson), s. 144 (Bengtsson), s. 157 f (Selvig).

utgå. Ett undantag kunde möjligen vara när en granne länge och med fastighetsägarens goda minne nyttjat stranden i ekonomiskt syfte, exempelvis i det nämnda fallet där turisthotellet hänvisar sina gäster dit.[41] Då ökar ju likheten med en särskild rätt till stranden. – Troligen får man se saken på samma vis, när skadan berott på fastighetsägarens egen miljöfarliga verksamhet i "omgivningen" enligt ML; här kan ju ansvar inträda enligt lagens 30 §.[42]

Har fastighetsägaren orsakat skada på allemansrätten genom egna, avsiktliga åtgärder med fastigheten, t. ex. avverkning eller grustäkt, är det inte så troligt att denna fysiska förändring skall ses som en sakskada i SkL:s mening.[43] Och även om detta är fallet kan knappast vållande anses föreligga, så länge åtgärderna är tillåtna enligt lag. Att tillämpa principer om ansvar för chikanös rättsutövning – för övrigt ett mycket oklart rättsområde[44] – synes inte möjligt i detta läge. Det kan emellertid tänkas att ägaren genom åtgärden överträtt en straffbestämmelse i exempelvis naturvårdslagen eller skogsvårdslagen, som just syftar till att tillvarata allmänhetens tillgång till rekreationsområden eller liknande.[45] Då kanske gärningen kan anses som så direkt riktad mot dem som utövar allemansrätt länge och relativt intensivt på området att skadestånd inte är alldeles otänkbart; skadan skulle träffa ett av straffbestämmelsen "skyddat intresse", och markägaren kunde då bli ersättningsskyldig i vart fall enligt 2:4 SkL.[46] – Om vi antar att fastighetsägaren direkt spärrar vägen för allmänheten, får uppkommen skada under alla förhållanden ses som en ren förmögenhetsskada. Har ägaren då brutit mot reglerna om strandskydd – straffsanktionerade i 37 § 1 och 2 naturvårdslagen – kan man möjligen tänka sig ett skadestånd åtminstone mot grannen, men däremot knappast om den enda påföljden kan bli stängselgenombrott enligt 17 § samma lag. Skulle slutligen orsaken till skadan vara fel eller försummelse vid myndighetsutövning – myndigheterna tillåter t. ex. avspärrningen på grund av en klart felaktig lagtolkning – är återigen skadestånd tänkbart vid ett långvarigt och intensivt bruk. *Trolig* kan däremot skadeståndsskyldighet knappast anses vara i någon av de berörda situationerna. Det är svårt att finna något stöd för att sådan skada ersätts vare sig i SkL:s motiv eller i rättspraxis.

[41] Jfr SOU 1983: 7 s. 159 ff, 253. Jfr dock Ljungman i Minnesskrift till Hult s. 313 (mot passivitetsverkan i dessa fall).
[42] Jfr prop. 1969: 28 s. 259, SOU 1983: 7 s. 248.
[43] Jfr prop. 1972: 5 s. 579 f, som dock inte ger klart besked i frågan, och Hellner, Skadeståndsrätt (3 upp. 1976) s. 51.
[44] Jfr Ljungman, Om skada och olägenhet s. 114 ff, 263 ff, Hellner, a. a. s. 72.
[45] Jfr t. ex. 16 § och 37 § 1 och 2 p. naturvårdslagen, 21 och 27 §§ skogsvårdslagen.
[46] Jfr Hellner, a. a. s. 31 f, 35 f, 156 f m. hänvisn. och i SvJT 1969 s. 336 samt Ljungman i Minnesskrift till Hult s. 290 med not 9.

Vad angår fallet då någons näringsutövning på området skadas – bärplockning omöjliggörs i ett stort skogsområde genom besprutning el. liknande – verkar det inte heller alldeles uteslutet att utdöma ersättning för uppkommen förlust, om någon skada kan styrkas. Närmast är det också här fråga om ren förmögenhetsskada – naturalstren tillhör markägaren, tills de plockas[47] – men vid tillämpning av ML kan man sätta i fråga, om inte skadan är ersättningsgill.[48] Till stöd för detta kunde eventuellt också anföras att det faktiskt är fråga om fysisk förändring på egendom, som kan tas av envar. Här kan man vidare hänvisa till uppfattningen, att skada enligt samma lag och synbarligen även enligt oljeskadelagen anses kunna ersättas, när fiske på allmänt vatten fördärvats genom vattenförorening[49] (jfr också 8 nedan om vattenrättslig praxis). – Situationen kan emellertid också uppfattas som ett fall av tredjemansskada, och då torde inte något skadeståndsansvar komma i fråga. Bärplockarens eller svampplockarens intresse lär knappast ha den behövliga anknytningen till viss skogsmark.

Rättsläget är alltså komplicerat och ytterligt osäkert. I Norge har man visserligen förordat lagstiftning om skadestånd för allemansrätt i vissa fall: vid skada som träffar näringsmässig utövning av allemansrätt, vid ingrepp i färdselrätt och när otillåtna föroreningar medför skador på fritidsintressen.[50] Vad Sverige angår, har miljöskadeutredningen – utan att föreslå några regler om ersättning i sådana lägen – rekommenderat en generösare skadebedömning på vissa punkter.[51] Det är emellertid möjligt att en domstol skulle anse allemansrätten över huvud taget vara en så osäker rätt att den inte kan få skadeståndsrättsligt skydd, bl. a. med tanke på vad som här har sagts om rättens särprägel i olika avseenden och svårigheten att uppskatta dess värde. I alla händelser synes skadeståndsskyldigheten bero av så subtila distinktioner att de svårligen kan uppskattas av andra än skadeståndsspecialister, om ens av dem. Oklarheten är knappast tillfredsställande – om också man får medge att detta nog inte hör till de mest brännande skadeståndsproblemen.

[47] Jfr Jonzon–Delin–Bengtsson a. a. s. 36 f.
[48] Jfr Jonzon–Delin–Bengtsson a. st., SOU 1983:7 s. 253. – Om problemet, i vad mån skadan i sådana fall kan anses inträffad "i omgivningen" i lagens mening, se SOU 1983:7 s. 247 f. Jfr även Måns Jacobsson i NJMF 1984 s. 139.
[49] Jfr Conradi i NFT 1973 s. 123 (märk att Conradi allmänt sett synes positiv i fråga om tredje mans rätt till skadestånd, jfr nedan not 59) och om oljeskadelagen prop. 1973: 140 s. 52, Måns Jacobsson i SvJT 1982 s. 544. Se även SOU 1983: 7 s. 253.
[50] NOU 1982: 19 bl. a. s. 85 ff; enligt det norska förslaget skall skadestånd kunna krävas av kommun och organisation som tillvaratar allmänhetens intresse.
[51] SOU 1983: 7 s. 161 ff, 253.

7. Vad *expropriationsrätten* angår, är läget klarare. Det är tydligt att man vid tillkomsten av nuvarande expropriationslag lika litet som tidigare tänkte sig någon ersättning för mistad allemansrätt.[52] Här spelar sakägarbegreppet en särskild roll. Redan av praktiska skäl är det omöjligt att behandla alla som utövar allemansrätt på en fastighet som sakägare i processrättslig mening eller, om anspråk framställs, ge dem rätt till någon del av expropriationsersättningen. Bl. a. kan erinras om principen att granne ("adjacent") inte är sakägare utan får föra talan i särskild ordning mot expropriationsföretaget om han lider skada av detta.[53] Som framgått är det tvivelaktigt, om grannen i något fall kan ha framgång med en sådan talan när han bara mist möjligheten att utöva allemansrätt på den närliggande fastigheten. Men, som sagt: rätten berörs inte av själva expropriationsbeslutet utan först av att expropriationsföretaget genomförs.

8. Mera generösa har domstolarna varit inom *vattenrätten*. En sådan rättspraxis torde enligt 1918 års vattenlag ha underlättats av att man där talade om ersättning åt alla som "begagnar" fastigheten, något som kunde tänkas inbegripa även andra än innehavare av vanliga bruksrätter.[54]

Ett uppmärksammat avgörande var här NJA 1958 s. 215 ("Fittjamålet"), där vissa ägare av fastigheter vid en allmän farled, som existerat under lång tid, tillerkändes ersättning enligt vattenlagen för skada och intrång på fastigheten genom byggnad i farleden; däremot utgick inte gottgörelse åt ägare av andra fastigheter, vilkas användningssätt inte påverkades av att ägaren inte kunde utnyttja farleden. I detta fall kan den ersättningsgilla skadan tyckas likna grannars förlust av allemansrätt. Möjligen kan paralleller med servitut, som grundas på (urminnes) hävd, ha inverkat. Att märka är emellertid att rätten till farled varit direkt grundad på uttryckliga lagregler i vattenlagen.[55] – Ungefär samma synpunkter framträder i fråga om försvårad virkesutdrivning i NJA 1965 s. 182 (Gimåns reglering).[56] I tidigare praxis från vattendomstolar och vattenöverdomstolen förekommer också exempel på att ersättning utdömts åt den som bara haft ett muntligt medgivande att ha båtplats eller tvättplats på en strandfastighet – alltså närmast en benefik nyttjanderätt –

[52] Jfr SOU 1969: 50 s. 68; Bouvin–Hedman–Stark, Expropriationslagen s. 39.
[53] Jfr Ljungman–Stjernquist, Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II, 3 uppl. (1968) s. 41 f, Bouvin–Hedman–Stark, a. a. s. 38.
[54] Jfr Holmbäck i Minnesskrift till Hult s. 262 f, 268. – I fråga om samer gäller här en kollektiv rätt till ersättning; jfr NJA 1979 s. 1. – I Finland tillåter vattenlagens avfattning en ganska generös bedömning (se 11: 3, särskilt p. 6); jfr Hollo, a. a. s. 463 ff.
[55] Jfr om fallet Ljungman i Minnesskrift till Hult s. 306 ff, 310.
[56] Här gjorde regleringsåtgärder i ett vattendrag virkesutdrivning till flottleden svårare; de ansågs därigenom innebära att ingrepp i den – av lagstiftaren tryggade – rätt att nyttja leden i fråga som tillkom ägare av skogsfastighet inom drivningsområdet, varför ägarna fick ersättning för uppkommen skada.

och till samma resultat har sådana domstolar kommit t.o.m. när det bara varit fråga om ett faktiskt nyttjande till stranden av detta slag. Det är alltså fråga om typiska grannförhållanden. Ersättning har i vart fall vid denna tid också utgått för skada på vintervägar över is.[57]

I detta sammanhang kan också nämnas NJA 1965 s. 359, som gällde ersättning för intrång bestående i förfulning och minskad trevnad för fastighetsägare med mark intill en reglerad sjö (Gardiken). HD ogillade talan bl.a. då bostäderna låg på betydande avstånd (600–700 m) från sjön och det gällde sådan inverkan som drabbade en hel trakt genom förfulning av landskapet och genom otrevnad bland alla som bodde i närheten eller hade anledning uppehålla sig på eller vid sjön; ett sådant intrång kunde inte anses gå utöver vad en fastighetsägare var pliktig att tåla utan särskild gottgörelse. Resonemanget påminner om orts- och allmänvanlighetsregeln i 30 § ML: vissa olägenheter får en fastighetsägare stå risken för själv. Med så mycket större skäl torde man anse motsvarande gälla den som bara kan åberopa allemansrätt.[58] Att märka är emellertid att ersättningsanspråket inte avsåg någon egentlig ekonomisk förlust.

Den snäva bedömningen markeras ännu tydligare i NJA 1971 s. 8, där en person, som för sjöflygverksamhet arrenderade ett strandområde med intilliggande vatten och nu genom en brobyggnad hindrades att starta och landa på ett angränsande vattenområde, förvägrades ersättning av HD:s majoritet. Oavsett vad som varit det avgörande skälet för denna bedömning,[59] är det tydligt att man inte varit beredd att ge ersättning för prekära rättigheter som inte grundas på lag och som har så lös anknytning till en fastighet.

År 1974 omarbetades som bekant vattenlagens ersättningsregler och fick väsentligen sitt nuvarande innehåll. Ersättning skall betalas bara när en fastighet eller del därav tas i anspråk eller skadas eller när särskild rätt går förlorad eller rubbas (jfr 9:1, 9:4 vattenlagen). I sitt förslag till ny lagstiftning ansåg vattenlagutredningen att här liksom annars en anpassning borde ske till expropriationslagens ersättningsregler, vilket skulle leda till en mera återhållsam rättstillämpning än tidigare.[60] Departementschefen framhöll emellertid att skadan på en fastighet inte uteslutande berodde på om fastigheten direkt påverkades av de ändrade vattenförhållandena; också fastigheter ett stycke från ett vattendrag kunde vara beroende av att utnyttja vattendraget. Vidare erinrades om domstolarnas tidigare liberala praxis, vilken sades stämma med tendenser inom skadeståndsrätten. Frågan om kretsen av ersättningsberättigade borde enligt honom lösas i anslutning till gällande praxis.[61] I fråga om försvårad båtfart och virkesutdrivning, vilka situationer ju aktualiserats i HD:s praxis, anfördes att ersättning borde utgå som när intrång uppstår i servitut; rätten kunde anses som "en med fastighetsinnehavet förenad förmån

[57] Se Lennart Persson i SOU 1966: 65 s. 445 f, 448; jfr NJA 1962 A 46. Äldre praxis har utförligt behandlats i F. Löwing, Intrång å kvalificerad allemansrätt (Svenska vattenkraftföreningens publikationer 408 (1949: 7), särskilt s. 58 ff. Jfr dock även Ljungman, a.a. s. 297 ff. Numera lär frågan mera sällan komma upp i praktiken.
[58] Jfr Ljungman, Om skada och olägenhet s. 263 ff. – Se även NJA 1960 s. 726.
[59] Jfr minoriteten (Conradi), som anknyter till Perssons i not 57 nämnda undersökning.
[60] SOU 1972: 14 s. 157.
[61] Prop. 1974: 83 s. 196.

vilken besvärar det vattenområde på vilket ingrepp sker".[62] Anknytningen till viss fastighet skulle synbarligen vara viktig.

Några avgöranden efter 1974 som skulle ha intresse i sammanhanget är inte kända. Det kan nämnas att man alltjämt lär anse ersättning enligt vattenlagen kunna utgå för skada tillfogad den som driver fiske på allmänt vatten.[63] Enligt motiven till 1983 års vattenlag anses visserligen denna kategori i princip inte som sakägare,[64] men det är möjligt man här tagit sikte på det processuella sakägargreppet, vilket i varje fall vid ML:s tillkomst inte ansetts avgörande när det gällde den ersättningsberättigade kretsen enligt *den* lagen.[65]

Det kan nämnas att i *norsk* vattenrätt det förekommer ett äldre rättsfall där ersättning dömts ut för en grannes mistade färdselrätt (NRt 1915 s. 913); i övrigt har rätt till ersättning ansetts föreligga framför allt när intrång i allemansrätt eller liknande medfört ökad kostnad för offentliga rättssubjekt som skall tillvarata allmänhetens intressen (NRt 1928 s. 993, NRt 1953 s. 1166). Förutsättning för ersättning på grund av vattenregleringar har ansetts vara att bruket som utövas är så koncentrerat och särpräglat att det utåt framträder väsentligen som utövning av en rättighet (NRt 1969 s. 1220). Det torde framför allt ha varit bruk i grannförhållanden som avsetts.[66] – Beträffande fiske på allmänt vatten finns en lagmansrettsdom som medger ersättning.[67] – Även de vattenrättsliga ersättningsprinciperna kan väntas bli påverkade av en sådan lagstiftning om rätt till skadestånd för föroreningsskador som föreslås av den norska utredningen. Man kan anta att inställningen allmänt sett blir generösare vid skada på allemansrätt.

Av det sagda framgår att rättsläget också för vattenrättens del är svårt att konstatera, inte minst efter 1974 och 1983 års lagstiftning. Det får emellertid antas att domstolarna här är något generösare än på expropriationsrättens område. Sannolikt gäller detta dock bara fall med skadeståndsrättslig färgning, där skadan inte uppkommer genom att ett område inlöses utan består i en inverkan av ett vattenföretag på andra fastigheter. I inlösenfallen, liksom vid expropriation, vållar sakägarbegreppet svårigheter, men detta har mindre betydelse vid andra skador.[68] Liksom inom skadeståndsrätten torde emellertid möjligheten att få tredjemansskada ersatt vara mycket begränsad.[69] Tyd-

[62] Prop. 1974:83 s. 202.
[63] SOU 1983:7 s. 253 f. Jfr not 49 ovan och från Finland Hollo, a. a., s. 467 f.
[64] Sakägare var de som med särskilt tillstånd från staten fiskade med fasta redskap. Se prop. 1981/82:13 s. 497. Enligt DepCh borde man i detta judiciella förfarande inte ha ett alltför vidsträckt sakägarbegrepp, utan det borde finnas sådan kvalificerad anknytning till berörd fast egendom som krävdes enligt rådande vattenrättslig praxis.
[65] Prop. 1969:28 s. 375 ff, 396; jfr Conradi i NFT 1973 s. 121 ff.
[66] Se närmare NOU 1982:19 s. 83 f.
[67] Rettens gang 1967 s. 351.
[68] Jfr om dessa frågor även Manner, a. a. s. 293 ff, särskilt s. 303 f (märk att hans relativt positiva inställning främst avser vattenrättsligt allmänbruk). – Skillnaden mellan inlösen och andra skadefall har betonats av Hollo bl. a. i Defensor legis 1982 s. 420 f.
[69] Jfr ovan vid not 39. Se även Ljungman i Minnesskrift till Hult s. 299.

ligen har ersättningsrätten ansetts i princip knuten till ett fastighetsinnehav, möjligen med undantag för visst fiske på allmänt vatten. Detta torde väl inte helt utesluta att också idag ett mera intensivt bruk i grannförhållanden skulle kunna ersättas även när det grundas på allemansrätt och sålunda inte rättsligen beror av fastighetsinnehavet. Men frågan är om domstolarna utan egentligt stöd i lag eller lagmotiv vågar slå in på en sådan väg.

9. Det är inte så svårt att, med hänvisning också till utvecklingen i Norge, finna vissa allmänna skäl för att ersätta förlust av allemansrätt i större utsträckning än nu. I vissa avseenden har ju rätten faktiskt en starkare ställning än liknande särskilda rättigheter (jfr 5 ovan). Som framgått kan ganska betydande förluster tänkas uppkomma särskilt för den som är beroende av allemansrätt för sin näring; det gäller oavsett om orsaken är miljöfarlig verksamhet, expropriation eller vattenreglering el. likn. Det kan tyckas angeläget att ge sådant skadelidande ett bättre skydd, samtidigt som här — liksom i de flesta miljöskadefall — risken går lättare att fördela om den läggs på den skadegörande verksamheten.[70] Från preventionssynpunkt kan det också verka önskvärt att kostnaden för samhället genom förstöring av rekreationsmöjligheter läggs på den som har bästa möjligheter att förebygga sådana effekter. Detta gäller även vid expropriation och vattenregleringar: det skulle medföra en riktigare bedömning av företagets ekonomiska konsekvenser för samhället vid en tillståndsprövning, om skadeverkningarna för allmänheten, för närboende och för dem som driver näring på det berörda området togs upp som en minuspost för företaget.[71]

Å andra sidan får medges att de tekniska komplikationerna att i sådana sammanhang likställa allemansrätt med särskild rätt blir betydande, något som bör ha framgått av den föregående översikten. Inte minst gäller detta svårigheten att uppskatta vad en så osäker rätt som allemansrätten egentligen har för ekonomiskt värde.[72] — Vill man utvidga ersättningsrätten bör detta i varje fall inte gälla expropriations- och inlösenfallen. Det verkar dock inte nödvändigt att tillämpa alldeles samma ersättningsprinciper här som i fall av skadeståndstyp — en invändning som spelat en viss roll för miljöskadeutredningens ståndpunkt[73] men numera inte förefaller mig helt övertygande.

[70] Jfr SOU 1983: 7 s. 129.
[71] Jfr Fleischer, Norsk expropriasjonsrett s. 415.
[72] Jfr härom NOU 1982: 19 s. 86.
[73] SOU 1983: 7 s. 162 f; se även NOU 1982: 19 s. 84, där de rättstekniska svårigheterna särskilt vid expropriation framhölls. (Jag bär huvudansvaret för miljöskadeutredningens kanske alltför pessimistiska uttalande på denna punkt.)

Det största bekymret är emellertid inte sådana skador som kan hänföras till enskilda skadelidande utan sådana som drabbar miljön i stort, inbegripet allmänhetens rekreationsmöjligheter. För att komma till rätta med detta problem fordras andra lösningar än här har diskuterats – antingen att, som enligt det norska förslaget, någon företrädare för det allmänna intresset kan kräva ersättning för skador på miljön eller att man inför ett fond- eller försäkringssystem, finansierat av bidrag från skadegörande verksamheter. Det ligger utom ramen för denna uppsats att diskutera alla de komplikationer som är förenade med lösningar av dessa slag; frågorna har behandlats i både det norska betänkandet och i ett par svenska utredningar.[74]

10. Särskilt genom den förut omtalade lagstiftningen om *handredskapsfiske* har aktualiserats ännu ett problem, som har samband med allemansrättens särdrag: om en rättighet för allmänheten av denna typ skall belasta en fastighet, måste fastighetsägaren då få ersättning för sin förlust på motsvarande sätt som om en särskild rätt, t. ex. ett servitut, tvångsvis lagts på fastigheten?

Bakgrunden till de meningsskiljaktigheter som förekommit på denna punkt är den välkända, svårtolkade regeln i 2 kap. 18 § regeringsformen, som föreskriver rätt till "ersättning för förlusten enligt grunder som bestämmes i lag" när egendom tas i anspråk genom "expropriation och annat sådant förfogande". Motiven till grundlagsregeln är ganska intetsägande men visar i varje fall klart att bestämmelsen gäller tvångsöverföring av äganderätt och särskild rätt till fastighet – inbegripet fallet när servitut bildas på fastigheten – medan avsikten varit att inskränkning av fastighetsägarens rådighet (användningsreglering) till förmån för det allmänna skall falla utanför bestämmelsens område.[75] Av motiven framgår också att ersättningen inte behöver avse hela förlusten; vad bestämmelsen egentligen garanterar är ganska oklart.[76] – Det har påstått att rättsläget skulle ha förändrats genom Europadomstolens omskrivna avgörande i Sporrong–Lönnrothsmålet, där Europakonventionens regel om egendomsskydd ansetts tillämplig på en mycket långtgående form av rådighetsinskränkning; även om det är allmänt erkänt att konventionen kan ha viss

[74] SOU 1983: 7 s. 159 ff och avsnitt 12; SOU 1983: 20 (miljöskyddsutredningen) s. 76 ff; SOU 1983 s. 425 ff; NOU 1982: 19 s. 86 ff, 208 ff; se även det finländska betänkandet 1973: 49. Om gällande rätt jfr också Måns Jacobsson i SvJT 1982 s. 545.

[75] Prop. 1973: 90 s. 237; jfr SOU 1975: 75 s. 430 f. – Se även en uppsats av mig om expropriation och grundlagstolkning, som är under tryckning.

[76] Jfr SOU 1978: 34 s. 165 ff, prop. 1978/79: 195 s. 57. Se från doktrinen särskilt G. Petrén i Äganderätt och egendomsskydd (1985) s. 98 (ej garanti för full ersättning).

inverkan på tolkningen av den svenska grundlagen, är det emellertid i hög grad osäkert vad domstolens avgörande i detta fall kan betyda.[77]

I alla händelser är grundlagens gräns mellan tvångsöverföring och rådighetsinskränkning inte helt lätt att dra. Utmärkande för tvångsöverföring av en rättighet kan sägas vara att skada på rättighetshavarens sida motsvaras av en direkt vinning på motsidan (fast vinningen inte behöver vara lika stor som skadan). När markägaren förbjuds att vidta åtgärder med sin mark i allemansrättens intresse, har detta traditionellt setts som en rådighetsinskränkning, som inte behöver grunda rätt till ersättning för ägaren.[78] Om däremot allmänhetens befogenheter på en fastighet utökas utöver vad som följer av allemansrätten, t. ex. enligt föreskrifter om ett naturreservat, utgår däremot ersättning vid mera betydande intrång.[79] Detta behöver dock inte innebära att man ser situationen som ett ianspråkstagande enligt 2: 18 RF; det står klart att i en rad fall lagstiftaren ansett sig böra ge ersättning också vid rådighetsinskränkning utan att grundlagen tvungit till något sådant.[80] En egentlig vinning är här svår att finna.

Den aktuella lagstiftningen om handredskapsfiske avser att verkställa ett riksdagsbeslut, fattat av rekreationspolitiska skäl.[81] Enligt 20 a § fiskelagen skall allmänheten nu ges samma rätt till handredskapsfiske som fiskerättshavaren på enskilt vatten på ostkusten och i de stora sjöarna; motsvarande gäller redan på västkusten, däremot inte i andra inlandsvatten.

I den departementspromemoria som låg till grund för förslaget framhölls att 2:18 inte var tillämplig i detta fall. Fiskerättshavaren skulle behålla tidigare ensamrätt till fiske med andra redskap och fick alltjämt själv fiska med handredskap, om också han fick tåla sådant fiske även av andra, och han ansågs därför inte fråntagen någon rätt. Ersättning skulle enligt promemorian

[77] Jfr Opsahl–Friberg i SvJT 1983 s. 401 ff, särskilt s. 425, 428, Danelius, Mänskliga rättigheter, 3 uppl. (1984) s. 185 f. Att Europakonventionens regel är tillämplig på vissa mycket långtgående rådighetsinskränkningar torde vara klart; motiveringen i Sporrong–Lönnrothsfallet tar emellertid sikte främst på den speciella situationen – långvariga expropriationstillstånd – och tydligen kan också en viss rätt till ersättning för de enskilda ändra läget. – I vad mån konventionen alls garanterar en ersättning i dessa fall är f. ö. omstritt; jfr Opsahl–Friberg, a. a. s. 423 f, Danelius, a. a. s. 186, Peukert i Human Rights Law Journal 2 s. 38 ff. Också annars är det svårt att säga hur långt egendomsskyddet enligt konventionen egentligen går. – Ang. konventionens betydelse vid grundlagstolkning se Danelius, a. a. s. 56 f och NJA 1981 s. 1205.

[78] Jfr SOU 1975: 75 s. 426. Exempelvis vid strandskyddsförordnande – ett typiskt fall av sådan rådighetsinskränkning – har redan vid tillkomsten av 1974 års RF ägaren förvägrats ersättning, något som måste inverka på tolkningen av grundlagsregeln (jfr min i not 75 nämnda uppsats). Se också följande not.

[79] Se 26 § naturvårdslagen, Jonzon–Delin–Bengtsson, a. a. s. 203 f (jfr s. 68 ff). – Andra intrång ersätts inte vilket tydligen ansetts förenligt med RF.

[80] Jfr t. ex. prop. 1972: 111 bil. 2 s. 328 ff och SOU 1975: 75 s. 424 ff.

[81] JoU 1982/83: 7 s. 4 ff, JoU 1983/84: 4 s. 6 f.

utgå bara när pågående användning av enskilt vatten för fiske avsevärt försvårades, en känd formulering bl. a. från naturvårdslagens ersättningsregler (se 26 §).[82] – I detta fall skulle den dock ge påtagligt otillräcklig kompensation i många situationer, och den utsattes också för åtskillig remisskritik.[83]

Departementschefen betonade att lagstiftningen medförde bara ett obetydligt intrång; den borde ses som en vidareutveckling av allemansrätten. Vad angår 2: 18, innebar expropriation enligt hans mening att äganderätt eller annan rätt till en fastighet fördes över till någon som kunde utöva rättigheten på motsvarande sätt som den tidigare innehavaren, och en sådan överföring var det inte fråga om i detta sammanhang. Han lutade för egen del närmast åt att 2: 18 inte var tillämplig men ansåg ändå att innehavare av enskild fiskerätt som gjort en förlust skulle ges rätt till ersättning för denna enligt grunder, som närmare angavs i lagförslaget.[84] Vad som skulle kompenseras var emellertid bara inkomstbortfall, inte annan skada.[85] Fast departementsförslaget var generösare än promemorian, gav det sålunda inte full kompensation.

Lagrådet godtog att man lagstiftningsvägen skapade en rättighet av "i sak allemansrättslig" natur; härvid framhölls dock att såvitt gällde rätt att tillgodogöra sig naturprodukter på annans mark allemansrättsliga analogier borde anses berättigade endast i fråga om produkter som inte representerade något förmögenhetsvärde, eller på sin höjd ett försumbart sådant, för markägaren. Vad ersättningsrätten angick fann lagrådet det aktuella fallet ligga inom en "gråzon" mellan de klara fall som grundlagsstadgandet åsyftade och fall som bestämt var att hänföra till rådighetsinskränkningar. Inom denna gråzon var det mest tillfredsställande att utforma lagstiftningen så att den fyllde kraven i 2: 18. Lagrådet kunde alltså acceptera departementschefens ståndpunkt att denna bestämmelse inte var tillämplig men ansåg beaktansvärda skäl föreligga för att utforma lagstiftningen enligt grunderna för bestämmelsen. Detta innebar att ersättning skulle utgå även för annan skada än inkomstbortfall. Lagrådet nämnde sådana "slumrande" värden som förekommer när fiskerättshavaren tills vidare avstått från att utnyttja möjligheterna till upplåtelse och vidare minskat utbyte av yrkes- eller husbehovsfiske.[86] – Departementschefen vidhöll emellertid sin inställning i fråga om ersättningsskyldigheten; de slumrande värden lagrådet nämnt kunde jämställas med förväntningsvärden, som inte ersätts enligt markpolitisk lagstiftning, och annan personlig skada ansåg han inte kunna förekomma.[87] Jordbruksutskottets majoritet, som riksdagen följde, hade samma uppfattning i grundlagsfrågan. Man ansåg emellertid rimligt att ersättningsrätten avser "all personlig ekonomisk förlust som fiskerättshavarna lider" – ett frikostigt uttalande, om man skall ta det bokstavligt.[87a]

[82] Se prop. 1984/85: 107 s. 41 ff, 57 f.
[83] Prop. 1984/85: 107 s. 96 ff.
[84] Prop. 1984/85: 107 s. 12 ff.
[85] Se lag om ersättning för intrång i enskild fiskerätt, särskilt 1 §.
[86] Prop. 1984/85: 107 s. 151 ff.
[87] Prop. 1984/85: 107 s. 164 f.
[87a] JoU 1984/85: 26 s. 14 f. Minoriteten (s. 18) ansåg förslaget vara att hänföra enligt Europakonventionens artikel om egendomsskydd och "i samma mån" enligt 2: 18 RF – en överraskande tolkning av grundlagsregeln, ifall man skall fästa sig vid ordalagen. Att döma av hänvisningen till mot. 1984/85: 2837 bygger den på ett uttalande som departe-

Av intresse i detta sammanhang är närmast det synsätt på allemansrätten som framträder. Vare sig rätten till handredskapsfiske ses som en del av eller (riktigare?) som en komplettering till allemansrätten,[88] har genom lagstiftningen skapats en ny befogenhet för allmänheten på enskildas områden, vilken på många håll går längre än sedvanan. Principiellt nytt är också att befogenheten går ut på att ta produkter, som tidigare varit förbehållna områdets innehavare. Utvidgningen av det hävdvunna området för allemansrätten avser produkter av obestridligt ekonomiskt värde – det är knappast längre fråga om naturalster som är mycket mindre värda än själva arbetsinsatsen att tillägna sig dem, som fallet är med svamp, bär och blommor. Såtillvida har lagstiftaren slagit in på helt nya vägar. Att – som lagrådet påpekar[89] – ofångad fisk inte är föremål för någons äganderätt hindrar inte att det är fråga om en rätt av annat slag än den man hittills diskuterat i sammanhanget. Det är inte underligt att ersättningsfrågan blivit kontroversiell också från juridisk synpunkt.

Onekligen skulle man med stöd av det resonemang som promemorian fört kunna göra betydligt mera besvärande ingrepp utan att 2: 18 blev tillämplig. Också t. ex. jakt av småvilt på annans jaktmark eller rentav julgransplockning skulle kunna tillåtas utan ersättning mer än i särskilda fall – ägaren har ju kvar sin rätt att skjuta harar och ta julgran åt sig själv, i den mån något blir över sedan allmänheten utnyttjat sina rättigheter. Det bör emellertid framhållas att departementschefen knappast betonat argumentet att det inte är något expropriativt intrång när ägaren får dela sina befogenheter med andra – såtillvida har kritiken i den allmänna debatten varit missvisande. Lagrådet har i varje fall, utan senare motsägelser i propositionen, klart avvisat sådana föga rimliga konsekvenser av promemorians resonemang som de antydda.[90]

På denna punkt kan man alltså knappast angripa propositionens argumentering. Departementschefens resonemang kan emellertid diskuteras i några andra hänseenden.

mentschefen en gång i tiden gjorde om förhållandet mellan konventionens artikel och grundlagsskyddet enligt 1809 års RF (prop. 1953: 32 s. 4 f), men därav kan inte rimligen utläsas att regeln i 2: 18 nuvarande RF skall till tillämpningsområdet motsvara den helt annorlunda avfattade konventionsbestämmelsen – något som skulle stå i strid med grundlagsregelns ordalag och ännu mer med dess förarbeten. Kanske är det bara fråga om en olycklig formulering i brådskan kring behandlingen av fiskereformen.

[88] Jfr prop. 1984/85: 107 s. 13, 152. Att märka är att rätten till handredskapsfiske inte är lika generell som allemansrätten i traditionell mening – fiskerätten gäller ju inte på allt enskilt vatten.

[89] Jfr prop. 1984/85: 107 s. 152.

[90] Se prop. 1984/85: 107 s. 152, jfr s. 164 f.

Resonemanget betonar den offentligrättsliga synen på allemansrätten – det är inte någon särskild rätt som läggs på fastigheten. Rättigheten är också avsedd att tillgodose den stora allmänhetens intressen, fast även grannar självfallet kan ha nytta av den. I realiteten är emellertid skillnaden mot en särskild rätt inte så stor. Hade rätt till husbehovsfiske på enskilt vatten tillagts närboende eller kommunen, skulle det i stället ha varit fråga om servitut (möjligen nyttjanderätt, om rätten inte anknutits till en härskande fastighet). En förmögenhetsöverföring skulle anses föreligga, och det vore då ofrånkomligt att tillämpa grundlagens regler om expropriation. Det innebär visserligen inte att ersättning enbart för inkomstbortfall hade behövt bli grundlagsstridig; formuleringen i 2: 18 regeringsformen ("efter grunder som bestämmes i lag") torde ge lagstiftaren åtskilligt utrymme.[91] Men det skulle bli svårare att försvara en betydande reduktion av ersättningen.

På sätt och vis är det väl konsekvent att anse, att om inte en rätt har ersättningsskydd där fastighetsägaren eller annan utsläcker den, bör rätten inte heller anses utgöra samma ekonomiska belastning av fastigheten som en särskild rätt. En sådan argumentation skulle emellertid vara ganska formalistisk. Den rättighet av allemansrättsligt slag som nu vilar på fastigheten är av minst lika betungande slag som ett motsvarande servitut – något ganska typiskt för allemansrätter (jfr 5 ovan). För den enskilde kan det förefalla föga rimligt, att ersättning garanteras av grundlagen i det ena fallet men inte i det andra.

Den väsentliga frågan för tillämpning av 2: 18 synes alltså vara, om en förmögenhetsöverföring sker också genom överföringen till allmänheten. Det verkar ofrånkomligt att fiskerättshavaren gör åtminstone någon ekonomisk förlust genom att andra numera kan fiska på hans vatten, och att enskilda handredskapsfiskare har åtminstone något ekonomiskt utbyte av fisket – frånsett dess rekreationsvärde, som i detta sammanhang inte spelar någon roll. De skäl departementschefen anfört till stöd för att ingreppet ändå inte är av expropriativt slag förefaller inte alldeles övertygande. Det är sålunda knappast en generell princip att expropriation förutsätter att en överförd rättighet kan utövas på motsvarande sätt som av den tidigare innehavaren. Åtskilliga expropriationer av servitut, t. ex. för kraftledningar, ger exempel på motsatsen. Också med propositionens resonemang torde man för övrigt kunna säga, att allmänheten kan utöva själva rätten till handredskapsfiske på samma sätt som tidigare fiskerättshavaren, även om

[91] Jfr SOU 1978: 34 s. 165 ff, prop. 1978/79: 195 s. 57. – Jfr den i not 75 omtalade uppsatsen och not 76 (Petrén).

denna naturligtvis har kvar åtskilliga andra rättigheter.[92] – Det är visserligen riktigt att grundlagen inte garanterar ersättning för förväntningsvärden – t. ex. sådana som avses med den s. k. presumtionsregeln i expropriationslagen (4 kap. 3 §).[93] Men enligt lagtexten ("inkomstbortfall") skulle också ekonomisk förlust av annat slag lämnas utanför den nya ersättningsregeln. Det är här inte bara fråga om skador som tillfogas fiskerättshavare genom intrång på deras mark av allmänheten – detta utgör närmast en parallell till företagsskada vid expropriation, som inte heller synes omfattad av 2: 18[94] – utan också en direkt minskning av fiskerättens värde vid tillåten användning av fiskevattnet.

Man kan då fråga, om en överföring av en rätt just till allmänheten är av så säregen natur att ersättningsfrågan enligt 2: 18 kommer i ett helt annat läge än när t. ex. ett servitut bildas eller en nyttjanderätt tvångsvis upplåtes. Vill man försöka ge en juridiskt acceptabel motivering för lagmotivens inställning torde man få åberopa, att i den mån ersättning skulle förvägras en fiskerättshavare det gäller ett ingrepp av begränsad räckvidd som drabbar *alla* rättsinnehavare av en viss kategori (detta i motsats till expropriation och liknande ingrepp mot vissa bestämda fastigheter eller områden);[95] även om det gäller en förmögenhetsöverföring, framstår vidare varje enskild handredskapsfiskares vinning som föga betydande, och något liknande torde gälla den minskning av fiskerättens värde som faller utanför ersättningsrätten. Expropriationslagen gör visserligen inget undantag för smärre skador av detta slag, men kanske får ett väsentlighetskrav godtas i den utkant av expropriationsbegreppet som vi här sysslar med. – Det kan naturligtvis sägas att för ekonomiskt svaga fastighetsägare ingreppet ändå kan vara kännbart också i detta avseende; vid generella ingrepp av det aktuella slaget torde dock grundlagsregeln inte göra skillnad med hänsyn till ägarnas ekonomi.

Man kan nog säga att ersättningsbestämmelsen ligger på gränsen till det tillåtna; gränsen kan emellertid knappast anses överskriden.

[92] A. Vinding Kruse (Ugeskrift for retsvæsen 1969 s. 17 ff) anser för dansk rätts del att när allmänheten genom naturfredningsloven fick utvidgad rätt att röra sig fritt i privata skogar, detta utgjorde expropriation i den danska grundlagens mening (se § 73). Att märka är dock att grundlagsregeln är utformad annorlunda än den svenska och att Danmark saknar allemansrätt.

[93] Jfr SOU 1978: 34 s. 165 ff, prop. 1978/79: 195 s. 57, Petrén a. st.

[94] Jfr föregående not; också 4: 2 ExprL (berörd i prop. 1984/85: 107 s. 154) omtalas på samma sätt i motiven till nuvarande lydelse av 2: 18 RF och synes på motsvarande vis ha ansetts förenlig med grundlagsregeln.

[95] Synpunkten, att generella ingrepp bör bedömas annorlunda än speciella, spelar stor roll i norsk rätt; jfr t. ex. NRt 1970 s. 67 (den s. k. strandlovdommen; plenimål), och NRt 1978 s. 442. Ang. dansk rätt jfr Skovgaard, Offentlige myndigheders erstatningsansvar s. 239 f m. hänvisn.

Den kritik som framförts på sina håll i den allmänna debatten tycks ha fått överdrivna dimensioner och bygger inte sällan på missförstånd både om innebörden av grundlagens egendomsskydd (jfr ovan) och om lagstiftningens innehåll – bl. a. har som sagt indignationen ofta riktats mot promemorieförslaget utan att man observerat att propositionen och utskottet för ett annat, generösare resonemang.[96] Som lagrådet framhållit är man här inne på ett tveksamt område, där en domstol visserligen kan ha sina dubier om lagstiftningen men saknar tillräckligt stöd för att tala om grundlagsstridighet, än mindre uppenbar sådan. Inte minst får betonas oklarheten om det mått av ersättning som 2: 18 garanterar (jfr ovan). Att underkänna lagstiftningen vid lagprövning enligt 11 kap. 14 § regeringsformen synes därför inte möjligt.[97] Inte heller lär det vara godtagbart att föregripa en tänkbar utveckling i Europadomstolens praxis och på sådana grunder förkasta en lagstiftning av detta slag. Man kan visserligen gissa, att det kan bli svårt för kontinentala och sydeuropeiska jurister att förstå sig på och uppskatta en så utpräglat nordisk företeelse som allemansrätten och närstående rättigheter – tydligen är det främst hos en sådan juristopinion, utan kontakt med nationella traditioner, som förslagets kritiker kan hoppas på stöd mot den svenska riksdagsmajoriteten. Såtillvida måste regeringen sägas ha tagit en viss risk genom att lägga fram förslaget: en ägarvänlig majoritet i domstolen kan tänkas ytterligare skärpa sin inställning från Sporrong–Lönnrothsmålet. Men en sådan risk verkar inte så överhängande, och den lär i vart fall inte kunna åberopas för att lagstiftningen nu skulle anses konventionsstridig. Vidare synes det klart, att svenska domstolar är skyldiga tillämpa t. o. m. en lag som tydligt strider mot konventionen, om lagen trots detta kan anses förenlig med grundlagen.[98]

Vad som nu sagts torde under alla förhållanden motivera en generös tolkning av ersättningsregeln i tveksamma fall. Ett särskilt stöd för detta ger utskottsuttalandet att *all* personlig förlust skall ersättas. Motiven går här längre än lagens ordalag, vilka som sagt bara medger kompensation för mistad inkomst.[99]

[96] Exempel utgör åtskilliga debattartiklar i Svenska Dagbladet (se t. ex. 12 febr. 1985); ofta har naturligtvis politiska synpunkter spelat en väsentlig roll. (Av juridiskt intresse är däremot Lars Anderssons tänkvärda inlägg i SvD 3 mars 1985, om också även han synes tolka 2: 18 väl extensivt; jfr ovan vid not 91.)
[97] Jfr SOU 1975: 75 s. 108 ff, prop. 1975/76: 209 s. 93 f, 202 (HD:s yttrande), SOU 1978:34 s. 108 f, prop. 1978/79: 195 s. 41 f.
[98] Jfr Danelius, a. a. s. 57, NJA 1981 s. 1205.
[99] Gränsen mellan aktuell förlust och "slumrande" värde bör dock kunna dras liberalt. Jfr även prop. 1984/85: 107 s. 164 f.

11. Man får räkna med möjligheten att statsmakterna sätter sig över sådana betänkligheter som här har antytts och går vidare på den väg som fiskelagstiftningen utstakat: genom att en viss rättighet – t. ex. handredskapsfiske på allt enskilt vatten – tilläggs allmänheten, skulle det allmänna bara behöva utge begränsad ersättning, och ingreppet skulle därigenom bli billigare. Frågan om det lämpliga och rimliga i en lagstiftning av denna typ beror på omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt hur pass tungt behovet av en viss befogenhet för allmänheten väger i förhållande till markägarens intressen, och på politiska värderingar; ersättningsreglernas utformning måste spela en väsentlig roll i sammanhanget. Jag skall inte gå in på de avvägningar som här kan bli aktuella. Däremot kan det finnas skäl att betona de rättstekniska problem som en utveckling i denna riktning för med sig; för övrigt framträder de till stor del också om en generös kompensation betalas.

Ju mer en nyskapad "allemansrätt" liknar ett servitut eller en nyttjanderätt, desto svårare lär sådana gränsdragningar bli som berörts i det föregående. Detta gäller inte minst efter den nya fiskelagstiftningen. Allmänhetens rätt till handredskapsfiske torde i allt väsentligt uppvisa samma karakteristiska drag som allemansrätter i traditionell mening; det är dock tveksamt om denna rätt är "elastisk" på samma sätt som rätten att färdas, rasta och ta mindre värdefulla naturalster på annans mark (jfr 3 ovan). Denna fiskerätt vilar ju på en lagregel, knappast på en stadgad sedvana. Även i fråga om fisket uppkommer frågan om ägaren eller innehavaren av ett område skall genom fastställelsetalan kunna få fastslagna de rättigheter som grannar eller andra kan ha på hans fastighet, ett bekymmer som ökar ju mera besvärande de allemansrättsliga befogenheterna framstår. Här verkar de nuvarande reglerna otillräckliga (4 ovan). Ett annat problem, som kan få praktisk betydelse i samma situationer, är hans utsikter att få ersättning vid större tillströmning av allmänheten till hans område – exempelvis av en hotellägare, som hänvisar besökare till ett närbeläget fiskevatten, eller av en fiskeförening som ordnar sportfisketävling på hans vatten. Gäller samma skadeståndsmöjligheter som i andra fall, där allemansrätt utövas excessivt? (Jfr 5 ovan.) Liknande frågor uppkommer om andra allemansrätter nybildas. För min del anser jag möjligheten till ersättning av detta slag snarast böra bli större, ju mer besvärande allmänhetens befogenheter ter sig för den enskilde; men rättsläget är onekligen oklart på denna punkt. – Svårigheterna ökar också att vid fastighetsköp förutse, hur pass belastande olika allemansrätter är på fastigheten.

Skulle mera långtgående befogenheter än rätten till handredskaps-

fiske överföras till allmänheten, finns det också skäl att noga beakta 2 kap. 18 § regeringsformen. Man kan inte kalla alla möjliga befogenheter av denna typ för en allemansrätt och därmed få ingreppet att framstå som en rådighetsinskränkning, där grundlagsregeln inte skulle gälla. Till detta kommer det osäkerhetsmoment som Europakonventionen utgör. – Som framgår av det sagda, är det emellertid tveksamt hur långt lagstiftaren kan gå.[100] Diskussionen kring fiskereformen har inte på något sätt skapat klarhet om dessa besvärliga problem.

Omvänt blir den frågan aktuell, hur enskilda grannar eller andra skall kunna hindra att en viss fastighetsägare (eller andra innehavare av ett begärligt fritidsområde) vidtar åtgärder för att försvåra allemansrättens utövning. Skall t. ex. stängselgenombrott enligt 17 § naturvårdslagen kunna utverkas också för att bereda fritidsfiskare tillträde till lämpliga stränder?[100a] Regler av den typen kanske blir behövliga också i andra fall, särskilt om man kan vänta sig ökade motsättningar mellan markägare och allmänhet genom att även annan kontroversiell lagstiftning av det diskuterade slaget tillkommer.

Man kan också fråga, hur det ligger till med rätten till ersättning för den som utövar befogenheter av denna typ: kan en granne som energiskt ägnar sig åt handredskapsfiske, eller hotellägaren i det nyss berörda fallet, anses berättigad till skadestånd på grund av vattenförorening eller ersättning i vattenmål? Sannolikt har lagstiftaren inte haft någon tanke på detta när fiskelagstiftningen ändrades, men den generösare tillämpning av ersättningsregler som rekommenderats (se 6 ovan) skulle kunna bli aktuell inte minst i dessa situationer. En flitig handredskapsfiskare kan också anses utöva en binäring av sådan ekonomisk betydelse för honom att han möjligen bör ha ersättningsskydd i sådana fall (även om detta förmodligen inte är så praktiskt). Frågor av denna typ torde i alla händelser få ökad vikt, ju värdefullare befogenheter för grannar och andra som lagstiftaren tillskapar genom lagändringar av det aktuella slaget.

12. I det föregående har jag mestadels betonat oklarheten i de allemansrättsliga reglerna; hur frågorna egentligen bör lösas har inte diskuterats, och på många punkter skulle nog inte heller en utförlig

[100] Möjligen kan 2: 18 RF bli aktuell i den mån den som utnyttjar rättigheten därigenom verkligen får en ekonomisk fördel som utan vidare kan uppskattas i pengar (t. ex. rätt till viss jakt, till att ta vissa naturprodukter som i sig själva har påtagligt ekonomiskt värde etc.). Jfr prop. 1984/85: 107 s. 152. Detta garanterar dock inte full ersättning. – Hur Europakonventionen kan tolkas på denna punkt vågar jag inte ens gissa.

[100a] Man kan nog sätta i fråga, om inte detta fordrar en lagändring; hur utbrett sportfisket än är, synes det knappast vara "friluftsliv" i naturvårdslagens mening.

diskussion ha lett till några säkra resultat. Det kan väl sägas att de rättstekniska bekymren inte bör överdrivas. En del av de berörda problemen behöver inte heller få så stor aktualitet, om en lagstiftning på området utformas förnuftigt i övrigt. Men ändå finns det nog skäl för lagstiftaren att tänka sig för, innan han faller för frestelsen att av ekonomiska skäl använda konstruktionen allemansrätt, i stället för att överföra en befogenhet till staten eller kommunen och därigenom bli tvungen att låta det allmänna ersätta förlusten enligt regeringsformens regel. Rättsläget blir från många synpunkter komplicerat och svåröverskådligt. — Ett annat skäl mot att avvika från vad som traditionellt anses som allemansrätt är att detta ökar osäkerheten hos allmänheten om vad rätten egentligen innebär. Det är knappast lyckligt att behöva ändra naturvårdsupplysningen på väsentliga punkter.

Man får dessutom ta hänsyn till möjligheten att allemansrätten på många håll kan komma i vanrykte, om den åberopas till stöd för allehanda kontroversiella ingrepp i hävdvunna rättigheter till fast egendom. Redan nu angrips denna rätt ofta i debattinlägg från näringslivets, bl. a. skogsbrukets, och markägarnas sida, varvid debattörerna inte alltid skiljer mellan rättens juridiska innebörd och det sätt varpå den emellanåt missbrukas. Man kan idag inte bortse från risken att, beroende på den politiska utvecklingen, allmänhetens befogenheter på ena eller andra sättet kan komma att begränsas;[101] den allmänna tendensen att i ökad grad betona den enskildes frihet gäller tydligen inte på samma sätt rätten att röra sig fritt i skog och mark. Så mycket angelägnare verkar det att inte bara allmänheten utan också lagstiftaren är noga med att inte utnyttja allemansrätten till övermått.

[101] Jfr härom t. ex. JoU 1983/84: 18, JoU 1984/85: 11 (bl. a. ss. 12, 29, 42 f; dock inga långtgående ändringsförslag). — Detta skrivs före 1985 års val.

OFFENTLIG RÄTT

OM LAGRÅDSGRANSKNINGENS GRÄNSER

Av Justitierådet BERTIL BENGTSSON (1984)

1. Genom 1979 års ändringar i regeringsformen gjordes lagrådets granskning i princip obligatorisk på väsentliga områden (8: 18 2 st. RF). Samtidigt preciserades granskningens inriktning i grundlagen genom bestämmelser som i stort sett anknöt till tidigare praxis. Enligt 8: 18 3 st. skall sålunda granskningen avse

"1. hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt,
2. hur förslagets föreskrifter förhåller sig till varandra,
3. hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav,
4. om förslaget är så utformat att lagen kan antas tillgodose angivna syften,
5. vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen."

Ett skäl för att granskningens innebörd på detta vis slogs fast angavs vara att lagrådet inte skulle behöva riskera att bli utsatt för kritik vare sig för att dess granskning var politiskt inriktad eller för att det inte i den omfattning som varit påkallad gett sin syn på exempelvis frågor om tolkning av grundlag eller frågor av rättssäkerhetskaraktär.[1] Det har också visat sig välmotiverat att närmare reglera granskningen: genom en rad ganska kontroversiella regeringsförslag har den under de senaste åren blivit mera uppmärksammad än tidigare, och lagrådets uttalande har inte sällan använts i politiska sammanhang. – Preciseringen av dess uppgifter har emellertid inte hindrat att dess verksamhet angripits närmast från politisk synpunkt,[2] något som möjligen sammanhänger med överdrivna förhoppningar på oppositionshåll om lagrådets möjligheter att lägga hinder i vägen för misshagliga förslag. Bestämmelserna om granskningens inriktning är inte heller alldeles klara. Det kan finnas anledning att närmare diskutera gränserna för lagrådets befogenheter: vad det får göra och vad det är skyldigt att iaktta i sin granskande verksamhet, särskilt med hänsyn just till den allmänt accepterade principen att lagrådet skall avhålla sig från politiska ståndpunktstaganden. Frågan berördes för några år sedan, under en för lagrådet fridfullare period, i en artikel av en ovanligt aktiv lagrådsledamot – Gustaf Petrén;[3] erfarenheterna sedan dess ger emel-

[1] SOU 1978: 34 s. 134.
[2] Se från riksdagen särskilt A. Björck (m) i protokoll 1982/83: 103 s. 51 ff. (Uttalandet föregicks av flera angrepp i viss borgerlig press.)
[3] Se SvJT 1980 s. 129 ff.

lertid anledning att tillägga ett och annat, på grundval främst av material från de senaste åren.

De allmänna principer som gäller för lagrådsgranskningen ansluter till en tradition som funnits långt före 1979 års lagstiftning och förts vidare bl. a. genom att alltid åtminstone någon ledamot på varje lagrådsavdelning tjänstgjort under en tidigare lagrådsperiod. Sannolikt har denna tradition åtminstone hittills spelat väl så stor roll för granskningens inriktning som avfattningen av grundlagsbestämmelsen. Såvitt jag förstår har ledamöterna en allmän känsla hur långt lagrådet kan och bör gå i sina uttalanden, och bara i speciella, mera tveksamma fall kan det finnas skäl att söka ledning i 8: 18 RF. Det närmare synsättet belyses av olika lagrådsyttranden. Vad som här sägs om lagrådets inställning bygger i första hand på en systematisk genomgång av yttrandena efter 1979 års lagändring, men också åtskilligt äldre material skall beaktas.

Det bör understrykas att i den mån mina synpunkter inte hänvisar till klara uttalanden från lagrådets sida de endast återger mina personliga åsikter. Var den exakta gränsen går för lagrådets befogenheter är svårt att säga, och här kan åsikterna vara delade bland ledamöterna. Genomgången tyder på att visserligen avdelningarna haft i stort sett samma ståndpunkt i frågan, vad lagrådets kritiska granskning bör omfatta, men däremot benägenheten att uttala direkt kritik i någon mån varierar: längst går i allmänhet vissa skiljaktiga ledamöter, medan uttalanden av hela lagrådet eller dess majoritet synes hålla ett visst säkerhetsavstånd till den punkt, där man kan sätta i fråga om inte lagrådet har tagit politisk ställning.

Diskussionen av dessa frågor försvåras, som framgår av fortsättningen, av att den ofta förs i termer vilkas innehåll är oklart och uppfattas på olika sätt även av jurister. Bl. a. gäller detta redan principen att lagrådet inte skall ta politisk ståndpunkt, trots att väsentligen samma grundsats betraktas som en oskriven regel för domstolarnas verksamhet. Att slå fast innebörden av denna grundsats är knappast möjligt här. Det är inte lätt att dra gränsen mellan sådana partipolitiska motiv som ostridigt inte får påverka dömandet och olika slag av rättspolitiska motiv som får lov att inverka, i varje fall om de inte går rakt emot syftet med den aktuella lagstiftningen eller lagregeln. Domarens inställning till sådana kontroversiella frågor som värdet av allmän- och individualprevention, klara eller elastiska lagregler, "social" civilrättslagstiftning i förhållande till "allmänna omsättningens krav", stabilitet eller utveckling behöver naturligtvis inte vara parti-

politiskt färgad – detta hör väl snarare till undantagen – men den kan mycket väl sammanfalla med den ståndpunkt olika partier driver i den politiska debatten.[4] Liknande problem uppkommer för lagrådets del. Man kan fråga, om lagrådet försiktigtvis bör avhålla sig från att alls gå in på synpunkter av detta slag i sin diskussion, och – om nu detta sker – från vilka värderingar lagrådet då skall utgå. Det förefaller bättre att diskutera detta med sikte på varje situation för sig än att söka på förhand definiera innebörden av "politisk" i sammanhanget.

2. Om den allmänna *bakgrunden* till bestämmelserna om lagrådsgranskningen kan här sägas följande.

Lagrådsutredningen, vars förslag ligger till grund för nuvarande regler om lagrådets uppgifter, underströk att lagrådet vid sin granskning i princip inte borde gå in på de allmänna politiska överväganden som låg till grund för lagförslaget, något som sedan länge iakttagits i lagrådets verksamhet. Emellertid kunde lagrådet också komma in på kontroversiella frågor av denna typ, såsom när man uppmärksammade förslagets förenlighet med övrig lagstiftning, särskilt grundlag. Lagrådet måste enligt utredningen ibland också i övrigt uppmärksamma de materiella sidorna av ett förslag, såsom vid bevakning av rättssäkerhetsintresset; över huvud taget var det i praktiken inte möjligt att dra en bestämd skiljelinje mellan en formell juridisk-teknisk granskning och en granskning av förslagets sakliga innehåll. Framför allt med hänsyn till att det gällde ett förslag vartill regeringen tagit ställning borde lagrådet dock enligt lagrådsutredningens mening iaktta återhållsamhet, när det uttalade sig om det materiella innehållet.[5]

Rättighetsskyddsutredningen, som i sitt betänkande av 1978 utgick från lagrådsutredningens förslag, ansåg sig i motsats till lagrådsutredningen böra föreslå uttryckliga lagregler om granskningens innehåll men instämde i sak med denna utredning i de nu aktuella frågorna.[6] Även departementschefen intog en liknande ståndpunkt, varvid framhölls att enighet rådde om att granskningen borde begränsas till lagförslagens juridiska sida och att prövningen av deras allmänna politiska grunder ankom uteslutande på riksdagen och regeringen. Departementschefen underströk särskilt vikten av att lagrådet "iakttar den största återhållsamhet när det gäller sakfrågor av politisk natur". Det var, framhöll han, "inte förenligt med lagrådets ställning i vårt konstitutionella system att det redovisar andra synpunkter än sådana som är av juridisk-teknisk art". Också departementschefen ansåg det betydelsefullt att i grundlagen ange i vilka hänseenden lagrådet skulle yttra sig. En sådan regel skulle enligt honom motverka att lagrådet uppfattades som ett politiskt organ; för att det skulle fylla sin uppgift måste förtroendet för dess neutralitet i politiska frågor vara orubbat.[7]

[4] Jfr diskussionen om sådana frågor av Johs. Andenæs i festskriften Ret og humanisme (1977) s. 25 ff.
[5] SOU 1978: 34 s. 262 f.
[6] SOU 1978: 34 s. 134 f.
[7] Prop. 1978/79: 195 s. 48 f.

Konstitutionsutskottet hade i stort sett samma uppfattning på denna punkt. Man utgick från att granskningen i lagrådet uteslutande borde ägnas åt lagförslagens juridiska sida och sålunda aldrig omfatta deras allmänna politiska grunder; tydligen ansågs i stort sett allmän enighet råda om detta, liksom om att granskningen var en garanti för att rättssäkerhetsintresset och kravet på enhetlighet, konsekvens och klarhet iakttogs.[8]

Under lagstiftningsarbetets gång har alltså uppfattningen om att lagrådet bör inskränka sig till att behandla juridisk-tekniska frågor allt klarare markerats. Varken departementschefens eller utskottets uttalanden synes lämna mycket utrymme att alls gå in på politiskt kontroversiella frågor. Det är angeläget att hålla fast vid denna utgångspunkt för den följande diskussionen.

För en sådan ståndpunkt talar naturligtvis också argument liknande dem som framförts mot en mera omfattande lagprövning från domstolarnas sida.[9] Bl. a. finns det en begränsad risk, som man dock inte kan bortse från, att annars vissa politiska hänsyn tas vid utnämningarna till justitieråd och regeringsråd. Och även om inte något sådant kan befaras, är det klart olämpligt om lagrådets bedömning antas bero på dess sammansättning i olika ärenden. Det bör inte komma i fråga att man i departementen eller annorstädes spekulerar i hur ena eller andra lagrådsavdelningen kan väntas ta emot ett kontroversiellt lagförslag med hänsyn till vad man tror sig veta om ledamöternas personliga inställning. Helst borde lagrådet te sig ungefär lika anonymt som HD eller regeringsrätten.

Samtidigt får framhållas att, med hänsyn till det sätt varpå granskningsreglerna formulerats, en behandling också av vissa politiskt omstridda sakfrågor ibland kan bli oundviklig; exempel på detta ges i det följande. De synpunkter lagrådsutredningen framförde om gränsdragningsproblemen – för övrigt understrukna också vid remissbehandlingen[10] – tycks vara svåra att komma ifrån.

3. Lagrådet har ibland ansetts ha en *funktion* jämförlig med en författningsdomstol, åtminstone när dess granskande verksamhet avser lagstiftningens förenlighet med grundlag. Man har menat att en stark ställning för lagrådet här skulle strida mot parlamentarismens prin-

[8] KU 1978/79: 30 s. 65.
[9] Se bl. a. prop. 1975/76: 209 s. 90 ff, KU 1975/76: 56 s. 17 ff, 76 f, prop. 1978/79: 195 s. 39 ff.
[10] Prop. 1978/79: 195, bil. 2, s. 62 ff.

ciper: endast politiskt sammansatta organ bör ha politisk makt.[11] Det är emellertid tydligt att parallellen med en sådan domstol inte är träffande. Inget hindrar ju regeringen, och sedan riksdagen, från att gå tvärs emot lagrådets ståndpunkt. Numera är detta ganska vanligt också när lagrådets invändningar varit av närmast formell natur. Lagrådets möjligheter att vinna gehör i sådana rent tekniska frågor beror i mycket på den respekt den föredragande departementstjänstemannen och hans närmaste överordnade i departementet har för lagrådets kompetens och på den kompromissvilja man är beredd att visa; här märks ett betydligt större självförtroende hos departementens personal under senare år.[12] Gäller det meningsskiljaktigheter av mera principiell art kommer också den politiska styrningen in. Orsakerna till motsättningar mellan lagråd och departement kan variera och skulle förtjäna en särskild undersökning; saken kan inte utredas i denna artikel, men det allmänna intrycket är att det under inga förhållanden varit fråga om några mera allvarliga konflikter.

När lagrådets kritik inte beaktas av regeringen eller senare av riksdagen, inskränker sig dess inflytande på rättsläget huvudsakligen till att dess ståndpunkt kan spela en roll vid en lagprövning enligt 11: 14 RF. Det är inte mycket; prövningen kan ju väntas ske med ytterlig försiktighet, när det gäller riksdagens lagstiftning. Signifikativt är att enda gången HD gjort en prövning av denna typ enligt nya RF det gällde en grundlagsregels inverkan beträffande en lag tillkommen *före* regeln i fråga (se NJA 1981 s. 1, angående diskrimineringsförbudet i 2: 15 RF).[13] Har lagrådet funnit en lagstiftning förenlig med grundlagen, lär emellertid möjligheterna vara små att finna den "uppenbart" grundlagsstridig enligt 11: 14 RF.

Detta hindrar naturligtvis inte att lagrådets yttranden kan få betydelse i partipolitiskt kontroversiella frågor – de kan i riksdagsdebatten och annars ge ammunition åt oppositionen, eller emellanåt åt regeringen och riksdagsmajoriteten. På senare år har det blivit särskilt vanligt att uttalandena åberopats på detta vis, kanske beroende på att skattelagstiftning och åtskillig offentligrättslig lagstiftning numera

[11] Se t. ex. prop. 1975/76: 209 s. 96, jfr s. 91. Argumentet är vanligt när det gäller att inskränka lagrådets befogenheter (jfr t. ex. prop. 1970: 24 s. 37 f).
[12] Jfr också G. Petrén, a. a. s. 132 f.
[13] Se särskilt skiljaktigheten (där rennäringslagen ansågs grundlagsstridig i visst avseende men felet inte betraktades som uppenbart, bl. a. med hänsyn till att majoriteten inte ansåg något fel föreligga alls). – Jfr RegÅ 1980 2:69, särskilt Petréns votum (en bestämmelse, som enligt honom uppenbarligen tillkommit genom misstag, skulle inte tillämpas).

förts in under lagrådsgranskningen. Inte sällan har då lagrådets uttalanden tillmätts en innebörd som går betydligt längre än dess avsikter med uttalandet. – Oavsett kritikens art kan den naturligtvis också ge uppslag till motioner, främst från oppositionens sida; att en kvalificerad instans anser en annan reglering än den föreslagna vara motiverad kan framstå som en garanti för att ett motionsförslag i samma riktning är försvarligt, åtminstone från juridisk synpunkt.

Allmänt sett torde tyngden av en lagrådskritik bl. a. bero, utom på lagrådets politiska neutralitet, på hur pass ofta och energiskt lagrådet reagerar mot det sakliga innehållet av olika förslag. En temperamentsfull lagrådsavdelning med bestämda värderingar, vilken i alla sammanhang framför sin kritiska inställning till regeringsförslag i ena eller andra riktningen, skulle förmodligen finna att dess uttalanden snart väckte allt mindre intresse – även på oppositionshåll. Vill lagrådet behålla sin auktoritet i sådana sammanhang, får det spara på effekterna. Också från den synpunkten kan det verka önskvärt med färglösa lagrådsyttranden utan personlig prägel, hur svårt det kan vara att hålla den linjen i enskilda fall. – Naturligtvis sammanhänger betydelsen av lagrådets uttalanden också med det anseende rekryteringsbasen – Högsta domstolen och regeringsrätten – har bland politikerna och hos allmänheten. Hur det förhåller sig med detta är inte lätt att bedöma och skall inte diskuteras här.[14]

4. Vid diskussionen av lagrådets granskning kan det ha sitt värde att också hålla dess *arbetsförhållanden* i minnet. Lagrådets arbetsbörda har ökat med 1979 års reform: samtidigt som granskningsområdet har utvidgats har antalet ledamöter på varje avdelning minskat till tre. Allt oftare behandlas lagförslag om ämnen av mera speciell natur som bara någon av ledamöterna, eller kanske ingen alls, haft någon beröring med; när endast ett justitieråd eller endast ett regeringsråd sitter i lagrådet finns det risk att i vissa ärenden det väsentliga ansvaret för en sakkunnig granskning vilar på denne. Författarskapet uppdelas i alla händelser på färre ledamöter än tidigare. Samtidigt hopas arbetsuppgifterna kring vissa tider när det är bråttom med propositionerna.[15]

[14] Den nyss berörda oppositionskritiken mot lagrådet har (helt följdriktigt) satt i fråga objektiviteten hos justitieråd och regeringsråd; se här det i not 2 omtalade uttalandet. Synpunkter av liknande slag har framförts i den juridiska litteraturen av Jacob Sundberg, se bl. a. i festskriften Svensk rätt i förvandling (1976) s. 507 ff. Jfr även SOU 1978: 34 s. 230 (vpk:s ståndpunkt; närmast principiella betänkligheter på historisk grund).

[15] Så både före och efter senaste regeringsskiftet. Jfr prop. 1978/79: 195 s. 49.

Det finns en viss risk för att aspekter som inte kommer fram vid föredragningen också lämnas obeaktade av lagrådet. Allt detta kan inverka menligt på lagrådets benägenhet att ta bestämd ställning för eller emot innehållet av ett förslag, något som kan kräva grundliga överväganden och många gånger också ingående motivering. Numera ser man mera sällan sådana utförliga diskussioner av en lags allmänna innebörd som tidigare var vanliga i lagrådsyttranden – låt vara att frekvensen tycks variera på olika avdelningar – och även analysen av olika tolkningsfrågor är mindre ingående än förr. Av tidsskäl blir det ofta nödvändigt att lagrådet inskränker sig till ganska kortfattat motiverade anmärkningar mot sådana lagbestämmelser och centrala motivuttalanden som man inte anser godtagbara, och de ändringar som föreslås är inte mer ingripande än vad som kan anses praktiskt möjligt med hänsyn till tidsschemat. Alltjämt förekommer det väl att lagrådsgenomgången resulterar i en genomgripande omarbetning av ett lagförslag; exempel ger den nya vattenlagen av 1983 och lagstiftningen av samma år om vattenföroreningar.[16] Men detta hör idag till undantagen – och det beror knappast på att förslagen blivit bättre än förr från teknisk synpunkt.

Det sagda rör framför allt den lagtekniska granskningen, men det får också betydelse för andra sidor av lagrådets arbete (jfr nedan).

5. Frågan var gränsen går mellan lagförslagets "allmänna politiska grunder" och de frågor – kanske också av visst politiskt intresse – som lagrådets granskning skulle omfatta, kan som sagt inte besvaras generellt; den får diskuteras med sikte på de skilda moment som granskningen avser enligt lagtexten. Här bör emellertid betonas en annan distinktion, som lär ha nära nog lika stort intresse i praktiken; det kan vara anledning att försöka skilja mellan vad lagrådet är *skyldigt* att invända mot och vad man *får* invända mot. Inte heller den gränsen är emellertid lätt att dra, och troligen är meningarna i detta avseende i någon mån delade också bland lagrådsledamöterna.

Det följande bygger på uppfattningen, att ett minimum av vad lagrådet bör göra vid granskningen är att *påpeka* de avsteg ett förslag innebär från vad regeringsformen förutsätter vara önskvärt – t. ex. grundlagsenlighet eller ett rimligt mått av rättssäkerhet för den enskilde. Det innebär inte att man nödvändigtvis måste *värdera* förslaget genom att beteckna det t. ex. som otillfredsställande eller direkt av-

[16] Prop. 1981/82: 130; prop. 1982/83: 87.

styrka det. Genom att förslagets innebörd klargjorts på det angivna sättet måste lagrådet anses ha fullgjort vad man under alla omständigheter kan fordra. Sedan får de politiska instanserna dra vilka slutsatser de vill av anmärkningarna. Den uppfattning som hävdats, att lagrådsgranskningen enligt 8: 18 RF skall vara inte bara teknisk utan "i hög grad rättspolitisk",[17] synes gå väl långt; den beskriver inte vad som gäller, knappast heller vad som är lämpligt om man på sikt vill bevara förtroendet för lagrådet i skilda politiska läger.

En annan sak är att granskningen *får* vara rättspolitisk, inom vissa gränser. En värdering av förslaget enligt de normer som lagstiftaren antytt i 8: 18 RF kan alltid försvaras, i vart fall så länge den grundar sig på förslagets beskaffenhet från juridisk synpunkt och utgår från vad som enligt grundlagsbestämmelsen är önskvärt. Det är här fråga om principer som ansetts tillräckligt viktiga för att de skulle uttryckligen inskärpas i regeringsformen, och en kritik av förslaget från dessa utgångspunkter måste lagstiftaren rimligen – oavsett maningen till återhållsamhet i motiven – ha räknat med vid bestämmelsens tillkomst. Här kommer man också in på vissa rättspolitiska aspekter på lagstiftningen. Det är ett naturligt inslag i granskningen att lagrådet utvecklar t. ex. hur pass allvarlig den påpekade avvikelsen från principerna är, något som i sin tur visar hur pass angeläget det är att saken rättas till. Om man omtalar en avvikelse på ett alltför diskret sätt riskerar den att bli bagatelliserad eller helt förbisedd vid förslagets fortsatta behandling. Sådant kan motivera att förhållandet understryks på lämpligt sätt av lagrådet. – Också annars bör lagrådet kunna göra rättspolitiska värderingar som klart ansluter till gällande rätt. Exempel på detta skall ges i fortsättningen.[18]

Nära de rättspolitiska uttalandena ligger omdömen om vad som enligt lagrådets bedömning ter sig *skäligt* eller *rättvist*.[19] När det som här gäller rådgivning av närmast teknisk natur, kan dock inte synpunkter av detta slag spela samma roll som i dömande verksamhet; lagrådsledamöternas personliga reaktioner på innehållet av ett lagförslag saknar större intresse. I den mån man går utanför diskussionen av detaljregler i förslaget, torde det vara välbetänkt att anknyta till så-

[17] G. Petrén, a. a. s. 138.

[18] Jfr JuU 1975/76: 46 s. 46 f, där lagrådet kritiserade viss argumentering för ett förslag (ang. avkriminalisering av tagande av utländskt understöd) men avböjde att föreslå en omarbetning, bl. a. då man i så fall skulle komma in på värderingar utanför lagrådets uppgift. Liknande ståndpunkt i prop. 1974: 32 s. 292 (om jordägarens rätt enligt gruvlagen), där lagrådet kritiserade att lagändring inte belysts tillräckligt men avstod från att yttra sig i den politiska frågan.

[19] Exempel ger prop. 1981/82: 8 s. 115, prop. 1983/84: 67 s. 144.

dana allmänt accepterade principer som att lika skall behandlas lika[20] eller att den enskilde inte utan skuld skall drabbas av alltför hårda sanktioner. I annat fall kommer man lätt ut på de klart politiska värderingarnas område.

Givetvis finns det inget hinder att lagrådet i de berörda fallen också kommer med förslag hur en påtalad brist skall undvikas. Traditionellt synes man inrikta sig på att försöka avhjälpa brister i ett lagförslag också när dessa framstår som allvarliga. Om förslaget trots allt läggs fram, vill man att lagstiftningen skall fungera så bra som möjligt i enlighet med regeringens intentioner.[21] Som nämnt kan emellertid en så genomgripande omarbetning som hade varit önskvärd te sig omöjlig av tidsskäl. I andra fall saknar lagrådet erforderligt material eller tillräcklig sakkunskap för att kunna göra så mycket åt en bristfällig lagstiftning. Av sådana orsaker kan det bli nödvändigt att avstyrka förslaget helt; även denna ståndpunkt grundas då på juridisk-tekniska synpunkter, fast uttalandet naturligtvis kan utnyttjas politiskt. Allmänt sett torde man dock böra tillgripa en så kraftig reaktion som uttryckligt avstyrkande bara i undantagsfall.[22] Annars kan som sagt sådana uttalanden mista sin effekt, när de verkligen framstår som angelägna.

Under förutsättning att reglerna i 8: 18 RF inte direkt påkallar ett uttalande, kan lagrådet alltid avstå från att yttra sig över förslagets materiella innehåll under hänvisning till att detta inte är lagrådets sak. Men vill man ta ståndpunkt till den materiellt lämpliga regeln, faller detta ofta inom den ram för granskning som RF tillåter.

6. En granskning i sak kan till en början påkallas av den första punkten i granskningsbestämmelsen: lagrådet skall undersöka "hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt".

Vad först angår förhållandet till *grundlagarna*, har sedan 1979 års reform lagrådet mestadels haft att syssla med tekniska frågor, som tett sig föga kontroversiella från politisk synpunkt. Det främsta bekymmer som den nya regeringsformen vållat är de ganska svårtolkade reglerna i 8 kap. RF angående vilka frågor som skall bestämmas i lag och i vilken utsträckning delegation till regeringen eller annan myndighet är möjlig. Här kan delade meningar råda, och lagrådet har ibland gjort

[20] Se nedan vid not 40 ff.

[21] Se t. ex. lagrådets uttalanden om förslaget till lag om avverkningskonto (borttransumerade ur prop. 1982/83: 145). Jfr nedan vid not 92.

[22] Jfr det i föreg. not omtalade yttrandet, där lagrådet trots sin i mycket kritiska inställning nöjde sig med att uttala att det ansåg sig "inte ... kunna tillråda" förslaget.

invändningar utan att de torde ha ansetts särskilt intressanta från politisk synpunkt.[23] Om delegation rörande sanktionsavgifter vid in- och utförsel av varor förekom dock uttalanden i lagrådet som togs upp från oppositionshåll.[24]

Problem kan emellertid också uppkomma i fråga om enskildas rättigheter enligt 2 kap. RF. Det är visserligen troligt att man från lagstiftarens sida i allmänhet försöker hålla en betryggande marginal till flertalet av de rättighetsinskränkningar som kapitlet förbjuder. En del av dessa bestämmelser är emellertid ganska svårtolkade, och vissa av dem hänvisar dessutom till värderingar som kan skifta på olika håll. I förarbetena till 1979 års reform nämndes här särskilt regeln om tillåtliga rättighetsinkränkningar i 2: 12 2 st., vilken dock inte hittills synes ha vållat större svårigheter.[25]

En och annan bestämmelse är så pass kontroversiell att man kan befara att vissa lagförslag kan läggas fram som ligger nära gränsen till det tillåtna. Framför allt gäller detta naturligtvis regeln om skydd för rätt till egendom i 2:18 RF, med dess omstridda räckvidd;[26] den brukar aktualiseras på politiskt håll inte bara vid lagstiftning som uppfattas som socialiseringsförsök utan också i andra fall av ingrepp mot privat egendom. Än så länge[27] har visserligen inte paragrafen medfört mera ingående diskussioner mellan lagråd och regering. Det har förekommit att ett remitterat förslag ansetts strida mot regeln eller åtminstone mot dess grunder;[28] men detta har gällt speciella situationer utan större praktisk betydelse, och regeringen har till synes med jämnmod beaktat lagrådets invändningar i sitt slutliga förslag. Den argumentering från oppositionshåll som förts under hänvisning till 2: 18 bl. a. i frågan om löntagarfonder har varit så pass löst grundad att den knappast tycks ha berett lagrådet större juridiska bekymmer.[29] Man får emellertid räkna med att just denna paragraf kan vålla problem vid kommande

[23] Se G. Petrén, a. a. s. 133 f m. hänvisn. och från senare tid t. ex. prop. 1983/84: 104 (kontrollavgift vid olovlig parkering) s. 33 f. Jfr nedan vid not 82 om rättssäkerhetssynpunkten.
[24] Prop. 1983/84: 192 s. 28 ff; SkU 1983/84: 46 s. 14 ff.
[25] Jfr dock skiljaktighet av Hilding i prop. 1980/81: 114 (säkerhetskontroll) s. 199 f; KU 1980/81: 28 (videovåld) s. 44 f. – Ang. 2:10 2 st. RF jfr prop. 1983/84: 200 s. 42.
[26] I sin lydelse av 1979 har paragrafen huvudsakligen analyserats i Holmberg-Stjernquists och Petrén-Ragnemalms grundlagskommentarer samt av Brunfelter i SvJT 1983 s. 295 ff.
[27] Skrivet i augusti 1984.
[28] Se prop. 1981/82: 130 s. 273 (viss regel i vattenlagen), prop. 1982/83: 114 s. 7 f (säkerhetsåtgärder vid atomanläggningar).
[29] Jfr prop. 1983/84: 50 s. 145. – I detta sammanhang kan inte diskuteras löntagarfondernas förhållande till grundlagen (en fråga som f. ö. är föremål för en pågående process); ang. lagprövningsfrågan jfr dock ovan efter not 13.

lagrådsremisser; den är i sin senaste formulering en föga lyckad kompromissprodukt, där bl. a. lagtextens uttryck "ersättning för förlusten" inte är så lätt att förena med paragrafen i övrigt och med motiven.[30]

En metod att komma till rätta med en bestämmelse som ter sig tveksam från grundlagssynpunkt kunde vara att denna *tolkas* på visst sätt, så att den bättre stämmer med t. ex. RF:s rättighetsregler (jfr 11 nedan). Emellertid har man från lagrådets sida betonat det olämpliga att låta en formellt grundlagsstridig lagregel gälla men samtidigt utgå från att den tillämpas i överensstämmelse med grundlagen; i så fall borde ett förbehåll göras i lagtexten om att grundlagsbestämmelsen inte får åsidosättas (se 199 § konkurslagen, där denna metod används i fråga om näringsförbud).[31]

7. Lagrådets granskning – och för övrigt även departementets arbete – kompliceras vidare av den oklarhet som råder om *metoden för grundlagstolkning*. Enligt den omdiskuterade § 84 i 1809 års regeringsform skulle här fästas särskild vikt vid ordalagen ("grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas"), något som får betydelse bl. a. när som i det nyss berörda fallet motiven synes stämma mindre väl med lagtexten. Frågan diskuterades livligt under äldre regeringsformens tid, framför allt genom en ingående undersökning av Ole Westerberg.[32] Det står klart att på senare tid denna regel om bokstavlig tolkning inte tolkades efter bokstaven. Någon motsvarande bestämmelse ansågs inte heller höra hemma i 1974 års regeringsform; i förarbetena framhölls som det naturliga att grundlag tolkades efter samma principer som gällde för lagtolkning i allmänhet.[33] I fråga om rättighetskapitlets regler har dock en tillämpning i strikt överensstämmelse med lagtexten ansetts särskilt befogad.[34] Här torde framträda legalitetssynpunkter liknande dem som brukar utvecklas inom straffrätten. Till stöd för detta kan också framhållas, att motiven – som ofta bygger på politiska kompromisser – här kan vara kortfattade och innehållslösa på ett sätt som helt avviker

[30] Jfr bl. a. remisskritik prop. 1978/79: 195, bil. 2 s. 79 f, 80 f.
[31] Jfr prop. 1979/80: 83 s. 84 f. Se även prop. 1980/81: 104 s. 190.
[32] Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas (1953).
[33] SOU 1972: 15 s. 319. Jfr Strömholm i SvJT 1976 s. 640, som betonar att allmän rättskälleuppfattning skall gälla och bl. a. analogier tillåtas.
[34] Jfr prop. 1977/78: 75 s. 144 f; Holmberg-Stjernquist. Grundlagarna s. 20. – Ett fall av restriktiv tolkning m. h. t. motiven framgår dock av prop. 1983/84: 111 s. 155 f. Jfr även uttalanden av lagrådets majoritet i prop. 1983/84: 192 s. 30 f (ang. 8:9 2 st. RF; tolkning efter ordalagen, om inte alldeles särskilda skäl talar häremot).

från det normala i annan viktig lagstiftning. Man har inte mycket annat att hålla sig till än ordalydelsen.

Förmodligen får man se något olika på tolkningsfrågan beroende på det sammanhang där den kommer upp. Om tolkning av grundlag aktualiseras vid *lagprövning* enligt 11:14 RF, får man nog fästa särskild vikt vid ordalagen. Bedömningen, om en avvikelse från regeringsformen utgör ett uppenbart fel, måste rimligen utgå från lagtexten,[35] och motiven bör på sin höjd inverka genom att en avvikelse som har stöd av dem kan te sig mindre allvarlig. Men vid *tillkomsten av ett lagförslag* bör de lagstiftande instanserna, inbegripet lagrådet, också beakta grundlagsregelns syfte, i den mån detta kan konstateras.[36] Även om förslaget inte är uppenbarligen oförenligt med grundlagen, torde lagrådet ha inte bara rätt utan också skyldighet att påtala att det ställer den enskilde sämre än vad grundlagsregeln vid ordinär lagtolkning får anses innebära.[37]

Materialet ger knappast klarhet om vilken metod för grundlagstolkning som lagrådet numera i praktiken använder – frågorna har sällan ställts på sin spets efter den nya regeringsformens tillkomst. I alla händelser har man möjlighet att ge regering och riksdag god ledning för deras bedömning genom att nyansera uttalandena om reglernas förhållande till grundlagen på olika vis. Man kan t. ex. förklara att en lagregel visserligen inte strider mot ett grundlagsstadgandets ordalag men väl mot vissa tankar i dess förarbeten, eller liknande.[38] – Om lagrådet i förekommande fall också bör uttala att ett lagförslag står i "uppenbar" strid mot regeringsformen, kan diskuteras. Ett sådant uttalande kunde uppfattas som en direkt uppmaning till domstolar och myndigheter att underkänna den föreslagna lagregeln, om riksdagen skulle anta den – låt vara att vid regelns tillämpning också måste beaktas material som tillkommer efter lagrådsyttrandet, exempelvis regeringens försvar för den kontroversiella bestämmelsen. Uttalandet skulle i alla händelser stämma mindre väl med den opolitiska roll man velat tilldela lagrådet. Det finns möjligheter att på

[35] SOU 1978:34 s. 109, som synes ansluta till de något utförligare uttalandena i SOU 1975:75 s. 211. Jfr remisskritik redovisad i prop. 1975/76:209 s. 205.
[36] Jfr prop. 1975/76:209 s. 96.
[37] Att ta konstitutionsutskottets tolkning till förebild för den juridiska tolkningen torde vara mindre lämpligt med hänsyn till den betydelse politiska ståndpunkter kan få för utskottets tolkning. Se t. ex. JoU 1982/83:30 s. 168 ff, där tre olika tolkningar framfördes beträffande 2:18 RF, fördelade efter partiståndpunkter. Jfr också FiU 1983/84:20 s. 102 ff, ang. löntagarfonder.
[38] Jfr t. ex. angående en regel i vattenlagen prop. 1981/82:130 s. 273 ("ifrågasättas om den står i samklang med" 2:18 RF).

ett mindre demonstrativt sätt klarlägga hur pass allvarligt ett avsteg från grundlagen kan anses vara.

De nu berörda problemen blir inte aktuella på samma vis när ett lagförslag bara kommer i konflikt med vissa allmänna principer som framträder i regeringsformen eller tryckfrihetsförordningen. Det har förekommit att ett lagförslag (angående spioneribrott m. m.) ansetts medföra betänkligheter med hänsyn till yttrande-, informations- och föreningsfriheten[39] eller stritt mot likformighetsprincipen (jfr 1:2 och 1:8 RF).[40] I det förra fallet medger dock grundlagen vissa avsteg (se 2:12 RF). Inte heller likformigheten – som bl. a. framfördes mot den omstridda lagen om avverkningskonto – har något egentligt grundlagsskydd.[41] Invändningar härom kan för övrigt ofta uppfattas så att avsteg från grundsatsen i fråga inte skett på det sätt som annars anses rimligt och rättvist; enligt skogskontoförslaget ställdes vissa fysiska personer sämre än storföretag och det allmänna i motsvarande situation.[42] Det är alltså snarare fråga om en invändning om förhållandet till rättsordningen i övrigt (jfr 9 nedan).

8. En särskild aspekt på förslagets grundlagsenlighet är att det skall ha *beretts* på föreskrivet sätt, närmast genom sådan remissbehandling som anges i 7:2 RF. Bestämmelsen ger visserligen regeringen en viss frihet att underlåta sedvanligt remissförfarande: bara "behövliga" upplysningar och yttranden skall inhämtas från berörda myndigheter, och sammanslutningar liksom enskilda skall få tillfälle att yttra sig "i den omfattning som behövs". En förutsättning för att granskningen skall kunna ske på avsett sätt är emellertid att så pass mycket material och synpunkter läggs fram att lagrådet kan bedöma sådana frågor som hur lagen kan antas tillgodose sitt syfte[43] och vilka problem som kan uppkomma vid tillämpningen (jfr 8:18 2 st. 4 och 5 p.). En kritik från dessa synpunkter avser visserligen förhållanden som man på regeringshåll får antas känna till men som inte ansetts hindra förslaget; effekten av kritiken blir ofta bara att oppositionen får argument för att angripa lagförslaget, något som exemplifieras av flera lagstiftnings-

[39] Prop. 1979/80: 179 s. 49 ff.
[40] Se yttrandet omtalat i not 21 ovan och vidare prop. 1981/82: 10 (ändringar i lagen om allmän försäkring) s. 132 ff, särskilt skiljaktigheten, och yttrande ang. lag om statlig fastighetsskatt m. m. (not 56 nedan).
[41] Jfr prop. 1975/76: 209 s 98 f.
[42] Se åter not 21 ovan.
[43] Jfr prop. 1970: 24 s. 35, SOU 1978: 34 s. 262 f.

ärenden från de senaste åren.[44] Ändå torde det alltid vara försvarligt att påpeka att lagrådet av sådana skäl inte kan fullgöra sin uppgift på det sätt som regeringsformen förutsätter. Anmärkningar av detta slag har gjorts mot lagförslag både före och efter senaste regeringsskiftet.[45] Bl. a. utvecklade lagrådet en sådan kritik mot remissförfarandet i fråga om förslaget till löntagarfonder (medan lagstiftningen i övrigt väsentligen godtogs från de synpunkter lagrådet har att beakta).[46] I ett par fall under den borgerliga riksdagsmajoritetens tid har kritik av detta slag, i förening med vissa invändningar i sak, lett till en remissomgång vid riksdagsbehandlingen – så i fråga om viss utvidgning av brottsbalkens spioneriparagraf och försämring av rättshjälpen vid s. k. pilotmål.[47]

9. Enligt 8: 18 3 st. 1 p. RF skall lagrådet vidare granska hur förslaget förhåller sig till *rättsordningen i övrigt*. Bestämmelsen kan synas naturlig: att tillse att lagstiftningen går väl in i det befintliga rättssystemet är en typisk granskningsuppgift för lagrådet. Det står emellertid klart att bestämmelsen lämnar ett betydande utrymme för kritik av lagförslag från materiell synpunkt, framför allt när de inte stämmer med tidigare gällande principer på området. Egentligen kan alla mera radikala punktreformer tänkas råka ut för lagrådets anmärkningar på denna grund. Endast när man på en gång genomför mera omfattande reformprojekt, t. ex. genom nya rättegångsbalken eller utsökningsbalken, måste nyheterna godtas från denna synpunkt.

Att lagrådet är oförhindrat att understryka det principiellt nya i en lagstiftning är självklart; framgår inte detta med önskvärd tydlighet av lagrådsremissen, skulle det stämma illa med den nämnda föreskriften i 8: 18 RF att underlåta ett sådant påpekande. Även om ett uttalat syfte med förslaget är just att ändra rättsordningen på någon väsentlig punkt, kan lagrådet ytterligare betona detta förhållande och utveckla vad det närmare innebär.[48] Vad som nu sagts innebär inte att lagrådet skall göra någon bedömning utifrån egen rättspolitisk åskådning, bara att förslagets konsekvenser skall belysas.

Men lagrådets befogenheter torde gå längre än påpekanden av detta slag. Som nyss framhölls torde man vanligen också ha rätt att *kritisera*

[44] Se prop. 1981/82: 28 (rättshjälp i pilotmål) s. 26, prop. 1982/83: 50 bil. 2 (hyreshusavgift) s. 20, prop. 1982/83: 102 (tillfällig vinstskatt) s. 35, prop. 1983/84: 36 (kontroll över tillverkning av krigsmateriel) s. 27, prop. 1984/85: 18 (statlig fastighetsskatt) s. 48. Jfr även prop. 1979/80: 176 s. 49 ff (spioneribrott).
[45] Se föregående not.
[46] Prop. 1983/84: 50 s. 143 ff.
[47] Se JuU 1981/82: 9 och JuU 1981/82: 42, 52.
[48] Annan mening möjligen G. Petrén, a. a. s. 138.

sådana avvikelser från vedertagna rättsgrundsatser. RF:s stadgande, där "rättsordningen i övrigt" nämns tillsammans med grundlagarna, synes förutsätta att harmoni mellan rättssystemets olika delar har ett värde i sig. En avvikelse kan ofta te sig mindre lämplig från teknisk synpunkt – den skapar lätt oreda och förvirring i tillämpningen. Alldeles särskilt gäller detta om avsteg sker från en fundamental princip, som allmänt vedertagits i lagstiftningen. Att lagrådet kan anlägga synpunkter av detta slag torde ha ansetts naturligt långt innan granskningens inriktning preciserades i RF.[49] Efter 1979 finns flera exempel på att lagrådet på sådana grunder framfört kritik, ibland ganska allvarlig, mot ett lagförslag. Mot ett förslag om särskild vinstskatt har man invänt att det avvek från rådande uppfattning om specialdestinerade skatter;[50] likhetsgrundsatsen har som nämnts åberopats mot skogskontolagstiftningen,[51] liksom tidigare mot den s. k. villagarantin i 4:3 3 st. expropriationslagen;[52] det har också ansetts möjligt att invända mot en försämring i förmånerna i rättshjälpslagen att ändringarna stred med tankegångarna bakom denna lag,[53] att avstyrka reglerna om förenklad domskrivning på den grund att i övrigt man tvärtom betonat värdet av motiverade avgöranden,[54] och att kritisera en bestämmelse om straffskärpning vid återfall under hänvisning till den annars pågående utvecklingen mot en humanare lagpolitik.[55] Mot förslaget till lag om statlig fastighetsskatt har åberopats både likhetsprincipen och grundsatsen om att skatter bör fördelas efter bärkraft.[56] Särskilt naturligt är det att man framför kritik av denna typ om det synbarligen finns andra vägar att nå det avsedda målet med lagstiftningen utan samma brott mot tidigare principer,[57] eller när lagförslaget brutits ut från ett ännu inte klart utformat reformprojekt.[58]

Det finns väl en risk att lagrådet i sådana sammanhang kommer att

[49] Jfr t. ex. prop. 1975/76: 105 s. 470 f; prop. 1971: 51 s. 266 f (2 ledamöter).
[50] Prop. 1982/83: 102 s. 36.
[51] Se not 21 ovan.
[52] Prop. 1971: 122 s. 257 (synpunkten här åberopad till fastighetsägarens nackdel).
[53] Prop. 1981/82: 28 s. 26 ff (särskilt skiljaktigheten).
[54] Prop. 1980/81: 175 s. 69 f (Hildings yttrande).
[55] Prop. 1980/81: 76 s. 266 f (Vängbys yttrande).
[56] Prop. 1984/85: 18 s. 48 ff.
[57] Jfr t. ex. prop. 1981/82: 28, särskilt skiljaktigheten s. 28 f; synpunkten bemött s. 34.
[58] Jfr prop. 1981/82: 221 (exploateringssamverkan) s. 172; förslaget drogs tillbaka i riksdagen, varvid lagrådets kritik formellt anfördes som skäl (jfr CU 1982/83: 6 och motion 1982/83: 18). Jfr också t. ex. prop. 1972: 5 (skadeståndslag) s. 620 f, prop. 1973: 32 (äktenskapslagstiftning) s. 304 f (ej hinder mot ändringar, om de bedöms vara angelägna).

betraktas som ett konservativt element i lagstiftningsproceduren. Särskilt tidigare har man bl. a. därför ifrågasatt lämpligheten med en institution av detta slag.[59] Det är nog oundvikligt att en granskning, som går ut på att rättsordningen bör vara konsekvent och överskådligt utformad, får en sådan prägel. Men detta medför också att man i de flesta politiska sammanhang inte gärna kan fästa så stor vikt vid en lagrådskritik, som åberopar rättssystemets uppbyggnad och liknande tekniska hänsyn. En opposition som inte har andra argument att komma med än vad som kan hämtas från dessa uttalanden väger knappast tungt. Det bör vidare understrykas att kritiken kan slå i olika riktningar: lika gärna som lagrådet kan framhålla t. ex. att ett förslag avlägsnar sig från traditionell äganderättsuppfattning kan man påtala att förslaget går dåligt ihop med liberal kriminalpolitik eller tidigare välfärdslagstiftning (jfr ovan).[60]

En kritik, som inriktar sig på lagstiftningens avvikelser från vedertagna rättsprinciper, kan naturligtvis lätt uppfattas som om lagrådet också tar ståndpunkt i värderingsfrågor. T. o. m. detta kan emellertid under vissa förhållanden anses korrekt, om man anknyter till de värderingar som framträder i gällande rätt – grundlag lika väl som allmän lag. Däremot kan det nog allmänt sett verka mera dubiöst om lagrådet skulle visa sitt gillande av *nya* värderingar som regeringen vill ha genomförda i lagstiftningen. Lagrådet bör kunna berömma regeringen för ett tekniskt välgjort lagförslag, men normalt inte för dess rättspolitiska inställning – i vart fall inte om förslaget varit på minsta vis kontroversiellt. Det hindrar inte att man kan konstatera att ett rättsområde varit moget för reformer[61] och påpeka kritik som framförts mot det nuvarande rättstillståndet.

10. Den följande punkten (2), som föreskriver granskning *hur lagens regler förhåller sig till varandra,* medger bara rent tekniska invändningar mot det remitterade förslaget, något som naturligtvis inte hindrar att ett illa utformat lagförslag på sådana grunder kan avstyrkas.

[59] Jfr prop. 1970: 24 s. 35 och även SOU 1978: 34 s. 230 (vpk-representanten).
[60] Med den rekrytering som idag sker till de högsta dömande instanserna lär det finnas mindre anledning än någonsin att tillskriva lagrådets ledamöter en viss politisk eller samhällsekonomisk åskådning som skulle påverka dess ståndpunkt (även om man naturligtvis får räkna med sådana påståenden från ömse håll). Jfr not 14 ovan.
[61] Se t. ex. prop. 1969: 128 (fastighetsbildningslag) s. B 1094. Jfr prop. 1973: 32 (äktenskapslagstiftning) s. 304: "De föreslagna reformerna innebär att lagstiftningen på området anpassas till värderingar som nu är vitt spridda. Anledning saknas för lagrådet att ingå på en bedömning av de antydda värderingarna och deras allmängiltighet i dagens samhälle." Jag avstår från att gissa vad en sådan bedömning kunde ha utmynnat i.

Bristande sammanhang mellan bestämmelserna brukar emellertid höra till sådana svagheter som utan alltför stora svårigheter kan rättas till vid lagrådsgranskningen.

Den tredje punkten – hur förslaget förhåller sig till *rättssäkerhetens krav* – kan däremot medföra att lagrådet kommer in på känsliga frågor. Som lagrådsutredningen framhöll kan en sådan inriktning av granskningen medföra att lagrådet måste behandla förslaget från materiell synpunkt.[62] Vill man inskränka lagrådsgranskningens betydelse är det naturligt att denna sida av verksamheten inte uppmuntras. Belysande är här motiveringarna när den obligatoriska lagrådsgranskningen år 1970 avskaffades. Departementschefen betonade den juridiska och tekniska karaktären av granskningen och kritiserade de remissinstanser som invänt att denna utgjorde en garanti för att rättssäkerhetsintresset iakttogs, dock utan att han uttryckligen förklarade detta ligga utanför lagrådets uppgifter.[63]

En svårighet är här att *begreppet rättssäkerhet* knappast har någon klar och allmänt vedertagen innebörd. I juridiska sammanhang torde man traditionellt i första hand ha syftat på "möjligheterna att förutse och planera sådan verksamhet som bygger på rättsregler".[64] Risken för godtycklig maktutövning från myndigheternas sida skall vara så liten som möjligt; man bör också hindra att den enskilde av annan anledning lider oväntade rättsförluster. Synpunkten framträder framför allt i krav på klara materiella regler och på ett processuellt förfarande vid domstolar och myndigheter, vilket låter den enskilde lägga fram sin sak före avgörandet och garanterar en opartisk bedömning. Att full bevisning fordras för fällande dom i brottmål ses som ett typiskt rättssäkerhetskrav, ofta också att inte andra allvarliga sanktioner inträder på grund av en skönsmässig bedömning.[65] Även förbud mot retroaktiv lagstiftning av olika slag brukar nämnas i sammanhanget (jfr nedan).

På senare år har man ibland använt uttrycket rättssäkerhet i en annan bemärkelse. Enligt vad bl. a. generalklausulutredningen (Jan Hellner) framhöll skulle det vara ett rättssäkerhetsintresse att inte en avtalspart skall vara utsatt för motpartens övermakt eller godtycke

[62] SOU 1978:34 s. 263.
[63] Prop. 1970:24 s. 35 ff.
[64] Citatet från Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 390 (lärobok använd vid universiteten). Se även t. ex. Peczenik i SvJT 1982 s. 618 f och i SvJT 1984 s. 455 f (där Peczenik utom förutsebarhet även kräver etisk godtagbarhet) samt Taxell, Rätt och demokrati s. 11 f.
[65] Jfr nedan vid not 74 ff.

och att inte man strikt upprätthöll ett avtalsvillkor, som i vissa fall kunde medföra opåräknade fördelar för ena parten eller opåräknade nackdelar för den andre.[66] I varje fall den förra aspekten synes inte betona konsekvensernas förutsebarhet; det gäller vad man kallat ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp, som ansetts stå i viss motsats till det traditionella, formella begreppet.[67] Man har också menat att rättssäkerhet bl. a. bestod i bättre likhet inför lagen, så att t. ex. inte vissa medborgare hade lättare än andra att komma från skatt; en generalklausul om skatteflykt skulle på det viset egentligen vara ett rättssäkerhetsintresse genom att den bevarade eller återgav respekten för lagen.[68] Nyligen har kommissionen mot ekonomisk brottslighet utvecklat, att rättssäkerhet med en modern syn innebär att inte behöva utsättas för brott[69], ett språkbruk som väckt en del protester i den allmänna debatten.[70] – Från motsatt håll hänvisar man inte sällan till rättssäkerhetens krav, när en lagstiftning hotar att ta ifrån en grupp dess tidigare rättigheter, och detta oavsett hur lagstiftningen är utformad.[71] Honnörsordet rättssäkerhet används på detta vis som en synonym till honnörsord som rättsskydd och rättvisa utan att man särskilt tar sikte på förutsebarheten i rättsliga sanktioner; även klara lagregler kan angripas från dessa synpunkter. Inte sällan lägger man in en viss moralisk värdering i begreppet.

Vad som har intresse för vår del är det rättssäkerhetsbegrepp som kan intolkas i grundlagsregeln och den användning lagrådet gör av begreppet. Förarbetena till 1979 års lagstiftning använder synbarligen inte uttrycket i någon sådan mera vidsträckt mening som här har angetts.[72] Även om synpunkten om rättsskydd för svaga parter kunde ha verkat närliggande, tycks man inte ha ansett att lagrådsgranskning-

[66] SOU 1974: 83 s. 127 f.
[67] Se t. ex. Bruun och Wilhelmsson i SvJT 1983 s. 707.
[68] Se Lidbom i Förhandlingar vid nordiska juristmötet 1981, bil. s. 274.
[69] SOU 1984: 15 s. 130 f. – Jfr prop. 1984/85: 32 s. 36 ff, med mera nyanserad diskussion.
[70] Kritiken synes något överdimensionerad, med tanke på det sammanhang vari uttalandet förekommer – i polemik mot en väntad invändning mot kommissionens förslag söker man påvisa rättssäkerhetsbegreppets mångtydighet. Det är ungefär detsamma som tidigare skett i de vid not 66 och 68 anförda uttalandena: rättssäkerhetskravet kunde väntas bli åberopat mot de aktuella reformerna, och det fanns då anledning framhålla att saken inte var så enkel som de presumtiva kritikerna ansåg. Om begreppsbildningen är helt lyckad från juridisk-teknisk synpunkt kan förstås diskuteras; enklare vore att kalla materiell rättssäkerhet t. ex. för rättsskydd. Jfr nedan efter not 89.
[71] Särskilt i den icke juridiska debatten; se även t. ex. Brunfelter, Principiella synpunkter på det konstitutionella egendomsskyddet (stencil, under tryckning) s. 34.
[72] Synbarligen inte heller i grundlagens förarbeten: Jfr KU 1973: 26 s. 52, där en rad bestämmelser om den enskildes skydd mot det allmänna (nu i 2:7–11 RF) sägs vara väsentliga för medborgarens rättssäkerhet.

en skall tillgodose just denna synpunkt – i vart fall inte under den nu aktuella tredje punkten. I så fall skulle lagrådet ju lätt komma in på sådana rättspolitiska frågor som enligt motiven borde hållas utanför granskningen. Än mindre troligt är att lagstiftaren velat föreskriva en värdering av lagförslaget från rättvisesynpunkt eller liknande. Tydligen var avsikten att också granskningen enligt tredje punkten skulle vara av rent juridiskt slag.

Vad angår lagrådets inställning, synes man tala om bristande rättssäkerhet främst när en regel lämnar utrymme för myndigheternas godtycke eller åtminstone gör det svårt att förutse bedömningen av förhållanden med stor betydelse för den enskilde – alltså den formella varianten av begreppet. Exempel från de senaste åren ger den allmänt hållna regeln i 7 kap. 18 § utsökningsbalken, avsedd att motverka skentransaktioner mellan arbetsgivare och arbetstagare;[73] konkurrenslagens ganska obestämda förutsättningar för förbud och föreläggande mot den enskilde;[74] myndigheternas frihet att företa långtgående ingrepp mot fartyg enligt förslag till lagstiftning om vattenföroreningsavgift;[75] de allmänt avfattade, långtgående sanktionsreglerna i förslaget till lag om avverkningskonto;[76] de likaså obestämda reglerna om sanktioner i förslagen till hälsoskyddslag[77] och till ändringar i lagen om allmänna sammankomster;[78] oklarheter i preskriptionsreglernas innebörd.[79] Att den föreslagna lagstiftningen om statlig fastighetsskatt blivit tekniskt komplicerad och svårtillgänglig för den enskilde medborgaren har ansetts medföra att den stod på gränsen till vad som kunde accepteras från rättssäkerhetssynpunkt.[80] En annan typisk situation där sådana betänkligheter framförts är när administrativa myndigheter med begränsad tillgång till juridisk expertis får stor makt att ingripa mot enskilda[81] och när det är möjligt att delegera utformningen av regler om ingrepp av detta vittgående slag.[82] Kommunikation med en part som hotas av en rättslig sanktion anses helt naturligt som ett rättssäkerhetsintresse.[83]

[73] Prop. 1980/81: 8 s. 1132 f.
[74] Prop. 1981/82: 165 s. 555, jfr s. 557 ff.
[75] Prop. 1982/83: 87 s. 48 f.
[76] Se ovan not 21.
[77] Prop. 1981/82: 219 s. 71 f.
[78] Prop. 1982/83: 9 s. 167.
[79] Prop. 1981/82: 96 s. 132.
[80] Se ovan not 56.
[81] Se prop. 1982/83: 87 (vattenföroreningsavgifter). Jfr också diskussionen i prop. 1983/84: 111 (polislag) s. 155 ff.
[82] Se just prop. 1981/82: 219 (hälsoskyddslag) s. 71.
[83] Se t. ex. prop. 1981/82: 65 (flyttning av bilar) s. 12.

Bl. a. i det uppmärksammade ärendet om en skärpning av generalklausulen i skatteflyktslagen har lagrådet påpekat förslagets nackdelar från rättssäkerhetssynpunkt men framhållit att de minskades, om regeln tolkades på visst vis; i detta fall var regeln allmänt formulerad redan i tidigare version, varför förslaget i detta avseende knappast innebar någon nyhet.[84] På liknande sätt godtogs utformningen av hälso- och sjukvårdslagen som ramlag under förutsättning att vissa föreskrifter gavs som ökade rättssäkerheten och vidare lagen tillämpades i enlighet med dess syfte – att förbättra den enskilde partens ställning.[85]

Att lagrådet kan kritisera övergångsbestämmelser med retroaktiv verkan står klart.[86] Det anses väsentligt från rättssäkerhetssynpunkt att den enskilde skall veta efter vilka regler hans handlande bedöms.[87] I fall av detta slag bör även punkt 1 (förhållandet till rättsordningen i övrigt) ofta kunna åberopas.

Däremot verkar det svårt att finna något klart exempel på att lagrådet anfört rättssäkerhetshänsyn enbart av sådana skäl som att en svag part borde få ett bättre skydd eller att den enskildes egendom riskerade att bli mindre värd än tidigare.[88] Där någon gång motsättningen mellan formell och materiell rättssäkerhet aktualiserats, synes lagrådet ha anslutit sig närmast till det formella begreppet.[89]

Här skall inte göras någon värdering av den ena eller andra innebörden av rättssäkerhetsbegreppet. I förbigående kan anmärkas att det knappast varit en vinst för vare sig den juridiska eller den politiska diskussionen att man också betonat begreppets materiella sidor, något som lett till komplikationer och missförstånd i debatten. – Under alla omständigheter finns det starka skäl att vid lagrådsgranskningen tolka begreppet på det restriktiva sätt som lagrådets praxis tyder på. Det torde stämma långt bättre med avsikten bakom bestämmelserna om granskningen att lagrådet ger invändningar på denna grund en teknisk

[84] Prop. 1982/83: 84 s. 43 ff. Liknande tolkningsrekommendation i prop. 1975/76: 81 (generalklausul i förmögenhetsrätten) s. 165 f, prop. 1981/82: 165 (konkurrenslag) s. 557 ff.

[85] Prop. 1981/82: 97 s. 142. Jfr också prop. 1984/85: 3 (åtalsunderlåtelse) s. 60, 62 f.

[86] Någon gång även andra övergångsbestämmelser som kan leda till oväntad rättsförlust; jfr prop. 1981/82: 33 (förenklad aktiehantering) s. 14 f.

[87] Se nyligen prop. 1984/85: 2 (insemination) s. 37 f. Jfr även t. ex. prop. 1970: 145 (jordabalkens promulgationslag) s. 408, prop. 1983/84: 170 (jaktvårdsområde) s. 11 f.

[88] Jfr om ändringarna i expropriationslagen prop. 1971: 122 s. 247, om den nya expropriationslagen 1972: 109 s. 386, 392, 397.

[89] I prop. 1973: 87 (småmålslagen) s. 223 ställdes tvärtom värdet av "formella rättssäkerhetsgarantier" mot ett "reellt vidgat rättsskydd". I prop. 1975/76: 81 (generalklausul i förmögenhetsrätten) kan uttalandena s. 166 om rättssäkerhetssynpunkten knappast innebära att man anslöt sig till den vidare tolkning som angavs vid not 66 ovan.

karaktär. De bör framföras när ett lagförslag tillåter myndighetsingrepp som är svåra att förutse eller oberäkneliga till sin innebörd och samtidigt får långtgående effekter för den enskilde – inte i andra situationer. Möjligheten att i fall av detta slag använda rättssäkerhetsargumentet är så värdefull att man inte bör trubba av detta genom att begagna det i otid, exempelvis genom att åberopa rättssäkerheten mot en reformlagstiftning som visserligen är ekonomiskt ingripande och kan kännas orättvis för vissa grupper men likväl är klar till sin räckvidd. Många gånger kan här i stället anföras kravet att lika fall behandlas lika – också en grundläggande princip med stor tyngd, även om man inte kallar den för ett rättssäkerhetskrav.[90] Inte heller synes det nödvändigt att anföra rättssäkerhetsargumentet för att skydda konsumenter eller andra svaga enskilda parter i avtalsförhållanden eller annars i civilrättsliga sammanhang; det torde räcka att hänvisa till en allmän tendens i denna riktning i modern civilrättslig lagstiftning (jfr 9 ovan).

I övrigt torde den kritik lagrådet framför på den aktuella grunden i viss mån böra anpassas efter de möjligheter som finns att på annat sätt än det föreslagna uppnå lagstiftningens syfte. Framstår det som nödvändigt att reglerna blir i någon mån obestämda, kan man sätta i fråga om mer bör göras än att påpeka och eventuellt närmare analysera de problem som uppkommer med hänsyn till förutsebarheten och den enskildes beroende av myndigheterna. Ungefär på detta vis resonerade lagrådet vid tillkomsten av skatteflyktslagen av 1980. Behovet av lagstiftning godtogs i princip, men den tekniska lösningen diskuterades ingående ur rättssäkerhetsperspektiv.[91] Går ett lagförslag av denna typ längre än vad som tidigare förekommit på rättsområdet, kan emellanåt en mera markerad kritik tänkas vara motiverad; den bör då också kunna grundas på lagrådets tidigare berörda skyldighet att granska förslagets förhållande till rättsordningen i övrigt. – Om däremot svagheterna från rättssäkerhetssynpunkt inte är nödvändigt förbundna med förslagets syfte, är det naturligt att lagrådet, främst med stöd av tredje punkten, påtalar detta och om möjligt försöker finna utvägar att avhjälpa bristen.

[90] Lagrådet brukar ju också åberopa en likhets-(likformighets-)princip i sådana sammanhang. Jfr ovan vid not 40 ff, 66.
[91] Prop. 1980/81: 17 s. 179 ff (där dock alla ledamöter kritiserade de föreslagna reglernas närmare utformning).

11. De återstående två punkterna i granskningsbestämmelsen lär inte lika ofta medföra några problem ur den synvinkel som här har anlagts.

Punkt 4 – om lagen kan antas *tillgodose angivna syften* – innebär att lagrådet lojalt bör utgå från vad regeringen avsett med sitt lagförslag, när frågan uppkommer hur ändamålet bäst skall uppnås; det gäller även om lagrådet vid sin granskning enligt föregående punkter skulle ha kommit till resultatet att lagstiftningen bör avstyrkas. Som redan antytts stämmer detta med lagrådets traditionella inställning till sin uppgift. Endast i situationer där lagstiftningen anses under inga förhållanden kunna godtas – den är t. ex. klart grundlagsstridig – torde lagrådet vara berättigat att förbigå de tekniska aspekterna.[92]

Det sagda innebär naturligtvis inte att lagrådets prövning enligt denna punkt saknar betydelse från politisk synpunkt. En paragraf, som man på regeringshåll anser angelägen, kan vid närmare påseende visa sig stå i strid med de allmänna syften som sägs ligga bakom lagstiftningen. På denna grund kunde lagrådet t. ex. ge sig in på ett så känsligt område som att kritisera den s. k. 200-kronorsregeln, tidigare upptagen i kollektivavtalslagen, när den överfördes till förslaget till medbestämmanderättslag; bestämmelsen ansågs stå i strid med de ändamål som enligt lagrådets mening låg bakom lagens skadeståndsregler.[93] När regeln efter åtta år skulle införas i en något annorlunda form, har lagrådet på liknande sätt avstyrkt förslaget, eftersom den var svår att förlika med den principiella syn på skadeståndet som fått uttryck i motiven.[94] Även då enskilda hyresgäster befarades bli lidande på en ändring i hyreslagstiftningens reparationsregler (12:15 JB), ansåg sig lagrådet kunna kritisera lagförslaget utifrån dess egna syften – att stärka hyresgästernas ställning, vilket enligt förslaget skulle ske genom att öka inflytandet för deras organisationer.[95] I andra fall kan lagrådet nöja sig med att bara påpeka motsättningen till den allmänna tendensen i lagstiftningen. Detta skedde t. ex. i fråga om en viss ändring i lagen om anställningsskydd till nackdel för den svagare

[92] Jfr Gustaf Petrén i prop. 1970/71: 9 (konsumentförsäkringslag) s. 197 f, där defekterna dock knappast ansetts fullt så framträdande; Petrén har, efter att ha förkastat vissa huvudlinjer i förslaget, funnit det inte vara meningsfullt att detaljgranska detta.

[93] Prop. 1975/76: 105 s. 510 ff. Förslaget i denna del vidhölls i propositionen men föll i riksdagen, efter lottning.

[94] Prop. 1983/84: 165 s. 31.

[95] Prop. 1982/83: 146 s. 16 f. Se också t. ex. prop. 1972: 109 s. 403 (ang. regeln i 5:12 expropriationslagen, som i och för sig ansågs tveksam), prop. 1972: 111 bil. 3 s. 535 f (ang. ersättningsregel i riksplaneringslagstiftning), prop. 1973: 87 s. 229 (Walberg, ang. småmålslagens kostnadsregler), prop. 1983/84: 137 s. 222 (ang. ändring i hyreslagen).

parten; om ändringen skulle ske "synes vara en fråga av sådan beskaffenhet att det ej kan anses ankomma på lagrådet att ta ställning till den".[96] Som tidigare framhållits lär det under alla omständigheter vara tillräckligt att ett förhållande av detta slag omtalas av lagrådet; någon värdering av regeln behöver inte göras.

Liknande synpunkter kan anläggas på granskningen enligt punkt 5; frågan, vilka *problem som kan uppstå vid tillämpningen,* är av rent juridisk-tekniskt slag. Att ett lagförslag är besvärligt att tillämpa kan naturligtvis vara ett argument för att avstyrka det;[97] om regeringen medvetet godtagit sådana nackdelar med en lag som från andra synpunkter ter sig angelägen kan då lagrådets inställning te sig besvärande. Inte minst gäller detta i situationer där ena eller andra oppositionspartiet i taktiskt syfte vill sammankoppla krånglig lagstiftning med ofrihet och byråkratvälde. Att lagrådets tekniska invändningar kan utnyttjas på detta vis är dock inte något skäl att hålla inne med dem. Det gäller här en central granskningsuppgift, där ingen kan sätta i fråga lagrådets kompetens att bedöma problemen eller dess rätt att framföra kritik.

Som redan framhållits kan i en del fall en tolkning av viss innebörd motverka de olägenheter förslaget medför från andra synpunkter; ett exempel ger skatteflyktslagen.[98] I själva verket torde lagrådet genom att rekommendera vissa riktlinjer för förslagets tolkning ha möjlighet att neutralisera åtskilliga invändningar mot förslaget, t. ex. att det skulle radikalt bryta mot tidigare vedertagna rättsprinciper;[99] kanske kan detta rentav hindra en möjlig konflikt med grundlagen.[100] Om t. ex. en bestämmelse, strikt tolkad, kan synas ge en fastighetsägare mindre ersättning än 2:18 RF medger, kan den leda till godtagbara resultat genom att grundlagsregeln får påverka domstolarnas tillämpning.[101]

[96] Se prop. 1981/82: 71 s. 165. Kanske antogs blotta påpekandet få effekt – något som dock inte blev fallet.
[97] Detta var ett av skälen till att lagen om avverkningskonto avstyrktes (jfr ovan not 18) och att förslaget om statlig fastighetsskatt ansågs som otillfredsställande (jfr ovan vid not 80).
[98] Jfr ovan vid not 84.
[99] Jfr prop. 1973: 32 s. 314 f (om 13:12 GB).
[100] Se prop. 1980/81: 8 (utsökningsbalk) s. 1068 f. Jfr dock ovan vid not 31.
[101] Jfr den kända norska domen i Norsk retstidende 1976 s. 1, om inverkan av motsvarande grundlagsbestämmelse på expropriationslagstiftning.

12. De synpunkter som lagrådet kan anlägga är knappast uttömmande angivna i 8:18 RF. En aspekt som inte sällan förts in i resonemanget är den *internationella*. Det torde stå klart att lagrådet får beakta i vad mån förslaget överensstämmer med internationella konventioner, [102] även om detta inte tagits upp i remissen; inte minst gäller detta Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, som särskilt uppmärksammades i lagrådsyttrandet om löntagarfondförslaget.[103] – Likaså torde man ha rätt att ta upp frågan om en lagstiftning stämmer med den allmänna målsättningen om *nordisk rättslikhet*.[104] Det gäller här en synpunkt som inte alltid vann någon förståelse hos regering och riksdag under 1970-talet, [105] men såvitt känt har man inte gjort gällande att lagrådet skulle överskrida sina befogenheter genom att göra invändningar på denna grund. Här kan för övrigt också åberopas en internationell överenskommelse, om också inte av absolut bindande slag – den s. k. Helsingforsöverenskommelsen av 1962 om fortsatt lagsamarbete på privaträttens område.

Flertalet andra invändningar av icke värderande natur torde falla inom ramen för de fem granskningspunkterna eller åtminstone inte klart gå utanför lagrådets befogenhet. Ett exempel ger den invändning som framförts mot utsökningsbalkens princip att utmätningsmannen samtidigt skall bevaka det allmännas intresse, att redan själva systemet kan ge anledning att misstänka bristande objektivitet.[106] Kritik på den grund att tillämpningen av ett lagförslag minskar respekten för domstolar och myndigheter kan möjligen sägas röra rättssäkerhetsaspekten, om man inte vill se frågan som ett "problem som kan uppstå vid tillämpningen". Självfallet ligger också sådana anmärkningar inom granskningsområdet.

[102] Jfr t. ex. prop. 1973: 32 s. 305 f om äktenskapsrätt, prop. 1974: 33 s. 178 om vägtransportlagstiftning.
[103] Prop. 1983/84: 50 s. 145.
[104] Jfr t. ex. prop. 1973: 32 (äktenskapslagstiftning) s. 305, där enligt lagrådet inte *enbart* det förhållandet att gemensamt nordiskt förslag ej kunde framläggas borde leda till att den föreslagna lagstiftningen avstyrktes eller borde tills vidare anstå, samt prop. 1975: 103 (aktiebolagslag) s. 750 f (Conradi) och prop. 1980/81: 9 (konsumentförsäkringslag) s. 181 ff (Gustaf Petrén).
[105] Jfr t. ex. prop. 1973: 32 s. 87 f; se även Lidboms principiella uttalanden i förhandlingarna vid nordiska juristmötet 1972 s. 53 ff.
[106] Prop. 1980/81: 8 s. 1058. Jfr också prop. 1984/85: 3 (åtalsunderlåtelse) s. 62 f (Wahlgren).

13. Sammanfattningsvis anser jag alltså för egen del det lämpligt att lagrådet visar en viss återhållsamhet i ställningstaganden som har en rättspolitisk karaktär. Det är också svårt att finna något stöd för en annan linje i lagrådets yttranden från senare år. Man får visserligen räkna med att en sådan inställning kan betecknas som undfallenhet och opportunism särskilt av dem som i politiskt syfte vill utnyttja dessa yttranden.[107] Enligt min mening skulle det dock stämma mycket illa både med det uttalade syftet med regeringsformens granskningsbestämmelse och med de principer som traditionellt gällt för granskningen, om man begär att lagrådet skall ge uttryck åt vissa värderingar, som saknar klart stöd i grundlag och gällande rättsordning i övrigt. Juridiskt sett förefaller en sådan ändring i granskningens inriktning vara svår att försvara. Man kan tillägga att den nuvarande hållningen sannolikt är den som på sikt kan bäst bevara det – visserligen begränsade – inflytande som lagrådet har på rättsutvecklingen. Det var inte för sina förträffliga åsikters skull som lagrådet år 1979 fick sitt uppdrag utvidgat av en nästan enig riksdag.[108]

Men, som sagt: frågan är omstridd, och vad jag förordat här ger bara uttryck för min personliga ståndpunkt.

[107] Jfr ovan vid not 2 och 14.
[108] Jfr protokoll 1978/79: 152 s. 58 (endast vpk röstade emot).

Om expropriation och grundlagstolkning

av Bertil Bengtsson

(1985)

1. Vid tidigare tillfällen, när expropriations- och byggnadslagstiftningen var under omarbetning – vid 1940-talets slut och i början av 1970-talet – förekom en ganska livlig debatt om den enskilde markägarens rätt till ersättning vid expropriation och inskränkningar i hans rätt att använda sin fastighet. Grundlagsfrågorna kom emellertid ofta i skymundan; den svårtolkade § 16 i 1809 års regeringsform – den regel som närmast hade aktualitet – synes sällan ha uppfattats som något mera effektivt skydd för ägaren i sådana sammanhang.[1] Bl.a. i samband med förslaget till plan- och bygglag och lagstiftningen om rätt till handredskapsfiske för allmänheten har liknande problem tagits upp till diskussion, nu mot bakgrund av bestämmelsen om egendomsskydd i 2 kap. 18 § i 1974 års regeringsform (RF). Regeln har som bekant stått i medelpunkten för intresset även när det gällt de olika förslagen till löntagarfonder, om också man från fondmotståndarnas sida kanske hoppats mera på artikeln om skydd för äganderätten i Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. Åtskilliga rättsvetenskapsmän och praktiskt verksamma jurister, ofta med starkt engagemang i frågan, har bidragit till debatten.[2]

[1] Diskussionen sammanfattas i Brunfelter-Svegfors, Grundlag och egendomsskydd s. 32 ff.

[2] Se bl.a. Brunfelter-Svegfors' nämnda framställning, som innehåller en grundlig fast inte helt aktuell redogörelse för problemen; Brunfelter i SvJT 1983 s. 295; skriften Äganderätt och egendomsskydd (1985), utg. av SAF (se särskilt Roos s. 40 ff, Mattsson s. 53 ff, Petrén s. 93 ff, Brunfelter s. 105 ff); Karnell, Ägarfrihet. Några tankar kring ägandets funktionsskydd, särskilt beträffande aktier och fastigheter (Bostadspolitiska institutets skriftserie KA 2:1982), Westerberg, Av-

Paragrafen i RF är onekligen oklar och ganska svårtolkad, och det kunde finnas anledning att ta upp dess innehåll till mera ingående analys. Här finns emellertid inte utrymme för detta. Meningen är bara att framföra några allmänt hållna synpunkter på bestämmelsen, närmast med sikte på frågan hur man bör resonera för att komma fram till vad denna politiskt kontroversiella regel egentligen kan anses innebära enligt gällande rätt.

Stadgandet i 2:18 RF har varit något av ett sorgebarn för lagstiftaren. Under arbetet med 1974 års RF ändrades gång på gång dess lydelse, sist av riksdagen. Efter en smärre jämkning år 1976 fick bestämmelsen år 1979 en ny avfattning, som byggde på en kompromiss mellan de största politiska partierna. Lagrummet lyder nu:

"Varje medborgare vilkens egendom tages i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande skall vara tillförsäkrad ersättning för förlusten enligt grunder som bestämmes i lag."

Paragrafen utgör alltså, i motsats till bl.a. den motsvarande regeln i författningsutredningens förslag,[3] inte någon allmän bestämmelse om egendomsskydd utan bara en föreskrift om ersättning vid vissa ingrepp mot den enskildes egendom. Såtillvida är den enklare än de versioner som diskuterades under lagstiftningsarbetet, vilka kritiserades bl.a. för att vara vaga och svårtillämpade.[4] Även i sin nuvarande utformning ger emellertid bestämmelsen anledning till tvekan på flera punkter – inte minst orden "för förlusten", som tillades år 1979. Man kan bl.a. fråga: Vad innebär närmare bestämt "egendom" i detta sammanhang? När tas egendomen i anspråk – vad som är expropriation är ganska klart, men vad avses här med "annat sådant förfogande"?

skaffande av röstvärdesdifferenser vid aktier och grundlagens och europakonventionens egendomsskydd (stencil 1984), Roos i Om våra rättigheter I s. 93 ff (jfr Holmberg i Förvaltningsrättslig tidskrift 1982 s. 76 ff), och ett flertal artiklar i Advokaten (senast Westdahl 1984 s. 214 ff). Se också diskussionen i SvJT 1976 om det ursprungliga löntagarfondsförslaget (Strömholm s. 452 ff, Nelhans s. 647 ff, Kaijser s. 650 ff, Strömholm s. 656 ff; jfr även Äganderätt och egendomsskydd s. 15 ff). Härtill kommer behandlingen av 2:18 i standardkommentarerna till grundlagen av Holmberg-Stjernquist och Petrén-Ragnemalm och i Danelius, Mänskliga rättigheter (3 uppl. 1984) s. 184 ff.

[3] Se 2 kap. 3 § i förslaget och SOU 1963:17 s. 192 ff.

[4] Se SOU 1965:2 s. 143 ff.

Vem är det som tar egendom i anspråk – gäller regeln med andra ord bara mot det allmänna, eller även när egendom överförs till enskild? Vad menas med "ersättning för förlusten"; är det fråga om kompensation för all förlust? Och i vad mån modifieras den ersättningsgaranti detta uttryck möjligen kan innebära av den följande hänvisningen till de grunder som skall bestämmas i lag? Kan riksdagen här besluta om vilka beräkningsgrunder som helst? Och vilken roll spelar här tyngden av det allmänna intresse som får antas ligga bakom ingreppet (även om paragrafen inte säger något uttryckligt härom)?

Man blir inte mycket klokare av att ta del av de knapphändiga och delvis intetsägande motiven till regeln. Vad särskilt gäller ersättningsnivån, som stod i förgrunden vid 1979 års lagändring, sägs tillägget "för förlusten" vara "en bekräftelse av den ersättningsnivå som nuvarande regler om ersättning vid expropriativa ingrepp lett till"; samtidigt konstaterades att enligt gällande rätt – expropriationslagen, förfogandelagstiftningen – ersättning ingalunda utgick för "förlusten", om man därmed menar hela den ekonomiska skadan.[5] Trots att flera tunga juridiska remissinstanser uttryckte osäkerhet om den föreslagna ändringens innebörd[6] förtydligades den inte ens i några motivuttalanden under det fortsatta lagstiftningsarbetet.[7] Regelns *räckvidd* ändrades däremot inte 1979; här är tidigare motivuttalanden alltjämt vägledande.[8] Mycket besked ger de inte, men det framgår i vart fall att man inte velat reglera ersättning vid inskränkningar i rådigheten över fastigheten (användningsreglering)[9] – något som för övrigt kan sägas framgå redan av lagtexten ("annat sådant förfogande"). Bestämmelsen siktar främst, kanske enbart på sådana överföringar av förmögenhetsrätt som expropriation (inbegripet fall där servitut eller nyttjanderätt läggs på en fastighet) och rekvisition av lös egendom.

[5] SOU 1978:34 s. 165 ff.
[6] Prop. 1978/79:195 bil. 2 s. 78 f.
[7] Prop. 1978/79:95 s. 57 (där väsentligen bara kommittémotiven upprepades), KU 1978/79:39 s. 23. I Petrén-Ragnemalms kommentar (s. 85) anses likväl gottgörelsen täcka hela förlusten; annan mening bl.a. Danelius, a.a. s. 188 och (numera?) även Petrén, a.a. s 98.
[8] SOU 1978:34 s. 168; jfr prop. 1978/79:195 s. 57.
[9] Prop. 1973:90 s. 237; SOU 1975:75 s. 430 (varpå lagstiftningen torde bygga). Förhållandet har senast framhållits av lagrådet i yttrandet över förslaget till plan och bygglag (PBL), se s. 13.

Man bör nog inte kritisera lagstiftaren alltför mycket för denna oklarhet. Partiernas åsikter om den privata äganderätten torde ha gått så mycket isär, att det var en framgång redan att de lyckades ena sig om en inte helt menlös bestämmelse om rättighetens skydd. Men det är knappast troligt att de framstående jurister som medverkat i sammanhanget varit helt tillfredsställda med den rättstekniska lösning som påkallats av politiska skäl.

2. Oklarheten i lagstiftarens inställning har lämnat ett stort utrymme för olika tolkningsförslag. Flertalet debattinlägg har varit påtagligt positivt inställda till egendomsskyddet;[10] man betonar olika förhållanden som tyder på ett vidsträckt tillämpningsområde för 2:18. Särskilt mot bakgrunden av Europakonventionens motsvarande bestämmelse (se nedan) skulle grundlagsregeln utgöra en spärr mot aktuella och befarade försök att inskränka fastighetsägares och aktieägares rättigheter. Ofta synes meningen framför allt ha varit att peka på *möjligheten* att en lagstiftning av det diskuterade slaget blir underkänd av domstol; då är det inte mycket att invända mot att man i första hand utvecklar argument i den ena riktningen. Vad som verkar litet mera betänkligt är om resonemangen uppfattas som en *beskrivning av det aktuella rättsläget.* Bl.a. kan detta leda till besvikelser för den som litat på att grundlagen, särskilt efter 1979 års ändringar, vid domstolsprövning skulle ge ett effektivt skydd för den enskildes egendom; det ger också en något felaktig utgångspunkt, om man vill bedöma skäl för och emot ändringar i RF:s bestämmelser.

I fortsättningen försöker jag ange de utgångspunkter för en analys av bestämmelsen som enligt min mening stämmer bäst med gällande rätt: frågan blir alltså vilken innebörd som en politiskt obunden juridisk instans med största sannolikheten kan antas komma till, när exempelvis konflikter uppkommer med planerings- eller miljöintressen. – Därmed är inte sagt att paragrafens innehåll säkert kan slås fast på detta vis; tolkningen är så pass besvärlig att man alltid får räkna med meningsskiljaktigheter också bland oengagerade jurister.

Behandlingen av sådana politiskt omtvistade, centrala grund-

[10] Ett av undantagen är Roos' inlägg; jfr not 2. – En objektiv (fast ganska kortfattad) analys av den typ jag efterlyser förekommer i Petréns och Mattssons nypublicerade uppsatser, omtalade i not 2.

lagsbestämmelser som 2:18 RF medför problem för den som annars gärna använder en mer eller mindre teleologiskt färgad lagtolkningsmetod. Lagtext och motiv ger som sagt ofullständiga, delvis motsägande besked om paragrafens innebörd och syfte. Och söker man att på egen hand finna vissa förnuftiga ändamål, är det en påtaglig risk att de påverkas av ens egen subjektiva inställning – något som framgår inte minst av den debatt som jag här har berört. Vid tolkningen av regler av denna typ verkar det alldeles särskilt angeläget att inga andra värderingar präglar resonemangen än de som framgår av traditionella rättskällor – här i första hand grundlagens förarbeten, rättspraxis och lagstiftning på området. Det kan finnas skäl att se kritiskt också på ändamålssynpunkter som det i andra sammanhang ter sig naturligt att bygga på.

Det är tydligt att t.o.m. de traditionella argumenten för att full expropriationsersättning skall utgå vid närmare påseende ter sig politiskt kontroversiella på ett sätt som i detta sammanhang minskar deras värde.[11] Att en rätt till sådan ersättning ökar den enskildes egendomstrygghet är naturligtvis inte något lika angeläget önskemål för dem som av ideologiska skäl är skeptiska till enskilt ägande av mark och produktionsmedel, särskilt om det innebär kapitalvinster genom vad som kallats oförtjänt värdestegring. Expropriationsersättning har vidare sagts ha ett viktigt preventivt syfte genom att motverka förhastade ingrepp från samhällets sida och bidra till att expropriationsobjekten väljs med omsorg; men mot detta kan invändas, att om man fäster för stor vikt vid preventionen det kan försvåra i och för sig nyttiga statliga och kommunala ingrepp – och en viss nytta går ju i regel att finna hos offentliga åtgärder, hur besvärande de än kan vara för den enskilde. Att det allmänna skulle kunna vinna på att tvångsvis överta mark för underpris behöver inte anses som något olämpligt och än mindre som något orättvist, om man betraktar expropriation och liknande ingrepp som ett led i strävandena mot en jämnare förmögenhetsfördelning; det har talats om ett "omfördelningsmotiv" bakom lagstiftningen, liknande vad som ligger bakom förmögenhetsbeskattningen.[12] Mindre angripbar är kanske vad som kan kallas likhetssynpunkten: vilken inställning man än har till privat ägande anser de flesta nog otillfredsställande att vissa ägare med särskild otur drabbas av ekonomisk förlust genom att berövas sin egendom, medan andra av samma kategori inte berörs av ett ingrepp eller rentav vinner på ett

[11] Översikt av sådana argument förekommer bl.a. i Ljungman-Stjernquist, Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II, 3 uppl 1968, s. 12 ff och Werin i SvJT 1978 s. 84 ff (jfr även Ekonomi och rättssystem s. 345 f).
[12] Werin i SvJT 1978 s. 86 ff.

expropriationsföretag i närheten. I lagstiftningen har man på olika sätt försökt motverka sådana skillnader.[13] Men också likhetstanken synes delvis vara kontroversiell; frågan har ställts, varför den omständigheten att vissa personer får betydande, kanske oförtjänta vinster skall förplikta lagstiftaren att låta andra göra samma vinster efter expropriation.[14] För övrigt är likhetsargumentet vagt och svårhanterligt: vilka kriterier skall man ta fasta på – är det t.ex. alla fastigheter i landet, alla ägare av samma typ, alla ägare på orten, eller alla ägare av fastigheter av samma slag eller i samma storleksgrupp som skall behandlas på samma vis?[15] Svaret torde delvis bero av politiska värderingar.

Sådana argument för generösa ersättningsregler får man under alla förhållanden väga mot en välkänd invändning, som får betydelse främst vid rådighetsinskränkningar men även vid vissa andra, längre gående ingrepp. Allmänna intressen som planering, miljöskydd, naturvård – inbegripet skydd för friluftsliv och rekreation – hälsovård och kulturminnesvård måste med nödvändighet komma i konflikt med ägarintresset. En långtgående ersättningsskyldighet kunde leda till att det allmänna inte skulle ha råd att vidta andra åtgärder i sådana syften än de allra nödvändigaste, och det kan därför synas oundvikligt att hålla ersättningarna nere. Men också sådana resonemang, som länge dominerat svensk lagstiftning, framstår idag i viss mån som partipolitiskt färgade: när man i ökad utsträckning betonar näringslivets synpunkter eller vikten av enskilda ägares handlingsfrihet, är det inte givet att exempelvis hänsyn till naturskydd, friluftsliv eller byggnadsmiljö anses böra gå före.

Här är inte platsen att diskutera värdet av dessa argument för och emot en långtgående ersättningsskyldighet vid ingrepp i den enskildes egendom; också andra synpunkter av samma omtvistade typ kan för övrigt dras in i resonemanget.[16] Vad som bör framhållas är emellertid att tyngden av dessa argument i väsentlig grad beror av värderingar, som kan skifta och inte på något sätt framstår som självklara – allra minst för engagerade jurister i skilda läger. Detta kan motivera att man är ytterligt varsam med att låta tankegångar av det slag som nu antytts påverka tolkningen i ena eller andra riktningen, när det inte går att finna stöd för

[13] Jfr om problemet bl.a. Ljungman i Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s. 316 ff och översikt av Brunfelter, Svensk planlagstiftning i historiskt perspektiv, kap. 2.

[14] Fleischer, Norsk expropriasjonsrett (1978) bl.a. s. 152 f.

[15] Kritik av likhetstanken bl.a. av Ross, Dansk statforfatningsret II (2 udg. 1966) s. 644 ff. Jfr även A. Vinding Kruse i TfR 1947 s. 302 ff.

[16] En sådan synpunkt är tanken att risken bör fördelas på de enskilda skattebetalarna, särskilt när det finns ett starkt allmänt intresse för ingreppet. Också vikten av detta argument beror på den sympati man har för ägarens ställning: man kanske invänder bl.a. att just när det allmänna intresset är starkt den enskilde bör finna sig i vissa uppoffringar.

dem i exempelvis grundlagsregelns motiv. Det gör att man också bör vara återhållsam med hänvisningar till härskande mening i doktrinen och liknande; det är svårt att komma ifrån att de flesta som engagerat sig i debatten funnit det naturligt att särskilt betona den enskildes intresse vid konflikter av den aktuella typen. I varje fall bör man noga granska vilken rättspolitisk ståndpunkt en framställning av problemen utgår ifrån och pröva, hur den går ihop med lagstiftarens inställning.

En ännu mera skeptisk hållning till doktrinens uttalanden i sådana frågor har Ross uttryckt för den danska rättens del. Den aktuella danska bestämmelsen (§ 73 i grundloven) skulle inte ge annan vägledning än de värderingar man lade in i den; det skulle bara utgöra politisk propaganda att påstå att en tolkning hade stöd i grundlagen. Teoretikerna borde därför inrikta sig på att finna de principer som framgår av gällande lagstiftning och rättspraxis, och kritik som riktades häremot skulle bygga på kritikerns värderingar.[17] – Fullt så långt kan man dock knappast gå när det gäller den svenska grundlagsregeln. Ett och annat framgår trots allt av paragrafens ordalag och bakgrund, vilket oavsett eventuella värderingar måste få inverka på tolkningen. I den mån ett doktrinuttalande bygger på sådant material, får det självfallet betydelse i sammanhanget.

3. Om fria ändamålsresonemang får en så begränsad betydelse som jag här förordat, blir konventionella, mera bundna tolkningsmetoder naturligtvis desto viktigare. Frågan är emellertid vad man kan få ut av det magra material som finns.

Till en början bör framhållas att man här är väsentligen hänvisad till inhemskt material (se dock om Europakonventionen 6 nedan). I detta fall finns inte mycket ledning att hämta från Norden i övrigt, än mindre från utomnordisk rätt (även om man i Västtyskland har haft problem som i viss mån påminner om våra). Gemensamt för andra nordiska grundlagar är att de på ett mera markerat sätt än vår RF föreskriver full ersättning vid expropriation och liknande ingrepp.[18] Allmänt sett är man också, bl.a. med hänsyn till grundlagarnas utformning och bakgrund,

[17] Ross, a.a.s. 261. Den danska regeln är något annorlunda utformad än 2:18. Bl.a. uttalas att äganderätten är okränkbar och att den enskilde skall ha full ersättning vid expropriation. Jfr även Opsahl i NOU 1976:52 s. 288 ff, som ligger nära min egen uppfattning.

[18] Se § 73 i den danska grundlagen; § 105 i den norska grundlagen; 6 § i den finländska regeringsformen. Jfr Art. 14 i den västtyska Grundgesetz.

mera generös vid inskränkningar i ägarens rådighet – låt vara att huvudregeln är att ingen ersättning utgår i sådana fall. I Danmark och Norge fungerar grundlagsregeln även som en allmän ersättningsprincip, som lagstiftaren medvetet använder för att fylla ut en lagstiftning utan ersättningsbestämmelser.[19] Allt detta medför att paralleller med rättsläget i dessa länder knappast kan kasta ljus över tolkningen av 2:18. Däremot kan de illustrera problem vid ett visst tolkningsalternativ och ge uppslag till olika resonemang kring bestämmelsens innebörd.

Vad sedan gäller det svenska materialet, hänger bekymren vid tillämpning av 2:18 till någon del samman med den oklarhet som råder om metoden vid grundlagstolkning över huvud taget. Skall man, liksom enligt den omdiskuterade § 84 i 1809 års regeringsform, fästa särskild vikt vid ordalagen i sådana sammanhang?[20] Tillvägagångssättet skulle få betydelse just när som i det aktuella fallet lagtexten inte stämmer särskilt väl med motiven. Mot detta kan invändas att enligt ett motivuttalande vid grundlagens tillkomst det naturliga vore att grundlag tolkades efter samma principer som gällde för lagtolkning i allmänhet[21] – en mening som också har framförts i litteraturen.[22] Inte heller under det fortsatta lagstiftningsarbetet på grundlagsområdet synes man ha hävdat någon annan uppfattning. Vad angår 2:18 skulle tolkningssättet medföra att paragrafen får ganska ringa värde som skydd för den enskilde, bl.a. genom att rådighetsinskränkningar inte alls skulle medföra ersättningsskyldighet för det allmänna.[23] Men det är naturligtvis inget argument för eller mot metoden i och för sig.

Att tolka grundlagen på detta vis är närliggande också med tanke på dess tillkomsthistoria. I motsats till sin föregångare av 1809 var den ju inte frukten av någon politisk omvälvning som avsåg att befästa vissa fri- och rättigheter mot statsmakterna, knappast ens av någon ny syn på statsskicket; syftet var i väsentliga delar att kodifiera vad som redan gällde i praxis. Inte minst

[19] Se t.ex. Andenæs i Lov og rett 1975 s. 248 ff; Skovgaard, Offentlige myndigheders erstatningsansvar s. 68 ff.

[20] Jfr Westerberg, Grundlagarna skola efter deras ordalydelse i varje särskilt fall tillämpas, med redogörelse för tidigare diskussion.

[21] Se SOU 1972:15 s. 319.

[22] Strömholm i SvJT 1976 s. 460 (bl.a. just om nuvarande 2:18 RF).

[23] Jfr ovan vid not 9.

var detta fallet med rättighetskapitlet. När en grundlagstext kommit till under sådana föga dramatiska omständigheter, efter ett långvarigt och omsorgsfullt utredningsarbete, är likheten med vanlig lagstiftning påtaglig.

Just för rättighetskapitlets del framträder emellertid särskilda synpunkter. Flera av bestämmelserna där, bl.a. som sagt just 2:18 i dess senaste version, framstår närmast som resultatet av en kompromiss mellan de stora politiska partierna, något som inte i samma grad brukar vara fallet när allmän lag stiftas. Att tala om lagstiftarens vilja synes här ganska orealistiskt – fanns det en gemensam vilja kan den närmast förmodas ha varit att föra kompromissen i hamn under en formell enighet. Som redan antytts är också motiven kortfattade och innehållslösa på ett sätt som helt avviker från det normala i annan central lagstiftning. Här förekommer sällan en motsvarighet till de utförliga kommentarer från kommittéer och departement som avser att underlätta tolkningen i enskilda fall; och lagrådet får i allmänhet inte alls yttra sig om förslag till ändringar i regeringsformen. Vad som än kan sägas till nackdel för en lagstiftning genom motiven,[24] skulle t.o.m. en sådan metod ha varit av värde i den aktuella situationen, där fria ändamålsresonemang skulle undvikas. Nu går det ofta bara att gissa sig till de bakomliggande tankegångarna.

Inte heller kommer man långt genom att ställa upp som riktlinje för tolkningen av 2:18 RF, att bestämmelsens syfte måste vara att skydda äganderätten (eller rätten till egendom).[25] Det är tydligt att resonemanget ger närmare ledning bara om man använder ett naturrättsligt färgat äganderättsbegrepp, åtminstone delvis oberoende av gällande lagstiftning. En sådan begreppsbildning avviker från den gängse i modern svensk juridik; däremot kan Europakonventionen sägas bygga på något liknande (se 6 nedan). Men också i konventionens version är begreppet så pass oklart och innehållslöst, att det skulle ge ringa besked om ersättningsrätten enligt 2:18. Skyddet för äganderätten kan ändå inte antas vara absolut, och var gränsen för skyddet skulle gå är inte lätt att avgöra.

En annan sak är att det allmänt sett kan vara skäl att tolka

[24] Jfr Hessler i SvJT 1957 s. 241 ff.

[25] Åtskilliga av de debattinlägg som nämnts i not 2 bygger på en sådan tanke, varvid man dock ofta hänvisar till Europakonventionen.

reglerna om fri- och rättigheter välvilligt mot den enskilde.[26] Hur denna princip närmare skall tillämpas borde dock bero på vilken rättighet det gäller, och frågan är hur långt en sådan välvilja kan antas gå för egendomsskyddets del.[27]

I brist på klar vägledning av lagtext och motiv till grundlagsregeln får man då falla tillbaka på andra traditionella rättskällor. Domstolarna har emellertid mycket sällan fått med tolkningsfrågor av detta slag att göra.[28] I förarbeten till vanlig lagstiftning, som på ena eller andra sättet också berör 2:18 RF, kan man naturligtvis finna vissa uttalanden av intresse, både i betänkanden och i departementschefsanföranden. Särskilt de senare är emellertid av naturliga skäl ofta politiskt färgade; på regeringshåll har man anledning att betona de skäl som talar för att ett förslag väl stämmer med grundlagen. Är det fråga om att göra en rent juridisk bedömning av förhållandet mellan grundlag och allmän lag, går det inte att under alla förhållanden lägga dessa uttalanden till grund: deras betydelse kan sägas ligga mindre i regeringens auktoritet än i tyngden av den argumentation som förs.

Lagrådets yttranden bör naturligtvis väga tungt i sammanhanget; det är ju här fråga om ett politiskt neutralt expertorgan med särskild uppgift att granska lagförslagens grundlagsenlighet (jfr 8:18 3 st. 1 p. RF). Inte heller detta material är emellertid så givande som man kunde hoppas. Lagrådet har visserligen i en del yttranden kommit in på frågan om ett lagförslag varit förenligt med RF eller dess grunder, varvid man i några fall berört 2:18; men man har då uttalat sig försiktigt om de besvärliga gränsfallen. För övrigt lär inte ens lagrådets ståndpunkt beträffande förslag till vanlig lagstiftning kunna anses avgörande, när det gäller grundlagens innebörd. Den ger bara en anvisning hur denna lagstiftning av högre kvalitet bör tolkas. – Liknande betydelse som lagrådets yttranden får man tillmäta remissyttranden av vissa juridiska instanser, särskilt Högsta domstolen och regeringsrätten, vilka ofta får yttra sig över grundlagsförslag. Utta-

[26] Se Holmberg-Stjernquist s. 20; uttalandet tar sikte på återhållsamhet i fråga om inskränkningar i enskildas intressen.
[27] Jfr härom 5 nedan, särskilt vid not 43.
[28] Jfr dock NJA 1981 s. 1 och RegÅ 1980 2:69 (lagprövning, dock ej med stöd av 2:18 RF).

landena utgör ju inte lagmotiv i teknisk mening men kan i varje fall ge upplysning om hur en grundlagsbestämmelse sannolikt kommer att bli uppfattad av dessa domstolar.

Den instans som – frånsett lagprövningsfallet – egentligen bör ha det avgörande ordet i fråga om grundlagens innebörd kan synas vara konstitutionsutskottet; här sker den slutliga granskningen av en lagstiftnings grundlagsenlighet, och normalt följer riksdagen utskottets mening. Självfallet har också en domstol eller en förvaltningsjurist att respektera utskottets uttryckligt uttalade ståndpunkt i enskilda fall, utom i mycket speciella lagprövningssituationer (jfr 7 nedan). Det måste dock sägas att från rent juridisk synpunkt utskottets tolkningssätt i dessa ärenden framstår som en förebild av ganska tvivelaktigt värde. Det står klart att politiska hänsyn här kan spela en avgörande roll, inte minst när det gäller en så kontroversiell fråga som innebörden av 2:18.[29] Man har visserligen tillgång till intern juridisk expertis, men dess synsätt kan knappast antas alltid ha präglat resonemangen i fall av det aktuella slaget.

Ett belysande exempel ger yttrandet om vissa övergångsregler i 1983 års vattenlag, där gränsen mellan rådighetsinskränkning och expropriation blev aktuell. Här framfördes tre olika meningar i en sådan rent juridisk fråga som just räckvidden av 2:18, grupperade efter den partipolitiska skalan från vänster till höger.[30] Visserligen har i detta fall den mening segrat som från juridisk synpunkt förefaller riktigast, men det berodde tydligen på de tillfälliga majoritetsförhållandena i utskottet och i riksdagen, inte på en riktigare tolkningsmetod. Utskottsmajoriteten tillämpade grundlagsregeln i överensstämmelse med motiven, men i ett annat läge kunde en annorlunda sammansatt majoritet tänkas använda en annan och friare tolkning.

Inte heller andra utlåtanden av utskottet ger stöd för att man oavsett politiska meningsskiljaktigheter varit ense om tillvägagångssättet vid grundlagens tolkning; materialet är för övrigt

[29] Detsamma gäller visserligen om finländska grundlagsutskottet, vilket inte hindrat att man i den juridiska litteraturen noga analyserat utskottets praxis; här är dock materialet större och rättsuppfattningen till synes mera konsekvent, vartill kommer att utskottet ofta sökt få de konsitutionella frågorna belysta av särskild sakkunskap. Jfr Hidén, Säädösvalvonta Suomessa I s. 203 ff och (om äganderättsskyddet) i Lakimies 1971 s. 99 ff.

[30] Se Ju 1982/83:30 s. 168 ff.

ganska magert.[31] Att närmare analysera metodfrågan med utgångspunkt i utskottets praxis förefaller därför knappast givande. Ungefär detsamma gäller uttalanden av andra riksdagsutskott, när de går in på frågor av detta slag; politiska hänsyn synes avgörande för synen på 2:18.[31a].

Sammanfattningsvis tyder det sagda på att man inte i alla avseenden kan tolka grundlagstext av den aktuella typen som allmän lag. Materialet är delvis av annat slag, rättskällornas inbördes tyngd är en annan. Vad som särskilt bör betonas i detta sammanhang är att det knappast heller finns anledning att förorda någon generellt tillämplig princip. Man torde få anpassa metoden efter de skilda sammanhang, där sådana garantier för den enskilde som 2:18 och andra bestämmelser i 2 kap. får aktualitet.

När *vanlig lag stiftas,* har de ansvariga instanserna anledning att inte bara hålla sig till RF:s ordalag utan också noga beakta grundlagsregelns syfte; samma synsätt bör för övrigt även juridiska remissinstanser anlägga. Denna princip torde också följas i normala fall. Att en lagregel stämmer illa med grundlagen, fast den inte är klart oförenlig därmed, är något som utredande kommittéer, ansvariga departementschefer och riksdagsutskott ogärna vill acceptera. Om av politiska eller andra skäl trots allt det kontroversiella förslaget skulle läggas fram, anstränger man sig vanligen att bagatellisera möjliga motsättningar av detta slag. Lagrådet lär vidare vara skyldigt att påtala också fall där ett lagförslag bara avviker från syftet med en grundlagsregel, inte från dess ordalag.[32] – På motsvarande sätt torde lagstiftaren få pröva frågan om en ändring i grundlagen bör ske, innan en tilltänkt lagstiftning kan komma till stånd; också då torde bl.a. syftet med grundlagsregeln böra beaktas. I vad mån en sådan prövning sker i praktiken, är dock något tveksamt.

När väl en lag trätt i kraft, kan en tolkning av grundlagsregeln bli aktuell vid *lagprövning* enligt 11:14 RF. Men då får man rimligen anlägga ett annat synsätt. Kravet, att avvikelsen från grundlagen skall vara uppenbar för att en regel i allmän lag skall

[31] Jfr emellertid FiU 1983/84:20 s. 102 ff (om löntagarfonder), där liknande meningsskiljaktighet förekom i KU.

[31a] Ett flagrant exempel ges nedan i not 63a.

[32] Jfr Bengtsson i Förvaltningsrättslig tidskrift 1984 s. 199.

kunna underkännas, ger bedömningen en särskild prägel, där ordalydelsen kommer i centrum för uppmärksamheten.[33] Bara i mycket sällsynta undantagsfall torde man kunna åsidosätta en lagregel som går att förena med grundlagens text. Frågan skall strax beröras närmare (se 7 nedan).

Grundlagsreglerna, inte minst 2:18 RF, kan också få betydelse som *tolkningsdatum vid tillämpning av bestämmelser i allmän lag.* Dessa måste i allmänhet uppfattas på det sätt som stämmer bäst med grundlagen – om nu över huvud taget någon jämförelse kan göras med dess regler i ett enskilt fall. Härvid bör man återigen fästa vikt också vid de allmänna tankegångar som ligger bakom grundlagsregeln och emellanåt kan utläsas av dess motiv.

Slutligen kan i avsaknad av lagbestämmelser grundlagsregeln ibland anses uttrycka en *allmän rättsgrundsats* som är tillämplig i enskilda fall. Det är t.ex. tänkbart att 2:18 RF kan åberopas när staten ingriper på ett sätt som kan jämställas med expropriation utan att några särskilda bestämmelser om ersättning finns (se närmare härom 7 nedan). Även i denna situation är det naturligt att fästa vikt också vid de utläggningar om bestämmelsens innebörd som kan förekomma i förarbetena.[34]

4. Också annat material än nu har sagts torde emellertid kunna inverka på tolkningen av 2:18 RF och andra rättighetsregler i grundlagen.

Av särskild vikt synes här var situationen vid reglernas *tillkomst.* Som nämnt har man framför allt velat ge bestämmelser som fastslog de rättigheter som redan fanns enligt gällande lag. I några fall har dock grundlagstexten ansetts stämma mindre väl med existerande lagstiftning, och man har då försökt anpassa denna till grundlagen eller lösa konflikten genom övergångsbestämmelser.[35] När inte detta skett, får det rimligen antas att tidiga-

[33] Jfr härom SOU 1975:75 s. 108, 211; SOU 1978:34 s. 109. Motsättningen illustreras av HovR:s dom i NJA 1951 s. 39 (HovRn hade tidigare avstyrkt skattelagstiftningen som oförenlig med regeringsformen). En liknande uppfattning om skillnaden förekommer i norsk litteratur; se t.ex. Andenæs, Statsforfatningen i Norge 5 utg. 1976 s. 297, Opsahl i NOU 1976:52 s. 289.

[34] Jfr HD i prop. 1975/76:209 s. 202. En sådan funktion fyller som nämnt motsvarande danska och norska grundlagsregler. M. h. t. vagheten i 2:18 är det dock tveksamt vilken betydelse paragrafen kan få i detta sammanhang.

[35] Jfr SOU 1975:75 s. 213 f, prop. 1975/75:209 s. 169 f.

re lagregler inte stod i strid med de nya grundlagsreglerna – granskningen av det aktuella rättsläget synes ha skett med stor omsorg. Vid tolkning av grundlagsregeln får i så fall de då gällande lagreglerna anses visa maximum av det rättsskydd den enskilde kan kräva enligt RF; skyddet skulle med andra ord inte gå längre än den mest ofördelaktiga lagregel som fått kvarstå oförändrad efter reformen, förutsatt att denna är i någon mån jämförlig med den bestämmelse som är under bedömning. Vad speciellt angår bestämmelsen i 2:18, har lagstiftaren framför allt vid 1979 års lagändringar särskilt uppmärksammat frågan om dess förhållande till gällande rätt, varvid man kunnat bygga bl.a. på en grundlig genomgång av aktuella rättsregler i fri- och rättighetsutredningens betänkande av 1975.[36] Tydligen har man därvid inte funnit några ersättningsbestämmelser som varit oförenliga med grundlagsstadgandet, och expropriations- och förfoganderlagstiftningens regler godtogs uttryckligen. – Enligt det sagda kunde det däremot vara möjligt att ge lagregler som är *mindre* generösa än de som gällde år 1979, så länge de är förenliga med lagtexten i 2:18. Syftet med lagstiftningen av detta år var emellertid att slå fast dåvarande ersättningsprinciper, och skall man följa motiven blir det alltså innebörden av dessa principer som får största betydelsen.

Samtidigt bör framhållas att regeln i 2:18 lika litet som flertalet andra rättighetsregler i RF utgör någon sammanfattning av innehållet i den då gällande lagstiftningen. I åtskilliga fall har lagen gett den enskilde ett bättre skydd än grundlagen tvingar till – i vårt fall en frikostigare ersättningsberäkning än 2:18 föreskriver eller ersättning även vid andra ingrepp än dem 2:18 tar sikte på. Vid rådighetsinskränkningar enligt byggnads- och naturvårdslagarna utgår t.ex. ersättning när pågående markanvändning avsevärt försvåras. Man anser, som det sägs i förslaget till plan- och bygglag, "rimligt" att kompensation utgår för vissa förluster.[37] Men det innebär inte att det är nödvändigt. Det är inget avgörande argument för tillämpning av 2:18, att lagstiftaren i allmänhet föreskrivit ersättning i en viss situation.

En granskning av rättsläget vid grundlagsregelns tillkomst ger alltså bara en ofullständig bild av läget. Mot att fästa större vikt

[36] SOU 1975:75, bil. 16.
[37] Se lagrådsremissen, avsnitt 18.1.2.

vid detta rättsläge kunde vidare invändas, att gränsdragningen därigenom kommer att bero av tillfälligheter vid tillkomsten av olika lagar – om en perifer lagstiftning inte genomtänkts tillräckligt, eller kanske förbiseetts när 2:18 fick sin utformning, skulle detta kunna på avgörande sätt inverka på bestämmelsens innebörd. Det kan naturligtvis medges. Å andra sidan får man rimligen, med den svårighet som föreligger att finna en objektiv tolkningsmetod, ta fasta på de utvägar som finns och åtminstone presumera att lagstiftaren tänkt igenom frågorna.[38] Det är vad som sker i andra fall, där systematiken i en lag eller vissa lagars förhållande till varandra läggs till grund för slutsatser rörande en bestämmelses tolkning; och det finns knappast något skäl varför man inte skulle ha rätt att på motsvarande sätt ta grundlagstiftaren på allvar, även om man inte kan stödja sig på några uttryckliga motivuttalanden i den aktuella tolkningsfrågan.

5. Vad särskilt gäller 2:18 RF tillkommer en annan omständighet, som man inte gärna kan bortse från vid dess tolkning. Av debatten i frågan får man lätt uppfattningen, att just när det gäller äganderätten det skulle finnas särskild anledning att tolka grundlagen extensivt, bl.a. genom att inläsa ett allmänt skydd för äganderätten i bestämmelsen i 2:18. Bortsett från vad Europakonventionen möjligen kan komma att betyda i detta avseende (se härom 6 nedan), är det emellertid svårt att se hur det skulle stämma med lagstiftarens mening att tillämpa denna rättighetsregel särskilt generöst mot den enskilde. Bestämmelsens utformning och förhistoria ger knappast stöd för något sådant.

Bl.a. kan framhållas följande. I grundlagberedningens förslag av år 1972 innehöll motsvarande regel bara att vid expropriation och annat sådant förfogande ersättning skulle utgå enligt grunder som fastställdes i lag. Fast denna föga förpliktande formulering kritiserades av flera remissinstanser, försvagades regeln ytterligare i 1973 års grundlagsproposition; den blev där bara en rekommendation att enskild i sådana fall "bör" vara tillförsäkrad ersättning enligt grunder som bestäms i lag. Skälen var så pass tunna att det verkar troligt att inte något effektivt

[38] Om en bestämmelse har en helt säregen karaktär eller förekommer i ett helt speciellt sammanhang, kan det däremot vara skäl att bortse från den – naturligtvis under förutsättning att inte förarbetena visar att man tagit hänsyn till bestämmelsen.

äganderättsskydd varit avsett,[39] något som antyds också av den ringa entusiasm departementschefen uttryckte t.o.m. för en så pass intetsägande regel: han var "inte främmande" för grundlagberedningens tanke att RF borde innehålla en bestämmelse om den enskildes egendomstrygghet.[40] Denna synes enligt hans utläggningar inte ha tillmätts större vikt än arbetstagarens anställningstrygghet och medinflytande.[41] Riksdagen ändrade förslagets "bör" till "skall" men flyttade samtidigt över bestämmelsen från rättighetsreglerna i 2 kap. till kapitlet om lagar och andra föreskrifter,[42] vilket också kan ses som en markering av egendomsrättens lägre kvalitet jämförd med andra fri- och rättigheter som då reglerades i RF. Vid 1976 års grundlagsändringar fick bestämmelsen om egendomsskydd komma med i 2 kap., men inget tyder på att lagstiftaren då hade en annan syn än tidigare på äganderättens skyddsvärde.

Hela tiden har vidare det materiella skydd som bestämmelsen gett varit klart underlägset skyddet för de fri- och rättigheter som berörs i 2:12, 2:15 och 2:16 RF. Om behovet att trygga övriga fri- och rättigheter rådde i stort sett enighet mellan de politiska partierna vid grundlagens tillkomst och vid senare ändringar, men det kan inte gärna påstås i fråga om äganderätten till mark och produktionsmedel. Det är en sak att privat äganderätt till sådan egendom godtogs, något annat att ett särskilt grundlagsskydd skulle ha ansetts som ett självklart inslag i RF:s rättighetsregler. Inte ens i förarbetena till 1979 års lagstiftning, där en borgerlig regering lade fram propositionen, går det att finna några uttalanden att ta fasta på för dem som hävdar egendomsskyddets centrala ställning bland de rättigheter grundlagen behandlar. Lagändringen gav visserligen en del vaga garantier för ersättningsnivån, men räckvidden av ersättningsregeln skulle inte vara större än tidigare.[43]

[39] Se prop. 1973:90 s. 194, 236 f; motiveringen var att vissa regler, bl.a. 70 § byggnadslagen och 4 kap. 1 § 1 st. expropriationslagen tillät ianspråkstagande av mark i en del fall utan att kontant ersättning utgick och att RF inte borde stå i konflikt med sådana bestämmelser. (Det borde ha stått klart att kompensation kunde anses utgå, fast ej kontant; jfr KU 1973:26 s. 52.)

[40] Prop. 1973:90 s. 194.

[41] Se prop. 1973:90 s. 194, där det framhölls att regeln om egendomsskydd skulle vara ofullständig och missvisande, om den inte slog fast den enskildes rätt också i dessa andra avseenden. Se även 2:2 i propositionens förslag till RF. Att den föreslagna regeln ändrades av riksdagen torde inte ha berott på att arbetstagarens trygghet ansågs mindre viktig än egendomstryggheten; jfr KU 1973:26 s. 51 f.

[42] Se KU 1973:26 s. 52.

[43] SOU 1978:34 s. 168; jfr prop. 1978/79:195 s. 157.

En sådan tveksamhet, ibland gränsande till olust, från lagstiftarens sida är svår att bortse från när man skall tillämpa grundlagsregeln om egendomsskydd. I Danmark, där ändå motsvarande grundlagsregel uttryckligen skyddar äganderätten, har man framhållit att denna rättighet får anses ha lägre kvalitet än t.ex. den personliga integriteten;[44] liknande synpunkter har framförts i norsk doktrin,[45] och de framträder rentav i Høyesteretts omskrivna plenumavgörande om expropriationsersättning, NRt 1976 s. 1 ("Kløftadommen").[46] Och majoritetens inställning i den domen har ändå präglats av en klar tendens att slå vakt om den enskildes grundlagsstadgade egendomsskydd.

Mot bakgrunden av det anförda kan det finnas skäl att se saken på liknande sätt hos oss.[47] Ingenting i grundlagen eller dess förarbeten synes berättiga domstolar och andra myndigheter att anta några underförstådda principer just till äganderättens skydd, vilka skulle påkalla en vidsträckt tolkning av 2:18 oavsett vad som framgår av de sedvanliga rättskällorna. Allra minst gäller detta vid konflikter med sådana intressen som miljöskydd, naturvård och rekreation, som på ett så markerat sätt gynnades i lagstiftningen vid tiden för grundlagens tillkomst. Snarare tyder materialet på motsatsen: även om rättighetsreglerna bör tolkas generöst mot den enskilde gäller detta bara i begränsad mån 2:18. Det ligger annorlunda till med rättigheter som avses i t.ex. 2:1–11 RF; där kan många gånger en extensiv tillämpning te sig naturlig eller direkt angelägen.

Det synes också ohållbart att bagatellisera förarbetenas inställning på den grunden att den ofta är klart politiskt färgad. I rättstillämpningen i övrigt anses inte sådana motiv inta någon särställning. Oavsett vad man tycker om den privata äganderätten måste det i en fråga av denna kontroversiella art vara väsentligt att rättstillämparen låter sina egna värderingar och sina egna samhällsekonomiska bedömningar komma i bakgrunden. Att många idag uppskattar den privata äganderätten mer än vid RF:s tillkomst åberopas ibland i den allmänna debatten; det är

[44] Bent Christensen i Dansk Miljøret I s. 152.

[45] C. og L. Smith, Norsk ret og folkeretten s. 222 ff; se också C. Smith i Lov og ret 1975 s. 301 f.

[46] Riktigheten av detta uttalande just när det gäller lagprövning har emellertid satts i fråga av Andenaes, a.a. s. 297 f.

[47] Jfr Roos i Om våra rättigheter I s. 100.

kanske riktigt men saknar självfallet betydelse i sammanhanget, i den mån den ändrade inställningen inte kommit till uttryck i traditionella rättskällor, här närmast genom en ny ändring i 2:18. Man kan inte bortse från så pass färska lagmotiv under hänvisning till ändrade förhållanden och värderingar.

Ett mera vägande argument mot att tolkningsvis inskränka det skydd 2:18 synes innebära kan vara att egendomsskyddet ingår i en rättstradition, som bl.a. går ut på någorlunda adekvat ersättning vid expropriativa ingrepp – en princip som av ålder har framstått som naturlig både för jurister och andra. Visserligen har lagstiftaren i samband med grundlagens tillkomst synbarligen gärna velat frigöra sig från sådana traditioner.[48] Men man kan med fog begära att regering och riksdag använder klart språk, om de vill ta avstånd från en hävdvunnen ersättningsprincip av detta slag; det räcker knappast med allmänt kritiska formuleringar angående den privata äganderättens värde och antydningar om att skyddet för den skulle vara moget att avskaffas. Den som vill ändra samhället genom lagstiftning får inte gå alltför diskret fram.[49] Ett sådant betraktelsesätt stämmer med hur domstolar i allmänhet ser på en ny lagstiftning, som formellt är förenlig med äldre principer av grundläggande art: om varken den nya lagen eller dess motiv ger tydligt stöd för annat, lär de äldre principerna alltjämt anses giltiga.[50]

Resultatet skulle alltså bli, att bestämmelsen i 2:18 å ena sidan inte bör tänjas ut längre än vad ordalagen och förarbetena direkt ger täckning för, när det gäller egendomsskyddet, men å andra sidan inte heller tolkas bort under hänvisning till någon underförstådd avsikt hos lagstiftaren. En strävan att avpolitisera lagtolkningen får inte drivas så långt att man glömmer bort det allmänna skyddssyfte som framgår redan av bestämmelsens utformning.

Det är inget konstigt i detta resonemang; ungefär så resonerar

[48] Jfr Roos, a.a. s. 100, 106.

[49] Jfr Strömholm i SvJT 1976 s. 467 f (där dock argumentet om den juridiska traditionen drivs betydligt längre); se även i Äganderätt och egendomsskydd s. 15 ff ("rättsteknisk basprincip"). Jfr också Opsahl i NOU 1976:52 s. 292.

[50] Ett exempel från ett helt annat område är den ringa effekt DepCh:s allmänna uttalanden i prop. 1972:5 (skadeståndslagen) synes ha haft på praxis; jfr härom Bengtsson i Lakimies 1984 s. 980 f.

man också annars, när det är fråga om att tillämpa politiskt omstridd lagstiftning. Det är bara den tidigare diskussionen i litteraturen och det aktuella debattläget som kan ge anledning att betona dessa alldagliga synpunkter.[51]

6. I det föregående har inte berörts den inverkan internationella konventioner, särskilt *Europakonventionen,* kan få på tolkningen av 2:18 RF. Här kan jag naturligtvis inte gå in på det besvärliga problemet, hur konventionen kan väntas bli tillämpad om enskilda svenska personer i olika lägen skulle vända sig direkt till kommissionen för de mänskliga rättigheterna och Europadomstolen med klagomål över att deras rätt till egendom blivit kränkt. Frågan blir bara hur konventionen kan påverka innebörden av grundlagsregeln.

Konventionen binder som bekant inte svenska domstolar – det är i varje fall den vedertagna ståndpunkten, som RF bygger på och som senast kom till klart uttryck i rättsfallet NJA 1981 s. 1205.[52] När en lag påstås vara grundlagsstridig torde därför domstolen endast böra pröva om den avviker från den aktuella svenska regeln, här 2:18 RF. Men den bestämmelsen måste tolkas bl.a. mot bakgrunden av konventionen. Det är naturligt om man söker hindra en konflikt mellan nationell lag och konvention genom att i möjlig mån beakta konventionens inställning, när grundlagsregeln tillämpas.[53] Och vid utformning och granskning av olika lagförslag är det självfallet en väsentlig synpunkt, att några sådana konflikter inte bör uppkomma.

Art. 1 i första protokollet till konventionen föreskriver följande.

> Envar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränkt. Ingen må berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som angivas i lag och av folkrättens allmänna grundsatser.
>
> Ovanstående bestämmelser inskränka likväl icke en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner erforderlig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas in-

[51] Jfr ovan vid not 10.
[52] Se även Danelius, Mänskliga rättigheter (3 uppl. 1984) s. 53 ff, prop. 1973:90 s. 195. Jfr NJA 1984 s. 903.
[53] Jfr Danelius, a.a. s. 56 f.

tresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böten och viten.

Artikeln innehåller alltså i motsats till 2:18 RF en positiv bestämmelse om egendomsskydd. Både när någon berövas egendom och då dess nyttjande regleras skall dock en avvägning göras mellan ägarens och det allmännas intresse, och när det gäller att värdera det senare intresset ger man de nationella myndigheterna en vid marginal.[54] Vad gäller rätten till ersättning vid ingrepp mot den enskildes egendom omtalas den som synes inte uttryckligen. Här har visserligen hänvisningen till folkrättens principer uppfattats som en föreskrift om adekvat ersättning; men den grundsatsen har i varje fall från början ansetts bara skydda utländsk egendom, och någon klar omsvängning har inte skett sedan dess.[55] En annan sak är att ersättning åt den enskilde kan göra en annars otillåten kränkning av äganderätten acceptabel.[56] Sannolikt fordras det en markerad undervärdering av egendomen för att domstolen här skall reagera.[57]

Konventionens bestämmelse har som bekant kommit i blickpunkten särskilt efter Europadomstolens omskrivna dom av 1982 i Sporrong-Lönnrothsmålet, som rörde långvariga expropriationstillstånd till väsentligt hinder för de berörda fastigheternas användning.[58] I målet fälldes Sverige på grundval av ett resonemang, där domstolen i viss utsträckning förbehöll sig rätten att pröva om egendomsskyddet i skälig omfattning tillgodoses i nationell lagstiftning. Avgörandet har i den allmänna debatten använts som argument mot olika ingrepp i äganderätten: här skulle finnas en möjlighet att, med stöd av en förhoppningsvis mera ägarvänlig internationell juristopinion, komma åt den

[54] Jfr Danelius, a.a. s. 185 ff, Sporrong-Lönnrothdomen nr 54 och kommissionens rapport i Lithgow v. U.K. nr 372.

[55] Se härom bl.a. Jacobs, The European Convention of Human Rights (1975) s. 165 ff, Peukert i Human Rights Law Journal 2 s. 38 ff, Yearbook of the European Convention of Human Rights 3 s. 422 ff, jfr 7 s. 226 ff, Danelius i SvJT 1972 s. 63, Danelius, Mänskliga rättigheter s. 186, Opsahl-Friberg i SvJT 1983 s. 423 f och senast kommissionen i Lithgow v. U.K. nr 355 ff. – Onekligen får regeln på detta sätt ett säreget innehåll; man kan undra hur länge denna ståndpunkt kan vidhållas.

[56] Danelius, a.a. s. 186 f; jfr kommissionens rapporter i målen Lithgow v.U.K. nr 353 ff, James m.fl. v. UK. nr 145 ff.

[57] Jfr. Peukert, a.a. s. 69, kommissionen i Lithgow v.U.K. nr. 376 f.

[58] Se härom Opsahl-Friberg, a.a. s. 401 ff och Danelius, a.a. s. 185.

svenska lagstiftningen på dessa områden, även om den i och för sig skulle visa sig grundlagsenlig.

Man kan naturligtvis göra gällande att en så vag regel som konventionens artikel knappast borde få någon större betydelse för innebörden av 2:18. Vad än Europadomstolen säger om saken är det svårt att tolka om denna paragraf till en allmän regel om egendomsskydd – enligt sin klara ordalydelse är den inte något annat än en bestämmelse om ersättning i en alldeles bestämd situation, nämligen vid expropriation och liknande förfoganden. Varken konventionens förarbeten eller tidigare avgöranden av Europadomstolen och kommissionen för de mänskliga rättigheterna har varit ägnade att inge några farhågor om att svensk lagstiftning på detta område skulle vara konventionsstridig, och Sporrong-Lönnrothsdomen framstår alltjämt som ett ganska isolerat domstolsavgörande i ett speciellt fall, där svensk lagstiftning uppvisade vissa ganska flagranta brister; den aktuella frågan avgjordes för övrigt med knapp majoritet (10 mot 9).[59]

Kanske bör här påpekas ett par detaljer i domstolens resonemang som kommit i skymundan i diskussionen. Domstolen tillämpade inte den särskilda regeln om rådighetsinskränkning (art. 1 st. 2), eftersom ingreppet i detta fall var ett led i ett förfarande för att beröva ägaren hans egendom. Vid avvägningen mellan det allmännas och den enskildes intressen framhölls den svenska lagens osmidighet: de enskilda kunde varken utverka en förkortning av tillståndets giltighet eller ersättning. De långvariga tillstånden, vilkas konsekvenser förvärrades av meddelade byggnadsförbud, kränkte därför art. 1 st. 1. Resonemanget synes knappast gå att tillämpa på vanliga rådighetsinskränkningar, som faller under avvägningen i st. 2; då får det allmännas intresse särskild tyngd. Det står emellertid klart att i vissa undantagsfall, där det inte är någon rimlig balans mellan det ingrepp som inskränkningen utgör och det offentliga intresset, också sådana inskränkningar kan bli underkända framför allt när inte någon ersättning utgår.[60]

I varje fall om man analyserar avgörandet enligt traditionella tolkningsmetoder, får det till synes en begränsad räckvidd. Det

[59] Jfr Opsahl-Friberg, a.a. s. 417 f och de lugnande uttalandena s. 425 f, 428 (som man fäst ringa vikt vid i debatten). Jfr om regelns förhistoria och tidigare tillämpning Jacobs, a.a. s. 164 ff, Peukert, a.a s. 38 ff, Danelius, a.a. s. 185 f.

[60] Jfr not 56 ovan och kommissionens rapport i Gillow v. U.K, nr 145–148. Målet rörde myndigheternas vägran att låta en fastighetsägare bo i eget hus (på Guernsey) – onekligen en mycket vittgående användningsreglering.

visar främst att regeln i art. 1 kan få en praktisk betydelse, om också det nog vill åtskilligt till för att man skall underkänna en reglering i nationell lag, som påstås ha tillkommit i det allmännas intresse.[61] Det vore överraskande, om domstolen skulle anse sig behörig att kontrollera politiskt-ekonomiska beslut av parlamenten i enskilda stater, utom närmast i rena missbruksfall.

Trots det sagda är det emellertid svårt att komma ifrån att Europadomstolens praxis innebär ett osäkerhetsmoment också i fråga om grundlagsregelns tillämpning. Det kan inte uteslutas att domstolen avlägsnar sig från konventionens förarbeten och går vidare i ägarvänlig riktning. Risken får i alla händelser beaktas från lagstiftarens sida – det är lämpligt att lämna en viss säkerhetsmarginal med tanke på den möjliga framtida utvecklingen.[62]

En sådan utveckling kan som sagt inverka också på domstolarnas tolkning av 2:18. I rättsfallet NJA 1981 s. 1205 förutsatte HD att bestämmelserna i RF – som tillkommit efter Sveriges ratifikation av Europakonventionen – stod i överensstämmelse med konventionens föreskrifter, vilka i sin tur kunde belysa innebörden av RF:s regler. I ljuset av erfarenheterna under de senaste åren kan det dock vara tveksamt om man generellt kan hålla fast vid denna uppfattning om harmoni mellan grundlagen och konventionen. Vad konventionens egendomsskydd egentligen innebär är som sagt inte lätt att avgöra. Inte minst med tanke på svårigheten att följa med utvecklingen i Europapraxis och analysera dess innebörd kan det vara naturligt, om en svensk domstol i tvivelsmål alltjämt tolkar regeringsformen på det sätt som framgår av lagtext och motiv; sedan skulle det bli regeringens och riksdagens sak att svara för att svensk lagstiftning fyller de krav på egendomsskydd som den senaste konventionstolkningen kan innebära.[63] I alla händelser bör det krävas bestämda uttalanden från Europaorganens sida just om den fråga tvisten rör för att påverka tillämpningen av 2:18. Enligt min mening vore det helt felaktigt att underkänna en lag, som är förenlig med paragrafen,

[61] Jfr Danelius s. 185, kommissionen i Lithgow v. U.K. nr. 376.

[62] Se t.ex. lagrådet i prop. 1984/85:107 s. 156 och i yttrandet över PBL-förslaget (s. 16 f).

[63] Jfr prop. 1973:90 s. 195. Innebörden av fallet Sporrong-Lönnroth har visserligen klargjorts genom Opsahls och Fribergs värdefulla artikel i SvJT 1983 s. 401 ff. Men i övrigt har det inte visat sig lätt att få tillgång till snabb och objektiv information om vad som händer i Strasbourg.

redan på grund av en allmän tendens i Europapraxis att förstärka äganderättsskyddet. Konventionen får som sagt bara indirekt betydelse för den bindande verkan av svensk lagstiftning; och här är det ju inte ens fråga om konventionsstridighet i egentlig mening, bara om en *risk* för något sådant.[63a]

Ett särskilt problem uppkommer, ifall man vill låta konventionsregeln påverka tolkningen av 2:18 RF: konventionen avgränsar egendomsskyddet med en annan metod än grundlagsregeln. Enligt den nu rådande uppfattningen om konventionsregeln blir det hela tiden fråga om en *avvägning* mellan det allmännas och den enskildes intressen, både vid överföring av egendom och vid rådighetsinskränkning, och härvid spelar det en viktig roll om ersättning utgår eller ej.[64] Enligt 2:18 saknar däremot tyngden av det allmänna intresset betydelse, och lagtexten innebär att man skall pröva *ingreppets art:* är det fråga om expropriation eller annat sådant förfogande, garanterar regeln viss ersättning, annars blir den inte tillämplig alls. Det är inte lätt att säga hur en regel med konventionsbestämmelsens struktur kan inverka på denna avgränsning; i detta sammanhang kan jag inte gå in på frågan.

Allt detta är i hög grad tveksamma och diskutabla frågor. Det är ovisst vart Europadomstolen är på väg, och en del av vad som här har sagts om konventionens inverkan kan snart te sig inaktuellt. Sammanfattningsvis menar jag, att i nuvarande läge Europaorganens praxis visserligen kan få betydelse för tolkning av 2:18 i speciella fall, framför allt där inte grundlagsmotiven ger besked, men att den i första hand utgör en varning för lagstiftaren: utvecklingen har betydelse snarare för vad som är politiskt klokt än för vad som är riktigast från juridisk synpunkt. I en framtid, när denna praxis stadgat sig och motiven till 2:18 kommer på längre avstånd, är det tänkbart att konventionen kan få större inflytande på grundlagsregelns tillämpning.

7. Hur man än ser på konventionens inverkan står det klart att regeln i 2:18 har betydelse inte bara som rättesnöre för lagstifta-

[63a] Föga rimlig verkar tanken, att eftersom konventionsartikeln år 1953 ansågs förenlig med 1809 års RF (prop. 1953:32 s. 4 f), vår nuvarande RF skulle ha samma innebörd som artikeln (se minoriteten i JoU 1984/85:26 s. 14 f, som hänvisar till mot. 1984/85:2837); ordalag och motiv till 2:18 skulle tydligen ha underordnad betydelse!

[64] Jfr ovan not 54, 56. Se även lagrådets yttrande över förslaget till plan- och bygglag s. 14.

ren utan också kan åberopas till stöd för ersättningsskyldighet i *enskilda fall* – utom vid lagprövning enligt 11:14 RF även i vissa situationer som inte reglerats i lag. Grundlagsbestämmelsen framstår då närmast som uttryck för en allmän ersättningsgrundsats.

Vad först gäller *lagprövning* med hänvisning till 2:18, har man som bekant numera lagfäst en princip som redan tidigare ansetts gälla i svensk rätt: domstolar och andra myndigheter skall underlåta tillämpning av föreskrift som står i strid med bl.a. grundlag, varvid dock föreskrifter av riksdagen och regeringen får åsidosättas bara om felet är "uppenbart" (11:14 RF). Frågan om denna lagprövningsrätt skulle slås fast i grundlagen var kontroversiell och synbarligen känslig från politisk synpunkt; först 1979 vågade man ta detta steg.[65] Det bör framhållas att de fyra stora partierna var ense i denna fråga; motiven har bl.a. därför särskild tyngd.

I den allmänna debatten på borgerligt håll, och även i viss mån i den juridiska litteraturen,[66] har man gärna betonat lagprövningsrättens betydelse, ofta just med tanke på skyddet för privat egendom. Inte minst detta torde ha gjort prövningsrätten så omtvistad. De närmare principerna för tillämpning av 11:14 RF har emellertid i ringa mån diskuterats. Av förarbetena framgår att prövningsrätten skall utövas med den största försiktighet, särskilt naturligtvis i fråga om riksdagens och regeringens lagstiftning.[67] Det är tydligt att särskilt kravet på uppenbart fel här begränsar betydelsen av 11:14 till undantagsfall, mestadels under extraordinära samhällsförhållanden.[68] Det synes knappast befogat att analogisera med andra uppenbarhetskrav i lagstiftningen (t.ex. resningsgrunden "uppenbar lagstridighet" i 58 kap. 1 § 4 och 2 § 4 RB); det gäller där regler med annat syfte och annan tillkomsthistoria.[69] Såvitt angår 2:18 RF torde konflikter uppkomma bara när en författning uttryckligen anger att ingen ersättning skall utgå vid ingrepp av visst slag (något som också

[65] Jfr prop. 1975/76:209 s. 94 f, 200 ff, KU 1975/76:56 s. 19, prop. 1978/79:195 s. 41 f.

[66] Se Lysén i Förvaltningsrättslig tidskrift 1983 s. 134 ff (lagprövning i allmänhet), Brunfelter-Svegfors, a.a. s. 96 ff, Westerberg, Röstvärdesdifferenserna s. 19 ff.

[67] SOU 1975:75 s. 102 f, 108 f, prop. 1975/76:209 s. 93 f, 202 (HD), SOU 1978:34 s. 108 f, prop. 1978/79:195 s. 41 f.

[68] Se t.ex. SOU 1975:75 s. 102, 108, prop. 1978/79:195 s. 41, Holmberg-Stjernquist s. 252 f.

[69] Se emellertid Westerberg, a.a. s. 27, som hänvisar till prop. 1975/76:209 s. 204 (RegR; dock knappast stöd för vittgående lagprövningsrätt).

kan ligga i rättsregelns konstruktion, t.ex. när det är fråga om beskattning) eller att det skall utgå lägre ersättning än grundlagsregeln kan anses föreskriva. I sådana fall skall den begränsande föreskriften inte tillämpas, om inga tvivel kan råda om normens oförenlighet.[70] Enligt konstitutionsutskottets uttalande vid tillkomsten av 11:14 RF skulle riksdagens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande respekteras, så länge den höll sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.[71]

Av motiven framgår alltså att lagprövning bör utövas mycket återhållsamt, bl.a. när det gäller allmän lag. Här är vi åter inne på ett sådant kontroversiellt område där det med mitt synsätt är viktigt att noga hålla sig till lagstiftarens syfte. Den som hävdar domstolarnas rätt, eller rentav skyldighet, att tillämpa 11:14 extensivt för att egendomsskyddet inte skall stanna på papperet, kanske kan åberopa goda rättspolitiska skäl för sin ståndpunkt – det vill jag lämna därhän. Men under alla förhållanden är den oförenlig med förarbetena till lagprövningsregeln. Inte något parti förordade en sådan tillämpning.[72]

Uttalandena i motiven tyder vidare på att prövningen bör ta sikte endast på lagens oförenlighet med den aktuella grundlagsbestämmelsen, inte på frågan om lagen går att förena med bestämmelsens grunder. Det framhålls också att visserligen inte bara brott mot entydigt formulerade grundlagsregler kan utlösa ett underkännande av lagen men att möjligheten till reell lagprövning minskar, ju mindre preciserat bestämmelsen i fråga är utformad – detta med hänsyn till kravet att uppenbart fel skall föreligga. Meningen är synbarligen att man får underkänna en lagstiftning, som strider mot mera allmänt formulerade grundlagsstadganden, bara om syftet med ett sådant stadgande har kränkts på ett flagrant sätt;[74] åtminstone samma krav på en flagrant avvikelse torde man få ställa när stadgandet, tolkat mot bakgrunden av Europakonventionen, måste anses oförenligt med lagstiftningen. Men grundlagtexten lär även i dessa fall vara

[70] Jfr SOU 1975:75 s. 108.
[71] KU 1978/79:39 s. 13.
[72] Märk här att det parti som inte anslöt sig till förarbetenas ståndpunkt – vpk – ville i än högre grad inskränka lagprövningsrätten (SOU 1978:34 s. 229 f).
[73] Se SOU 1978:34 s. 109, som synes ansluta till uttalandena i SOU 1975:75 s. 211 (jfr även s. 108).
[74] Jfr SOU 1975:75 s. 108.

det centrala, som man utgår från vid lagprövningen. Tolkningsprincipen är alltså inte bara en konsekvens av kravet på uppenbart fel i 11:14 RF; det går inte att bedöma ett klart avsteg från motiven eller konventionen på samma vis som ett klart avsteg från ordalagen.

Vad 2:18 RF angår, är bestämmelsen utformad på ett så mångtydigt sätt att man ganska sällan torde kunna säga att en lag uppenbart strider mot dess ordalag. Det praktiska fallet skulle alltså vara att lagen står i uppenbar strid mot ett väsentligt syfte bakom bestämmelsen, även om den åtminstone till nöds går att förena med lydelsen av 2:18. Mot bakgrunden av vad som här sagts om de knapphändiga motiven, som mestadels innehåller uttalanden som tyder på en restriktiv tolkning av paragrafen, lär inte heller denna situation få så stor betydelse.[75] Detsamma kan sägas om avvikelser från den vedertagna tolkningen av Europakonventionen. Det bör understrykas, att även om Europadomstolen skulle tillämpa denna på ett sätt som är svårförenligt med en svensk lag detta inte behöver betyda att lagen är uppenbart stridande mot *regeringsformen*[76] – den behöver inte ens vara uppenbart stridande mot konventionen. På annat sätt ligger det sannolikt till om en lagregel direkt underkänns av Europadomstolen; då torde den i vissa fall kunna åsidosättas av en svensk domstol.[77]

I den mån lagprövningsfrågan kommer upp, får man anta att utgångspunkten blir den tolkning av grundlagen som en kvalificerad juridisk bedömare kan antas göra – inte det sätt varpå en politiker eller en lekman kan väntas läsa texten. Bara om juristen måste komma till annat resultat än lagstiftaren tydligen gjort, kan man överväga att tillämpa 11:14.[78] Har lagrådet hörts rörande den omtvistade lagen och synbarligen uppmärksammat problemet utan att ha erinringar mot lagens grundlagsenlighet, torde

[75] Jfr dock Westerberg, a.a. s. 23 f.

[76] Skillnaden mellan bedömningen enligt konventionen och enligt RF har betonats av lagrådet i yttrandet över PBL-förslaget (s. 17); se även ovan vid not 63.

[77] Jfr första lagutskottet 1961:38 s. 10 och Brunfelter i SvJT 1983 s. 303.

[78] Jfr prop. 1975/76:209 s. 204 (RegR), RegÅ 1981 2:14 och NJA 1981 s. 1, skiljaktigheten. Se emellertid G. Petréns skiljaktighet i RegÅ 1980 2:69 (ej lika strängt uppenbarhetskrav).

det sålunda bli mycket svårt att tillämpa lagprövningsregeln.[79] Blir detta någon gång aktuellt – närmast väl vid förbiseenden el. likn. från lagstiftarens sida, kanske genom ändringar i sista stund i en lagtext – kan man förmoda att en domstol prövar andra utvägar att komma till rätta med konflikten, framför allt att *omtolka* den kontroversiella bestämmelsen så att den blir förenlig med 2:18.[80] Konflikten med riksdagen blir då mindre uppenbar; prövningen får närmast karaktären av en juridisk-teknisk bedömning.

Det sagda innebär inte att fältet skulle vara fritt för en lagstiftare att *kringgå* grundlagen genom en reglering, som formellt håller sig inom dess ram men i realiteten tydligen syftar till ett resultat som strider mot denna. Man kunde tycka att den återhållsamhet som skall gälla vid lagprövningen borde vara alldeles särskilt motiverad, när riksdagen dock hållit sig till grundlagens bokstav.[81] Emellertid finns det just i fråga om 2:18 RF ett stöd för att en formellt grundlagsenlig reglering kan underkännas, närmast i ett kringgåendefall. I samband med grundlagsändringen 1976 framhöll både departementschefen och konstitutionsutskottet att en enbart symbolisk ersättning inte uppfyllde grundlagens krav; 2:18 skulle – "självklart", enligt utskottet – ha en materiell innebörd.[82] Samma mening framträder i ett remissyttrande av HD.[83] Ändå föreskrev regeln vid denna tidpunkt bara "ersättning" enligt i lag angivna grunder, inte som nu "ersättning för förlusten".

Även om uttalandena rör ett särskilt tydligt fall av illojalitet mot grundlagen, måste de rimligen uppfattas så att också i andra sammanhang en lagbestämmelses materiella överensstämmelse med RF bör anses avgörande. Naturligtvis talar också starka sakliga skäl för en sådan ståndpunkt. Att en grundlagsregel, vilken den än är, skulle kunna åsidosättas genom en formell

[79] Jfr NJA 1964 s. 471 (HovR:s uttalande om lagrådet, vartill HD synes ha anslutit sig). Resonemanget kan bl.a. bli aktuellt i fråga om löntagarfonderna och lagstiftningen om handredskapsfiske.

[80] Jfr SOU 1975:75 s. 108, prop. 1978/79:195, bil. 2 s. 40 (Svea HovR); från Norge jfr NRt 1976 s. 1 (närmast denna metod).

[81] Jfr prop. 1975/76:209 s. 92 f och G. Petrén i Förhandlingarna vid nord. juristmötet 1966 s. 261.

[82] Prop. 1975/76:209 s. 124 (jfr SOU 1975:75 s. 155) och KU 1975/76:56 s. 34 f.

[83] Prop. 1975/76:209 s. 202.

juridisk spetsfundighet kunde bli förödande för respekten för RF.

Att märka är att förarbetena tycks utgå från ett materiellt betraktelsesätt, oavsett om något verkligt kringgåendesyfte kan konstateras.[84] Just i exemplet med den symboliska ersättningen är det visserligen svårt att förklara avvikelsen från RF på annat sätt. Mycket talar emellertid för att man allmänt sett bör inrikta sig på en objektiv bedömning av lagbestämmelsens innehåll. Bl.a. har detta den stora fördelen att domstolen slipper uttala sig i frågan om någon grundlagsstridig avsikt förelegat: den kan förbigå allehanda misstankar och dementier som framförs i den politiska debatten och gå direkt på lagtexten (låt vara att i gränsfall det givetvis bör beaktas vilka skäl lagstiftaren anfört för den diskutabla regeln).[84a] Står det klart att lagbestämmelsen skulle göra grundlagsskyddet meningslöst i det aktuella avseendet, bör detta vara tillräckligt för att bestämmelsen skall anses stridande mot RF.

Det sagda innebär å andra sidan också, att man inte bör fästa vikt vid de mera långtgående syften som påstås ligga bakom en lagstiftning – den skulle t.ex. på längre sikt avse att undergräva äganderättsskyddet i 2:18. Att underkänna en i och för sig godtagbar lag på grund av ett möjligt framtida handlande av lagstiftaren skulle stå i klart strid med den restriktiva tillämpning av 11:14 som avsetts.[85] Läget kan vara ett annat, om man i efterhand kan konstatera ett samband mellan en rad lagstiftningsåtgärder som tillsammans resulterar i ett avsteg från 2:18; då är ett underkännande inte uteslutet. En inskränkning i markägarens rådighet eller en prisreglering kopplas t.ex. samman med en expropriationslagstiftning så att en starkt reducerad ersättning utgår.[86] Förutsättningen för ett sådant resonemang bör vara, att man inte kan hitta ett rimligt självständigt ändamål med den första lagstiftningsåtgärden. Det normala torde emellertid bli att en rådighetsinskränkning eller en prisreglering i och för sig tillgodoser ett godtagbart allmänt intresse. Ett exempel ger reglerna om byggnadslov för glesbebyggelse, införda bara ett år innan presumtionsregeln i 4 kap. 3 § expropriationslagen gjordes tillämplig på sådana fall.

[84] Se uttalandena enligt not 82 och 83, som inte tog sikte på syftet.
[84a] Jfr minoritetens resonemang i NJA 1981 s. 1 (s. 252).
[85] Jfr diskussionen kring det yttersta syftet med löntagarfonderna, som lagrådet inte synes ha fäst avseende vid (prop. 1983/84:50 s. 145).
[86] Jfr om norsk rätt Andenæs, a.a. s. 387 och i Lov og rett 1975 s. 171 f (se dock Fleischer, a.a. s. 357 f). Jfr om prisreglering även NRt 1976 s. 1.

Man kan slutligen fråga, i vilka fall lagprövning i egentlig mening blir aktuell just när det gäller 2:18 RF. Om en lagstiftning uttryckligen utesluter ersättning i en situation som uppenbart faller inom grundlagsregelns område, uppkommer självfallet frågan; likaså om lagen föreskriver en kompensation som uppenbarligen inte når upp till den (föga preciserade) nivå som 2:18 får anses föreskriva. I sådana situationer kan det bli aktuellt att döma ut ersättning med stöd av 2:18.[87]

Det är emellertid också tänkbart att en författning som ger stöd för ingrepp i privat egendom inte alls nämner någon ersättningsrätt. Ett exempel är när lagen om vissa mineralfyndigheter (numera 1985 års lag om vissa torvfyndigheter) ger regler om koncession bl.a. för viss täkt av torv, ett material som traditionellt ansetts utgöra del av den fasta egendomen. Lagen ger rätt till ersättning i andra avseenden men inte i fråga om själva materialet.[88] Det är svårt att i ett fall av denna typ anse författningen föreskriva ett ersättningsfritt ingrepp. Anser man då – t.ex. på grund av analogier med expropriationslagstiftning eller med stöd av (grunderna för) 2:18 – att kompensation bör utdömas, är detta möjligt utan att åsidosätta någon lagregel. Det skulle innebära att man inte behövde konstatera ett sådant uppenbart fel som förutsätts i 11:14 RF.[89] En motsvarande bedömning torde ibland vara möjlig t.o.m. när motiven till lagen utgår från eller direkt uttalar att ersättning inte skall komma i fråga.[90] Grundlagen måste här väga tyngre.

Denna ståndpunkt kan naturligtvis tyckas något formell – det kan bero av en tillfällighet, om en uttrycklig bestämmelse i lagen

[87] Jfr om situationen HD:s remissyttrande i prop. 1975/76:209 s. 202. Det stämmer förmodligen bäst med tanken bakom 11:14 RF om ersättning härvid bestäms till ett minimum av vad 2:18 kan anses påkalla.

[88] Jfr om fallet prop. 1974:146 s. 75, 150 ff, 171 och om 1985 års lag särskilt NU 1984/85:27 s. 14, 26 (där dock inte grundlagsaspekterna framträder). Frågan har behandlats av Gabriel Michanek i rapporten Rätten till energi m.m. (Energiverkets projekt nr 0560242); den lär vara föremål för process i Europadomstolen (men ej ha blivit bedömd av svensk domstol). Ersättningsfrågan skall här inte diskuteras; det kan dock anmärkas, att även om 2:18 RF är tillämplig torvens värde – sedan ett koncessionssystem införts – väsentligen synes vara ett förväntningsvärde som inte behöver ersättas.

[89] Jfr SOU 1975:75 s. 211, där den allmänna frågan berörs; den har (med orätt?) avfärdats som rent teoretisk.

[90] Jfr t.ex. NJA 1971 s. 535 (ersättning utdömd i strid med vissa motivuttalanden).

föreskriver att ersättning inte skall utgå eller om lagens författare antagit att juristerna borde förstå det ändå. Men skillnaden mellan att frångå en lagregel och att gå emot ett motivuttalande är svår att komma ifrån. Under alla omständigheter kan man räkna med att domstolarna ogärna skulle vilja direkt underkänna lagstiftarens ståndpunkt i sådana väsentliga avseenden som det aktuella, även om ståndpunkten bara skulle framgå av förarbetena; något sådant skulle vara svårt att förena med den traditionella respekt domaren visar för lagstiftarens vilja. Sannolikt skulle man föredra att intolka reservationer i motivuttalandet för fall där detta kommer i klar konflikt med RF framför att uttryckligen förklara, att det inte kan följas. Men om inte denna utväg är möjlig, återstår bara att utdöma ersättning med stöd av 2:18. Med tanke på bestämmelsens vaga innehåll torde inte heller denna situation få större praktisk betydelse.

8. Det är förklarligt, om mina försök att på detta sätt finna någon fast grund att bygga på vid tolkning av grundlagsregeln gör ett otillfredsställande intryck. Man kan vänta invändningen, att jag å ena sidan varit alltför kräsen i val av material på grund av en överdriven rädsla för kontroversiella värderingar, och å andra sidan varit alltför aktningsfull mot det material – ibland av diskutabel juridisk kvalitet – som jag verkligen vågat använda. Resonemanget, kan det sägas, får därigenom en viss formalistisk prägel, utan anknytning till ekonomiska och politiska realiteter i samhället.

Det ligger väl en del i sådana invändningar – de är för övrigt inte ovanliga mot en strikt rättstillämpning från domstolarnas sida. Men man får här ta det onda med det goda. Vid en tolkning av den aktuella grundlagsregeln är det särskilt viktigt att minska risken för subjektivt tyckande, och därigenom också de misstankar om politiskt hänsynstagande som just i detta sammanhang ligger nära till hands. När en grundlagsregel blir äldre och samhällsförhållandena ändrat sig, kan en tolkningsmetod av den typ jag förordat verka för stelbent och eventuellt leda till otillfredsställande resultat. Men detta är i så fall ett skäl att ändra grundlagen – inte att ge sig in på några fria rättspolitiska resonemang om hur egendomsskyddet lämpligen bör vara beskaffat enligt domstolens mening.

Vid en tolkning av 2:18 RF efter de linjer som här har skisserats torde egendomsskyddet inte framstå som så värst betryggande. Att rådighetsinskränkningar i allmänhet inte faller inom paragrafens räckvidd är svårfrånkomligt: lagtexten ger knappast stöd för en generös tillämpning, förarbetena är klara på denna punkt, expropriationsregler tillämpades inte i denna situation vid paragrafens tillkomst, Europakonventionens mera omfattande egendomsskydd torde (såvitt nu kan bedömas) här bara undantagsvis kunna påverka tolkningen. Som lagrådet framhållit i det omskrivna lagstiftningsärendet om handredskapsfiske, finns det emellertid en "gråzon" mellan expropriativa ingrepp och rådighetsinskränkningar, där man kan diskutera hur gränsen skall dras;[91] då kan konventionen tänkas få betydelse, i den mån dess innebörd kan klarläggas. Det synes i alla händelser nära nog uteslutet att på detta område underkänna en lagbestämmelse med hänvisning till 2:18 – om uppenbar grundlagsstridighet kan det inte bli tal. Möjligen kan däremot ersättning utdömas på grundval av denna paragraf, där lagen inte klart lägger hinder i vägen. På åtskilliga andra punkter, bl.a. överföringar till allmänheten av skilda slag, ingrepp i immaterialrätt och överföring av rätt att bestämma över egendom till annan är rättsläget på liknande sätt tveksamt; på dessa frågor kan jag inte gå in i detta sammanhang.[92] Vad ersättningsnivån beträffar, framgår redan av förarbetena att inte kompensation för hela den uppkomna förlusten garanteras i alla lägen; hur långt en reduktion är möjlig kan diskuteras, men man kan i varje fall anta att en begränsning av ersättningsrätten är möjlig även vid vissa andra tvångsöverföringar än dem motiven uttryckligen nämner (enligt expropriations- och förfogandelagstiftningen).[93] I den mån något slag av rådighetsinskränkning faller inom området för 2:18, vilket som

[91] Se prop. 1984/85:107 s. 152 f. Se om denna lagstiftningsfråga närmare Bengtsson i SvJT 1985 s. 444 ff.

[92] Vad angår den tidigare omstridda frågan, om 2:18 innebär ett skydd också mot ingrepp till förmån för enskild, synes detta i varje fall numera få antas; se särskilt Holmberg i Förvaltningsrättslig tidskrift 1982 s. 77; jfr även uttalandet om ersättningsrätten i prop. 1975/76:209 s. 139 och avfattningen av 2:18, där inte skydd mot det allmänna nämns, i motsats till de fall som omtalas i 2:1–16 (när inte dessa paragrafer uttryckligen anger vem skyddet gäller mot, framgår detta klart av sammanhanget).

[93] Jfr SOU 1978:34 s. 165 ff. Petrén (a.a. s. 94) går ganska långt i att tillåta en sådan reduktion.

sagt är tvivelaktigt, synes det klart att en kraftigt nedsatt ersättning går att förena med grundlagen på motsvarande sätt som lagstiftning på detta område föreskrev vid tillkomsten av paragrafen. Hur Europadomstolen ser på en sådan nedsättning är ovisst.[94]

För den händelse ett sådant rättstillstånd skulle verka otillfredsställande, lär enligt vad som här har utvecklats detta inte vara mycket för domstolarna att göra åt. Någon rättsskapande verksamhet i strid med syftet bakom ett så färskt grundlagsstadgande kan inte gärna komma i fråga, utom möjligen om den påkallas av en markerad utvidgning av egendomsskyddet enligt Europakonventionen. I annat fall får de som företräder ägarintresset bara hoppas på lagstiftarens återhållsamhet eller ett förstärkt grundlagsskydd för egendom.

Som bekant har vissa initiativ tagits för att få till stånd en utredning om grundlagsändring på denna punkt.[95] Det finns ingen anledning att här ta upp sådana frågor som om en ändring är sakligt motiverad eller om det är lämpligt att gå ifrån den traditionella metoden att lösa viktiga grundlagsfrågor genom överenskommelser mellan de stora politiska partierna. Man kan säga att en grundlag inte bör ändras för ofta, om den skall få någon respekt hos allmänheten. Vissa argument av närmast juridiskt slag kunde emellertid tala för att vid tillfälle åter se över 2:18 RF.

Ett sådant skäl kunde vara att Europadomstolen i en framtid tolkar Europakonventionen på ett sätt som visar sig klart oförenligt med den svenska grundlagsregeln, som den hittills uppfattats. Alltför stora skillnader på denna punkt kunde leda till olyckliga konflikter, något som i viss mån belyses redan av det nuvarande läget. Bl.a. är det knappast tillfredsställande om de svenska rättsreglerna på detta område skulle i så hög grad bero av det svårförutsebara opinionsläget i en mångsidigt sammansatt domstol utan kontakt med våra egna rättstraditioner, särskilt som domstolens praxis på området tycks vara i stark utveckling. Något sådant torde man inte ha tänkt sig, när Sverige en gång i tiden beslöt godkänna konventionens regel om egendomsskydd,

[94] Jfr ovan vid not 60, 64. Lagrådet är betänksamt i yttrandet över PBL-förslaget (s. 14, 17).
[95] Se KU 1983/84:8, KU 1984/85:8.

som då – på goda grunder – lär ha ansetts tämligen harmlös.[96] Varken från lagstiftarens eller från de enskildas synpunkt skulle en sådan osäkerhet om var gränsen för egendomsskyddet egentligen går vara godtagbar, hur stor respekt man än kan ha för domstolens kapacitet.[97] Till detta kommer att rättsmaskineriet på detta område arbetar mycket långsamt; ovisshet om rättsläget kommer att bestå under lång tid, när en fråga hänskjuts till Europaorganen.

Oavsett politisk inställning borde man vidare redan idag vara överens om att en paragraf, som är så pass besvärlig att komma till rätta med som 2:18, knappast är en prydnad för en modern regeringsform. Det gäller kanske speciellt oklarheten i fråga om ersättningsnivån, men också annars. En tydligare och mera konsekvent avgränsning av lagstiftningsmöjligheten vore önskvärd, hur nu än gränsen skulle dras. Regeln i Europakonventionen vore emellertid här ett olämpligt mönster – denna intetsägande kompromissprodukt lämnar alltför stort utrymme åt växlande tolkningar,[98] och resultatet skulle bli att uppfattningen om egendomsskyddets innebörd i ännu högre grad än nu skulle bero av bedömarens politiska och samhällsekonomiska värderingar. Både rättstekniskt sett och från rättssäkerhetssynpunkt framstår detta som oacceptabelt. Av samma skäl måste den tanken avvisas att man – tydligen främst med sikte på egendomsskyddet – skulle göra konventionen direkt bindande för svenska domstolar.[99] F.ö. har den frågan naturligtvis betydligt vidare aspekter än här kan beröras.

Från den enskildes synpunkt borde det trots allt vara bättre med en regel som ger ett klart, om också ofullkomligt skydd än med en bestämmelse som frestar en optimistisk lagstiftare att undan för undan flytta fram sina positioner. Ger en nyckelbestämmelse av denna typ utrymme för varierande tolkning, är vidare risken stor för att lagprövning skulle bli ett återkomman-

[96] Jfr prop. 1953:32 s. 4 f.

[97] Jfr ovan vid not 63 och Danelius, a.a. s. 57 f. Jfr även de betänkligheter som Carl Lidbom – på något andra grunder – framfört mot ett fritt rättsskapande av domstolen i SvJT 1979 s. 37 f.

[98] Jfr not 4 ovan. Kritik mot konventionsregeln bl.a. hos Peukert, a.a. s. 77 f, Jacobs, a.a. s. 167.

[99] Motion 1983/84:1112; metoden förordas bl.a. av Sjölin i Advokaten 1985 s. 117.

de inslag i domstolarnas verksamhet. En känd invändning mot en sådan utveckling är risken för domstolarnas politisering; från statsmakternas synpunkt måste den dessutom vara en nackdel bl.a. genom den belastning redan ett bakslag i någon instans kan innebära.[100] Man kan också göra gällande, att väsentliga samhällsfrågor av denna art bättre löses genom förnuftiga och praktiska kompromisser än genom en aldrig så skarpsinnig grundlagstolkning.

Det är alltså inte så svårt att finna invändningar mot den nuvarande bestämmelsen. Betydligt värre är det att hitta en formulering som åtminstone nödtorftigt uppfyller de krav som jag här velat ställa på en grundlagsregel om egendomsskydd. Egentligen känner jag inte till någon motsvarande grundlagsregel i jämförbara länder som visat sig helt hålla måttet i detta avseende; överallt tycks liknande tolkningskonflikter uppstå. Det är inte säkert att en ny svensk utredning om dessa frågor skulle lyckas bättre än de tidigare.[101]

[100] Detsamma gäller domar, som konstaterar att en lagstiftning visserligen strider mot grundlagen men inte så uppenbart att lagstiftningen kan åsidosättas (jfr NJA 1981 s. 1, där dock ett sådant uttalande bara förekom i en skiljaktighet). Jfr även RegÅ 1981 2:14.

[101] Detta skrevs före 1985 års val. Nu verkar en utredning om 2:18 mindre aktuell.

Om domstolarnas lagprövning

Av justitierådet BERTIL BENGTSSON

(1987)

Under de senaste årens diskussioner om olika kontroversiella lagförslag har domstolarnas möjligheter att underkänna grundlagsstridiga lagar kommit att uppmärksammas i dagsdebatten, efter att ganska länge ha spelat en undanskymd roll. Inläggen i dagspressen ger emellertid sällan utrymme för en nyanserad diskussion av denna fråga, som i varje fall de lege ferenda har en viss betydelse. Som framhållits av redaktionen kan det vara skäl att ta upp den här. Någon uttömmande analys av alla de problem som blir aktuella kan naturligtvis inte göras; bl. a. kunde säkert en mera omfattande komparativ undersökning ha sitt intresse i sammanhanget, men för den finns det inte utrymme. De flesta argumenten för och emot en lagprövning är nog välkända för dem som intresserat sig för den tidigare debatten, men det kanske kan ha sitt värde att få dem aktualiserade och diskuterade i ett sammanhang. – Rättsteoretiska aspekter går jag inte in på. Och det bör understrykas att jag bara talar för egen räkning; i vad mån mina åsikter delas av domare i allmänhet är osäkert.

Genom en grundlagsändring år 1979 infördes som bekant en regel om lagprövning i regeringsformen. Enligt 11: 14 RF får bl. a. en föreskrift som står i strid med grundlag inte tillämpas; har den beslutats av riksdagen eller regeringen gäller dock detta endast om "felet är uppenbart". Stadgandet överensstämmer med vad som tidigare ansågs gälla.[1] Efter en ganska livlig debatt under åren omkring 1960 hade en prövningsrätt för domstolarna erkänts och kommit till uttryck i rättspraxis; från socialdemokratiskt håll betonades regelns ringa räckvidd, från borgerligt håll dess betydelse, men att det fanns en viss möjlighet för en domstol att åsidosätta t. o. m. riksdagens beslut var ostridigt. Att ta med en uttrycklig regel om denna rätt i grundlagen var emellertid en kontroversiell reform – redan 1975 föreslogs detta av fri- och rättighetsutredningen, men sedan bl. a. LO gjort invändningar tycks modet ha svikit justitieministern, och i grundlagsproposi-

[1] Frågan om gällande rätt på området har behandlats med särskild hänsyn till 2: 18 RF i Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I. Egendomsskyddet enligt regeringsformen (1986) s. 50 ff, med hänvisningar till tidigare diskussion i frågan. Se också Festskrift till Henrik Hessler (1985) s. 54 ff.

tionen av 1976 inskränkte man sig till att konstatera prövningsrättens existens i motiven.[2] Under den borgerliga regimen blev reformen verklighet, varvid de fyra stora partierna stod bakom.[3] Reformen var del av ett regelpaket, som på olika sätt skulle förstärka de medborgerliga rättigheterna. Dess praktiska betydelse har hittills inte varit så stor; några gånger har bestämmelsen blivit aktuell för RegR, vid något enstaka tillfälle i HD.[4]

Att lagprövningsrätten länge var så pass kontroversiell har nog främst berott på dess samband med egendomsskyddet. Från socialdemokratiskt (och ännu mer från kommunistiskt) håll har man särskilt befarat att domstolarna med dess hjälp skulle stoppa olika ekonomiskt genomgripande lagar som kunde uppfattas som ett angrepp på den privata äganderätten. På borgerligt håll såg man domstolarna som ett värn mot sådan lagstiftning.

Det förefaller som om man inte på någotdera hållet närmare funderade på om grundlagens bestämmelser om de kontroversiella frågorna var lämpade för att ligga till grund för en lagprövning. Regeln i 11: 14 innebär ju att bara uppenbart grundlagsstridig lagstiftning kan åsidosättas, och för uppenbar grundlagsstridighet måste rimligen krävas att man inte utgår från en alltför löslig grundlagsbestämmelse. Bl. a. de aktuella reglerna om grundlagens egendomsskydd var inte särskilt klara vare sig i 1809 års regeringsform (den kända § 16) eller i den nuvarande regeringsformen (den betydligt mindre omdiskuterade 2 kap. 18 §). Vad som förutsätts för att 11: 14 skall tillämpas är visserligen inte helt klart; i allmänhet torde dock krävas att den underkända lagregeln är helt oförenlig eller åtminstone svårförenlig med grundlagens text (frånsett när det tydligen är fråga om ett kringgående av grundlagen), och dessutom får den troligen inte ha något som helst stöd i grundlagens motiv eller i stadgad konstitutionell praxis. Har lagrådet vid sin granskning godtagit ett lagförslag, är det inte lätt att anse lagen *uppenbart* grundlagsstridig. – Om den närmare gränsen för tillämpningsområdet kan man tvista, men av förarbetena framgår i varje fall att en lagprövning under normala samhällsförhållanden bara kan bli aktuell i sällsynta undantagssituationer.[5] Regeln kan sägas väsentligen innebära ett skydd mot *missbruk* av lagstiftningsmakten; det är inte fråga om att ge domstolarna någon egentlig politisk

[2] Prop. 1975/76: 209 s. 91 ff.
[3] Prop. 1978/79: 195; KU 1978/79: 39.
[4] RegÅ 1978 1: 29, 1980 1: 92, 1980 2: 69, 1981 2: 14; NJA 1984 s. 868, jfr även NJA 1981 s. 1.
[5] Jfr om det sagda hänvisningar i not 1.

makt. De skall inte, som man emellanåt rekommenderar[6], bygga vidare på de befintliga reglerna utan bara se till att grundlagen respekteras.

Detta stämmer också väl med ideologin bakom regeringsformen. Även om man inte bör lägga in alltför mycket i dess 1 kap. 1 §, antyder denna portalparagraf en liknande avvägning. När 1:1 1 st. RF uttalar att all makt utgår från folket, kan det sägas ligga i detta att beslut som fattas i demokratisk ordning normalt skall gälla; tillägget i 3 st. att den offentliga makten utövas under lagarna förutsätter emellertid en kontroll av utövningen. Avvägningen framträder klart i förarbetena till grundlagsreformerna under 1970-talet.

I 1973 års proposition med förslag till ny regeringsform togs frågan om lagprövning upp i anslutning till diskussionen om fri- och rättigheter borde få ett starkare skydd. Konflikter mellan riksdagen och de rättstillämpande organen i sådana sammanhang skulle, efter vad departementschefen framhöll, på lång sikt förringa allmänhetens förtroende för lagar som utfärdats i behörig ordning och medföra risk för en politisering av domstolarna. Den begränsade lagprövningsrätt som utvecklats i rättspraxis borde alltjämt gälla, men eftersom förutsättningen för att en lag skulle åsidosättas var uppenbar grundlagsstridighet skulle prövningsrätten liksom dittills få ringa eller ingen praktisk betydelse.[7] Fri- och rättighetsutredningen, som först föreslog att lagprövningsrätten skulle lagfästas, slog fast att "det är oförenligt med folksuveränitetens och parlamentarismens principer att domstolar får i uppgift att träffa avgöranden som väsentligen grundas på politiska värderingar och som alltså faller vid sidan av rättstillämpning i den bemärkelse som detta ord av hävd har i vårt land"; en judiciell överprövning av riksdagens lagbeslut fick inte bli ett reguljärt inslag i det politiska livet.[8] – I 1976 års proposition om fri- och rättigheter i grundlag (där som sagt förslaget om en uttrycklig grundlagsbestämmelse i frågan inte godtogs) framhölls att en lagprövningsrätt inte stod i strid med folksuveränitetens princip sådan denna kom till uttryck i den nämnda regeln i 1:1 1 st. RF. Efter vad som framgick av paragrafens 3 st. var riksdagen lika väl som andra offentliga organ bunden av gällande rätt. Som ett led i skyddet mot missbruk av lagstiftningsmakten var prövningsrätten befogad; dess betydelse i krissituationer och dess preventiva effekt var viktig. Med den aktuella utformningen av prövningsrätten kunde man vara säker på att domstolarna å ena sidan inte kom att få ställning som politiska maktfaktorer men å andra sidan kunde utnyttja ett oförbrukat förtroendekapital till rättigheternas skydd i undantagssituationer. Om regler härom infördes i grundlagen skulle det emellertid kunna inge den oriktiga föreställningen att lagprövningen skulle utgöra ett normalt inslag i rättstillämpningen. Frågan skulle emellertid utredas ytterligare.[9] – Samma inställning förekommer i förarbetena till 1979 års reform, då 11:14 tillkom. I propositionen betonades

[6] Se t. ex. Brunfelter, Egendomsskyddet, grundlagen och Europakonventionen (1986) s. 79 ff.
[7] Prop. 1973:90 s. 197 f, 200.
[8] SOU 1975:75 s. 91 f, 102.
[9] Prop. 1975/76:209 s. 92 f, 94 f.

bl. a. att rättighetsskyddet måste utformas på sådant sätt att det inte gav upphov till några förskjutningar i det vanliga politiska maktsystemet.[10] – Vid riksdagsbehandlingen av de olika propositionerna utvecklade konstitutionsutskottet i allmänhet liknande synpunkter utan att tillföra debatten något nytt.

I de andra nordiska länderna är inställningen i stort sett densamma. I Norge och Danmark är det i viss mån oklart hur långt lagprövningsrätten går; i varje fall de norska domstolarna tycks ha något större möjligheter än de svenska, men att de används mycket återhållsamt är tydligt.[11] I Finland anses domstolarna i praktiken inte ha någon lagprövningsrätt alls; kontrollen av lagarnas grundlagsenlighet sker här i samband med deras tillkomst, främst av presidenten och grundlagsutskottet.[12]

I och med socialdemokraternas återkomst till regeringsmakten år 1982 tycks enigheten mellan de politiska partierna ha upphört på denna punkt. Det var som vanligt frågor om egendomsskyddet som vållade konflikter. Vid flera tillfällen har som bekant grundlagen visat sig innebära ett betydligt bräckligare skydd för den privata äganderätten än vad man hoppats på den borgerliga sidan. Framför allt har detta aktualiserats vid lagstiftningen om löntagarfonder, vid 1985 års lagstiftning om handredskapsfiske, vid 1986 års s. k. engångsskatt på livförsäkringsbolag m. fl. och även i viss mån vid plan- och bygglagstiftningens antagande samma år. Från borgerligt håll, främst från moderaternas sida, gjorde man gällande att de kontroversiella lagarna stred mot grundlagen; när inte lagrådet höll med om detta och riksdagen antog lagarna, satte man sitt hopp till att Europadomstolen skulle underkänna lagarna som oförenliga med Europakonventionens regel om egendomsskydd. Eftersom processerna i Strasbourg går långsamt och dessutom, såvitt angick löntagarfonderna, visat sig inte leda till det önskade resultatet, är det naturligt att man också riktat uppmärksamheten mot möjligheterna att förstärka äganderättsskyddet i grundlagen; och det har då stått klart att de begränsade möjligheterna till lagprövning varit ett allvarligt hinder för att ens ett utökat skydd skulle bli effektivt. I all synnerhet har detta gällt om man, som ofta förordats i debatten, skulle införliva en motsvarighet till Europakonventionens mycket allmänt hållna regel om egendomsskydd i svensk rätt.[13] Det anses ofta nödvändigt med generalklausuler som reglerar de medborgerliga rättigheterna, och onekligen ger sådana mera all-

[10] Prop. 1978/79: 195 s. 41.

[11] Se om Norge t. ex. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 5 utg. 1981 s. 331 ff och NRt 1976 s. 1 (jfr även Fleischer bl. a. i Norsk expropriationsrett 1978 s. 206 ff och E. Smith i Rättssäkerhet och demokrati, 1985, s. 124 ff) och om Danmark t. ex. Ross-Espersen, Dansk statsforfatningsret, 3 udg. 1980, s. 184 ff.

[12] Se t. ex. Hidén-Sariviita, Statsförfattningsrätten i huvuddrag (1985) s. 236 f.

[13] Jfr från riksdagsdebatten senast KU 1986/87: 17 och vidare åtskilliga inlägg i debatten om maktens gränser i Svenska Dagbladet dec. 1986-febr. 1987.

mänt hållna bestämmelser större möjlighet att komma till rätta med nya problem som inte varit aktuella vid regelns tillkomst (vartill kommer att de naturligtvis gör ett mera estetiskt tilltalande, tidlöst intryck än mera konkreta regler). Men samtidigt vållar deras vaga utformning svårigheter från flera synpunkter. För att grundlagsstadganden av denna typ skall få någon praktisk betydelse måste domstolarna ha möjlighet att tillämpa dem också när de inte uppenbart åsidosatts.

2. Kravet på en utvidgad lagprövningsrätt har ofta kombinerats med tanken att en *författningsdomstol* borde inrättas. Även här har det främst varit moderaterna som framfört tanken.[14] Modellen har då varit den västtyska Bundesverfassungsgericht — i övrigt är författningsdomstolar ovanliga i länder där vi brukar hämta förebilder i lagstiftningssammanhang.[15] Att man föredragit en prövning av en sådan särskild domstol framför att lita till de allmänna domstolarna kan möjligen sammanhänga med en viss misstänksamhet mot inställningen hos dagens domare;[16] men viktigare har nog varit insikten att en lagprövningsrätt i den utsträckning man tänker sig i praktiken skulle belasta de allmänna domstolarna alltför mycket. I en författningsdomstol kan också tas in parlamentariker med större politisk erfarenhet än domare kan väntas ha, något som (trots den klara politisering av domstolen som det innebär) ibland tycks betraktas som en fördel.[17]

I fri- och rättighetsutredningens betänkande och i 1976 års grundlagsproposition förkastades tanken på en författningsdomstol — ett system som ansågs helt främmande för svensk författningstradition och dessutom svårligen lät sig förena med kravet att en fri- och rättighetsreglering inte fick innebära att politisk makt fördes över till icke politiska organ.[18] Samma inställning uttrycktes i 1979 års proposition.[19] Nyligen har en statlig utredning — folkstyrelsekommittén — ånyo avvisat tanken på en författningsdomstol, med endast den moderate representanten som skiljaktig.[20] Detta hindrar dock inte att en utvidgad lagprövningsrätt, i ena eller andra formen, kan aktualiseras

[14] Se åter senast KU 1986/87: 17, med hänvisningar till tidigare utskottsbetänkanden. Se även SOU 1987: 6 s. 253 ff.
[15] Jfr SOU 1987: 6 s. 257.
[16] För några år sedan var det ganska vanligt att man på samma håll anklagade lagrådet för en otillbörlig tolerans för regeringens politik (se t. ex. riksdagsprotokoll 1982/83: 103 s. 51 ff, som föregicks och efterföljdes av åtskilliga angrepp i pressen) och sökte en förklaring i att domarna i de högsta instanserna skulle rekryteras på olämpligt vis.
[17] Se t. ex. Gustaf Petrén i Svenska Dagbladet 6.2.1987.
[18] SOU 1975: 75 s. 102 f; prop. 1975/76: 209 s. 91.
[19] Prop. 1978/79: 195 s. 41.
[20] SOU 1987: 6 s. 255 ff, 282 ff. — Jfr även Gunnar Heckschers kritiska synpunkter i Statsvetenskaplig tidskrift 1985 s. 145 (av intresse också med tanke på hans politiska bakgrund).

exempelvis vid en ny översyn av grundlagens rättighetsregler – i varje fall om tendensen fortsätter att genomföra kontroversiella lagar som påstås angripa äganderätten (eller någon annan medborgerlig rättighet). Det kan därför finnas anledning att ta upp frågeställningarna till en mera förutsättningslös diskussion. Vilka kan nackdelarna och fördelarna vara med en utveckling i denna riktning?

3. De *politiska* värderingar som ligger bakom reformförslag i denna riktning bör då helt naturligt hållas utanför resonemangen (frånsett att man inte gärna kan bortse från förslagens syfte att effektivisera skyddet för framför allt en så pass omstridd rättighet som den privata äganderätten). Man får undersöka om den ena eller andra lösningen kan motiveras med rationella argument som mot bakgrunden av huvudtankarna bakom vårt statsskick framstår som något så när acceptabla, oavsett vilken partipolitisk ståndpunkt man intar.

Men det räcker knappt ens med detta för att diskussionen skall anses vara förutsättningslös. Som redan antytts hänger ståndpunkten bakom dagens regler på området samman med själva *ideologin* bakom grundlagen; dess betydelse för det nuvarande rättsläget är uppenbar. Även om det är svårt att allmänt uttala sig om domarnas inställning får man nog anta att de allra flesta i dagens generation ansluter sig åtminstone i stora drag till de nyss återgivna uttalandena i 1970-talets grundlagspropositioner: det anses givet att det är väljarna eller deras representanter som skall avgöra de väsentliga politiska tvistefrågorna, inte aldrig så skickliga jurister. Att ge enskilda, icke folkvalda personer makt att underkänna riksdagens beslut annat än i extrema situationer torde framstå som en främmande, närmast elitistisk tanke, klart stridande mot det svenska demokratiska systemet. Det är som bekant inget hinder för en sådan lojal inställning till lagstiftningen att många domare kommer ur och kanske vistas i miljöer där man har ringa entusiasm för den politiska utvecklingen; att motsatsen ofta påstods under 1960- och 1970-talets debatt har snarast gjort domarna mera medvetna om vikten att bortse från värderingar av detta slag.

Det är emellertid tydligt att många förespråkare för lagprövning har ett annat synsätt, som här kan anges bara i stark förenkling.[21] Det traditionella demokratibegreppet anses delvis otidsenligt – folksuveränitet är knappast något honnörsord, eller uppfattas i varje fall på annat sätt än det traditionella. Ofta betonar man att riksdagsmajoriteten inte alltid representerar de verkliga åsikterna bland valmännen, eller att modern mediateknik tillåter manipulationer av väljarkåren. En annan argumentationslinje är att hänvisa till grundläggande väs-

[21] Exempel på argument i den i not 13 nämnda debatten i Svenska Dagbladet. – Jfr om dessa frågor nyligen Hermansson i Statsvetenskaplig tidskrift 1986 s. 253 ff och följande debattinlägg.

terländska principer, närmast av naturrättsligt slag, som kommit till uttryck bl. a. i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och skulle stå över den nationella lagstiftningen; det är dessa högre värden som domaren skulle tillvarata. Emellanåt sägs också utvecklingen i vårt land ha nått ett stadium då det är domstolarnas rätt eller rentav skyldighet att ingripa till skydd för vår samhällsordning – eller i vart fall vårt ekonomiska system.

Jag skall inte här ta ställning till denna argumentation. För syftet med denna uppsats är det nog att konstatera, att uppfattningen om demokrati på den aktuella punkten tydligen kan växla också bland omdömesgilla och högt respekterade debattörer, vilkas åsikter på inget sätt kan anses extrema; många andra jurister, inte minst inom advokatkåren, torde för övrigt ha liknande inställning. Att uppfattningen ofta är naturrättsligt präglad är självfallet inte heller någon avgörande invändning. Visserligen kan den stora skara jurister som alltifrån studietiden har präglats av Uppsalafilosofins värderingsfria inställning med dess skepsis mot rättighetsbegreppet ha särskilt svårt att anlägga naturrättsliga synpunkter på sådana omstridda frågor som t. ex. egendomsskyddet; men man kan inte bortse från möjligheten att ett sådant synsätt upplever en renässans också i svenska juristkretsar. I varje fall 1980-talets studenter förefaller ganska mottagliga för detta.

Skall man föra en rationell diskussion om lagprövningsrätten kan det därför vara anledning att försöka frigöra sig, så gott det går, också från den ideologi som ligger bakom grundlagens inställning till frågan; man får i detta sammanhang godta tanken att domaren får en helt annan politisk makt än tidigare, och man får vara på sin vakt mot risken att invändningarna mot en sådan ordning påverkas av ideologiska hänsyn. Argument om parlamentarismens principer och liknande, som spelat en sådan roll för inställningen till den nuvarande lagprövningsregeln, bör inte åberopas i detta sammanhang – eller rättare sagt, av intresse är inte så mycket själva argumenten som deras faktiska förankring hos allmänheten.

Frågan här bör alltså inte bli om en utvidgad lagprövningsrätt bör införas; den är till stor del en politisk värderingsfråga. Vad som skall diskuteras blir bara, hur en sådan ordning kan tänkas fungera. Skulle den vara lämplig, på kortare eller längre sikt – även om man inte ser den främst som ett sätt att skydda den privata äganderätten?

Det är nog svårfrånkomligt att just denna fråga om egendomsskyddet också i fortsättningen kastar sin skugga över resonemangen om lagprövningen. Det bör emellertid framhållas att lagprövningsrättens betydelse helt beror på hur regeringsformens regler, och närmast rättighetsreglerna, är utformade. Delvis

sammanhänger den med bestämmelsernas *klarhet:* är lagstiftarens befogenheter tydligt avgränsade, blir inte lagprövningen ett lika viktigt problem. Delvis är det en fråga om reglernas *innehåll.* Antag t. ex. att lagstiftaren kom på tanken att i grundlagen garantera en rätt till arbete, bostad eller en riskfri miljö (något som från lagteknisk synpunkt skulle vara ett oting men kanske tacksamt politiskt sett), eller rentav det på senare tid åberopade begreppet "medborgarrätten", vad det nu kan innebära; i så fall kan man vänta, att intresset för lagprövning skulle hastigt svalna hos många av dess anhängare. Här finns dock ingen anledning att komplicera diskussionen med att ta upp denna möjlighet.

Först skall då beröras den principiella frågan (som jag naturligtvis inte kan närmare analysera här), *om den juridiska metoden är lämplig för att lösa politiska kontroverser.*

Det finns då skäl att särskilt betona förhållandet, att de situationer där man framför allt tänker sig en lagprövning avser centrala och övergripande samhällsspörsmål, ofta av stor ekonomisk räckvidd. Det gäller äganderätt, beskattning, ibland också personlig integritet och en del andra kontroversiella frågor. Som de materiella rättighetsreglerna ser ut idag, kan prövningen aktualiseras t. ex. när det gäller sådana frågor som behandlas i 2: 11 2 st. RF (vad är "godtagbart i ett demokratiskt samhälle"?), 2: 13 1 st. (vad är "särskilt viktiga skäl"?) och – naturligtvis – 2: 18 (vad är "annat sådant förfogande", och vad är "ersättning för förlusten" om grunder för beräkningen får bestämmas i lag?). Svårigheterna att tolka delegationsreglerna i 8 kap. RF framgår bl. a. av förarbetena till plan- och bygglagen.[22]

Prövningen kan naturligtvis ibland avse mera bagatellartade tvister, och i en del fall kan grundlagsmotiven lämna så pass god ledning att bedömningen inte blir värre än vad som normalt förekommer i domstolarnas arbete. Men man kan vänta att i relativt många situationer där lagprövning anses angelägen det rör väsentliga politiska stridsfrågor, där grundlagsmotiven inte tar ställning. I viktiga delar bygger ju rättighetsreglerna på politiska kompromisser, där de verkligt brännande problemen undvikits i förarbetenas kommentarer. Alldeles särskilt gäller detta just reglerna om egendomsskydd. Att tala om lagstiftarens avsikt framstår som helt orealistiskt i en situation där de kompromissande partierna kan misstänkas ha haft helt olika avsikter med lagstiftningen.

Man kan fråga var domstolarna då skall få hjälp till sin tolkning. Rättspraxis om lagprövning är som sagt obetydlig, och den kommer förhoppningsvis inte att få sådan omfattning ens med en utvidgad lagprövningsrätt att den verkligen blir till något stöd för domaren. Ett

[22] Jfr prop. 1985/86: 1 s. 87 ff och bilaga s. 209 ff; BU 1986/87: 1 s. 17 ff, 301 ff.

ändamålsresonemang byggt på motiven hjälper inte långt, knappast heller någon annan teleologisk metod i en situation där lösningarnas innebörd är så svåra att överblicka. Över huvud taget verkar det omöjligt att anlägga rättspolitiska synpunkter på tolkningen av de aktuella reglerna utan att man riskerar att påverkas av utomrättsliga värderingar, medvetet eller omedvetet. I vissa fall är sannolikt värderingarna relativt enhetliga bland medborgarna i allmänhet, exempelvis då det gäller flertalet sådana rättigheter som omtalas i 2: 1, 2: 6 och 2: 8 RF, och då är svårigheterna mindre för domstolen. Den kan åtminstone falla tillbaka på en genomgående inställning i samhället – även om det naturligtvis kan vara besvärligt att avgöra hur tungt ett sådant argument kan väga. Någon sådan inställning torde däremot inte kunna konstateras exempelvis beträffande äganderätt och beskattning, inte heller om sådana frågor som löntagarinflytande eller organisationstvång – om de skulle komma upp i grundlagssammanhang. En omdömesgill domare lär då visligen avstå från några fria ändamålsresonemang, i en situation där uppfattningen om rimlighet och rättvisa går i så hög grad isär.

Vill domaren i detta läge komma till ett juridiskt oantastligt resultat får han falla tillbaka på logiska, semantiska eller systematiska argument, där han möjligen kan hämta stöd för analogislut, motsatsslut eller vad det nu är för finesser han kan behöva använda sig av för att lösa tolkningsproblemet. Med all respekt för sådana metoder i andra lägen kan man befara, att när det gäller de stora politiska frågorna de kommer till korta. En svårighet är att regeringsformen, som den är utformad, ger ringa utrymme för tekniska grepp av detta slag; det finns en risk att de kommer att bli, eller i varje fall uppfattas som, skenargument som döljer ställningstaganden i den kontroversiella sakfrågan. Ett annat och troligen värre bekymmer är att samtidigt som resultaten kan vara riktiga formaljuridiskt sett de kan te sig mycket säregna, eller åtminstone klart otillfredsställande, från både praktisk och politisk synpunkt. Bl. a. kan man i detta sammanhang se det som en brist, att rimliga kompromisslösningar i regel är uteslutna – rättighetskapitlet innehåller inte, och kan inte gärna innehålla, några skälighets- eller jämkningsregler. Problemen kommer att ställas på sin spets: bedömningen av en viss juridisk knäckfråga får de mest vittgående konsekvenser.

Det kan nog befaras att från allmänhetens – eller i varje fall väljarmajoritetens – synpunkt det kan förefalla direkt stötande, att en domstol underkänner ett riksdagsbeslut med skäl som för en lekman ofta måste framstå som nära nog obegripliga och i varje fall ligger ganska långt från de argument ordinära intresserade personer använ-

der i sammanhanget. Man kan inte heller vänta sig mycket hjälp från massmedia för att klargöra resonemangen. Även om respekten för domstolarna skulle vara mycket stor – hur det förhåller sig med den saken är som bekant omdiskuterat – är det tveksamt om den räcker till för att beslutet skulle godtas med jämnmod. Inte minst gäller detta om det finns delade meningar i domstolen, vilkas skarpsinne kanske står klar för uppmärksamma eller särskilt engagerade jurister men knappast för ordinära läsare. Den juridiska tekniken kanske är en skön konst, och i ordinära sammanhang är den förstås oumbärlig; men vi jurister måste acceptera dess begränsningar.

Från allmän synpunkt verkar det därför olyckligt, om frågor av denna dignitet avgörs av en liten grupp anonyma personer på ett sådant sätt. Om politisk makt skall utövas av andra än dem som väljarna utsett i traditionell ordning, bör det åtminstone ske i någorlunda begripliga former; och den mera subtila juridiken är det ju svårt att utöva på detta vis. Det är inte fråga om en föråldrad ideologisk syn, om någon nu invänder detta; det gäller snarare det faktiska förtroendet för vårt samhällssystem och vår rättsordning.

Mot en utvidgad lagprövning kan också invändas att den leder till att politiken blir mera juridisk: intressefrågor görs till rättsfrågor. Det kan verka tilltalande för många jurister, men det är nog inte alldeles lyckligt. Att den politiska argumentationen förs med juridiska argument underlättar knappast praktiska lösningar: motsättningarna får en annan dimension. Och från vissa juridiska synpunkter är en sådan utveckling avgjort ingen fördel – erfarenhetsmässigt kan den leda till ett missbruk av den rättsliga argumentationen som inte lär öka dess anseende.[23]

Sådana problem slipper man i stort sett, om också inte helt, med lagprövningsrättens nuvarande utformning. Det är inte ofta man stöter på ett direkt missbruk av lagstiftningsmakten, men chanserna är goda att en domare kan känna igen det när det förekommer. Vad som är uppenbart grundlagsstridigt kan vara tveksamt, men den marginal som uppenbarhetsregeln ger medför att domstolen inte gärna kan

[23] Ett aktuellt, förhållandevis oskyldigt exempel förekommer i KU 1986/87:17 s. 24, där tre reservanter uttalar att "det förekommit att lagar genomdrivits som i vissa delar har varit i strid mot grundlagar och Europarådskonventionen" och som exempel nämner förslaget om engångsskatt, "vilket förslag lagrådet bl. a. av konstitutionella skäl har funnit inte vara godtagbart". Emellertid avstyrkte lagrådet ingalunda lagförslaget för att lagen stred mot grundlag eller konvention utan därför att det kunde skapa en olycklig konstitutionell praxis, vilket är något helt annat (jfr om frågan Bengtsson, Statsmakten och äganderätten, 1987, s. 73 ff, 81 ff). I övrigt ges inga belägg för uttalandet – något lagrådsuttalande eller någon annan auktoritativ och objektiv bedömning med denna innebörd lär inte kunna åberopas. Ändå påstås något så allvarligt ha ägt rum som flera grundlagsbrott. Uttalandet belyser kvaliteten av den argumentation som ter sig naturlig om grundlagsjuridiken förs in i politiska sammanhang.

hamna *helt* fel, om den vägrar tillämpa lagen. Lagstiftaren måste i dessa fall i allmänhet åtminstone ha medvetet balanserat på det tillåtnas gräns; lagens grundlagsenlighet torde i regel ha ifrågasatts redan vid dess tillkomst, och att lagstiftaren då får finna sig i att lagen underkänns kan inte betraktas som någon större olycka. — Man kan också säga, att för den domare som av ideologiska eller rentav moraliska skäl anser det betänkligt att förkasta en lag som väljarna står bakom, det är ett stöd att det åtminstone inte råder någon som helst tvekan om det juridiskt felaktiga i riksdagsbeslutet.

5. Det är möjligt att lagprövningsrättens anhängare inte anser sådana invändningar mot en utvidgad prövningsrätt väga så tungt.[24] Det kan så vara, kanske man säger, att den juridiska metoden ibland kan leda till opraktiska eller direkt orimliga resultat, i varje fall om den drivs till sina yttersta konsekvenser; men kombinerad med ett visst mått av sunt förnuft är den dock det bästa sätt att kontrollera den politiska makten som vi har. En opartisk prövning är värd sitt pris. Hellre en formell domare än en följsam riksdagsmajoritet, som utan juridiska bekymmer godtar alla möjliga intrång exempelvis i den enskilda äganderätten; domarna får acceptera att vara oförstådda och kritiserade — det bör de vid det här laget vara vana vid.

Så kan man naturligtvis resonera, om man ställer låga krav på utövningen av den politiska makt som man vill ge åt domarna. Det är emellertid knappast möjligt att rationellt diskutera sådana förslag utan att också ställa frågan hur domstolarna kan klara av denna nya uppgift. Att de kan överhopas med mål, ofta av ovanlig och mycket komplicerad typ, är en risk som man får räkna med; hur pass allvarlig den olägenheten kommer att bli är emellertid ovisst, och den minskar i alla händelser om en särskild författningsdomstol inrättas enligt förslagen. Invändningen har därför inte någon avgörande tyngd. Större bekymmer vållar domarnas kompetens att lösa lagprövningsproblemen. Som jag ser saken, skulle detta fordra en utbildning och en överblick som man idag inte kan räkna med hos ordinära domare — inte ens hos dem som allmänt anses skickliga. Skall en domstol göra en överprövning av en lagstiftning med ingripande ekonomiska och sociala verkningar måste man rimligen kräva helt andra ekonomiska, sociologiska och även statsvetenskapliga insikter än vad som nu kan ges vid våra juridiska fakulteter och inom ramen för den ordinära domarkarriären; det fordrar en erfarenhet långt utanför den juridiska sfären. Det går knappast att invända att vi inte begär något sådant av vanliga politiker; man får komma ihåg, att domstolarnas makt i det

[24] Jfr t. ex. Petrén bl. a. i inlägg omtalat i not 17.

system vi talar om inte skulle legitimeras av någon folkvilja, bara av domarens personliga kvalifikationer. En domare måste dessutom, såvitt jag förstår, ha ett mycket starkt självförtroende för att anse sig värdig ett sådant ansvar. Han blir inte längre rättsordningens tjänare utan dess herre.[25]

Inte heller dessa argument torde väcka bifall på alla håll. Några invänder förmodligen att det är att underskatta dagens domare – man borde inte generalisera utifrån sin egen personliga kapacitet och inställning. Om detta kan sägas, att problemen väsentligen blir aktuella för morgondagens domarkår, och hur den kommer att se ut är mera osäkert. Jag hänvisar till den debatt som förts på de senaste åren om de unga begåvningarnas flykt från domstolarna.[26]

En annan invändning, som nog förtjänar större uppmärksamhet, är hänvisningen till *lagrådets* nuvarande verksamhet. Lagrådet har ju att syssla just med problem av det aktuella slaget – i dess åligganden ingår att granska lagförslagens förhållande till grundlagen, och här har man att pröva om förslaget är förenligt med regeringsformen utan att begränsa sig till frågan om det föreligger någon uppenbar grundlagsstridighet.[27] I enlighet med detta förekommer det som bekant emellanåt att man avstyrker lagförslag; ståndpunkten brukar naturligtvis inte vara populär på regeringssidan, och i massmedia kan lagrådet kritiseras för borgerlig förstockelse, ett föråldrat synsätt eller liknande (utan att man närmare besvärar sig med att granska skälen för lagrådets bedömning). Men på ansvarigt håll accepterar man i allmänhet förhållandet: lagrådet gör inte mer än sin skyldighet. Dess kompetens för prövningen brukar inte sättas i fråga. Ibland förordas rentav i debatten – som ett bättre alternativ till en författningsdomstol – att lagrådet skulle få en vetorätt mot föreslagna lagar.[28] Varför skulle man då inte tillåta en motsvarande prövning när en lag har antagits?

Såvitt jag förstår bortses då från vissa skillnader mellan lagrådets prövning och den lagprövning som diskuteras. Lagrådets granskning

[25] Det är inte överraskande att till lagprövningsrättens förespråkare hör Gustaf Petrén och Stig Strömholm – båda bland de få jurister som har den mångsidighet och överblick som jag här ville kräva. Att dessa anser lagprövning som en lämplig juristuppgift kan nog inte anses helt avgörande.

[26] Petrén har (i inlägget i not 17) talat om domarnas "maklighet" som skäl för deras olust mot lagprövning – en något förvånande förklaring bl. a. med tanke på den notoriskt höga arbetsbördan inte minst i högsta instans (jfr t. ex. SOU 1986: 1 s. 72 ff). Olusten torde snarare sammanhänga med deras lojalitet mot grundlagens inställning på denna punkt (jfr 3 ovan).

[27] Jfr härom och om det följande Bengtsson i Förvaltningsrättslig tidskrift 1984 s. 188 ff.

[28] Se t. ex. KU 1986/87: 17 s. 14 ff. Argumenten har utvecklats bl. a. av Bertil Fiskesjö i Svenska Dagbladet 19.12.1985.

är väsentligen av rent teknisk natur; politiska överväganden skall man hålla utanför bedömningen, och det brukar gå bra just därför att det inte förutsätts en fullständig prövning av lagens lämplighet. Kommer man in på ett område där politiska värderingar får betydelse, kan lagrådet begränsa sig till att framhålla att frågan inte hör till dem som lagrådet bör yttra sig över. Som ett organ för en mera fullständig materiell prövning av nya lagar skulle för övrigt lagrådet väga alltför lätt – det består ju nu normalt av bara tre ledamöter, i stort sett automatiskt utsedda bland justitie- och regeringsråden oavsett deras bakgrund och deras fallenhet för mer än en rent teknisk bedömning av lagstiftningsfrågorna.

Framför allt bör emellertid framhållas att lagrådets verksamhet just är av *rådgivande* natur. Dess bedömningar binder inte regeringen, och därför kan lagrådet med betydligt mindre vånda avstyrka en lagstiftning än en domstol skulle ha haft som underkänt den. Det är inte bara så att lagrådets verksamhet därigenom ter sig väl förenlig med ideologin bakom grundlagen; den kan heller inte från allmänhetens sida betraktas som något hinder för att väljarmajoritetens åsikter slår igenom. Anser man det väsentligt att samhällets institutioner har allmänhetens förtroende, är detta en viktig olikhet.

6. Vi är då inne på ett betydelsefullt allmänt argument mot en utvidgad lagprövningsrätt: just den omständigheten att man underkänner en lagstiftning, som dittills haft bindande kraft och kunnat ligga till grund för medborgarnas planering av sina ekonomiska eller personliga förhållanden. Att detta är allvarligt från *rättssäkerhetssynpunkt* borde ligga i öppen dag. Liknande frågor kommer upp i domstolarnas prejudikatbildande verksamhet, kanske särskilt inom civilrätten men också annars: man skall vara försiktig med att gå ifrån en vedertagen regel av hänsyn till alla dem som utgått från att den var gällande rätt – sådana omsvängningar bör lämpligen ske endast genom lagstiftning, då problemet går att lösa med lämpliga övergångsbestämmelser. Invändningar av denna typ får ännu mycket större tyngd, när domstolen underkänner inte en bland praktiker eller rättsvetenskapsmän härskande mening utan en gällande lag. Jag skall inte gå närmare in på alla de komplikationer detta i praktiken kan medföra – påståenden att ingångna avtal är ogiltiga på grund av bristande förutsättningar, återkrav av betalningar som erlagts på grund av den underkända lagen, ansökningar om resning av domar grundade på ogiltiga lagregler etc. Man kan fråga om det är möjligt att bortse från principiella och praktiska betänkligheter av detta slag i sammanhanget; från denna synpunkt tycks det enda rimliga vara att låta lagar underkännas bara i sällsynta undantagsfall, där felen är så

allvarliga att de omöjligen kan tolereras och dessutom så tydliga att lagen från början framstår som dubiös. Den nuvarande regeln är en lämplig spärr mot att domstolarna tillgriper denna radikala utväg i onödan. – En metod som här kan synas mera tilltalande är att *tolka* enskilda lagregler så att de blir förenliga med grundlagen. Men detta är ju inte det kraftfulla och effektiva skydd som anhängarna till en lagprövningsrätt vill ha.

Som exempel på denna problematik kan nämnas kontroversen om plan- och bygglagens grundlagsenlighet. Vid granskning av förslaget kom lagrådet som bekant, efter en skarpsinnig men högst invecklad diskussion, fram till att lagstiftningen stred mot RF:s delegationsregler.[29] Om något missbruk av lagstiftningsmakten var inte fråga; felet låg snarare i en lucka i RF:s regler. Antag att något sådant hade upptäckts efter det att lagen varit i kraft en tid – ingalunda något otänkbart med tanke på frågans svårighetsgrad. Om lagen då hade underkänts, kunde resultatet ha blivit att planbeslut över hela landet skulle ha blivit ogiltiga, med svåröverskådliga konsekvenser för kommunerna och de enskilda. Med en utvidgad lagprövningsrätt (men knappast enligt nuvarande 11:14 RF) hade det varit domstolens skyldighet att åsidosätta lagen på detta vis. Man kan fråga, om sådana konsekvenser är rimliga.

Till detta kommer en annan synpunkt, som åberopades bl. a. vid grundlagens tillkomst men som lagprövningsrättens förespråkare tycks ta lätt på: vilken inverkan kan det få på *allmänhetens förtroende* för riksdagens arbete, för det parlamentariska systemet och för lagarna överhuvudtaget, om de så pass enkelt kan underkännas av domstol utan att de ens kan anses klart grundlagsstridiga? Jag skall inte spekulera om effekterna – de är inte lätta att förutse på förhand, och kanske framträder de inte omedelbart. Möjligen blir ett underkännande mycket ovanligt, eller tvärtom så föga sensationellt att allmänheten fäster ringa vikt vid saken. I alla händelser kan den som argumenterar för en långtgående lagprövning knappast komma ifrån problemet. Det borde ge anledning till en viss betänksamhet. Det är inte givet att misstron kommer att begränsa sig till lagar av den typ som man idag kritiserar.

Som framgått av det föregående utgör ett väsentligt argument mot en utvidgad lagprövning också risken för en *politisering av domarutnämningarna* – något som vi hittills måste sägas ha lyckligen undgått (vad som än har antytts från misstänksamma kritiker av systemet). Nackdelarna av en sådan ordning borde jag inte behöva gå in på här. Som jag ser saken måste man räkna med en tendens i denna riktning

[29] Se hänvisningar i not 22. – Ett annat exempel på den komplicerade bedömningen är diskussionen av 2:15 RF i NJA 1981 s. 1.

åtminstone för HD:s och regeringsrättens del, om regeringen vet att lagförslagens öde kommer att bero av ledamöternas värderingar; oavsett regeringarnas färg kan frestelsen bli övermäktig att sätta in pålitligt folk på sådana inflytelserika poster. Också detta kan få sin betydelse för respekten för våra högsta instanser – ytterst kanske t. o. m. för domstolsväsendet i dess helhet. Redan i dagens läge är anklagelsen för politiska bedömningar lätt att göra i brist på sakliga motargument. Man behöver bara tänka på reaktionen bl. a. i vissa massmedia efter lagrådets avstyrkande av lagförslaget om engångsskatt.[30]

7. Till detta kommer naturligtvis en rad *praktiska komplikationer* som kan tyckas små i jämförelse med de principella problemen men inte skall underskattas. En utvidgad lagprövning av de allmänna domstolarna kan tydligen leda till att problemet dyker upp i alla möjliga typer av mål, och i alla instanser. Frekvensen av tvister av den typen är svår att förutse; en tankeställare ger emellertid utvecklingen i fråga om svenska klagomål till Europadomstolen – de ökade som bekant påtagligt sedan möjligheten att få lagar underkända blev klar för allmänheten, särskilt efter domstolens uppmärksammade avgörande i Sporrong-Lönnrothsmålet.[31] Man kan anta att de politiker som genomför reformen inte kommer att förtiga den chans denna ger den stora allmänheten att komma åt en lagstiftning som av ena eller andra skälet anses dubiös. Jämte en del helt utsiktslösa invändningar om grundlagsstridighet kan man vänta sig en rad ganska besvärliga mål, där det i varje fall är tänkbart att frågan med tiden kommer under HD:s bedömning. Bortsett från den arbetsbörda tvisterna kan medföra kan detta långvariga osäkerhetstillstånd te sig ganska besvärande. – Den nackdelen skulle minska, om man enligt rättegångsutredningens förslag får begära s. k. fristående rättsförklaring direkt i HD; just lagprövning borde vara ett område där detta institut ter sig särskilt värdefullt.[32] Om några sådana regler om rättsförklaring kommer att genomföras ter sig emellertid för närvarande ganska oklart.

Ifall en utvidgad lagprövning genomförs kan det finnas goda skäl att särskilt reglera de problem som uppstår när en lagregel underkänns. Att här bara hänvisa till principer om bristande förutsättningar, om obehörig vinst, om condictio indebiti etc. eller till rättegångs-

[30] Jfr Bengtsson, Statsmakten och äganderätten s. 76 f. – Ett bekymmer på något längre sikt är här hur det kan inverka på domstolarnas anseende för partipolitisk neutralitet att man från visst politiskt håll arbetar för att utvidga domstolarnas makt för att få igenom vissa konkreta och omstridda mål. Olägenheten av detta kan emellertid minska om man vill ge makten till en författningsdomstol, jfr 8 nedan.

[31] I JUSEK 2/87 s. 7 hävdar Jacob Sundberg att annan information här hade den väsentliga betydelsen (jfr även SvJT 1986 s. 653 ff).

[32] Se SOU 1976: 1 s. 144 ff; jfr s. 130 ff.

balkens resningsregler kan synas otillräckligt. Situationen är i hog grad speciell, och det kunde finnas skäl att klargöra rättsläget närmare. Att märka är emellertid att några enkla regler är svåra att åstadkomma ens på civilrättens område. Vilken betydelse för en rättshandling skall det t. ex. ha att man i den allmänna debatten kritiserat ett lagförslag, att lagrådet riktat invändningar mot detta, eller att rättegång inletts där lagprövningsfrågan kommer upp? Att klara den enskildes svårigheter när han skatteplanerat med utgångspunkt i den underkända lagstiftningen verkar nära nog omöjligt. Även med de mest ambitiösa försök att lösa problemen får man räkna med att de kommer att vålla parter och domstolar en hel del besvär.

Vad angår den enskildes mellanhavanden med myndigheterna kan man naturligtvis tänka sig ett skadeståndsansvar för det allmänna *dels* för förluster genom tillämpning av den underkända lagen, vilka inte kan rättas till genom att den anses ogiltig, *dels* för skada uppkommen just genom att den enskilde felaktigt förlitat sig på lagen i fråga. De nuvarande bestämmelserna om det allmännas ansvar i 3 kap. skadeståndslagen är emellertid inte skrivna med tanke på dessa situationer. Att myndigheterna inte kan ha begått fel eller försummelse i lagens mening genom att tillämpa en av riksdagen antagen lag är uppenbart. Har ett fel begåtts, kan skulden bara ligga hos regering och (eller) riksdag; man skulle få tillämpa regeln i 3 kap. 7 § skadeståndslagen om skadeståndstalan när "beslutet upphävts eller ändrats", fast inte heller den passar så bra in i sammanhanget. Talan om skadestånd kommer i så fall att väckas vid HD (3 kap. 10 §). Det kan befaras bli fråga om utomordentligt vidlyftiga och invecklade processer med en stor mängd kärandeparter, där ersättning yrkas också för en rad mer eller mindre avlägsna följder av lagen eller dess underkännande; frågor om (adekvat) kausalitet, om styrkt skada och om tillämpning av regeln i 3 kap. 5 § skadeståndslagen kan vålla åtskilliga bekymmer. Processerna kan väntas ta en väsentlig del av HD:s tid i anspråk. Det finns alla skäl att se över både de materiella skadeståndsreglerna och forumreglerna, ifall regeringsformens lagprövningsregler ändras.

Också här kan förstås sägas att det är ovisst om lagar underkänns i så stor utsträckning att dessa komplikationer kan bli ett allvarligt problem. Men man kan inte bortse från dem.

8. Som nämnt inriktar sig reformdiskussionen ofta på att lagprövningen åtminstone i första hand skall åligga en nyinrättad *författningsdomstol*. Tanken på en sådan reform lär direkt sammanhänga med en utvidgad lagprövning – annars skulle en författningsdomstol troligen få gå i stort sett sysslolös.

Det förefaller emellertid som om de svårigheter och komplikationer

jag här har antytt bara till en begränsad del faller bort, om en författningsdomstol införs. Till stöd för tanken åberopas framför allt det västtyska exemplet. Man bör dock inte överdriva värdet av erfarenheter från detta håll; de politiska och juridiska traditionerna är helt andra än hos oss, och dessutom präglas domstolens uppgifter i viss mån av att Västtyskland är en förbundsstat.[32a] – En fördel med reformen från svensk synpunkt är däremot att de allmänna domstolarna slipper belastas med lagprövningsfrågan (men inte med följdprocesserna sedan en lagregel underkänts). Vidare kan man möjligen hoppas att talan väcks om lagens grundlagsstridighet i ett tidigt skede, redan innan den hunnit ställa till så mycket bekymmer för allmänheten; kanske kan man begränsa rätten att påkalla en senare prövning av dess giltighet (något som dock från andra synpunkter kan tyckas något betänkligt). – Att författningsdomstolens beslut för Sveriges del kan synas strida mot vedertagna demokratiska principer behöver inte vara fullt så olyckligt för de *allmänna* domstolarnas anseende – författningsdomstolen kommer sannolikt ändå att framstå som ett främmande inslag i vårt rättssystem, tillkommet av särskilda politiska skäl. Kanske går det att höja respekten för domstolen om ansedda politiker utses till ledamöter, liksom partsrepresentanterna bl. a. i arbetsdomstolen kom att skaffa denna goodwill också bland negativt stämda parter; men då ger man upp tanken på en opolitisk prövning av författningsfrågorna. – Risken för politiska utnämningar också av juristledamöterna är nog ännu större med en författningsdomstol än med en utvidgad lagprövning av de allmänna domstolarna. En möjlighet kunde dock vara att ledamöterna liksom i lagrådet närmast automatiskt rekryteras med äldre (eventuellt pensionerade) domare: justitieråd, regeringsråd, hovrättspresidenter etc. Efter en längre tid i domstolarna lär även utpräglade politiska sympatier svalna ganska påtagligt – det lönar sig knappast att besätta ämbetena med regeringstrogna personer i hopp om att de tjugo år senare skall visa en lojal inställning i författningsdomstolen.

Det finns alltså vissa möjligheter att en författningsdomstol, bortsett från dess svårförenlighet med våra demokratiska traditioner, i praktiken skulle fungera på ett någorlunda acceptabelt sätt. Om den mot förmodan tillkommer under viss politisk enighet, kanske det också blir lättare för en väljarmajoritet att motta dess nedslående avgöranden med jämnmod. – Men detta måste sägas vara blygsamma ambitioner, när det gäller en så pass radikal reform av vår rätts-

[32a] Jfr hänvisningar i not 20.

ordning. Och åtskilliga argument mot en lagprövning kvarstår även i detta fall.[33]

9. Man kan vänta sig den invändningen mot mina kritiska synpunkter, att de skulle rikta sig också mot *Europadomstolens* verksamhet. Här är det ju fråga om en makt för jurister att underkänna demokratiskt fattade beslut i olika stater. Det är emellertid inte min mening. Dels är naturligtvis Europadomstolen av ett utomordentligt värde för att hindra missbruk av lagstiftarens makt där de nationella kontrollorganen saknar vilja eller förmåga till detta; främst rör det då andra frågor än äganderätten. Dels har domstolen – också efter Sporrong-Lönnrothsdomen – lämnat de enskilda länderna stor frihet att reglera exempelvis egendomsskyddet[34] och tycks över huvud taget ogärna ställa kontroversiella samhällsekonomiska frågor av denna typ på sin spets. Redan dessa olikheter motiverar en annan värdering av Europadomstolens verksamhet än av en sådan författningsdomstol som man föreslagit. Härtill kommer ledamöternas höga kompetens och domstolens egenskap av symbol för en europeisk rättsgemenskap – också detta förhållanden som gör det mera acceptabelt att demokratiskt fattade beslut någon gång kan underkännas.

10. Sammanfattningsvis förefaller det som om åtskilliga vägande ändamålsskäl kunde åberopas mot en utvidgad lagprövning, även om denna skulle anses förenlig med ideologin bakom grundlagen. En del av dem har varit aktuella vid tillkomsten av den nuvarande bestämmelsen i 11: 14 RF. Den juridiska metoden är mindre lämpad för att avgöra sådana frågor och lär knappast ge avgörandena tillräcklig auktoritet hos allmänheten. Domarna får inte lätt att klara av de höga krav som uppgiften rimligen måste ställa. En ogiltigförklaring av en gällande lag är svår att acceptera från rättssäkerhetssynpunkt och kan medföra risker för allmänhetens förtroende för det parlamentariska systemet och lagar i allmänhet. Risken för att domstolarna politiseras är påtaglig. En utvidgad möjlighet till lagprövning kan vidare föra med sig en rad besvärliga civilrättsliga och offentligrättsliga komplikationer. Och problemen blir inte så mycket mindre om lagprövning-

[33] Argumenten mot en utvidgad lagprövning kan delvis också framföras mot en sådan vetorätt för lagrådet som berörts vid not 28, frånsett naturligtvis att problemen från rättssäkerhetssynpunkt betydligt minskar om aldrig den grundlagsstridiga lagen fått träda i kraft. Förslaget skulle förändra lagrådets ställning och arbetsformer (problemen blir andra vid en vetorätt än vid en rådgivning). Den politiska makt juristerna skulle få med en sådan ordning torde te sig nära nog lika tvivelaktig från allmänhetens synpunkt som en utvidgad rätt att underkänna lagar – även bortsett från att också vetotanken är svårförenlig med ideologin bakom grundlagen. – Frågorna har behandlats vid en diskussion om lagrådet den 23 mars 1987 i Lund; inläggen lär publiceras i Lunds juridiska förenings skriftserie.

[34] Se bl. a. domarna i målen James m. fl. och Lithgow m. fl., båda från 1986.

en kommer an på ett så traditionsfrämmande organ som en författningsdomstol. – Mot dessa argument står främst, men naturligtvis inte enbart, önskemålen att trygga den privata äganderätten mot befarade angrepp. Hur pass tungt denna synpunkt väger tar jag inte ställning till, i konsekvens med vad jag förut sagt (3 ovan). I fråga om skyddet för andra rättigheter är inte en utvidgning av prövningen samma problem.

Det är naturligtvis möjligt att jag överskattat svårigheterna med en utvidgning. Också här kan värderingarna bakom den nuvarande regeln ha påverkat bedömningarna utan att jag märkt det. Kanske skulle i praktiken en utsträckt lagprövningsrätt spela en obetydlig roll – lagstiftaren skulle finna tanken på ett eventuellt underkännande så olustig att han lämnar en väl tilltagen säkerhetsmarginal mot grundlagen vid mera kontroversiella lagförslag. Men säker på verkningarna kan man inte vara. I varje fall borde det ha framgått av denna översikt av argumenten, att den diskuterade omvälvningen i vårt rättssystem förtjänar grundligt övervägande innan den genomförs.

Om man vill effektivisera prövningsrätten, är det med mitt synsätt lämpligare med en reform som är mindre ingripande från principiell synpunkt: man bör undersöka möjligheterna att *precisera* de aktuella rättighetsreglerna, så att det inte behöver bli någon tvekan om deras räckvidd. Lyckas man med detta, kommer redan den nuvarande regeln i 11: 14 RF att bli ett rättighetsskydd av det slag man hoppas på.[35]

Vad som här har sagts bör rimligen också inverka på tolkningen av den nuvarande lagprövningsregeln. Det saknas anledning att tolka regeln extensivt; då är vi framme vid en utvidgad lagprövningsrätt utan att ens ha en grundlagsregel som stöd, och därtill i strid med en huvudtanke bakom 11: 14 RF. – Å andra sidan bör framhållas att prövningsrätten inte får ses bara som en teoretisk möjlighet att kontrollera lagstiftaren. Dess preventiva värde är obestridligt också i dess nuvarande utformning: en regering eller riksdagsmajoritet som frestas att *missbruka* lagstiftningsmakten i strid med grundlagen måste som sagt alltid räkna med den som en obehaglig praktisk realitet.

[35] Frågan har diskuterats från olika synpunkter i de böcker som nämnts i not 1 (Kap. 7) och not 30 (s. 87 ff).

Om konstitutionsutskottets lagprövning

av justitierådet Bertil Bengtsson

(1991)

1. Domstolarnas lagprövningsrätt är som bekant i hög grad begränsad i Sverige. En grundlagstridig föreskrift som beslutats av riksdagen – och för övrigt även sådana föreskrifter av regeringen – kan bara åsidosättas om felet är uppenbart (11:14 RF). Man har velat hindra en politisering av den dömande makten; bara i säregna fall, framför allt under onormala samhällsförhållanden, skulle en sådan lagprövning bli aktuell, närmast till försvar för de demokratiska institutionerna. Om detta var alla partier överens när bestämmelsen infördes år 1979. Enligt vad konstitutionsutskottet då framhöll i ett centralt motivuttalande var det naturligt att riksdagen, som ensam kunde stifta grundlag, var den instans som var bäst ägnad att pröva om en viss föreskrift är grundlagsenlig.[1]

Den väsentliga lagprövningen skall alltså ske redan när lagförslaget behandlas – naturligtvis den lämpligaste ordningen från åtskilliga synpunkter. Och då får konstitutionsutskottets inställning väsentlig betydelse; det är ju detta utskott som skall bereda ärenden som rör grundlagarna (4 kap 4 § riksdagsordningen). När frågan om en föreslagen lagstiftning är grundlagsenlig kommer upp i ett annat utskott, kan yttrande inhämtas från konstitutionsutskottet. Vad utskottsmajoriteten anfört brukar normalt också riksdagsmajoriteten godta. Ofta kan utskottet bygga på en granskning av lagrådet beträffande lagstiftningens grundlagsenlighet, men utskottet är inte bundet av vad lagrådet ansett, och dessutom är det långtifrån säkert att det aktuella lagförslaget stämmer med det förslag som remitterats till lagrådet. Ett typiskt fall är att lagrådet anmärkt på lagstiftningen och lagtexten sedan omarbetats i propositionen med anledning av dessa anmärkningar. Det är också tänkbart att det lagförslag konstitutionsutskottet skall granska fått sin slutliga utformning i ett annat riksdagsutskott. – En annan möjlighet är att grundlagsfrågan kommit helt i skymundan vid lagrådsgranskningen och först observerats senare.

På senare tid har som bekant frågan om lagprövning tagits upp till

debatt. Man har ansett det angivna systemet otillräckligt för att hindra grundlagstridig lagstiftning. Reformer av olika slag har diskuterats; man skulle utvidga de allmänna domstolarnas möjlighet att underkänna sådana lagar, eller man skulle inrätta en författningsdomstol som bl a skulle kunna pröva grundlagsenligheten i både föreslagen och antagen lagstiftning. En annan tanke har varit att lagrådet skulle ha rätt att åtminstone temporärt förhindra att lagar antas som strider mot grundlagen.

För bedömningen av sådana reformförslag har det naturligtvis intresse hur konstitutionsutskottet för närvarande ser på sin uppgift att värna om lagarnas grundlagsenlighet. Uppgiften är juridisk, men den skall utföras av politiker – låt vara med hjälp av kvalificerad juridisk arbetskraft i utskottets kansli. Det är naturligt om politiska och juridiska synpunkter ibland kommer på kollisionskurs; men utskottets särskilda ställning, liksom dess traditionellt höga anseende, kunde motivera att juridiken tillmäts särskild betydelse, framför allt genom att man följer vedertagen juridisk metod i sina grundlagstolkningar. Resonemanget i motiven till 11:14 RF om att riksdagen är bäst lämpad att bedöma dessa frågor synes förutsätta något sådant. (Jfr 2 nedan.)

En mera ingående undersökning av konstitutionsutskottets sätt att resonera borde egentligen göras av en statsrättsspecialist med egen erfarenhet av utskottets arbete. Trots att jag inte har sådana kvalifikationer har jag ändå tyckt att det kan ha sitt intresse med en – kortfattad och ytlig – granskning av dess lagprövande verksamhet från tiden för RF:s tillkomst. Den kan åtminstone ge en antydan om synsättet, och detta torde i sin tur få betydelse för den eventuella behovet att reformera det nuvarande systemet. Jag har därför gått igenom sådana utskottsbetänkanden och utskottsyttranden under tiden fr o m 1975 där frågan om grundlagstolkning i ett lagstiftningsärende tycks ha varit kontroversiell; de allra flesta är från 1980-talet. Särskilt en jämförelse mellan majoritets- och minoritetsvota kan illustrera konflikten mellan juridik och politik i dessa ärenden.

2. Som utgångspunkt bör några ord sägas om den metod att tolka grundlagen som anses stämma med gällande rätt. Det står klart att man inte, som enligt ett känt stadgande (§ 84) i 1809 års regeringsform, skall tillämpa en grundlagsbestämmelse enbart med hänsyn till dess ordalydelse. I stället anses grundlagen åtminstone i princip böra

tolkas efter samma riktlinjer som annan lagtext; om lagtexten inte ger klart besked, skall alltså motiven få väsentlig betydelse. Rimligen borde det vara en sådan metod som riksdagen – och konstitutionsutskottet – skall använda när de prövar lagars grundlagsenlighet; varken lagmotiv eller litteratur tyder på annat.

Enligt både författningsutredningens och grundlagsberedningens betänkanden var det sålunda naturligt att grundlag tolkades efter samma principer som gällde för lagtolkning i allmänhet[2], och även i litteraturen har framhållits att allmän rättskälleuppfattning skulle gälla.[3] I Holmberg-Stjernquists grundlagskommentar framförs samma åsikt, fast vissa modifikationer anses gälla i denna huvudregel. Bl a borde bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter och andra bestämmelser som syftar till att ge garantier åt enskilda i förhållande till allmänna intressen tolkas "frikostigt"; möjligheterna att bestämma inskränkningar i enskildas intressen skulle alltså användas med försiktighet. Något liknande skulle gälla inskränkningar i den kommunala självstyrelsen. – Bestämmelser som drar gränser för riksdagens kompetens som lagstiftare och inte har någon funktion som skydd för enskilda intressen eller den kommunala självstyrelsen borde å andra sidan kunna tolkas "något mera efter ändamålssynpunkter".[4] I ett i kommentaren återgivet lagrådsuttalande framhålles vidare att kravet på en grundlagstillämpning i strikt överensstämmelse med lagtexten får anses ha större tyngd när det gäller t ex innebörden av de absoluta fri- och rättigheterna eller vad regeringen utan bemyndigande äger förordna härom än när det är fråga om riksdagens delegationsmöjlighet.[5]

Att man på detta sätt skulle använda en speciell tolkningsmetod, när det gäller den enskildes rättssäkerhet i förhållande till det allmänna, är inte särskilt anmärkningsvärt. Resonemanget är känt från en rad andra situationer – inte bara på straffrättens område utan också bl a vid olika tvångsingripanden av annat slag. Hänvisningen i förarbetena till metoderna vid vanlig lagtolkning tyder emellertid på att man även i det nu aktuella sammanhanget skulle beakta inte bara lagtexten (och grundlagens systematik) utan också någorlunda färska grundlagsmotiv; det skulle vara när varken grundlagens ordalag eller andra rättskällor ger tydligt besked, som en bestämmelse skall tolkas till den enskildes förmån.

I alla händelser kan den vedertagna juridiska metoden för grundlagstolkning inte anses så preciserad, att det inte skulle finnas en viss marginal för olika tolkningar; också inom en domstol kan det förekomma skilda meningar på denna punkt. Bl a kan man tveka när verkligen den punkt uppnåtts då tolkningsfrågan kan anses tveksam.

Till detta kommer i lagprövningsfallet, att också innebörden av *den föreslagna lagen* kan vara diskutabel: med en tolkning är den väl förenlig med grundlagen, med en annan framstår den åtminstone som tvivelaktig från denna synpunkt. Också detta kan inverka på prövningen.[6]

I det följande gör jag vissa uttalanden om att en tolkning av grundlagen varit "försvarlig", "närliggande" el likn. Jag är medveten om det äventyrliga i sådana omdömen, särskilt när de inte kommer från en auktoritet på området. Man bör inte fästa för stor vikt vid dessa uttalanden, som mestadels bygger bara på en allmän uppfattning om vad som man idag kunde vänta sig av en domstol som står inför samma problem.

Som framgår av fortsättningen är det framför allt en grundlagsregel som ofta kommit upp i konstitutionsutskottets yttranden: bestämmelsen i 2 kap 18 §, att varje medborgare vilkens egendom tas i anspråk genom expropriation eller annat sådant förfogande skall vara tillförsäkrad ersättning för förlusten enligt grunder som bestäms i lag. Bestämmelsen är inte så lätt att tolka, men av motiven och den juridiska litteraturen framgår i varje fall följande om dess allmänna innebörd: Regeln ger inget skydd mot ingrepp mot äganderätten i och för sig, men den föreskriver rätt till ersättning vid vissa sådana ingrepp. Den blir tillämplig bara när äganderätt eller annan rätt med ekonomiskt värde (nyttjanderätt, servitutsrätt etc) avstås till annan; utanför expropriationsfallen måste det alltså vara fråga om överförande av egendom för att "annat sådant förfogande" skall anses ha förekommit. Ingripanden i fråga om s k användningsreglering (rådighetsinskränkning), som bara begränsar ägarens möjligheter att nyttja egendomen, omfattas inte av bestämmelsen. När det blir tillämplig skall som huvudregel hela den ekonomiska förlusten täckas, men som antyds i lagtexten ("enligt grunder som bestäms i lag") och utvecklas i motiven hindrar det inte att förlusten enligt lag beräknas på ett sätt som gör att den enskilde trots allt inte får full kompensation för sin skada; i förarbetena nämns som exempel vissa regler i expropriationslagen (4 kap 3 §, "presumtionsregeln") och i förfogandelagen. Lagtexten är onekligen oklar på denna punkt, på ett ganska besvärande sätt; orsaken torde vara att den utgjorde en känslig kompromiss mellan de stora politiska partierna, när den år 1979 fick sin nuvarande utformning. – Hur gränsen närmare skall dras för begreppet överföring av egendom och i vilka fall reduktion av ersättning kan anses tillåten kan man diskutera; här är olika lösningar tänkbara.[7]

3. Under senare år har en annan fråga om lagförslagens innehåll fått allt större betydelse: deras förenlighet med *Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Bedömningen har försvårats av att åtskilliga konventionsregler som bekant har en föga preciserad utformning, varför det avgörande blir den tolkning de får av Europadom-

stolen och, i någon utsträckning, av kommissionen för de mänskliga rättigheterna; denna praxis ger emellertid bara begränsad klarhet om reglernas innebörd. På denna punkt finns det naturligtvis ett betydande utrymme för olika tolkningar också för juristernas del, och dessutom kan man ha delade meningar om hur pass stor säkerhetsmarginal man behöver i förhållande till konventionens regler; frågan aktualiserades särskilt av det välkända avgörandet i Sporrong-Lönnrothsmålet, där konventionens bestämmelse om egendomsskydd visade sig ha långt vidare tillämpningsområde än de flesta svenska jurister trott. I fortsättningen kommer flera yttranden att beröras där man satt i fråga, om inte lagstiftningen strider just mot denna konventionsregel.

Att märka är emellertid att frågan om förenlighet med konventionen inte tett sig på samma vis vid olika tidpunkter. Före Sporrong-Lönnrothsfallet torde de lagstiftande organen som sagt inte ha haft mycket bekymmer på denna punkt; och sannolikt har kraven på säkerhetsmarginal återigen blivit mindre åtminstone för egendomsskyddets del, sedan kommissionen visat sig ovillig att ta upp ett flertal svenska klagomål beträffande lagstiftning som inskränkt detta skydd (angående löntagarfonderna, fritt handredskapsfiske och engångsskatt på livförsäkringar).

4. Under 1970-talet förekommer anmärkningsvärt få yttranden av konstitutionsutskottet med intresse i detta sammanhang.

Det enda som förefaller värt att nämna gäller ett förslag till fondkommissionslag (KU 1978/79:2y). Här uppkom meningsskiljaktigheter om ett bemyndigande till regeringen att utfärda regler om fondkommissionsbolags skyldighet att ha kapitaltäckning (18 § 2 st i lagens dåvarande lydelse) rörde enskilds personliga ställning på sådant sätt som avses i 8:2 RF och därför krävde lagform. Det ansåg inte majoriteten, däremot en minoritet bestående av moderater och centerpartister – närmast på den grunden att om tillståndet att utöva rörelsen drogs in det skulle medföra att bolaget inte kunde utöva verksamhet enligt bolagsordningen. Motsättningen rörde en fråga där olika juridiska bedömningar kan synas rimliga.

Något större intresse har ett annat yttrande från den borgerliga riksdagsmajoritetens tid, KU 1981/82:13y. Det gällde ett förslag i budgetpropositionen att fonder för obligatorisk sjukförsäkring skulle överföras till statsbudgeten, en fråga som varit omstridd redan vid remissbehandlingen; från flera håll, bl a från försäkringskassornas sida, framhölls att fonderna inte kunde betraktas som statliga. Utskottets majoritet fann inget hinder att avveckla fonderna, och framhöll att försäkringskassorna inom den obligatoriska sjuk-

försäkringen endast kunde anses ombesörja statliga uppgifter. Den socialdemokratiska minoriteten åberopade däremot regeln om egendomsskydd i 2:18 RF; det var inte klarlagt vilken betydelse kassornas särställning och fondernas rättsliga status hade, och därför fanns inte tillräckligt underlag för att bedöma om överförandet krävde särskilda överväganden enligt grundlagsregeln. En moderat ledamot hade en särmening. – Också här förefaller tvistefrågan ha varit juridiskt svårbedömd, och meningsskiljaktigheterna är anmärkningsvärda främst genom att i detta fall det varit socialdemokratiska ledamöter som i polemik mot de borgerliga åberopat grundlagsregeln om egendomsskydd – något som inte synes ha förekommit vare sig förr eller senare under de år som undersökts.

Från samma tid kan nämnas KU 1981/82:10, som bl a rörde den återkommande kontroversen angående kollektivanslutning till politiskt parti. Från de borgerligas sida åberopade man grundlagens utgångspunkter i fråga om åsiktsfriheten, med två olika motiveringar. Det var här inte fråga om granskning av något konkret lagförslag.

Efter regimskiftet år 1982 blev motsättningar om grundlagsenligheten hos olika lagförslag vanligare.

Ett belysande exempel på hur meningarna kan gå isär hos ledamöter med olika partifärg är KU 1982/83:6y, angående omprövning av tillstånd enligt 1918 års vattenlag. Enligt en proposition av den borgerliga regeringen (bestående av folkpartister och centerpartister) med förslag till ny vattenlag skulle vid sådan omprövning till förmån för det allmänna fiskeintresset, den allmänna miljövården m fl offentliga intressen ersättningen för förlust av vatten, fallhöjd m m begränsas på visst sätt (upp till 1/20 av produktionsvärdet); förutsättningen var att rådigheten enligt 1918 års lag var inskränkt enligt regler om kungsådra och nyprövning. Efter valet år 1982 ville jordbruksutskottets nya majoritet att begränsningen i ersättning skulle gälla även andra vattenföretag med tillstånd enligt äldre rätt – alltså oavsett om rådigheten tidigare varit inskränkt. Frågan uppkom om en sådan begränsning var förenlig med 2:18 RF. Den socialdemokratiska och kommunistiska majoriteten ansåg grundlagsregeln inte utgöra något hinder för detta. Fyra moderata ledamöter reserverade sig. De ansåg omprövningen utgöra eller i vart fall vara jämställt med ett "annat sådant förfogande" enligt 2:18 RF, och begränsningen i ersättningen var inte acceptabel med utgångspunkt i denna regel; det var också tveksamt om begränsningen i ersättningen till andra äldre företag var rimlig. Lagrådet borde höras i frågan. – I en annan reservation av tre ledamöter från folkpartiet och centerpartiet framhölls att det var mycket vanskligt att avgöra om olika slag av användningsbegränsning bör ge rätt till ersättning enligt 2:18 RF, varför hela fråga borde tas upp till särskild prövning. – Slutligen förekom ett särskilt yttrande av vpk:s ledamot, där det framhölls att regeln i 2:18 mot partiets vilja införts i grundlagen.

Som nyss framhölls ger motiven till 2:18 klart besked om att med "annat

sådant förfogande" bara avsågs överföring av egendom till annan, inte inskränkningar i rådigheten över egendom; vidare garanterade regeln inte ens i sådana fall full ersättning i alla lägen. Även om situationen var mycket speciell, är det svårt att finna att genom omprövningen någon egendom överförts till någon annan från vattenföretaget. Man kan därför säga, att särskilt moderaternas men även mittpartiernas ståndpunkter var svåra att förena med regeringsformens motiv; dessa ger stöd för majoritetens inställning. Reservationerna torde från juridisk synpunkt närmast kunna försvaras med att man tillämpade rättighetsregeln i 2:18 ytterligt liberalt i ett fall som knappast ens var tveksamt. Att märka är emellertid att ingendera reservationen direkt talar om grundlagsstridighet utan går ut på ytterligare utredning av frågan. – Skillnaden mellan reservationerna kan möjligen bero på att endast mittpartierna svarade för den borgerliga regeringens proposition. Ändå är de olika ståndpunkterna i en fråga av detta slag ganska anmärkningsvärda.

I KU 1983/84:2y kom lagstiftningen om löntagarfonder upp i KU. Lagförslaget hade föregåtts av förslaget till lag om särskild vinstskatt, som av minoriteten i utskottet kritiserats för att det var otillräckligt berett och innebar s k specialdestination av skattemedel, vilket enligt 9:2 RF bara skulle ske undantagsvis; man menade dock inte att det varit direkt grundlagsstridigt. (KU 1982/83:8y.) Detta ansåg däremot minoriteten i fråga om löntagarfondlagstiftningen, som ju innebar bl a att medel tvångsvis överfördes till löntagarfonderna från företaget. Bakgrunden till yttrandet var att lagrådet efter en ganska utförlig diskussion inte funnit förslaget grundlagsstridigt, fast man även i detta fall kritiserade dess beredning; inte heller ansågs det strida mot Europakonventionen, bl a med hänsyn till att ingripandet fick anses ha sin grund i ett offentligt intresse genom att medlen tillfördes allmänna pensionsfonden och förvaltades av ett offentligrättsligt reglerat organ. Utskottsmajoriteten avvisade kritiken mot beredningen men anslöt sig i övrigt till lagrådet. Minoriteten – utskottets sju borgerliga ledamöter – framhöll att förslaget i praktiken innebar att företagen tvingades att utan kompensation från staten bidra till sin egen socialisering, och ansåg frågan om förslaget var förenligt med RF:s expropriationsregler inte vara tillräckligt utredd; man hade också betänkligheter i frågan om det stred mot Europakonventionen – domen om Sporrong-Lönnrothsfallet hade nyligen kommit – och slutligen satte man i fråga om reglerna var förenliga med 11:9 3 st RF genom att svenskt medborgarskap inte var nödvändigt för att någon skulle bli ledamot i fondstyrelsen. Även om lagrådet godkänt detta ansåg minoriteten påkallat att frågan utreddes ytterligare.

I detta fall kunde alltså majoriteten stödja sig på lagrådet, och det försvagade onekligen minoritetens sak; man kunde inte mer än kräva ytterligare utredning och åberopa Europakonventionen, som inte lagrådet gått närmare in på. Det har varit svårt för minoriteten att få något stöd i grundlagens förarbeten för sin inställning; senare har det också visat sig att inte heller Europaorganen ansåg fondfrågan värd att tas upp. Minoritetens grundlags-

tolkning i huvudfrågan – om egendomsskyddet – kunde från juridisk synpunkt närmast motiveras med en ganska djärv analogi från expropriationsreglerna, vilken väl också i detta fall skulle vila på tanken att grundlagen bör tolkas till den enskildes fördel så snart det finns rimligt tvivel om dess tillämplighet. Man kan emellertid tveka om ens den punkt har uppnåtts då en jurist kan tvivla om den saken.[8] I vart fall saknar resonemanget stöd i grundlagsregelns motiv.

I detta sammanhang kan nämnas att frågan om utländska medborgare skulle få sitta i löntagarfondernas styrelse också kom upp i KU 1984/85:6y, sedan regeringsrätten funnit fonderna vara myndigheter i tryckfrihetsförordningens och sekretesslagens mening. Majoriteten ansåg sig inte böra frångå sin tidigare ståndpunkt, minoriteten fann däremot viss lagstiftning i frågan (1983 års lag med reglemente för allmänna pensionsfonden) böra ändras. I detta fall torde juridiska skäl ha kunnat åberopas för båda ståndpunkterna, om också det hade varit naturligt att följa regeringsrättens mening i varje fall om det varit fråga om ny lagstiftning på området.

I KU 1983/84:4y, som gällde s k sanktionsavgifter på tullområdet, var den kontroversiella frågan främst om rätten att meddela föreskrifter angående sådana avgifter kunde delegeras till regeringen enligt 8:7 2 st RF; ifall det var fråga om "annan rättsverkan av brott än böter" gick det inte att delegera. Här hade lagrådet haft delade meningar: en ledamot hade godtagit delegation, två framhöll att avgifterna kunde träffa redan straffbelagda förfaranden och att därför delegation inte kunde ske – RF:s regel borde tolkas restriktivt av rättssäkerhetsskäl. KU:s majoritet anslöt sig till den förra meningen; man kunde här åberopa visst stöd i RF:s motiv, i tidigare lagstiftning och i doktrin på området. Och minoriteten delade av naturliga skäl lagrådsmajoritetens ståndpunkt. Man fann det olämpligt att i detta osäkra läge ge RF en tillämpning som riskerade att urholka dess rättssäkerhetsgaranti; propositionen borde alltså avslås.

I detta fall har alltså även grundlagsmotiven gett anledning till tvekan om lagförslaget kunde godtas; osäkerheten framträder särskilt i lagrådets ståndpunkt. Fäster man särskild vikt vid rättssäkerhetssynpunkten har det varit naturligt att gå på lagrådsmajoritetens linje. Båda ståndpunkterna skulle lika väl ha kunnat förekomma i en domstol.

Också KU 1984/85:5y gällde tullavgifter, här för tullklareringar: var detta en avgift också i RF:s mening, eller borde den betraktas som en skatt och regleras genom lagstiftning av riksdagen (jfr 8:3 RF)? Enligt allmän uppfattning, byggd på förarbetena till RF, är det avgörande om avgiften kan betraktas som vederlag för tjänst eller vara som det allmänna tillhandahåller.[9] Utskottets majoritet ansåg ett sådant vederlag bestå i att de berörda trafikföretagen fick tullförrättningar utförda på annan tid och plats än de ordinarie, och godtog lagförslaget. Ståndpunkten stämde med vad utskottet ansett i ett tidigare sammanhang (se KU 1975:10). Utskottsminoriteten ansåg en form av beskattning föreligga; förrättningen skedde i huvudsak i det allmännas intresse och ingick i tullverkets allmänna uppgifter, varför inte någon mot-

prestation förelåg i RF:s mening. – Även här har alltså minoriteten velat tolka en delegationsregel återhållsamt. Med litet god vilja kan man anse även dessa meningsskiljaktigheter ligga inom ramen för vad som kan förekomma i en domstol.

I KU 1985/86:2y, som rörde en proposition om statlig personalpolitik, innebar majoritetens ståndpunkt att större hänsyn än dittills skulle tas till skickligheten vid tillsättning av statliga tjänster, detta på bekostnad av förtjänstmeriter (jfr 11:9 RF). Minoriteten bestod här bara av två centerpartister, som ansåg att man inte borde gå ifrån en etablerad tillämpning av ett grundlagsstadgande om inte grundlagen ändrades och att därför en gjord ändring i anställningsförordningen borde återtas av regeringen. Denna ståndpunkt synes snarare bero på principiella än på partipolitiska skäl[10] och torde ha varit juridiskt försvarlig (fast den onekligen skulle lett till praktiska komplikationer).

Betänkandet KU 1985/86:3 gällde frågan om närvarorätt för personalföreträdare i kommunala nämnder. Majoriteten godtog en sådan rätt, varvid man bl a åberopade att beslutanderätten var förbehållen de politiskt valda företrädarna.[11] Den borgerliga minoriteten menade däremot att ordningen stred mot grunderna för den kommunala representativa demokratin och den demokratiska principen om lika inflytandemöjlighet för alla röstberättigade medborgare; förslaget stämde inte med den kommunala likställighetsprincipen. De grundlagsregler minoriteten hänfört sig till var tydligen de allmänna grundsatserna i 1 kap RF (särskilt 1:1 och 1:7). I detta fall förefaller minoritetens resonemang, som stämde väl med allmänna principer bakom RF, ha varit närliggande från juridisk synpunkt, även om majoritetens ståndpunkt synes formellt försvarlig.

I KU 1986/87:9y bedömdes det kontroversiella förslaget till engångsskatt på livförsäkringsbolags förmögenhet. Lagrådet hade inte som vissa remissinstanser ansett lagförslaget innebära retroaktiv skattelagstiftning i strid med 2:10 RF och inte heller olaga konfiskation. Man hade emellertid andra invändningar; en engångsskatt på förmögenhet utan generell natur passade mindre väl in i vårt konstitutionella system, skatten medförde risk att beskattningsmakten kunde kringgå regeln i 2:18 genom andra mer betungande engångsskatter på egendom som togs ut av snävt begränsade kretsar av skattskyldiga, och förslaget kunde skapa ett olyckligt prejudikat på ett känsligt område. Också målsättningsregeln om den enskildes ekonomiska välfärd i 1:2 RF åberopades. Lagrådet kritiserade vidare den bristande beredningen av förslaget och dess närmast improviserade karaktär. På sådana grunder avstyrktes förslaget – som synes inte på grund av grundlagsstridighet men på grund av brister i olika hänseenden. Departementschefen sökte göra vissa lugnande uttalanden som tog avstånd från tanken på en kommande utveckling av det slag lagrådet befarade. Utskottsmajoriteten instämde med lagrådets uttalanden att förslaget inte stred med grundlagen, och anslöt sig i övrigt till departementschefen (varvid man dock medgav att de konstitutionella aspekterna kunde ha belysts mera ingående); förslaget ansågs godtagbart från

utskottets synpunkt. Den borgerliga utskottsminoriteten instämde med lagrådets kritik, varvid man betonade att förslaget stod i mindre god överensstämmelse med 2:10 RF och anslöt sig till lagrådets synpunkter om riskerna att 2:18 kringgicks. Minoriteten fann att av konstitutionella skäl förslaget inte borde antas.

I detta ärende kunde alltså båda sidor bygga på stora delar av ett ovanligt ingående och genomarbetat uttalande av lagrådet. Man kan säga att genom departementschefens och utskottsmajoritetens uttalanden att en fortsatt utveckling i samma riktning inte kunde befaras de konstitutionella betänkligheterna undanröjts så gott det lät sig göras utan ändring av förslaget. Minoriteten har inte funnit uttalandena betryggande. Såvitt gäller tolkningen av grundlagen, torde ståndpunkten på båda håll kunna anses juridiskt försvarlig.

Av visst intresse i sammanhanget är vidare KU 1986/87:29, som gällde en proposition om ledningen av den statliga förvaltningen. Där fördes bl a en diskussion om innebörden av regeln i 11:7 RF, att ingen myndighet och inte heller riksdagen får bestämma hur förvaltningsmyndighet skall i särskilt fall besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag. Utskottsmajoriteten anslöt sig till den uppfattning som hävdades i propositionen, att en sfär av viss praktisk betydelse inte täcktes av begreppen myndighetsutövning och lagtillämpning; fem ledamöter från moderaterna och centerpartiet betonade att det var ett litet och tämligen betydelselöst område som i praktiken föll utanför 11:7, medan vpk-ledamoten tvärtom menade att propositionen tolkade 11:7 alltför vidsträckt; myndigheterna hade frihet i tillämpningen endast i den mån riksdagen inte formulerat principer härför. Meningsskiljaktigheterna illustrerar hur en grundlagsregel ibland kan tolkas helt olika inom utskottet beroende på den politiska utgångspunkten, på ett sätt som knappast kunde förekomma i en domstol. Om någon egentlig prövning av grundlagsenligheten i en föreslagen lag var emellertid inte fråga i detta fall.

KU 1987/88:38 gällde lagstiftningen om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut, tillkommen för att uppfylla Europakonventionens krav på möjlighet till domstolsprövning rörande civila rättigheter och skyldigheter. Från lagen undantogs beslut bl a av vissa nämnder vars sammansättning är bestämd i lag och vars ordförande skall vara eller ha varit ordinarie domare (t ex psykiatriska nämnden, kriminalvårdsnämnden, värnpliktsnämnden m fl). Utskottsmajoriteten ansåg, liksom lagrådet, att man liksom vid RF:s tillkomst kunde utgå från att sådana nämnder kunde räknas som domstol i konventionens mening, medan enligt den borgerliga minoriteten det stod klart att dessa nämnder inte kommer att godtas som oavhängiga domstolar av Europakommissionen. Beträffande de likaledes undantagna hyres-, arrende- och övervakningsnämnderna ansåg på samma sätt majoriteten liksom lagrådet att de kunde godtas som domstolar enligt konventionens krav, medan minoriteten sade sig hysa starka tvivel härom. Motsvarande meningsskiljaktighet förekom i frågan, om förfarandet i regeringsrätten uppfyllde Europakonventionens krav på offentlig rättegång. I detta fall har man alltså, utifrån

olika politiska uppfattningar, ansett sig kunna göra klart skilda prognoser om hur Europakonventionen skulle tolkas i ett visst fall. Konventionen är naturligtvis svårtolkad, och bedömningen av Europaorganen har emellanåt inneburit tråkiga överraskningar för de svenska statsmakterna. Säkert kunde även i en domstol förekomma delade meningar vart utvecklingen är på väg. Det är emellertid anmärkningsvärt hur långt åsikterna inom utskottet – på oklara grunder – gått isär.

I KU 1988/89:1y rörde skiljaktigheten motiveringen till att ett lagförslag – angående kroppsvisitation för sökande av klotterhjälpmedel – skulle avstyrkas. Både majoritet och minoritet åberopade 2:6, jfr 2:12, RF, med något skiljaktiga skrivningar. Motsättningarna kunde säkert förekomma i en domstol (där man dock sannolikt skulle ha enat sig om en gemensam motivering).

KU 1988/89:2y angick den omstridda lagstiftningen om företagshemligheter. Här bestod minoriteten av folkpartiets och vpk:s ledamöter, vilka i motsats till majoriteten ville avstyrka förslaget; man hänvisade till lagens oklara förhållande till den grundlagsfästa yttrande- och informationsfriheten och tryckfrihetsförordningens regler om meddelarfrihet. Också här är det fråga om motsättningar som också kunde förekomma t ex inom lagrådet.

I KU 1988/89:4y, slutligen, hade utskottet att yttra sig över en proposition om särskild vinstskatt. Lagrådet hade anmärkt på brister i ärendets beredning men inte ansett att skatten som påstått stred mot retroaktivitetsförbudet i 2:10 RF. Utskottsmajoriteten delade synpunkterna på beredningen men fann ändå att RF:s krav i 7:2 var uppfyllda, samt anslöt sig i övrigt till lagrådets bedömning. Den borgerliga minoriteten ville avslå propositionen med hänsyn till regeln i 7:2 RF och ansåg inte sådana särskilda skäl föreligga för tillbakaverkande skattelag som omtalas i 2:10. Båda bedömningarna rör så pass obestämda regler att de delade meningarna inte är särskilt överraskande.

5. Det är naturligt för en jurist, kanske särskilt om han har domstolsbakgrund, att se med viss skepsis på en juridisk praxis där politiken tycks spela så pass stor roll som i konstitutionsutskottets lagprövande verksamhet. Samtidigt får medges att meningsskiljaktigheterna inom utskottet i de flesta fall inte ter sig större än vad som kan förekomma i en kollegial domstol. Det finns visserligen exempel på grundlagstolkning som skulle anses anmärkningsvärt svagt underbyggd, ifall den förekom i en juridisk instans; här kan nämnas minoritetens uttalanden om löntagarfonder (KU 1983/84:2y) och de ganska tvärsäkra yttrandena särskilt från minoritetens sida angående lagstiftningen om rättsprövning (KU 1987/88:38). Även de båda reservationerna i yttrandet om vattenlagen (KU 1982/83:6y) och om begreppet myndighetsutövning i betänkandet om ledningen av den statliga förvaltningen (KU 1987/88:38) skulle nog domare emellan ha uppfattats som ganska uppseendeväckande. Men när allt kommer

omkring är de klart diskutabla ståndpunkterna inte så många under en tioårsperiod.

Det kan vidare framhållas att flertalet till synes äventyrliga tolkningar härrör från en minoritet inom utskottet (oftast från den borgerliga oppositionens sida). Man kan gissa att utskottskansliets juridiska sakkunskap i mindre grad har präglat deras resonemang än majoritetsståndpunkten. Utrymmet för polemiska tillspetsningar bör rimligen ha varit större i reservationerna. Kanske skulle man i majoritetsställning ha modifierat en del uttalanden.

Vad angår majoritetens ståndpunkt kan den närmast beskrivas så, att om bara lagstiftningen kan anses försvarlig enligt en *möjlig* grundlagstolkning, man tycks godta den. Det blir alltså fråga om ett liknande resonemang som enligt lagprövningsregeln i 11:14 (jfr 1 ovan). Skillnaden är bara, att enligt 11:14 en av riksdagen eller regeringen beslutad lagstiftning kan åsidosättas bara vid uppenbara fel; när det gäller prövning av ett *lagförslag,* gäller naturligtvis inte något sådant uppenbarhetskrav, utan lagförslaget kan avstyrkas så snart det är svårförenligt med grundlagen. Det är den ståndpunkt lagrådet skall inta, och man kunde ha väntat att den också skulle vara konstitutionsutskottets.

Oftast har emellertid majoriteten kunnat stödja sig på att förslaget godkänts av lagrådet, eller åtminstone kunnat hänvisa till att regeringen i propositionen på någon väsentlig punkt har rättat sig efter lagrådets kritik. Då stärks naturligtvis majoritetens position från juridisk synpunkt. Men i vissa fall, bl a när det gällde engångsskatten, har anpassningen till lagrådets ståndpunkt bara rört någon särskild punkt i förslaget. – Att majoriteten i något avseende haft lagrådets stöd har vidare inte alltid hindrat minoriteten från att ifrågasätta lagrådets mening (se KU 1983/84:2y om löntagarfonderna, KU 1986/87:9y om engångsskatten, KU 1987/88:38 om rättsprövning).

Vad som främst skiljer KU:s lagprövning från vad som kunde väntas förekomma i en domstol är emellertid att prövningen i stor utsträckning är *förutsebar;* även när frågan om grundlagens eller Europakonventionens tolkning framstår som ytterligt tveksam, verkar det lätt att i förväg räkna ut vilken inställning ledamöterna kommer att inta. Något sådant är väl inte helt uteslutet heller beträffande enstaka domare, som redan tidigare kan ha intagit en sådan bestämd hållning i en principfråga av viss typ att de kan förutsättas

bedöma en liknande fråga på samma vis. Men detta är mycket sällsynt och går normalt inte att koppla ihop med en viss politisk ståndpunkt hos domaren.

6. Denna skillnad mot en domstolsprövning är ju inte på något sätt förvånande i dagens politiska läge. För många torde det framstå som verklighetsfrämmande att kräva ett mera juridiskt präglat betraktelsesätt än det nuvarande hos KU:s ledamöter, där det idag saknas juristinslag. Motivuttalandena till regeringsformen har ju aldrig hävdat att utskottet skulle pröva lagar på samma sätt som en domstol, och det kunde synas orättvist att över huvud taget jämföra dess sätt att resonera med domstolarnas. – Det ligger förstås åtskilligt i detta. Det finns under inga förhållanden någon anledning att här rikta kritik mot utskottets sätt att arbeta och resonera; för övrigt är jag som sagt knappast kvalificerad för att säga något av värde om den saken. De slutsatser som kan dras gäller inte det förhållandet.

Däremot kan denna genomgång, trots dess begränsade omfattning och de föga överraskande resultaten, ge anledning att något beröra frågan om det är tillfredsställande från juridisk synpunkt att väsentliga och besvärliga konstitutionella problem avgörs på det sätt som framgår av det föregående. Bidrar innehållet i utskottets yttranden att upprätthålla respekten för grundlagen – en i mitt tycke väsentlig rättspolitisk synpunkt i detta sammanhang? Man kan undra om inte resultatet på sikt kan bli, att den statsrättsliga argumentationen om olika konstitutionella problem framstår som en skendebatt och lagrådet som en tämligen maktlös remissinstans bland andra – det avgörande skulle ändå bli majoritetsförhållandena i utskottet och i riksdagen. Det innebär att de allmänna uttalandena om grundlagstolkning (2 ovan) borde förses med en viktig reservation: de gäller inte riksdagsbehandlingen av grundlagsfrågor.

Dessa frågor kan snart nog få större aktualitet än tidigare. Europakonventionen, eller åtminstone vissa delar av den, kan komma att införlivas med grundlagen eller bli i samma grad bindande för den svenska lagstiftaren. Och då blir de kontroversiella tolkningsproblemen långt flera än idag. *Dels* är åtskilliga regler så vaga att de lämnar vidsträckta utrymmen för tolkning i varje fall innan Europadomstolen eller kommissionen för de mänskliga rättigheterna har uttalat sig i samma fråga; här saknar man ju lagmotiv av den vägledande typ som finns för regeringsformens del och är hänvisad bara till en ofta

mångtydig lagtext (jfr t ex de omstridda artiklarna om egendomsskydd och civila rättigheter). Man kan erinra om de vitt skilda bedömningar som redan förekommit om vad konventionen egentligen innebär på olika punkter; här kan regering och opposition tydligen ha vitt skilda meningar. (Jfr bl a KU 1983/84:2y, KU 1987/88:38.) *Dels* kan problem komma upp om förhållandet mellan konventionens allmänt hållna och regeringsformens mera preciserade regler. – Alla dessa frågor skulle komma att avgöras väsentligen efter partipolitiska linjer.

För den förnöjsamme kan det nuvarande systemet synas ha *en* fördel: förutsebarheten i lagstiftningen ökar, om man genom enkel aritmetik kan räkna ut hur de svåra konstitutionella knäckfrågorna kommer att lösas. När regeringen lagt fram sin proposition, kan medborgarna och myndigheterna i regel utgå från att lagen kommer att antas, vad som än påstås om dess grundlagsstridighet, och anpassa sitt handlande efter detta. Men inte heller detta behöver gälla i framtiden. Om den nuvarande uppdelningen i två politiska block får mindre betydelse, genom förskjutningar i väljarkåren och uppkomsten av flera smärre riksdagspartier, kan ovissheten öka om utskottets bedömning. Utgången kan, om utskottsledamöternas inställning till lagprövningen håller i sig, te sig ganska slumpartad: tillfälliga politiska kombinationer skulle avgöra grundlagstolkningen.

Riskerna för politisering av statsrätten skulle naturligtvis bli mindre om man kan vänta att lagrådet normalt får uttala sig om lagförslaget, helst också om propositioner som ändrats efter lagrådsremissen, och sedan partiernas representanter rättar sig efter lagrådets juridiska bedömningar i varje fall när det är enigt. Men det har som sagt visat sig att båda sidor varit beredda att avvika från lagrådets mening, när det befunnits lämpligt. Detta går naturligtvis lättare när man först anklagat lagrådet för att ha gått motsidans ärenden på politiska grunder – något som också förekommit på båda håll, fast naturligtvis inte i utskottets yttranden.[12]

Det är klart att den nuvarande ordningen stämmer väl med våra rättstraditioner och med regeringsformens inställning till folkstyret. Vad jag här behandlat kan inte betecknas som allvarliga missförhållanden. Men i varje fall tycks systemet knappast fungera på det vis man kunde hoppas ännu när grundlagen tillkom. Politiken har vunnit terräng på juridikens bekostnad.

Mot denna bakgrund kan man sätta i fråga bärkraften i det förut berörda argumentet, att riksdagen som stiftar grundlag också lämpligen bör tolka den. Vad utskottet än närmare menat, kan det knappast ha varit att tolkningsfrågan borde avgöras helt efter partipolitiska linjer. En rationell synpunkt bakom sådana resonemang kan däremot vara att riksdagen, eller åtminstone konstitutionsutskottet, bäst känner till avsikterna bakom en grundlagsregel som man varit med om att besluta. Men detta torde främst gälla de närmaste åren efter regelns tillkomst, när utskottet har kvar ledamöter med resonemangen i färskt minne. Och genomgången av yttranden har visat, att ledamöter helt kan glömma motiven till bestämmelser som utskottet några år tidigare behandlat: i flera ärenden om egendomsskyddet har minoriteten bortsett från förarbetena till 2:18 RF. (Jfr särskilt KU 1982/83:6y om vattenlagen, KU 1983/84:2y om löntagarfonder.)

Också av andra skäl är argumentet ganska tvivelaktigt. Det fäster större vikt vid lagstiftarens avsikter – även när de inte framträtt utåt – än man normalt gör vid lagtolkning. Inte bara lagstiftaren utan också medborgarna bör ju veta vad deras rättigheter innebär. – Och dessutom kunde man med samma skäl som utskottet anförde om grundlagen säga att andra riksdagsutskott är bättre ägnade än domstolarna att tolka allmän lag som samma utskott behandlat – något som veterligen inte påståtts.

Det väsentliga i resonemanget är kanske inte så mycket att riksdagspolitikerna är lämpliga som att domstolarna, eller domstolsjuristerna, är mindre lämpliga som grundlagstolkare. Själv har jag tidigare varit inne på delvis liknande tankegångar: jag har satt ifråga, om verkligen den juridiska metoden var det bästa sättet att lösa kontroversiella politiska problem – det sätt som inger allmänheten det största förtroendet.[13] Genomgången av utskottsärendena från senare år kan emellertid ge anledning att ställa den naturliga motfrågan: är röstning efter partilinjer det bästa och mest förtroendeingivande sättet att lösa kontroversiella statsrättsliga problem?

För egen del får jag erkänna, att jag kanske har varit väl optimistisk i min tro att den traditionella svenska modellen skulle fungera helt tillfredställande på denna punkt. De ökande politiska motsättningarna belyser tydligare än förut systemets brister. Det är svårt att finna den rätta avvägningen mellan juridik och politik i dessa sammanhang.

En konsekvens kanske man i alla fall har rätt att dra av det sagda: vill man reformera den nuvarande ordningen för lagprövning, i ena eller andra riktningen, bör man i varje fall avstå från politiskt utsedda ledamöter i det prövande organet. Det finns bl a skäl att ställa sig skeptisk till flera uppslag som framförts i debatten av anhängarna till en författningsdomstol: att domarna skulle väljas samtidigt med riksdagsvalet[14] eller att i författningsdomstolen skulle insättas vissa politiker för att ge den demokratisk legitimitet och bättre förtrogenhet med det parlamentariska arbetet. Om ledamöterna representerar ett visst parti, finns det naturligtvis risk för en röstning efter partilinjer också efter en sådan reform. Det medför för övrigt också att en regering som har majoritet i författningsdomstolen inte behöver visa grundlagen större hänsyn än idag – snarare mindre, eftersom man för närvarande får räkna med att en okontrollerbar allmän domstol i vissa fall åsidosätter eller åtminstone kritiserar en grundlagsstridig författning.

Trots allt kan det därför synas befogat att vid en eventuell reform låta vanliga domare sköta lagprövningen, hur den nu i övrigt skall gå till – som ett led i de vanliga domstolarnas verksamhet, genom att domare enligt viss automatik inträder i en författningsdomstol[15] eller genom att lagrådet får utvidgade befogenheter att motsätta sig grundlagsstridiga lagar. Då blir naturligtvis vissa sedvanliga invändningar aktuella: risken för domstolarnas politisering och bristen på demokratisk legitimation för det lagprövande organet. Invändningarna får särskild tyngd om man samtidigt vill utvidga möjligheten enligt 11:14 RF att underkänna lagar; den frågan skall jag dock förbigå här.[16] Kanske skulle olägenheterna till nöds gå att avhjälpa genom att befogenheten att utse domare lades på ett annat, mera allsidigt sammansatt organ än regeringen, där även riksdagsmän skulle ingå. Men dessa problem är alltför besvärliga och kontroversiella för att kunna behandlas i en artikel av denna typ.

NOTER

1. KU 1978/79:39 s 13.
2. SOU 1963:17 s 513, SOU 1972:15 s 319.
3. Strömholm i SvJT 1976 s 460, se även Westerberg i Förvaltningsrättslig tidskrift 1985 s 255 f. Jfr Sterzel i Om våra rättigheter III s. 122 f.
4. S 19 ff.
5. Prop 1977/78:75 s 144 f.
6. Liknande frågor har jag tidigare varit inne på bl a i Svensk juristtidning 1987 s 229 ff.
7. Jfr om det sagda Petrén-Ragnemalm, Sveriges grundlagar s 85 f, Holmberg-Stjernquist, Grundlagarna s 136 f, Petrén i Äganderätt och egendomsskydd s 101, Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I, passim.
8. Att ingreppet närmast gjorts till förmån för enskilda, om också i ett offentligt intresse, kan däremot inte anses vara ett hinder för minoritetens tolkning; se Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I s 69 ff och NJA 1989 s 20.
9. Se t ex Petrén-Ragnemalm, a a s 175 med hänvisningar.
10. Märk att statsvetaren Bertil Fiskesjö var med i minoriteten.
11. KU 1978/79:38 s 9 f åberopades.
12. De flesta angreppen har framförts i dagspressen; se emellertid om moderaternas kritik även riksdagsprotokoll 1982/83:103 s 51 ff, Socialdemokratisk kritik av detta slag framfördes särskilt i samband med debatten om engångsskatten. Jfr om detta ärende Sterzel, a.a.s. 111 ff.
13. Se särskilt den i not 6 nämnda uppsatsen. – Jfr Svensk juristtidning 1989 s 674 f och Nordisk administrativ tidskrift 1989 s 334 f, där liknande bekymmer har antytts.
14. Se debattboken En ny grundlag (1988) s 39 f, 103 f.
15. Jfr Bengtsson, Statsmakten och äganderätten (1987) s 86.
16. Vissa betänkligheter mot en obegränsad lagprövningsrätt har jag framfört i Svensk Juristtidning 1987 s. 229 ff.

PROCESSRÄTT

Högsta domstolens dispensprövning och den materiella rättvisan

Av justitierådet BERTIL BENGTSSON

(1989)

1. Från redaktionens sida har man i anslutning till Högsta domstolens 200-årsjubileum visat intresse för uppsatser som från olika aspekter behandlar HD:s verksamhet. Jag skall här ta upp ett begränsat problem, som dock i varje fall för utomstående — advokater, parter, intresserad allmänhet — lär vara väsentligt och kan medföra bekymmer också för domstolens ledamöter: hur skall man kunna förena HD:s speciella uppgifter, när det gäller att välja ut mål som skall tas upp till prövning i domstolen, med den naturliga strävan att rätta till oriktiga avgöranden som brukar utmärka överinstansers arbete? När väl ett mål fått prövningstillstånd (dispens), har domstolen givetvis rätt att beakta också vad som framstår som materiellt rättvist; men hur är det med möjligheterna i det tidigare skede då HD tar ställning till dispensfrågan?

Principerna för HD:s dispensprövning har på senare tid fått en del uppmärksamhet, i debattinlägg av växlande kvalitet.[1] Svårigheten att få ett grepp om riktlinjerna för denna bedömning, som har sådan central betydelse för de enskilda, har ofta betonats. Många jurister känner sig tydligen något frustrerade av ovissheten på denna punkt, och det är ganska förklarligt. En part kan nästan aldrig känna sig säker på att få dispens (däremot lär åtminstone en erfaren advokat, i flertalet mål, kunna konstatera att prövningstillstånd *inte* kommer att beviljas med hänsyn till målets karaktär). Det är annars inte vanligt att beslut av så ingripande slag meddelas utan att några skäl anförs för utgången. Bristen på motivering är emellertid en praktisk nödvändighet; domstolen skulle helt enkelt inte kunna fungera om ledamöterna i varje enskilt mål måste avfatta skäl för beslutet — i varje fall om skälen skall ge några som helst upplysningar av värde om resonemanget.[2]

[1] Av intresse från senare tid är bl. a. Elwings inlägg i Festskrift till Lars Welamson s. 137 ff och i Advokaten 1988 s. 146 ff. Se däremot bl. a. artikel i Advokaten 1988 s. 27 ff (med replik av Welamson s. 99 ff). — Dispensprövningen har behandlats av I. Bråtenius, Prövningstillstånd i Högsta domstolen (1984).

[2] Se Welamson i Advokaten 1988 s. 99 ff.

Förhållandet försvårar i alla händelser för utomstående att närmare analysera tillståndsprövningen från rättsvetenskaplig synpunkt; sådana ambitioner har för övrigt inte denna uppsats. Det är inte så lätt att skriva om dessa frågor ens för en ledamot av domstolen som i ett antal år intresserat sig för frågan. Arkivstudier måste anses meningslösa; man drunknar i ett material där det är näst intill omöjligt att urskilja huvudlinjerna. Och att bygga på egna erfarenheter kan lätt leda till missvisande resultat. Just med tanke på att besluten inte motiverats är det dessutom ofta olämpligt att ange beslut där man själv deltagit som stöd för olika påståenden. — Ändå står det klart att det finns en enhetlighet i bedömningen, som medför att ledamöterna i övervägande flertalet fall kommer till samma resultat i dispensfrågan, låt vara att det ofta kräver åtskillig diskussion.

Svårigheterna för jurister utanför HD, hur framstående de än är, att få grepp om bedömningen får ses som en förklaring till att jag trots allt lägger fram några synpunkter på prövningens innehåll.

Det bör med all tänkbar skärpa understrykas att jag i fortsättningen bara talar för egen räkning. Många nuvarande och tidigare ledamöter torde ha avvikande meningar på åtskilliga punkter. — I vissa fall anser jag mig kunna åberopa en allmän inställning i HD:s dispenspraxis. Men det är som sagt inte alltid möjligt att ge konkreta belägg för något sådant.

2. En orsak till oklarheten, och till svårigheten att ge en upplysande motivering till besluten, ligger i reglernas utformning. Prövningstillstånd kan som bekant enligt 54: 10 RB ges i två fall: om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av högsta domstolen (p. 1), och om det föreligger synnerliga skäl till en sådan prövning (p. 2); som exempel på det senare nämns att det är grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i hovrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller misstag. De tidigare reglerna om att dispens kunde meddelas när man fann anledning till ändring i hovrättens avgörande (ändringsdispens) avskaffades som bekant år 1971.[2a]

Fast det inte direkt framgår av lagtexten, kan reglerna i *första* punkten i själva verket sägas till väsentlig del hänvisa till en sorts *intresseavvägning*. De grunder som lagstiftaren angett för dispens — främst det allmänna intresset av prejudikatbildning — får i de mest praktiska fallen vägas mot skäl som pekar i motsatt riktning: HD:s möjlighet att i övrigt fullgöra sina uppgifter, tanken att två instanser i princip måste vara nog för prövningen, ofta också hänsyn till parterna. Som rätte-

[2a] Ändringsdispensens uppkomst och avskaffande behandlar jag i uppsatsen Ändringsdispens eller prejudikatsdispens, som skall publiceras i verket Den högsta domsmakten i Sverige under 200 år.

gångsutredningen utvecklat, måste dispensprövningen — nu och i framtiden — ge uttryck för prioriteringar av vissa frågor som ter sig mera värda att prövas än andra.[3] Liksom vid andra avvägningsregler kommer ett försök att redogöra för principerna för prövningen i huvudsak att bestå i att man anger exempel på faktorer som har särskild tyngd och faktorer som omvänt väger lätt eller inte alls beaktas vid prövningen; en preciserad beskrivning av regeln är svår att göra. — Jag återkommer till detta i det följande.

Såvitt gäller *andra punkten* krävs som sagt synnerliga skäl för s. k. extraordinär dispens. Enligt lagtexten föreligger sådana skäl när det förekommit resningsgrund eller domvilla. I praktiken anses ofta dispensfrågan därmed klar utan vidare. Det vore ju meningslöst att vägra prövningstillstånd om man kan vänta att avgörandet omedelbart angrips genom särskilt rättsmedel.[4] Om någon egentlig avvägning av skäl för och emot dispens blir inte fråga i dessa fall. Men prövningen blir inte så mycket lättare för den skull — ingendera av förutsättningarna är klart utformade. Resning kan ju enligt 58:1 och 2 RB förekomma på flera olika grunder, och situationen är inte helt densamma som i normalfallet, när det föreligger en lagakraftägande dom i målet. Domvilla blir i normalfallet aktuellt på grund av "grovt" rättegångsfel, vilket i och för sig är ett vagt begrepp — för övrigt med en ganska vid tolkning i praxis — och desutom skall felet ha medverkat på utgången, något som också kan vara svårt att bedöma på handlingarna. Dispens kan vidare meddelas på grund av grova felbedömningar i sakfrågan, varvid man anses böra kräva att felet uppenbarligen påverkat utgången och därtill skall beakta felets betydelse för den förlorande parten. Det är på detta sätt bara undantagsvis som denna dispensgrund kan åberopas — enligt motiven i "utomordentligt sällsynta" fall.[5] När allvarliga förbiseenden och misstag kan konstateras, är det emellertid inte lätt att avgöra om dispensgrunden är tillämplig.

Att märka är att andra punkten som sagt bara ger en exemplifiering. Det innebär att också prövningen om synnerliga skäl förekommer kan bero av en avvägning av skälen för och emot dispens. Vad lagtexten visar är bara att skälen för prövningstillstånd måste väga betydligt tyngre än skälen mot.

Riksåklagaren (liksom justitieombudsman och justitiekanslern såsom åklagare) kan som bekant föra ett mål till HD utan att behöva dispens. Hans praxis vid överklaganden skulle förtjäna en särskild undersökning; den kan inte närmare behandlas här.

[3] SOU 1986:1 s. 78, 108 f.
[4] Jfr Welamson, Rättegång VI, 2 uppl. (1978) s. 169 f.
[5] Jfr NJA II 1971 s. 529 f, Welamson, a.a. s. 171.

3. Bedömningen av frågan om prövningstillstånd har alltså sina speciella drag. Också förfarandet skiljer sig från det vanliga.

Några ord härom kan belysa situationen vid bedömningen. Målen avgörs efter föredragning — i de tveksamma fallen inför tre ledamöter. Anser föredragande revisionssekreteraren att frågan om prövningstillstånd är "av enkel beskaffenhet" (3: 6 2 st.) föredrar han målet för bara en ledamot;[5a] det händer emellertid de flesta föredragningsdagar att ledamoten i något fall finner saken vara så pass diskutabel att han ogärna vill avgöra den ensam. — Varje ledamot får i förväg visst skriftligt material — åtminstone underinstansernas avgöranden samt redogörelse för yrkanden och grunder i Högsta domstolen, i alla tveksamma fall också viss rättsutredning: kopior av eller hänvisning till lagmotiv, annan litteratur och rättspraxis av intresse. Genom att detta material studerats i förväg behöver föredragningen ofta inte bli så lång. Den förenklas också genom den år 1981 införda regeln, att bara omständigheter som sökanden åberopat behöver beaktas vid prövningen av tillståndsfrågan (54: 12 RB). Föredragningen avslutas med att föredraganden föreslår ett beslut — prövningstillstånd, avslagen dispens eller annan åtgärd, t. ex. kommunikation med motparten eller inhämtande av yttrande från sakkunnig myndighet. Överläggningen skiljer sig inte från överläggningar i andra sammanhang, frånsett att inte någon ledamot har förberett målet mera ingående än de andra — någon referent är alltså normalt inte utsedd. I stället yttrar sig den yngste ledamoten först.

Han har ofta en besvärlig uppgift. Det bör understrykas att dispensprövningen utgör en alldeles speciell sorts prövning, som de flesta nyblivna justitieråd saknar erfarenhet av och som kan vålla bekymmer också för erfarna ledamöter; hovrättens prövning av tillståndsfrågan i småmål enligt 49: 13 RB blir inte av samma slag, eftersom man där kan ta hänsyn också till om tingsrättens dom är materiellt felaktig. Som framgått saknas motsvarighet till detta för HD:s del.

Karakteristiskt för prövningen enligt 54: 10 1 p. RB är att man egentligen skall bortse från ett sådant förhållande. Såvitt framgår av lagtexten och dess förarbeten, skall HD rätteligen med jämnmod finna sig i att hovrätten tydligen dömt fel, bara misstaget inte är så grovt som sägs i 54: 10 2 p. Är felet ointressant från prejudikatssynpunkt, skall man godta domen. Synpunkten betonades med skärpa i 1971 års motiv.

Departementschefen anförde bl. a. att HD:s viktigaste uppgift var att vårda rättsenhetligheten, vilket borde ske uteslutande genom att bilda prejudikat. Han tog avsteg från den tanke HD:s ledamöter framfört, att domstolen dessutom skulle kunna ge dispens för att korrigera mera påtagliga avvikelser från rådande praxis, något som i praktiken sades lämna ett vidsträckt utrymme för ändringsdispens — just den dispensgrund som skulle avskaffas. Reformen var att söka nedbringa HD:s arbete med prövningstillstånd till förmån för den prejudikatsbildande verksamheten. Det skulle inte heller vara ett skäl för dispens att meningarna varit delade i domstolarna. Parterna borde i princip få åtnöjas med en prövning i två instanser, om inte prejudikatsintresset föranledde annat. Som exempel på synnerliga skäl nämndes emellertid fall där en dom på

[5a] Enligt prop. 1988/89: 78 skall dispensfrågan även i andra fall få provas av bara en ledamot; det är ovisst hur ofta detta kommer att ske. (F. n. sker enmansprövning i ca 60 % av målen, se prop. s. 50.) Även prövning av 2 ledamöter kan förekomma.

sådant sätt avviker från en lagtolkning eller rättsgrundsats som var klart och entydigt fastlagd genom tidigare praxis att avgörandet var uppenbart rättsstridigt. Det begränsade utrymmet för dispens på denna grund betonades i flera sammanhang — det var fråga om sällsynta undantagsfall. — Justitieutskottet anslöt sig till uttalandena om reformens huvudsyfte och i allt väsentligt till departementschefens uttalanden. Utskottet underströk emellertid att när hovrätterna i väsentligt större omfattning än förut kom att döma som sista instans, detta föranledde att alla möjligheter måste tas till vara att stärka hovrätternas sammansättning och funktion samtidigt som de betydelsefulla kraven på kvalificerad domarutbildning tillgodosågs.[6]

Också 1981 års lagstiftning om HD:s arbetsformer byggde på samma inställning. Departementschefen betonade att sedan 1971 års reform vi i princip hade ett tvåinstanssystem såvitt gällde de allmänna domstolarna. Dispensprövningen utgjorde inte någon i egentlig mening dömande verksamhet och aktualiserade i princip inte frågor som rörde parternas rättssäkerhet. I annat sammanhang påpekades, att genom de nya reglerna — bl.a. om dispensprövning av en ledamot i enkla fall — HD fick möjlighet att ägna mera tid åt den rättsskapande verksamheten och att detta skulle bli till gagn för rättssäkerheten (tydligen i stort).[7] — Det kan nämnas att rättegångsutredningen i sitt betänkande (SOU 1986: 1) om HD:s arbetsformer anlägger samma grundsyn. I denna har också HD instämt i sitt yttrande över förslaget.

Med motivens ståndpunkt skulle alltså det avgörande i de allra flesta fall bli en juridisk-teknisk bedömning, om ett mål är lämpligt som prejudikat, utan hänsyn till den materiella utgången i hovrätten. För detta talar också starka praktiska hänsyn. Det bör från början slås fast, att en återgång till ett system med ändringsdispens idag är en orealistisk tanke. Med nuvarande måltillströmning skulle HD:s kapacitet vara helt oförenlig med något sådant. Till detta kommer de dryga kostnader för det allmänna och för parterna som ett processande i en tredje instans skulle medföra.

Samtidigt står det klart, att en lojal hållning mot lagstiftningens syften här kan komma i konflikt med en naturlig inställning hos många domare. Den som ägnar sig åt domarbanan har nog svårt att tänka sig möjligheten att han i något sammanhang skall behöva godta resultat som kanske inte bara tycks orättfärdiga för honom själv, vilket är illa nog, utan också är oförenliga med de materiella regler som borde ha tillämpats. Skall men låta de processuella reglerna, som de flesta domare betraktar med större respekt än tillgivenhet hindra att en part kommer till sin rätt? — Domarens bekymmer blir inte mindre när han vet att den stora allmänheten och ofta även massmedia delvis har en annan syn än lagstiftaren på HD:s roll. Att domstolen numera är en prejudikatinstans, som inte fått till främsta uppgift att skipa materiell

[6] Se NJA II 1971 s. 526 ff.
[7] NJA II 1981 s. 504 f.

rättvisa i enskilda mål, framstår synbarligen på dessa håll som så säreget att det svårligen kan gå in i medvetandet (och tydligen inte heller godtas av vissa särskilt engagerade advokater).

Hur som helst måste en domare vid dispensprövningen med nödvändighet finna sig i att i viss utsträckning komma till andra resultat än om han bedömt målet i hovrätten. Vad som här skall diskuteras är vilka möjligheter han trots det sagda kan ha att undvika en materiellt otillfredsställande utgång i målen. I vilken utsträckning är det alls försvarligt att anlägga synpunkter av detta slag vid dispensprövningen?

4. Till en början kan sägas, att de motiv som här har berörts inte har riktigt samma tyngd idag. Ett huvudsyfte var ju att HD i mindre grad skulle belastas med dispenser, eller i varje fall inte behöva pröva dem lika ingående som tidigare. Det står klart att domstolens arbetsbörda varierar under olika perioder; efter 1981 års reform, som bl. a. tillåter att enkla dispensmål prövas av en enda ledamot, har möjligheterna ökat att utnyttja domstolens kapacitet, och måltillströmningen har med tiden i viss mån mattats av. Möjligen kunde redan detta motivera en större liberalitet vid dispensprövningen: arbetsbördeargumentet är inte lika avgörande. Alltjämt är dock dispensansökningarna långt fler är man förutsåg år 1971. Något större utrymme har inte HD för att syssla med mål utan prejudikatsintresse, som inte kan väntas förtjäna referat i NJA utan bara omtalas i dess notisavdelning.

Viktigare är att 1971 års motiv delvis bygger på förutsättningar som visat sig brista. Som framgått underströks vikten av att förstärka hovrätterna, som skulle bli slutinstanser i de allra flesta mål. Allt som hänt därefter har emellertid gått i motsatt riktning. Fem år senare infördes lekmannamedverkan i hovrätten; värdet av detta skall inte bestridas,[8] men när man samtidigt tog bort den fjärde juristledamoten i nämndmålen ökade risken för juridiska förbiseenden; inte minst hans kontrollfunktion hade stor betydelse. — Därefter godtogs tremannaavdelningar också i vissa mål där inte nämnd medverkade. Till detta kom den väsentligt ökade arbetsbelastningen och den välkända försvagningen av domarbanans attraktivitet, som kan befaras få allvarliga konsekvenser — kanske främst i de mindre hovrätterna. Idag finns det skäl att bekymra sig betydligt mer än 1971 års lagstiftare för hovrätternas möjligheter på längre sikt att klara av rollen som faktisk slutinstans. Den som emellanåt nödgats godta kryptiskt formulerade domar, meddelade av en ung adjungerad ledamot jämte två nämndemän i strid mot juristmajoriteten i hovrätten (och kanske mot en enig tingsrätt), måste

[8] Personligen har jag haft de bästa erfarenheter av reformen i dess begynnelseskede — men det bör man ju inte bygga några slutsatser på.

känna sig något betänksam mot systemet. Man kan naturligtvis fråga om det skall vara HD:s sak att avhjälpa brister som beror på nedrustningen av hovrätterna; det skulle ändå till stor del bero på en slump vilka avgöranden som rättas till. Men det är svårt att helt bortse från utvecklingen på detta håll.

Det innebär inte att klart felaktiga domar skulle vara vanliga; snarare får man stor respekt för hovrätternas förmåga att trots nedrustningen fullgöra sina uppgifter. Men varje år pensioneras erfarna domare, stöttepelare sedan många år, medan lovande ungdomar försvinner till bättre betalda tjänster och det förefaller allt besvärligare att locka högkvalificerade jurister till landsorten. Och samtidigt synes målen bli alltmer komplicerade.

Också dessa förhållanden skulle kunna ge något stöd för en restriktiv tillämpning av de kärva formuleringarna i dispensbestämmelsernas motiv. Men de räcker naturligtvis inte så långt. Det måste komma till några mera speciella omständigheter för att man skall kunna ge prövningstillstånd i fall som de angivna.

5. Utgångspunkten är alltså att hovrättens dom vid en läsning framstår som materiellt otillfredsställande – antingen genom att rättstilllämpningen synes felaktig eller genom att bevisningen förefaller felbedömd. Självfallet är utsikten att finna dispensskäl större i det förra fallet. Om vi till en början bortser från tillämpningen av de speciella dispensgrunderna i 54:10 2 p. RB, finns det skäl att granska vilka möjligheter *första* punkten kan ge i sammanhanget.

En synbarligen felaktig eller i vart fall tveksam rättstillämpning kan naturligtvis vara ett tecken på att det behövs ett prejudikat i frågan. Av förarbetena framgår att ett sådant resonemang kan föras, om dispens behövs för att förstärka tidigare praxis eller annars klarlägga rättsläget. I litteraturen har man velat gå längre än så. Welamson har sålunda – utan att i detta sammanhang uttala sig om HD:s faktiska praxis – under hänvisning till motiven ansett att dispens kan meddelas i de allra flesta fall där hovrättsdomen befinnes ge uttryck åt en felaktig eller olämplig rättstillämpning.[9] Samtidigt framhålls att enligt lagstiftarens inställning det fanns en grupp "mellanfall", där dispens skulle vägras trots att hovrättens rättstillämpning befanns rättsstridig, nämligen när avgörandet inte uppenbart stred mot lag eller praxis (då dispens var möjlig enligt 2 p.) men inte prejudikatsintresse kunde anses föreligga – en ståndpunkt som Welamson tydligen finner mindre rimlig, låt vara att dessa fall skulle vara mycket sällsynta.[10] – Enligt Ekelöf skulle

[9] Se Welamson, a.a. s. 168, 170. Om praxis är helt densamma nu som för tio år sedan är osäkert.

[10] A.a. s. 170; jfr också i Svensk rätt i omvandling (1975) s. 626.

det vara naturligt att bevilja dispens vid klart oriktiga domar där dock inte hovrätten "grovt misstagit" sig vid bedömning av rättsfrågan; han medger emellertid att lagens upphovsman inte tänkt sig att varje felbedömning av t. ex. ett lagstadgandes innebörd på detta sätt kommer att utgöra dispensgrund.[11]

Att rättsläget är något förbryllande kan man hålla med om. Och såtillvida kan man instämma i uttalandena om dispensmöjligheten, som domstolen inte kan anses handla i direkt strid med rättegångsbalkens regler, om den i situationer av det omtalade slaget ger prövningstillstånd. *Möjligheten* till dispens finns sålunda. Men det är tydligt att lagstiftaren inte tänkt sig att möjligheten normalt skall utnyttjas, och detta är som sagt knappast tänkbart av praktiska skäl. Såvitt jag förstår är svårigheterna att komma till materiellt godtagbara resultat i dessa situationer större än dessa doktrinuttalanden kan tyda på.

Till en början lär dessa närmast ta sikte på de klara fallen, där den felaktiga rättstillämpningen framträder på ett otvetydigt sätt. Men många gånger kan man tveka hur domstolen menat; den höga arbetstakten medför som bekant att domskälen inte alltid blir så klara – läsaren säger sig att det *kan* ligga något i hovrättens synsätt, fast man inte lyckats få fram poängerna i resonemanget. Och även när det är tydligt att ett felslut eller ett förbiseende förekommit, räcker det inte för dispens, om inte felet är särskilt allvarligt. Underligheter av sådant slag kan naturligtvis förekomma utan att någon vägledning behövs för rättstillämpningen; flertalet misstag och förbiseenden saknar varje intresse från denna synpunkt. Att man normalt inte skall fästa någon avgörande vikt vid att delade meningar förekommit i underinstanserna framgår av motiven.[12]

Om målet åtminstone ligger nära gränsen för dispens, blir det som sagt fråga om en avvägning mellan skälen för och emot prövningstillstånd. Mot bakgrunden av lagrummets förarbeten står det klart att en rad argument av skilda slag kan åberopas mot att HD väljer att ta upp just detta mål bland de många där dispens är tänkbar.

Det allra vanligaste är att målet inte bara rör rättstillämpning utan också en *bevisvärdering:* det kan visserligen få intressanta juridiska aspekter, men förutsättningen är att bevisningen bedöms på annat vis än hovrätten gjort. Här får man beakta flera regler i rättegångsbalken som går ut på att HD normalt inte skall pröva bevisfrågor och i vart fall sällan omvärdera vittnesmål och partsutsagor. Muntliga bevis skall tas upp bara om det finns synnerliga skäl, och motsvarande gäller syn (35

[11] Ekelöf, Rättsmedlen (9 uppl., bearbetad och utgiven av R. Boman, 1982) s. 101 (jfr s. 98).
[12] NJA II 1971 s. 528 f. Jfr Ekelöf, a.a. s. 97.

kap. 13 §); även omvärdering av sådan bevisning utom till en tilltalads förmån kräver vanligen synnerliga skäl, om den upptagits i hovrätten (se närmare 55 kap. 14 §). Också den som känner sig skeptisk mot ett visst hovrättsavgörande har svårt att komma ifrån, att HD sällan har möjlighet att komma till större klarhet i bevisfrågan. Muntlig bevisning har inte kvar så mycket fräschör i HD; parternas och vittnenas minnesbild av händelseförloppet bleknar; däremot finns det naturligtvis stora risker att de alltför väl minns vad de sagt i hovrätten och jämkar uttalandena så att de får mera önskvärda konsekvenser. Den relativt stillsamma atmosfären vid huvudförhandlingarna i HD, vanligen utan hårda korsförhör eller större aggressivitet från någondera sidan, brukar inte heller bidra till mera markanta omsvängningar i bevisläget. Man kan inte heller bortse från att tingsrätternas och hovrätternas vana just vid bevisbedömning är långt större än de flesta HD-ledamöters.

Riktigt samma problem aktualiseras knappast i det omvända läget: när rättsfrågan kan väntas komma upp under förutsättning att bevisningen bedöms på *samma* sätt som hovrätten gjort. Här kan ju de angivna reglerna göra det troligt att HD kan utgå från hovrättens bevisbedömning. Men det är inte alltid man känner sig säker på detta; bl. a. kan revisionssvaranden å sin sida komplicera läget genom att dra fram bevisfrågor för att illustrera hur illa lämpat målet är för prövningstillstånd. Det kan också hända att rätts- och bevisfrågor är så sammanvävda att man inte kan vänta sig att prejudikatet får någon betydelse — fallet är inte rent.

Allt som allt utgör det ett väsentligt argument mot dispens att bevisfrågor spelat en viktig roll för utgången, och detta även om en viss rättsfråga i och för sig tycks ha intresse. Det vill mycket till för att uppväga en sådan invändning. Särskilt på denna punkt brukar man emellertid ofta missförstå HD:s uppgift utanför juristkretsar.

Däremot är de allra flesta ombud naturligtvis medvetna om förhållandet; att ändå så många ansökningar om dispens riktar in sig på bevisfrågor kan väl ofta förklaras med att man enligt huvudmännens önskan vill angripa hovrättens dom på alla tänkbara punkter. I stället för att försöka hyfsa målet i samband med ansökningen försöker man påfallande ofta sitta på två stolar: man bestrider att ett visst väsentligt förhållande är styrkt, och man påstår att målet i varje fall har prejudikatsintresse. Chanserna att få upp målet i HD kanske hade ökat, om man godtagit hovrättens bevisvärdering och argumenterat för prejudikatsdispens med denna utgångspunkt.[12a]

[12a] Möjligen ökar chanserna till dispens något i mål av denna typ med den föreslagna regeln i 54: 11 RB, att HD får bryta ut en prejudikatsfråga och ge dispens i denna del (jfr nedan vid not 21); det är dock ovisst, hur pass praktiskt detta blir.

En närliggande invändning mot prövningstillstånd är *målets vidlyftighet:* priset för ett prejudikat skulle vara för högt, om HD måste ägna veckor åt en huvudförhandling rörande den aktuella rättsfrågan. Detta stämmer helt med tanken i motiven, att HD:s arbetskapacitet bör utnyttjas på ett så rationellt sätt som möjligt; endast mycket centrala rättsliga problem bör få lägga beslag på så mycket av domstolens tid.[13] Inte minst från allmänhetens synpunkt är det olyckligt om en hel avdelning i domstolen hindras att sköta det löpande arbetet under en långvarig huvudförhandling. Målen fördröjs, till nackdel för parter som vill få en dom verkställd, oroar sig för ett eventuellt fängelsestraff eller vill vinna klarhet i ett ovisst rättsläge. Att förstärka HD tillfälligt går bara för revisionssekreterarnas del, inte när det gäller domstolens ledamöter; i motsats till i våra grannländer kan inte vikarier förekomma i högsta instans. Och man kan inte gärna invända att HD borde kunna öka arbetstakten, så att man lättare kan klara av stora mål. De utredningar om HD:s verksamhet som lagts fram under senare decennier synes utgå från att det inte går att pressa ledamöterna mycket mera, om man skall räkna med fullgoda arbetsprestationer.[14] Det krävs mycket för att en dispensavdelning skall bortse från de nackdelar en dispens i ett stort mål medför.

Man kan diskutera, om de stora huvudförhandlingsmål som på det senaste decenniet stoppat upp HD:s arbete i efterhand visat sig värda sitt pris. Det största av dem alla, skattefjällsmålet (NJA 1981 s. 1), upptog en avdelnings väsentliga arbetstid under mer än ett år; förhandlingen tog närmare ett halvår längre tid än man från början kalkylerat med. Trots att processen ganska väl belyste samernas rätt från olika synpunkter, visade den sig inte klargöra rättsläget i alla delar av Sverige, som man från början kunde hoppas — på sin höjd i Jämtland och Härjedalen. Det s. k. Leomålet (NJA 1982 s. 421), som rörde ansvar för läkemedel, föranledde visserligen HD att slå fast beviskravet för orsakssammanhang med skadan i sådana fall; men det blev hela resultatet av HD:s ansträngningar, eftersom kravet inte ansågs uppfyllt i det aktuella fallet. Principen saknar numera större intresse också vid läkemedelsskador, eftersom dessa normalt betalas av läkemedelsförsäkring. — "Tsesismålet" (NJA 1983 s. 3) rörde utan tvivel väsentliga skadeståndsfrågor, bl. a. tillämpning av oljeskadekonventionen och statens ansvar för felaktig sjömärkning; här kan HD:s tid synas relativt väl använd. — Jag förbigår då sådana mera överkomliga arbetshinder som bara innebär någon veckas huvudförhandling; här är det vanligare att målet visar sig värt att offra tid och möda på, exempelvis NJA 1979 s. 483 (Bergman & Beving-målet).[15] Ett par andra stora mål förde riksåklagaren fram; till stor del var det fråga om bevisfrågor, där bedömningen knappast kan väntas sätta större spår i domstolarnas senare rättstillämpning.

[13] Jfr också SOU 1986:1 s. 109.
[14] Se t. ex. SOU 1986:1 s. 68, 114.
[15] Se även t. ex. NJA 1987 s. 885, där liksom i Bergman & Beving-målet en rad principiella frågor kom upp. — Jfr om dessa frågor även Welamson i Svensk rätt i omvandling s. 626 f.

I vissa typer av tvister kan *prejudikat ha så ringa betydelse* att det sällan finns skäl att producera dem — de kan rentav få en olämplig effekt genom att de åberopas i otid. Ett typiskt exempel är de vanliga frågorna om vårdnad om barn och umgängesrätt, vilka förhållandevis sällan tas upp till prövning i HD. Ett väsentligt skäl för en sådan hållning torde vara att några klara riktlinjer knappast kan dras upp för bedömningen i dessa fall och kanske närmast vore av ondo; förhållandena är alltför olika, och en schematisk prövning med ledning av några HD-avgöranden kan leda till olyckliga resultat i enskilda fall. Till detta kommer naturligtvis att ett processande i tre instanser är ägnat att ytterligare fördjupa motsättningarna mellan parterna och hindra en stabilisering av barnens förhållanden. Också i mål av denna typ finns det i allmänhet skäl att lita på hovrätternas erfarenhet och sunda förnuft och med jämnmod acceptera deras bedömning. — Andra områden där prejudikat saknar större värde trots frågornas praktiska vikt är ersättning till offentliga försvarare och till biträden enligt rättshjälpslagen; här blir ju skälighetsbedömningar vanligen avgörande, utom när saken gäller om en viss typ av arbete skall ersättas.

Också *straffmätning* utgör ett praktiskt problem med stor betydelse från åtskilliga synpunkter, där emellertid förhållandena i enskilda fall är mycket varierande. Det har inte varit så vanligt att mål dispenseras enbart med tanke på straffmätningen, om inte de rört sådana principiella frågor som när över huvud taget en icke frihetsberövande påföljd är möjlig vid brott där hänsyn till allmän laglydnad anses väga tungt (t. ex. rattfylleri, allvarligare misshandel, våld mot tjänsteman). Genom de senaste ändringarna i brottsbalken med deras mera preciserade riktlinjer för påföljdsvalet är situationen kanske i någon mån en annan; de individuella förhållandena mister i någon mån sin betydelse, och möjligheten blir större att göra vägledande uttalanden. Alltjämt beror dock rättstillämpningen vid olika typer av brott av en avvägning, där enstaka prejudikat inte är till stor hjälp.

Ännu ett argument för att vägra dispens är att målet till stor del rör utpräglat *tekniska* problem, som HD:s ledamöter normalt inte kan bedöma med någon säkerhet. Det är klart att sådana brister kan till en del avhjälpas genom att sakkunniga hörs i domstolen; att väga olika experters uttalanden mot varandra är ju något som en domare ganska ofta får göra. Men att HD skulle i större utsträckning skulle ägna tid och kraft åt frågor, som på detta vis ligger utanför domstolens speciella kompetens, skulle stämma dåligt med lagstiftarens uppfattning om dess roll. Domstolens uttalanden skulle här knappast bli vägledande för någon rättstillämpning, hur stort praktiskt behov det än kan finnas att klarlägga exempelvis om ett visst tekniskt förfarande varit lämpligt

eller ej. — I den mån de tekniska frågorna är avgörande lär för övrigt HD ha svårt att bedöma om utgången i hovrätten är oriktig.

Ett exempel på mål av detta slag är det s. k. Barsebäckmålet, angående förbud mot besprutning av jordbruk, där HD med 2 röster mot 1 avslog dispens; som antyds i ett särskilt yttrande av minoriteten har bl. a. frågornas besvärliga tekniska karaktär (jämte betydelsen av bevisbedömningen) talat mot att dispensera ett i övrigt intressant mål.[16] Det gällde här till stor del problem som miljöskyddsmyndigheterna långt bättre kunde bedöma än en allmän domstol.

Rättsfrågans ovanliga art utgör naturligtvis också ett argument mot dispens. En aldrig så intressant fråga motiverar sällan prövningstillstånd, om man kan räkna med att motsvarande problem i praktiken bara kommer upp i sällsynta undantagsfall. Det lönar sig knappast att skapa prejudikat angående lagar som numera upphävts, eller om ovanliga brott som tvegifte, ockerpantning eller förfalskande av fast märke. Mot dispens talar också att en lagregel kan väntas bli ändrad så att den intressanta rättsfrågan snart kan mista sin aktualitet.

Ett starkt dispensskäl är däremot att målet rör *praktiska frågor* som annars sällan kommer under de allmänna domstolarnas prövning. Varje inte allför säregen tvist från köp-, entreprenad- eller avtalsrättens områden — där som bekant skiljeförfarande är det vanliga — väcker omedelbart intresse: kanske kan man åstadkomma ett välbehövligt prejudikat som kan klarlägga rättsläget på någon punkt? Detsamma gäller vardagliga problem med ringa ekonomisk räckvidd, vilka inte brukar bli föremål för vare sig domstolstvister eller åtal — t. ex. tolkning av standardavtal på konsumentområdet eller frågor som rör allemansrätten. Inställningen är nog att mål av denna typ skall man ta väl vara på; även om de inte från alla synpunkter kan verka lämpade att tas upp i HD, är det möjligt att det praktiska behovet att klarlägga rättsläget kan kompensera andra nackdelar. — På samma sätt finns det ofta anledning att bedöma mål som illustrerar oklarheter i färsk lagstiftning.

Är det fråga om en *särskilt vanlig typ av domstolstvister* kan HD vara mera kräsen; ett exempel rör fel i fast egendom (4: 19 JB), där så många fall förs till högsta instans att man nu, efter att ett antal ledande prejudikat har producerats, kan välja och vraka bland målen — enbart de som från alla synpunkter verkar lämpliga finns det skäl att dispensera.

Som framgått är det inte någon avgörande invändning mot dispens att en tvist eller en åtalad förseelse varit *bagatellartad.* Det stämmer väl med lagstiftarens tankegångar att domstolen tar upp också sådana mål,

[16] Beslut i mål T 324/87.

när vägledning behövs för rättstillämpningen. Men rimligen bör förhållanden av detta slag i viss mån påverka dispensprövningen. Man kan säga att värdet av att rättsläget klargörs står i viss proportion till hur mycket rättsläget typiskt sett betyder för parterna. Bagatellfrågor kan aldrig få samma betydelse från de enskildas synpunkt som rättsliga problem med genomgripande inverkan på partens ekonomiska eller personliga förhållanden.

Ett exempel på ett tveksamt dispensfall i en bagatellartad fråga var det omskrivna målet om katten Astor (NJA 1988 s. 86), där prövningstillstånd meddelades med 2 röster mot 1. Fallet rörde främst det ganska praktiska problemet, i vad mån ett husdjur kan anses vara i någons besittning när det sprungit bort. Katten dog dessvärre under HD-processen, men HD klargjorde sin inställning i beslutet om rättegångskostnader.

En svaghet hos många mål, som annars kunde förtjäna prejudikatsdispens, är att *problemet är olämpligt ställt:* grunden för talan eller den invändning som framställts från motsidan är utformad på sådant sätt att den väsentliga rättsfrågan inte ställs på sin spets eller att prejudikatet rentav kan missförstås. På denna punkt måste kvaliteten hos ombuden få viss betydelse. Det förekommer emellanåt i huvudförhandlingsmål att en advokat till domstolens besvikelse envist underlåter att åberopa den väsentliga omständighet som motiverat dispens; på detta sätt kan ett lovande prejudikatmål förolyckas.[17] Det kanske beror på bakomliggande förhållanden som domstolen inte kan överblicka, eller det kan ha varit bara en händelse som gjorde att saken råkade beröras i revisionsinlagan. Misstänker man att på detta sätt ett ombud inte har samma uppfattning som HD om poängen i målet, talar det naturligtvis mot prövningstillstånd.

6. I det föregående har varit tal om fall där hovrättens rättstillämpning förefallit felaktig. Om felet endast tycks ligga i *bevisbedömningen,* är det självfallet ännu svårare att motivera prövningstillstånd. Det finns egentligen bara en möjlighet till detta, i varje fall i brottmål: att anse att beviskravet måste klargöras bättre i situationer som den aktuella. Argumentet har flitigt utnyttjats av advokaterna på senare år, särskilt i mål där varje annat dispensskäl saknas. De kunde möjligen få stöd i det förhållandet att riksåklagaren emellanåt anser sig böra föra upp bevisfrågor till HD, liksom annars utan att behöva dispens. Man kanske kunde tycka, att den tilltalade här borde vara likställd med sin motpart.

[17] Ett exempel härpå synes vara NJA 1982 s. 380, där det kunde ha varit närliggande för den skadelidande (och av stort juridiskt intresse) att åberopa ett garantiansvar för producenten men detta av någon anledning underläts vid huvudförhandlingen.

— För att uppnå en sådan jämvikt, som i och för sig ter sig rimlig, är det dock lämpligare att genom lagändring ta bort riksåklagarens omstridda privilegium på denna punkt. Att han anser rättsläget böra klarläggas i visst avseende kommer ändå att väga tungt vid dispensprövningen.

Det är emellertid tydligt att utsikten till dispens på sådana grunder inte är stor. Bevisläget beträffande olika brott och i olika situationer kan ju skifta nästan hur mycket som helst, och självfallet kan HD bara göra ett snävt urval av fall där uttalandena om kravet verkligen skulle vara till nämnvärd ledning för rättstillämpningen; att oftare ta upp sådana mål skulle strida mot lagstiftningens syften. Vad som kan komma i fråga är huvudsakligen brott och tvister av mycket vanligt slag och bevislägen som framstår som typiska och erfarenhetsmässigt erbjuder speciella problem. Exempel ger vissa narkotikabrott (NJA 1982 s. 164), våldtäkt (NJA 1980 s. 725) och sexuella övergrepp mot barn (jfr NJA 1986 s. 821, där dock riksåklagaren fört fram målet); på tvistemålssidan kan nämnas frågor om beviskravet för orsaksamband i skadeståndsmål (jfr bl. a. NJA 1981 s. 622 och NJA 1982 s. 421) och för att försäkringsfall har inträffat (jfr NJA 1984 s. 501, NJA 1986 s. 3, NJA 1986 s. 358). Just i de fall där bevisproblem är praktiska brukar naturligtvis HD också ha ett stort antal fall att välja mellan; man kan dispensera just sådana mål där problemet ställts på sin spets och kan väntas bli belysta utan några komplicerande förhållanden som minskar prejudikatsvärdet. Mot denna bakgrund står det klart att chanserna att få en oriktig bevisvärdering prövad av HD är mycket begränsade. I renodlade bevismål finns det än större anledning att acceptera hovrättens prövning med tanke på dess rutin på området och de begränsade möjligheterna att komma till motsatt resultat i tredje instans.

Man hör inte sällan synpunkten att det skulle vara ett särskilt dispensskäl att *målet varit speciellt uppmärksammat av allmänheten.* Mitt intryck är emellertid att detta knappast har någon självständig betydelse för HD:s bedömning. Att ett mål varit omdiskuterat kan naturligtvis vara ett indicium på att det rör en fråga som har stor praktisk betydelse eller allmänt uppfattas som principiellt viktigt, och då kan detta vara ett vägande skäl för att klargöra rättsläget med ett prejudikat (låt vara att massmedia normalt visar ringa intresse för HD:s motivering utan brukar inrikta sig på domslutet och den förlorande partens reaktioner). — Men många gånger beror uppmärksamheten på andra förhållanden. Det är inte ovanligt att man missförstår vad problemet i målet egentligen rör när det kommer till HD — inte minst när bevisfrågor spelar en central roll, som ju ofta är fallet i dessa mål. I så fall är det allmänna intresset för målet inget argument för prövningstillstånd.

Man får också vara på sin vakt mot att advokater eller andra ombud med särskild talang att intressera massmedia för sin verksamhet lyckas väcka diskussion kring ett mål som annars knappast förtjänar dispens. Det är naturligtvis inte meningen att parternas dispensmöjligheter på detta sätt skall bero på ombudens kontakter med tv eller tidningar.

7. Det framgår av denna översikt att talrika invändningar kan tänkas mot att ett till synes feldömt mål tas upp i HD. I vissa fall kan dock själva felbedömningen vara ett stöd för att bättre vägledning behövs för praxis — en synpunkt som man tagit fasta på i litteraturen (se 5 ovan). Det gäller främst när felet avser rättstillämpningen. Att målet rör stora värden eller ett allvarligt brott kan, samtidigt som felbedömningen här blir mera stötande, åberopas för att en korrigering skulle ha särskilt värde från allmänhetens synpunkt. — Men på det hela taget väger den materiella oriktigheten lätt, åtminstone med lagstiftarens inställning. Och den måste HD alltjämt följa i det väsentliga.

Något utrymme finns dock att ta hänsyn till att hovrätten kommit till oriktigt resultat. Framför allt bör framhållas den möjlighet som finns att bland tänkbara prejudikatfall välja ut just de mål där hovrättens dom vid en läsning framstår som oriktig eller åtminstone diskutabel; det gäller både rättstillämpnings- och bevisfallen. Att så sker i viss utsträckning torde stå klart; även utan att anföra någon statistik kan man lätt konstatera, att i påfallande många refererade fall hovrättens avgöranden ändrats. Det kan inte anföras till stöd för att hovrättens domar allmänt sett har låg kvalitet; en mera närliggande förklaring är, utom HD:s större frihet i förhållande till lagmotiv och äldre praxis, att just utgången i hovrätten medverkat till att prövningstillstånd getts. En sådan praxis vid dispensprövningen är väl förenlig med lagstiftarens syften: om ändå ett urval ska ske, kan man lika gärna välja ut de fall där det oklara rättsläget fått olyckliga konsekvenser. Genom att en avvikande dom av HD ställs mot hovrättsdomen kan innebörden av rättsregeln bättre belysas, inte minst när HD anser det befogat med ett ändrat synsätt i en viss typ av mål.

En sådan urvalsprincip måste också sägas vara mest hänsynsfull mot parterna. Det är naturligtvis ofrånkomligt att HD ibland måste dispensera mål i tanke att fastställa hovrättens domslut, men det innebär ofta att parterna får betala dyrt för att rättsläget skall klargöras. Den som vunnit i hovrätten får finna sig i att processa i ännu en instans, med det dröjsmål, den oro och de andra olägenheter som detta medför; för motparten betyder en prövning i HD ofta att han får svara för ytterligare rättegångskostnader, egna och motpartens, i en rättegång där domstolen i varje fall preliminärt anser honom ha dåliga chanser till

framgång. Också sådana synpunkter är det naturligt att beakta vid den intresseavvägning som dispensprövningen utgör.

8. Vad som nu sagts blir emellertid bara aktuellt när man faktiskt kan urskilja ett visst prejudikatsintresse hos målet. Många gånger är detta svårt. Vad som återstår är då i första hand att man prövar om 54:10 andra punkten är tillämplig. Som framgått av det föregående är avsikten att denna dispensgrund skall tillämpas bara undantagsvis. Klara resningsfall förekommer väl emellanåt, vanligen genom att nya vittnen dyker upp; resultatet brukar i de typiska fallen bli dispens för återförvisning av målet i hovrätten, där den nya bevisningen får prövas — en tilltalande lösning från HD:s synpunkt genom att domstolen slipper lägga ned kanske betydande tid på ett mål utan egentligt prejudikatvärde. Även om revisionskäranden kommer med mindre övertygande bevisning i HD, kan det vara en grund för att en tvivelaktig brottmålsdom tas upp till granskning i hovrätten, förutsatt att det verkligen är något nytt som åberopas. Man kan i vissa sådana mål tillämpa den speciella regeln i 58 kap. 2 § 4 RB, att det finns synnerliga skäl att frågan om den tilltalade begått brottet prövas ånyo; rimligen behövs något mindre starka skäl i detta läge än när domen vunnit laga kraft. — Domvillofall är inte heller helt ovanliga; även här kan det emellanåt bli fråga om återförvisning. Vid övriga dispensgrunder enligt andra punkten är det däremot svårt för HD att undvika att pröva målet i hela dess vidd trots att det saknar principiellt intresse. Det är emellertid mycket sällan som hovrätten kan anses ha gjort sig skyldig till grova förbiseenden och misstag. Och vad angår andra fall av synnerliga skäl enligt andra punkten, är det tydligt att också denna dispensgrund är avsedd att tillämpas med största återhållsamhet.

Här är det emellertid en typ av resonemang som har särskilt intresse i sammanhanget. Det är möjligt att *flera olika dispensskäl,* som var för sig inte är särskilt starka, i förening med att utgången förefaller oriktig kan motivera ett prövningstillstånd. Prejudikatsintresset är kanske tämligen obetydligt, eftersom bevisfrågorna spelar en viktig roll eller målet är särpräglat; men dessutom förekommer det något som liknar resningsskäl — t. ex. ett nytt vittne som eventuellt kan ge en ny belysning åt målet — eller en underlighet i förfarandet som liknar ett rättegångsfel; eller ett förbiseende kan konstateras, men inte så allvarligt att det kan betecknas som grovt. Frågan är om sådana grunder för dispens kan *läggas ihop* så att de räcker för att ta upp målet till prövning. Det lagstöd som i så fall kan åberopas är att 54:10 p. 2 som sagt bara utgör en exemplifiering av synnerliga skäl; man kan tänka sig även andra skäl av det slaget, men de måste väga så tungt att en dispens ter sig högst angelägen.

Att HD emellanåt meddelat dispens i fall av ungefär denna typ torde stå klart. Jag undrar om inte många av de gränsfall Welamson diskuterar hör dit (se 5 ovan). Det är svårt att säkert säga hur vanliga dessa dispenser är. Exempel finns förmodligen främst bland notisfallen i NJA; bland dem lär dispens på grundval av p. 2 dominera, även om man också kan hitta en hel del mål som från början antagits ha prejudikatsintresse men av ena eller andra orsaken gått snett. Ett resonemang som det angivna kan ibland vid en läsning av notisreferatet te sig som den enda tänkbara dispensgrunden.[18]

Här bortses från fall där riksåklagaren medgett prövningstillstånd och revisionstalan. Då är det svårt att undgå att dispensera målet, hur ointressant från juridisk synpunkt det än kan te sig. Ofta kan här humanitära hänsyn spela en viktig roll — ett fängelsestraff kan t. ex. bli ödesdigert för en tilltalad, enligt upplysningar som kommer fram i HD. Visserligen kan den naturliga utvägen synas vara att den dömde fick nåd; kunde man känna sig säker på detta vore den lösningen avgjort att föredra. Men i de flesta fall är utsikterna till nåd trots allt så pass ovissa, att HD, kanske utan större entusiasm, meddelar prövningstillstånd.

Det händer att mål där dispens getts på sådana blandade grunder som nyss omtalats rentav kan bli refererade. Ett exempel på detta ger NJA 1985 s. 822; här har — som påpekats i litteraturen[19] — HD vid dispensprövningen kunnat beakta, utom att bevisningen i vart fall på papperet tedde sig helt otillfredsställande, att revisionskäranden i hovrätten förvägrats att höra ett vittne som inte föreföll ointressant i sammanhanget. När allt kom omkring visade sig bevisfrågorna ha tillräckligt intresse för att motivera referat. — Ett annat tänkbart fall av denna typ är NJA 1980 s. 263 (där också bevisvärdering spelat en väsentlig roll utan att något principiellt beviskrav blivit aktuellt).[20]

[18] Tänkbara fall från senare år där önskan om ändring av hovrättsdomen kan ha medverkat är NJA 1981 A 1, NJA 1982 B 5, NJA 1983 B 2, NJA 1985 A 6, NJA 1985 A 8, NJA 1986 A 2, NJA 1987 A 1, NJA 1987 B 4; alla dessa fall kan dock också vara exempel på förolyckade prejudikat, där målet visat sig mindre givande från rättslig synpunkt än man från början trott. Detta är mindre troligt i fråga om NJA 1983 B 4, NJA 1984 A 3 (där något som liknade resningsskäl också kan ha inverkat), NJA 1985 B 2 (där dock möjligen målet antagits belysa beviskravet i våldtäktsfall; HD kom emellertid till samma resultat som hovrätten), NJA 1986 B 2, NJA 1985 B 3, NJA 1987 B 9 (där också beviskravet kan tänkas ha blivit aktuellt); alla dessa mål påminner om de fall där ändringsdispens meddelades före 1971, men säkra uttalanden om dispensgrunden är svåra att göra. — I de flesta fall, där hovrättens domslut fastställts utan att målet refererats, är det troligt att man har att göra med ett tilltänkt prejudikatmål som av någon orsak gått snett; se t. ex. NJA 1983 A 1, NJA 1983 A 2, NJA 1984 A 2, NJA 1985 A 4, NJA 1987 A 1, NJA 1987 A 2, NJA 1987 A 3, NJA 1987 A 5.)

[19] Se Elwing i Festskrift till Welamson s. 148 f. — Elwing kritiserar dispensbeslutet, som f. ö. fattades av 2 ledamöter (däribland uppsatsförfattaren, som senare blev referent i målet) mot 1. Hans utförliga diskussion av detta beslut och av domen är av stort intresse men bör lämpligen inte kommenteras här.

[20] I NJA 1983 s. 441 — ett stort mål där RÅ förde fram huvudfrågan, väsentligen av bevisskäl — refererades också domen.

I den mån ett resonemang av detta slag är möjligt, innebär det naturligtvis en utväg att nå ett materiellt riktigt resultat. Man får emellertid hålla i minnet, att med tanke på lagstiftarens inställning och HD:s arbetsbelastning utvägen bara kan tillgripas i speciella fall, där utgången i hovrätten av ena eller andra skälet framstår som klart stötande. Vid avvägningen för och emot prövningstillstånd får rimligen beaktas samma argument mot prövningstillstånd som berörts på tal om 54:10 p. 1. Det är inte ofta som synnerliga skäl för dispens kan föreligga trots att sådana motargument kan åberopas.

Även i tvistemål och besvärsmål kan det hända att prövningstillstånd medges från motsidan. Men då är det vanligen fråga om principiellt intressanta frågor, där man från denna sida önskar att rättsläget klarläggs; en sådan inställning kan förekomma t. ex. hos stora försäkringsbolag eller organisationer. Ofta har HD inga betänkligheter att meddela dispens i sådana fall (frånsett kanske när målet är så omfattande att ett klarläggande trots allt inte förefaller vara värt sitt pris).

9. Resultatet blir, att möjligheterna att beakta den materiella rättvisan vid dispensprövningen alltjämt framstår som begränsade, fast ingalunda obefintliga. En part har idag ingen rätt att vänta sig att HD ger en ändringsdispens av den typ som gavs före 1971. I många fall torde en eventuell felaktighet väga så pass lätt i förhållande till motstående argument att HD inte anser sig berättigad att ta upp målet. Och utvecklingen tycks närmast gå mot att inskränka möjligheterna ytterligare; de närmaste reformplanerna går ut på att låta HD i högre grad än nu kunna renodla en rättsfråga utan att ta ställning till de materiella frågorna i målet i övrigt.[21] I varje fall juristerna på lagstiftarsidan torde föredra en högsta domstol som huvudsakligen ägnar sig åt teoretiska problem på hög nivå i stället för att skipa rättvisa i enskilda fall; om allmänheten har samma inställning är mera tvivelaktigt, men på detta håll vet man ju mindre om de praktiska förutsättningarna för HD:s verksamhet.

För dispensprövningens del kan man i alla händelser vänta att efter de föreslagna reformerna materiellt otillfredsställande domar får accepteras i ungefär samma utsträckning än idag. Det anses mera angeläget att HD får större möjligheter att åstadkomma en enhetlig rättstillämpning än att man kan rätta till ett och annat oriktigt avgörande utan principiellt intresse. I ett vidare perspektiv kan den förra funktionen te sig viktigare för rättssäkerheten.[22] Genom att domstolen skulle kunna bryta ut intressanta prejudikatsfrågor blir det möjligt att ännu mer än nu koncentrera sig på de principiella aspekterna och

[21] Se SOU 1986:1 bl. a. s. 112 ff, prop. 1988/89: 78 s. 21 ff.
[22] Jfr NJA II 1981 s. 504 f.

bortse från konsekvenserna i det enskilda fallet. Däremot kan följden bli att sådana argument mot dispens som målets vidlyftiga eller tekniskt komplicerade natur inte väger lika tungt som nu. I många fall torde dock rättsfrågan vara svår att ta upp isolerad, och då kvarstår betänkligheterna mot att dispensera mål av detta slag.

Det kanske verkar närliggande att dispensprövningen i detta läge anförtroddes åt en myndighet utanför HD; argumentet återkommer gång på gång i olika remissyttranden, bl. a. från Svea hovrätt. Att välja ut mera abstrakta rättsproblem för prövning kunde synas vara en sysselsättning som lika väl passade professorer, framstående lagstiftningsspecialister i departementet och advokater med mera teoretisk läggning. Enligt min mening vore dock denna lösning olycklig. Det torde vara nära nog ofrånkomligt att HD:s ledamöter, med sin erfarenhet av de problem som uppkommer när mål av olika slag tas upp, sköter denna inte särskilt tacksamma uppgift; intresseavvägningen är så pass besvärlig att den måste grundas på ingående erfarenheter också om de praktiska frågor som ofta spelar en väsentlig roll i domstolens prejudikatbildande verksamhet. Redan det förhållandet att man hos riksåklagaren undantagsvis har en annan syn än HD på hur domstolens resurser bör användas har visat sig ställa till en del bekymmer; ändå lär det bara vara i sällsynta undantagsfall som riksåklagaren för fram mål som HD inte skulle dispenserat. — Det kan tilläggas att läsning av dispensmålen också ger HD:s ledamöter en värdefull, ibland nära nog oumbärlig överblick över underdomstolarnas praxis t. ex. i straffmätningsfrågor och angående de praktiska problem som möter där i mål av olika slag. Det är kunskaper som inte man läser sig till i en hast när de behövs i ett konkret mål som dispenserats.

För att systemet skall fungera tillfredsställande inte bara från domstolsadministrativ synpunkt utan också ur allmänhetens perspektiv framstår i stället främst en åtgärd som nödvändig: att *förstärka hovrätterna*, så att man med större jämnmod kan låta dem ha sista ordet även i mål av väsentligt intresse. Som framgått har statsmakterna på denna punkt direkt avvikit från de intentioner riksdagen gav uttryck för vid 1971 års reform. Det borde vara överflödigt att här utveckla vikten av att hovrätterna får sådana resurser och sådan attraktivitet för framstående jurister som gör att de även på sikt kan klara av sina viktiga uppgifter; frågorna hänger nära samband med det omdiskuterade mera allmänna problemet om domarbanans konkurrenskraft. Vill man ytterligare begränsa HD:s möjlighet att beakta de materiella aspekterna i det enskilda fallet, vore det oförsvarligt att bortse från hovrätternas roll i sammanhanget. En hög standard och drägliga arbetsförhållanden hos dessa domstolar är en förutsättning för att HD skall ha rätt att koncentrera sig på de stora principiella frågorna.

Resning i brottmål vid synnerliga skäl

av Bertil Bengtsson
(1990)

1. Den dömande verksamheten i Högsta domstolen har som bekant det särdraget att den i stor utsträckning måste inrikta sig snarare på att vägleda rättstillämpningen i stort än på att skipa rättvisa i det enskilda fallet; det gäller naturligtvis i särskild grad vid dispensprövningen,[1] men inte bara där. Det finns emellertid situationer där individuella rättvisesynpunkter spelar samma dominerande roll som för andra domare, och till dem hör resningsärenden. Alldeles särskilt framträder detta när en dömd söker resning i brottmål: en domare har ju i regel ytterligt svårt att med jämnmod godta en till synes felaktig brottmålsdom som går ut över den tilltalade.

Men inte heller här har han möjlighet att agera fritt: det är som bekant bara under alldeles speciella, snävt begränsade förutsättningar som resning kan beviljas enligt 58 kap 2 § rättegångsbalken. Kan det inte konstateras att dessa föreligger kan man inte rätta till en dom, hur upprörande eller åtminstone olustig den än verkar. De tre första punkterna i paragrafen ger inte domaren något fritt spelrum, inte heller den femte. Möjligheterna är som bekant något större enligt punkt 4 (tidigare punkt 3). Utgångsläget är visserligen att en omprövning av redan förebragd bevisning inte skall medges, även när bevisbedömningen framstår som diskutabel; det är den traditionella inställning som fastslagits i RB och hela tiden upprätthållits, trots att den varit svår att förstå för allmänheten och tidvis har angripits i den allmänna debatten, dock mest av andra än jurister. Något nytt måste ha tillkommit i resningsärendet.

Enligt den nämnda bestämmelsen får resning beviljas

> om någon omständighet eller något bevis, som inte tidigare har förebragts, åberopas och dess förebringande sannolikt skulle ha lett till att den tilltalade frikänts eller till att brottet hänförts till en mildare straffbestämmelse än den som tillämpats eller om det, med hänsyn till vad sålunda åberopats och i övrigt förekommer,

[1] Se härom Bengtsson i SvJT 1989 s 206 ff (jfr även i Den högsta domsmakten i Sverige 200 år, 1990, s 267 ff).

finns synnerliga skäl att på nytt pröva frågan om den tilltalade har förövat det brott, för vilket han dömts.

Frågan om ny bevisning sannolikt skulle ha lett till frikännande eller tillämpning av en mildare straffbestämmelse kan naturligtvis vara besvärlig nog, bl a eftersom man får väga den nya bevisningen mot den som förekom i brottmålet; men bedömningen enligt denna huvudregel i bestämmelsen är i princip inte annorlunda än andra sannolikhetsbedömningar på grundval av ett skriftligt material (t ex vid skriftlig handläggning av häktnings- eller kvarstadsärenden). Värre är det att avgöra om synnerliga skäl kan leda till resning, fast sannolikhetsrekvisitet inte uppfyllts. Vid tillämpning av denna bestämmelse, som här skall kallas *tilläggsregeln*,[2] skall man inte fråga, vad resultatet skulle ha blivit om den nya bevisningen åberopats, utan göra en friare prövning av resningsfrågan. Regeln öppnar alltså möjligheter till en sorts skälighetsbedömning, som annars inte förekommer när bevisning om brott prövas av en domstol och inte heller har någon motsvarighet i bestämmelserna om resning i tvistemål eller till den tilltalades nackdel i brottmål. Den framstår därigenom som ett ganska främmande inslag också i resningsprocessen.

Bestämmelsen aktualiserar väl inte några större teoretiska problem. Som framgår av fortsättningen har den emellertid fått ökad praktisk betydelse på senare år, och det kan trots allt finnas anledning att se närmare på dess tillämpning – särskilt som den efter 1988 års ändringar i rättegångsbalken får betydelse också för hovrätterna, där resning numera söks beträffande tingsrättsavgöranden.

I fortsättningen skall jag emellertid för enkelhetens skull tala om HD som den instans som prövar resningsfrågan. Detta torde för övrigt också i fortsättningen bli det vanliga i mera tveksamma resningsärenden, där den tilltalade sällan nöjer sig med en fällande dom av tingsrätten utan klagar åtminstone till hovrätten.

Mina uttalanden om HD:s praxis bygger till större delen på opublicerade avgöranden. Sedan 1981 refereras beslut i resningsärenden som saknar principiell betydelse normalt inte ens i notisavdelningen (dock med undantag för ett och annat fall under de senaste åren). I stort sett blir det fråga om avgöranden utan prejudikatsintresse, som på sin höjd kan visa en viss tendens i utvecklingen och ge exempel på HD:s sätt att resonera. I brist på annat belysande material får jag i stort sett nöja mig med dessa beslut. – Idag är emellertid motiveringarna i resningsärenden utförligare än tidigare, också när ansökningar avslås. Alltjämt dominerar visserligen standardformuleringar av typen att sökanden inte har visat någon omständighet som kan medföra resning, men detta sker mestadels i de vanliga fall där denne inte kommit med några nya omständigheter eller åtminstone är mycket långt från den punkt där resning kan övervägas. Är ärendet i någon mån tveksamt, brukar skälen vara utförligare.

[2] Termen har tidigare använts av Welamson (Rättegång VI, 2 uppl 1978, s 218).

2. Motiveringen för tilläggsregeln, som liksom de flesta övriga resningsregler utformades redan år 1939, torde vara välkänd men kan ändå förtjäna att sammanfattas.

Bakgrunden var den nämnda principinställningen, att en omprövning av bevisningen förutsatte att något nytt tillkommit. Departementschefen framhöll, väsentligen i anslutning till processlagberedningen, bl a att fullföljd till högsta instans hos oss var möjlig även beträffande bevisprövningen, i motsats till i flera främmande rättssystem. Av praktiska skäl måste någonstans en gräns dras för omprövningen. Vad särskilt gällde nya omständigheter kunde dessa inte bedömas isolerade från vad som tidigare förekommit i målet: hade den redan prövade bevisningen större styrka, måste högre krav ställas på den nya bevisningen, medan tilltron till en mindre bindande bevisning kunde rubbas även av i och för sig ganska obetydliga omständigheter. – Vid resning i brottmål till den tilltalades fördel torde kravet på att utgången sannolikt skulle ha blivit en annan "ej böra under alla förhållanden strängt upprätthållas"; det skulle vara möjligt att medge resning också vid bevisning av mindre styrka, som likväl var ägnad att framkalla tvivelsmål om den tilltalades skuld till brottet. Som exempel på omständigheter att beakta nämndes betydande meningsskiljaktigheter i domstolarna som dömt i brottmålet och beskaffenheten av det aktuella brottet; särskilt kunde en vidgad resningsmöjlighet vara av betydelse i grova brottmål. – Det kan nämnas att processlagberedningen ännu tydligare betonat regelns undantagskaraktär; den kunde särskilt i grova brottmål vara av betydelse "i enstaka fall", där den skulle vara motiverad med hänsyn till allmänhetens förtroende för straffrättsskipningen. I lagutskottet framhölls bl a att med orden "vad i övrigt förekommer" uppenbarligen åsyftades endast omständigheter som hänförde sig till själva resningsärendet och målets tidigare behandling.[3]

3. Även i litteraturen betonas bestämmelsens karaktär av undantagsregel.

I sin avhandling om resningsinstitutet (av 1959) har sålunda Cars ansett det närliggande att anta att avsikten med stadgandet varit att på en omväg realiter komma fram till en omprövning av bevisvärderingen på extraordinär väg, i så fall i mera ömmande eller uppseendeväckande fall – särskilt i grövre brottmål där nådeinstitutet av någon anledning var mindre lämpligt att begagna. Han nämner bl a situationer där gängse uppfattning i bevisvärderingsfrågor under mellantiden hunnit ändra sig i betydande omfattning.[4] – Uttalandet tycks ge utrymme för en friare värdering av lämpligheten med en omprövning än motiven antyder. Utvecklingen har knappast gått denna väg; i allmänhet hålls nog nåde- och resningsfall isär. Att bevilja nåd därför att ett brott inte förefaller fullt bevisat ter sig diskutabelt, och det torde vara sällsynt att nådeskäl samtidigt utgör sådana nytillkommande omständigheter som kan grunda resning enligt 58:2 4 p. HD har i åtskilliga fall betonat den nämnda grundprincipen, att tilläggsregeln inte ger utrymme för en omprövning av bevisvärderingen utan att något nytt tillkommit i resningsärendet – detta även när sökanden kommit med visst nytt material.[5]

I Ekelöf-Bomans kompendium om rättsmedlen framhålls bl a att det ofta borde vara möjligt att i grova brottmål förebringa så mycket bevisning att tilltron till

[3] Se om det sagda SOU 1938:44 s 74, 575, NJA II 1949 s 156 ff.

[4] Om resning i rättegångsmål s 224 ff.

[5] Se t ex Sö 19/1988 (grovt bedrägeri genom urkundsförfalskning; nya handlingar påträffade). Se även Welamson, a a s 218 och nedan vid not 12 ff.

domens riktighet därigenom förringas och att skäl för att bevisvärderingen varit oriktig var ett moment i vad som "i övrigt förekommer"; det ifrågasätts om inte resningsskälet snarare borde formulerats "synnerliga skäl för att bevisvärderingen varit oriktig".[6] Det är väl i så fall fråga om att resultatet är oriktigt i belysning av de nya förhållandena; däremot kan det ha varit korrekt med det material som förelåg i brottmålet. I varje fall kan man fråga, om inte det i de avsedda fallen rentav föreligger sådana tvivel om utgångens riktighet att huvudregeln om sannolika skäl är tillämplig. (Jfr 4 nedan.)

Welamson, som ju kunnat bygga på direkta erfarenheter av resningsbestämmelsernas tillämpning, har behandlat tilläggsregeln i fråga något utförligare. Han understryker att för att inte huvudregeln med dess sannolikhetskrav skall bli helt meningslös tilläggsregeln måste innebära att sannolikhetskravet kan nedsättas endast när särskilda omständigheter är för handen – speciellt de som motiven anger, varvid dock meningsskiljaktigheter i domstolarna närmast skulle antyda att den tilltalade fällts på nätt och jämnt tillräcklig bevisning. Enligt vad han uttalar (1978) skulle tilläggsregeln endast sällan anlitas av HD (sju notisfall nämns), och en restriktiv tillämpning av den i och för sig mycket liberala regeln föreföll också påkallad. Alldeles särskilt gällde det sedan icke obetydlig tid förflutit från domen; övrig bevisning kunde då ha minskat i värde så att det på förhand är givet att en ny rättegång måste resultera i frikännande, vilket kunde ge allmänheten en felaktig uppfattning om det antal fällande domar som med skäl kan påstås vara oriktiga.[7]

4. Man kan hålla med om att försiktighet av flera skäl kan vara motiverad, när domstolen överväger om resning är möjlig fast sannolikhetskravet inte är uppfyllt. Det är tydligt att uppfattningen om behovet av omprövning av fällande domar på vissa sätt ändrat sig sedan resningsreglernas tillkomst år 1939. Idag anses prövning i endast två instanser som det normala, i varje fall bland jurister. Att tingsrätter och hovrätter, inte minst med tanke på sitt lekmannainslag, är starka och kompetenta instanser har vidare länge varit en allmän uppfattning åtminstone hos politikerna, där bekymren om domstolarnas arbetsbörda och rekryteringsproblem knappast vunnit något riktigt gehör. Överhuvud taget kan man nog knappast tala om något generellt missnöje med de begränsade resningsmöjligheterna, även om negativa bedömningar av enskilda ansökningar där massmedia engagerat sig helt naturligt väckt kritik.

Ett viktigare argument än de anförda för att tillämpa tilläggsregeln restriktivt är enligt min mening att en väsentlig del av bedömningen i dessa resningsärenden ju består i prövningen, hur pass stark bevisningen var i brottmålet. Det är svårt att komma ifrån, att möjligheten att bedöma vittnens, målsägandes och tilltalades trovärdighet har varit helt andra vid en muntlig förhandling. I resningsmålet kan man diskutera, om uppgifterna hänger ihop, om de är sannolika till sitt innehåll och om de är förenliga

[6] Ekelöf-Boman, Rättsmedlen, 10 uppl 1987, s 128.

[7] Rättegång VI s 218 ff. Se även SvJT 1982 s 176 f, 1989 s 611.

med annan bevisning; men det intryck av de hörda personerna som domstolen fått i brottmålet kan som bekant svårligen förmedlas i domskäl. Bakom den vanliga frasen att målsäganden eller vittnet gjort ett trovärdigt intryck kan ligga en rad egenskaper hos utsagan och uppträdandet i övrigt som övertygat domstolen om åtalets riktighet (samtidigt som man naturligtvis också får räkna med att det kan vara fråga om ett schablonmässigt uttryck för att man i varje fall tror mer på vittnet eller målsäganden än på den tilltalade). Man kan inte heller förneka att tingsrätten och hovrätten har långt större vana vid bevisvärderingen än flertalet domare i HD. Det är naturligt, om man någon gång också kan fästa vikt vid att en erfaren domare, känd för försiktighet och gott omdöme, har ansett bevisningen tillräcklig i underinstansen (och detta oavsett hur pass starkt resonemanget i domskälen verkar i och för sig).

Sådana omständigheter kan naturligtvis vara en anledning att visa återhållsamhet med resning också i fall där brottmålsdomen inger vissa betänkligheter. Men det kan vara svårt att hålla denna principiella linje. När en domare verkligen menar att en tilltalad dömts med orätt, väger nog argumentet, att allmänheten inte får tro att felaktiga domar är vanliga, inte så tungt; det är för övrigt ungefär lika illa om domstolarna anses inte kunna erkänna ett begånget fel. Man kan självfallet inte heller vid resningsansökningar av den tilltalade åberopa den vanliga synpunkten om den vinnande partens intresse av trygghet (även om resning i vissa typer av mål någon gång kan bli en chock för en målsägande), knappast heller vikten av att inte uppmuntra till onödiga resningsansökningar.[8] Att andra tilltalade som fällts på tvivelaktiga grunder kan lockas att sätta HD (eller ibland hovrätten) i arbete är en olägenhet som i varje fall idag får accepteras. Om man vill hänvisa till HD:s arbetsbörda – något som egentligen inte borde inverka i dessa fall – synes detta i alla händelser väga mindre tungt nu än för några år sedan; bl a nya regler om domstolens domförhet har ändrat läget.[9] Med tanke på den skriftliga handläggningen lär för övrigt inte ens stora resningsärenden mera allvarligt rubba arbetets jämna gång i domstolarna.

Ett förhållande som här får beaktas är domstolens begränsade möjligheter att ge dispens enbart för att ändra en felaktig dom (54:10 2 p RB). Som framgått av det föregående, utgjorde möjligheten att fullfölja talan till HD i fråga om bevisprövningen från början ett skäl för de restriktiva

[8] Jfr Welamson, a a s 219.

[9] Jfr Höglund i SvJT 1989 s 187 ff, 195 f.

resningsreglerna, och man kan säga att det behöll något av sin tyngd så länge RB:s ursprungliga regler om ändringsdispens behölls.[10] Efter de nya dispensreglerna av 1971 har emellertid frågan i viss mån kommit i ett annat läge. Visserligen utgör det en grund för prövningstillstånd enligt 54:10 2 p att det föreligger resningsskäl, bl a nytt bevismaterial av betydelse; det händer emellanåt att dispens beviljas av sådan anledning, varpå målet ofta måste återförvisas till hovrätten. Men som framgår av det följande kan det mycket väl hända, att argument som åberopas som dispensskäl inte får någon effekt, medan de efter ytterligare utveckling kan göra resning aktuell i ett senare skede (förutsatt att dessutom något nytt tillkommer).

Vad som än kan vara orsaken, står det i alla händelser klart att tilläggsregeln på senare år åberopas i allt flera resningsbeslut; den har också anförts i åtskilliga skiljaktiga meningar eller i vart fall tillmätts en sådan vikt, att HD får särskilt argumentera mot att den skall tillämpas. Här har situationen ändrats sedan regeln behandlades i litteraturen.[11]

5. Den aktuella bestämmelsen ger i praktiken upphov till framför allt två problem: dels vilken ny utredning som bör fordras för att resning skall övervägas, dels vad som kan påverka bedömningen om synnerliga skäl föreligger.

Vad först angår *nyhetskravet*, står det klart att de nya omständigheterna får sättas i relation till bevisningen i brottmålet, något som påpekades redan i 1939 års motiv (2 ovan): ju svagare domen var grundad, desto mindre fordras för resning. Men dessutom måste kravet på nyhet bli ett annat än när huvudregeln tillämpas. Det fordras ju inte sannolika skäl för frikännande etc, bara – med motivens synsätt – att brottmålsdomen ter sig tvivelaktig. *Något* nytt måste den dömde komma med; det räcker inte med en bearbetning av lämnade uppgifter[12] eller sakkunnigutlåtande med kritik av utredningen.[13] Men det kan vara tämligen perifera förhållanden, som får en viss länk i beviskedjan att te sig svagare än tidigare.

[10] Jfr Bengtsson i Den högsta domsmakten i Sverige under 200 år s 281 ff.

[11] Av de avgöranden angående tilläggsregeln som Welamson nämnde i sin framställning av 1978 har fyra eller fem – NJA 1947 B 1048 ("Esarpmålet"), NJA 1961 C 607 ("Helandermålet"), NJA 1972 C 326 och 327 (två nära sammanhängande mål, där tydligen ett vittne åtalats för mened) samt möjligen NJA 1956 C 238 – utgjort relativt ordinära fall av ny bevisning. I NJA 1952 C 281 var resningsskälet ett regeringsbeslut som undanröjde den juridiska grunden för domen, som avsåg brott mot näringsfrihetsförordningen. Och NJA 1973 C 279 var ett säreget fall, där HD samtidigt frikände den tilltalade i ett menedsmål med nära samband med det mål resningsansökan avsåg.

[12] Jfr Welamson, a a s 211 samt uttalanden i NJA 1975 C 125, "Enbomsmålet", och Sö 3191/1983; se även Sö 271/1985.

[13] Sö 305/1981.

Enligt Cars föreligger också enligt tilläggsregeln ett krav på att de nya skälen skall påverka målets utgång, fast det är betydligt urvattnat.[14] Welamson uttrycker nyhetskravet i detta läge så, att de nya skälen skall förtjäna "åtminstone någon hänsyn".[15] Det är tydligt att anspråken ställs lågt.

I vissa fall har ett sådant resonemang lett till att också tämligen obetydliga tillskott till bevisningen varit tillräckliga för att motivera resning. Även bevisning rörande s k hjälpfakta, t ex angående tillförlitligheten av en utsaga som avgetts i brottmålet, kan vara resningsgrund.[16] Inte sällan skymtar i dessa beslut också en viss kritik mot brottmålsdomen.

Ett exempel är NJA 1978 C 369, där den resningssökande dömts för bl a grov misshandel, väsentligen på grund av en målsägandes berättelse. För att styrka att dessa var felaktiga åberopades nu vissa vittnesintyg med begränsat bevisvärde. HD framhöll att bevisningen i brottmålet var "på sin höjd nätt och jämnt tillräcklig för en fällande dom" och att om de nya utsagorna förebragts i rättegången de sannolikt skulle ha lett till frikännande. Man behövde alltså inte ens falla tillbaka på tilläggsregeln.

Detta skedde däremot i det uppmärksammade Cederholmska resningsärendet (refererat i SvJT 1986 s 56). Resningssökanden hade i två skilda rättegångar dömts till sammanlagt tio års fängelse för grov mordbrand, misshandel och människorov; alla brotten skulle ha begåtts samma natt. Bevisningen i brottmålen bestod väsentligen av vissa uppgifter av två medtilltalade, lämnade vid förundersökningen men sedan delvis återtagna. I båda målen åberopade försvaret viss alibibevisning, som inte godtogs av domstolarna; i det senare målet förklarades vittnenas uppgifter härom med att de förväxlat händelserna vid två olika permissioner från kriminalvårdsanstalt. I resningsärendet åberopades viss bevisning för att styrka att omständigheterna vid tidpunkten för brotten var så speciella att ingen förväxling kunnat ske. HD (där liksom i 1978 års fall JR Welamson deltog) framhöll att inga nya omständigheter i egentlig mening kunde anses ha tillförts utredningen; däremot hade viss ny bevisning åberopats för att styrka omständigheter som redan berörts i brottmålet. HD fann numera mindre sannolikt att en förväxling skett, och framhöll att det argument som i övrigt anförts mot alibibevisningen redan under handläggningen av brottmålen framstått som ohållbart. Enligt HD kunde den nya utredningen i resningsärendet visserligen inte anses väga tungt i och för sig; bedömd mot bakgrunden av bevisningen i brottmålen ingav den emellertid tvivel på att utgången i dessa mål var förenligt med det beviskrav som måste uppställas särskilt när det gällde brott av så allvarlig art. Vidare anfördes vissa andra, särpräglade omständigheter i rättegången (särskilt just uppdelningen på skilda rättegångar). Synnerliga skäl för resning ansågs föreligga.

Inte heller detta beslut har refererats i NJA, och det torde i och för sig inte ha ansetts ha någon större principiell betydelse. Det bör emellertid påpekas att den nya bevisningen, som antyds i domen, i och för sig hade ännu mindre tyngd än i 1978 års notisfall; ändå ansåg man den i sådan grad ändra rättsläget att t o m den tilltalade försattes på fri fot.

Liknande resonemang har återkommit i flera andra resningsbeslut där HD ansett sig böra motivera utgången mera utförligt. Man har t ex åberopat oklarhet i

[14] A a s 225.

[15] A a s 218.

[16] Jfr Welamson, a a s 209 f med hänvisningar.

domen i den fråga som framför allt avses med åberopad ny bevisning eller ny omständighet.[17]

Trots det vanliga påpekandet, att bevisningen inte kan omprövas i resningsärendet, kan det alltså löna sig för en resningssökande att påvisa oklarheter och motsägelser i den fällande brottmålsdomen. Detta är ju också ett naturligt sätt att framkalla tvivel om domens riktighet. Men förutsättningen är förstås att sökanden samtidigt har något nytt att åberopa.

Nyhetskravet aktualiserar ett problem, som torde ha särskild betydelse just i de fall vi behandlar. De omständigheter som åberopades i resningsärendet kan som sagt ha anförts också när den tilltalade sökte prövningstillstånd i brottmålet, fast de inte ansågs ha tillräcklig tyngd. Frågan blir om dessa resningsskäl därigenom har förbrukats; de har ju redan kommit under HD:s bedömning. Situationen har emellertid ändrats sedan resningsregelns tillkomst, då det inte krävdes dispens för att HD skulle pröva grövre brottmål. Också när ändringsdispens kunde ges enligt rättegångsbalkens ursprungliga reglering kunde det verka naturligt att resningsskälen i fråga ansågs redan prövade och att deras nyhetsvärde alltså var prekluderat.[18] Men idag sker ju dispensprövning främst med sikte på prejudikatfrågan. Vad som utgjort bara ett lösligt påstående i revisionsinlagan, vilket skulle underlätta dispens enligt 54:10 2 p, kan vidare bli betydligt bättre underbyggt, sedan försvaret fått bättre tid på sig; när den tilltalade som ofta i dessa fall är häktad brukar ju frågan om prövningstillstånd avgöras snabbt. Att den tilltalade i detta läge skulle ha förlorat sin rätt att åberopa sådana omständigheter i resningsärendet är knappast tillfredsställande. Det bör beaktas att dispensfrågan i mål där bevisfrågor dominerar numera i stor utsträckning prövas av endast en ledamot. Man kan fråga om dennes bedömning i ett sådant sammanhang skulle definitivt avgöra bevisningens värde.

Om detta kan man naturligtvis ha delade meningar. Lagstiftaren torde inte ha tänkt sig att enmansprövningen skulle inverka också på resnings-

[17] I Sö 2242/1982, ang en dom om anstiftan av mordbrand m m, hade ett nytt vittne uppgett att en medtilltalad, på vars uppgift den tilltalade fällts, försökt anstifta vittnet att anlägga branden (en inte särskilt stark bevisning); resning beviljades bl a då hovrätten inte angett på vilken grund man antagit att den tilltalade inte var främmande for tanken på en gärning som den åtalade. Se även Sö 508/1982, där den resningssökande jämte annan dömts för grovt rån och människorov bestående i att man tvångsvis försökt skaffa sig pengar av en affärsbekant; sedan den medtilltalade överklagat och i stället dömts för grovt olaga tvång och människorov av mindre grov beskaffenhet, eftersom han trott sig ha en fordran och alltså ej uppsåtligen orsakat målsäganden en förmögenhetsförlust, bifölls resningsansökan då av domen mot sökanden ej framgick på vilka grunder *han* hade haft uppsåt i det angivna avseendet. Jfr även skiljaktighet i Sö 425/1983, med kritik rörande hovrättens låga beviskrav i ett mordbrandsmål, och liknande skiljaktighet i Sö 271/1985, om våldtäkt.

[18] Jfr Cars, a a s 170 f.

möjligheten. I alla händelser förefaller HD ha i viss mån mjukat upp sin tidigare stränga inställning på denna punkt;[19] skall man pröva resningsskälen i belysning av bevisningen i brottmålet, vore det ju inte riktigt konsekvent att utesluta vad som förts in i det mellanstadium då dispensfrågan prövades. Däremot torde man knappast slå av på nyhetskravet när *all* nu åberopad utredning tidigare åberopats i dispensmålet.

Ungefär på detta vis tycks HD ha resonerat i det första s k Ströbergsärendet (refererat i SvJT 1986 s 67), där domstolen visserligen vägrade resning men uttryckligen sade sig beakta bl a viss utredning som delvis förebragts i brottmålet, bl a när den tilltalade sökte prövningstillstånd.[20]

6. Besvärligare är frågan *vad som kan innebära synnerliga skäl* för resning. Enligt motiven synes det vara *ett* rekvisit som under alla omständigheter skall vara uppfyllt: *tvivel* skall, just genom den nya bevisningen, ha uppkommit om den tilltalades skuld.[21] Det kan tyckas naturligt att resning inte skall ske i andra fall: varför skulle domstolen låta ompröva en dom som man finner riktig? I de flesta ärenden där resning beviljats av synnerliga skäl har man också hänvisat till att den fällande domen numera framstår som tvivelaktig, eller liknande.

Vid en jämförelse med huvudregeln om sannolika skäl kan emellertid detta resonemang verka något problematiskt. Enligt en formulering, som HD använt på senare år i fråga om beviskravet i brottmål och numera är vanlig även vid andra domstolar, skall den tilltalade frikännas i brottmålet så snart rimligt tvivel föreligger om hans skuld. *Huvudregeln* i 58 kap 2 § 4 RB borde därför innebära, att det sannolikt skulle uppkomma sådant tvivel att den tilltalade skulle frikännas (eller få mildare straff). Men i så fall kan man fråga, vad det är för ett tvivel som *tilläggsregeln* innebär. Av regelns konstruktion framgår, att detta måste vara ett ännu svagare tvivel än enligt huvudregeln: det innebär inte så mycket osäkerhet att sökanden sannolikt blir frikänd etc. Men är det då alls fråga om tvivel?

En möjlighet kunde vara, att reglerna tar sikte på olika domstolar. Frågan om sannolikhet föreligger för frikännande (huvudregeln) skulle avse den väntade bedömningen i den domstol som avgjort brottmålet;[22] när tvivelsmål skulle föreligga om den tilltalades skuld (tilläggsregeln) skulle det däremot vara fråga om HD:s egen bedömning. Även om lagstiftaren från början haft tankar åt det hållet, synes

[19] Jfr allmänt om frågan Welamson, a a s 209 ff.

[20] Sökanden hade här mot sitt nekande fällts till ansvar för grovt spionerі. Försvararen mottog efter hovrättens dom ett anonymt brev, "novemberbrevet", vilket kunde anses ge visst stöd för att någon annan var gärningsmannen. Brevet jämte viss utredning angående dess tillkomst åberopades när den tilltalade förgäves sökte prövningstillstånd. Sedan fortsatte utredningen. HD fann allt som framkommit vid utredningsarbetet böra ses i ett sammanhang och i sin helhet beaktas i resningsärendet, likaså viss annan utredning som delvis förebragts redan i brottmålet. I denna omgång ledde dock bevisningen inte till resning, däremot senare (Sö 407/1988). – Jfr däremot Sö 656/1983, där nya uppgifter i resningsärendet stämde väsentligen med uppgifter i dispensansökan; ej resning. Samma utgång i Sö 179/1985, där viss bevisning åberopats redan i brottmålet, och annan bevisning hade ej större betydelse.

[21] Synpunkten åberopas ofta; se t ex Cederholms- och Möllerbesluten, refererade i SvJT 1986 s 56 ff.

[22] Jfr Welamson, a a s 217, Ekelöf-Boman, a a s 113 ff.

distinktionen något opraktisk.[23] HD:s uttalanden om ett sannolikt frikännande utgår normalt från att målet avgörs av en förnuftig domstol med ungefär samma syn på beviskrav och bevisvärdering som HD; och skulle man någon gång tveka om den dömande domstolens förnuftighet eller inställning i övrigt, kan det rimligen inte gå ut över den tilltalade. – Det är också tänkbart, att de nyss berörda svårigheterna vid en bedömning på handlingarna medför att det i resningsärendet blir fråga om tvivel av ett annat slag än i brottmålet. Vad HD anser tvivelaktigt enligt tilläggsregeln skulle då närmast vara motiveringen för den fällande domen; däremot skulle man inte våga uttala sig om utgången i en ny process, där den tilltalade, målsägande och vittnen hörs om. Också detta kan synas vara ett något subtilt resonemang, men då går åtminstone reglerna ihop.

7. Några större bekymmer av detta mera teoretiska slag har knappast HD haft vid bedömningen av frågor om synnerliga skäl. De praktiska problemen har dominerat. Det gäller här inte den någorlunda enkla frågeställningen, vad som sannolikt skulle ske om brottmålet togs upp i en lägre domstol. Som alltid när domstolarna hänvisas till att tillämpa ett vagt kriterium, där flera olika förhållanden får inverka, kan det uppstå tvekan vad som skall vägas in i bedömningen.

I medelpunkten för intresset kommer naturligtvis skuldfrågan; vid denna resningsgrund torde det primära problemet nästan alltid vara om tvivelsmål kan anses föreligga om den resningssökandens skuld. Först om sådana tvivel uppkommit kan man börja överväga om omständigheterna i övrigt pekar på resning. Bara undantagsvis har frågan om synnerliga skäl uppkommit med anledning av en rent juridisk bedömning.[24]

De nya omständigheter och bevis som åberopas i resningsärendet kan vara av varierande slag. Ibland hänvisar man till att *nya vittnen* anträffats som kan frita sökanden, kanske rentav ta på sig skulden för brottet. Det är naturligtvis mycket svårt att med ledning av det skriftliga materialet avgöra värdet av vad som åberopas, inte minst de nya uppgifternas sanningshalt när de sammanställs med tidigare utredning. Intyg av olika personer tar HD normalt med viss skepsis; verkar uppgifterna alls intressanta, kommuniceras resningsansökan med riksåklagaren, som då brukar se till att vittnena hörs av polis. Ofta kommer då deras uttalanden i en något annan dager. Det förekommer emellanåt att resning enligt tilläggsregeln beviljas på grund av nya vittnesmål av detta slag;[25] särskilt

[23] Se Welamson a st.

[24] Se Welamson, s 214 not 21 och vidare Sö 3055/1982, 3056/1982.

[25] Ett exempel på att synnerliga skäl åberopats ger NJA 1980 C 94, där resning beviljades av HD:s majoritet i ett misshandelsmål, sedan en ny vittnesuppgift gav visst stöd för att anta att målsägandens berättelse – av väsentlig betydelse för den fällande domen – inte var riktig i alla delar. I Sö 2242/1982 hade den tilltalade till stor del dömts på en medtilltalads uppgifter, vilka nu kom i en annan dager genom förhör med en tredje person.

kan detta verka befogat när vittnesmålet visat sig ha effekt i en annan process.[26] Det vanligaste är emellertid att HD funnit den nya bevisningen antingen mindre trovärdig eller också betydelselös.[27]

Om en person som *redan hörts i brottmålet* – målsägande, vittne, medtilltalad – ändrar sig på någon viktig punkt, kan detta vara ett vägande skäl att den fällande domen omprövas. Av väsentlig betydelse blir naturligtvis vilken förklaring som ges till de olika uppgifterna – varför vederbörande från början skulle ha ljugit och varför han nu talar sanning.

Vad angår *medtilltalade* vilkas berättelse lett till att sökanden dömts, synes inte minst miljön på olika kriminalvårdsanstalter främja samvetskval och ruelse hos dem som på detta vis har satt en kamrat i svårigheter. Någon risk för menedsåtal blir ju inte heller aktuell när denna kategori tar tillbaka sina påståenden. De nya uppgifterna har emellanåt lett till resning på grund av synnerliga skäl. Ett exempel ger NJA 1989 s 461, där den medtilltalades uppgifter blivit avgörande för en dom på grovt narkotikabrott. Han hade först återtagit, sedan vidhållit sina uppgifter i brottmålet, varvid vid polisförhör han ånyo återtagit dem; han sade sig ha hoppats på lindrigare straff för en inblandad syster, velat skydda den verklige gärningsmannen och tyckt illa om resningssökanden. Dessa uppgifter ansåg HD:s majoritet räcka till för att frågan om sökandens skuld kommit i annat läge; synnerliga skäl ansågs föreligga, varvid också åberopades det mycket allvarliga brottet. HD:s kvarstående dubier framgick emellertid av att sökanden häktades i resningsärendet.[28] – Men den motsatta utgången förefaller vanligare. Ett exempel är NJA 1977 C 140, där HD:s majoritet (tre ledamöter) inte ansett resning böra beviljas i ett mordmål, sedan sökandens kusin – dömd för delaktighet i det överfall målet avsåg – i flera sammanhang sagt sig vara skyldig till mordet, innan han själv tog livet av sig; HD åberopade bl a att kusinen vid polisförhör frånfallit den nya uppgiften och att enda åsyna vittnet vidhöll sin uppgift om sökandens skuld.[29]

[26] Jfr NJA 1988 C 37, där sökanden dömts för olovligt förfogande i samråd med en annan person, som dömdes för oredligt förfarande; sedan denna överklagat, varvid nytt vittne hörts, och frikänts i brist på styrkt uppsåt, beviljades resning.

[27] Som exempel på fall där nya vittnesmål inte lett till resultat kan nämnas Sö 2626/1982 (misshandel m m; nämnvärt avseende kunde inte fästas vid två nya vittnesutsagor); Sö 1829/1983 (mordbrand; vittnesmål av sambo och dennes far), Sö 2938/1983 (grovt försäkringsbedrägeri; nya uppgifter bar ej prägel av sannolikhet och motsades av annan utredning), Sö 290/1984 (olaga vapeninnehav; liknande motivering), Sö 192/1984 (rattfylleri; tre nya vittnen åberopades, utan resultat), Sö 326/1984 (grovt försäkringsbedrägeri, genom att bilstöld sanningslöst påståtts; f ö samma brott som i Sö 2938/1983; två nya vittnen påstod nu att de stulit bilen, men uppgifterna skilde sig sinsemellan och från sökandens uppgifter samt stred mot övrig utredning). Sö 54/1985 (grovt rån; nytt vittne hade ej tillräckligt bevisvärde), Sö 49/1987 (rattfylleri; två vittnen åberopades till stöd för att kamrat hade kört; 2 JR ville kommunicera målet), Sö 41/1989 (rån m m; nytt vittnesmål ej oförenligt med annan utredning). Dessutom har i en rad andra fall sökandens påståenden tett sig så dåligt underbyggda att avslag skett genom den kortfattade standardmotiveringen.

[28] Se även Sö 1668/1983, där sökanden hade dömts för narkotikabrott på grund av medtilltalads uppgifter; denne hade sedan, hörd som vittne i mål mot en tredje tilltalad, återtagit uppgifterna. Resning beviljades på grund av synnerliga skäl; beskaffenheten av brottsligheten åberopades.

[29] Två ledamöter ville bifalla resningsansökan, bl a då tvivel uppkommit om riktigheten i den fällande domen och det inte kunde uteslutas att större visshet ang kusinens uttalanden skulle vinnas genom ytterligare utredning; de särpräglade omständigheterna och det mycket allvarliga brottet åberopades också. – Andra exempel på avslag i denna situation ger Sö 38/1989 (grovt rån; vittne och medtilltalad

I andra fall har *målsäganden* ändrat sig. När det inte är någon närstående som kan tänkas ha varit utsatt för påtryckning, kan en sådan ändring vara ett vägande skäl för resning. I NJA 1980 s 550 hade sökanden dömts till dagsböter för fylleri, våld mot tjänsteman och våldsamt motstånd, till stor del på grund av vad en polisman uppgett som målsägande. Sedan denne åtta år senare (då han lämnat polistjänsten) förklarat att hans uppgifter i målet delvis var oriktiga och att den tilltalade misshandlats i samband med avvisiteringen, har resning beviljats på grund av synnerliga skäl. Tydligen har inte denna väsentliga ändring i bevisläget ansetts kunna göra det sannolikt att den tilltalade skulle frikännas, men det är naturligt att tilläggsregeln använts – även om brottet inte var så allvarligt och lång tid förflutit sedan domen, två förhållanden som annars brukar tala mot resning på denna grund.[30]

Läget är inte helt detsamma när *resningssökanden själv* tidigare erkänt men nu tar tillbaka sitt erkännande. Om han väsentligen dömts på grundval av erkännandet kan det förefalla närliggande att han nu frikänns. Men också i dessa fall har HD krävt speciella förklaringar till uppträdandet för att hans nya inställning skall godtas; annars har hans ursprungliga ståndpunkt ansetts avgörande.

Man har sålunda inte godtagit att ett grovt spionerі från början skulle ha erkänts av självhävdelsebehov (Sö 1108/1982; Bergling). När sökanden påstått att i själva verket hans avlidne bror begått det grova rån domen avsåg – något som ett antal vittnen hört brodern berätta – har HD:s majoritet ansett någon godtagbar förklaring inte ha lämnats bl a till det ursprungliga erkännandet, och avslagit ansökningen (se NJA 1987 C 105). I ett annat fall hade sökanden dömts till fängelse sju år för dråp på grund av sitt erkännande; han påstod nu att han velat skydda sin sambo. Redan i brottmålet hade han än erkänt, än återtagit erkännandet, och slutligen nöjdförklarat sig med tingsrättens dom. HD framhöll, att centrala frågor vid bedömningen av ett återtaget erkännande var hur sannolika och trovärdiga bevekelsegrunderna för det påstått oriktiga erkännandet framstod mot bakgrunden av konsekvenserna för sökanden och vilken betydelse erkännandet haft för utgången av målet vid sidan av övrig utredning. HD:s majoritet fann att vad sökanden åberopat inte utgjorde synnerliga skäl. (Sö 81/1986.)[31]

Nya *sakkunnigutlåtanden* kan ha sitt intresse framför allt när den tilltalade fällts på grund av teknisk bevisning. Också vittnes- och barnpsykologiska utlåtanden av denna typ förekommer, bl a i de allt vanligare målen om sexuella övergrepp mot barn. Som nämnt får man ibland bortse från material av detta slag på grund av nyhetskravet. Resning som huvudsakligen vilar på sådana grunder är sällsynt – de behöver vanligen kombineras med annan ny bevisning – men har beviljats i det

ändrar sig), Sö 216/1989 (rån; medtilltalad erkänner nu och fritar sökanden), Sö 447/1989 (sökanden dömd för stöld och rån på medtilltalads uppgifter, som denna nu återtar).

[30] Se vidare Sö 621/1984, som gällde misshandel (och skadestånd). Målsäganden påstod i resningsärendet att den skada han lidit tillfogats honom av annan än sökanden, som dock slagit honom. Eftersom sambandet mellan misshandel och skada var del av gärningsbeskrivningen, beviljade HD:s majoritet resning på grund av synnerliga skäl – en ganska välvillig bedömning. – Motsatt utgång i Sö 1663/1981 (misshandel av hustru; målsäganden ändrar sig).

[31] Se även Sö 26/1988 (rattonykterhet och vårdslöshet i trafik; sökanden påstod sig nu inte ha fört bilen; HD:s majoritet fann ej godtagbar förklaring ha lämnats till det återtagna erkännandet), Sö 159/1989 (erkännande av bokföringsbrott återtaget, sedan revisionen fått viss kritik; ej resning).

andra Ströbergsärendet främst på grund av nya skriftundersökningar. (Sö 407 /1988.)[32]

8. Det är inte alltid någon konkret ny bevisning av denna typ kan åberopas av sökanden. Han kan också hänvisa till den nya omständigheten, att förhållanden av betydelse för den fällande domen bedömts av *annan domstol* på annat sätt. Det förekommer ganska ofta att resningssökanden på detta vis åberopar ett mera konkret stöd för att bevisläget ändrats. Av avgörande betydelse blir då, hur pass likartade förhållandena var i brottmålet och i det nya målet. Om domstolen i detta senare mål hade att bedöma väsentligen samma bevisfråga, kan dess avvikande resultat utgöra synnerliga skäl för resning. Att HD kanske anser den äldre domen bättre underbyggd än den nya behöver inte vara något avgörande argument mot resning; att vägra en omprövning skulle emellanåt verka direkt stötande. I en del ärenden av detta slag underlåter HD att åberopa som resningsskäl att tvivel föreligger om den tilltalades skuld. Det väsentliga tycks vara att två domar inte ansetts böra stå i klar strid med varandra.

NJA 1979 s 417 behandlar ett typfall: sedan tingsrättens dom mot resningssökanden för förberedelse till allmänfarlig ödeläggelse vunnit laga kraft, har hovrätten ogillat åtal mot medtilltalade, som var åtalade för samma gärning; härvid ansågs det inte utrett att huvudmannen för den brottsliga verksamheten haft allvarliga planer på sådan ödeläggelse. Resning beviljades sökanden, varvid HD bara anförde de faktiska omständigheterna och uttalade att synnerliga skäl förelåg. – I NJA 1980 C 229 hade sökanden fällts till ansvar för mordbrand, medan en medtilltalad, som överklagat, i stället dömdes för grov skadegörelse; synnerliga skäl för resning konstaterades. – I Sö 498/1989 hade sökanden dömts för bedrägeri och osann partsutsaga, men i ett senare tvistemål hade HD bedömt samma bevisfråga annorlunda; resning beviljades även här. Också en del andra exempel på liknande bedömningar har förekommit.[33]

Minst lika ofta synes dock den nya domen ha ansetts otillräcklig för resning. Antingen skulle en bedömning enligt denna inte ha haft betydelse för resningssökandens skuld, eller också skulle den visserligen kunna in-

[32] Så även i Sö 206/1989 (misshandel av liten son; senare visade sig att sonen var blödarsjuk, vilket ändrade bevisläget). Däremot har ansökan avslagits i Sö 1305/1981 (rån; utlåtande av psykologiprofessor – Trankell – med kritik av personkonfrontation ansågs ej som ny omständighet eller nytt bevis), Sö 3191/1983 (liknande uttalande rörande viss sammanställning och bearbetning av olika uppgifter i målet), Sö 425/1983 (mordbrandsåtal; bl a nytt brandtekniskt utlåtande; skiljaktighet), Sö 271/1985 (våldtäkt; bl a åberopas psykologs kritik av trovärdighetsutlåtande beträffande målsäganden), Sö 552/1985 (grov mordbrand; visst material leder till ökad försiktighet i frågan om sökanden skrivit viss text på adresslapp men räcker ej för synnerliga skäl), Sö 243/1989 (mordbrand; ny brandteknisk utredning, som endast till mindre del utgjorde ny omständighet och bevis och i denna del hade begränsat bevisvärde; skiljaktighet).

[33] I Sö 508/1982 (omtalat ovan not 17), och vidare Sö 262/1985 (olaga sprittillverkning; medtilltalad frikänd i hovrätten på grund av bristande bevisning; resning beviljades), Sö 129/1986 (grovt narkotikabrott i två fall; hovrätten dömde flera medtilltalade för bara ett av brotten till narkotikaförseelse och fick straffnedsättning; HD ansåg synnerliga skäl föreligga).

verka i skuldfrågan på en särskild punkt men sakna större betydelse för påföljden.

I Sö 475/1982, där sökanden och en annan person dömts för grovt rån, hade den medtilltalade fått sin dom ändrad till rån, då det ej var bevisat att han känt till att hans vapen var laddat; eftersom i detta mål ej förekommit något om sökandens kännedom angående vapnet, ansågs resningsskäl inte föreligga. På liknande sätt såg HD resningsfrågan i två följdmål till Cederholmsärendet (se 5 ovan). Sedan Cederholm efter resning frikänts i hovrätten, åberopade två andra tilltalade, som samtidigt dömts för medhjälp till grov mordbrand och människorov, resningsbeslutet och den nya hovrättsdomen rörande Cederholm, där bl a vissa vittnesuppgifter ifrågasatts; en av de tilltalade hänvisade vidare till ny alibibevisning. HD framhöll emellertid olikheterna i utredningen beträffande de tilltalades skuld och ansåg inte synnerliga skäl föreligga för resning. (NJA 1988 C 107, C 108.)[34] – I NJA 1987 s 533 hade den tilltalade i tingsrätten blivit dömd för narkotikabrott och varusmuggling av narkotika. En medtilltalad fullföljde talan i hovrätten, som med väsentligen samma utredning ogillade åtalet för varusmugglingsbrott på grund av bristande bevisning (och dessutom ogillade åtalet för narkotikabrott). HD ansåg inte synnerliga skäl för resning föreligga, eftersom ett ogillande av åtalet för smugglingsbrottet med stor sannolikhet inte hade medfört att fängelsestraffet blivit särskilt mycket kortare.[35]

9. Som framgått av motiven (2 ovan) kan också andra omständigheter än tvivel rörande brottmålsdomen vägas in vid prövningen om synnerliga skäl föreligger. Att meningsskiljaktigheter förelegat i underinstanserna har såvitt jag kunnat finna inte uttryckligen åberopats som stöd för resning; förhållandet torde knappast ha självständig betydelse men kan naturligtvis tala för att den muntliga bevisningen inte är så entydig som brottmålsdomen kan tyda på.[36] Mycket vanligt är däremot att HD hänvisar till det aktuella brottets allvarliga art som stöd för resning.[37] – Å

[34] Se också Sö 447/1988, där sökanden dömts av tingsrätt för grovt narkotikabrott och en medtilltalad frikänts i hovrätten; synnerliga skäl ansågs inte föreligga, och Sö 180/1989, angående narkotikabrott, där i motsvarande situation hovrätten beträffande medtilltalad inte funnit styrkt mer än han erkänt men HD avslog resningsansökan; den sökande hade inte nämnts i sammanhanget. Ett liknande avgörande är NJA 1977 C 355.

[35] Jfr också Sö 78/1988, där den tilltalade dömts för 20 brott och nu sökte resning beträffande ett häleribrott, där en frikännande dom mot medtilltalad fick betydelse. HD konstaterade att gärningen i själva verket bara var medhjälp till förskringring eller häleriförseelse, men ansåg ändå inte synnerliga skäl föreligga för resning. – I Sö 748/1988 hade sökanden dömts för medhjälp till grovt svindleri och flera andra förmögenhetsbrott (bl a grovt bedrägeri) till fängelse 10 månader. Till stöd för resning rörande svindleribrottet åberopades att beträffande vissa medtilltalade hovrätten på samma utredning funnit brottet ej grovt och därför preskriberat. HD anförde, under hänvisning till NJA 1987 s 533, att sökandens medverkan till svindleribrottet varit förhållandevis ringa och att vid frikännande på denna punkt fängelsestraffet med stor sannolikhet inte skulle bli särskilt mycket kortare; synnerliga skäl förelåg ej.

[36] Jfr Welamson, a a s 219.

[37] Se bl a NJA 1972 C 326 (mordbrand), Cederholmsbeslutet (SvJT 1986 s 59), Möllerbeslutet (där resning ändå vägrades; se SvJT 1986 s 66), NJA 1989 s 461 (grovt narkotikabrott), Sö 1668/1983 (narkotikabrott).

andra sidan förekommer emellanåt resning på den aktuella grunden också i fråga om förhållandevis lindriga brott.

Exempel är våld mot tjänsteman m m som endast förskyllt böter (NJA 1980 s 550, omtalat 7 ovan), olovligt förfogande (NJA 1988 C 37) samt rattonykterhet och vårdslöshet i trafik (Sö 775/1988; märk att sökanden här dömts till fängelse i sin utevaro).

Ännu en omständighet som bör kunna inverka är att vissa speciella drag förekommit i processen i brottmålet, även om de inte utgjort rättegångsfel. I Cederholmsärendet (ovan under 3) åberopades som nämnt den ovanliga uppdelningen i två skilda rättegångar, vilken försvårat en samlad bedömning av bevisningen. Faran var väl närmast att den tidigare fällande domen trots en diskutabel motivering inneburit ett besvärligt utgångsläge för den tilltalade när han åtalades för andra brott som begåtts vid samma tillfälle (något som domskälen gav viss anledning anta).[38]

Det skulle stämma med motivens resonemang om hänsyn till allmänhetens förtroende för straffrättsskipningen (2 ovan) att resning skulle vara lättare att uppnå i särskilt uppmärksammade mål. Om domen häftigt kritiserats i massmedia som ett justitiemord eller i vart fall som en helt orimlig bedömning, kunde det tyckas befogat att tillämpa tilläggsregeln, och detta även om domstolen för egen del tror att resultatet kommer att bli samma som tidigare; domaren skulle finna tvivel hos andra personer väga ungefär lika tungt som om de förekommit hos honom själv. – Vissa äldre resningsbeslut i mål av denna typ (NJA 1947 B 1048, Esarpsärendet och NJA 1961 C 670, Helanderärendet) kunde tyda på detta. Också resningsbeslutet angående Cederholm (omtalat 4 ovan) har ibland uppfattats på detta vis, fast med orätt.[39]

Å andra sidan stämmer ett sådant resonemang mindre väl med lagutskottets uttalande att bara omständigheter i brottmålet och resningsärendet skulle beaktas (2 ovan). HD:s praxis tyder närmast på att detta är domstolens principiella inställning. Man har emellanåt avslagit resningsansökningar som haft ett massivt stöd av massmedia, fastän det inte förefallit helt omöjligt att konstatera synnerliga skäl för resning; exempel ger NJA 1975 C 125 ("Enbomsaffären") och det första Ströbergsärendet (omtalat 5 ovan); även de nyss omtalade ärendena rörande Cederholms kamrater (7 ovan) kan nämnas.[40] Rättspraxis från det senaste decenniet

[38] Se även skiljaktigheten i NJA 1977 C 140 (ovan vid not 29); kusinens självmord).

[39] HD:s övertygelse om bevisningens otillräcklighet (snarare föranledd av studiet av underrättsdomarna än sökandens argumentation) framgår bl a av att sökanden trots brottens allvarliga art omedelbart försattes på fri fot.

[40] Se även avslagsbeslutet i det s k brevbombsmålet (refererat SvJT 1986 s 557 ff), där bl a synnerliga skäl påstods. – Många ledamöter lär f ö underlåta att intressera sig för kampanjer av denna typ i tv och press för att inte ha en förutfattad mening, om de själva får bedöma ärendet.

visar för övrigt att HD ingalunda begränsat tillämpningen av tilläggsregeln om synnerliga skäl till särskilt omdiskuterade eller ens särskilt ömmande fall. – Vad som än lagstiftaren tänkt framstår det i alla händelser som ganska tvivelaktigt att låta allmänhetens intresse för målet påverka bedömningen: massmedia kan som så ofta annars ha missförstått situationen, eller försvararen kan ha speciella möjligheter att vinna gehör på detta håll – något som självfallet inte bör sätta den tilltalade i bättre läge än andra resningssökande.[41] Lika litet som annars bör den allmänna opinionen här påverka domstolens beslut.

En omständighet som däremot påverkar bedömningen i *negativ* riktning är att lång tid förflutit sedan brottmålsdomen – något som särskilt framhållits bl a i Möllerärendet (där dessutom sökanden själv avlidit).[42] Som framhållits i litteraturen kan ett bifall till resningsansökan i detta läge i praktiken betyda att den tilltalade frikänns.[43] NJA 1980 s 550 (omtalat 7 ovan) visar emellertid att även ganska gamla domar – till på köpet rörande bötesbrott – någon gång kan resas på den aktuella grunden.

> Ett förhållande som självfallet får stor betydelse i sammanhanget är hur riksåklagaren ställer sig till resningsansökningen. Hans ståndpunkt är visserligen inte bindande för HD, men om sökanden kan vinna gehör på detta håll, lär chanserna för bifall öka betydligt.[44]

10. Det framgår av det anförda att HD:s praxis rörande tilläggsregeln utvecklats avsevärt under senare år. Konturerna rörande dess tillämpning är alltjämt långtifrån klara; vad som här har sagts bygger på ett ganska mångtydigt material, och betydelsen av de speciella förhållandena i det enskilda fallet får understrykas.[45] En närmare precisering av förutsättningarna för resning enligt regeln i fråga är svår att göra och kunde rentav vara missledande; här är ett område där HD i ringa grad lär känna sig bunden av tidigare avgöranden. T o m de få fall som ansetts förtjäna referat i NJA torde snarare böra ses som exempel på tillämpningen av tilläggsregeln än som prejudikat i egentlig mening.

Vad som bör framhållas är emellertid att regeln idag knappast utgör en sådan undantagsregel för särpräglade fall som man tidigare ansett. Även om avslagsbesluten dominerar har HD i en rad olika typsituationer

[41] Jfr Bengtsson i SvJT 1989 s 229 f, om motsvarande fråga i dispensmål.

[42] Se SvJT 1986 s 59 ff.

[43] Welamson, a a s 219 ff, Ekelöf-Boman, a a s 118. Jfr även NJA 1950 s 382.

[44] Jfr t ex Sö 377/1984, Sö 262/1985, Sö 138/1988, Sö 206/1989.

[45] Möjligen är dessutom min allmänna hållning till tilläggsregeln något mera positiv än genomsnittet i HD. Jfr skiljaktigheter i NJA 1977 C 140, NJA 1987 C 105, Sö 49/1987, Sö 243/1989.

åberopat bestämmelsen som grund för resning. I vad mån detta allmänt sett innebär att den tilltalades chanser till resning ökat är väl något tveksamt. Rättsäkerhetssynpunkter kan visserligen ha fått större tyngd; om hänsyn till domstolarnas prestige någonsin haft betydelse i dessa fall, gäller det knappast idag. Men till utvecklingen kan också ha bidragit att HD av olika skäl föredragit att hänvisa till tilläggsregeln i stället för huvudregeln om sannolikhet, när båda möjligheterna aktualiserats. Kanske inte domstolen på det skriftliga materialet har velat ge en så tydlig anvisning om hur utgången i brottmålet bör bli som en tillämpning av huvudregeln utgör. Exempelvis i narkotikamål kan det vara svårt att förutse hur den kommande bevisbedömningen skall utfalla, bl a med tanke på den betydelse utsagor av medtilltalade och tvehågsna vittnen ofta fått för den undanröjda brottmålsdomen eller för resningsbeslutet. Det är då säkrare att tillämpa tilläggsregeln, som inte på samma sätt tar ställning till skuldfrågan. Just efter resning på denna grund har hovrätterna i flera fall ansett sig kunna hålla fast vid den tidigare bedömningen av den tilltalades skuld.[46] Även om en dömd person kanske har något bättre utsikter än förr att få resning av synnerliga skäl, kan han alltså inte för den skull vara säker på framgång i den nya rättegången i underinstansen.

[46] Så i Helandermålet (jfr NJA 1961 C 607; endast påföljden ändrad i hovrätten) och Ströbergsmålet, där hovrätten ånyo dömde den tilltalade; dispens vägrades.

Ersättningsrätt, kontraktsrätt, fastighetsrätt, offentlig rätt och processrätt

Boken innehåller en rad uppsatser från senaste decenniet, som tidigare mestadels publicerats i ganska svåråtkomliga festskrifter eller utländska tidskrifter. Delvis rör de praktiskt viktiga frågor som skadestånd, konsumentskydd och allemansrätt, delvis en rad aktuella lagstiftningsproblem – t. ex. om äganderätt och lagprövning. Från Högsta domstolens verksamhet behandlas ett par frågor av allmänt intresse: om dispensprövningen och om resning i brottmål.

Bertil Bengtsson är justitieråd och har tidigare varit professor i civilrätt. Hans senaste utgivning omfattar *Ersättning vid offentliga ingrepp 1* (1986), *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen* (1990) och *Ersättning vid offentliga ingrepp 2* (1991). Han är även – tillsammans med S-G Jonzon och L Delin – författare till *Naturvårdslagen* (1988).

NORSTEDTS JURIDIK

ISBN 91-38-50093-0