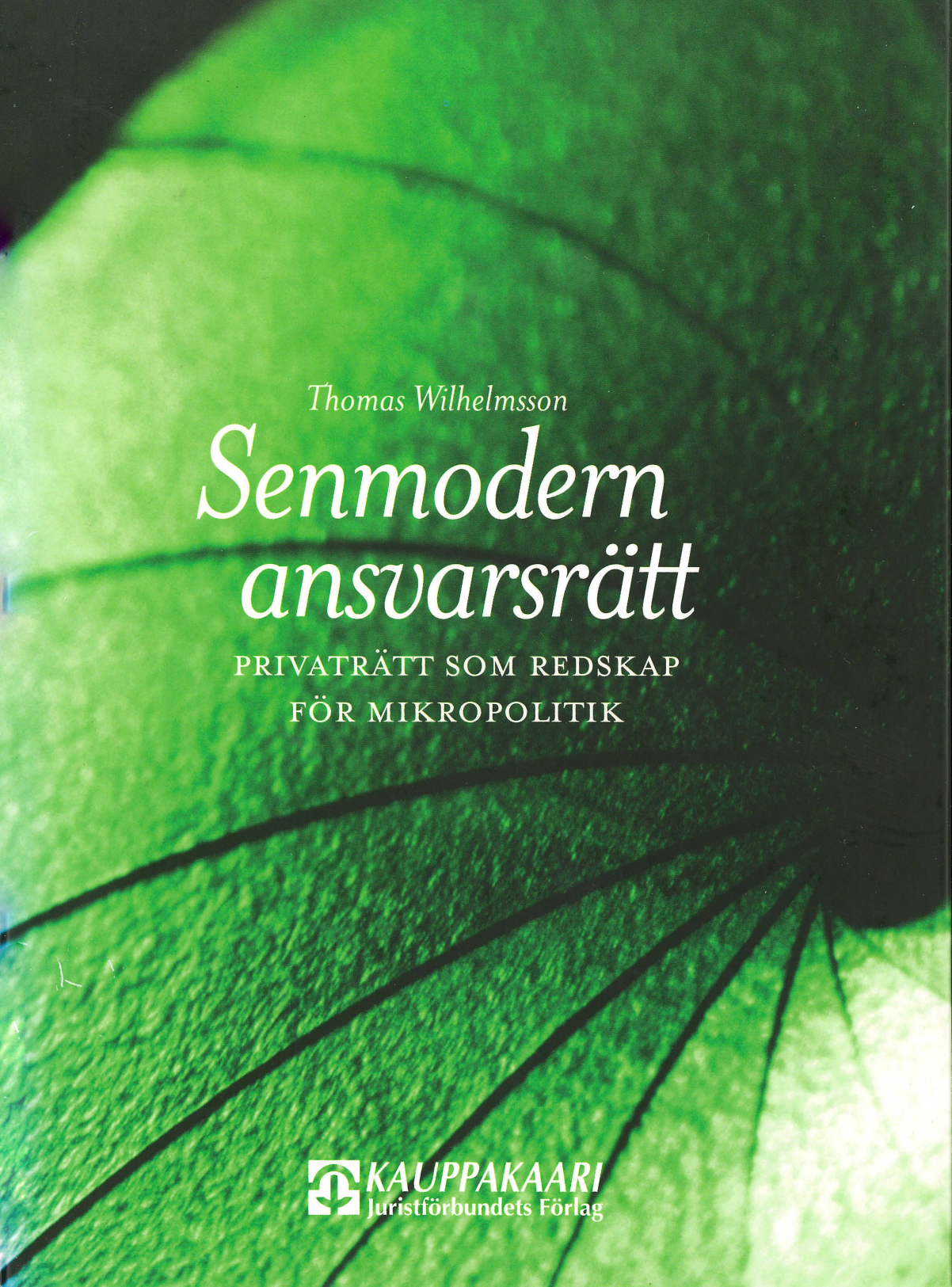
Thomas Wilhelmsson
Senmodern ansvarsrätt
PRIVATRÄTT SOM REDSKAP FÖR MIKROPOLITIK
KAUPPAKAARI
Juristförbundets Förlag

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-f4424

SENMODERN ANSVARSRÄTT

PRIVATRÄTT SOM REDSKAP FÖR MIKROPOLITIK

Thomas Wilhelmsson

SENMODERN ANSVARSRÄTT
PRIVATRÄTT SOM REDSKAP FÖR MIKROPOLITIK

KAUPPAKAARI
Juristförbundets Förlag
Helsingfors 2001

© 2001 Kauppakaari och Thomas Wilhelmsson
Förläggare: Talentum Media Oy
Omslag: Lauri Karmila

ISBN 952-14-0491-4

Gummerus Kirjapaino Oy
Jyväskylä 2001

Förord

"Grön ansvarsrätt?"

"Aktiv ansvarsrätt?"

"Postmodern ansvarsrätt?"

Ett av de svåraste besluten i samband med denna bok har gällt dess titel. Efter nästan varje ny genomgång av texten har titelbladet prytts av en ny rubrik. Det alternativ jag till sist stannat för är rubrikmässigt ett missfoster. Det avspeglar ändå kanske bäst bokens innehåll.

Jag vill gärna medge, att t.ex. de ovannämnda titlarna, som jag i olika skeden av arbetet smakat på, hade varit mer slående från marknadsföringssynpunkt. De hade otvivelaktigt haft den egenskapen, att jag skulle ha fått glädja mig över många passim-hänvisningar till boken även från sådana författares sida som kanske inte haft tid att titta närmare på den. Det skulle också ha varit trevligt att följa upp den "sociala civilrätten" med en "grön civilrätt".

Likväl har jag inte valt något av dessa alternativ. Redan önskan att inte identifieras med någon bestämd politisk riktning har gjort det svårt att använda termen "grön". Även om miljösynpunkter spelar en beaktansvärd roll i argumentationen, skulle "grön" här dessutom närmast vara synonymt med "gräsrots-", vilket kanske inte överensstämmer med det allmänna språkbruket. Också termen "postmodern" har vållat mig liknande svårigheter, som jag beskriver närmare nedan i kap. 1.

Det har i varje händelse roat mig mycket att skriva boken. Det här är kanske den av mina böcker som jag tyckt mest om att arbeta på. Min inspiration har heller inte blivit mindre av att man nästan dagligen i pressen kunnat läsa om hur olika nationella och globala rörelser, organisationer och andra mikropolitiska aktörer fått och tagit sig en allt mer betydelsefull roll i samhällsutvecklingen. Det har gjort det särskilt meningsfullt att fråga, huruvida dessa nya drag har eller kan ha någon avspegling på den juridiska nivån.

Boken utgör ett resultat av ett större forskningsprojekt som finansierats av Finlands akademi och Institutionen för privaträtt vid Helsingfors universitet. Temat för det s.k. HYS-projektet var välfärdsstatsförväntningar, privatisering och civilrätt (Hyvinvointivaltio-

odotukset, Yksityistäminen ja Siviilioikeus). Jag har fått mycken inspiration och många idéer till denna bok genom de talrika givande diskussioner vi fört inom ramen för projektet. Flera av de tankar som jag utvecklat här ingår redan i mindre analytisk form i mina bidrag till projektets slutrapport (Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, 2000). Jag tackar alla projektdeltagare för allt de gett mig före, under och efter projektet.

Arbetet har fördröjts p.g.a. att jag under de senaste tre åren fungerat som prorektor vid Helsingfors universitet. Inte heller detta är det skäl att beklaga. Boken har utan tvivel blivit betydligt bättre som följd av att jag blivit tvungen att framskrida långsammare och tänka efter en smula. Det har också varit mycket inspirerande att samarbeta med mina kolleger i rektoratet.

Min mångårige kollega och vän Juha Pöyhönen har läst mitt manuskript och givit många goda kommentarer. Jag har alltid upplevt det som mycket givande att vi kunnat byta tjänster på detta sätt. Det är speciellt nyttigt eftersom vi, som den skarpsynte läsaren säkert lätt noterar, uppenbart uppfattar de konkreta förändringarna i rätten och dess ställning på ett mycket likartat sätt, men samtidigt drar delvis olikartade normativt-teoretiska slutsatser av dem.

Biblioteket vid Institutet för internationell ekonomisk rätt KATTI har varit mig till stor hjälp med material och dokumentation. En så välfungerande informationstjänst gör livet som forskare betydligt lättare.

Jag vill slutligen också tacka mina familjemedlemmar – Niklas, Alex, Alvar och Ellen – för att de utgör sådana glädjeämnen att man inte behöver ta skrivandet fullt så allvarligt.

De mer konkreta juridiska berättelserna i arbetet gäller primärt finsk rätt. Då arbetet publiceras både i Finland och Sverige – tack till förlagen för ett flexibelt samarbete! – har jag i mån av möjlighet sökt redovisa också relevant svenskt material. Jag ber på förhand om ursäkt för de förbiseelser som jag otvivelaktigt måste ha gjort mig skyldig till i detta hänsende.

Helsingfors den 30 april 2001

Thomas Wilhelmsson

Innehåll

Förord 5

Innehåll 7

1 kap. Mot en ny ansvarsrätt? 11

Teser 12
Visionen 16
Samtidsdiagnosen som metod 21

Del I. Ansvarsrättens nya funktioner 27

2 kap. Marknadsorienteringen och ansvarsrätten 29

Mot ökad marknadsorientering 30
Marknadsorienteringens former 32
Tankar om konsekvenserna för privaträtten 42
Välfärdsförväntningarna som pådrivare av utvecklingen 46
Kraven på privaträtten 49
Fyra funktioner 64

3 kap. Risksamhället och ansvarsrätten 66

Risksamhällets särdrag 66
Osäkerheten och den ansvarsrättsliga styrningen 74
Försäkringssamhälle och ansvarsrätt 85
Riskbeslut och ansvarsrätt 95
Ansvarsrättens nya betydelse 100

4 kap. Ansvarsrätten som moraldiskurs 103

Moral utan etik 103
Rättegången som moraldiskurs 111
En ny juristroll 120
Varför just ansvarsrätten? 124
Moralen och ansvarsrättens funktioner 132

5 kap. Mikropolitik och ansvarsrätt 134

Mikropolitik och medborgarmakt 134
Ansvarsrättsliga strategier som en del av mikropolitiken 144
Massmedia och ansvarsrätten 153
En offentlighetsinriktad, men fragmenterad ansvarsrätt 161

6 kap. Slutsatser: nya uppgifter för ansvarsrätten 164

Ansvarsrättens växande betydelse 164
Globaliseringen och privaträttens ökade betydelse 168
Mot en amerikaniserad ansvarsrätt? 172
Mer "amerikanskt" i påföljderna 179
Ansvarsrättens nya funktioner 182
Min "ansvarsrätt": makt, ansvar och mikropolitik 186

Del II. Små Goda Berättelser om makt och ansvar 191

7 kap. Flexibilitet, fragmentering och Små Goda Berättelser 193

Trycken mot flexibilitet och fragmentering 193
Skadeståndsrättens interna motsättningar 199
Från skadeståndsrätt till ansvarsrätt 208
Bör man skapa ett nytt ansvarsrättsligt System? 215
Mot ett europeiskt system? 225
De Små Goda Berättelserna 233

8 kap. Ekonomisk makt och ansvar 240

Grunden för ansvaret vid näringsverksamhet 241
Det rätta ansvarssubjektet: ansvarsgenombrott 253
Kreditgivaransvaret 264
Ett personligt ansvar? 270

9 kap. Politisk makt och ansvar 273

Utgångspunkter 275

Ansvar för uteblivna tjänster 283
Ansvar för att man inte avvärjt en skada 294
Ansvar för bristfällig lagstiftning 300

10 kap. Mediemakt och ansvar 305

Medieansvar för kränkningar och mikropolitik 308
Massmedia som konsumtionsnyttigheter 316
Yttrandefrihetens konsumenträttsliga motprinciper ..320
Pressens konsumenträttsliga ansvar 325

11 kap. Ansvarsrätt och egenintresse 336

Egenintresset och dess motprinciper 339
Felbegreppet som inkörsport 345
Mot ett nytt skadebegrepp 355

Epilog 367

Litteratur 371

Sakregister 411

1 kap. Mot en ny ansvarsrätt?

Om att boken skall handla om nya funktioner som ansvarsrätten kan erhålla i dagens senmoderna samhälle och om möjligheterna att utnyttja dessa i en mikropolitik som syftar till att försvara element av solidaritet i detta samhälle.

Varje rättsvetenskapsman med självkänsla skapar ett nytt begrepp, varje samhällsvetare lokaliserar en ny kris. I nutida samhällsforskning har kriserna avlöst varandra. Också i dag sägs samhället, denna gång välfärdssamhället, vara i kris. Diskussionens vågor har redan länge gått höga om vad som kan förväntas följa på den krisande välfärdsstaten, hur "postvälfärdsstaten" kan tänkas se ut.

Naturligtvis är strävan till krislokalisering inte byggd enbart på (mar)drömmar. Den avspeglar djuptgående förändringar i det samhälle vi lever i, förändringar som kan ge och har gett upphov till anomalier och andra krisfenomen inom många olika sektorer av samhället och rätten, och på många olika nivåer av samhälleligt tänkande. De grundläggande förändringarna har givits många namn. Många talar om det postmoderna samhället, andra föredrar benämningar som det senmoderna eller det andra moderna. Vi sägs leva i ett post-traditionellt samhälle,[1] i ett samhälle som karaktäriseras av reflexiv modernisering.[2] Det väsentliga är naturligtvis inte vilken term som utnyttjas, utan insikten att det under de senaste årtiondena har ägt rum ett antal mycket viktiga förändringar i samhället och i vårt sätt att uppfatta samhället. Hur jag själv tolkar dessa förändringar får jag anledning att återkomma till i respektive sammanhang i fortsättningen.

Frågan om välfärdsstatens kris kan, men behöver inte, uppfattas som en del av dessa grundläggande förändringar. Somliga ser välfärds-

---

1 Se t.ex. Giddens 1994.
2 Beck, Giddens & Lash 1994.

staten som det modernas sista stora projekt (den sista Stora Berättelsen),[3] som oundvikligt skrider mot sin undergång, medan andra snarare talar om förändrade välfärdsuppfattningar i senmoderna samhällen. Knappast någon förnekar emellertid det faktum att vi lever i en tid där väsentliga, kanske t.o.m. paradigmatiska förändringar avseende produktion och distribution av välfärd i våra samhällen har ägt rum eller står för dörren. Privatisering, marknadsorientering och avreglering är frekventa slagord.

Viktiga förändringar i samhället kan inte passera obemärkta på rättens nivå. Det senmodernas intåg och välfärdsstatens metamorfos måste avspegla sig också i rättens innehåll och strukturer. Detta är utgångspunkten för det föreliggande arbetet. Analysen riktas mot ett antal förändringar i rätten som kan anknytas till vissa sådana nya drag i samhället som redan kan iakttas eller i varje fall kan förmodas uppstå.

Teser

De förändringar som är mer direkt anknutna till välfärdsstatens framtid avser förhållandet mellan stat, marknad och civilsamhälle. Staten (det offentliga) är målet för en såväl ideologiskt som också pragmatiskt motiverad attack, som syftar till att överföra uppgifter och ansvar från det offentliga till marknadsaktörer (företag) och aktörer inom civilsamhället (familjen och organisationsväsendet). I rättsliga termer betyder det att det privaträttsliga perspektivet får en ökad betydelse på bekostnad av det offentligrättsliga.

I detta arbete undersöker jag den rättsliga förändringen just inom ramen för den växande privaträttsliga synvinkeln. Mycket löst kan arbetets utgångspunkt beskrivas som ett försök att lokalisera implikationer för privaträtten av de aktuella förändringarna i den samhälleliga kontexten och särskilt av välfärdsstatens utveckling i riktning mot det som ovan betecknats som en "postvälfärdsstat"? Som senare skall framgå har dessa implikationer såväl empiriska som normativa drag. I

---

[3] Se i denna riktning – med något annan terminologi – t.ex. Lash 1994 s. 114: välfärdsstaten sägs utgöra blott ett steg mot det fullt moderna (det fullt reflexiva samhället), där den framskridande individualiseringen påstås befria handlingsmöjligheterna också från välfärdsstatens och statsbyråkratins sociala strukturer.

en vision är fakticiteten och normativiteten oundgängligen sammanblandade.

Det att arbetet har ett privaträttsligt perspektiv skall inte uppfattas som uttryck för en uppfattning, enligt vilken det offentliga och det privata, eller den offentliga rätten och privaträtten, skulle utgöra motpoler som inte kan förenas. Detta är inte fallet. Ett etablerat sätt att tala om dagens disintegrerade och delvis privatiserade välfärdslösningar har sammanfattats i termer som välfärdsmix eller välfärdspluralism. En kombination av statens och marknadens resurser antas kunna erbjuda den önskade nivån av välfärdstjänster. En sådan "mix" existerar, och har säkert alltid existerat. Dess ingredienser kan emellertid förväntas bli många fler i de senmoderna varianterna av välfärdssamhället. I stället för att se endast en offentlig form av välfärdsstat i motsats till en privat produktion av välfärd på marknaden borde man snarare operera med en glidande skala, på vilken man kan inplacera mer eller mindre offentliga välfärdslösningar. I en senmodern välfärdspluralism kanske t.o.m. talet om en skala kan förefalla alltför strukturerat i förhållande till den verklighet som skall beskrivas. Det vore åtminstone för vissa lösningars del antagligen en mer passande metafor att tala om ett fyrverkeri av åtgärder, vilka är mer eller mindre lösryckta från traditionella gränsdragningar mellan det offentliga och det privata.

Detsamma gäller naturligtvis också dikotomin offentlig rätt/privaträtt. Det är och har redan länge varit ett välkänt drag i rättsutvecklingen, att gränsdragningen mellan privat rätt och offentlig rätt suddas ut samtidigt som det sker en betydande omklassificering av material inom ramen för återstoderna av denna dikotomi. Utvecklingsdrag av detta slag får inte lämnas ur sikte, om man granskar blott privaträtten. Det privaträttsliga perspektivet i denna framställning måste därför uppfattas relativt. Det är fråga om att analysera vissa nya fenomen som kan uppfattas ligga närmare den privaträttsliga ändpunkten på en glidande skala mellan privaträtt och offentlig rätt.

I denna analys av samhällsförändringarnas implikationer för privaträtten söker jag motivera en huvudtes, som kan tas till utgångspunkt för en vision. Denna tes är att något som jag kallat *"ansvarsrätten"*, d.v.s. olika slags regler om privaträttsligt ersättningsansvar, kan erhålla *nya funktioner* och därmed en *mer central betydelse* i det senmoderna

samhällets privaträtt. Ansvarsrätten kan bli en mer väsentlig del av privaträttens bidrag till det senmoderna välfärdsutbudet.

I arbetet preciserar och utvecklar jag denna tes närmare. I den första huvuddelen av arbetet analyserar jag de argument på vilka tesen bygger. Argumenten är av såväl empirisk/teoretisk som normativ art. Av den första typen – åtminstone huvudsakligen – är försöket att anknyta diskussionen angående privaträttens utveckling till de aktuella förändringarna i det senmoderna samhället. Dessa förändringar förefaller i sig innehålla ett tryck i tesens riktning. Den traditionella offentligt styrda välfärdsstatens omvandling i riktning mot en betoning av privatiserade och marknadsstyrda strukturer, liksom också framväxten av vad man brukat kalla risksamhället tenderar att öka ansvarsrättens betydelse (kap. 2–3). Önskvärdheten av en ny och starkare ansvarsrätt härleds åter ur en analys av etikens och moralens ställning i det senmoderna samhället (kap. 4). Den praktiska betydelsen av en ny ansvarsrätt i detta hänseende sammanhänger bl.a. med att det senmoderna blivit ett mediesamhälle (kap. 5).

De nya möjligheter som ansvarsrätten erhållit p.g.a. dessa drag i samhällsutvecklingen kan i mediesamhället komma till användning inom ramen för det som man stundom brukat beteckna som en mikropolitik, där också aktörer inom civilsamhället kan utöva inflytande (kap. 5). Den växande betydelsen av mikropolitiska aktörer och strategier ökar det faktiska trycket i riktning mot en starkare ansvarsrätt. Samtidigt erbjuder mikropolitiken i sig också normativa argument för en betoning av ansvarsrätten. Som jag nedan skall utveckla närmare, utgör just tanken på ansvarsrätten som ett redskap för mikropolitik den vision som jag söker formulera i detta arbete.

I arbetets andra huvuddel analyserar jag ett antal juridiska konsekvenser av arbetets huvudtes och vision. Här söker jag svar på frågan, hurudan den senmoderna ansvarsrätten kommer att och bör vara. Samtidigt som analysen baseras på ett försök att placera in ansvarsrättens nya drag i ett samhälleligt sammanhang har den en normativ prägel i det jag tar en utgångspunkt i ansvarsrättens möjligheter att bidra till strävan att upprätthålla en välfärdsstatlig solidaritet genom att fungera som ett redskap för en mikropolitik med detta syfte.

Den nya ansvarsrätt som kan utvecklas och som bör eftersträvas i det senmoderna avviker i många avseenden från dagens ersättnings-

regler. För att ansvarsrätten skall kunna erhålla den viktigare roll som skissas upp i arbetets första huvuddel måste många av dess traditionella utgångspunkter omvärderas. Det normativa krav som jag uppställer i arbetet kan slagordsmässigt formuleras på följande sätt: för en gränsöverskridande ansvarsrätt! Den nya ansvarsrätten ifrågasätter bl.a. gränsen mellan rättskipning och rättsskapande, mellan rätt och moral samt mellan privaträtt och offentlig rätt, den är beredd att överskrida de traditionella gränserna för rättssubjektet och den åsidosätter den vedertagna bindningen av privaträtten till de agerande parternas egenintresse.

Det är skäl att redan i detta skede framhålla, att den ansvarsrätt jag här talar om inte blott är en ny version av skadeståndsrätten. När jag talar om ansvarsrätt avser jag också mycket annat än blott skadeståndsrätt i begränsad mening.[4] Också kontraktsrättsligt ansvar och annat sådant ansvar som traditionellt uppfattats som privaträttsligt är med i bilden. Den ansvarsrätt som jag här söker analysera och utveckla bör ha möjlighet att spränga inte blott gränsen mellan privaträtt och offentlig rätt, utan också de traditionella privaträttsliga indelningarna. Strävan att framhäva privaträttens möjligheter att stöda element av solidaritet i samhället förutsätter ett bredare perspektiv, inom ramen för vilket man kan förena olika slag av ansvar.

Relationen mellan arbetets första och andra huvuddel kan vid första anblicken förefalla delvis cirkulär. I den första delen motiverar jag ansvarsrättens växande betydelse bl.a. genom att hänvisa till vissa av dess egenskaper – exempelvis dess flexibilitet och dess traditionellt nära anknytning till moralen – som gör den speciellt användbar för att fylla vissa nya rättsliga behov som utvecklingen av det senmoderna samhället frambringar. I den andra delen konstruerar jag av ansvarsrättens förment nya funktioner sådana normativa konsekvenser, i vilka också de nyssnämnda ansvarsrättsliga dragen accentueras. De nya funktionerna motiveras med flexibiliteten, flexibiliteten med de nya funktionerna! Likväl tror jag inte att jag här hemfaller till ett problematiskt cirkelresonemang. Det är snarare fråga om en dialektisk spiral, där man i det

---

[4] Också Pöyhönen 1997 förespråkar, från andra utgångspunkter, ett helhetsperspektiv på det civilrättsliga ansvaret. Resonemanget har fördjupats i Pöyhönen 2000 – ett viktigt arbete som jag får anledning att återkomma till i flera sammanhang nedan.

första skedet fokuserar på mer eller mindre latenta möjligheter och i det andra på normativa önskemål om deras realisering. Det som i skenet av samhällsutvecklingen framstår som en möjlighet kan lättare förverkligas om man ställer normativa krav i denna riktning.

Visionen

Arbetets perspektiv riktar sig mot framtiden. Frågan gäller vad som kommer att ske och vad som kan göras med ansvarsrätten.

I all forskning med ett sådant framtidsperspektiv är det empiriska och det normativa oundgängligt förbundna med varandra. Prognoser och önskningar kan inte klart särskiljas. Realistiska önskningar tar hänsyn till vad som kan förutses och prognoser bygger alltid delvis på önsketänkande. Bokens frågeställning är därför, som redan flera gånger betonats, både empirisk och normativ. Det är alltså inte blott fråga om hur samhället och rätten fungerar i dag och sannolikt kommer att fungera i början av 2000-talet, utan också om i vilka riktningar man kan och borde söka driva utvecklingen. Jag påstår alltså inte att den utveckling jag beskriver skulle vara oundgänglig. Analysen avser det rättsligt möjliga. Den rör sig på fältet mellan det möjliga och det verkliga. Den fäster uppmärksamheten vid vad som kan göras snarare än vid vad som kommer att ske.

Ett av den postmoderna moraldiskursens stora namn (i dag) Zygmunt Bauman hävdar att det föreligger två motsatta versioner av postmodern tolerans, d.v.s. likgiltighet och solidaritet. Valet mellan dessa måste göras i praktiken, utan filosofiska garantier.[5] Den normativa utgångspunkten för detta arbete ligger i det senare alternativet. Mitt mål är att se, vilka möjligheter och vägar ansvarsrätten under i dag rådande förhållanden erbjuder för att främja solidaritet– eller snarare samhälleliga lösningar med ett solidariskt innehåll – såväl mellan dem som lever nu som i relation till framtida generationer.

Redan i detta skede är det skäl att betona, att begreppet "solidaritet" i sig är så vagt att man snarast borde omtala det inom citationstecken. Det är lättare att använda det för att väcka positiva associationer än för att ge en precis beskrivning av sociala målsättningar. Solida-

---

[5] Bauman 1992 s. xxiii.

ritetens förhållande till välfärdsstatligheten är också oklart och i ett globalt perspektiv t.o.m. motstridigt. Jag använder likväl här, då jag skissar upp arbetets utgångspunkter, solidaritet och välfärdsstatlighet mer eller mindre som synonymer med ett oprecist innehåll. Först den detaljerade analysen visar, hurudan solidaritet och välfärdsstatlighet man kan försvara och sträva att försvara med privaträttens hjälp. Den tilltagande fragmentering som visas vara kännetecknande för rättsutvecklingen och det metodiska redskap som här används för att bemästra denna situation – de små goda berättelserna – innebär likväl att man inte heller efter den detaljerade analysen kan förvänta sig ett konsistent solidaritetsbegrepp.[6] Det räcker att här, som en allmän fingervisning, konstatera att solidaritetsbegreppet innehåller element av såväl omtanke och omvårdnad som gemenskap. Solidariteten innebär en strävan att ta hand om de Andra i gemenskapen,[7] även då detta betyder att man får pruta på sina egna aspirationer.

Det solidaritetsbegrepp jag här använder innebär inte någon betoning av en subjektivt upplevd empati eller andra känslor på ett personligt plan. Jag är primärt intresserad av vad man kan göra för att stärka sådana handlingsmönster och distributionsmodeller som är naturliga för ett solidariskt samhälle (och en solidarisk värld), inte av om de som avses handla "solidariskt" gör det av egen fri vilja eller tvingade därtill av rättsordningen.[8] Skulle alla vara subjektivt inriktade på att handla solidariskt skulle det inte vara någon akut fråga, vad man genom rättslig påverkan kan åstadkomma för att stärka solidariska handlingsmönster. Just för att mitt intresse på detta sätt riktar sig primärt mot solidariteten i samhället och inte hos individen kan jag använda "solidaritet" och "välfärdsstatlighet" parallellt.

---

6 Detta hindrar inte att man kan använda begreppet, jfr beträffande "den globala solidariteten" Väyrynen 2001 s. 131 f., som trots mångtydigheten ser den som ett centralt socialt värde för globaliseringskritikerna.

7 Gemenskapen uppfattas här vidsträckt, betecknande endast den omständigheten att solidaritet alltid är ett socialt fenomen. Den solidaritet jag talar om omfattar således både gruppsolidaritet, d.v.s. en solidaritet som omfattar "en av oss", t.ex. inom fackföreningen eller stadsdelen, och kontrastsolidaritet, d.v.s. solidaritet med fattiga och förtryckta, mer genuint Andra. Man kan också tala om solidaritet med kommande generationer. Se om de två formerna av solidaritet t.ex. Liedman 1999.

8 En annan sak är, att en subjektivt empatisk beslutsfattare kan arbeta för att tvinga fram samhälleligt solidariska handlingsmönster, se härom nedan kap. 4.

Jag utgår från att en sådan strävan mot samhällelig solidaritet och välfärdsstatlighet fortfarande är möjlig. Den grundläggande hållningen i det normativa perspektivet är med andra ord en (begränsad) optimism. Jag vill inte ansluta mig till dem som – på i sig mycket goda grunder – blott klagar över välfärdsstatens demontering, solidaritetens tillbakagång, moralens upplösning och utopiernas försvinnande. Även om en sådan pessimistisk attityd är mycket förståelig, finner jag det själv mer uppbyggligt att analysera, vad som eventuellt trots allt kan göras för att stärka solidariteten i dagens läge. Fastän trovärdigheten hos utopiskt tänkande har krossats, senast genom kollapsen av det socialistiska projektet, föreligger fortsättningsvis ett behov av normativa modeller för social aktivitet. Trots att man har insett den Stora Utopins paradox, d.v.s. att den genom att förverkligas tenderar att förvandlas till en antiutopi, att den förlorar sin livskraft genom att bli verklighet, längtar man efter små, till tid och plats bundna små idealmodeller att arbeta för och sträva till. Verkligheten har blivit så komplex och abstrakt att den bästa möjligheten att närma sig sanningen kanske i dag ligger "only in involved engagement, in having concern for things and people in a shared world."[9] De Stora Utopiska Berättelserna är döda, eller åtminstone tillfälligt paralyserade, men små goda berättelser om samhälleliga förändringar kan ännu presenteras.[10] Detta arbete innehåller ett antal sådana ansvarsrättsliga berättelser. Hur jag uppfattar det för mig centrala metodiska redskapet små goda berättelser beskriver jag närmare i kap. 7.

Enligt den huvudtes som jag motiverar i arbetets första huvuddel gör vissa drag i samhällsutvecklingen det realistiskt att anta, att en ökad betoning av det privaträttsliga ansvaret kommer att vara ett centralt element i framtida rätt. Den normativa argumentationen för en utveckling av ansvarsrätten i detta arbete kan därför förefalla som en strävan att göra en dygd av nödvändigheten. Detta är åtminstone delvis riktigt. Likväl, med den optimistiska utgångspunkt som jag valt för arbetet, ter det sig intressant att analysera, huruvida privaträtten kan spela någon positiv roll i den situation som uppstått. Jag försöker med andra ord visa, genom att analysera sambanden mellan den privat-

---

9 Lash 1994 s. 152.

10 Utopin har kanske ersatts av heterotopin, se de Sousa Santos 1995 s. 573.

rättsliga ansvarsregleringen och olika drag hos det senmoderna samhället, *på vilket sätt, i vilken grad och under vilka förutsättningar ansvarsrättens uppenbara renässans kan utnyttjas för att skapa, försvara och stärka solidariteten i samhället.*

Ansvarsrätten uppfattas i arbetet framför allt som ett instrument, med vars hjälp man kan fylla reglerings- och övervakningsfunktioner som försummats av den retirerande välfärdsstaten. Frågan är, vilka möjligheter medborgarna och deras organisationer har att med bistånd av ansvarsrätten vidta rättsliga åtgärder för styrning bl.a. av ekonomisk verksamhet. Detta förutsätter i många fall en ny bild av privaträtten, i vilken det normativa slagordet kunde formuleras: "privaträtt som medborgarrätt". En privaträtt och en ansvarsrätt, som kan fylla de funktioner som här angivits, måste bl.a. övervinna ett av privaträttens grundantaganden, nämligen det att egenintresset utgör bas för alla privata rättigheter. Jag hävdar att man kan skapa nya rättsliga möjligheter genom att utveckla en ansvarsrätt, där det privata ligger snarare i medborgarnas självständiga rätt att väcka talan än i den nödvändiga kopplingen till ett läderat privat (ekonomiskt) intresse.

Min vision – privaträtt som medborgarrätt – innebär en normativ betoning av lösningar som underlättar *användningen av ansvarsrätten som ett instrument för mikropolitik.* Med denna medvetet vaga term syftar jag framför allt på olika former av medborgaraktivism, smågruppsinitiativ och organisationsverksamhet, som i växande grad sägs prägla det senmoderna samhället (kap. 5), men inget hindrar att man i detta begrepp inbegriper också vissa former av aktivism inom statsapparaten, såsom t.ex. konsumentombudsmannens agerande. Visionen bygger på ett antagande, som jag senare motiverar närmare, att ansvarsrätten kan spela en positiv roll inom ramen för mikropolitiska strategier som syftar exempelvis till att skydda miljön, upprätthålla ett socialt skyddsnät och försvara (andra) mänskliga rättigheter.

Den medborgarcentrerade mikropolitiken, med ansvarsrätten som ett av dess redskap, har m.a.o. en roll som *en instans för kontroll av olika former av systematisk maktutövning.* Man kunde slagordsmässigt tala om mikropolitik och ansvarsrätt som motmakt.[11] I den rättsliga vi-

[11] De mikropolitiskt aktiva medborgarorganisationerna ser också ofta sig själva som motvikter till etablerade maktstrukturer, se t.ex. Väyrynen 2001 s. 130.

sionen diskuterar jag därför just möjligheterna att utveckla ansvarsrätten så att den bättre än tidigare kan fungera som ett redskap för en mikropolitisk kontroll av ekonomisk, politisk och massmedial makt. Det blir i någon utsträckning alltså fråga om ett slags gräsrotsperspektiv på ansvarsrätten. Med ett kortare slagord – som är ännu mer missvisande än "social civilrätt" en gång var – kunde man tala om en "grön civilrätt" eller en "grön ansvarsrätt".[12] Slagordet är missvisande, därför att attributet "grön" då ingalunda hänvisar blott till ekologiska värden, utan det används i en mer vidsträckt mening med referens till verksamheter som äger rum på gräsrotsnivå och initiativ som tas på denna nivå.

Jag vill således påstå, att det föreligger drag i det senmoderna samhället, som gör det möjligt att använda och utveckla ansvarsrätten så att den aktivt kunde stöda välfärdsstatliga ideal i vidsträckt mening. Härvid vill jag emellertid under inga omständigheter göra gällande, att ansvarsrätten kunde ersätta den traditionella (offentligrättsliga) välfärdsstatliga regleringen eller att man ens borde i mån av möjlighet eftersträva detta. Ansvarsrätten kan inte träda i stället för ett bristfälligt socialskydd.[13] Privaträtten, som anknyter till enskilda fall, är oundvikligen ett bristfälligt redskap för att behärska frågor angående (om)fördelning av resurser. Det är alltså bara fråga om, huruvida man kan göra något gott med privaträttens hjälp i ett läge där man i varje händelse strävar att minska den offentliga styrningen med hänvisning till överbelastningen av den offentliga sektorn. Som jag senare skall analysera närmare, gäller problemet vilken plats man kan ge ansvarsrätten i den välfärdsmix eller i det pluralistiska fält av välfärdslösningar som präglar den senmoderna "postvälfärdsstaten".[14] I denna blandning av rätts-

---

12 Jag har tidigare talat om en "grön köprätt" i Wilhelmsson 1993c.

13 Det är lätt att till stora delar instämma i den kritik av skadeståndsrätten som från detta perspektiv framställts av Abel 1981.

14 En terminologisk varning är här på sin plats. "Postvälfärdsstaten" är en problematisk term, därför att den lätt läses som ett avståndstagande från eller åtminstone ett uppgivande av välfärdsstatliga värden såsom solidaritet och trygghet. Då detta givetvis inte är mitt mål, söker jag därför undvika att i fortsättningen tala om "postvälfärdsstaten". I den mån jag trots allt utnyttjat detta begrepp vill jag med det bara indikera att välfärdsstaten i dess traditionella, starkt statscentrerade form uppenbarligen är på tillbakagång, men inte att man inte kan och bör söka efter nya välfärdsstatliga former som kan förefalla bättre anpassade till det senmoderna. Målet för detta arbete är ju just att peka på ett antal sådana möjligheter.

element kan ansvarsrätten snarast bidra med vissa regleringss- och styrningsfunktioner.

Det är viktigt att understrecka ansvarsrättens begränsade roll i den totala välfärdsmixen också med hänsyn till den omständigheten att de rättsliga visioner som presenteras här uttryckligen avser nordisk, och särskilt finsk och svensk, ansvarsrätt. Även om globaliseringsutvecklingen medfört att juridiska analyser av det rättsliga tänkandets strukturer och huvuddrag kan förmedla värdefulla insikter i ett vidare perspektiv än det nationella och mycket av det som sägs i detta arbete därför uppenbarligen har relevans mer generellt för utvecklade senmoderna samhällen, har våra samhällen och vår rätt fortsättningsvis så många egna drag att den konkreta rättsliga analysen förankrats häri, d.v.s. i finsk och i hög grad också i svensk rätt. Från ett sådant nordiskt perspektiv, där utgångspunkten är en välutvecklad välfärdsstat, är det naturligt att den primära strategin för den solidaritetsorienterade måste gå ut på att försvara så mycket som möjligt av den traditionella välfärdsstatens landvinningar. Det som i fortsättningen sägs om ansvarsrättens möjligheter skall alltså i ingen händelse uppfattas som en uppmaning att överge den sistnämnda målsättningen. Visionen innebär inte en strävan att övergå från en europeisk 'model of regulation and administration' till en amerikansk 'model of information and litigation',[15] utan att se, vilka möjligheter ansvarsrätten erbjuder i en ny välfärdsmix, där man forsättningsvis i möjligast hög grad erkänner betydelsen också av offentligt genererade välfärdslösningar.

Samtidsdiagnosen som metod

Min vision bygger på uppfattningar om hur dagens samhälle och rätt ser ut. Det är härvid inte fråga om empirisk detaljkunskap, utan snarare om vidare vyer över utvecklingens centrala drag. Det är fråga om ett slags samtidsdiagnos, som alltid i betydande mån måste vara beroende av diagnostikerns erfarenheter – och utopier. Sammanblandningen av det empiriska och det normativa äger alltså rum redan på detta plan.

"Samtidsdiagnoser" har intagit en framträdande plats i den samhällsvetenskapliga debatten under senare tid. Väl kända också i ett ju-

[15] Dessa modeller beskrivs närmare i Howells & Wilhelmsson 1998 s. 263 ff.

ridiskt auditorium är t.ex. Ulrich Becks analys av risksamhället[16] och François Ewalds beskrivning av försäkringssamhället.[17] Den stora diagnosen av informationssamhället har presenterats av Manuel Castells.[18] Många andra intressanta analyser av centrala drag i det sen- eller postmoderna samhället kunde nämnas i detta sammanhang.[19] Också frågan om välfärdsstatens eventuella kris och övergång i någon form av "postvälfärdsstat" har genererat metervis av litteratur.[20]

Det är här skäl att uppmärksamma ett terminologival som kan uppfattas vara av en viss betydelse. I många aktuella och inspirerande samhällsanalyser har man beskrivit diagnosen med hjälp av termen postmodern. Själv har jag här föredragit att tala om det senmoderna snarare än det postmoderna och jag utnyttjar den senare termen bara då jag direkt refererar någon författare som använt sig av den. Detta skall inte alls tolkas som ett avståndstagande från goda analyser av "postmodern rätt",[21] utan blott som ett försök att undvika en ofruktbar debatt om vilket fack arbetet hör hemma i. Termen postmodern har utnyttjats för att referera till en mängd varierande fenomen i dagens samhälle och kultur[22] och leder därför lätt delvis också till sådana associationer, som jag inte avser. Talet om det postmoderna kan också ge intryck av

---

16 Beck 1986.

17 Ewald 1986 och 1989.

18 Jag har här särskilt haft anledning att använda den andra volymen av hans trilogi om informationssamhället, Castells 1997.

19 Särskilt inspirerad har jag blivit av Bauman 1991, 1992, 1993 och 1995 samt Jameson 1991. Detta kan förefalla överraskande, då dessa modeauktoriteter, fastän de båda talar om det postmoderna, står i uppenbar konflikt vad beträffar särskilt deras normativa utgångspunkter. Deras analyser kan förenas blott om den ena upphöjs till metanivå i förhållande till den andra, vars tänkande då får representera forskningsobjektet. Det intressanta är, att denna operation kan göras åt båda hållen – marxismen ger intressanta redskap för analysen av postmodernismen och vice versa. Mina preferenser får läsaren söka mellan raderna i den fortsatta framställningen.

20 En god introduktion utgör essäsamlingen Eräsaari & Rahkonen 1995.

21 Jfr kritiken mot mitt ordval hos Andersson 2000 s. 42. Andersson har själv testat det postmoderna rättsliga tänkandet i relation till ansvarsrätten i Andersson 1999.

22 Denna förvirring har föranlett t.ex. Duncan Kennedy att i sin stora sekelskifteskritik av rättstillämpningen kalla sin angreppsvinkel för "mpm version of leftism", där "m" står för kulturell modernism och "pm" bl.a. för postmodern teori, se Kennedy 1997 s. 346 ff.

ett mer dramatiskt brott med det moderna än jag vill förmedla.[23] Hurudana förändringar jag tänker på när jag hänvisar till det senmoderna framgår senare i respektive sammanhang.

Samhällsvetenskapliga arbeten av det ovannämnda slaget har spelat en viktig roll då jag uppbyggt min egen syn på verkligheten. Det är emellertid skäl att påpeka, att de samhällsvetenskapliga samtidsdiagnoserna inte som sådana kan utgöra någon bas för arbetet. Det är ju inte fråga om en kunskap som skulle vara empiriskt verifierbar i någon strikt mening. Diagnoserna utgör primärt ett slags vetenskapens inlägg i samhällsdebatten, inte någon kontrollerbar vetenskaplig "sanning" som kan tas för given när man inom en annan vetenskapsgren, såsom rättsvetenskapen, bygger upp sina egna modeller. Det att man på olika håll i samhällsvetenskapen framhävt vissa utvecklingsdrag kan emellertid, fastän detta strikt taget inte har något vetenskapligt bevisvärde, tas som ett indicium på att förändringar av det uppmärksammade slaget verkligen "ligger i luften".[24] Då jag i detta arbete ställvis utnyttjat olika samhällsvetenskapliga författares mer eller mindre väl underbyggda diagnoser, skall detta alltså inte uppfattas som en övertro på deras "sannhet", än mindre som en strävan att utnyttja dem som auktoritativa slagträd, utan blott som ett försök att samla ett sådant indikativt material som jag upplevt som intressant. Diagnoserna kan ge, och har gett, ett betydande mått av inspiration. I sista hand avgör dock den intuition som den egna diagnosen grundas på vilka perspektiv i den samhällsvetenskapliga debatten som uppfattas som trovärdiga och tillåts stöda de egna slutsatserna.

---

[23] Se t.ex. Tuori 1999, som anser att man kan tala om en "postmodern rätt" som skulle ha ersatt den moderna rätten blott om man kan visa att djupstrukturen hos rätten skulle ha förändrats. Då detta inte är fallet, kan man, enligt Tuori, inte hävda uppkomsten av någon postmodern rätt; det som vi bevittnar i dag är snarare den slutliga mognaden av den moderna rätten. Tuoris kritik mot tanken på en postmodern rätt bygger sålunda uttryckligen på förutsättningen att de relevanta förändringarna bör ha varit så genomgripande att de nått rättens djupstruktur för att bruket av termen skulle vara legitimt.

[24] Beskrivningen t.ex. av mikropolitikens frammarsch hos Beck, Jameson, Bauman och Castells är till innehållet förbluffande likartad, trots att författarna valt olika begrepp såväl för att beskriva detta fenomen som för den generella samhällsdiagnosen. Diagnoserna framstår också som oavhängiga av varandra: i Castells 1997 hänvisar författaren inte vare sig till Bauman, Beck eller Jameson.

I sig upplever jag inte detta som problematiskt. När det gäller breda samhälleliga och rättsliga utvecklingslinjer kan det inte finnas några "rätta" tolkningar. Envar tolkning av skeendet är beroende av vilka drag i den komplicerade strukturen man önskar framhäva och vilka man vill undertrycka. Vi vet inte i dag vad som sägs vara "sant" i morgon. I all utveckling finns drag som är bestående och drag som är nya. I en analys av utvecklingen kan man välja att framhäva någotdera slaget av element, vilket med nödvändighet resulterar i olika diagnoser. Jag har här fokuserat på diagnoser som framhäver de nya element som framträder i det senmoderna samhället för att härigenom få redskap att också diskutera möjliga nya drag på det rättsliga planet. När jag analyserar ett drag av intresse i detta perspektiv hävdar jag alltså inte att allt samhälleligt eller rättsligt skeende skulle präglas av detta nya. Det kan tänkas framträda blott i en begränsad grupp av situationer, men likväl vara intressant därför att det pekar mot framtiden och mot nya möjligheter.

Min samhällsdiagnos bygger delvis på rättsliga erfarenheter. Faktiskt tror jag att det rättsliga perspektivet kommer att ha en växande betydelse som producent av samtidsdiagnoser som innefattar nya idéer för samhällelig förbättring. När såväl de stora etiska systemen som vetenskapen i dag har förlorat sin ställning som modelltillverkare för samhällsbygget kan rättten erbjuda en metod för anskaffande av den praktiska kunskap man behöver för att kunna föreställa sig nya möjligheter för goda förändringar i samhället. Roberto Mangabeira Unger hävdar att den rättsliga analysen har en potential "to become a master tool of institutional imagination in a democratic society".[25] Den kan erbjuda de behövliga instrumenten för att koppla samman det rena utopiska tänkandet med dagens konkreta möjligheter. Element av rätt och rättsutveckling kan användas som delar av den databas man behöver för att kartlägga[26] dessa möjligheter. Rätten kan framställa material för nya små goda samhälleliga berättelser.

---

[25] Unger 1996 s. 1.

[26] Kartmetaforen används mycket i dagens kritiska rätts- och samhällstänkande, se om "mapping" t.ex. de Sousa Santos 1987 och Unger 1996 s. 20 ff. Samtidigt som termen "mapping" utnyttjar metaforen av en geografisk karta tar den också avstånd från den, se t.ex. Jameson 1991 s. 409: "once you knew what "cognitive mapping" was driving at, you were to dismiss all figures of maps and mapping from your mind and try to imagine something else."

Det är en analys som uppfattar avvikelser och motsättningar som material för alternativa konstruktioner, som i små och fragmentariska alternativ hittar begynnelser till något större.[27] Det är många gånger fråga om att finna och hämta fram element av kritiskt tänkande som existerar i rätten, kanske undertryckt av en massiv rättslig tradition. Fragment av alternativa sätt att angripa problem, som framgår t.ex. av speciella, kanske litet udda rättsfall, kan erbjuda inkörsportar till nya, men likväl realistiska visioner angående en förbättring av samhället.

En sådan rättslig analys ger emellertid inte blott material för samhälleliga utopier, utan ger också inspiration till rättsliga visioner. Dess perspektiv på rätten är alltid delvis internt – och måste vara det.[28] Den är en del av och påverkar rättsutvecklingen, den ideologiska kampen inom rätten. Det är fråga om att använda "the self-identity of law to produce criteria for its own transformation".[29]

Den ansvarsrättsliga diskussionen i detta arbete förs medvetet i ett sådant syfte. Det är fråga om en rättsdogmatisk diskussion inom ramen för dialektiken mellan det möjliga och det verkliga.[30] Själva samhällsdiagnosen erbjuder i denna diskussion material för bedömningen av vad man kunde beteckna som samhälleligt möjligt, medan den juridiska argumenteringen tar sikte på att utpeka gränserna för det rättsligt möjliga i mer juridisk mening. Jag söker visa, hur långt man kan gå i riktning mot den valda visionen – ansvarsrätten som redskap för kontroll av makt – utan att överskrida de (diffusa) gränserna för det rättsliga. En sådan metod ifrågasätter den strikta gränsen mellan vad man på juridisk slang kallar de lege lata och de lege ferenda. Rätten ger också utan lagstiftningsåtgärder en möjlighet, för den som vill gripa möjligheten, att delta i utformningen av de små goda ansvarsberättelserna.

Jag vill alltså betona att det här är fråga om nya möjliga funktioner hos ansvarsrätten, som blott delvis förverkligats och nya möjligheter i

---

27 Unger 1996 s. 7.

28 Tuori 2000 s. 303 ff. har analyserat rättsvetenskapens "påtvungna normativitet", d.v.s. det faktum att rättsvetenskapen – och detta gäller alla dess grenar – p.g.a. sin samhälleliga ställning aldrig kan inta en rent kognitiv position i förhållande till rätten.

29 Teubner 1986 s. 301.

30 Denna metod, som jag har använt i mina arbeten om social civilrätt, har jag sammanfattande beskrivit i Wilhelmsson 1997d (och på svenska i Wilhelmsson 1993–94).

utvecklingen av ansvarsrätten som sammanhänger med dessa. Det betyder att jag medvetet sökt ta fram det nya och analysera det. Jag påstår alltså inte att hela ansvarsrätten och hela den ansvarsrättsliga rättstillämpningen skulle ha utvecklats i den riktning som jag beskriver här. Tvärtom kan man fortsättningsvis anta att det stora flertalet skadestånds- och andra ansvarsprocesser i dag liksom också i framtiden är "vanliga" processer om mer eller mindre rutinartade frågor, i vilka de perspektiv som jag tar upp här saknar större betydelse. Efter genomgången av de nya perspektiven motiverar jag närmare, varför jag trots detta anser dem vara av så väsentlig vikt att jag velat skriva en bok om dem (kap. 6).

Som konkret material har jag utnyttjat bl.a. rättsfall från den finska och den svenska högsta domstolen, vilka givits under 1990-talet. Detta är i och för sig självklart med hänsyn till det rättsdogmatiska perspektivet. Materialet utnyttjas emellertid inte blott som rättskälla, som indikator för det rättsligt möjliga. Jag tror att det också är ägnat att belysa aspekter av ansvarsrättens nya funktioner. Även om ett HD-baserat urval av fall naturligtvis i regel inte är representativt för att belysa rättens faktiska funktioner, kan man inom ramen för det föreliggande temat dock anta att fallen åtminstone kan vara i någon mån indikativa. De nya reglerings- och övervakningsfunktionerna kommer ju till uttryck i fall, som i juridiskt avseende sällan är lätta. Just sådana svåra fall kan ofta förväntas föras till prövning också i högsta rättsinstans.

Del I. Ansvarsrättens nya funktioner

2 kap. Marknadsorienteringen och ansvarsrätten

Om hur den ökade marknadsorienteringen och det offentligas reträtt öppnar nya nischer för ansvarsrätten och hur ansvarsrätten under dessa omständigheter kan erhålla nya reglerings- och övervakningsfunktioner, servicetvångsfunktioner och t.o.m. socialskyddsfunktioner.

I arbetets första del motiverar jag arbetets huvudtes, att ansvarsrätten håller på att få delvis nya funktioner och i denna mening både kommer att och bör spela en mer central roll i det senmoderna, "postvälfärdsstatliga" samhället, genom att underbygga den med synpunkter som anknyter till vissa centrala drag i samhällsutvecklingen. Här är alltså fråga om ett slags konkretisering av generella samhälleliga samtidsdiagnoser på det rättsliga planet. De förändringar i samhället som kan iakttas i dag kan via olika slag av förmedlingslänkar förväntas leda till en större betoning av ansvarsrättsliga strategier.

Just i detta och de följande kapitlen är det därför skäl att betona de varningar som jag anförde i föregående kapitel angående användbarheten av samhällsdiagnoser som grund för slutsatser inom andra discipliner. Det är inte nog med att diagnoserna i sig är subjektiva; också beskrivningen av förmedlingarna mellan den samhälleliga och den rättsliga nivån är i hög grad spekulativ. Då förmedlingslänkarna dessutom delvis bär en normativ anstrykning – rättsliga förändringar antas ske via normativa krav som samhällsutvecklingen ger upphov till – är det klart att det här inte är tal om någon kausal automatik. Snarare är det fråga om att samhällsutvecklingen skapar en potential för en ny ansvarsrätt, som kan utnyttjas, men som också kan förbli outnyttjad.

Att jag trots dessa reservationer kan uppfatta diskussionen i Del I som en god underbyggnad för arbetets tes sammanhänger med parallelliteten hos de perspektiv som presenteras i de olika kapitlen. Även

om man kan ifrågasätta styrkan i de enskilda slutledningarna – vad beträffar både den underliggande samhällsdiagnosen och dess reflektion på rättslig nivå – pekar så många olika faktorer åt samma håll att helheten ger intrycket av en stark potential för framväxten av en mer betydelsefull ansvarsrätt. Dagens globaliserade marknadsorientering förefaller innebära ett starkt tryck i denna riktning. Detta tryck stärks ytterligare av den riskfixering varom blir tal i nästa kapitel. Vidare dimensioner tillförs sedan i analyserna av behovet av ansvarsrätten som ett forum både för moraldebatt och för offentlig påverkan i mikropolitikens era.

Mot ökad marknadsorientering

Debatten om välfärdsstatens framtid har i många utvecklade länder medfört nya betoningar av marknadens centrala betydelse och krav på en starkare marknadsorientering. Antagandet att välfärdsstaten befinner sig i kris har utgjort en utgångspunkt för betydande omvälvningar i de västeuropeiska samhällena.

Jag skriver "antagandet", därför att det inte alltid ter sig helt väl grundat att tala om en kris. Å ena sidan förefaller det klart att välfärdsstaten har mött reella problem i form av ekonomisk överbelastning. Denna överbelastning har accentuerats av de ekonomiska krisfenomen många länder i Västeuropa stått inför under slutet av 1900-talet, med växande budgetunderskott som ett synligt uttryck för problemen. Samtidigt hänvisar man ofta på goda grunder till ökande byråkratisering och ineffektivitet. Å andra sidan är kritiken också delvis uppenbart ideologisk till sin natur. Den komparativa välfärdsforskningen har inte på ett övertygande sätt förmått påvisa ett samband mellan välfärdsutbud och ekonomisk ineffektivitet.[31]

Delvis är det uppenbart fråga om att internationaliseringen av marknaden gör den traditionella nationalstatliga regleringen tandlös. Den nationella välfärdsstaten är också svår att försvara inför trycket från en globaliserad produktion och investeringsverksamhet.[32] Strävan att ta hänsyn till den internationaliserade marknaden anförs också

---

[31] Se t.ex. Pfaller & Gough 1991.

[32] Se t.ex. Castells 1997 s. 252 ff. med vidare hänvisningar.

i regel som ett huvudskäl för marknadsorienteringen på det nationella planet. Globaliseringen, så som man uppfattar och utnyttjar den i dag, utgör med andra ord en av de centrala bakgrundsfaktorerna bakom den marknadsorientering som det föreliggande kapitlet fokuserats på.

Inte heller det tryck mot välfärdsstaten som följer av internationaliseringen är dock ofrånkomligt. Somliga hoppas att man kan motverka sådana tendenser genom att anamma internationaliserade välfärdsstrategier. De offentliga internationella organisationerna uppfattas i ett sådant perspektiv som motvikter till de multinationella privata aktörerna. EU skulle ur denna synvinkel framstå som en organisation med vars hjälp man kunde rädda åtminstone vissa sådana välfärdsstrukturer som nationalstaten inte längre förmår upprätthålla som en följd av marknadens internationalisering. Detta är säkert till någon del sant. Bilden av internationaliseringsprocessen är emellertid också till denna del motstridig. Man kan lika väl uppfatta unionen som ett medel för att påskynda nedkörningen av de nationella välfärdsstaterna med hänvisning till de krav som den internationella konkurrensförmågan ställer. Välfärdsstatens traditionella modell har också betecknats som en tämligen osannolik möjlighet vid utvecklingen av EU.[33] I varje fall ökar de stränga kriterier som anknyter till EMU och kraven på en harmonisering också av beskattningen trycket mot en konvergens inom EU, vilket för Nordens del kan innebära ett behov att minska välfärdsutgifterna.[34] Vad beträffar marknadsorienteringen mer generellt har man hävdat att kommissionen har utnyttjat sina befogenheter att övervaka privatiseringar på ett sätt som befrämjar en vidaregående liberalisering av medlemsstaternas ekonomier.[35]

I detta sammanhang är det dock inte nödvändigt att närmare analysera fundamentet för attackerna mot välfärdsstaten. Det räcker att notera att de har lett åtminstone till vissa resultat. Den utveckling där staten och det offentliga har åtagit sig alltmer omfattande uppgifter för att trygga medborgarnas välfärd fortgår inte mera som något självklart. Det har skett ett uppenbart trendbrott. Den offentliga sektorn har sla-

---

[33] Så t.ex. Leibfried 1994 s. 272–275, som analyserar fyra möjliga modeller för EU:s välfärdsstatliga utvecklingsperspektiv.

[34] Se t.ex. Kosonen 1994 s. 135.

[35] Verhoeven 1996 s. 862.

git på en backväxel så, att somliga t.o.m. talar om en demontering av välfärdsstaten.

Detta trendbrott framträder naturligtvis inte lika starkt i alla länder. Även om det är svårt att jämföra olika länder med varandra, då man redan inom Europa utvecklat mycket olika modeller för välfärdsstaten,[36] kan man hävda att kraven på en demontering av välfärdsstaten i vissa länder lett till mer radikala (reaktionära) lösningar än i andra. Ett lika snabbt återtåg av staten som ägt rum i Thatchers Storbritannien har man inte sett i Norden. P.g.a. stödet för välfärdsstaten bland befolkningen, varom blir mera tal nedan, kan man heller inte förvänta sig en snabb nedrustning av välfärdsstaten hos oss.[37] Det är svårt att uttala sig om, i vilken grad man verkligen redan börjat köra ner välfärdsstaten; en nedskärning av socialskyddet har förvisso skett i Finland och Sverige, men trots detta kan välfärdsstaten i dessa länder sägas huvudsakligen ha fortsatt tidigare nordiska traditioner och verksamhetsformer.[38] Det är alltså i det nordiska perspektivet skäl att hålla i minnet att välfärdsstatens återtåg här trots allt varit begränsat, då man bedömer utvecklingens effekter t.ex. med hänsyn till ansvarsrättens nya betydelse.

I varje händelse är det dock uppenbart att välfärdsstaten i dess traditionella offentligt styrda form också hos oss i någon mån håller på att retirera. Också här möter man marknadsorienteringens, privatiseringens och avregleringens treenighet. Det offentliga deltar i krympande grad i välfärdsprojektet, och när det gör det sker det mer och mer på grundval av en marknadslogik.

Marknadsorienteringens former

Den nya trenden i synen på förhållandet mellan stat, marknad och civilsamhälle beskrivs ofta med hjälp av begreppet privatisering. I berät-

---

[36] Se t.ex. Kosonen 1994 s. 35 ff., som särskiljer den nordiska, den kontinentala, den perifera (Grekland, Irland, Portugal och Spanien) samt den brittiska modellen. Se också Esping-Andersen 1990, vars typologier man ofta hänvisar till. Han behandlar tre modeller: den liberala (anglosaxiska), den korporatistiska (kontinentala) och den socialdemokratiska (skandinaviska) modellen.

[37] Man har stundom talat om en modell för behärskad utarmning (hallitun kurjistumisen malli), Kosonen 1995 s. 217.

[38] Kosonen 1998b s. 379.

telsen om demonteringen av välfärdsstaten har man använt "privatisering" som den centrala termen.[39] Detta är naturligtvis såtillvida problematiskt, att privatisering – och marknadsorientering – också kan marknadsföras, och har marknadsförts, som en metod att effektivera välfärdsutbudet.[40] Snarare bör man väl därför tala om att privatiseringen i varje fall ger uttryck för en förändring av den traditionella synen på välfärdsstatens funktion.

Privatisering kan emellertid definieras på många sätt.[41] Man kan t.ex. uppfatta privatisering som ett överbegrepp för både processer som grundar sig på ett val av policy och mer spontana förändringar.[42] Även om man fokuserar blott på de förstnämnda processerna, vilket ofta kan förefalla naturligt, bibehåller termen sin mångtydighet. Man kan, med en vid definition av privatisering, i begreppet inkludera all politik och alla åtgärder som förändrar balansen mellan den offentliga och den privata sektorn till förmån för den sistnämnda.[43] Privatisering uppfattas omfatta beslut och handlingar av det offentliga vilka avser "att överföra något som hittills varit under offentligt ansvar eller i offentlig ägo bort från denna sektor och över till den privata."[44] Då en sådan åtgärd kan rikta sig mot såväl reglering som finansiering och produktion skulle termen privatisering omfatta så olika företeelser som avreglering, avfinansiering (brukaravgifter), utgivande av offentliga tjänster på entreprenad och försäljning av offentlig egendom.[45] I ett vanligt språkbruk förefaller denna definition av privatisering vara alltför omfattande. Snarare brukar man väl uppfatta begreppet privatisering täcka dels en överföring av offentliga företag helt eller delvis i privat ägo eller kontroll och dels en överföring av offentliga uppgifter till privata aktörer.[46] Man talar om "den utveckling där 1) verksam-

---

[39] Detta har varit fallet också i det forskningsprojekt som ligger till grund för det föreliggande arbetet. Det s.k. "HYS-projektet" (Hyvinvointivaltio, Yksityistäminen ja Siviilioikeus) handlade om Välfärdsförväntningar, Privatisering och Privaträtt. Se härom Wilhelmsson 1996. Se också Wilhelmsson & Hurri 1999.

[40] Se också Rasinmäki 1997 s. 75 f.

[41] Se t.ex. översikten hos Granqvist 1997 s. 47 ff.

[42] Granqvist 1997 s. 51.

[43] Så Rasinmäki 1997 s. 44.

[44] Lundqvist 1991 s. 211.

[45] Lundqvist 1991 s. 217 f.

[46] Så Europarådets rekommendation, se Recommendation No. R (93) 7 of the Committee of Ministers to Member States on privatisation of public undertakings and activities, avsnittet Scope and definitions.

heter som tillhör den offentliga sfären inkorporerar alternativ som är privata i produktion (och)/eller finansiering eller 2) det offentliga överför produktion och/eller finansiering (och/eller ägande) av verksamheter till det privata."[47] Exempelvis många slag av avreglering faller då utanför privatiseringsbegreppet.

Också i en annan riktning är privatiseringsbegreppet oklart. Man kan i detta begrepp inkludera även förändringar i den rationalitet på basen av vilken man bedriver den ifrågavarande verksamheten. Ett slags privatisering skulle ske redan då en offentlig myndighet börjar fungera enligt affärsmässiga principer.[48] Verksamheten bedrivs då helt eller delvis på basen av en marknadsrationalitet i stället för den rationalitet som präglat den offentliga sektorn, även om den kanske fortfarande äger rum inom det offentligas ram, utan någon direkt organisatorisk privatisering. Inte heller sådana förändringar faller inom kärnområdet för "privatisering". Frey Nybergh har därför funnit det mer lämpligt att här använda termen "marketisation" snarare än "privatisation".[49]

Exemplen på definitioner av "privatisering" kunde mångfaldigas. Detta är emellertid av mindre intresse i förevarande sammanhang. Det räcker att förutskicka, att den tes som uppställs i det förevarande arbetet – angående ansvarsrättens nya funktioner och växande betydelse – kan ha ett samband med flertalet av de åtgärdskategorier som hör hemma under en mycket vid förståelse av "privatisering". För att inte ge anledning till oavsiktiga begränsningar av synfältet, förorsakade av privatiseringstermens mångtydighet, föredrar jag därför att här snarare tala om "marknadsorienteringens" inverkan på ansvarsrätten. "Marknadsorientering" är ett vidare begrepp som mer självklart täcker de företeelser som här är i fråga.

Det bör noteras att också denna term naturligtvis är mångtydig. Det offentliga kan dra sig ur uppgifter till förmån såväl för privata företag som funger på grundval av marknadsmässiga principer som för aktörer – allmännyttiga föreningar och andra samfund, familjer m.m. – inom det som brukar kallas för civilsamhället.[50] Termen "marknads-

[47] Granqvist 1997 s. 61.
[48] Niemivuo & Kanninen 1993 s. 490.
[49] Nybergh 1999 s. 389.
[50] Se Nybergh 1999 s. 387.

orientering" för lätt tankarna blott till den förstnämnda situationen. Detta är inte min avsikt. Trots att jag här talar om marknadsorientering avser jag inte att utdefiniera "privatisering till civilsamhället", om jag inte särskilt anger motsatsen.

I alla utvecklade länder har under det senaste årtiondet marknadsorienteringen fått ökad tyngd – naturligtvis i varierande grad – i relation till sådana verksamheter som tidigare bedrivits på grundval av en annan rationalitet. Den tilltagande marknadsorienteringen har kommit till uttryck på olika sätt. För den vidare analysen är det här tillräckligt att indela dessa i följande fyra huvudformer:

(i) Genom *avreglering* minskar man den offentliga normstyrningen av (privat) verksamhet. Lagstiftning och normer av lägre dignitet som på ett bindande sätt föreskriver, hur företag och andra aktörer bör handla i givna situationer, avlägsnas. Aktörernas möjligheter att själv fatta beslut om sitt handlande ökar – åtminstone i relation till lagstiftaren.

Avregleringen har utgjort ett standardtema i den rättsliga och politiska debatten under 1980- och 1990-talen. Från USA har kraven på deregulering spridit sig till Europa och i många länder har man ställt som mål att banta ner de regleringar som förekommer.[51] Även om debatten många gånger har varit oanalytisk, har den förvisso haft konsekvenser på det rättsliga planet. Från finsk rätt kan som exempel nämnas de förändringar som skett vad avser regleringen av arbetsmarknaden samt inskränkningarna i skyddet av hyresgäster.[52]

En betydande del av avregleringen sammanhänger med marknadernas internationalisering. Avregleringen av de internationella finansrörelserna är här det mest betydelsefulla exemplet. De kriser och sammanbrott detta har lett till inom många nationella ekonomier har visserligen medfört krav på ny reglering.[53] Tillsvidare framstår dock finansmarknaden mycket klart som ett område där avregleringen varit kraftig.

Bilden av avregleringen är ingalunda entydig. Det finns områden där regleringen tilltar, medan den avtar på andra fält. Generellt sett

---

[51] Se t.ex. översikten hos Tala 1999 s. 45 ff. och Rissanen 1999 s. 591 ff.

[52] Jämför L om hyra av bostadslägenhet 31.3.1995/481 med dess föregångare.

[53] T.o.m. den ledande borgerliga tidningen i Finland publicerade för en tid sedan en helsidesöversikt med budskapet att världens ekonomiska sakkunniga återigen ur naftalinpåsen har tagit fram ett ord som på detta område varit förbjudet i tio år: Reglering! ("Sääntelyä!"), Helsingin Sanomat 27.9.1998.

har avregleringen inte lett till någon betydande minskning av den föreliggande regleringsmängden.[54] Man kan dock innehållsligt iaktta en avreglering av produktionen av s.k. offentliga nyttigheter och en utvidgning av konkurrens- och marknadsmekanismen till många sådana områden där den tidigare saknats eller fungerat i mer begränsad omfattning.[55] Just en sådan avreglering i riktning marknadsorientering är av centralt intresse i det föreliggande kapitlet.

EG-rätten, i sin strävan att avlägsna hinder för handeln, har medfört en massiv nyreglering av många områden. Omfattningen av EG-författningssamlingarna bär ett gott vittnesbörd om detta. Vid bedömningen av denna utveckling är det likväl skäl att hålla i sär frågan om antalet normer (eller snarare normernas detaljrikedom) och spörsmålet om den frihetsgrad det normativa systemet erbjuder dess aktörer. Också i ett till synes noggrant reglerat system kan de detaljerade krav som ställs på aktörerna i systemet vara så låga att aktörernas frihetsgrad är avsevärd. Ett enda strängt stadgande kan inskränka rörelsefriheten mer än ett detaljerat men "välvilligt" lagpaket. Åtminstone från nordisk synvinkel kan också ett detaljerat direktiv stundom framstå som en avreglering, därför att det sänker de krav som tidigare ställts på verksamheten.[56] Den "rereglering" som EG-rätten till synes innebär, är därför kanske trots allt inte till alla delar oförenlig med antagandet att utvecklingen hos oss generellt sett gått i riktning mot en avreglering i betydelsen ökade frihetsgrader för spelets (starka) aktörer.

Den offentliga styrningen kan minska inte blott genom att de tvingande normerna i sig innehåller färre och lindrigare krav. Också den offentliga kontrollen av aktörernas handlande kan avta. Då kontrollen ofta gäller frågan, hur aktörerna iakttar de normer som föreligger, går en sådan *minskad övervakning* ofta hand i hand med en egentlig avreglering, men detta är ingalunda nödvändigt.[57] Den minskade övervakningen innebär t.ex. att övervakningsmyndigheter nedläggs, deras

---

[54] Tala 1999 s. 60 ff.

[55] Tala 1999 s. 60.

[56] Se t.ex. om förhållandet mellan nordisk och EG-kontraktsrätt Wilhelmsson 1995a s. 191 ff.

[57] Stundom kan man t.o.m. söka kompensera en avreglering med en ökad, men mer flexibel övervakning.

befogenheter begränsas eller, om man fokuserar på annat än rent rättsliga mekanismer, deras resurser inskränks.

Här är det lätt att anföra åtminstone vissa exempel, vilka ofta sammanhänger med EG-rättsliga krav. Utgående från kravet på varors fria rörlighet har gränskontrollen av importvaror från EU-länder i stort sett slopats och EG-rätten ligger också bakom avvecklingen av förhandskontrollen av elektriska apparater.[58] På försäkringsområdet har EG-rätten inneburit ett förbud mot förhandskontroll av försäkringsvillkor.[59] Exemplen kunde säkert mångfaldigas. Här räcker det emellertid att slå fast att det åtminstone på vissa området skett en minskning av övervakningen.

(ii) När man talar om *egentlig privatisering* avser man, som tidigare angivits, primärt fall där antingen delar av det offentliga överförs till privat ägo eller kontroll eller där offentliga uppgifter helt eller delvis anförtros privata aktörer.

På detta tema finns många variationer. Som olika fall av privatisering kan man nämna t.ex. en överföring av äganderätt från det offentliga till det privata, en transfer av uppgifter till det privata, en förändring av en enhets juridiska status från offentlig till privat, en nedläggning av en offentlig verksamhet (med åtföljande utvidgat utrymme för privat verksamhet på området), en övergång till ökat bruk av tjänster som inköps från den privata sektorn vid offentlig service samt en förändring av konkurrenssituationen genom avskaffande av ensamrätter för offentliga aktörer.[60] Också andra mellanformer kunde säkert omtalas. I relation till det föreliggande arbetet är det i detta skede dock mindre viktigt att ge en analytiskt fullständig beskrivning av privatiseringsformerna. Det väsentliga är slutresultatet. I den mån man genomför privatiseringsåtgärder av nyss beskrivet slag, innebär det att verksamheter som tidigare bedrivits inom den offentliga sektorn och service som tidigare tillhandahållits av det offentliga helt eller delvis överförs till privata aktörer som följer åtminstone i någon mån andra styrnings- och handlingsprinciper än deras föregångare tillämpat.

Det behöver knappast dokumenteras särskilt att den internationella trenden att tillgripa sådana privatiseringsåtgärder har fått genomslag

---

58 Se härom t.ex. Wallin 1992.
59 Se Wilhelmsson 1995a s. 71 f.
60 Se t.ex. Daintith 1993.

också i Finland och Norden. Visserligen har man hos oss inte haft något systematiskt privatiseringsprogram och därför i jämförelsevis begränsad omfattning tillgripit fulla privatiseringsåtgärder.[61] Såväl på statlig som på kommunal[62] nivå har privatisering likväl förekommit och nya åtgärder i denna riktning planeras. Statliga verk har i olika steg ombildats till privaträttsliga bolag, som fungerar på en konkurrensutsatt marknad. Goda exempel är omorganiseringen av postservicen i aktiebolagsform, Posten Finland Ab, och motsvarande ombildning av den statliga förlagsverksamheten i Edita Ab. Särskilt när det gäller utbudet av s.k. public utilities, såsom elektricitet, telefonanslutning och vattenförsörjning, har man internationellt strävat mot olika former av privatisering,[63] och Finland ligger långt framme i denna utveckling.

Också köptjänstförfaranden – som kan engagera såväl existerande privata serviceproducenter som nybildade sådana[64] – förekommer. Inom den kommunala sektorn har sådana arrangemang redan länge varit vanliga,[65] och exempel från statligt håll är inte heller svåra att finna. Denna form av privatisering, särskilt då den gäller service som är relaterad till människors mer intima livsvärld, innebär i många fall att man engagerar det s.k. civilsamhället eller "tredje sektorn" i att utföra uppgifter som tidigare varit offentliga. Det kan vara fråga både om att överlåta t.ex. hälsovårdsuppgifter till ideella organisationer[66] och om att utnyttja familjemedlemmar exempelvis i åldringsvården.[67]

---

61 Rothwell & Pollitt 1997 s. 63.

62 Se härom Granqvist 1997 s. 232 f., där författaren dock konstaterar att många alternativ ännu vid årsskiftet 1993–94 var ovanliga och att privatiseringsåtgärderna främst hade vidtagits i tätt bebodda kommuner med stort invånarantal, högt utbildad befolkning och en stark industri- och servicesektor.

63 Inom EU har man starkt understött denna utveckling, se t.ex. COM(96) 443 final.

64 Granqvist 1997 s. 73 beskriver bl.a. "avknoppningsalternativet", som innebär att en offentlig verksamhet övertas av de anställda och knoppas av från den offentliga organisationen.

65 Se Granqvist 1997 s. 232, som konkluderar att vid årsskiftet 1993–94 över 30 % av kommunerna köpte tjänster, inom 22 verksamhetsområden. Se också närmare om olika köptjänstförfaranden i internationellt perspektiv Granqvist 1997 s. 72 ff.

66 Ett uppmärksammat exempel av mer mångfacetterat slag från slutet av 1990-talet var Samfundet Folkhälsans förvärv av Mjölbolsta sjukhus, där samfundet uppställde som förutsättning för förvärvet att Karis stad köper sjukvårds-, bashälsovårds- och socialtjänster av samfundet.

67 Se härom från privaträttslig synpunkt Kalliomaa-Puha 1998 och 2000.

(iii) Marknadsorienteringen behöver inte inbegripa någon direkt involvering av privata aktörer. Också inom den offentliga förvaltningen och inom den offentliga sektorn mer generellt introduceras marknadsorienterade tänkesätt. Verksamhetens grundläggande rationalitet förändras eller nyanseras. Man kan tala om en växande *marknadsorientering inom det offentliga*.

En sådan marknadsorientering kan förverkligas med olika metoder. Man kan skilja mellan kostnadsmotsvarighet, som innebär att den service som det offentliga presterar skall prissättas utgående från dess kostnader, och kommersialisering, d.v.s. strävan efter ekonomisk vinst på basen av affärsekonomiska principer.[68] För att uppnå sådana effekter eller för att i övrigt effektivera verksamheten och spara kostnader kan man bilda resultatenheter, som styrs med hjälp av olika metoder för mål- och resultatstyrning. Man kan också tillämpa en beställar-utförarmodell, där organisationen indelats i beställande och utförande enheter, av vilka de sistnämnda kan försättas i ett inbördes konkurrensförhållande.[69] Konkurrensen kan ytterligare ökas om också klienterna får rätt att välja mellan olika utförande enheter, eller mellan offentliga och privata enheter.[70]

I Finland har man under 1990-talet genomfört en konsekvent politik i riktning mot en ökad marknadsorientering inom det offentliga. I statsrådets redogörelse om förnyelsen av den offentliga förvaltningen år 1990 nämndes som en viktig målsättning att göra den offentliga sektorn mer resultatgivande och produktiv.[71] Man utpekade som centrala medel för att nå detta mål en ombildning av offentliga enheter till offentliga affärsverk samt rambudgetering och resultatstyrning för offentliga ämbetsverk och inrättningar.[72] Målsättningarna har också i högre eller lägre grad förverkligats. Med stöd av lagstiftningen om offentliga affärsverk[73] har sådana affärsverk inrättats.[74] Övrig statlig

---

68 Arajärvi 1995 s. 387.

69 Se t.ex. Granqvist 1997 s. 69.

70 Olika slag av vouchersystem (servicecheckar) har utvecklats för detta ändamål, se t.ex. Granqvist 1997 s. 80.

71 Inriktning på service i förvaltningen. Statsrådets redogörelse till Riksdagen om förnyelsen av den offentliga förvaltningen (Redogörelse 2/1990) s. 3.

72 Redogörelse 2/1990 s. 4 f.

73 L om statens affärsverk 10.7.1987/627.

74 I flera fall har affärsverksmodellen dock utgjort ett mellansteg till en egentlig privatisering.

verksamhet görs i mån av möjlighet resultatstyrd eller nettobudgeterad; man har talat om uppkomsten av ett slags "myndighetsmarknad".[75] Inom ramen för beställar-utförarmodellen strävar man att introducera den i de konservativas Storbritannien utvecklade idén angående avtalsliknande tjänsteförbindelser som kan ges av de utförande enheterna såväl till beställande och övervakande statliga eller kommunala instanser som till klienterna.[76]

Generellt sett kan man m.a.o. inom den offentliga förvaltningen iaktta en övergång från traditionell offentligrättslig normstyrning och hierarkiska beslutsprocesser till mer marknadsorienterade resultatstyrningsmodeller.

(iv) De former för marknadsorientering som hittills beskrivits kan innebära steg i riktning mot en demontering av välfärdsstaten. Som tidigare nämnts, är detta dock inte nödvändigtvis alltid fallet: vissa av åtgärderna kan åtminstone presenteras som ett led i en strävan att effektivera välfärdsutbudet. Mer entydigt rör man sig inom området för en demontering i de fall där förändringarna innefattar en inskränkning av de välfärdsprestationer medborgarna kommer i åtnjutande av. Då en sådan utveckling innebär att medborgarna i högre grad blir beroende av marknaden för att tillfredsställa sina behov, utgör också en sådan *inskränkning av socialskyddet* en form av marknadsorientering.

Här är inte plats att kommentera det omfattande problemkomplex som kan hänföras under den angivna rubriken. Sätten att inskränka socialskyddet kan variera och beror också på den välfärdsmodell som omfattats i ifrågavarande samhälle. Det kan t.ex. vara fråga om att beloppsmässigt minska prestationer eller att begränsa kretsen av berättigade till prestationerna, men också att göra prestationer, som tidigare varit avgiftsfria, avgiftsbelagda eller att höja avgifter för prestationer. Frågan om behovet av åtgärder av detta slag har utgjort kanske det mest centrala spörsmålet i den politiska debatten i Norden under 1990-talet.

Som tidigare nämndes har man i Norden dock inte tagit särskilt långa steg i riktning mot en demontering av välfärdsstaten. Pekka Kosonen har jämfört utvecklingen av socialskyddet i samband med kri-

---

[75] Arajärvi 1995 s. 387.

[76] Se Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1997:21 och Nurmi 1998.

serna under 1980- och 1990-talen i olika europeiska länder.[77] Medan man i Storbritannien redan under 1980-talet försämrade olika slags förmåner och gjorde tjänster avgiftsbelagda – och bl.a. genomförde en så stark nedskärning av de offentliga utgifterna i bostadspolitiken att bostadslösheten blivit ett allvarligt samhälleligt problem – och man också t.ex. i Tyskland företog vissa nedskärningar, befann sig längre norrut socialutgifterna ännu i stark tillväxt i anslutning till den snabba ekonomiska utvecklingen särskilt i Finland och Norge. Först 1990-talets djupa ekonomiska kris har tvingat fram en ny inställning hos oss. Man har också i vårt land skurit ner tidigare förmåner; p.g.a. den stora arbetslösheten har dock socialutgifterna totalt hållits på en hög nivå. Nedskärningarna har i regel inneburit blott en sänkning av nivån på förmånerna, såsom t.ex. sjuk- och arbetslöshetsdagpenningarnas belopp, men inte att man avstått från den traditionella nordiska universalitetsprincipen.

Sparpolitiken har dock inneburit större försvagningar vad avser systemet av sociala tjänster.[78] Harmoniseringsprocesserna inom EU kan också tänkas medföra ett tryck mot ytterligare förändringar på detta område. Volymen privata tjänster i förhållande till de offentliga tjänsterna är nämligen mångdubbelt större i andra EU-länder än i Norden. En ökning av den privata andelen kan, enligt erfarenheter från andra länder, förväntas vara betydande särskilt när det gäller de offentliga omvårdnadstjänsterna.[79] Det att man inför köptjänstförfaranden inom den sociala sektorn, varom varit tal redan ovan, innebär också ofta i praktiken att man samtidigt krymper de sociala förmånerna.

Även om det ännu är svårt att precisera, i vilken mån socialskyddet redan har försämrats i vårt land, är det uppenbart att det sociala skyddsnätet inte helt hållit för de påfrestningar som den ekonomiska krisen och massarbetslösheten har medfört. Man talar rätt allmänt om en tilltagande nyfattigdom. Det finns i vårt samhälle en växande grupp människor som lever under relativt svåra ekonomiska villkor, som det existerande socialskyddet inte har kunnat förbättra i tillräcklig mån.

---

77 Se närmare Kosonen 1995 s. 70 ff.
78 Kosonen 1998b s. 380.
79 Uppgifterna och bedömningen är hämtade från Nieminen 1998 s. 316.

Tankar om konsekvenserna för privaträtten

Denna utveckling mot en högre grad av marknadsorientering har djuptgående konsekvenser för samhället och rättsordningen som helhet. Det är inte blott fråga om en förändring av strategierna inom den offentliga sektorn och en därmed sammanhängande omarbetning av den offentliga rätten. Det finns goda skäl att anta att också privaträtten måste påverkas av ett trendbrott av denna storleksordning.

Det är lätt att acceptera ett sådant allmänt antagande. Det är betydligt svårare att ge ett svar på den mer specifika frågan, hur privaträtten har påverkats, kan påverkas och bör påverkas av utvecklingen. I ett sådant svar kan man fokusera både på förändringar i privaträttens betydelse och på förskjutningar i dess innehåll och inriktning.

Vad först beträffar betydelsen av privaträtten kan man naturligtvis nöja sig med en truism: då marknadsorienteringen i många fall innebär att det offentliga och den offentliga rätten drar sig tillbaka från områden och uppgifter där de tidigare varit dominerande eller allenarådande, måste åtminstone den relativa betydelsen av privaträtten öka inom rättsordningen.[80] Jag återkommer till några av uttrycken för detta i den mer konkreta analysen i slutet av detta avsnitt. Mer intressant än denna rätt självklara bedömning är dock frågan, vilka konsekvenser utvecklingen har för privaträttens innehåll och funktioner.

I detta hänseende är bilden motstridig. Å ena sidan kan man tänka sig att den marknadsorienterade ideologi som lett till förändringarna i den offentliga sektorn kunde utnyttjas för att legitimera också en avreglering av privaträtten, en minskning av tvingande regler och en restaurering av traditionella principer som bygger på privatautonomi och avtalsfrihet. I någon utsträckning har en sådan utveckling säkerligen också ägt rum och det föreligger ett fortsatt tryck i denna riktning. Man kan här hänvisa både till utländska[81] och till finska exempel; redan ovan nämndes inskränkningarna av skyddet av hyresgäster i finsk hyresrätt. Å

---

[80] Skouris 1998 s. 122 framhåller att privatiseringen "logischerweise" har en förstärkning av privaträtten som följd. – Samma fenomen uppträder i en mer djuptgående form i samband med realsocialismens sammanbrott; somliga entusiaster har firat detta som en renässans för "privaträttssamhället", se härom Damm 1999 s. 140.

[81] Se t.ex. den belysande redogörelsen för revitaliseringen av avtalsfrihetens princip i engelsk kontraktsrätt hos Atiyah 1989.

andra sidan kan man tänka sig att avvecklingen av de offentligrättsliga regleringsinsatserna och nedskärningen av det offentliga socialskyddet innehåller en social beställning för privaträtten att i den mån det är möjligt träda in i den offentliga rättens ställe och fylla behov som den offentliga rätten inte längre tillgodoser. Det kan uppstå ökande krav på en mer social privaträtt med delvis nya funktioner.[82] Jag analyserar här just detta tryck i riktning mot en privaträtt med delvis nya uppgifter och de nya möjligheter som anknyter sig härtill.

I den rättsvetenskapliga debatten har man på varierande sätt sökt beskriva dessa nya möjligheter. Udo Reifner har exempelvis kastat fram tanken på en "social och ekologisk marknadsekonomi", inom vilken också privaträtten skulle ha nya uppgifter.[83] Han uppfattar det som en felaktig utgångspunkt att se staten och marknaden som motsatser. Nedrustningen av socialstaten som institution innebär inte nödvändigtvis en minskning av solidaritetsfunktionerna under förutsättning att man kan överbrygga den traditionella arbetsfördelningen mellan den produktiva marknadsekonomin och den kompenserande socialstaten. Detta innebär att marknadsekonomin måste lära sig att uppfatta det som vinst att uppfylla sociala och ekologiska mål, medan den politiska sektorn å sin sida måste lära sig att använda profitbegreppet för att nå sådana mål. I detta sammanhang understryker Reifner särskilt finansinstitutionernas centrala roll i dagens marknadsekonomi och därmed deras betydande sociala ansvar.[84] Begrepp som "etisk investering" och "samfundsinvestering" blir därför viktiga. I någon utsträckning kan finansinstitutioner, som banker och försäkringsbolag, känna sig tvungna att investera etiskt.[85]

Dessa synpunkter ter sig vid en första läsning lätta att känna igen. Är det inte fråga om en variant av tänkandet hos de resultatansvarsprofeter som står bakom marknadsorienteringen av det offentliga? På sätt och vis är detta fallet. Både Reifner och marknadsorienterarna be-

---

[82] Detta utgör samtidigt ett led i den utsuddning av distinktionen mellan privaträtt och offentlig rätt varom varit tal i 1 kap.

[83] Reifner 1996.

[84] Se också Evers & Reifner 1998.

[85] Jämför Verhoeven 1996 s. 870: t.o.m. EG-domstolen har erkänt, att i en välfärdsekonomi inte ens stora privata investerare är okänsliga för långsiktiga överväganden av strukturell natur.

tonar vikten av att använda ekonomiska styrningsmekanismer för att nå politiska mål och stöder ett närmande av den offentliga och den privata sektorns verksamhetsprinciper till varandra. Det "sociala" i Reifners approach ligger emellertid i tyngdpunkterna hos och riktningen på förändringarna. Medan man i diskussioner om resultatansvar m.m. närmast har koncentrerat sig på frågan hur den offentliga sektorn i möjligast hög grad kan anpassa sig till en marknadsrationalitet, ser man i den sociala och ekologiska marknadsekonomin saken (delvis) ur en annan synvinkel. Man ställer frågan, hur marknaden kan förmås att i sina verksamhetsprinciper inkorporera målsättningar som tidigare var förbehållna det offentliga. Då välfärdsstaten (i dess nuvarande form) enligt Reifners uppfattning är blott en interimslösning som utvecklats som svar på de utmaningar arbetarrörelsen ställt, kan verkligt broderskap uppnås blott genom en direkt inkorporering av de sociala elementen i det borgerliga samhället och i de existerande mekanismerna för utbyte.[86]

Man kan inte anta att vare sig finansinstitutioner eller andra privata aktörer enbart av egen god vilja skall anpassa sig till sådana sociala målsättningar. Frågan gäller därför, hur man kan omorganisera marknadsekonomin så, att det blir lönsamt för dessa aktörer att investera och handla på ett socialt och ekologiskt gynnsamt sätt. Reifner ser en viktig roll för privaträtten i detta sammanhang. Han nämner konkurrensrätten, bolagsrätten och skadeståndsrätten, samt regler om information och transparens,[87] som viktiga rättsområden i detta perspektiv.

Udo Reifner är naturligtvis inte den enda som uppmärksammat möjligheterna och behovet av nya privaträttsliga instrument i ett läge när den offentligt drivna välfärdsstaten förefaller att ha slagit av på farten och sökt utveckla en teori på grundval av dessa iakttagelser. Också Gunther Teubner noterar den växande betydelsen av privata rättegångar "after privatisation"[88] och hävdar att utvecklingen leder till en fragmentering av privaträtten, som i tillägg till sin nära koppling till ekonomin måste utveckla sin anknytning också till andra sociala system ("the

---

[86] Reifner 1999.

[87] I sitt arbete Reifner 1999 betonar han vikten att analysera det monetära systemet som ett informationssystem, vilket – bl.a. med privaträttens hjälp – kan berikas med sociala element.

[88] Teubner 1999 s. 78.

many autonomies of private law").[89] Det är lätt att räkna upp även andra diskussionsinlägg i vilka man skisserar upp en ny roll för privaträtten. En kollektion sådana analyser har sammanställts i rapporten från ett seminarium som arrangerats av det tidigare nämnda HYS-projektet kring temat välfärdsförväntningar, privatisering och privaträtt.[90]

Från denna kollektion kan man i det ansvarsrättsliga[91] perspektivet särskilt notera John Wightmans analys av frågan, i vilken omfattning man erkänner offentliga intressen inom den existerande engelska privaträtten, inkluderande både kontrakts- och skadeståndsrätten.[92] Författaren finner att sådana intressen i dag är endast marginellt närvarande, då möjligheterna att använda privaträtten för att tillgodose offentliga intressen begränsas av många regler, såsom t.ex. kravet på egenintresse som förutsättning för skadestånd. Han anser emellertid att en sådan återhållsam attityd till de offentliga intressena inte med någon nödvändighet ingår i privaträtten och propagerar därför för en ny syn på privaträtten i vilken denna anknyts till "the absolute right of private individuals to mobilise law without permission of state: private law as unofficial law."[93] I samma riktning som Wightmans analys pekar också Barbara Hockings diskussion av frågan, huruvida det privaträttsliga culpaansvaret i common law i dagens privatiseringsera kan användas för att införa statligt skadeståndsansvar (governmental liability) för förlust av offentlig service och för underlåtenhet att reglera. Hon presumerar att privaträttsliga mekanismer som skadestånd och kontrakt kommer att få ökad betydelse i den nya situationen, men finner att domstolarna i dag inte har beredskap att intervenera i frågor som gäller allokering av offentliga resurser.[94]

---

89 Teubner 1999, särskilt s. 74 ff.

90 Wilhelmsson & Hurri 1999. I denna kollektion har jag själv också först uttryckt många av de tankar som ligger till grund för det föreliggande arbetet (Wilhelmsson 1999).

91 De mer specifikt kontraktsrättsliga perspektiven, såsom analysen av den nya betydelsen av regler om avtalstvång hos t.ex. Nybergh 1999 och mer utförligt Nybergh 1997, förbigås här.

92 Wightman 1999.

93 Wightman 1999 s. 274.

94 Hocking 1999 s. 297.

Välfärdsförväntningarna som pådrivare av utvecklingen

Sådana tankar rörande nya uppgifter för privaträtten är tilltalande, men är de realistiska? Är de enbart baserade på önsketänkande eller kan de ha någon grund i de sociala processerna utanför teoretikerns forskarlya? Kan man verkligen anta att det förekommer eller uppstår ett samhälleligt tryck i riktning mot en sådan utveckling, en social beställning på nya drag i privaträtten? Såsom jag ser saken är nyckelbegreppet här välfärdsförväntningarna.

Jag finner det motiverat att anta, att det bland befolkningen har utvecklats sådana på välfärdsstaten baserade rättviseföreställningar och regleringsförväntningar att de privaträttsliga mekanismerna inte kan bli opåverkade av dem, om de primära offentligrättsliga åtgärderna uppfattas som otillräckliga.

Delvis kunde man se problemet som en fråga om effekterna av en växande konflikt mellan medborgarnas förväntningar och verkligheten. Välfärdsstatens förmodade kris har stundom sagts uppstå just i konflikten mellan gränslöst växande förväntningar och statiska eller krympande resurser.[95] Den möjliga demonteringen av välfärdsstaten eliminerar emellertid inte förväntningarna. Oberoende av hur man uppfattar konflikten mellan förväntningar och verklighet kan man inte undgå frågan, i vilken omfattning privaträttsliga och konsumenträttsliga mekanismer kan utnyttjas för att uppfylla medborgarnas välfärdsförväntningar under en tilltagande privatisering.

Alla välfärdsstater har säkerligen genererat någon form av välfärdsförväntningar. Enkäter i flera västeuropeiska länder har visat att välfärdsstaten förefaller ha ett stabilt understöd bland majoriteten av befolkningen.[96] Då välfärdsmodellerna i olika länder skiljer sig kraftigt från varandra kan man dock knappast anta, att förväntningarna skulle vara helt likformiga i den utvecklade världen. Det finns goda skäl att anta, att välfärdsförväntningarna och de rättviseföreställningar som bygger på dem är särskilt väl utvecklade i de nordiska länderna, vilket också gör det lättare att här omfatta tanken på en privaträtt, som är mer responsiv visavi uppgifter som tidigare klassats som offentliga.

---

[95] T.ex. Luhmann 1981 och Foucault 1983.
[96] Ervasti 1998 s. 65.

Antagandet att välfärdsförväntningarna skulle ha ett starkt stöd i Nordeuropa är inte taget helt från luften. Enkäter t.ex. i Finland visar att medborgarna stöder den institutionaliserade välfärdsstaten och att man inte önskat att systemet skall köras ner trots behovet av sparåtgärder under depressionen.[97] Visserligen har krismedvetenheten under de svåra åren ökat, så att man inte anser det möjligt att förbättra socialskyddet; man vill dock att nedskärningarna skall rikta sig primärt mot andra än socialpolitiska objekt.[98] Den kritik som anförs mot välfärdsstaten – angående byråkratisering, brist på medborgarinflytande, missbruk och hög beskattning – innebär heller knappast att legitimationsgrunden för välfärdsstaten brutit samman, utan utgör snarare blott ett tecken på en vilja att utveckla den i de fall där det förekommit problem.[99] Eliten och folket förefaller i dag vara oense om socialpolitiken i Finland; medan en majoritet av befolkningen föredrar höjda kommunalskatter framom nedskärningar i servicen är flertalet av eliten på en annan linje.[100] Då man inom eliten alltmer betonar de negativa konsekvenserna av dagens system, föreligger bland medborgarna ännu en solidaritet som stöder den traditionella välfärdsstaten.[101] De nedskärningar som genomförts i Finland har därför också primärt motiverats med hänvisning till en ekonomisk tvångssituation, medan man aktat sig för att alltför kraftigt betona ett ideologiskt trendbrott.[102]

En anledning till att välfärdsstaten har ett så brett stöd bland befolkningen är antagligen den universalistiska princip som systemet bygger på. Då den service som den nordiska välfärdsstaten erbjuder på olika sätt gagnar alla och inte blott de sämst lottade, är känslan av samhörighet med modellen bredare förankrad bland medborgarna.

---

97 Se t.ex. Sihvo & Uusitalo 1995, Blomberg-Kroll 1999 s. 28 f.

98 Kosonen 1998b s. 318.

99 Ervasti 1998 s. 83 ff. Kritiken mot välfärdsstatens värden i den allmänna samhällsvetenskapliga och kulturdebatten har i Finland heller inte varit särskilt omfattande, se Kosonen 1998b s. 326.

100 Blomberg-Kroll 1999 s. 23, 70.

101 Stig Kankkonen i Hufvudstadsbladet 20.9.1997. I en undersökning av Ordfront Magasin i Sverige noteras ett liknande gap mellan den ekonomiska, politiska och byråkratiska makteliten och ena sidan och medborgarna å den andra vad avser inställningen till välfärdsstaten, se Johan von Bonsdorff i Kansan Uutiset Viikkolehti 31.12.1998.

102 Se Blomberg-Kroll 1999 s. 27 f.

Det förefaller inte heller föreligga något brett stöd för att överge den universalistiska modellen.[103] Universalismen respekteras som målsättning, även om tendensen har gått i riktning mot en reduktion av nivån på de universella förmånerna.[104]

Legitimationsbasen för den nordiska välfärdsstaten är fortfarande stark. Visserligen har Pekka Kosonen iakttagit en försvagning av det nordiska normativa arvet, som inbegriper de fyra målsättningarna universella sociala rättigheter, det offentligas ansvar för garanterandet av välfärden, jämlikhet och full sysselsättning; dessa mål har dock inte övergivits, utan de har fått andra konkurrenter.[105] Även om jämlikheten inte har en så central ställning i värdehierarkin som tidigare, sägs den ännu fungera som en legitimationspress i de nordiska länderna.[106] Kravet på ett socialt skyddsnät har ännu en stark förankring i värdebasen för vårt samhälle. De förändringar som sker i marknadsorienteringens tecken har också ofta åtminstone utåt motiverats med hänvisning till byråkratiproblem och statsfinanser snarare än förändrade värden.[107] I den mån det offentliga drar sig tillbaka förutsätter man därför att andra aktörer skall kunna träda i stället. Det populära talet om en välfärdspluralism antyder just detta. Man tror att de ursprungliga målsättningarna åtminstone delvis skall fyllas med hjälp av nya medel. Välfärdsförväntningarna riktas också mot mer privata subjekt.

Det att man i någon mån accepterar en reträtt av staten när det gäller direkt produktion av välfärdsservice innebär inte att man nödvändigtvis antar att den offentliga normproduktionen bör utföra ett likadant återtåg. Förväntningarna på det offentliga kan här fortsättningsvis vara höga. Detta gäller igen kanske alldeles särskilt de nordiska länderna. Skillnaderna mellan olika länder i detta hänseende belyses väl i Volkmar Gessners analys av olika former för tryggande av förvänt-

---

[103] Se t.ex. Kosonen 1995 s. 216. Se också Kosonen 1998b s. 388.

[104] Kosonen 1998a s. 50.

[105] Kosonen 1998b s. 321 f., 387 f.

[106] Kosonen 1998a s. 50.

[107] I regeringens principbeslut om regeringspolitikens riktlinjer i detta avseende 16.4.1998 ("Laadukkaat palvelut, hyvä hallinto ja vastuullinen kansalaisyhteiskunta"), där man bl.a. förespråkar en utvidgning av de marknadsrelaterade verksamhetsformerna och betonar betydelsen av ett större ansvar för civilsamhället, påstår man likväl att den grundläggande målsättningen vid utvecklingen av förvaltningen är att trygga välfärdssamhällets basservice i hela landet.

ningar inom konsumentsektorn.[108] Konsumentens förväntningar kan tryggas på fyra plan: konsumenten köper för att han litar på säljaren ("Erwartungssicherung auf der Ebene der Personen"), för att han känner sig skyddad av institutionerna inom hans rättssystem ("Erwartungssicherung auf der Ebene der Rollen und Institutionen"), för att han tror på konsumentskyddslagstiftningen ("Erwartungssicherung auf der Ebene der Programme") eller för att han litar på den allmänna affärsmoralen ("Erwartungssicherung auf der Ebene der Werte"). Även om alla dessa former naturligtvis är tillstädes i alla länder, varierar tyngdpunkterna uppenbarligen. Gessner antar att man i Sydeuropa i högre grad söker trygghet genom förväntningar på personernas plan, medan man i Nordeuropa litar mer på institutioner och program.[109] Om detta är riktigt kan man anta att de starka välfärdsförväntningarna i den nordiska kontexten, vilka kan förväntas fortleva också till den del man i det välfärdspluralistiska fältet valt mer marknadsorienterade lösningar, i dessa sammanhang inte riktar sig enbart mot de marknadsorienterade, mer eller mindre privata aktörerna och deras affärsmoral. Man kräver också institutioner och program – rättsliga mekanismer och lagstiftning – som stöd för förverkligandet av välfärdsförväntningarna. Förväntningarna kan ta sig uttryck i rättsliga krav, kanske just i ett tryck mot en utveckling av privaträtten så att den blir mer responsiv i relation till förväntningarna.

Kraven på privaträtten

På ett allmänt plan kan man, som ovan framgått, ge många motiveringar för antagandet att marknadsorienteringen av den offentliga sektorn kan leda till starkare krav på att välfärdsförväntningarna i högre grad måste tillgodoses inom privaträttens ram. Detta säger dock ännu mycket litet om vilken form detta tryck mot privaträtten kan tänkas anta på ett mer konkret plan. Det är självklart att varje åtgärd för marknadsorientering har sin egen rättsliga omgivning och sina egna konsekvenser.

---

[108] Gessner 1997 s. 174.
[109] Ibid.

De olika formerna av marknadsorientering som jag beskrivit tidigare i detta kapitel kan – då man granskar frågan grovt schematiskt – antas ge upphov till olika slag av förväntningar på privaträtten. Den fortsatta diskussionen bygger därför på den strukturering av marknadsorienteringens former som presenterats ovan.

(i) I den mån man sökt öka marknadsorienteringen och minska den direkta offentliga styrningen av privat verksamhet genom *avreglering* eller *minskad övervakning* är det rätt självklart att det uppkommer starkare krav på att privaträtten skall fylla sådana reglerings- och övervakningsfunktioner som man trots allt förväntar sig att skall finnas. Då det offentliga drar sig tillbaka måste kraven ställas i privaträtten, även i fall där denna metod framträder som mindre effektiv än den traditionellt offentligrättsliga.[110]

En normering genom privaträttsliga processer kan i någon grad uppfattas som ett alternativ till den offentliga regleringen.[111] I praktiken är en sådan syn dock många gånger alltför svartvit. Privaträttsliga och offentligrättsliga instrument kan också samverka i uppbyggnaden av de regler som behövs.[112] Den nya roll för ansvarsrätten som beskrivs i detta avsnitt innebär då snarast att tyngdpunkten i den regleringsmix som är aktuell förskjuts i privaträttslig riktning.

Internationaliseringsprocesserna innebär i sig en ökad roll för privaträtten. Avsaknaden av en internationell suverän normgivningsmakt på många områden[113] framhäver vikten av olika typer av kontrakt och

---

[110] Jfr t.ex. Halme 2000 s. 52 f., som kritiserar skadeståndsprocesserna efter bankkrisen för att vara ett dyrt och ineffektivt sätt att fastslå spelreglerna i branschen. Nedan i kap. 3 och 4 anges dock ett antal skäl, varför det i sådana fall trots allt stundom kan bli nödvändigt att ty sig till metoden reglering genom process.

[111] Stapleton 1999 s. 522 f. beskriver detta som en institutionell konkurrens mellan privaträtt och parlament.

[112] Se närmare om en sådan samverkan som en del av nödvändiga rättsliga inlärningsprocesser i risksamhället nedan kap. 3.

[113] EU utgör här ett undantag. Dess omfattande övernationella normproduktion är välkänd. En stor del av EG-rätten är heller inte av traditionellt privaträttsligt snitt. Detta innebär dock inte att EG-rätten nödvändigtvis – i strid med tesen i texten – skulle stärka det offentligrättsliga elementet i våra rättsordningar på privaträttens bekostnad. Snarare kan man väl säga att EG-rätten "defies the accepted classifications of law; it is both international and municipal, public and private, substantive and procedural, enacted and formulated in precedents. It is a *sui generis* law and must be treated as such", Lasok & Bridge 1994 s. 81.

andra privaträttsliga arrangemang mellan de parter som fungerar på den internationaliserade och därför avreglerade marknaden. Mot bakgrunden av en oklar och fragmenterad nationellt anknuten regleringsbas framträder parternas egna dispositioner i en mycket central roll. Många av de internationaliserade normsystem som finns är därför också ofta av mer eller mindre privaträttslig karaktär. Både den nationella och den internationella kontraktsrätten framträder ånyo som en av grundpelarna i rättsordningen.

I det föreliggande arbetet ligger fokus inte på privaträttens växande betydelse rent generellt, utan på ansvarsrättens nya funktioner i en avreglerad miljö. Ett intressant perspektiv på denna fråga erbjuds av en studie av ansvarsrättens roll i det amerikanska samhället. Just i USA har man ju traditionellt varit van vid att använda privaträttsliga rättegångar som ett medel för reglering. Då man jämför t.ex. konsumentskyddspolitiken i EU och dess medlemsstater med motsvarande verksamhet i USA kan man notera tydliga skillnader i tyngdpunkterna. Då man kan karaktärisera den europeiska modellen med begreppen reglering och förvaltning ("model of regulation and administration"), kan man för USA på motsvarande sätt använda begreppen information och rättegång ("model of information and litigation").[114] Med dessa begrepp kan man framhålla bl.a. den omständigheten att man i den amerikanska kontexten utnyttjar privaträttsliga rättegångar som en viktig regleringsteknik. I USA har man understrukit konsumenternas och deras organisationers egen aktivitet när det gäller att förverkliga ett skadeståndsansvar för företagen och härigenom indirekt skapa handlingsnormer för dem. Man har skapat incentiv för konsumenterna, vilka skall förmå dem att bringa in ärenden till rättslig behandling. Som sådana incentiv använder man t.ex. stadgade minimiersättningar, mångdubbla ersättningar och ersättningar med straffkaraktär (punitive damages), som kan uppgå till mycket höga belopp. Också processuella tekniker som grupptalan och sättet för beräkning av advokatarvode kan nämnas i detta sammanhang.[115] I Europa är kulturen en annan, man litar i högre grad på myndighetsreglering och -kontroll,

[114] Dessa modeller har presenterats och analyserats i arbetet Howells & Wilhelmsson 1998 s. 263 ff. Jämförelsen förs vidare med fokusering på produktansvar och produktsäkerhet i Howells 2000.

[115] Se närmare Howells & Wilhelmsson 1998.

medan incentiven för privaträttsliga processer är få. Avregleringen och den minskade övervakningen kan dock innebära en växande betoning av de privaträttsliga rättegångarnas roll också hos oss, på gott och ont.[116]

Trots olikheterna i kulturella utgångspunkter har man också i Europa särskilt under senare år begynt debattera möjligheterna att öka de privatas insatser i övervakningssammanhang. Härvid har man framför allt fokuserat på processuella förändringar, såsom frågan om organisationers rätt att föra talan samt introduktionen av någon form av grupptalan.[117] Frågan om skadeståndsrättsliga incentiv av den amerikanska typen har varit före i lägre grad.[118] Den tillväxt i skadeståndsbeloppen som man kan iaktta såväl hos oss som annorstädes i Europa kan dock tänkas ha någon anknytning till resonemang av förevarande slag.

Inte ens i Norden är tanken på att "privatisera" tillsynen och kontrollen på detta sätt helt främmande. Per Henrik Lindblom har i en intresseväckande uppsats om de allmänna domstolarna som alternativa tvistlösningsorgan noterat flera exempel på att man i Sverige uppmuntrar vad han kallar "privat entreprenörsverksamhet" av detta slag.[119] Han noterar lagberedningsuttalanden från såväl konkurrens- som konsumenträttens område "för att illustrera en på privatiseringsideologin baserad förskjutning från offentlig till privat bevakning med sannolika effekter i form av ökad betydelse för domstolarna."[120] Också i senare arbeten har han återkommit till frågan och härvid funnit anledning att anta att domstolarna i framtiden kan "komma att fylla en kontrollfunktion som tidigare i första hand utövats av statliga och kommunala tillsynsorgan."[121] Det kan här i förbigående nämnas att man också i Finland önskat öka betydelsen av skadeståndsrättslig pre-

---

[116] Kritiken mot det amerikanska skadeståndssystemet är välkänd. Det är skäl att återkomma till denna senare (kap. 6).

[117] Se om denna diskussion t.ex. Micklitz & Reich 1996.

[118] Utvecklingen av nya (ekologiska) skadebegrepp har diskuterats i större omfattning. Se härom nedan kap. 11.

[119] Lindblom 1992 s. 271.

[120] Lindblom 1992 s. 272.

[121] Lindblom 1997 s. 630. För Lindblom betyder detta dock inte något reviröverskridande eller någon ny processuell funktion (ibid.). Se vidare också Lindblom 1994 s. 140 och Lindblom 2000 s. 36.

vention i konkurrensfrågor genom att år 1998 infoga en uttrycklig skadeståndsbestämmelse i konkurrenslagstiftningen.[122]

Den del av privaträtten som lätt kommer i fokus i ett sådant perspektiv är, som ovan också framgått, skadeståndsrätten (och andra delar av ansvarsrätten). Just med hjälp av dess regler är det möjligt att inom alla sektorer av samhällslivet privaträttsligt reagera mot handlande som uppfattas som oacceptabelt. Offentliga regleringsuppgifter kan skötas genom privaträttsliga rättegångar just på grundval av ansvarsrättsliga normer. Man har därför t.o.m. påstått att skadeståndsrätten redan skulle ha blivit "transformed into state control of personal and corporate conduct through private law."[123]

Reglering och övervakning fyller delvis olika funktioner. Å ena sidan är det fråga om att ställa upp de normer som ett acceptabelt handlingsmönster bör uppfylla, å andra sidan gäller det att se till att de normer som finns verkligen följs. Avregleringen och den minskade övervakningen skjuter över ett visst ansvar för båda dessa funktioner till privaträtten och här då speciellt ansvarsrätten. Ansvarsrätten får såväl en ökad *regleringsfunktion*[124] som en växande *övervakningsfunktion*.

Just den förra funktionen är kanske den som mest tydligt framträder som ett nytt drag i dagens utveckling. Generellt sett är ju tanken på en övervakningsfunktion för ansvarsrätten inte ny. Sedan gammalt har skadepreventionen omtalats som ett av skadeståndsrättens centrala mål och skadeståndsansvaret har utvecklats också med tanke på dess preventiva funktioner. Preventionen har dock traditionellt snarast uppfattats innebära att man söker motverka att medborgarna bryter normer som uppställts annorstädes.[125] Det nya är nu, att skadeståndsfallen oftare anknyter närmare till den konkreta utformningen av normerna, till den egentliga rättspolitiken. De allmänna skadeståndsrättsliga principerna erbjuder blott en referensram, inom vilken

---

[122] Se närmare Kuoppamäki 2000 s. 59 f. I detta sammanhang bör också nämnas de nya reglerna om skadestånd i 8 § L om offentlig upphandling samt – vilket kanske är ännu viktigare – den halvt offentligrättsliga påföljden gottgörelse i 9 § av samma lag.

[123] Brüggemeier 1997 s. 59.

[124] Skadeståndsansvaret kan också ha funktionen att direkt framtvinga offentlig reglering, se härom nedan kap. 9.

[125] Jag beskriver här blott hur jag tror att man uppfattat preventionens roll i ansvarsrätten. Min avsikt är inte att återuppväcka den avsomnade nordiska debatten kring den s.k. rättsstridighetsläran.

man skapar normer. När jag här talar om skadeståndsprocesser som regleringsmetod avser jag just detta att rättegångar används också för skapande och utveckling av "reglering". Det att regleringsfunktionen framträder starkare som en ny uppgift för ansvarsrätten innebär dock inte att man borde bortse från den växande övervakningsfunktion som också kanaliseras till detta rättsområde.

Privaträttens och ansvarsrättens möjligheter att överta de nya uppgifterna – reglering genom rättegång – har vuxit genom en mycket omdebatterad utveckling i den privaträttsliga regelstrukturen. Jag avser trenden mot en allt större användning av generalklausuler och lösare regleringsformer, som i sig har bidragit till att överföra normgivningsmakten till domstolarna. Tanken på reglering genom privaträttslig rättegång passar bra in i denna utveckling. Jag har också tidigare skrivit om generalklausulerna som "inkörsportar" för nya rättsliga tänkesätt[126] – och därigenom också för nya normativa krav. Som jag senare kommer att utveckla närmare, har just ansvarsrätten en så lös normstruktur att detta rättsområde erbjuder många inkörsportar för nya konkreta regler.

De på många håll i världen[127] pågående tobaksprocesserna utgör ett gott exempel på en användning av skadeståndsrätten i regleringssyfte. Rättegångsformen har utnyttjats som ett nytt medel, vid sidan av den traditionella offentliga regleringen, i kampen mot tobaksdöden. Här är fråga om ett slags privat hälsopolitik i förlängningen av den offentliga tobaksregleringen.

Att skadeståndsrättens regleringsfunktion kan möta en nästan i vilket sammanhang som helst finns det många exempel på i amerikansk rätt. Bara som ett exempel, vilket jag funnit uppseendeväckande, nämner jag den diskussion som förts kring frågan om filmproducenters ansvar. Filmen "Natural born killers" väckte en diskussion om "död genom underhållning"[128] och dess skadeståndsrättsliga bedömning. Det var här fråga om s.k. "copycat"-brott och om ersättningsskyldigheten för dem. Två amerikanska tonåringar hade inspirerade av filmen dödat en man och svårt skadat en kvinna. I diskussionen krävde man att producenter av våldsbeto-

[126] Wilhelmsson 1987 s. 143.

[127] I Finland har den s.k. tobaksprocessen väckt mycket uppmärksamhet. Högsta domstolens avgörande, i vilket man förkastade talan (HD 2001:58), gavs helt nyligen, efter en process som räckt hela tretton år.

[128] Miskin 1996.

nade filmer skulle bli skadeståndsansvariga för brott av detta slag. I några motsvarande rättegångar i USA hade sådana krav t.o.m. vunnit understöd.[129] Samtidigt som det från det offentligas sida förefaller föreligga mycket litet intresse för frågan, vilka handlingsmönster som kan anses acceptabla inom filmindustrin – man har också på många håll avskaffat den offentliga filmcensuren – vänder man sig alltså till skadeståndsrätten för att erhålla nya handlingsnormer.

En reglerings- och övervakningsmodell som bygger på en aktiv användning av privaträttsliga processer är beroende av att olika slag av mikropolitiska aktörer, såsom medborgarrörelser, smågrupper och organisationer – stundom även mer offentliga instanser[130] – deltar i spelet. På många håll upplever man också en aktivering av privata organisationer som informella kontrollinstanser, vilka i sista hand kan stöda sig på de privaträttsliga rättsmedlen som stöd för övervakningen. Detta gäller inte enbart i den amerikanska rätten, utan motsvarande trender kan iakttas också i Europa. Vår tobaksprocess är ett gott exempel också på detta; liksom i många andra länder var det en privat organisation, Lääkärin sosiaalinen vastuu ry (Läkarens sociala ansvar), som de facto stod bakom processen.[131]

(ii) Det är mer eller mindre en truism att den *egentliga privatiseringen*, d.v.s. det att man överför delar av det offentliga i privat ägo eller kontroll och anförtror offentliga uppgifter till privata aktörer, måste innebära att privaträttens regler får en viktigare position. Privatiseringen betyder ju just att verksamheten flyttas ut från det offentligrättsliga systemet och placeras i ett sammanhang där privaträtten råder. Flera privata aktörer och flera uppgifter som handhas av sådana aktörer ökar antalet transaktioner som sker mot bakgrund av privaträtten. Rättsskyddet för klienterna till den privatiserade verksamheten

---

[129] Miskin 1996 s. 259.

[130] Det är kanske i viss mån uppseendeväckande, att man i Norge låtit en statlig kommitté göra en omfattande utredning av tobaksindustrins skadeståndsansvar, NOU 2000:16. Kommittén noterar i sina rekommendationer bl.a. att det föreligger tunga argument för att fylkeskommuner kunde ha framgång i skadeståndskrav mot tobaksindustrin för sjukvårdsutgifter relaterade till tobak (s. 42).

[131] Organisationen har låtit publicera alla handlingar i målet. Redan handläggningen i underrätt avkastade femton volymer: Tupakkamies vastaan Rettig ja Suomen Tupakka 1–15, 1988–1992.

måste, om man inte i samband med privatiseringen infört särskilda rättsskyddsmekanismer, garanteras av privaträtten.

Detta innebär emellertid inte att privaträtten vore väl rustad att ta emot de nya problemen och att nykomlingarna kunde absorberas i privaträttens system utan att detta påverkades. Det uppstår krav på förändringar också inom privaträtten. Privatiseringen kan skapa nya förväntningar på innehållet i de privaträttsliga reglerna.

Så länge den ifrågavarande verksamheten varit underkastad den offentliga rätten har den reglerats och övervakats på offentligrättslig grund. Privatiseringen innebär att dessa styrningsmekanismer helt eller delvis faller bort. De principer som styr verksamheten ordnas i nya konstellationer. Sådana centrala förvaltningsprinciper som objektivitet, jämlikhet, ändamålsbundenhet, proportionalitet, neutralitet och servicetvång kan inte i samma form tillämpas på privaträttsliga förhållanden.[132] Offentlighetsprincipen, den offentliga förvaltningens interna rättsskyddsvägar och övervakningsmekanismer styr inte heller en fullständigt privatiserad verksamhet.[133]

Privatiseringen innebär således i regel också ett slags avreglering och minskad övervakning. Det som sagts ovan om de nya förväntningar sådana åtgärder kan medföra för privaträttens del äger således giltighet även här. Också privatiseringen bidrar till kraven på en förstärkning av privaträttens reglerings- och övervakningsfunktioner. I den mån man inte längre via den offentliga rätten reglerar de krav som kan ställas på den privatiserade verksamheten, måste privaträtten ge redskap för att genomdriva sådana normeringar. Ansvarsrätten är också i dessa sammanhang ofta speciellt användbar.

Det föreligger många exempel på sådana nya förväntningar på privaträtten som genererats av privatiseringsåtgärder. Jag nöjer mig med att hänvisa till den debatt som förts beträffande konsumentens ställning på den avreglerade och delvis privatiserade energimarknaden.[134] Man har på nordiskt plan utfört flera undersökningar angående problem på energimarknaden eller beträffande nödvändighetstjänster mer generellt. I rapporterna betonar man behovet att stärka konsu-

[132] Se Arajärvi 1995 s. 385.

[133] Arajärvi 1995 s. 388 ff.

[134] Ett pionjärarbete var Stridbeck 1992, där författaren betonade att elektricitet borde ses som en social rättighet och att detta borde avspegla sig i bedömningen av elkontraktet.

mentens rättsskydd som avtalspart i de standardavtal som energiföretagen erbjuder.[135] Man vill bygga ut tvingande konsumenträttsliga regler om ifrågavarande avtalsförhållande för att skapa ett kontraktsrättsligt minimiskydd för konsumenten.[136] Åtminstone till en del är det fråga om att precisera och lagfästa ett tillräckligt ansvar för energibolagen i relation till deras kunder. Man har också sedermera introducerat ny lagstiftning på grundval av sådana överväganden.[137]

De förväntningar på privaträtten som privatiseringen gett upphov till kan knappast tillgodoses blott genom nya detaljregler på områden som tidigare inte varit underkastade privaträttens överhöghet. Man kan ställa krav på mer principiella förskjutningar. Principer som tidigare varit undertryckta träder i förgrunden och man diskuterar också helt nya privaträttsliga principer.

Från ett välfärdsstatligt perspektiv förefaller frågan om tillgång till service på godtagbara villkor vara särskilt akut. Så länge en uppgift handhas av det offentliga äger sådana offentligrättsliga principer som jämlikhetsprincipen och principen om servicetvång tillämpning. Varje medborgare har som utgångspunkt rätt att erhålla ifrågavarande service på samma villkor som andra medborgare. Privatiseringsåtgärderna har väckt en berättigad oro att denna utgångspunkt skall mista sin giltighet vad beträffar de privatiserade uppgifterna. Privatiseringen befaras betyda att särskilt de svagaste medborgargrupperna lämnas utanför välfärdsutbudet.

Det är därför inte förvånande att man diskuterat möjligheterna att åtgärda sådana problem inom ramen för privaträtten, att låta de offentligrättsliga principerna influera privaträttens innehåll. Man kan t.ex. tala om behovet av en kontraktsrättslig jämlikhetsprincip, enligt vilken också näringsidkare vore skyldiga att behandla sina kunder jämlikt så att envar skulle ha rätt till avtal med denna näringsidkare på lika villkor som andra kunder, om det inte finns acceptabla grunder för en särbehandling.[138] Privatiseringstrenden ligger också åtminstone delvis bakom det förnyade intresset för regler om kontraktsrättslig

[135] TemaNord 1997:612 s. 65.
[136] Heliskoski & Sunila & Tala & Varis 1996 s. 118.
[137] Se t.ex. i Finland det nya kap. 6a om elmarknadsavtal i elmarknadslagen (infört genom lag 466/1999).
[138] Wilhelmsson 1997. Se också Schiek 1999 och 2000.

kontraheringsplikt. Frey Nybergh har på ett övertygande sätt visat hur man på nordiskt plan i ökande grad infört sådana regler och hur man på grundval av dem kan utveckla en väl motiverad mer allmän princip om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner.[139]

I den mån sådana tankebanor vinner insteg i privaträtten erhåller privaträtten ett slags *servicetvångsfunktion* (som naturligtvis utgör en variant av den regleringsfunktion varom ovan varit tal). Då kontraheringsplikten i praktiken ofta kan tänkas bli förverkligad genom skadeståndskrav i anledning av utebliven service, är det motiverat att nämna servicetvångsfunktionen också i ett ansvarsrättsligt sammanhang. Man kan tala om utvecklingen av ett slags serviceansvar inom (delar av) den privata sektorn.

(iii) Också *marknadsorienteringen inom det offentliga* kan ha implikationer för privaträtten. Då marknadsorienterade tänkesätt, såsom resultatansvar och kostnadsmotsvarighet, introduceras inom den offentliga sektorn, sammanhänger också med detta ofta en avreglering och minskad övervakning samt en försvagning av kraven på jämlikhet och servicetvång. Även i detta sammanhang uppkommer därför frågan, huruvida man med hjälp av privaträttsliga mekanismer kan tillgodose reglerings- och övervakningsfunktioner och vid behov också en servicetvångsfunktion av det slag som beskrevs ovan.

De relevanta frågeställningarna får dock här delvis ett annat innehåll än i de situationer som omtalats tidigare. I det föreliggande fallet gäller den relevanta frågan ofta omfattningen av *privaträttens tillämpningsområde*, då detta lätt kan lämnas oklart i samband med processerna mot ökad marknadsorientering. Det att en offentlig verksamhet görs mera marknadsorienterad kan, men behöver inte, innebära att man avsett att privaträttens regler – eller delar av dem – skall tillämpas på de relationer som uppstår mellan medborgare och verksamheten i fråga. Många gånger har man inte tänkt igenom detta och frågan framstår som juridiskt öppen. Även om man kanske inte avsett det, kan en expansiv privaträtt komma att tränga in på sådana områden.

I Sverige har Högsta domstolen nyligen genomfört en sådan expansiv manöver.[140] I ett färskt rättsfall har domstolen funnit att ett ömse-

[139] Nybergh 1997.
[140] NJA 1998 s. 656.

sidigt förpliktande avtal kunde anses ha uppkommit när en medborgare betalt en avgift för en sådan kommunal service som i sig föll inom området för den offentliga förvaltningen. Detta gjorde det möjligt för medborgaren att framställa kontraktsrättsliga krav mot kommunen i vanlig civilprocessuell ordning. Det ifrågavarande fallet gällde kommunal barnomsorg: kommunen hade tagit ut full avgift trots att lokaliteterna varit hälsovådliga p.g.a. mögelskada. I offentligheten har man applåderat domen som en önskvärd förstärkning av konsumentens rättsskydd gentemot det offentliga, genom vilken man utsätter också det offentliga för välbehövliga kvalitetskrav.[141]

Det ligger i linje med tanken på att göra den offentliga servicen mer marknadsorienterad att man också fäster avseende vid mottagarnas marknadsrätt: konsumenträtten.[142] Ju mer den offentliga servicen framtonar som en marknadsorienterad tjänst, desto naturligare ter det sig att juridiskt behandla den som en sådan och tillämpa kontrakts- och konsumenträttsliga regler på tjänsten. Redan från början har konsumenträtten hos oss tilllämpats på vissa tjänster som utförs av offentliga juridiska personer,[143] och det finns alltså här en naturlig utgångspunkt för en utvidgande praxis. Så har t.ex. Tuuli Junkkari med goda argument talat för att man borde tillämpa konsumentskyddslagstiftningen på den marknadsföring som de offentliga skolorna i dag utför.[144] Man kan anta att klienternas förväntningar på det offentliga i allt flera fall kan ta formen av konsumentförväntningar. Den respektfulla hållning mot statsmyndigheter som traditionellt varit rådande hos oss förefaller minska, även om konsumentrörelsens relativa svaghet och dess statsanknytning kan hämma en formulering av konsumentkrav i relation till det offentliga.[145] Det postmoderna samhället har ofta beskrivits som ett konsum-

---

[141] Svenska Dagbladet 17.11.1998.

[142] Se också Bärlund 2000, som på ett intresseväckande sätt har analyserat inverkan av bolagiseringen av posten på konsumenternas reklamationsskyldighet.

[143] Wilhelmsson 1989 s. 101.

[144] Se Junkkari 2000 och 2001. Se även Wightman 1996 s. 161 ff., som diskuterar möjligheterna att tillämpa kontraktsrättsliga remedier bl.a. på de tjänster som erbjuds av offentliga skolor. Behovet av detta motiveras uttryckligen med de förändringar som skett i marknadsorienterad riktning, vilka bl.a. ökat föräldrarnas valfrihet och medfört nya former av marknadsföring från skolornas sida (s. 167 f.).

[145] Se Rothwell & Pollitt 1997 s. 66.

tionssamhälle,[146] där medborgarnas förväntningar struktureras i termer av konsumtion och förvärv av konsumtionsnyttigheter.[147] Här är det naturligt att förväntningarna på det offentliga skrudas i samma språkdräkt.

Marknadsorienteringen har också kunnat innebära att man direkt introducerat kontraktsliknande former inom den offentliga förvaltningen. Olika typer av serviceförbindelser m.m. utnyttjas för att precisera den presterande enhetens sätt att verka och dess resultat. Det kan vara fråga om förbindelser både i relation till klienter (konsumenter), och till beställande enheter inom den offentliga sektorn. Man har i Finland tagit i bruk tjänsteförbindelser för båda dessa relationer.[148] De kvalitetslöften som ges klienten kan betraktas som det centrala elementet i den finska modellen.[149] Man har likväl utgått från att dessa förbindelser inte skall ha någon juridiskt bindande verkan,[150] utan brott mot förbindelsen har primärt sanktionerats med dålig publicitet; vissa förslag till rättsliga sanktioner har framlagts.[151] Privaträttsliga påföljder har man dock knappast haft för ögonen. Trots detta kan en användning av serviceförbindelser antas sänka tröskeln för domstolarna att hänge sig åt en sådan extensiv tillämpning av kontrakts- och konsumenträtten som omtalats ovan. Genom en förbindelse ökar man ju uppenbarligen klientens konsumenträttsligt färgade förväntningar. Det kan nämnas, att man i den rättsvetenskapliga analysen av motsvarande engelska system, som utgjort inspirationskälla för det finska,[152] inte har uteslutit att kontraktsrätten skulle kunna tillämpas på förhållandet mellan den presterande enheten och utomstående klienter.[153]

---

[146] Lyon 1994 talar om ett nytt slags samhälle som strukturerats kring konsumenter och konsumtion i stället för arbetare och produktion. Se också t.ex. Jameson 1991 s. 315 ff.

[147] Detta att medborgarna ses och uppfattar sig som konsumenter i alla situationer har också kritiserats; man har framhävt behovet av att betona rollen av "citizen" i stället för "consumer", se t.ex. Hutchinson 1997 s. 33 ff. och Wilhelmsson 1998.

[148] Nurmi 1998 s. 5.

[149] Nurmi 1998 s. 22.

[150] Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1997:21 s. 5 f.

[151] Nurmi 1998 s. 27 ff.

[152] Se Nurmi 1998 s. 12.

[153] Willett 1999 s. 366 ff.

Trots att det alltså föreligger möjligheter till en invasion av kontraktsrättsliga regler i det offentligas serviceutbud, får man likväl anta att stora delar av den offentliga verksamheten är relativt skyddad mot ett sådant intrång. Då marknadsorienteringen inom det offentliga kan betyda att den offentligrättsliga styrningen av de ifrågavarande enheterna minskar, uppstår här lätt ett styrningsvakuum. Det finns utrymme för en privaträttslig reglerings- och övervakningsfunktion, som inte fullt ut kan tillgodoses av kontraktsrätten. Den naturliga kandidaten för att fylla ut tomrummet är därför också i detta sammanhang skadeståndsrätten, inom vilket rättsområde man i den nordiska traditionen inte gjort någon djuptgående skillnad mellan offentlig och privat verksamhet. Marknadsorienteringen inom det offentliga kan innebära att reglerna om skadeståndsansvar vid offentlig verksamhet får större betydelse som reglerings- och övervakningsinstrument än tidigare.[154] Dessa regler kan, i sin tur, bli mer påverkade av sådana kontraktsrättsliga perspektiv som ter sig naturliga att applicera på den mer marknadsorienterade offentliga verksamheten.[155]

(iv) Också en *inskränkning av socialskyddet* kan ha konsekvenser för privaträtten. Privaträtten kan ges eller ta sig en *socialskyddsfunktion.*

Tanken att privaträtten kunde ha en sådan funktion har inte uppkommit först som en reaktion på åtgärder vilka syftar till en reträtt av välfärdsstaten. Man var redan under välfärdsstatens glansdagar intresserad av att diskutera möjligheterna att använda privaträtten på detta sätt. Den sociala civilrätten sågs som ett komplement till den offentligt finansierade välfärden. I detta skede var man tvungen att särskilt motivera, varför en social civilrätt behövdes i vår välfärdsstat.[156] Kunde man göra det redan då, förefaller det i dag mycket lättare att argumentera för en socialskyddsfunktion för privaträtten. I den mån välfärdsstaten drar sig tillbaka ökar trycket på privaträtten att öppet notera och ta hänsyn till de socialskyddsbehov de utsatta delarna av befolkningen har. Med vår jämlikhetsorienterade referensram, som skapats av välfärdsstaten, är det svårt att i den privaträttsliga rättsanvändningen helt bortse från sådana behov.

Privaträttens socialskyddsfunktion kan tänkas bli aktualiserad i olika situationer och man kan betona olika aspekter av den. Dels kan man fo-

---

[154] Se härom Hakalehto-Wainio 2000 och 2000b.
[155] Se härom närmare nedan i kap. 9.
[156] Wilhelmsson 1987 s. 34.

kusera på parternas behov av en viss minimiutkomst, vilket kan innebära såväl en förstärkning av sådana rättigheter som har betydelse för en borgenärs utkomst som en begränsning av sådana förpliktelser som hotar en gäldenärs levnadsstandard. Överväganden av detta slag har vunnit insteg både i kontraktsrätten och särskilt i skadeståndsrätten. Exemplen på detta och deras betydelse för privaträttens allmänna principer har jag analyserat tidigare i mitt arbete om den sociala civilrätten.

Välfärdsstaten har också haft som uppgift att minska livets osäkerhetsfaktorer genom att skapa skydd mot konsekvenserna av olyckor som sjukdom, arbetslöshet och ålderdom. Läran om socialt prestationshinder utgör en reflektion av detta på privaträttslig nivå.[157]

Man har gjort gällande uppfattningar, enligt vilka t.ex. kontraktsrätten skulle spela en central roll då man söker förverkliga distributiv rättvisa – ett av välfärdsstatens mål – i samhället. I sitt välkända försvar av idén att kontraktsrätten spelar och borde spela en roll vad avser distributiv rättvisa anknyter Anthony Kronman distributiva effekter till ockerregler, garantiregler och minimilöneregler;[158] de sistnämnda "attempt to insure a fair distribution of wealth between workers and employers."[159] Också Hugh Collins har bl.a. minimilöneregler för ögonen,[160] då han än mer extremt betonar kontraktsrättens distributiva funktion; enligt honom kan detta rättsområde "perform a central role in achieving the ideals of socialism".[161] Detta framstår nog som en stark överbetoning av kontraktsrättens möjligheter; då man inom kontraktsrättens ram normalt beaktat blott balansen mellan parterna, faller ju den ofta mycket mer intressanta frågan om förhållandet mellan olika klientgrupper – "the poor pay more"-problematiken[162] – utanför synfältet.[163] Jag är därför inte beredd att skriva under Kronmans och Collins' inlägg som sådana, utan jag nämner dem här blott för att visa, att tanken på en socialskyddsfunktion för privaträtten uppmärksammats långt före den nuvarande vågen av marknadsorientering.

---

[157] Se Wilhelmsson 1987, kap. 5 och 1992, kap VII.
[158] Kronman 1980 s. 473.
[159] Kronman 1980 s. 499.
[160] Collins 1992 s. 94.
[161] Collins 1992 s. 87.
[162] Caplovitz 1963.
[163] Jag har tidigare kritiserat detta i Wilhelmsson 1997 s. 507 ff.

Privaträttens växande socialskyddsfunktion kan förväntas medföra förändringar i rättsområdets innehåll. Den sociala civilrätten erbjuder flera exempel härpå. I sig behöver dessa förändringar dock inte betyda att privaträttens betydelse ökar, i den meningen att de privaträttsliga reglerna skulle utnyttjas i högre grad än förr. De sociala argumenten spelar ju antagligen sin mest betydande roll som försvarsredskap vid processer som startats av en starkare part.

Man kan emellertid tänka sig att den växande socialskyddsfunktionen kan vara ägnad också att öka privaträttens betydelse. Då träder igen ansvarsrätten i fokus. Vad jag särskilt tänker på i detta sammanhang är det amerikanska exemplet, där ett bristfälligt socialskydd kompenserats med omfattande skadeståndsprocesser och höga skadeståndsbelopp för dem som kunnat "fånga" en skadeståndsskyldig. Avsaknaden av välfärdsstatens skyddsnät har utpekats som åtminstone en av orsakerna till den amerikanska skadeståndsrättens "överproduktionskris". En demontering av välfärdsstaten kan uppenbarligen medföra möjligheter till – eller risk för – en utveckling i samma riktning hos oss. De facto har man redan också i Norden noterat att nedskärningarna av socialskyddet innebär att skadeståndsrättens betydelse växer. Skadeståndet kan ses som "ett sätt att få bättre vård än samhället erbjuder".[164]

När jag här talat om privaträttens och ansvarsrättens eventuella socialskyddsfunktion har jag haft för ögonen privaträttens möjligheter att inverka på resursfördelningen mellan privata aktörer – eller snarare mellan aktörer i privaträttsliga roller – så att ekonomiskt svaga parters behov tillgodoses. Ansvarsrätten kan emellertid utnyttjas också såsom ett påtryckningsmedel gentemot det offentliga med vars hjälp man strävar att trygga ett socialskydd eller en social service. Ansvarsrätten kan utvecklas till ett instrument som kan utnyttjas för att kontrollera och motverka nedskärningarna i socialskyddet. Det offentliga skulle kunna ställas till privaträttsligt ansvar för otillräcklig service.[165] Tecken på en sådan utveckling föreligger också i vårt land. Skadeståndskrav har t.ex. riktats mot kommun för att den inte i tid förmått upplåta en stadgad dagvårdsplats för barn. I detta sammanhang kan man vidare nämna de nyligen timade processerna både i Sverige och Finland, i vilka en kom-

[164] Pettersson 1996.
[165] Se t.ex. Hocking 1999.

mun som upprätthållare av skola ålagts skadeståndsansvar för att man inte tillräckligt effektivt åtgärdat mobbning i skolan.

Till dessa fall och mer generellt till frågan om ansvarsrätten som påtryckningsmedel mot det offentliga får jag anledning att återkomma senare.[166] Jag nämner fallen här som exempel på att skadeståndsrätten kan få ett slags *servicetvångsfunktion* också i relation till det offentliga. Denna kan i ett framtidsperspektiv visa sig bli en viktig uppgift för ansvarsrätten.

Fyra funktioner

De olika formerna av marknadsorientering medför alltså olika slag av förväntningar på privaträtten. Många områden av privaträtten kan antas få ökad betydelse. Privatiseringen samt uppfattningen av offentliga instanser som ett slag av serviceproducenter på en konsumtionsmarknad bringar kontraktsrättsliga och konsumenträttsliga regler i förgrunden. I alla de ovannämnda sammanhangen framträder dock särskilt skadeståndsrätten som ett rättsområde med en speciellt stor utvecklingspotential. Ännu tydligare ter sig de växande möjligheterna, om man bortser från de traditionella indelningarna av privaträtten t.ex. i skadestånds- och kontraktsrätt. Ansvarsrätten, i en mer allmän och vidsträckt betydelse, förefaller ligga väl till då man söker förutspå, vilka delar av rätten som kan få ökad vikt i det senmoderna samhälle som präglas av en växande marknadsorientering. Denna betoning just av ansvarsrätten förefaller också ligga i linje med de synpunkter på risksamhället och rätten som utvecklas närmare i följande kapitel.

Som ovan har framgått kan den expanderande ansvarsrätten åtminstone i vissa fall tänkas fylla sådana funktioner som man hos oss traditionellt har förknippat med det offentliga. Ansvarsrätten kan ha

– en *regleringsfunktion*, d.v.s. ansvarsrätten kan bidra till normgivningsprocessen, när den offentliga regleringen sviker;

– en *övervakningsfunktion*, som betyder att handlandet hos privata och offentliga subjekt kan underkastas ansvarsrättslig kontroll, när myndighetskontrollen minskar;

---

[166] Se nedan kap. 9.

– en *servicetvångsfunktion*, vilken kan innebära såväl att subjekt inom den privata sektorn åläggs att svara för tillgången till nödvändig service som att det offentliga tvingas att tillhandahålla acceptabel social service; samt

– en *socialskyddsfunktion*, som kan aktualiseras genom att ansvarsrättsligt baserade prestationer till någon del fyller sådana luckor i välfärden som nedskärningarna av socialskyddet har gett upphov till.

Som senare kommer att framgå riktas uppmärksamheten i det föreliggande arbetet mot den senmoderna ansvarsrättens nya regleringsoch övervakningsfunktioner. Det är på detta fält jag tror att de privaträttsliga mekanismerna kan spela en mer beaktansvärd ny roll i medborgarcentrerade rättsstrategier. Då servicetvångsfunktionen egentligen innehåller element av och kan ses som en underavdelning av alla de tre övriga funktionerna får jag också anledning att återkomma till den i flera sammanhang. Däremot förbigår jag i hög grad den eventuella egentliga socialskyddsfunktionen – ansvarsrätten som fördelningsinstrument – emedan jag inte ser ansvarsrätten som något betydande komplement till det offentligrättsliga socialskyddssystemet.[167]

Ansvarsrättens nya funktioner är ett svar på den reträtt för den offentliga rätten och den offentliga styrningen som betingats av marknadsorienteringen. Ur ett annat perspektiv betyder denna förskjutning av styrningsansvar att vissa juridiska ärenden överförs från den organiserade och mer systematiska politikens arena till ett område där avgörandena fattas mer ad hoc och där entreprenörer av varierande slag kan fungera som initiativtagare till de ifrågavarande processerna. Härom kommer jag att orda mera i fortsättningen.

[167] Se närmare kap. 6.

3 kap. Risksamhället och ansvarsrätten

Om hur å ena sidan de växande svårigheterna att bemästra risker som sammanhänger med risksamhällets osäkerhet och å andra sidan de tilltagande kraven på beslutsfattande i syfte att behärska riskerna leder till ett behov av rättsliga inlärningsprocesser i vilka ansvarsrätten kan spela en central roll samt om hur å ena sidan den flexibilitet dessa processer förutsätter och å andra sidan den strävan till stabilitet som försäkringssamhällets rationalitet bygger på medför motstridiga och fragmenterande krav på ansvarsrätten.[168]

Välfärdsstaten har utvecklats i ett samhälle med avancerad teknologi. Den är baserad på en kontinuerlig ekonomisk tillväxt som sammanhänger med snabba teknologiska framsteg. Det är lätt att anta, att detta teknologiberoende kan ha viktiga implikationer för de samhällsperspektiv som man i dag kan skissera upp. Begreppet "risksamhället", som ofta utnyttjats för att uttrycka relationen mellan den teknologiska utvecklingen och samhället,[169] har blivit ett av nyckelbegreppen i den samhällsteoretiska diskursen under de senaste decennierna. Det är inte svårt att föreställa sig att denna fokusering på risk måste ha konsekvenser för rättsordningen och ansvarsrätten.

Risksamhällets särdrag

De som anknutit talet om risksamhället till den teknologiska utvecklingen har ofta haft olika slag av katastrofscenarier för ögonen.[170] Människan har, t.ex. genom kärnteknologin, skapat risker som hotar omfattande områden, i sista hand t.o.m. hela den mänskliga civilisatio-

[168] Kapitlet bygger på en artikel som jag skrivit för en festskrift till Anna Christensen, Wilhelmsson 2000.
[169] Detta är fallet i det kanske mest uppmärksammade arbetet Beck 1986.
[170] Beck 1986 s. 254 ff.

nens existens. Den moderna teknologins risker respekterar inte nationella gränser. Miljökatastrofer kan drabba många andra länder än det där den händelse eller process som gav upphov till miljöproblemen ursprungligen inträffade. Risksamhället är ett globalt samhälle.

Riskdiskursen har dock inte fokuserat endast på de ökade möjligheter till omfattande katastrofer som utvecklingen av teknologin skapat. Riskbegreppet har använts i en mer vidsträckt betydelse. Man har lösgjort sig från katastrofperspektivet och beaktat att modern teknologi ger upphov till många risker som berör mer begränsade miljöer eller t.o.m. blott enskilda personer. Den ökande komplexiteten hos maskiner i kombination med den mer oföränderliga mänskliga uppfattningsförmågan medför kontinuerliga risker för skador, särskilt i samband med att man tar i bruk ny teknologi.[171] Man har vidare i riskbegreppet inkluderat inte blott fysiska risker, utan även olika slag av institutionella risker.[172] Risksamhället präglas också av dessa risker, som kan ansluta sig exempelvis till finansmarknadens och börsens verksamhet. Som exemplen antyder kan även dessa risker vara globala.

Det sistnämnda exemplet pekar samtidigt på en sida av risksamhället som man inte framhåller lika ofta. Detta samhälle producerar inte bara nya risker utan också nya chanser. Begreppet chans, varmed avses en möjlighet med en viss grad av sannolikhet, uppstod samtidigt som idén om risken och utgör den positiva sidan av riskens dialektik.[173]

Risksamhällsteoretikerna är ofta intresserade av den nya teknologins inverkan på den fysiska miljön. De nya riskerna hotar emellertid inte bara denna miljö, utan de kan också rikta sig mot vår sociala och kulturella omgivning. Informationsteknologins påverkan av sociala, ekonomiska och politiska strukturer kan knappast överskattas.[174] Jag vill i det föreliggande sammanhanget särskilt notera ett antal risker, vilka sammanhänger såväl med informationsteknologins utveckling som med uppkomsten av andra nya teknologier, främst inom området för humanteknologin, och vilka i den juridiska diskursen omtalats som

---

[171] Bücker 1997 s. 243.
[172] Giddens 1990.
[173] Hviid Nielsen 1996 s. 70.
[174] Inom EU har man t.o.m. kallat informationssamhällets uppkomst "the most fundamental change of our time", COM (96) 389 final, s. 3.

den personlighetsrättsliga dimensionen av risksamhället.[175] De risker som avses här är dels sådana risker för enskilda personers och gruppers integritet som utvecklingen av media medfört och dels sådana mer smygande risker för hela det kulturella klimatet, vilka till sin struktur påminner om de kollektiva miljörisker som inte riktar sig direkt mot någon enskild persons hälsa eller egendom. Riskdiskussionen här gäller inte så mycket den traditionella frågan om fareprevention utan snarare en avvägning mellan önskvärda och icke-önskvärda kulturella förändringar.[176]

Trots dessa exempel kan riskdiskursen inte uppfattas som en självklar avspegling av verkligheten. Somliga hävdar att fokuseringen på risker inte primärt följer av verklighetens ändrade natur, utan snarare är en fråga om hur vi ser på verkligheten. Det som är typiskt för vår tid är kanske inte så mycket en ökad förekomst av reella risker, utan mer en högre grad av riskperception.[177] Dessa båda sätt att förklara betydelsen av riskperspektivet behöver likväl inte stå i strid med varandra. Man kan hävda, att "risici er blevet del af det refleksive moderne, hvor de findes både i teknologien, i samfundet og i hovederne."[178] Med hänsyn till temat för det föreliggande arbetet är det heller inte nödvändigt att ta närmare ställning till balansen mellan det reella och det inbillade. Det räcker att fastslå att man i dag uppfattar ökningen av riskerna som ett centralt problem i samhället.

Mycket beror också på vilket innehåll man ger riskbegreppet. Som framgått ovan har det använts i flera olika betydelser i riskdiskursen. Inom olika vetenskapsgrenar är det också naturligt att begreppet fått olika innehåll.[179] I den civilrättsliga diskursen har man använt riskbegreppet i en mycket vid betydelse,[180] så att det inkluderar envar risk för skada eller förlust; man talar t.ex. om risken för varan och om en adekvat riskfördelning mellan avtalsparterna. I det föreliggande arbetet nyttjar jag dock riskbegreppet i dess mer begränsade samhällsvetenskapliga betydelse(r). Begreppet är, uppfattat på detta sätt, såväl

---

[175] Se härom Damm 1996 s. 93.
[176] Damm 1996 s. 97.
[177] Luhmann 1991.
[178] Hviid Nielsen 1996 s. 77.
[179] Se t.ex. översikterna hos Baldwin 1997 s. 1 ff. och Bechmann 1991 s. 214 ff.
[180] Så även beträffande tysk civilrätt Damm 1996 s. 91.

vagt som mångtydigt. Det har dock en tillräckligt fast kärna för att duga som redskap för en sådan samhällsdiagnos som kan belysa ansvarsrättens utvecklingsmöjligheter.

Det intressanta är här ju trots allt inte riskbegreppet som sådant, utan det att man med begreppets hjälp har velat peka på djuptgående förändringar i vår samhällsstruktur, som förorsakats av de ökade riskerna och/eller den högre riskperceptionen. Traditionella stratifieringar av samhället träder i bakgrunden och det uppstår nya konfliktdimensioner, såsom den mellan beslutsfattare, som kalkylerar risker, och andra, som drabbas av besluten.[181] Faktorer som riskvillighet blir centrala för förmågan att positionera sig i de nya strukturerna.[182] Möjligheten att tillgodogöra sig information är naturligtvis en annan viktig faktor i detta hänseende.[183] En sådan omformning av samhällsstrukturen, relaterad till beslutsfattande, risker och information, måste ha konsekvenser också för ansvarsrätten, där ju dessa temata sedan gammalt är centrala.

Med hänsyn till ansvarsrättens möjligheter noterar jag här särskilt följande drag i samhällsutvecklingen som man i riskdiskursen fäst uppmärksamhet vid:

(i) Det har alltid funnits faror. Det primitiva samhället var präglat av sjukdom, krig, olyckor och naturkatastrofer. I risksamhället inträder emellertid en annan syn på farorna. De uppträder som risker, vilka på något sätt är relaterade till mänskliga åtgärder eller försummmelser. Farorna subjektiveras. Riskerna beror inte av ödet utan av mänskligt handlande. Riskbegreppet står i nära samband med beslutsfattande.[184] Beslut om en kommande osäker skada för denna under riskbegreppet, medan de rena farorna innebär möjligheter till skada som inte påverkas av mänskliga beslut.[185]

---

[181] Bechmann 1991 s. 226 f.

[182] Hviid Nielsen 1996 s. 62, som noterar att sådan riskvillighet enligt empiriska data är starkt överrepresenterad bland yngre, högt utbildade män, medan förlorarna också här är äldre, lågt utbildade kvinnor.

[183] Lash 1994 s. 121 uttrycker detta väl: "In reflexive modernity, life chances – the outcome of who are to be the reflexivity winners and who the reflexivity losers – depend ... on place in the 'mode of information'. Life chances in reflexive modernity are a question of access not to productive capital or production structures but instead of access to and place in the new information and communication structures."

[184] Bechmann 1991 s. 217.

[185] Damm 1996 s. 87.

Att göra denna distinktion mellan risk och fara, som är vanlig i den sociologiska diskursen, är naturligtvis inte det enda möjliga sättet att använda riskbegreppet. Återigen är det emellertid för syftet med detta arbete sekundärt, hur riskbegreppet används. Det centrala är påståendet, att man i dag i högre grad än tidigare uppfattar skador och skademöjligheter vara anknutna till mänskligt beslutsfattande.

När man talar om riskernas anknytning till beslutsfattande avser man inte blott det faktum att det högteknologiska samhället producerat nya och svårbemästrade risker. Visserligen är det uppenbart, att många av riskerna för både globala miljökatastrofer och individuella arbetsolycksfall har uppkommit genom mänskligt handlande, genom beslut om utveckling och ibruktagande av ny teknologi. Anknytningen mellan risker och beslutsfattande kan emellertid uppfattas vidare än detta. I risksamhället tolkar man också de traditionella farorna som risker, vilka ger upphov till ett behov av och ett tvång till beslutsfattande. Inget tillräknas längre enbart naturen eller ödet, utan nästan allt som hotar oss beror i princip på beslut.[186] I varje fall är flertalet risker i princip möjliga att avvärja – om man förutser dem. Man accepterar inte faror, utan kräver att de skall elimineras genom adekvata beslut. Icke-beslut är också beslut.

I risksamhället fokuserar beslutsfattandet i allt högre grad på "bads" i stället för på "goods". Det är fråga om fördelning, prevention, övervakning och berättigande av risker, snarare än om distribution av resurser.[187]

Det är m.a.o. typiskt för risksamhället att kraven att fatta beslut växer. Risksamhället fokuserar intresset på *beslutsfattande* och beslutsfattare.

(ii) Detta är paradoxalt i den meningen att man samtidigt upplever att beslutsfattandet vidlåds av en växande *osäkerhet*.[188] Kaos och ambivalens uppfattas som karakteristika för samhället.[189] Riskfrågorna

---

[186] Bechmann 1991 s. 217 f., som nämner meteoritnedslag och extraterrestiala invasioner (!) som exempel på fåtaliga undantag.

[187] Beck 1994 s. 6.

[188] Här i betydelsen 'uncertainty'. I följande avsnitt av detta kapitel får jag anledning att betona betydelserna 'insecurity' och 'unsafety'. I Bauman 2000 särskiljer författaren dessa tre betydelser av 'Unsicherheit'.

[189] Bauman 1991.

förutsätter eller åtminstone ber om ett erkännande av ambivalensen.[190]

Man har sagt att det traditionella farebegreppet var orienterat mot erfarenhet och normalitet, medan många nya risker inte har gett upphov till några erfarenheter – vid de verkligt stora riskerna är det t.o.m. oacceptabelt att det överhuvudtaget får finnas några erfarenheter.[191] På den globala nivån sägs det moderna ha blivit experimentellt: även om det finns mycket forskning om växthuseffekten är det enda vi kan säga med någon grad av säkerhet att vi inte kan vara säkra på att en sådan effekt inte inträder.[192] Också Ulrich Beck anknyter vad han kallar "the return of uncertainty" till dagens ekologiska kris.[193] Osäkerhetens återkomst ligger just i riskproblematiken, då riskproblemen karaktäriseras av att de inte har några entydiga lösningar.[194]

Den ökade komplexiteten i samhället bidrar till osäkerheten för dem som fattar beslut. Alla följder av besluten kan inte kartläggas på förhand. Man har använt metaforer som dimma och skyar för att beskriva beslutsfattarnas situation. I den "cloud of decision-making" som ligger över risksamhället kan det ofta vara omöjligt att göra optimala avvägningar, då man helt enkelt inte kan förutse alla direkta och indirekta konsekvenser av ett beslut. Osäkerheten i beslutsfattandet kan t.o.m. framstå som ett naturligt och acceptabelt drag i ett komplext samhälle: då problemen är invecklade borde "the cloud of decision-making" inte tvingas in i alltför rigida regler, eftersom varje rationell och konsistent modell snart leder till paradoxala resultat.[195]

Erkännandet av att man fattar beslut i en sådan sky av osäkerhet förändrar den roll som man vill anförtro vetenskaplig och annan expertis i beslutsprocesserna. Avsaknaden av erfarenhet vad avser många nya risker medför att den s.k. expertisen ofta inte längre kan hävda något monopol på vetande. Befolkningen i gemen inser också bättre, att "experterna" har sina begränsningar.[196]

---

[190] Beck 1994 s. 10.
[191] Ladeur 1991 s. 242.
[192] Giddens 1994 s. 59.
[193] Beck 1994 s. 8.
[194] Se Beck 1994 s. 8 f.
[195] Foucault 1983 s. 60.
[196] Hviid Nielsen 1996 s. 69.

Konkreta exempel på en ökad skepticism mot expertvetande kunde ges från många länder. T.ex. i USA sägs regleringen av användningen av teknologi under innevarande sekel ha utvecklats från en situation där man ansåg att det fanns korrekta vetenskapliga och teknologiska svar på regleringsfrågorna mot en växande misstänksamhet mot vetenskapen som enda beslutsgrundlag. Vändpunkterna låg i introduktionen av kärnkraften samt senare i det ekologiska uppvaknande som ägt rum.[197]

Man kan säga att ingen och envar är sakkunnig i riskfrågor. Andra omständigheter än sannolikheterna för skada, såsom t.ex. riskens fördelning inom en population, kan vara avgörande i beslutsprocesserna.[198] När det gäller risk är det i sista hand fråga om vilka risker som accepteras och vilka som inte accepteras i en given kultur.[199] Gränsdragningen mellan godtagbar och icke-godtagbar risk blir ett kulturellt, och därmed också ett politiskt och moraliskt spörsmål. Detsamma gäller gränsen mellan godtagbar och icke-godtagbar skada.[200]

Det att man i en konkret situation verkligen kan kalkylera en risk förändrar inte denna slutsats. De olika perspektiven och intressena hos å ena sidan beslutsfattarna och å andra sidan dem som träffas av besluten gör att en sådan kalkylerbarhet inte avlägsnar skepticismen. Det som från ett besluts- och expertperspektiv framstår som en risk, som kan kalkyleras, ter sig ur de utsattas synvinkel som en hotande fara, utanför deras kontroll. När beslutsfattaren genom riskberäkningar och riskstrategier söker minska risken, uppfattas just detta som ett misslyckande från deras sida som känner ångest inför den återstående risken.[201] Varje risk som materialiseras i en skada ökar misstroendet mot expertisen.

---

[197] Shapiro 1997 s. 325 f.

[198] Ogus 1997 s. 144 ff. analyserar detta väl.

[199] Beck 1994 s. 9.

[200] Detta ändras inte av att vetenskapsmän också här kan uppträda som initiativtagare och medverkande till beslut. Även om en spindelspecialist kan beskriva risken för utrotning av en bestämd spindelart och vilka konsekvenser det kan ha för det ekologiska systemet, är det i sista hand en fråga om sociala värden, när man avgör, huruvida utrotningen av denna spindelart skall uppfattas som ett problem eller inte, Godard 1997 s. 52.

[201] Bechmann 1991 s. 227.

Det att man för att minska osäkerheten i många sammanhang åtminstone säger sig omfatta en försiktighetsprincip förändrar knappast heller denna bild. Principen kan i sig producera godtyckliga resultat, och ge upphov till processer som inte kan avslutas vetenskapligt.[202] Den förskjuter bara gränserna, men eliminerar i sig inte osäkerheten.[203]

Riskkommunikationen måste alltså p.g.a. misstroendet mot expertisen bli moraliserad och ideologiserad.[204] Den grundläggande osäkerheten i beslutsfattandet – som kanske först uppfattats som akut i samband med betydande miljöfrågor, men som i dag anses vidlåda många olika slag av beslut – och den därmed sammanhängande insikten att sådana beslut inte kan grundas på vetenskaplig expertis allena, framhäver på ett nytt sätt den politiska och moraliska karaktären hos många beslut som tidigare kunnat uppfattas som apolitiska och tekniska.

(iii) Redan i detta skede är det slutligen skäl att notera en egenskap hos många av de risker som uppträder i risksamhället, vilken är central med hänsyn till analysen av de nya kraven på ansvarsrätten. Jag avser här den omständigheten att dessa risker delvis hotar och drabbar *andra slag av intressen* än dem som man tillerkänt relevans i traditionell privaträtt.

Miljöriskerna, som särskilt varit före i debatten om risksamhället, drabbar ofta obestämda grupper av människor utan att direkt beröra deras hälsa eller förmögenhetsrättsliga ställning. Detsamma gäller också t.ex. olika slag av "kulturella risker". Den primära skadelidande i dessa fall är "naturen", "miljön" och "kulturen", vilka åtminstone delvis är fritt tillgängliga för alla. Andra risker, som i princip riktar sig mot människors hälsa, kommer till uttryck i en förhöjd statistisk sannolikhet för skada inom en population, utan att man i det enskilda fallet kan veta, om en skada verkligen var en följd av den ifrågavarande risken.

De växande kraven på skydd mot risker riktar sig också mot risker av det nyssnämnda slaget. Rätten till sådant skydd kan emellertid inte formuleras på exakt samma sätt som traditionella rättigheter. Risker som ospecifikt drabbar befolkningen i form av höjda statistiska sanno-

---

[202] Godard 1997 s. 71.

[203] Härmed är inte sagt att principen inte kunde vara ett nyttigt hjälpmedel vid utvecklingen av den ansvarsrättsliga argumentationen. Jag återkommer till detta nedan i avsnittet om riskbeslut och ansvarsrätt.

[204] Bechmann 1991 s. 227.

likheter för skada eller miljörisker som inte direkt skadar enskilda rättssubjekt, hotar inte det som man tidigare uppfattat som subjektiva rättigheter.[205] Många nya ekologisk-teknologiska risker är inte så direkt relaterade till den klassiska katalogen över "rättsgoda" – egendom, liv och hälsa – att det skydd som anknyter härtill skulle vara klart tillämpligt.[206] Det är ofta fråga om diffusa effekter som kräver en annan syn på rättsskyddet än den traditionella privaträttens.

Även om man i nordisk rätt kanske inte skulle formulera problematiken i termer av subjektiva rättigheter och rättsgoda, vilket är naturligt i den tyska debatten, är frågeställningarna också hos oss i grunden desamma. Problemet gäller, hur man i privaträttsliga processer kan försvara sådana allmänna intressen som inte på ett direkt sätt är kopplade till ett enskilt intresse.

Till frågor av detta slag, som avser det sätt på vilken risken materialiserar sig i en skada, har jag anledning att återkomma mer i detalj i ett senare kapitel.[207] De är centrala just med hänsyn till temat för det föreliggande arbetet, de nya möjligheterna att använda privaträtten och ansvarsrätten som redskap för mikropolitik.

Osäkerheten och den ansvarsrättsliga styrningen

Ulrich Beck har definierat risksamhället som ett skede i det moderna samhällets utveckling, där "the social, political, economic and individual risks increasingly tend to escape the institutions for monitoring and protection in industrial society."[208] Den växande osäkerheten innebär – eller åtminstone uppfattas innebära – att de samhälleliga trygghetsmekanismerna förlorar i potential. Osäkerheten i betydelsen "uncertainty" leder till osäkerhet i betydelserna "insecurity" och "unsafety".

I det komplexa risksamhället är det svårare att legitimera täckande styrningsfunktioner för det offentliga, då man inte kan överskåda alla viktiga konsekvenser av styrningsåtgärderna. I den mån man strävar

---

[205] Ladeur 1991 s. 254.
[206] Damm 1996 s. 92. Se också analysen av Risikosteuerung und Rechtsgüterschutz hos Damm 1997 s. 21 ff.
[207] Se nedan kap. 11.
[208] Beck 1994 s. 5.

att minska osäkerheten på något område genom reglering och styrning kan man lätt öka osäkerheten på något annat område.[209] Då tilltron till expertisen minskar accepteras inte längre expertrelaterad offentlig reglering och styrning på samma sätt som tidigare. Den försiktighetsprincip som man stundom omfattat vid offentliga styrningsåtgärder utgör som tidigare noterats inte någon tillräcklig lösning på detta problem. Den avlägsnar inte osäkerheten och reintroducerar därför inte heller tilliten till expertisen.

Den tilltagande osäkerheten och skepticismen kan därför leda till krav på på att man reducerar eller avlägsnar offentliga styrningsmekanismer. Om man misstror möjligheterna att nå acceptabla resultat med sådana metoder är det lätt att argumentera för att de lindras eller avskaffas. Osäkerheten i risksamhället kan därför i vissa fall ha den paradoxala konsekvensen att man avlägsnar mekanismer som ursprungligen utformats för att kontrollera osäkerheten eller i varje fall underlåter att införa sådana mekanismer. Den växande osäkerheten kan härigenom verka i samma riktning som den tilltagande marknadsorientering som var föremål för analys i det föregående kapitlet.

Minst lika viktig som detta är emellertid den omständigheten att klyftan mellan de rådande styrningsförväntningarna och den förekommande offentliga styrningen i varje händelse tenderar att öka, även då man inte direkt tillgriper några avregleringsåtgärder. De samhälleliga styrningsmekanismerna förmår inte hålla jämna steg med den växande osäkerheten. Riskerna undflyr, som Beck säger, i allt högre grad trygghetsinstitutionerna, och reglerings- och styrningsdeficitet växer. Styrningsunderskottets tillväxt är inte nödvändigtvis blott en följd av att riskerna växer i realiteten, utan den kan också stå i samband med att trygghetsförväntningarna ökar.[210] Då riskerna uppfattas som en funktion av mänskligt beslutsfattande ökar de krav som man ställer på beslutsprocesserna inom den offentliga sektorn, som traditionellt erbjudit trygghetsfunktionerna. Dessa krav på det offentliga växer snabbare än de möjligheter man har att reagera på dem.

---

[209] Hutchinson 1997 s. 28.

[210] Den offentliga regleringens tillväxt under vårt århundrade förklaras enligt Friedman 1985 just av de växande trygghetsförväntningarna. Tala 1999 s. 31 f. förefaller instämma i detta.

I risksamhället kan man m.a.o. iaktta eller förutse en växande klyfta mellan de förväntningar man har på att det offentliga skall skapa trygghet genom olika slag av offentligrättsliga styrningsmekanismer och dess möjligheter – eller ens önskan – att verkligen göra detta inom ramen för en tilltagande osäkerhet. Det är denna klyfta som privaträtten, och särskilt ansvarsrätten, kan kallas att överbrygga.

De offentliga styrningsmodellernas partiella – reella eller åtminstone upplevda – tillkortakommande medför en beställning på nya privaträttsliga styrningsformer. Domstolsaktivism på ansvarsrättens område utgör ett möjligt svar på denna kallelse. Man diskuterar på många håll frågan, i vilken mån privaträttsliga ansvarsprocesser kan övervinna statsinterventionens begränsningar.[211] Ansvarsrätten bringas i centrum av privaträttens intresse i risksamhället.[212] Riskstyrning genom ansvar[213] har blivit ett nytt slagord. Skadeståndsrätten sägs erbjuda åtminstone vissa svar på utmaningen att minska osäkerheten.[214] Man påpekar, att ansvarsrätten utvecklats till en rätt för judiciell skyddspolicy och ansvarsdomarna bestämmer gränserna för den frihet individer och företag åtnjuter.[215]

Den grundläggande osäkerhet som vidlåder den offentliga styrningen ökar också i sig behovet att utnyttja ansvarsrätten som en ordning genom vilken man fångar upp de problem som ramlar genom maskorna i det offentliga skyddsnätet. Man talar om "das Zivilgericht als letzte Auffangstation des Rechtsschutzsuchenden".[216] Då staten i risksamhället inte kan tillfredsställa förväntningarna på frihet från faror erbjuder skadeståndsrätten en kompensation för detta.

En domstolsadministrerad riskhantering fungerar delvis på annat sätt än en myndighetsbaserad styrningsmekanism förväntas göra. Den bristande erfarenhet av ifrågavarande risk och dess skadepotential som kan försvåra eller omöjliggöra en offentligrättslig preventiv styr-

---

211 Steele 1999 s. 485 f.

212 Damm 1996 s. 120: "Im Zentrum des Privatrechts hat das Haftungsrecht wie keine andere zivilistische Kernmaterie das Problem der gleichzeitigen gesellschaftlichen Veranstaltung und Domestizierung von Risiken begleitet."

213 Nicklisch 1995.

214 Brüggemeier 1997 s. 63 ff.

215 Brüggemeier 1997b s. 666 f.

216 Damm 1996 s. 136.

ning kompenseras i en ansvarsprocess av en case-study av åtminstone en skada, som i realiteten inträffat. Ansvarsprocessen aktualiseras först då risken materialiserats i en skada och inte längre utgör enbart skadepotential. Man vet mer om risken än man visste innan; man kanske t.o.m. har upptäckt en ny risk som tidigare var okänd.[217] I rättspraxis kan man dessutom ackumulera vetande. Lämpliga normer kan utvecklas genom successiva rättsfall, i vilka man kan belysa olika aspekter av riskerna. Rättspraxis kan framstå som en del av en sådan learning-by-doing mekanism som är av nöden vid en reglering av komplexa risker. Gert Brüggemeier betecknar också ansvarsrätten av i dag som en "Lern- und Kommunikationsprocess". I denna process deltar som huvudaktörer domstolsväsendet och vetenskapen, men dessutom också bl.a. intresserepresentanter, media, offentliga organ och halvprivata normeringsinstanser.[218] Idealtypiskt kan man tänka sig att en läraktig ansvarsrätt blir ett element i de mekanismer genom vilka samhället och dess aktörer kommer till tals med sina risker.[219] Ansvarsrätten kan ge "ein Anreiz zur Risikominimierung durch ständige Informationserweiterung und -verarbeitung".[220]

Det är självklart att de avvägningar som sker inom ramen för en domstolsstyrning av detta slag delvis måste avvika från det sätt att resonera som kan förväntas prägla offentligrättsliga styrmekanismer:

> "Of course, judges undertake this task in a broad, impressionistic manner; there is no expectation that they will quantify the costs and benefits. Further, although the adjudication of private law claims enables the victim to have a direct input into thle decision-making process, the adversarial setting also means that judges will be almost wholly reliant on the

[217] Kunskap om hälsovådligheten av ämnen som släppts ut i miljön erhålls ofta först genom att skadefall inträffar, Nicklisch 1995 s. 627, med hänvisning till försäkringsbranschens rädsla för att försäkra den s.k. normalverksamhetsrisken.

[218] Brüggemeier 1999 s. 31. Steele 1999 s. 486 talar åter i samma anda om en "process of discovery". Jfr också det i tysk konsumenträttslig doktrin myntade uttrycket "Entdeckungsverfahren Praxis", se t.ex. Joerges 1983 s. 64 ff.

[219] En väldigt stark tilltro till domstolserfarenhetens möjligheter i detta hänseende kommer till uttryck hos Pålsson & Samuelsson 1999 s. 560: "För att uppnå detta tillstånd av effektivitet vid konstruktionen av en ansvarsregel krävs en betydande erfarenhet av den skadetyp som skall regleras; därav den överlägsenhet som rättsutveckling genom domstolarna normalt måste tillerkännas." – Arbetet berör bankers ansvar för ekonomisk rådgivning.

[220] Nicklisch 1995 s. 631.

> parties for the data. Also, they are likely to possess neither expertise on the scientific or technical dimensions of the case nor experience of cost-benefit analysis. At the same time, these very facts may enable them to take a more 'rounded' approach to the issues than is likely within a bureaucratic context. To some extent, that approach should reflect public attitudes to risk. Judicial independence of government should mean that short-term political considerations are not taken into account."[221]

En förutsättning för att rätten skall kunna fungera på detta sätt som en generator för nya normer som baseras på ackumulering av erfarenheter är naturligtvis att dess normsystem i sig är tillräckligt flexibelt för att medge detta.[222] Just ansvarsrätten är traditionellt av denna karaktär. Många av dess grundläggande principer förutsätter en tillämpning som bygger på avvägningar in casu.

När det gäller reglering av risker är det särskilt viktigt att själva ansvarsgrunden har denna öppna karaktär, då det är naturligt att föra in riskbedömningar just vid tillämpningen av den. Den basala culparegeln fyller också väl flexibilitetskravet. Man betonar ofta, att skaderisken är ett centralt element i den culpabedömning som alltid i någon mån måste utföras från fall till fall.[223] I tillägg till detta förekommer såväl hos oss som annorstädes en fortlöpande debatt rörande gränsdragningen mellan strikt ansvar och culpaansvar, vilken som nedan skall visas är en viktig ingrediens i risk- och försäkringssamhällets ansvarsrättsliga inlärningsprocesser, och också i denna fråga har man lämnat rikligt med utrymme för en utveckling genom praxis. Hos oss har man uttryckligen givit domstolarna rätt att utan hinder av skadeståndslagens grundläggande culparegel utveckla det strikta ansvaret i fall där man anser detta vara lämpligt.[224]

Slutligen har man också i fall där man introducerat strängare ansvarsformer ställvis haft anledning att utnyttja relativt öppna normer. Ett gott exempel utgör den ur risksynvinkel betydelsefulla produktansvarslagen och EG:s produktansvarsdirektiv, på vilket den bygger. Ansvarsgrun-

---

[221] Ogus 1997 s. 141.

[222] Ogus 1997 s. 140 sammanfattar sin syn på denna metod för risk management under rubriken "Judicial Interpretation of General Standards". Också Steele 1999 s. 486 betonar behovet av "large elements of flexibility" i den osäkerhet som råder i dag.

[223] Särskilt Saxén 1975 s. 9 ff. framhäver skaderiskens betydelse som första kriterium vid culpabedömningen.

[224] Se i Finland Reg.prop. 187/1973 s. 12.

den har här givits en öppen formulering, med rum för överväganden in casu: skadestånd skall, enligt lagens 3 §, betalas för skador som uppstått till följd av att en produkt inte varit så säker som det kunde förväntas.

Även då man rör sig utanför den utomobligatoriska skadeståndsrätten och granskar ansvarsrätten i en mer vidsträckt bemärkelse består bilden av en ansvarsrätt med en öppen och pluralistisk uppsättning ansvarsgrunder. Den mångfald ansvarsformer som förekommer i den nordiska kontraktsrätten utgör ett gott exempel på detta.[225]

Den finska och nordiska skadeståndsrätten har fört den flexibla approachen också utöver ansvarsgrunderna genom att introducera skälighetsregler på flertalet punkter av systemet.[226] Många av de andra skälighetsreglerna kan i praktiken öppna utrymme för element av riskbedömningar. De har dock förmodligen större betydelse som markörer för att också andra rättviseprinciper än de som ligger inbäddade i culpabedömningens handlingsperspektiv kan bli relevanta i ett ansvarsrättsligt sammanhang. De blir därför mer intressanta när man granskar ansvarsprocessen som moraldiskurs.[227]

Flexibiliteten i ansvarsrätten i kombination med domstolarnas traditionella arbetssätt och deras (brist på) expertis gör det i princip möjligt att man i de ansvarsrättsliga beslutsprocesser genom vilka man "lär sig" nya normer inkluderar alla de perspektiv som är nödvändiga i den osäkerhet som råder i risksamhället. Vetenskapligt och tekniskt expertvetande blir en del av beslutsunderlaget. Det kan bibringas domstolarna genom utomstående experter, eller genom att man på viktiga områden inrättar olika former av offentliga, halvprivata eller privata sakkunnigorgan genom vilka man bringar in den vetenskapliga och tekniska expertisen samt ofta också involverade intressenter i beslutsfattandet.[228] Det kan t.ex. vara fråga om olika ordningar för självreg-

---

[225] Se t.ex. Taxell 1993 s. 55 ff.

[226] Min personliga favorit i den finska skadeståndslagen är bestämmelsen om jämkning av skadestånd vid uppsåtligen förorsakad skada i 2:1.2 (och 4:1.2). Försök att snabbt läsa högt formuleringen "såvida det ej på särskilda skäl prövas skäligt att nedsätta skadeståndet".

[227] Se nedan kap. 4.

[228] Då rätten fortgående måste förhålla sig till utvecklingen av facklig praxis inom olika sektorer, vilken står i samband med den komplicerade strukturen hos de moderna riskerna, sker en rörelse från materiell reglering mot mer procedurala regleringsformer, se Sand 1996 s. 60 ff.

lering inom ramen för vilka man tar ställning till enskilda fall eller utarbetar mer generella standarder för någon bransch.[229] I domstolsprövningen blir emellertid det vetenskapliga och tekniska expertvetandet blott en bedömningsgrund. I risksamhällets osäkerhet tillerkänns det inget absolut primat utan man måste falla tillbaka också på andra synpunkter, såsom exempelvis de rådande attityderna till risker. Det vetenskapliga och tekniska expertvetandet avvägs mot mer "mjuka" argument av olika slag.

Detta är domstolarna vana att göra. Man kan ju se ansvarsrätten i dag bl.a. som en avvägning av olika grundrättigheter som står mot varandra.[230] I risksamhället blir det t.ex. fråga om att omdefiniera och försvara autonomi- och integritetsskyddet i relation till teknikområden som informations- och telekommunikationsteknik samt reproduktionsmedicin.[231] Man kan också i en flexibel approach ta hänsyn exempelvis till den nya teknologins kulturella effekter: Reinhard Damm talar om en "Kulturprivatrecht" som uppstått som ett svar på risksamhällets personlighetsrättsliga och kulturella dimension.[232]

Då riskerna i risksamhället i många fall är globala eller transnationella kan en flexibel ansvarsrätt också lära sig utöver de nationella gränserna. Effektiva inlärningsprocesser förutsätter tillräcklig praxis. De svar man i ett land sökt ge på frågor som de nya riskerna fört in på den ansvarsrättsliga agendan måste kunna beaktas då man i ett annat land ställs inför liknande frågor. En läraktig ansvarsrätt i risksamhället är internationaliserad. Ansvarsrätten blir en "transnationell falljurisprudens".[233]

Den ökande flexibiliteten i ansvarsrätten innebär m.a.o. att ansvarsrätten i växande grad fokuserar på konkreta typsituationer och därigenom fragmenteras. Denna utveckling framstår som mer eller

---

[229] Spindler 1998 s. 321 betonar att skadeståndsrätten, med bibehållande av sin självständighet, "broadly uses the summarised wisdom of experts as laid down in private standards".

[230] Detta grundrättighetsperspektiv betonas för hela förmögenhetsrättens del starkt av Pöyhönen 2000.

[231] Brüggemeier 1999 s. 11.

[232] Damm 1996 s. 92–99.

[233] Detta begrepp ingår i titeln på artikeln Brüggemeier 1997b.

mindre ofrånkomlig med beaktande av den grundläggande osäkerheten i risksamhället:

> "Die entwickelten westlichen Gesellschaften sind zu komplex geworden, als daß sich ihre vielschichtige Wirklichkeit noch in einem umfassend kodifizierten, allgemeinen Deliktsrecht einfangen läßt: *Gesellschaftliche Hochdifferenzierung und Generalität und Formalität des Rechts schließen sich aus.*"[234]

Den Stora Berättelsen om en enhetlig ansvarsrätt som är byggd på en koherent helhet av fundamentala principer är svår att upprätthålla i risksamhället. Ansvarsrätten sönderfaller i mindre berättelser som är närmare anknutna till de konkreta berättelserna om samhällets och teknikens utveckling inom olika sektorer. Det att man konstaterar detta innebär emellertid inte att man uppger tanken på en normativ utveckling och förbättring. I stället för den Stora Berättelsen om en ny ansvarsrätt får man dock nöja sig med att söka skapa små goda berättelser om en adekvat ansvarsrättslig styrning av enskilda delar i risksamhällets oöverskådliga komplex av risker. Till fragmenteringen och de små berättelserna får jag anledning att återkomma senare.[235]

Bilden av en ansvarsrätt som lär sig är naturligtvis en idealbild – och kanske t.o.m. en mycket orealistisk sådan. Idealbilden kan bli sann inom ramen för någon enstaka liten god berättelse, men många omständigheter gör att ansvarsrätten ingalunda kan betraktas som ett genomgående gott redskap för riskhantering. Den nödvändiga flexibiliteten medför i sig att de preventiva effekterna av normerna är begränsade, särskilt så länge de inte konkretiserats i de domstolsprocesser genom vilka systemet antas "lära sig". Det behöver knappast särskilt beläggas, att en reglering på generalklausulsnivå oftast har svagare handlingsstyrande effekter än normer som operationaliserats mer i detalj.

I de fall där inlärningsprocessen kommit i gång är det dessutom inte givet att domstolarna "lär sig" på det sätt man skulle önska. Ingenting garanterar att domstolarna utför sina avvägningar så som vi skulle göra, när det gäller att ta hänsyn till det vetenskapliga och tekniska expertvetande som trots all osäkerhet ändå måste ha någon relevans. Dessutom finns det i domstolsstyrningen inbyggt ett problem som kan

[234] Brüggemeier 1997b s. 672.
[235] Se närmare kap. 7.

tänkas göra domstolsreaktionerna mer återhållsamma än önskvärt just i många av de mest betydande fallen, d.v.s. i fall där riskerna gett upphov till eller kan förväntas ge upphov till många skador. Jag tänker här på "the floodgate argument" som man ofta hänvisar till särskilt i anglosaxisk skadeståndsrättslig litteratur. Domstolarna kan förväntas vara obenägna att öka sin arbetsbörda i alltför hög grad; öppnar man portarna genom prejudikat som statuerar ansvar för någon företeelse som drabbat många, riskerar man att översvämmas av krav från nya skadelidande. Man har exempelvis beträffande engelsk rättspraxis hävdat, att avgöranden som kunde öppna portarna – som t.ex. skulle statuera skadeståndsansvar för skador på tredje personers hälsa som uppkommit av föreningar som spridits vitt i naturen utan att någon direkt olycka inträffat – saknas,[236] och att en studie av utvecklingen av det privaträttsliga ansvaret vid radioaktiv strålning bekräftar detta intryck.[237] Det är alltså möjligt att vi står inför ett slags paradox: risksamhället framhäver ansvarsrättens betydelse, men ansvarsrättens förmåga att svara på de nya utmaningar risksamhället ställer är kanske mest problematisk just i fall där dess svar behövs allra mest.

Jag nämner detta här för att undvika att ge intrycket att ansvarsrätten i risksamhället enligt min mening kunde ersätta de offentligrättsliga styrningsmekanismerna. Detta är ingalunda fallet. Vad som sker är att vi erhåller en mer pluralistisk samling styrningsformer, inom vilken ansvarsrättens roll blir mer framträdande. På samma sätt som det offentliga välfärdsutbudets återtåg har lett till tal om en ny välfärdspluralism eller "welfare mix" kan man tala om en "mix" också i samband med utvecklingen av riskhanteringen i risksamhället.[238] Man har här öppnat många särskilda spår för riskhantering, vilket gör växelverkan mellan dessa till ett viktigt tema.[239] T.ex. Dieter Hart förespråkar en Policy-Mix som överskrider disciplingränserna och tillvaratar de möjligheter som kontrakts-, delikts- och den offentliga rätten erbjuder.[240] Offentligrättslig styrning och ansvarsrätt har olika funktioner i denna mix och kompletterar varandra på olika sätt.

---

[236] Miller 1997 s. 290.
[237] Miller 1997.
[238] Hart 1993 s. 144 betonar att formella, materiella och procedurala element borde ingå i denna mix.
[239] Brüggemeier 1997b s. 671.
[240] Hart 1991 s. 376.

I samband med beskrivningen av de olika delarna av styrningsmixen må det i förbigående noteras, att de som förespråkat en växande marknadsorientering ofta framhävt (obligatorisk) information – egentligen information i kombination med marknadsmekanismen – som ett centralt styrningsredskap. Det är fråga om första ledet i "information and litigation" -modellen, som jag beskrev tidigare.[241] Jag har allmänt taget förhållit mig skeptisk till effektiviteten hos denna styrningsmekanism.[242] När det gäller styrningen av risksamhällets risker är det än mindre skäl att förlita sig på den. Då den växande klyftan mellan förväntningarna på en offentligt tryggad säkerhet och det offentligas faktiska verksamhetsmöjligheter ses som en följd av den grundläggande osäkerheten i risksamhället, är det svårt att se hur informerade konsumenter på marknaden i högre grad kunde överbrygga klyftan. Dess tillväxt är ju en följd av att inte ens expertisen kan veta; hur kan då de enskilda konsumenterna vara informerade? Tanken på den informerade och suveräna konsumenten som konsumenträttens idealbild är inte speciellt relevant då man talar om risksamhällets styrningsuppgifter.[243] En ökad satsning på informationsmodellen minskar knappast i någon högre grad behovet av en ansvarsrättslig riskhantering.

Ansvarsrättens mer framträdande roll i risksamhällets styrningsmix förutsätter en växande grad av självständighet för detta rättsområde i relation till övriga styrningsredskap. För att kunna fylla sina nya funktioner måste ansvarsrätten vara relativt självständig från de krav på verksamheterna som ställs i den offentliga rätten. En strikt bindning av ansvarsrätten till den offentligrättsliga regleringen skulle omöjliggöra en användning av ansvarsrätten som en ordning som kan fånga upp de problem den offentliga rätten misslyckats med att hantera. Ansvarsrätten bör därför blott ta hänsyn till, men inte vara bunden av den offentliga rätten.[244] Vill man dessutom ge ansvarsrätten rollen av en inlärningsmekanism, genom vilken kännedomen om de nya riskerna

---

[241] Se närmare kap. 2.

[242] Se t.ex. Wilhelmsson 1993b.

[243] Höland 1997 s. 214 f.

[244] Damm 1996 s. 136. Han använder också uttrycket "differenzierte Feinabstimmung" (s. 126): "Insgesamt belegen diese und zahlreiche weitere Einzelprobleme die zunehmend zur Kenntnis genommene Bedeutung einer differenzierten Feinabstimmung, nicht aber starren Koppelung zwischen öffentlichem (Sicherheits-) Recht und zivilem Haftungsrecht." Se även Damm 1997 s. 41 f. Också Hart 1991 s. 376 förespråkar en autonom privaträtt.

och insikten om styrningsbehoven kan införas i rättsordningen, är det än mer givet att man inte bör acceptera någon strikt bindning av ansvarsrätten till andra styrningsmekanismer. Just ansvarsrättens öppenhet ger utrymmet för inlärningsprocessen. Ansvarsrätten kan fungera som en avantgarde i riskhanteringen blott om den har frihet att ställa andra och nya krav i jämförelse med den offentligrättsliga styrningen.[245] Denna tilltagande självständighet för ansvarsrätten står naturligtvis i samband med den ökande flexibilitet och fragmentering varom redan ovan varit tal. Självständigheten både bidrar till och är ett uttryck för denna flexibilitet.

Förhållandet mellan offentlig styrning och ansvarsrätt kan också variera inom olika delar av riskhanteringsmixen. En viktig variabel är arten av de risker som är i fråga. Inte heller i risksamhället är alla risker lika oberäkneliga. Graden av osäkerhet varierar, beroende på vilket område vi rör oss på. Ovan har särskilt varit tal om risker som anknyter sig till ny teknologi. Det är ofta just dessa risker som är svårast att överblicka och som därför ger risksamhället dess speciella prägel av osäkerhet.

Osäkerheten innebär här oberäknelighet ex ante, då skadepotentialen är okänd innan man erhåller tillräcklig erfarenhet. De s.k. utvecklingsriskerna,[246] som tidigare varit en sidoföreteelse i skadeståndsrätten, har därför blivit ett centralt tema i den ansvarsrättsliga diskurs som relaterar till risksamhället.[247] Just fokuseringen på dem innebär att "[t]he societal and legal problem of internalization of external effects is superseded by internalization of uncertainty."[248] Många fall av strikt ansvar har introducerats i tysk rätt just i samband med sådana nya risker, av vilkas hantering man ännu inte hunnit få erfarenhet.[249]

---

[245] Brüggemeier 1997b s. 671: "Für die Unabhängigkeit des zivilen Schadenersatzrechts vom öffentlichen Technik- und Sicherheitsrecht spricht, dass Haftungsrecht nur so seine Doppelfunktion als Korrektiv und als Vorreiter der staatlichen Regulierung erfüllen kann."

[246] I EG:s produktansvarsdirektiv (85/374/EEC), i anslutning till vilket utvecklingsriskernas reglering omdebatterats kanske mest, beskrivs utvecklingsrisken som en risk som med tillgänglig vetenskaplig och teknisk kunskap inte kunde förutses (se närmare art. 7(e)).

[247] Brüggemeier 1997 s. 65.

[248] Ibid.

[249] Canaris 1995, Häyhä 1999 s. 103.

En optimal riskstyrning under förhållanden av osäkerhet sägs förutsätta att ansvaret omfattar också utvecklingsskadorna.[250]

Ansvarsrättens växande betydelse är naturligtvis inte begränsad till sådana utvecklings- och andra nya risker. Också för andra, mindre oberäkneliga riskers del ökar ansvarsrättens relevans. Detta sammanhänger emellertid delvis med en annan mekanism för att bemästra osäkerheten, nämligen försäkringen. Härom blir närmare tal i följande avsnitt.

Innan jag går över till dessa frågor vill jag mer explicit anknyta det som sagts i det föreliggande avsnittet om ansvarsrätten som riskhanterings- och styrningsmekanism till analysen av ansvarsrättens nya funktioner i föregående kapitel. Jag har nu talat om den läraktiga ansvarsrättens förmåga att uppfånga nya styrningsbehov i risksamhället. Detta accentuerar m.a.o. också ur risksamhällets perspektiv ansvarsrättens regleringsfunktion, d.v.s. rättsområdets potential att bidra till normgivningsprocessen när den offentliga regleringen sviker. P.g.a. risksamhällets grundläggande osäkerhet kan man i praktiken likväl knappast särskilja denna funktion från ansvarsrättens övervakningsfunktion. Varje ansvarsavgörande på de osäkra områdena, vilket bidrar till övervakningen av att man iakttar givna standarder, innebär samtidigt att regleringen tillförs ny lärdom och utvecklas. I den mån man dock önskar särskilja en övervakningsfunktion, kan man anta att dess betydelse ökar på samma sätt som regleringsfunktionens. Risksamhället innebär förvisso inte blott att regleringsdeficiten växer, utan även att klyftan mellan kraven på och prestationsförmågan hos myndighetskontrollen vidgas. Ansvarsrättens växande roll som styrmekanism framhävs också av den sistnämnda klyftan.

Försäkringssamhälle och ansvarsrätt

François Ewalds teori om försäkringssamhället[251] ligger nära analyserna av risksamhället. Också Ewald tar en utgångspunkt i riskbegreppet. Försäkringssamhället är en värld, i vilken händelserna uppfattas med hjälp av detta begrepp.[252] Risken utgör i Ewalds perspektiv dock primärt en fara, som är rationaliserad och matematiserad och som därför

[250] Nicklisch 1995 s. 624 f. betonar detta som en av fyra viktiga punkter.
[251] Ewald 1986. Se på tyska Ewald 1989 och på finska Ewald 1995.
[252] Ewald 1989 s. 389.

är kalkylerbar.[253] Vid första anblicken förefaller detta innebära en väsentlig skillnad mellan den angreppsvinkel som omfattats av risksamhällsteoretikerna och Ewalds analys. Då Ewald betonar beräkneligheten och ser försäkringen och dess rationalitet som ett medel att behärska osäkerheten, framhåller de som talar om risksamhället snarare den grundläggande oberäknelighet som följer av osäkerheten i detta samhälle. Fastän också Ulrich Beck ser riskerna som "an attempt to make the incalculable calculable", ser han nämligen som centralt att "[i]ndustrialism in its advanced stage in the second half of the twentieth century is increasingly producing effects that can no longer be encompassed or covered by the calculus of risk and insurance. Rather, these latter confront the technical and social institutions of the 'precaution state' (F. Ewald) with threats that nullify, devalue and undermine all calculations to their very foundations."[254]

Motstridigheten mellan de båda synsätten är likväl åtminstone delvis skenbar. Den grundläggande utgångspunkten, att uppfatta faror som risker, vilka relateras till mänskligt handlande och som människan strävar att behärska, är trots allt gemensam.[255] Olikheterna mellan talet om risksamhället och om försäkringssamhället kan vara en följd av skillnaderna mellan de risker vardera teorin primärt fäster uppmärksamhet vid. Teorin om risksamhället – åtminstone i den form som Ulrich Beck givit den – betonar de nya katastrofriskerna, vilka ju ofta står utom räckhåll för en försäkringsrationalitet som bygger på sannolikhetskalkyl. Hoppet om kontrollerbarhet och beräknelighet, som försäkringssamhället ger uttryck för, är mest orealistiskt just i samband med nya stora teknologiska risker med en destruktiv potential som man knappast ens kunnat föreställa sig då försäkringssamhällets grundläggande tankestrukturer utvecklade sig. Teorin om försäkringssamhället har uppenbarligen en längre tidshorisont än teorin om

---

[253] Ewald 1989 s. 390.

[254] Beck 1994b s. 181 f.

[255] Människans nya möjligheter att behärska sitt liv betonas starkt av Ewald 1989 s. 387: "nicht mehr die Knechtschaft der Vorsehung und die Schläge des Schicksals zu erdulden, sondern das Verhältnis zur Natur, zur Welt und zu Gott in der Weise zu verändern, dass man für das eigene Unglück stets selbst verantwortlich ist, verfügt man doch über die Mittel, seine Folgen zu kompensieren." I försäkringssamhället blir förutseendet människans kardinaldygd (ibid.).

risksamhället och framhäver ändringar i tankestrukturerna som inträffat redan långt före uppkomsten av dagens högteknologiska katastrofrisker. Också dessa tankemönster, som framhäver de kalkylerbara riskerna, har fortsatt aktualitet inom områden, där man har och kan ha en längre erfarenhet av riskerna.

Då man diskuterar det privaträttsliga ansvaret talar man ofta om risker som kan behärskas. Särskilt då man rör sig inom ramen för culparegeln, ingår som ett element i den rättsliga prövningen frågan, vilken möjlighet man haft att behärska risken. Detta gäller i princip oberoende av hur sträng man gör culpabedömningen, i det culpabegreppet per definitionem förutsätter, att det funnits en möjlighet att undvika skadan genom att handla på annat sätt än man gjort. Erfarenheten blir ofta central vid denna bedömning.[256] Också det strikta ansvaret kan grundas på erfarenheter om riskerna. Sådant ansvar kan introduceras i anslutning till verksamhet, som man av erfarenhet vet att är farlig,[257] såsom t.ex. biltrafik. Strikt ansvar motiveras också ofta med försäkringsmöjligheter, som sammanhänger med riskens beräknelighet.[258] Då man analyserar privaträttens nya möjligheter kan teorin om försäkringssamhället därför erbjuda ett fruktbart perspektiv, även om man erkänner att de nya risker som betonats i teorin om risksamhället och som kommit till uttryck t.ex. i ersättningsansvaret för utvecklingsrisker faller utanför denna synvinkel.

För Ewald betyder uppkomsten av ett försäkringssamhälle inte blott en utveckling av vissa institutioner som tillfredsställer våra trygg-

---

[256] Särskilt Häyhä 1999 s. 95 har framhävt att måttstockarna för culpabedömningen hämtas från den erfarenhet vi har om det förflutna.

[257] Häyhä 1999 s. 119. Häyhä, som betonar erfarenhetens roll i ansvarsrätten och hävdar att också utvecklingen mot ett strikt ansvar avspeglar en ökad tyngd hos det som han kallar traditionens mekanism i privaträtten (s. 140), medger att denna betoning inte är träffande vad avser alla situationer av strikt ansvar: erfarenhetsmässig kunskap om risken vid atomkraftsproduktion föreligger inte (s. 126). Han strömlinjeformar dock sin teori genom att i tillägg till empirisk erfarenhet tala om "teoretisk erfarenhet" (s. 129). Detta är kanske inte nödvändigt. Man kunde också tänkas se saken så, att de fall Häyhä bygger sin teori på faller inom ramen för det ewaldska försäkringstänkandet, medan andra fall kanske mer präglas av att risken är i becksk mening genuint oberäknelig. Jfr synpunkterna på förhållandet mellan riskinlärning och försäkringsrationalitet nedan i slutet av detta avsnitt.

[258] En oberäknelig risk kan också göras mer beräknelig för försäkringsgivaren genom lagstadgade eller avtalade ansvarsmaxima.

hetsbehov – det privata försäkringsväsendet och socialförsäkringen – utan det är fråga om en förändring i tankemodeller, i den rationalitet som genomsyrar samhället. Försäkringen är den praxis som följer av en rationalitetstyp, vilken formaliserats i sannolikhetskalkylen.[259] I försäkringen möter man, enligt Ewald, i dag samhällsfördragets väsen, de moderna samhällenas verkliga kärna.[260] Detta drag hos samhället har intressanta moraliska följder, som anknyter till det faktum att försäkring är kollektiv, då en risk kan kalkyleras blott inom ramen för en population.[261] Begreppet solidaritet får här en ny nyans. Försäkringen har rationaliserat broderlig hjälp till stabila kontraktsförhållanden. På detta sätt har den befrämjat ett nytt slags förhållande mellan individerna, i vilket det moderna solidaritetsbegreppet har sitt ursprung.[262] För Ewald är solidaritet därför huvudsakligen en kategori som hänför sig till försäkringsekonomin.[263]

Vad betyder då detta i skenet av det som tidigare sagts om välfärdsstatens reträtt? Är försäkringssamhället med dess rationaliserade solidaritet en synonym för välfärdsstaten och kan det därför antas befinna sig på retur på samma sätt som den etablerade välfärdsstaten? Eller erbjuder begreppet försäkringssamhälle också perspektiv mot framtiden? Enligt Ewald har de som talat om välfärdsstatens kris i samband med de finansieringsproblem som drabbat socialskyddet och på detta sätt ställt staten i förgrunden, missförstått försäkringssamhället. Innehållet i socialskyddsinstitutionerna är föremål för fortgående förhandlingar – en kamp om definitionen av samhällsfördraget – och problemen kan lösas blott "in den Kategorien und der Sprache der Versicherung".[264] Det har sagts att vi länge har levt i ett trygghetssamhälle och att den nuvarande välfärdsstaten är bara ett skede eller en form av detta samhälle, men knappast dess högsta form.[265] Detta skulle betyda, att de trygghetsförväntningar som översatts till försäkringens språk – m.a.o. kraven på eliminering av risker – består, men det sker föränd-

[259] Ewald 1989 s. 390.
[260] Ewald 1989 s. 385.
[261] Ewald 1989 s. 390.
[262] Ewald 1989 s. 387.
[263] Ewald 1989 s. 388.
[264] Ewald 1989 s. 393.
[265] Eräsaari 1995 s. 176.

ringar i de sätt på vilka förväntningarna möts. I stället för välfärdsstatens offentligt finansierade försäkringssystem kan man möta mer mångformade, splittrade och mindre konsekventa försäkringsarrangemang. Också med utgångspunkt i teorin om försäkringssamhället kan man nå fram till tanken på en sådan välfärdsmix och riskhanteringsmix varom varit tal tidigare i detta och föregående kapitel.

Teorin om försäkringssamhället belyser ur en ny synvinkel privaträttens och ansvarsrättens plats i denna mix.[266] Jag avser här inte så mycket försäkringen i teknisk mening – privat försäkring och socialförsäkring som institutioner – även om denna naturligtvis som sådan kan ha en betydande inverkan på rättsordningen även utanför den egentliga försäkrings- och socialrätten,[267] utan framför allt den omständigheten att de generella tankemönstren påverkas av försäkringssamhällets rationalitet. Ansvarsrättens funktioner kan belysas utgående från denna rationalitet, i vilken Ewald innefattar elementen kalkylerbarhet och kollektivitet (solidaritet). I detta perspektiv kunde man, i den utsträckning den statsfinansierade välfärdsstaten verkligen drar sig bakåt, se det senmoderna försäkringssamhället som ett samhälle, där det vid sidan av traditionell social försäkring skett en tillväxt inte blott av privata försäkringsformer, utan även av ett stort antal andra privaträttsliga ansvarsarrangemang som baserar sig på en försäkringsrationalitet. En rationalitet som bygger på kalkylerbarhet och kollektivitet avspeglar sig nämligen mer allmänt i privaträtten.

Försäkringssamhällets rationalitet kommer självfallet till synes i den egentliga skadeståndsrätten, varom redan ovan varit tal. I lagstiftningen och stundom också i rättspraxis[268] motiverar man ju utvecklingen mot strängare ansvarsformer bl.a. med hänvisningar till möjligheterna

---

[266] Ewald antyder själv att hans tankar kunde vara av t.o.m. stor betydelse för civilrätten: "auch in der Beurteilung der Richter und der Juristen hat die Tatsache keine Bedeutung gefunden, dass die meisten sozialen Phänomene sich inzwischen nur mehr in der Kategorie des Risikos begreifen lassen, die dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs fremd ist" (1989 s. 385).

[267] Se t.ex. den intressanta analysen av försäkringsteknik och civilrätt av Bengtsson 1998; försäkringstekniken och skadeståndsrätten behandlas här på s. 119 ff. Författaren betonar på goda grunder försäkringsteknikens relevans: "Vill man göra en trovärdig analys av försäkrings- eller skadeståndsrättsliga problem bör man alltså närmare undersöka samspelet mellan juridik och försäkringsteknik" (s. 17).

[268] Se beträffande svensk rättspraxis t.ex. Bengtsson 1998 s. 127 ff.

att försäkra ansvaret.[269] Ibland har argumentet försäkringsbarhet t.o.m. drivits så långt, att försäkringsväsendet kommit att framstå som den centrala aktören vid skadeståndsrättens utveckling.[270] Utvidgningar av skadeståndsansvaret grundas på mer eller mindre träffande kalkyler angående ansvarsfördelningens verkningar för inblandade kollektiv av aktörer och utsatta. Inverkan av försäkringssamhällets tankemönster på privaträtten är dock inte begränsad till de mer självklara exemplen av strikt ansvar, som förutsätts bli försäkrat. Man kan ur samma synvinkel förstå många andra privaträttsliga och särskilt ansvarsrättsliga regleringar och avgöranden. Exempelvis utvecklingen av de ansvar som ansluter sig till konsumentskyddet kan betraktas ur detta perspektiv. Inte blott det strikta produktansvaret, utan även nya stränga stadganden om säljarens felansvar är delvis uttryck för ett slags försäkringstänkande. Som argument för att ålägga säljaren ett ansvar har man ju ofta hänvisat till att denne kan låta de kostnader som följer av ansvaret ingå i sina priser. Försäkringsrationaliteten framträder tydligt i ett sådant resonemang. Man förutsätter ju dels, att säljarens risk att bli ansvarig för fel kan kalkyleras, för att den skall kunna inberäknas i priset, och dels att det föreligger ett konsumentkollektiv, som via prismekanismen svarar för de förluster som drabbar några konsumen-

---

[269] Samspelet mellan skadeståndsregler och försäkring är komplicerat, och försäkringssynpunkter – existensen eller möjligheten av försäkring på den skadelidandes sida – kan också åberopas till stöd för inskränkningar av skadeståndsansvaret. Försäkringssamhällets rationalitet betyder alltså inte nödvändigtvis strängare ansvarsregler, utan kan också innebära att skadeståndsrätten trängs bakåt och tonvikten läggs på privat eller offentlig försäkring som direkt skyddar den skadelidande; se i nordisk debatt redan Strahls utredning i SOU 1950:16, som redan tidigt gjorde det "svårt att bara hänvisa till ansvarsförsäkring när det gällde att ordna ett tillfredsställande ersättningsskydd" (Bengtsson 1998 s. 122).

[270] Jag har analyserat och kritiserat detta i artikeln Wilhelmsson 1980. Jfr dock Bengtsson 1998 s. 164 som noterar att skärpta skadeståndsregler i Sverige aldrig i praktiken betytt att försäkringsbolagen tvekat att försäkra ansvaret. Skadeståndsreglernas betydelse för ansvarsförsäkringens premiesättning förefaller också ha varit begränsade, se Bengtsson 1998 s. 128–144. Mot denna bakgrund är det förvånande att Bengtsson trots allt vill upprätthålla ett starkt inflytande för försäkringsväsendet över skadeståndsrättens utveckling (1998 s. 168): "Domstolen eller lagstiftaren bör alltså inte försöka vara klokare än försäkringsbolagen själva. De bör t.ex. inte slå bort argumentet att ett ansvar bevisligen inte går att försäkra under hänvisning till att försäkringsbranschen här är alldeles för försiktig – i vart fall inte utan klara belägg för en försäkringsmöjlighet i jämförlig utländsk försäkringspraxis."

ter i form av fel i varor. Näringsidkarens ansvar i konsumentförhållanden kan ses som försäkringssamhällets sätt att skapa detta samhälles formaliserade solidaritet mellan konsumenterna i olika slag av felsituationer.

I detta perspektiv framstår ansvarsrätten inte blott som ett styrningsinstrument, genom vilket man dels utfärdar normer för hur ansvarssubjekten bör förfara och dels utövar kontroll av att man handlar på ett normenligt sätt. Man har talat om att ansvarsrätten också fungerar som ett slags omfördelande rätt: man accepterar potentiellt skadebringande aktiviteter, men den som utför aktiviteten blir skadeståndsskyldig om det inträffar skador.[271]

Tanken på omfördelning kan föras ännu längre. I någon utsträckning kan man utnyttja försäkringssamhällets rationalitet för att också i privaträtten införa sådana sociala perspektiv, som innebär en redistribution till förmån för mer resurssvaga och en mer vidsträckt solidaritet än den som förutsätts av ansvarsrättens fokusering på skadevållande handlande. Det skydd för de svaga som den sociala civilrätten förespråkar kan åtminstone delvis ges en försäkringsrationell motivering. Man kan t.ex. se utvecklingen av skyddet för en gäldenär som drabbats av arbetslöshet eller sjukdom – vilket sammanfattats i begreppet socialt prestationshinder eller social force majeure[272] – som en naturlig del av försäkringssamhället. Kreditinstitutionen kan ju beräkna sin kreditförlustrisk och kalkylera in de belopp som sammanhänger med denna i de kreditkostnader som uppbärs av alla konsumenter i gäldenärskollektivet.

Geraint Howells har på ett intresseväckande sätt analyserat kreditgivning i ett sådant försäkringsperspektiv. Genom att betona att räntan innehåller också en riskpremie kan han placera borgenären i rollen som en socialförsäkrare. Ur denna synvinkel kan en tvångsindrivning av en fordran uppfattas innebära att kreditgivaren erhåller dubbel kompensation. Med beaktande av de andra incentiv som föreligger för att åstadkomma betalning av gäld förespråkar Howells därför en begränsning av indrivningsmöjligheterna i kombination med krav på omsorg vid kreditgivning. Han analyserar också de olika risker som är

---

[271] Winter 1998 s. 522.
[272] Wilhelmsson 1987, kap. 5, och 1992, kap. 7.

förbundna med kreditgivning, d.v.s. de olika slag av orsaker till betalningsförsummelse som är tänkbara, och betonar att alla risker inte är likadana, när man avgör vilka som lämpligen borde bäras av borgenären som försäkringsgivare.[273] Liknande tankegångar rörande kredit och risk har framförts av Iain Ramsay, som analyserat lagstiftningen om konsumentkonkurser som ett skydd mot livets osäkerhet i en postindustriell värld.[274]

Dessa exempel ligger långt från skadeståndsrätten, som utgör kärnan i ansvarsrätten. De innehåller dock i sig en tanke på ett socialt ansvar, som kan utgöra en del av en mer vidsträckt ansvarsrätt och som kan avspegla sig också i ansvarsrättens kärnområden. Teorin om försäkringssamhället förefaller m.a.o. erbjuda ett instrument för att analysera nya ansvarsformer inte bara i ett trygghetsperspektiv, utan också ur en social synvinkel, som låter solidariteten framträda mer direkt.

Då man hävdar att försäkringsrationaliteten innebär solidaritet, vare sig detta gäller trygghetsperspektivet eller den sociala synvinkeln, är det emellertid skäl att samtidigt betona de begränsningar i solidariteten som ligger inneboende i denna rationalitetsform. Graden av den solidaritet som en försäkring producerar är i hög grad beroende av hur man bildat de grupper inom vilka solidariteten råder.[275] På försäkringens språk är det fråga om hur man gör riskklassificeringarna. Det är detta som Nick Huls avser då han vid en analys av försäkringsrätten talar om en övergång från klasskamp till försäkringsklassificering, "[f]rom class struggle to classification".[276] Önskar man genomföra en solidaritet som spränger "klassgränserna" behövs därför ofta en reglering. Det ligger ju som känt en inneboende motsättning mellan kollektivbildningen inom den fria marknadens försäkringar, där premiedifferentiering mellan goda och dåliga risker är rationell, och de välfärdsstatliga värderingarnas universalitet.[277] Stränga ansvarsregler i konsumenträtten, genom vilka man

---

[273] Howells 1999.

[274] Ramsay 1999.

[275] Bengtsson 1998 s. 124 kontrasterar på ett träffande sätt "solidaritetstanken" med "ekvivalensprincipen".

[276] Huls 1993 s. 155.

[277] Holmqvist 1998 s. 147 påpekar träffande, att "[v]älfärdsstatsteorins vilja att inkludera alla grupper i det statliga försäkringskollektivet blir då ett försök att motverka det rationella handlandet hos varje aktör som försäkringsteorin för fram."

skapar samma ansvar gentemot alla kundgrupper och därigenom söker motverka att blott privilegierade kundgrupper får sina intressen tillgodosedda,[278] kan motiveras i ett sådant solidaritetsperspektiv. Vi möter här igen ett (om)fördelningstänkande. Behovet av normgivning på ansvarsrättens område måste grundas också på ett distributivt tänkande och inte bara på en strävan till handlingsstyrning. Även då riskfrågorna kan behandlas i försäkringsrationalitetens till synes tekniska termer döljer sig således bakom dessa termer ofta rättvisespörsmål som kan avgöras blott med andra slag av argument.[279] Inte heller då man rör sig på området för det kalkylerbara kan man alltså helt undgå det behov av avvägningar av olika slag av kunskap och värderingar som präglar det senmoderna samhällets ansvarsrätt.

Försäkringssamhällets rationalitet ställer trots detta kraven på privaträttens och ansvarsrättens flexibilitet i en delvis annan dager. Kalkylerbarheten förutsätter klara regler i stället för flexibla ad hoc -lösningar. En normgivning genom vilken man vill påverka riskklassificeringarna bör vara klar i konturerna, och en övervakningsfunktion som tillser att normerna följs förutsätter heller ingen högre grad av flexibilitet. Många av de regleringar med strikt ansvar som uppstått på speciella områden och som motiverats med försäkringssynpunkter har på ytan mycket fasta konturer.

Detta motsäger dock inte påståendet om ansvarsrättens tilltagande fragmentering, utan det snarare bekräftar fragmenteringstesen. De fasta regleringar som här är i fråga framstår inte som förelöpare till en ny Stor Berättelse, utan snarare som små, men detaljerade berättelser om ansvaret på speciella fält. De utgör blott ytterligare ingredienser i en mångfacetterad regleringsmix. Svängningarna mellan risksamhällets behov av flexibilitet och försäkringssamhällets behov av fasta regler bara understryker fragmenteringen.

Åtminstone då man betraktar nya oförutsebara risker kan man i svängningarna på den juridiska nivån stundom iaktta en relativt tydlig

---

[278] Reifner & Volkmer 1988 s. 21 ff. betonar detta som en mycket central funktion hos konsumentskyddet: det att allmänna regler gör den rådande standarden obligatorisk förhindrar i någon utsträckning en utveckling av speciella lågkvalitetsmarknader för fattiga konsumenter.

[279] Se t.ex. från konsumentsynvinkel Stalheim 1998: bör konsumenten preferera egoism eller kollektiv lycka?

reflektion av denna dialektik mellan risksamhället och försäkringssamhället. Så länge man saknar tillräcklig erfarenhet av riskerna, vilket ju är typiskt för de risker som framhävs i teorin om risksamhället, krävs en flexibel ansvarsrätt för att uppfylla de nödiga reglerings-och övervakningsfunktionerna. När man samlat den nödiga erfarenheten kan man ta steget över i en försäkringsrationalitet och utbilda mer fasta normer. Detta kan ske genom lagstiftning, men också genom praxis. En sådan utveckling är just vad som avses, när man – som jag gjort i föregående avsnitt – talar om ansvarsrättens utveckling som en rättslig inlärningsprocess. Samtidigt som denna process pågår, uppstår emellertid fortgående nya risker, som man inte har tillräcklig erfarenhet av och som förutsätter flexibel reglering. Det kan också uppkomma behov att på grundval av mer allmänna flexibla principer ompröva de på ytan fasta normerna i belysning av ny erfarenhet. Trots inlärningsprocesserna fortgår alltså de kontinuerliga svängningarna mellan fasthet och flexibilitet.

Det må slutligen nämnas, att försäkringssamhällets perspektiv på ansvarsrätten har vissa implikationer vad avser ansvarssubjekten. För att ansvarsrättsliga regleringar skall kunna fungera som ett försäkringsliknande arrangemang, där skaderiskerna (felriskerna) kan kalkyleras och spridas över ett kollektiv t.ex. via priserna, måste ansvarssubjektet ha sådana egenskaper att denna funktion kan förverkligas. Ansvaret bör rikta sig mot någon som har en så omfattande riskportfölj, att man kan tala om en pulverisering av risken, eller som har ett tillräckligt intresse i att pulverisera ansvaret med hjälp av ansvarsförsäkring. Många företag är naturliga riskspridare, "försäkringsgivare", i vardera bemärkelsen. I försäkringssamhället måste således bl.a. företagens ansvar få en central betydelse. Det är därför inte överraskande, att t.ex. Gert Brüggemeier, då han skisserar upp skadeståndsrättens "fyra svar" på de utmaningar risksamhället (vilket i hans analys delvis övergår i försäkringssamhället) ställer, som de två första nämner företagsansvarets utveckling samt uppkomsten av ett kollektivt ansvar för företag.[280] Också i finsk och nordisk rätt betonar man i såväl lagstiftning som rättspraxis näringsverksamhet som ett centralt kriterium vid

[280] Brüggemeier 1997 s. 65 ff. Också Damm 1996 s. 122 nämner "Haftung und Organisation" som det första av tre särskilt viktiga stickord i detta sammanhang.

avgränsningen av tillämpningsområdet för mer strikta ansvarsformer.[281] Det solidaritetsperspektiv som försäkringstänkandet erbjuder kan också utnyttjas för att motivera tanken på ett socialt ansvar för företag.[282] Denna fråga har också varit starkt framme i den samhällspolitiska och juridiska debatten under de senaste årtiondena.[283] Försäkringssamhällets ansvarsrätt är i mycket en företagens ansvarsrätt.

Denna samhälleliga fokusering på företag och organisationer kan också medföra problem. Företag – liksom andra privata och offentliga samfund – splittrar ansvarspositioner och skapar en sköld av anonymitet. De individuella personer som utgör de verkliga aktörerna och beslutsfattarna förlorar lätt helhetsansvaret och de syns heller inte bakom företagets fasad. Det uppstår en fara för det som Zygmunt Bauman kallat "adiaforisering": många förhållanden i vårt samhälle har blivit irrelevanta från en moralisk synvinkel, t.ex. därför att i organisationers aktiviteter varje enskild person bara utför order, men inte har något moraliskt ansvar för sina handlingar.[284] I ett ansvarsrättsligt perspektiv bringar detta problem frågan om ansvarsrätten som forum för moraldiskurs på agendan; härtill återkommer jag i nästa kapitel. Problemet är också relaterat till spörsmålet, vilka följder risksamhällets betoning av beslutsfattandet kan ha för ansvarsrätten. Denna fråga analyseras i det följande.

Riskbeslut och ansvarsrätt

Tidigare framhöll jag som ett centralt drag hos risksamhället att det koncentrerar intresset på beslutsfattande och beslutsfattare på ett annat sätt än tidigare. Farorna omdefinieras till risker, som beror av beslut – t.ex. om införande av en ny teknologi – eller icke-beslut – t.ex. underlåtenhet att vidta åtgärder för att avvärja en epidemi. Kraven på att riskerna skall elimineras genom adekvata beslut växer.

---

[281] Se närmare kap. 8.

[282] Ett praktiskt exempel på försäkring av företags sociala ansvar presenteras av Arnesen 1998.

[283] Här kunde man också hänvisa till den från ett något annat perspektiv förda omfattande amerikanska diskussionen om Corporate Social Responsibility, se t.ex. flera artiklar i samlingen Hopt & Teubner 1985.

[284] Bauman 1996 s. 287.

Ansvar hänger samman med beslutsfattande. Det att man ser riskerna – och också chanserna – vara anknutna till mänskligt beslutsfattande ökar också kraven på ett ansvar för dem som förutsätts fatta besluten. I den mån ansvaret ges juridisk form, innebär risksamhällets betoning av beslutsprocesser i sig en ökning av ansvarsrättens betydelse. Just detta rättsområde reflekterar väl risksamhällets växande krav på beslutsfattande vad avser såväl införande av som avvärjning av risker.

Den tilltagande betoningen av ansvarsrätten har både en kvantitativ och en kvalitativ aspekt. Man kan säga att definieringen av faror som risker, vilka förutsätter beslut, ökar antalet situationer, i vilka ansvar för beslutsfattare kan komma ifråga. Det som kanske tidigare skulle ha setts som en ren casus-händelse, i vilken ingen mänsklig[285] beslutsfattare varit inblandad, kan i dag uppfattas som en följd av ett ansvarsgrundande icke-beslut. Kvalitativt sett innebär betoningen av beslutsfattande åter lätt krav på strängare ansvarsnormer. Särskilt då man talar om de stora teknologiska risker med t.o.m. globala dimensioner – eller motsvarande ekonomiska och sociala risker – som står i förgrunden i många risksamhällsteoretikers samtidsdiagnoser ligger det nära till hands att ställa stränga krav på beslutsfattandet och därmed också plädera för ett strängare ansvar. Den större riskpotentialen i samhället accentuerar betydelsen av de ansvarsrättsliga frihetsbegränsningarna.[286] Den växande riskmedvetenheten ökar också ansvarskraven.

Exempelvis de finska skadeståndsprocesserna mot ansvariga bankdirektörer[287] och andra beslutsfattare inom bankväsendet efter den djupa depressionen under första hälften av 1990-talet kan delvis förstås mot bakgrund av den insikt man vunnit angående de samhälleliga risker som sammanhänger med beslutsfattande i finansieringsinstitut.[288] Fastän rättegångarna gällt enskilda finansieringsbeslut har den strängare syn på ansvar som kärandesidan företrätt – tidigare skulle så-

---

[285] Det är talande att force majeure-händelser i engelsk rätt betecknats som "Acts of God". Sådana händelser har i dag i många fall förts in i den sfär där avvärjning genom mänskligt beslutsfattande åtminstone i princip anses vara möjlig.

[286] Damm 1996 s. 121.

[287] En översikt över detta material, vad avser sparbanksprocesserna, finns hos Halme 1999 s. 537 ff.

[288] Det att man också kan förstå dem som en nödvändig moralisk uppgörelse efter bankkrisen återkommer jag till i kap. 4.

dana processer knappast ha kommit i fråga – säkerligen samband med denna insikt och med strävan att utvinna rättsliga lärdomar som skulle förhindra att liknande risker materialiseras i framtiden.

Exemplet visar på en konflikt som ligger inbyggd i de perspektiv som öppnar sig för risksamhällets ansvarsrätt. De traditionella normerna riktar uppmärksamheten mot enskilda avgränsade situationer, medan riskerna kan aktualiseras i breda samhälleliga, teknologiska eller ekologiska processer. Det är förmodligen detta Ulrich Beck har för ögonen, då han påstår att "[i]t can be shown that ... ethical and legal principles and categories, such as responsibility, guilt and the polluter-pays principle (for tracing damage, for instance) ... are not suited to comprehend or legitimate this return of uncertainty and uncontrollability".[289] En ansvarsrätt som är adekvat för ett samhälle där osäkerheten dominerar, därför att de direkta och indirekta konsekvenserna av beslut är oöverskådliga, förutsätter nya begrepp och principer, som spränger gränserna för den tidigare mer situationsbetingade handlingsorienteringen.

I de traditionella begreppen skulle osäkerheten lätt leda till ansvarsfrihet – det man inte kan veta, kan man inte ansvara för – medan kraven på ansvarighet i dag ofta är speciellt stora just i de situationer som präglas av osäkerheten. Från denna konflikt härrör sig trycket att utveckla nya ansvarsformer och -begrepp,[290] såsom olika slag av strikt ansvar,[291] organisationsansvar[292] och nätverksansvar[293]. Juha Pöyhönens förslag att upphöja försiktighetsprincipen till en ledande princip

---

[289] Beck 1994 s. 10. Också Brüggemeier 1997 s. 74 konkluderar sin exposé över skadeståndsrätten i risksamhället med en (befogad) varning mot att överskatta skadeståndsrättens roll, speciellt då det gäller miljöskydd: "internalization of environmental damage on to the polluter is rather limited, due to long-distance damage, long-term effects, summation and synergistic effects, frequent problems in distinguishing between injury and disease, the common goods air and water being concerned, the difficulties of monetarization, etc."

[290] Steele 1999 s. 493 påpekar helt riktigt att en betoning av risk snarare än regler avlägsnar den icke-önskvärda ansvarsbegränsningen (och därmed den motsättning jag nyss beskrivit). Även om skadan inte var förutsebar, kunde risken för (någon) skada uppfattas som förutsebar.

[291] Nicklisch 1995 s. 624 betonar att det strikta fareansvaret är ett viktigt instrument för att man ansvarsrättsligt skall kunna ta hand om "Risiken mit Ungewissheitscharakter".

[292] Se t.ex. Spindler 1997 s. 102 ff.

[293] Se t.ex. Spindler 1997 s. 126 ff.

för skadeståndsrätten kan också nämnas i detta sammanhang.[294] Det föreligger vidare behov att att lindra kausalitetskraven och att införa nya (t.ex. ekologiska) skadebegrepp. Till vissa av dessa företeelser har jag anledning att återkomma i den senare delen av arbetet.

Många av de nya regleringarna och begreppen har sett dagens ljus på miljöskaderättens område. Principerna angående ersättning för miljöskador kan i många fall uppfattas som ett nytt paradigm för risksamhällets skadeståndsrätt.[295]

Behovet av nya ansvarsrättsliga principer och begrepp utgör dock bara ena sidan av helheten. I många andra fall är det lättare att basera beslutsprocesserna på mer traditionella rättsliga kategorier.[296] Det finns ingen Stor Berättelse om de ansvarskrav som man kan ställa i risksamhället. De små goda berättelserna varierar beroende på beslutssituationen. Den samtidiga närvaron av gammalt och nytt medför att fragmenteringen av rättsområdet ytterligare växer.

De motstridiga kraven kommer till synes t.ex. då man betraktar de problem som ovan angavs hänga samman med det som Zygmunt Bauman kallat "adiaforisering": bristen på personligt ansvarstagande i organisationer och strukturer. Å ena sidan förutsätter betoningen av beslutsfattande att man framhäver ansvaret hos dem som fattar besluten. Som Gert Brüggemeier helt riktigt påpekar, "[r]isk control is aimed at the decision-makers, that is to say, not at corporations, but at managers, directors, officers."[297] Just detta har det varit frågan om i de bankprocesser som nämndes ovan. Adiaforiseringen i risksamhället kan motverkas genom juridiska ansvarsregler som riktar sig mot beslutsfattarna personligen.[298] Å andra sidan behövs det också, som nyss nämndes, utvecklade regler om organisationsansvar m.m., som tvärtom i praktiken – om ock inte nödvändigtvis rättsligt – tenderar att urvattna det personliga ansvaret. De små goda ansvarsberättelserna kan leda i olika riktningar.

---

[294] Pöyhönen 1999 s. 342 ff. samt för hela förmögenhetsrättens del Pöyhönen 2000 s. 110 ff.

[295] Jag återkommer närmare till frågan om miljöskaderättens paradigmatiska effekter nedan i kap. 11.

[296] Även Damm 1997 s. 14 betonar, "wie wenig es um umstandslos-definitive Ablösungsprozesse zwischen alten und neuen Rechtskonzepten ... geht."

[297] Brüggemeier 1997 s. 72.

[298] Brüggemeier 1997 s. 72 omtalar "Directors' and Officers' Liability" som ett av skadeståndsrättens fyra svar på den utmaning risksamhället innebär.

I varje fall framhäver risksamhällets beslutsfattarperspektiv behovet att placera ansvaret på de ställen där man fattar de relevanta besluten. I en globaliserad nätverksekonomi ligger den verkliga beslutsmakten inte nödvändigtvis hos de personer och de organisationer, vilka juridiskt sett framstår som beslutsfattare. Risksamhället förutsätter därför en utveckling av synen på ansvarssubjekten. Som exempel på små goda berättelser av detta slag kan nämnas utvecklingen av principerna om ansvarsgenombrott i koncernförhållanden samt expansionen av kreditgivaransvaret så att det innefattar också ett ansvar för den finansierade verksamhetens följder.[299] Om man erkänner att kreditgivarna och försäkringsgivarna har en stor betydelse då man fattar beslut t.ex. om en verksamhet som inverkar på miljön, kan man ifrågasätta deras påstående, att deras speciella roll inte tillåter att miljö- och andra motsvarande synpunkter beaktas i deras beslutsfattande.[300] I internationell verksamhet kan ett överskridande av de traditionella gränserna för ansvarssubjekten samtidigt innebära ett överskridande av gränserna för den nationella ansvarsrätten.

Särskilt i samband med miljöskador har man diskuterat nödvändigheten av att utvidga kretsen av ansvarssubjekt och spränga de nationella gränserna för ansvarskraven. Moderbolaget och hela koncernen borde bära ansvaret, om ett dotterbolag t.ex. avverkar regnskog utan hänsyn till följderna för miljön, sprider ut olja eller andra kemikalier i naturen eller annars fungerar olämpligt i ekologiskt hänseende. I utvecklingsländer, där man inte har resurser till en effektiv offentlig kontroll, kan en rättegångsstrategi som riktar sig mot de verkliga beslutsfattarna i andra länder vara det enda gångbara juridiska alternativet. Också i produktansvarsärenden kan en liknande gränsöverskridande ansvarsrätt visa sig vara ett nödvändigt svar på risksamhällets internationaliserade beslutsprocesser.[301]

---

[299] Se närmare nedan kap. 8.

[300] Steele 1999 s. 496 ff.

[301] Då man i den nationella produktsäkerhetslagstiftningen i utvecklade länder ofta inte förbjudit export av farliga produkter, har detta i praktiken inneburit att sådana farliga produkter som inte kunnat säljas i de utvecklade länderna har marknadsförts till utvecklingsländer, där man inte haft resurser att övervaka produktsäkerheten, se närmare om problematiken t.ex. Harland 1985. I sådana fall borde man kunna rikta skadeståndskrav mot moderbolaget, som fattat de relevanta besluten, också då produktionen anförtrotts ett lokalt dotterbolag.

I det komplicerade risksamhället kan man inte alltid utpeka en enda organisation, som fattat ett skadebringande beslut, utan flera aktörer kan ha varit delaktiga i de beslutsprocesser som frambringat skadorna. I en ansvarsrätt som är anpassad till risksamhällets behov måste gränserna för ansvarssubjektet därför överskridas också i andra avseenden än de som nämnts ovan. Man kan t.ex. skapa olika former av kollektivt eller gemensamt ansvar för de beslutsfattande subjekten.[302] Ett gott exempel är det marknadsandelsansvar – market share liability – som utvecklats i amerikansk produktansvarsrätt. Om t.ex. flera företag producerat samma läkemedel och man inte kan fastställa vilken tillverkares produkt den som lidit skada av läkemedlet intagit, kan alla de företag som framställt läkemedlet ställas till svars i relation till sina marknadsandelar.[303] Samtliga företag som fattat beslut om att föra ut läkemedlet på marknaden kan på detta sätt omfattas av ansvaret.

Alla dessa nya perspektiv på ansvarssubjekten, vilka spränger de traditionella ramarna, bidrar till fragmenteringen av ansvarsrätten.

Ansvarsrättens nya betydelse

De samtidsdiagnoser som uttryckts i teorierna om risksamhället och försäkringssamhället pekar, vad avser privaträttens möjligheter, i samma riktning som analysen av marknadsorienteringens konsekvenser i det föregående kapitlet: det föreligger en social beställning på en ansvarsrätt som intar en mer framträdande position i rättsordningen. Ansvarsrätten kan förväntas få en ökad betydelse som en mekanism för att hantera de risker som är eller uppfattas vara mer centrala i dagens samhälle. Ansvarsrättens styrningsfunktioner accentueras. Både reglerings- och övervakningsfunktionen är viktiga i detta sammanhang.

Inom ramen för den osäkerhet som vidlåder risksamhället är det ofta svårt att särskilja dessa båda funktioner. Den ansvarsrättsliga styrningen i risksamhället är nämligen delvis av speciell karaktär. Man kan

---

[302] Brüggemeier 1997 s. 70 omtalar "Collective Liability of Enterprises" som ett av skadeståndsrättens fyra svar på risksamhällets utmaningar.

[303] Se om detta och om en motsvarande utveckling i Holland Brüggemeier 1997 s. 70 f. I Finland omtalas market share liability t.ex. av Honka 2000 s. 62. I Europa förefaller man allmänt taget förhålla sig skeptisk till en introduktion av market share liability, se t.ex. rapporten COM(2000) 893 final s. 15 f.

beteckna den som en inlärningsprocess, särskilt när den relateras till risker som den offentligrättsliga styrningen p.g.a. den grundläggande osäkerheten inte klarar av att bemästra på förhand. Reglering och övervakning går hand i hand i denna process.

Ansvarsrättens nya roll som inlärningsmekanism förutsätter en flexibel grundstruktur hos detta rättsområde. Den läraktiga ansvarsrätten bör i princip stå fri från såväl privaträttslig formalism som från den offentligrättsliga regleringen av riskerna. Den bör också genom en frigörelse från nationella detaljkrav stå öppen för en adekvat transnationell respons på internationaliserade risker. Å andra sidan förutsätter risktänkandets korollarium, försäkringsrationaliteten, fasta regler: ansvarsrättens inlärningsprocess kan och bör resultera i fastare regelfragment på områden där kunskapen om riskerna ökar.

Denna dialektik mellan kraven på flexibilitet och fasta regler är bara ett uttryck för den fragmentering som måste vidlåda ansvarsrätten i risksamhället. Fragmenteringen kommer till synes också på det innehållsliga planet. Från det föreliggande kapitlet kan som exempel på motstridiga krav nämnas den samtidiga betoningen av å ena sidan behovet av ett skärpt personligt ansvar för beslutsfattare och å andra sidan behovet av ett utökat organisationsansvar, som ju i praktiken lätt skjuter det personliga ansvaret i bakgrunden.

För att adekvat fylla sina nya funktioner måste ansvarsrätten i risksamhället i många avseenden överskrida gränserna för det traditionella skadeståndsrättsliga paradigmet. Det krävs i vissa situationer – men blott i vissa situationer – nya principer och begrepp för ansvarsformer och ansvarssubjekt. Också nya tankar om skadebegrepp och kausalsamband aktualiseras av det diffusa sätt på vilket många ekologisk-teknologiska risker kan materialisera sig. Komplexiteten i samhället såväl som det faktum att riskperspektivet naturligtvis är blott ett av flera möjliga perspektiv på dagens samhälle[304] medför varierande krav som materialiseras på olika sätt i olika situationer. Detta understryks av att ansvarsrätten kan fylla varierande funktioner i den pluralistiska

---

[304] Som Damm 1996 s. 113 helt riktigt påpekar, betecknar talet om övergångar från rättsstat till socialstat till "riskstat" naturligtvis inte en reell utvecklingsgång, utan en sekvens av typiska diskurser angående statens uppgifter. I den gällande rätten ingår samtidigt rättsstatliga, socialstatliga och riskstatliga element.

blandning av styrningsmekanismer som kommer till användning i risksamhället.

Det som har sagts i detta kapitel är ägnat att förstärka bilden av en ny ansvarsrätt som kan fungera som ett instrument för en ad hoc -betonad (rätts)politik. Bilden har samtidigt fördjupats och erhållit nya drag. Ansvarsrättens nya funktioner förutsätter inte blott flexibla avgöranden, utan även en inlärning av detaljregler som åtminstone tillfälligtvis och på rättens ytnivå framträder som mer fasta. Ansvarsrättslig styrning och offentligrättslig reglering behöver inte uppfattas som metoder som utesluter varandra, utan bör snarare ses som delar av en riskhanteringsmix, vilka kan och bör utväxla erfarenheter sinsemellan.

4 kap. Ansvarsrätten som moraldiskurs

Om hur förlusten av tron på universella etiska system och etisk auktoritet har skapat ett behov av nya fora för pragmatisk moralisk diskurs och inlärning och hur ansvarsrättsprocessen kan bidra till att fylla detta behov.

Den osäkerhet som karaktäriserar det senmoderna samhället hänger inte blott samman med våra begränsade möjligheter att uppnå tillräcklig kunskap för att behärska en komplex teknologi i ett komplext samhälle. Osäkerheten berör också annat än kunskapsfrågor. En motsvarande ambivalens när det gäller värdefrågor gör beslutsprocesserna i det senmoderna än mer problematiska.

Också denna ambivalens medför nya sociala krav på rätten. Då jag ovan beskrev ansvarsprocessens möjligheter att fungera som en inlärningsmekanism vad avser hanteringen av risker, skall jag här granska dess potentiella funktion som ett sätt att "lära in" moraliska bedömningar.

Moral utan etik

Det senmoderna samhället beskrivs ofta som ett samhälle med ett fragmenterat medvetande. Traditionella förståelsestrukturer upplöses under trycket av en globaliserad ekonomi och globaliserade informationskanaler. Den ökade stratifieringen av samhället och segregeringen av möjligheter och livsstilar reducerar basen av gemensamma värden och föreställningar. Kaos, kontingens och ambivalens erkänns som samhällets centrala drag.[305]

Detta samhälle förlorar kontakten med sitt förflutna. Man har påstått att historien är död: "modernist history is the first casualty and

[305] Bauman 1991.

mysterious absence of the postmodernism period".[306] Historisk erfarenhet accepteras inte som legitimation för normativt handlande.[307]

Traditionen är det medium, i vilket det förflutna blir "verkligt"[308], genom vilket historien lever i dagens samhälleliga medvetande. Den bristande kontakten med det förflutna innebär att detta medium får träda i bakgrunden. Det senmoderna förstör traditionerna.[309] Globaliseringen utsätter traditioner, som har sina rötter i lokalsamhället, för konkurrens från andra sätt att tänka och handla.[310] Traditioner består därför blott så länge som de kan försvaras diskursivt, som de kan motiveras i förhållande till alternativa handlingsmönster.[311] Traditionerna ger inte längre människorna en fast grund, på vilken de kunde basera sitt handlande. De förlorar i normativ och legitimerande kraft.[312]

Traditionen är nära förbunden med auktoritet.[313] Den senmoderna icke-traditionella kulturen minskar betydelsen av basala auktoritetskällor som religioner, filosofier och ideologier. Klassmedvetande och andra gruppspecifika baser för förståelse sägs lida av utmattning och håller på att brytas upp.[314] Nyckelinstitutioner, såsom politiska partier, fackföreningar och t.om. nationer, förlorar mycket av sin historiska legitimitet.[315] Man talar om att de totaliserande samhälleliga ideologier som skulle ha sådan betydelse att de kunde erbjuda en grund för samhälleligt handlande helt enkelt kan betraktas som döda eller att dessa Stora Berättelser åtminstone har mist sin trovärdighet.

---

306 Jameson 1991 s. xi.

307 Inte ens en skapelse som den Europeiska Unionen baserar sin legitimitet på historien, se t.ex. den filosofiska avhandlingen Wadenström 1998. Författaren talar här om många små motstridiga historier, vilka ger utrymme för många tolkningar av Europa.

308 Giddens 1994 s 94.

309 Giddens 1994 s. 91 ff. beskriver hur redan "modernity destroys tradition" – men hur det moderna samtidigt i tidigare faser av utvecklingen behövde traditionen som samarbetspartner.

310 Giddens 1994 s. 95 ff.

311 Giddens 1994 s. 105.

312 Också Thompson 1996, som kritiserar tesen om det posttraditionella samhället, och hävdar att traditionen behållit sin betydelse i många avseenden, medger att "there is a gradual decline in the traditional grounding of action and in the role of traditional authority – that is, in the normative and the legitimation aspects of tradition" (s. 93).

313 Se Giddens 1994 s. 82.

314 Beck 1994 s. 7.

315 Beck 1994b s. 178, Castells 1997 s. 354 f.

Den Totala Marknaden utpekas förvisso ofta som den nya Stora Berättelsen, men inte heller denna berättelse framträder med något så betydande mått av allmängiltig trovärdighet att den kunde övertyga dem som inte redan är frälsta; också nationalekonomerna har mist sin ställning som auktoriteter. Berättelsen ter sig dessutom ofta relativt formell utan någon sådan social substans som företag och individer kunde grunda sitt handlande på. Marknaden uppfattas heller inte som ett normativt mål, utan blott som ett medel. I konsumtionssamhället är många helt enkelt inte intresserade av andra sociala mål än konsumtion.

Dessa processer i riktning mot en minskning av de traditionella auktoritetskällorna begränsar också inflytandet hos dem som säger sig behärska dessa källor för förståelse, traditionens väktare.[316] I det senmoderna samhället förlorar dessa ledare på många håll sin förmåga att appellera; det lyckas åtminstone inte för längre tider och under större enighet bland dem som påverkas. Även om fundamentalism och nationalism av olika slag frodas i olika grupper av människor, har religiösa ledare, ideologer och politiker i hög grad mist sitt grepp över meningsbildningen i samhället som helhet. Det råder ett ideologiskt kaos – en oreglerad marknad för ideologier och livsåskådningar.

Därför har dagens samhälle sagts representera en tidsålder utan etik.[317] Det finns ingen allmänt accepterad kod som universellt skulle kunna föreskriva hurudant ett korrekt beteende bör vara. Man har ingen generell tilltro till en etik som kunde justifieras rationellt, med hänvisningar till gemensamma grundläggande principer. En gemensam etik i ett samhälle kan ju inte längre baseras på detta samhälles historia och tradition. Ideologierna och religionerna håller heller inte samman vare sig samhällen eller klasser i en gemensam etisk åskåd-

---

316 Giddens 1994 s. 82 ff.

317 De kanske mest uppmärksammade analyserna härav har gjorts av Zygmunt Bauman, se Bauman 1993, och 1995 s. 10 ff. Bauman talar om "det postmoderna" som en tid utan etik. För honom själv är dock valet av term för dagens samhälle inte en central fråga. Han ser ingen väsentlig skillnad mellan hans "postmoderna", Giddens "senmoderna" och Becks "reflexiva moderna" eller "andra moderna"; se intervju med Bauman i niin & näin 3/1997 s. 45.

ning.[318] Etisk expertis uppfattas inte längre som särskilt viktig – den ökande användningen av medieomhuldade kändisfilosofer kan ses som ett modefenomen, som kanske reflekterar den allmänna känslan av etisk tomhet snarare än en djuptgående vilja att underkasta sig ett gemensamt etiskt system. Det råder i varje fall ingen enighet ens på nationell nivå, och säkerligen inte på global nivå, om vem som kan betraktas som en universellt acceptabel etisk expert. Just på etikens område är det uppenbart, att också religiösa ledare, ideologer och värdsliga ledare har förlorat mycket av den sammanhållande funktion de eventuellt kan ha haft kvar under tidigare skeden av det moderna samhället. Den misstro mot den vetenskapliga expertisen som råder i vårt samhälle, och som beskrevs ovan i kap. 3, är parallell med en lika stark misstro mot den etiska expertisen och auktoriteten.

Detta innebär givetvis inte, att man skulle ha gett upp försöken att bygga upp nya t.o.m. globala etiska system. Läran om de mänskliga rättigheterna aspirerar i dag klart på en central plats i en sådan etisk världsordning. Den sammanhållande funktion som sådana lärobyggnader kan få, hur viktiga och angelägna de än är, är dock relativt svag. Detta hänger inte blott samman med att bekännelserna till de mänskliga rättigheterna i många länder kan vara mer retoriska än reella. Också i länder där man tar dessa rättigheter mer på allvar är det klart att de kan ge ledning för mänskligt handlande blott i vissa tillfällen och under vissa omständigheter. De representerar inte någon heltäckande etik, utan framhäver vissa värden som bör betraktas som centrala ur en samhällelig synvinkel. Lösryckta från en underliggande samhällelig etisk kod är dessutom de normer som avses många gånger ytterligt vaga.

Det att vårt samhälle saknar en universellt accepterad etik betyder att vi inte kan basera vårt handlande, och bedömningar av vårt och andras handlande, på ett system av principer och regler, om vilka det skulle råda åtminstone någon grad av konsensus. Att handla etiskt kan inte längre innebära blott en strävan att följa normer, som är inbäddade i traditionen och förklarade av expertisen. Den krympande tilltron till universella etiska system och till expertis, som hävdar kunskap om

[318] När i dag sådana totaliserande tankemönster, som nu tagit formen av olika slag av nationalistiska strömningar, leder till handlande, är det också svårt att beteckna detta som etiskt; sådana ideologiers uppgift är snarare att befria människorna från naturliga moraliska hämningar.

dessa system, implicerar likväl inte att frågan om moraliskt handlande blivit irrelevant. Den innebär inte heller nödvändigtvis att vi tagit steget in i en tidsålder som karaktäriseras av avsaknad av moral. Den omständigheten att det inte föreligger några absoluta värden medför inte att man helt skulle sakna värden.[319] Perspektivet på moraliskt handlande måste emellertid bli ett annat, när det inte längre existerar någon grundläggande enighet om de etiska systemen.

Man kan också se "befrielsen" från de etiska systemen i ett mer positivt sken. Zygmunt Bauman, som kan betraktas som en av de ledande samtida förespråkarna för en ny syn på det moraliska ansvaret, ser i utvecklingen en möjlighet till en djupare moral. Etikens kris behöver inte nödvändigtvis implicera en kris för moralen. Det är tvärtom möjligt att slutet på "etikens era" kan ses som en port till en ny "moralens era".[320] Den minskade betydelsen av en auktoritativ etisk ledning, som kunde avlägsna ansvaret för moraliska avgöranden från de handlande subjekten, innebär att människorna själva återfår möjligheten till moraliska val och moraliskt ansvar. Man kan inte längre frånsäga sig detta ansvar genom att hänvisa till etablerade etiska system och auktoriteter. För Bauman utgör detta det postmodernas etiska paradox: "it restores to agents the fullness of moral choice and responsibility while simultaneously depriving them of the comfort of the universal guidance that modern self-confidence once promised."[321] Människorna blir tvungna att möta moralfrågor ansikte mot ansikte, "point blank, in all their naked truth", när de etiska skyar som fördunklat det personliga ansvaret har skingrats.[322]

Det är skäl att redan nu betona, att det naturligtvis inte ligger någon automatik i sammankopplingen mellan å ena sidan tillbakagången av de etiska systemen och auktoriteterna och å andra sidan betoningen av ett växande moraliskt ansvar.[323] Också Bauman medger, att det post-

---

[319] Raes 1996 s. 29.
[320] Bauman 1995 s. 42.
[321] Bauman 1992 s. xxii.
[322] Bauman 1995 s. 43.
[323] Man har tvärtom kunnat hävda, att frågan om det personliga ansvaret i sig blir problematisk i det postmoderna samhället, om man erkänner tesen om den splittrade postmoderna personligheten. Vilken av delarna skall då ansvara för vad? Se härom t.ex. Airaksinen 1994 s. 41 ff.

moderna inte på något sätt garanterar förverkligandet av ett moraliskt samfund.[324] Det är snarast fråga om en möjlighet och en förhoppning – kanske t.o.m. den enda acceptabla möjlighet som just nu föreligger. Då de universella etiska auktoriteterna åtminstone i dagens situation förlorat sin kraft, förefaller det vara den enda vägen framåt att insistera på ett växande personligt ansvar för envar angående de moraliska val han eller hon fattar. Alternativet, en situation där man varken tror på en systematisk etik eller förutsätter ett personligt moraliskt ansvar, är en skrämmande vision.

Friheten från bindande universella etiska auktoriteter tvingar oss i varje händelse att fatta personliga val – "[i]n post-traditional contexts, we have no choice but to choose how to be and how to act".[325] I den mån man beskriver det senmoderna samhället i termer av individualisering,[326] betonar man också de personliga valen. Då man inte längre självklart kan utgå från lokal tradition och bygga handlandet på de modeller som råder i ifrågavarande samfund, samhällsklass eller -grupp, måste individen själv i växande grad fatta beslut såväl om val av livsform som om de handlingar hon företar inom denna ram. "Befrielsen" från traditionella normer kan ses som ett nytt tvång – ett tvång att fortgående fatta beslut, också beträffande utformningen av det egna livet.[327] Beslutsprocessernas ökade vikt i det senmoderna samhället berördes också, från ett annat perspektiv, redan i det föregående kapitlet.

Även om "befrielsen" från traditionen säkerligen i många avseenden blott innebär ett tvång till "individualism" som döljer en ökande ofrihet inom alltmer komplicerade och ogenomskådliga[328] sociala strukturer,[329] ger den också individerna nya reella valmöjligheter. Det

---

[324] Intervju i niin & näin 3/1997 s. 47.

[325] Giddens 1994 s. 75.

[326] Se t.ex. Beck 1994 s. 13 ff., under rubriken "Individualization as social form". Beck hävdar här bl.a. att välfärdsstaten, kanske mot sin vilja, "is an experimental arrangement for conditioning ego-centred ways of life" (s.16).

[327] Beck 1994 s. 14 ff. betonar detta.

[328] Tron på den egna friheten kan t.o.m. bidra till denna intransparens, då den gör människan oförmögen att analysera frihetens gränser och deras grunder.

[329] Kiianmaa 1997 har på ett intresseväckande sätt visat hur starkt vårt tänkande i dag är bestämt av vår position i arbetslivets strukturer. Vår individualism är kanske bara en vilsegången tro på att våra egna värden och varor är individuella, även om vi delar dem med de flesta andra i samma position.

är här den nya synen på moralen träder in i bilden. Frihet föder ansvar. Friheten att fatta individuella beslut innebär också ett nytt moraliskt ansvar för dessa beslut. Den nya "moralens era" som framträder i våra förhoppningar är en tid då envar tar ansvar för sin egen ansvarighet.[330] Friheten från etiska system genererar en ny slags etik, med fokus på det personliga ansvaret för moraliskt handlande.

En sådan ansvarsmodell kan således inte innebära ett nytt etiskt system med färdiga normer, bakom vilka individen ånyo kunde gömma sina personliga ställningstaganden. Vad här är fråga om är en pragmatisk moral som anknyter de moraliska avgörandena till de personer och den kontext som är aktuella i den ifrågavarande beslutssituationen. Avgörandena fattas inte enbart på basen av abstrakta normer, utan med hänsynstagande till synpunkter som är försvarbara just i den aktuella kontexten. Moraliska beslut måste göras på praktiska grunder, utan stöd av filosofiska försäkringar.[331] De flesta människor avgör ju i varje fall oftast moraliska frågor på basen av vana och bondförnuft snarare än med hänvisning till någon universell kod som skapats av etisk expertis.[332]

En kartmetafor är belysande också i detta sammanhang. De moraliska valen kan inte göras på basen av en karta över existerande vägar, som gjorts färdig en gång för alla. Vi gör själva vägarna genom att vandra dem.[333] Det finns alltid behov av nya stigar och vägar och stundom kan det mest acceptabla vägvalet vara en ny rutt rakt genom vildmarken.

Metaforen uttrycker också det faktum att betoningen av en personlig och pragmatisk moral inte nödvändigtvis innebär detsamma som en total värderelativism.[334] Det att stigar och vägar uppstår när vi går dem motiverar inte att alla tar en egen väg. Det behövs gemensamma vägar. Också de gamla vägarna, traditionen, består så länge någon går

---

330 Bauman i en intervju i niin & näin 3/1997 s. 46.

331 Bauman 1992 s. xxxiii betonar detta t.o.m. då det gäller det grundläggande valet mellan likgiltighet och solidaritet.

332 Bauman 1995 s. 11 f.

333 Bauman 1995 s. 17.

334 Som Raes 1996 s. 26 påpekar, bör man skilja moralrelativism från den moralkontextualism som här är i fråga.

på dem. Moralen är och måste vara något socialt, något som man delar med andra.

Denna gemenskap i moraliska frågor måste emellertid i en senmodern personlig ansvarsmodell snarare uppstå nedifrån, från erfarenheterna på gräsrotsnivå, än uppifrån, från ett genomarbetat etiskt, religiöst eller ideologiskt system. Man kunde se såväl den individuella moralens som den härpå baserade kollektiva moralens utveckling som en fortgående inlärningsprocess. Denna inlärningsprocess kan emellertid inte resultera i några slutgiltiga svar. De moraliska frågorna måste vara föremål för fortgående omvärderingar och omförhandlingar i skenet av nya erfarenheter.[335] Som tidigare noterats, kan traditioner bestå blott i den mån man uppfattar dem som motiverade.

En sådan modell förutsätter en kontinuerlig utväxling av erfarenheter i moraliska frågor. Vid sidan av det personliga moraliska ansvaret och den pragmatiskt-kontextuella bedömningen kan man därför som ett tredje element i modellen betona vikten av moralisk kommunikation. Den moral som man kan finna i dagens samhälle ligger "in the processes of moral communication rather than in specifically moral institutions"[336]. Moralen har alltid haft en plats också i den direkta interaktionen mellan individer; då vårt samhälle inte längre besitter en universell och bindande moral blir den sociala interaktionen och kommunikationen primär som källa för moraliska avvägningar.[337] En kommunikativ kontext, i vilken man om och om igen kan söka lösningar på konkreta frågor, kan också ses som en möjlig etisk modell för det mångkulturella samhället.[338] Den moraliska kommunikationen blir

---

[335] En positiv syn på den öppna och gräsrotsbaserade (medborgarentrerade) karaktären hos moralen är vanlig i senmodern litteratur. Ett citat från Hutchinson 1997 s. 35 må belysa detta: "citizenship under radical democracy is not committed to one common good, but to an engaged practice of civility in which the common good is always up for consideration and conversion."

[336] Luckmann 1996 s. 76.

[337] Luckmann 1996 s. 80 f. Detta betyder att "[s]imilarity of views on morally relevant issues in social interaction needs to be cautiously negotiated in specific communicative processes between the parties to a social encounter" (s. 81).

[338] Apel 1997. Raes 1996 s. 29 hävdar t.o.m. att ju mer samhället kan befrias från kontroversiella metafysiska påståenden, desto större är förutsättningarna för olika kulturer att leva tillsammans och kommunicera interkulturellt.

det medel med vars hjälp de fortgående inlärnings- och omvärderingsprocesserna i moraliska frågor äger rum.

I det senmoderna samhället växer m.a.o. behovet av en pragmatisk moralisk kommunikation. I detta sammanhang kan olika former av professionell praxis få en ny betydelse.[339] Rättslig praxis förefaller speciellt välrustad för att spela en roll i detta fält av moralisk kommunikation. I detta kapitel ser jag närmare på hur rätten, och särskilt ansvarsrätten, kan bidra till att tillgodose behoven av nya fora för moralisk kommunikation.

Rättegången som moraldiskurs

Inom skönlitteraturen liksom inom teater och film har man länge sett de möjligheter till moralisk diskurs som rättegången erbjuder. Redan Shakespeare utnyttjar dem i Köpmannen från Venedig. På en annan nivå framträder rättssalen fortgående som en scen för moralisk diskurs i dagens amerikanska TV-serieproduktion. Rättsprocessen är som skapad för moralisk kommunikation.

Då de etiska systemen förlorat sin bindande kraft är det därför naturligt att man riktat blickarna mot bl.a. rätten och rättsprocessen som forum för den moraliska diskurs man upplever som allt mer väsentlig.[340] De rättsliga aktörerna har kallats att inta en ny plats på moralens fält.[341] Rätten kan erbjuda ett forum för en sådan diskurs angående moraliska frågor som envar kan förhålla sig till. Ett rättsfall kan, när det är som bäst, fungera som en katalysator för god moralisk argumentering och ett prejudikat kan framträda som ett råd för dem som önskar moralisk vägledning.

Rättsprocessen erbjuder en metod för en moralisk analys och bedömning av de involverade aktörernas handlingar som är både pragma-

---

[339] Som Luckmann 1996 s. 81 framhåller, framstår nya moraliska gemenskaper inte utåt som sådana; "[t]heir moral entrepreneurship is typically carried out behind scientific, medical, practical-problem-solving, façades."

[340] Härmed är inte sagt att man inte tidigare skulle ha uppmärksammat rättskipningens moralbildande verkan, se t.ex. beskrivningen av den svenska processrättsliga debatten hos Lindblom 1997 s. 605.

[341] Som Glendon 1991 s. 102 noterar i sin kritiska bedömning av utvecklingen: "As social norms become weaker a kind of moral vacuum arises. We need, therefore, to be aware, when we restate traditional legal norms, that law has a tendency in our society to move into this vacuum."

tisk och kontextuell. Moralen kan diskuteras i relation till konkreta handlingar som utförts av konkreta personer. Bondförnuft och common sense-argumentering kan träda i förgrunden framom referenser till något etiskt system som inte längre upplevs som övertygande. Rättegången kan utgöra ett sätt att göra vägarna genom att vandra dem.

En rättslig process kan utgöra ett forum för en moraldiskurs angående frågor som befinner sig på flera olika samhällsplan. Det kan vara fråga om den individuella moral som vi förväntar av oss själva och andra i vardagens handlande. Det kan emellertid – och detta är mer centralt – också röra sig om bedömningar av moralen i beslutsfattande med bredare samhällelig betydelse. Man kan debattera moralen i beslut som tagits i sådan privat eller offentlig verksamhet som har sociala konsekvenser.

Bedömningen av moralen i beslut av det sistnämnda slaget är naturligtvis primärt en politisk fråga. Därför bör man inte nödvändigtvis se det som något positivt att denna diskurs rättsliggörs. Domstolarna har ju som sådana inte samma demokratiska legitimation som valda organ, även om man ur ett diskursivt-kommunikativt perspektiv velat se processen som en demokratisk beslutsmodell.[342] I den mån man anser att rätten och rättsprocessen erbjuder nya möjligheter på detta område är det således snarare fråga om att göra en dygd av nödvändigheten. Då de relevanta moraliska frågorna inte längre berörs i den politiska diskursen, där de primärt hör hemma – vilket tyvärr ofta är fallet i många samhällen i den konsensusbetonade politiska atmosfär som underkastat politiken "marknadskrafternas" krav – kan och bör den juridiska diskursen träda in. I någon grad kan man säga att det är fråga om en legitimitetskris för politiken, som på gott och ont ökar rättens spelrum; politiken kan knappast öka sin legitimitet utan att man på nytt börjar diskutera relevanta sociala och moraliska spörsmål.[343]

---

[342] T.ex. Lindblom 1997 s. 620 nämner uppfattningen "att just processen har potential att vara den mest demokratiska beslutsmodellen av alla." Det som förespeglar författaren är härvid uppenbarligen just det slags mikropolitiska gräsrotsdemokrati – envar kan få igång rättsmaskineriet – som jag kommer närmare in på i kap. 5.

[343] Nelken 1996 s. xiii hävdar, ett "there is increasing demand for greater communication and transparency as a consequence of the loss of legitimacy by politicians and by 'politics' as such, and it is usually the law which is asked to play some role in satisfying this demand."

Rättens och rättegångens betydelse som forum för moraldiskurs framhävs av det växande behovet för moralisk kommunikation i det senmoderna. Rätten kan utgöra ett medium för en sådan kommunikation. Den moraliska kommunikationen i olika relationer – mellan parterna, mellan parterna och domaren samt mellan dessa aktörer och andra intressentgrupper liksom också mellan dem och den stora allmänheten[344] – kan stundom t.o.m. framträda som en viktigare funktion än lösningen av själva det konkreta problem som är föremål för rättslig prövning. Koen Raes har särskilt betonat denna kommunikativa sida av rättsprocessen.[345] För honom är den rättsliga kommunikationen ett sätt att möjliggöra en moraldiskurs som överskrider gränserna för olika kulturer och livsåskådningar: "Legal communication and legal identity may be interpreted as constructions to *make possible* a dialogue between different views of life, different conceptions of the good life, different language games and, perhaps, different expert cultures."[346] Hur förbluffande det än kan te sig vid första anblicken kan man tänka sig att rätten under gynnsamma förutsättningar kan erbjuda en kommunikativ kontext inom vilken man i det fragmenterade multikulturella samhället diskursivt kan närma sig åtminstone vissa moraliska frågor.

Denna rättens kommunikativa funktion kan också få betydelse för den gränsöverskridande moraldiskurs som behövs i globaliseringens tidevarv. Internationaliseringen av rätten har på detta sätt också en moralisk aspekt. Rättens nya roll som forum för en internationaliserad moraldiskurs kommer naturligtvis i extrem form till synes i den verksamhet som bedrivs vid internationella krigsförbrytartribunaler och motsvarande organ. Denna nya funktion av rätten kan emellertid noteras också i mer alldagliga kontexter. Ett exempel som kan nämnas i detta sammanhang är utvecklingen i praxis av det som kallats lex mercatoria. Dess normer för internationell affärsverksamhet reflekterar en praktisk moral, som är grundad på de ömsesidiga förväntningar man ställer på varandra och framvuxen ur en mer eller mindre diskursiv

---

[344] Det är värt att notera, att Tuori 2000 s. 123 ff. i sin analys av rättskipningens diskursivitet betonar att tyngdpunkten i diskursiviteten inte ligger i själva rättegången, utan i den diskussion i det smala och det breda rättssamfundet (juristerna respektive allmänheten) i vilken också domarna deltar med sina beslut (s. 130).

[345] Raes 1996.

[346] Raes 1996 s. 38.

konfrontation av olika uppfattningar om vad som skall anses acceptabelt i sådan verksamhet.

Genom att erbjuda ett forum för moralisk kommunikation blir rätten och rättegången en del av den kontinuerliga och infinita inlärningsprocess som kännetecknar moralutvecklingen i det senmoderna. Liksom kommunikationen sker inlärningen i många olika relationer. Det är inte bara fråga om att de involverade parterna och domstolen genom en diskursiv genomarbetning av en situation får en bättre insikt i den moraliska problematik som denna situation innehåller. Lika mycket kan man säga att andra intressenter och samhället i stort via rättegången uppmärksamgörs på de aktuella moralfrågorna och får ny kunskap angående möjliga sätt att nalkas dem. Somliga "lär sig" genom att delta i diskursen, i den moraliska kommunikation som pågår i och i anslutning till rättegången. Andra kanske framstår som mer passiva mottagare av den "undervisning" rättegången förmedlar. Exempelvis på miljöområdet har man tänkt sig att rätten, och uppmärksammade rättegångar, åtminstone i ett längre tidsperspektiv kan bidra till att stöda och utveckla en önskvärd miljömedvetenhet, en miljöinriktad moral, hos medborgarna t.ex. när de uppträder som konsumenter.[347] Då talar vi emellertid redan om "Law as Education" snarare än om "Law as Communication".

Tanken på rättegången som en moraldiskurs väcker motstridiga känslor hos en jurist. Hur många hyllmeter har inte skrivits om förhållandet mellan rätt och moral och om nödvändigheten att hålla rätten åtminstone relativt autonom i relation till de moraluppfattningar som omfattats av parter, domare och samhället i stort? Är det inte rättsnormerna och deras tillämpning på de fakta som åberopats och leds i bevis som skall ligga i centrum för den argumentation som förs? Har vi inte valt fel adress om vi söker göra rättssalen till en arena för moralisk kommunikation?

Om man formulerar invändningarna på detta sätt – jag påstår inte att alla diskussioner om förhållandet mellan rätt och moral förts i sådana termer – skjuter de bredvid målet. Man kan helt enkelt inte, i dagens fragmenterade och pluralistiska rättsliga verklighet, nalkas frågan utgående från en antingen-eller-logik och man kan heller inte förvänta

[347] Jag har själv diskuterat detta i Wilhelmsson 1998, se särskilt s. 64 ff.

sig något sådant generellt svar på frågan som skulle täcka hela rättsordningen. Spörsmålet, huruvida rättegången kan fungera som arena för moralisk kommunikation, kan blott besvaras med hjälp av bestämningar som refererar till grader och som inkluderar hänvisningar inte blott till rättsområde, utan också till den aktuella rättsfrågan och den förhandenvarande situationen. Man kan t.ex. anta att rättstillämpningen på ett mycket genomreglerat område kan ge färre möjligheter till en öppen moralisk kommunikation än på ett område där rättstillämparens spelrum är mer fritt. I den mån man i det första fallet kan tala om moralisk kommunikation kan det ofta tänkas vara fråga mer om moralisk undervisning – Law as Education – än om en ömsesidig moralisk diskurs av det slag som jag här har för ögonen. Då således möjligheterna för rättegången att fungera som ett medium för moralisk diskurs uppenbarligen kan antas variera, borde frågan härom omformuleras från det svartvita "huruvida" till de mer nyanserade "i vilka fall", "under vilka förutsättningar". Jag noterar här blott en aspekt av denna fråga: inom ramen för en hurudan rättslig normering är rätten mest användbar som forum för moralisk kommunikation?

Jag har tidigare skrivit om de rättsliga systemens interna konfliktfylldhet.[348] Jag har sökt visa, hur uppbyggnaden av rättens och de olika rättsområdenas allmänna läror förutsätter ett öppet moraliskt-politiskt val av den som utför systematiseringen. Då man p.g.a. de motstridiga värderingar som är företrädda i det konkreta rättsmaterialet inte på något objektivt sätt kan fastslå, vilka värderingar som kan upphöjas till huvudprinciper och vilka som förskjuts att dväljas bland undantagen, måste man erkänna såväl att det är möjligt att bygga upp flera olika system av allmänna läror på grund av materialet som att valet mellan dessa inte kan träffas med hjälp av inomrättsliga kriterier. Det blir fråga om ett moraliskt-politiskt val, som envar måste träffa. Jag har också noterat, hur systematiseringarna med nödvändighet blir mer momentana och utsatta för kontinuerliga omprövningar.

En sådan analys passar särskilt väl in i ett samhälle där de etiska systemen förlorat sin förmåga att övertyga. I den mån det skulle råda enighet om samhällets etiska grund skulle också rättens systematisering få näring från denna enighet. Den etiska gemenskapen skulle styra valet av huvud-

[348] Wilhelmsson 1987 och 1992.

regler och undantag. I det senmoderna saknas dessa förankringar. En traditionell systematisk rättsuppfattning, i vilken det finns ringa utrymme för kaos, tillfälligheter och ambivalens, råkar i djupare kris i ett samhälle som har förlorat sin tro på möjligheterna att rationellt bygga upp världen och på existensen av ett universellt accepterat etiskt system. Den rättsliga principdiskursen måste därför bli allt mer öppet moralrelaterad. Ju mer den situation som rättegången avser aktualiserar rättens principiella nivå, desto mer närliggande är det att utnyttja processen som som ett medium för moralisk kommunikation. I rättegångar där man kan anknyta argumenteringen mer till rättens allmänna läror än till noggranna legislativa regleringar är det lättare att öppna breda fält för den moraliska kommunikationen.

De avregleringsåtgärder som ansluter sig till dagens marknadsorientering har inneburit att lagstiftaren punktvis dragit sig tillbaka och härigenom vidgat fältet för en moralisk kommunikation. Sådana öppningar erbjuds emellertid inte blott på områden som lagstiftaren varit ointresserad av eller lämnat. I lagstiftningen av i dag har man också som känt i växande grad öppet och medvetet erbjudit domstolarna rollen som moraliska antenner, som skall suga in i rätten de moraluppfattningar som vid envar tid råder i samhället. Om den tilltagande användningen av generalklausulstekniken har ordats mycket och generalklausulernas roll som inkörsportar för nya tankemodeller i rätten har betonats i många sammanhang. Genom moralrelaterade begrepp som "oskäligt" etc. ger man de involverade en vid fullmakt till en mer eller mindre öppen moralisk diskurs.

Det är också skäl att betona, att inte ens en mer detaljerad lagreglering i sig utesluter möjligheten av en moralisk diskurs, även om den inte alltid framträder som lika närliggande. En av de nutida rättsliga paradoxerna ligger däri, att de allmänna lärornas och principernas betydelse har ökat – som känt har man t.ex. i finsk doktrin under de senaste decennierna mycket starkt lyft fram denna nivå av rätten – redan under en tid då man samtidigt talat om överregleringen som ett av juridikens centrala problem. Lagstiftarens aktivitet eliminerar alltså inte i sig behovet av mer moraliskt inriktad argumentation – även på ett starkt reglerat område kan moralfrågorna stundom stiga, eller lyftas, fram som gubben ur lådan inför ögonen på det förvånade juridiska auditoriet.[349]

---

[349] Gubben i lådan är en god metafor för många slag av senmoderna rättsliga överraskningar, se t.ex. om EG-rätten Wilhelmsson 1997b.

Den stora uppmärksamhet som riktats mot grundrättigheterna och de mänskliga rättigheterna i dagens finska doktrin[350] kan också ses som ett uttryck för behovet att förstärka banden mellan rätt och moral, att ge ytterligare möjligheter till moralisk kommunikation inom rätten. Grundrättigheterna kan betraktas som en av de portar genom vilka man kan införa moraliska argument i rättslig praxis. Dessa rättigheter har sagts ligga på ett område, där rätten, moralen och politiken skär varandra.[351]

T.o.m. i Kaarlo Tuoris imponerande försök att bygga en rättsteori, som samtidigt är både kritisk och positivistisk och som därför tror på möjligheten till en immanent rättskritik – en kritik där måttstockarna kan hämtas inom rätten – blir grundrättigheternas nivå en av de punkter där byggnaden "läcker" i riktning mot det utomrättsliga. Det kommer väl till synes då man granskar den yttersta replipunkten för Tuoris immanenta kritik, nämligen rättens djupstruktur. Å ena sidan betonar han att de mänskliga rättigheterna som en väsentlig del av det västerländska rättsarvet spelar en central roll i denna struktur.[352] Å andra sidan konstitueras djupstrukturens praktiska kunskap inte blott av juristerna, utan av det moderna samhällets typiska medlemmar, av dess rättssubjekt.[353] Det s.k. breda rättssamfundet (medborgarsamfundet), vars deltagande i diskussionen är en förutsättning för rättens legitimitet,[354] bidrar m.a.o. till att skapa djupstrukturen. Grundrättsfrågor och moraldebatt förefaller smälta samman. Trots Tuoris bugning mot positivismen är steget mellan hans teori och tanken på rättegången som ett forum för moraldiskurs kanske ändå inte så långt.[355]

---

[350] Man har sagt att det föreligger en stark rättslig och social beställning för att öka betydelsen av grundrättigheterna, Länsineva 1998 s. 109. Redan Scheinin 1991 s. 273 ff. noterade tecken i praxis på en växande roll både för grundlagsenlig lagtolkning och för direkt tillämpning av grundrättigheterna.

[351] Så Pöyhönen 2000 s. 135.

[352] Tuori 2000 s. 211.

[353] Tuori 2000 s. 204 f.

[354] Tuori 2000 s. 300.

[355] Den mest väsentliga skillnaden mellan Tuoris synsätt och analysen i det föreliggande kapitlet ansluter sig förmodligen till Tuoris definition av det samhälle för vilket han utformat sin teori. Han utgår från "ett friskt samhälle", där rättens interna justifieringsprinciper motsvarar de kriterier som det breda rättssamfundets medlemmar tillämpar, då de bedömer rättsnormernas legitimitet, Tuori 2000 s. 282. Detta förefaller implicera en sådan etisk/moralisk homogenitet i medborgarsamhället som ovan inte längre antagits vara för handen.

I den nya finska grundrättsdoktrinen, som fått stöd i reformerna av grundlagen,[356] skulle också relationer mellan enskilda höra till grundrättigheternas centrala influensområde.[357] Som känt har Juha Pöyhönen t.o.m. föreslagit att grundrättigheterna skulle utnyttjas som en utgångspunkt för systematiseringen av förmögenhetsrätten.[358] Den nya betoningen av grundrättigheterna är m.a.o. direkt relevant också vad avser diskussionen om den privaträttsliga processen som forum för moraldiskurs.

Tanken att rättegången skulle kunna fungera som en plats för moralisk kommunikation har implikationer inte blott vad avser innehållet i den rättsliga argumentationen, utan även för det rättsliga språkbruket. För att en moralisk kommunikation inom rätten skall vara möjlig måste rätten demystifieras.[359] Kommunikationen förutsätter en demontering av sådana begrepp och teorier som kan skapa en vägg mellan rätt och moral och bakom vilka juristerna kan gömma sig. En sådan utveckling underlättas av det senmoderna samhällets krympande tro på systematisk expertis. På samma sätt som man misstror etisk expertis ökar skepticismen mot den rättsliga expertisen och dess systembyggande. Man undviker inte en offentlig moralisk diskurs kring rättsfall enbart av den anledningen att den interna rättsliga diskursen fångats i en otillgänglig juridisk begreppsvärld.

I detta ligger inte ett krav på att man helt borde överge den specifika juridiska begreppsligheten. På samma sätt som andra traditioner kan bestå, så länge de kan diskursivt försvaras, har den juridiska begreppstraditionen en plats i rätten, men den måste acceptera att bli underkastad en fortgående diskursiv prövning. I denna process kan

---

[356] I Finlands nya grundlag från år 2000 har man i 22 § angivit att det allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses. Denna bestämmelse intogs år 1995 som 16a § 1 mom. i den dåvarande regeringsformen och var då försedd med bl.a. följande motivuttalande (Reg. prop. 309/1993 s. 31): "Eftersom de grundläggande fri- och rättigheterna uttrycker de allmänt omfattade grundvärdena i samhället, kan man inte anse det tillräckligt att deras inverkan utsträcker sig endast till förhållandet mellan individ och stat. De grundläggande fri- och rättigheterna skall ha en inverkan på hela samhället."

[357] Länsineva 1998 s. 116.

[358] Pöyhönen 1998 och i mer genomarbetad form Pöyhönen 2000.

[359] Också Tuori 2000 s. 301 betonar, att man för att garantera rättens legitimitet i svåra fall bör formulera motiveringarna för besluten så, att också det breda rättssamfundet (medborgarna) kan delta i diskussionen om dem.

dess innehåll förändras. I stället för att ta avstånd från den juridiska begreppsligheten som sådan bör man snarare söka skapa nya principer och begrepp som ligger närmare den vardagsverklighet på gräsrotsnivå i vilken den senmoderna moraliska kommunikationen har sin bas. Det är t.ex. inom privaträtten fråga om att komma över den abstrakta begreppsbildning som förhindrar bl.a. en diskussion av de konkreta parternas ekonomiska och sociala behov i varje aktuell situation och dessas betydelse för de rättsliga avgörandena.[360] Ett mål för en förnyande privaträttsdogmatik bör vara att skapa nya rättsbegrepp och nya argument som bryter igenom de privaträttsliga lärornas abstrakta fasad och närmar den juridiska diskursen till den samhälleliga. Den juridiska begreppsapparaten bör utvecklas så att den inte ödelägger den moraliska diskursen[361] utan ger den nya möjligheter. Det är fråga om en ny relation mellan det principiella och det situationsbundna i rätten.

(Över)betoningen av grundrättigheterna i dagens finländska rättsliga debatt kan – men behöver inte – vara problematisk i nyssnämnda hänseende. Ur kommunikativ synvinkel har denna debatt en positiv funktion så länge den på nyss omtalat sätt bidrar till att öppna portarna för den moraliska diskursen. Om man emellertid juridifierar grundrättigheterna så att doktrinen mynnar ut i en ny form av juridisk teknikalitet, kan debatten få motsatta effekter. Då kan man se grundrättstänkandet som ett juristernas försök att lägga beslag på hela samhällspolitiken.[362] Jag får anledning att återkomma till grundrättigheternas möjliga roll som systematiseringsredskap också senare.[363]

Det senmoderna kravet på nya möjligheter till moralisk kommunikation förutsätter m.a.o. nya nyanser och betoningar i uppbyggnaden av privaträtten. En privaträtt, som avspeglar den senmoderna moralens momentana och pragmatiska karaktär, är i minskande grad anknuten till allmänna och "eviga" etiska principer och fasta nationella

---

[360] Detta har varit huvudmålet med mitt arbete Social civilrätt (1987).

[361] I USA, där rättegången fått en långt mer central roll som normativ nydanare, har man t.ex. kritiserat "rights talk" för att det förstör den politiska diskursen, se t.ex. Porsdam 1997 s. 87.

[362] Ett tänkvärt yttrande av sociologen Klaus Mäkelä på ett seminarium (Oikeusolot 2000) 28.11.2000.

[363] Se nedan kap. 7.

privaträttsliga begreppsstrukturer. Det är en rätt, inom vars ram de moraliska bedömningarna fortgående måste underkastas nya avvägningar och omprövningar. Det är en rätt, som ger oss mer möjligheter att göra vägarna medan vi går dem, att kommunicera små berättelser om gott moraliskt handlande. Det kan inte undvikas, att det är en mer fragmentarisk rätt, som är "befriad" från den blinda lydnaden till traditionen och därigenom iståndsatt att diskursivt ifrågasätta också den traditionella juridiska begreppsligheten.

En ny juristroll

I den moraliska kommunikation som äger rum i en rättegång intar domare och jurister centrala roller. Deras auktoritet i denna kontext är delvis baserad på expertkunskap, på att de förutsätts vara invigda i den juridiska begreppslighetens hemligheter, men delvis också på mänsklig erfarenhet. I den mån betydelsen av den moraliska kommunikationen växer framhävs den senare formen av auktoritet.[364] Idealbilden av juristen i en sådan situation är en person som kan uppträda som en professionell i att utföra common sense-baserade moralbedömningar, som en erfaren moraldebattör med gott bondförnuft. Juristen är inte och bör inte vara en modern professionell i den meningen att han blott besitter expertkunskap på något begränsat område, som medicin, fysik eller psykologi, utan i idealvärlden borde han snarare vara en multidisciplinär intellektuell, som har förmåga att formulera och diskutera pragmatiska moraliska frågor.

Rättens nya funktion förutsätter m.a.o. en partiell förändring av domar- och juristrollerna. I den fragmenterade juridiska miljö som växer fram förlorar domaren sitt traditionella gömställe, rättsordningen. Han kan inte i de fall som nu är i fråga motivera sina avgöranden blott med hänvisning till det traditionella rättsliga systemet. Han kan inte heller ersätta den bristande rättsliga legitimationen genom att hänvisa till något etiskt system, då också dessas legitima kraft är begränsad. Inte ens de samhällsvetenskapliga större eller mindre berättelserna erbjuder honom något fullgott skydd, i det man alltid kan ifrågasätta

[364] Då Raes 1996 s. 35 hävdar, att "the authority of politicians and judges in the modern state does not rely upon 'theoretical expertise' but on 'practical authority'", har han säkerligen denna utvecklingsgång för ögonen.

också dem. Man kan t.ex. inte med säkerhet säga, vilken effekt en hyresreglering har på marknaden för hyresbostäder, eller om en bredare acceptans av en lära om socialt prestationshinder verkligen skulle medföra ökade svårigheter för (potentiellt) arbetslösa att erhålla kredit. Inte heller det att ett avgörande till äventyrs kan ges exempelvis en rättsekonomisk motivering, ger det någon övertygande legitimitet. Liksom andra professioner i det senmoderna inte längre kan gömma sig bakom sina kunskapssystem,[365] står också domaren naken. På samma sätt som andra subjekt – såväl professionella som lekmän – måste möta de moraliska frågorna ansikte mot ansikte i praktiska situationer, är också domaren i många fall lämnad ensam med sina moraliska val.

En sådan utveckling kan ges en mycket negativ bedömning, men den har också en positiv sida. Den optimistiska tanken på det senmoderna som den personliga moralens era gäller också juristen och domaren. En starkare betoning av domarens personliga moraliska ansvar ligger i linje med och är lika nödvändig som framhävandet av allas vårt moraliska ansvar för de val vi träffar som lekmän och samhällsmedborgare.

Jørgen Dalberg-Larsen har framfört liknande tankar om den "postmoderna juristrollen".[366] Han tecknar en ljus bild av juristprofessionens ställning, då rätten blir viktigare i ett samhälle som saknar en gemensam moral eller religion. Juristernas roll och uppgifter kommer emellertid att förändras under inverkan av många förändringar i samhället och rätten – vilka omtalas också i förevarande arbete – såsom globaliseringen, den snabba teknologiska förändringen, individualiseringen, regleringens ökade flexibilitet och föränderlighet, samt femininiseringen av juristskrået. Utgående från dessa tendenser skissar Dalberg-Larsen upp bilden av den postmoderna juristen: i ett samhälle där de sociala och juridiska värdena är pluralistiska är juristen tvungen att träffa ett val avseende hans eller hennes värden och roll. Som bäst kan juristen då kombinera drag från olika roller: den klassiska juristrollens respekt för individen, den välfärdsstatliga juristrollens strävan att förverkliga sociala målsättningar och den postmoderna juristrollens önskan att basera juristens aktivitet på det verkliga livet av i dag och dess många aspekter.

---

[365] Beck 1994 s. 48 f.
[366] Dalberg-Larsen 1999.

Oberoende av om man vill acceptera just denna rekommendation – som i sig ter sig tilltalande – förefaller dess utgångspunkter i varje fall ligga i linje med den partiella omdefiniering av juristrollen som jag här antagit vara nödvändig. Varken Rättens System, det Etiska Systemet eller den Rationella Vetenskapens System kan längre på ett trovärdigt sätt bära allt ansvar för det rättsliga beslutsfattandet. Då det inte finns någon systematisk auktoritet, som befriar juristen från moraliska val, får hans eller hennes personliga val betydelse och han eller hon bär ett moraliskt ansvar för dem. Just betoningen av domarens och juristens – och rättsvetenskapsmannens – personliga moraliska ansvar för de avgöranden han eller hon träffar i sin verksamhet är ett av de mest centrala dragen i den syn på rätten som jag söker utveckla i det föreliggande arbetet.

För att rätt kunna bära detta ansvar måste man dessutom också inse och förstå det emotionella element som ingår i rätten. Betydelsen av denna aspekt blir uppenbar, då man erkänner att samhället inte kan styras och beslut fattas blott utgående från rationella kunskapssystem. I det senmoderna betonar man ofta – som en kritik av den förment rationella beslutsfattaren, som man inte längre litar på – att man måste acceptera att intuition och känslor spelar en roll i allt samhälleligt beslutsfattande. Då domaren och juristen har att fatta beslut utan säkert ryggstöd i Systemen blir också i deras verksamhet intuition och känslor betydelsefulla, om man så önskar det eller inte.[367] Man kan utnyttja dem, när det ter sig acceptabelt, och man kan kämpa mot dem, när de missbrukas, bara genom att öppet erkänna deras förhandenvaro också i juridiskt beslutsfattande. Enbart om juristerna är medvetna om betydelsen av intuition och känslor är de tillräckligt utrustade för att bära det personliga moraliska ansvaret för de avgöranden som de träffar.

I sig är konflikten mellan rationalitet och känslor inte ny i det juridiska tänkandet. Den har tvärtom djupa rötter i vår rättskultur. Den ingår redan i vår uppfattning om den goda domaren, vars bild ofta innehåller båda de motstridiga dragen. Å ena sidan säger man att en god domare bör vara utrustad med empati och förstå människor, vara

[367] Särskilt i kvinnorättsliga sammanhang har man understrukit vikten av att beakta de emotionella elementen i rätten, se hos oss t.ex. Pohjonen 1998, kap. 1, med vidare hänvisningar. Ett gott slagord har kreerats av Petersen 1995 s. 10, som rekommenderar "erotics as cure for erosion".

känslomässigt engagerad; å andra sidan förutsätter man att domaren bör verka som en känslolös maskin som bara tillämpar rätten – t.o.m. med en bindel för ögonen, så att en eventuell empati inte skall påverka avgörandena. I den senmoderna rätten råkar denna bindel oundvikligen på sned. Då den senmoderna moralen utvecklas i människors dagliga möten med andra människor, i kommunikationen mellan människor, kan domaren inte göra sina moraliska bedömningar utan att se den han möter. Ett moraliskt sätt att möta den andre förutsätter förmåga till empati.[368] Domarens känslor får större betydelse, men samtidigt växer hans eller hennes ansvar för kontrollen av dem.

Man kan förutse att empatin blir ett av nyckelorden för kritisk rättslig praktik. Den empatiska domaren får möjlighet att skapa solidarisk rätt genom att ta hänsyn till svaga och åsidosatta gruppers särskilda behov. Ur en välfärdsstatlig synvinkel framstår betoningen av intuition och emotioner trots detta inte som odelat positiv. Lagens kalla bokstav skyddar ofta de svaga grupperna bättre än en emotionell domare. I den mån lagstiftningen inte fyller de förhoppningar man kan ställa på den – vilket man ju redan enligt vad som framgick av kap. 2 på goda grunder kan bekymra sig för – är man dock tvungen att betona envar jurists ansvar för ett empatiskt förhållningssätt i relation till dem som behöver det. Det att man erkänner empatins betydelse kan bli en del av en solidarisk rättslig strategi, inom ramen för vilken man strävar att bygga små goda berättelser om rätten och dess möjligheter.[369]

Känslorna är viktiga motorer för verksamhet. En kritik som framträder som rent rationell utslätas förr eller senare till rutin. Man behöver en fortgående "carnivalization of emancipatory social practice".[370] En solidarisk rättsstrategi förutsätter ett emotionellt element som bränsle för kritiken. Det är därför som empatin är betydelsefull som en aspekt av den rättsliga aktivism som den moraliskt ansvariga senmoderna juristen ägnar sig åt.

---

[368] Vackra analyser av kärleken och vänskapen som rättvisans och därmed också rättens källor kan avnjutas hos Minkkinen 1998, särskilt kap. 10, och Carnera Ljungström 1998.

[369] Jag har i ett annat sammanhang noterat att man i tillägg till den mångkunnige Hercules, J. skulle behöva en Robin Hood, J., som handlar empatiskt i enskilda fall, se Wilhelmsson 1992 s. 74.

[370] De Sousa Santos 1995 s. 578.

Den förlorade tron på ett konsekvent och rationellt motiverat rättsbyggande behöver m.a.o. inte betyda en förlorad tro på rätten som ett medium för förändring. Tvärtom ökar kraven på en juridisk aktivism, som är baserad på en kontextuell moralisk diskurs, och gruppen av möjliga subjekt för en sådan aktivism växer. Betoningen av juristernas och domarnas personliga ansvar innebär att de inte med gott samvete i alla situationer i rättspositivistisk anda kan hänvisa till "lagstiftaren" som den enda tänkbara motorn för utveckling. I stället för att rikta blickarna enbart mot en monolitisk systemskapande lagstiftare, kan den jurist som vill bära sitt moraliska ansvar i sin verksamhet utnyttja rättens inneboende potential att erbjuda argument för rättvisa avgöranden och härigenom delta i att skapa nya goda berättelser i rätten.

Detta gäller jurister i många olika positioner. Det berör inte bara domaren, då han möter parterna i det enskilda fallet, utan även rättsdogmatikern, då han skapar de begreppsliga instrument som å ena sidan kan hjälpa domaren till ett gott avgörande och å andra sidan kan utveckla rätten vidare på basen av detta avgörande. Rättsforskaren kan inte undfly sitt personliga moraliska ansvar genom att söka skydd i den rationella vetenskapens elfenbenstorn. Som Kaarlo Tuori har framhållit är rättsvetenskapsmannen fången i sin samhälleliga ställning som en deltagare i det normativa juridiska spelet, vilket innebär att hans ställningstaganden alltid också har performativa egenskaper; det är en illusion att han skulle kunna välja en rent kognitiv inställning till rättsordningen.[371] Inte ens för forskaren kan Systemen utesluta de personliga valen på ett sätt som skulle övertyga någon annan än måhända den som bekänner sig till samma vetenskapliga skola.

Den empatiska aktivism som kännetecknar en god jurist i det senmoderna kan finna en god grogrund just i ansvarsrätten. Varför detta är fallet skall jag se närmare på i det följande.

Varför just ansvarsrätten?

Ovan sökte jag visa, hur rättegången kan bli ett av de fora för en pragmatisk moraldiskurs som det senmoderna samhället behöver och hur juristerna kan och bör ta ansvar som subjekt för en sådan diskurs. Denna funktion är förvisso inte begränsad till något särskilt rättsområ-

371 Tuori 2000 s. 312.

de. Jag vill emellertid påstå att ansvarsrätten företer många drag, som gör just ansvarsrättegången attraktiv för den som söker ett rättsligt medium för moralisk kommunikation.

Jag har ovan betonat det personliga moraliska ansvarets växande betydelse i det senmoderna. Detta ger till synes ett ganska uppenbart svar på frågan, varför just ansvarsrätten är intressant. Betoningen av subjektens moraliska ansvar avspeglas i rätten i en fokusering på deras juridiska ansvar. Den tilltagande friheten medför inte blott ett ökat moraliskt utan även ett ökat rättsligt ansvar. Ju mer man kräver moraliskt av subjekten, desto mer kan man kräva också juridiskt. Denna till synes självklara förbindelse kan emellertid vara skenbar. Ett genomreglerat och systematiserat strängt juridiskt ansvar kan ju innebära just det som man sagt sig lämna: återkomsten av ett System att gömma sig bakom, ett System som befriar en från det personliga moraliska ställningstagandet. Även om ett sådant juridiskt ansvar av andra skäl stundom kan vara önskvärt,[372] är det därför inte det som i sig gör ansvarsrättegången så användbar som forum för moraldiskurs. Det är andra drag i ansvarsrätten som gör att den passar så väl in i ett samhälle som hoppas på en personlig moral trots avsaknaden av en systematisk och allmänt accepterad etik.

I sig har skadeståndsrättens nära samband med moralen redan traditionellt varit uppenbart och man har också erkänt detta samband.[373] Diskussionerna om skadeståndets moralbildande effekt som en del av dess preventiva funktion har avkastat oräkneliga inlägg. Visserligen ställer man stundom i den skadeståndsrättsliga diskussionen mot varandra två olika synsätt, där moralen förefaller framträda mer direkt blott i det ena. Å ena sidan säger man, att skadeståndsansvaret är baserat på idéer angående subjektets autonomi och moraliska ansvar, medan man å andra sidan kan tala mer om samhällelig nytta och effektiv allokering av förluster. Ett sådant antingen-eller-tänkande passar dock illa in på en senmodern ansvarsrätt, där ett både-och framträder

---

[372] Jag vill här särskilt återkalla i minnet det som sagts ovan i kap. 3 om de behov som ansluter sig till försäkringsrationaliteten i försäkringssamhället.

[373] Se t.ex. den historiska introduktionen hos Owen 1995 s. 1 ff.

som mer naturligt.[374] Ansvarsrätten har både att göra med moraliskt handlande och med allokering av förluster.[375] Detta räcker för att göra ansvarsrätten intressant i förevarande avseende. Det är ju fråga om att den kan fungera som forum för moralisk diskurs, inte att den nödvändigtvis gör det i alla fall. Dessutom genererar också den distributiva funktionen moraliska argument; man talar ju inte blott om en effektiv, utan även om en rättvis allokering av förlusterna. Den distributiva rättvisan är också en del av moralens argumentarsenal. Till frågan om de olika formerna av rättvisa i den ansvarsrättsliga moraldiskursen återkommer jag ännu nedan.

Dessa iakttagelser ger likväl ännu inte någon tillräcklig grund för påståendet om skadeståndsrättens och ansvarsrättens goda förmåga att producera diskursiv moralisk kommunikation. De framhäver blott en viktig förutsättning, nämligen att ansvarsrätten berör situationer, som uppfattas som relevanta från ett moraliskt perspektiv.

Man kan mer konkret säga att ansvarsrättens orientering mot handlingar och verksamheter är ägnad att producera rättegångar kring situationer där de moraliska bedömningarna blir uppenbara.[376] Det är också ofta fråga om situationer som är så lätta att relatera till den allmänna moraldiskursen att man inte kan moraliskt "neutralisera" dem bakom en mystifierad juridisk begreppsapparat. Envar som undervisat privaträtt vet hur mycket lättare det är att få t.o.m. första årets studeranden engagerade i en debatt om den moraliska försvarbarheten hos skadestånds-

---

[374] Andersson 2000 s. 39 konstaterar, att man i Sverige bör utmönstra ur teoribanken den "modernistiska" dogm som betonar den reparativa funktionen så starkt att man inte alls vill vara tvungen att diskutera den skadegörande handlingen eller verksamheten. – Som Bengtsson 1998 s. 154 noterar, utesluter t.ex. ansvarsförsäkring ju inte en eventuell moralbildande effekt hos skadeståndet.

[375] Englard 1993 har ägnat en hel bok åt att försvara en "complementary vision of tort law", som skulle justifiera den inkoherens som ansvarsrättens pluralism ger upphov till. Både korrektiv och distributiv rättvisa bör anses vara relevanta. Häyhä 1999 s. 123 betonar i samma anda, att det strikta ansvaret, även om det sagts representera en distributiv rättvisa, också ger möjlighet att bedöma moralen i en verksamhet. Beträffande skadeståndsrätten som en blandning av korrektiv och distributiv rättvisa, se även t.ex. Honoré 1995 s. 84 f. och hos oss Hemmo 1996 s. 329 ff. Också Teittinen 1999 betonar den mångfacetterade karaktären hos förhållandet mellan skadeståndsrätt och rättvisa.

[376] "More than any other area of the law, tort law offers examples of how people should and should not treat each other", Owen 1995 s. 27.

rättsliga avgöranden än att åstadkomma detsamma vad avser avgöranden angående, exempelvis, komplicerade säkerhetsrättsliga eller bolagsrättsliga frågor eller internationella kommersiella avtal. De förra avgörandena kan i långt större grad relateras till studerandens egen vardagsverklighet, hans egna gräsrotserfarenheter. Skadeståndsrätten, ansvarsrättens centralområde, är redan traditionellt fylld av pragmatiska common sense-avvägningar med moralisk kvalitet.[377] Just skadeståndsrätten har sagts innebära rättens mest konstanta utövning av såväl tillämpad moral som tillämpad politik.[378] Ansvarsrätten är kontextuell på samma sätt som den senmoderna moralen.

En moralisk bedömning som sker i konkreta möten med andra förutsätter också att dessa andra uppfattas som individer med särskilda egenskaper och roller. Ansvarsrätten har sedan gammalt en nyanserad syn på rättssubjekten. De rättsliga subjekten möter oss inom detta rättsområde åtminstone i någon utsträckning som konkreta personer, inte blott som abstrakta rättsbegrepp. Ansvarsrätten har bringat personernas egenskaper, särskilt deras varierande förmåga,[379] på agendan, och den synliggör också olika sociala roller. I ansvarsrätten betraktar man inte individen utan rollattribut. Dess subjekt möter i särskilda roller såsom fackmän,[380] läkare och jurister eller som barn. Det senmoderna splittrade subjektet uppträder här i en liknande splittring på det rättsliga planet.

I detta sammanhang är det skäl att ånyo hänvisa till ytterligare en omständighet, som understryker ansvarsrättens öppna karaktär. Jag avser nu den öppenhet för deltagande i den ansvarsrättsliga diskursen som nämnts redan ovan i kap. 3. Vid sidan av de avgöranden som fattas och den diskurs som sker inom ramen för de egentliga rättsliga institutionerna såsom domstolarna pågår motsvarande aktiviteter också på många andra håll.[381] Inte blott domarna och processjuristerna utan

---

377 Som Williams 1995, särskilt s. 493 ff., noterar, kan skadeståndsrätten erbjuda moralfilosofin mycken common sense-baserad insikt.

378 Stapleton 1999 s. 520.

379 Se närmare Wilhelmsson 1987 s. 61 ff.

380 Se t.ex. den intressanta analysen av professionellt ansvar (Berufshaftung) i artikeln Hopt 1983.

381 På samma sätt som institutioner i det senmoderna inte har något monopol på den etiska diskursen, Bauman 1992 s 201 f., kan de rättsliga institutionerna inte längre monopolisera den rättsliga diskursen.

också andra aktörer, t.ex. inom olika professioner, deltar i den ansvarsrättsliga diskursen. Jag tänker här på varierande former av självreglering inom ramen för nämnder och liknande organ, som förekommer särskilt inom näringslivet och försäkringsväsendet samt i anslutning till olika professioner. Organ av denna typ baserar ofta sin verksamhet på en blandning av rättsliga regler och interna självreglerande normsamlingar, som stundom explicit betecknats som moralkoder. De fall de behandlar avser mycket ofta ansvarsfrågor. De egentliga ansvarsrättegångarna i domstol utgör sålunda en del av ett mer vidsträckt och polycentriskt komplex av metoder för att handlägga ansvarsfrågor, som i sin helhet kan fungera som ett fält för moralisk kommunikation. I ansvarsrätten sammankopplas på detta sätt också den allmänna common sense-moraldiskursen med mer specialiserade moraldiskurser som pågår inom de enskilda professionerna.

Utrymmet för ansvarsrättens kontextuella samt personrelaterade och professionellt uppmärksamma common sense -bedömningar skapas av rättsområdets flexibla struktur. Ansvarsrätten är, som redan noterades i kap. 3, innehållsligt öppen och utvecklas i hög grad genom rättspraxis. Detta gäller inte blott i Norden, utan även annorstädes: komparativa studier har visat att den moderna skadeståndsrätten i Europa utvecklats relativt oavhängigt av eventuella kodifikationer och framstår väsentligen som skapad av domstolarna.[382] Denna flexibilitet i ansvarsrätten ter sig i dag ofrånkomlig.[383] Just ansvarsrätten har därför möjlighet att avspegla den senmoderna moralens momentana och pragmatiska karaktär och erbjuda en ram för fortgående reflektion och omprövning av de moraliska bedömningarna.

Jag noterade tidigare, att en process angående frågor som ligger närmare rättens allmänna läror ofta är ägnad att öppna bredare fält för moralisk kommunikation. På ansvarsrättens område är denna nära koppling till de allmänna lärorna i många fall för handen. Redan grundidén bakom ansvarsrätten är ju, som ovan noterades, pluralistisk och oscillerar mellan bedömningar av moralen hos det autonoma

---

[382] von Bar 1996b s. 4.

[383] Redan i kap. 3 beskrevs hur komplexiteten i dagens samhälle utesluter en mycket generaliserad och formaliserad ansvarsrätt. Ansvarsrätten i det utvecklade industrisamhället är inte regelstyrd, utan blott "norm- und prinzipienorientierte ad hoc -pragmatische Kasuistik", Brüggemeier 1997b s. 676 och 1999 s. 33.

rättssubjektets handlingar och avvägningar rörande en godtagbar fördelning av risker. De olika formerna av rättvisa som är involverade kan inte fullt ut sammanvägas in abstracto, utan måste göras till föremål för en bedömning där inte blott handlingen, utan även situationen och de inblandade parterna klart kommer till synes. Vem skall t.ex. bära förlusten, då en fattig person genom klandervärt förfarande vållat skada på en rik?[384] De korrektiva och de distributiva argumenten kan här peka i olika riktning.

I den pluralistiska ansvarsrätten är redan själva utgångspunkten för det ansvarsrättsliga avgörandet, ansvarsgrunden, omdebatterad. Den kontinuerliga diskussionen kring culpaansvar versus strikt ansvar är vardagskunskap för juristen. Myriader av rättsfall produceras runt om i världen, i vilka man om och om igen har att ta ställning till frågan, på vilken grund en person bör göras skadeståndsansvarig. Hos oss har lagstiftaren medvetet undvikit att fullt ut binda praxis i denna grundläggande fråga, vare sig det gäller skadeståndsrätten eller kontraktsrätten.[385] Redan denna basala konflikt i ansvarsrätten håller fortgående dörren öppen för en pragmatisk moraldiskurs. Också i sig är ju dessutom både det grundläggande culpabegreppet och de traditionella argumenten för strikt ansvar, såsom farlighet och ekonomisk vinning,[386]relativt öppet moralrelaterade. Även om man inte går så långt i öppenhet som i den nya holländska civillagboken, enligt vilken man också vid avsaknad av culpa kan bli ansvarig både utom och inom kontrakt om man befinns "answerable according to common opinion",[387] kan man m.a.o. med fog påstå, att just det sätt på vilket ansvarsgrunden definierats, eller snarare lämnats odefinierad, är en av anledningarna till att ansvarsrätten lämpar sig så väl som forum för en moraldiskurs.

Också i andra avseenden än i fråga om ansvarsgrunden är ansvarsrätten flexibel och ger utrymme för en diskursiv approach. Man kunde med en blott lindrig överdrift säga att hela den finska skadeståndslagen är en

---

[384] Sådana bedömningar har man måst göra t.ex. i de rättsfall som nämns i Wilhelmsson 1987 s. 91.

[385] Se ovan kap. 3.

[386] Häyhä 1999 s. 122 ff. analyserar anknytningen mellan det strikta ansvaret och olika rättvisebegrepp. Se också t.ex. Gordley 1995, s. 151 ff., som erbjuder en aristotelisk motivering för strikt ansvar. En argumentering för produktansvar baserad på Rawls' rättviseteori presenteras av Attanasio 1995.

[387] Art. 6:162 para. 3 samt 6:75 (beträffande kontraktsansvar), omtalade av Hartkamp 1992 s. 11.

enda stor generalklausul. I skadeståndslagen finns som känt ett otal skälighetsregler om ansvarets omfattning eller om ansvarsgrund och -belopp i kombination, såsom t. ex. stadgandena om barns och arbetstagares ansvar och som sista upplösningsmekanism den allmänna jämkningsregeln. Också principerna för bestämningen av ersättningsgill skada och för beräkningen av skadestånd är i många avseenden öppna för en fortgående pragmatisk diskussion.[388] Skadeståndsrätten har m.a.o. öppnat så många möjliga inkörsportar för moralisk argumentation, att det knappast finns något kvar av den rättsliga försvarsmuren.[389]

Ansvarsrätten är inte heller alltför tungt belastad av en mystifierande juridisk teknikalitet, även om en sådan naturligtvis inte helt saknas heller på detta område. Trots juristernas förkärlek för att formulera problemen med hjälp av rättsliga begrepp som culpa och strikt ansvar eller utomkontraktuellt och inomkontraktuellt ansvar, har detta inte hållit den ansvarsrättsliga diskursen på långt avstånd från den moraliska. Ansvarsrättens nya funktioner kan också göra begreppsliga indelningar av det nyssnämnda slaget ännu mindre distinktiva än förut.

Just flexibiliteten kan i vissa avseenden göra den civilrättsliga ansvarsprocessen mer intressant som forum för moralisk diskurs och kommunikation än den andra traditionella kanalen för rättslig moralpåverkan, straffprocessen. Den strikta och givetvis motiverade bindningen till principen om nulla poena sine lege begränsar i någon grad möjligheterna till öppet nytänkande i straffprocessen. Straffrätten ger inte domare och parter samma potential för att beträda helt nya fält som ansvarsrättens täckande ansvarsgrunder.[390] Det straffrättsliga spåret i de finska tobakspro-

---

[388] Som ett gott exempel på en starkt moralpräglad diskussion om ersättningsgill skada kan man nämna debatten om efterlevandes rätt till ersättning för lidande, som en närstående persons död förorsakat. Debatten ledde till att man intog en regel som medger ersättning i vissa fall i den finska skadeståndslagen 5:4a.

[389] Varmed inte är sagt att man inte i praxis trots detta försöker gömma sig bakom en mer formalistisk mur, se t.ex. motiveringarna i det i offentligheten häftigt omdebatterade Jammu-fallet, HD 1991:146; analyserat och kritiserat t.ex. av Sisula-Tulokas 1995 s. 231 ff. Den kritik som avgörandet drabbades av var ett av skälen till den lagreform som nämndes i föregående not.

[390] Också i andra avseenden kan den privaträttsliga processen stundom framstå som ett mer förmånligt redskap för käranden än den straffrättsliga, vilket ju internationellt åskådliggjordes väl genom den fällande skadeståndsdomen mot O.J. Simpson. Stapleton 1999b och 2000 har ingående analyserat denna trend att utnyttja skadeståndsrätten som en form av "civil prosecution" också vid traditionella grova brott.

cesserna[391] väckte långt mindre positiv respons i juristkretsar än det ansvarsrättsliga. I ett samhälle, där behovet av en diskursiv moral växer, kan också av denna anledning skadeståndsprocesserna tänkas få en relativt sett mer betydelsefull roll som moralregulatorer.[392]

Ansvarsrättegången har således många sådana särdrag, som gör att den kan utnyttjas för att granska moralen hos subjektens handlingar på ett pragmatiskt sätt, med bondförnuft, utan att man förgäves behöver söka stöd i något etiskt system.[393] Just i ansvarsrättegången kan man skapa moraliska kartor genom att fortgående gå vägarna. Ansvarsrätten erbjuder ett forum för den moraliska kommunikations- och inlärningsprocess som ett moraliskt medvetet senmodernt samhälle behöver.

Som ett exempel från aktuell praxis kunde man också i detta sammanhang hänvisa till de redan tidigare omtalade finska skadeståndsprocesserna mot beslutsfattare inom bankväsendet efter 1990-talets bankkris. Det är klart att det primära syftet med dessa rättegångar inte varit att erhålla reparation av de skador som drabbat bankerna, staten och samhället. Käranden kunde inte förvänta sig mer än symboliska ersättningar, i jämförelse med de miljardbelopp man förlorat – man kommer knappast ens att få rättegångskostnaderna ersatta.[394] Dessa rättegångar

---

391 Se Tupakkateollisuuden rikosvastuu 1–3.

392 Med detta vill jag inte säga, att ansvarsrätten skulle eller borde få en mer betydelsefull plats än straffrätten i det senmoderna samhällets regleringsmix. Komponenterna i denna mix bestäms och bör bestämmas på grundval av också många andra synpunkter än frågan, hur väl processen lämpar sig som ett forum för moralisk diskurs.

393 Brüggemeier 1997b s. 675 f. (upprepat 1999 s. 32) framhåller på samma sätt att ansvarsrättens innovativa avgöranden "sind weder das zwingende deduktive Ergebnis einer systematischen Dogmatik noch einer abstrakten Gesellschafts- oder Moraltheorie. Sie sind kompromisshafte und vorläufige Lösungen ... ", varför rättsutvecklingen är möjlig "ohne Bezug auf "letzte" moralische, religiöse oder philosophische Werte, über die in einer konfliktreichen , multikulturellen, differenzierten Gesellschaft ... ein Konsens nur schwerlich herstellbar ist." Från ett filosofiskt perspektiv argumenterar också Coleman 1995 för att den korrektiva rättvisa som skadeståndsrätten bygger på inte kan ges någon fast mening, utan den får sitt innehåll i "practices" både i samhället och skadeståndsrätten, vilka i sin tur kan ifrågasättas utgående från detta kontextuella rättvisebegrepp – "The Practice of Corrective Justice".

394 I slutet av år 1999 hade staten i sparbanksprocesserna, som förts mot närmare 300 personer i ledningen av sparbankssektorn, betalat sammanlagt 116,34 miljoner mk (19,6 miljoner euro) i rättegångskostnader, och fått in 25,6 miljoner mk (4,3 miljoner euro) i skadestånd och kostnader, Helsingin Sanomat 28.10.2000. Flera processer var dock ännu inte slutförda.

har varit viktiga av andra skäl. De har bl.a. erbjudit ett forum och en katalysator för den moraliska diskussion som samhället efter bankkrisen behövde. I dessa processer kunde man pragmatiskt diskutera, vilket moraliskt val varje aktör borde träffa för egen del i motsvarande situation.

Moralen och ansvarsrättens funktioner

Vi kan nu bättre se ytterligare detaljer i den framväxande bilden av en ansvarsrätt med nya funktioner. Ansvarsrättsprocessen kan få ett värde i sig som ett forum för moralisk diskurs och ett medium för moralisk kommunikation. Denna kommunikation fungerar bäst i en begreppsvärld som är tillgänglig också utanför en snäv krets av experter, d.v.s. i tvister rörande sådana ansvarsrättsliga frågor som inte är alltför belastade av juridisk teknikalitet.

Avsaknaden av enighet angående de etiska systemen skapar ett behov av en process där man fortgående i anslutning till konkreta situationer kan konfrontera olika synsätt mot varandra och omvärdera ståndpunkter som man tidigare intagit. Detta framhäver i högre grad än tidigare de rättsliga avgörandenas situationsbundna karaktär. Också detta behov finner en god resonans i ansvarsrättens tradition. Endast i relation till konkreta situationer kan man väga mot varandra de olika former av rättvisa som ansvarsrätten bygger på.

I ansvarsrätten bedömer man mänskligt handlande. Moraldiskursen i ett ansvarsrättsligt avgörande handlar om vad ett moraliskt ansvarigt subjekt bör göra och icke bör göra i relation till sina medmänniskor. Den moraliska kommunikationen grundas då primärt i krav på korrektiv rättvisa. I de termer som tidigare använts i detta arbete kan man tala om en ny aspekt av ansvarsrättens växande regleringsfunktion.

Man kan emellertid i ansvarsrättegångens pragmatiska moraldiskurs använda också andra argument än dem som är förknippade med korrektiv rättvisa. Ansvarsrätten innehåller som nämnts också element av distributiv rättvisa. Jag har i ett annat sammanhang sökt visa, hur skadeståndsrättens skälighets- och jämkningsregler bottnar i ett behovsorienterat tänkande, som är typiskt för den välfärdsstatliga rättvisesynen.[395] Dessa regler ger möjlighet för domaren att i det konkreta

[395] Wilhelmsson 1987, särskilt s. 84 ff.

fallet möta parterna så att han tar hänsyn till deras personer och de (ekonomiska) behov som de har. I dessa regler är det likväl oftare fråga om en "negativ" distributivitet, en fråga om att skydda de svaga mot höga skadeståndskrav, än om ett positivt bidrag till att stärka de svagares ekonomiska position. Positiva distributiva argument – en aktiv behovsorientering i bredare mening – utnyttjas snarare i samband med utvecklingen av striktare ansvarsformer.[396] Tendensen härtill hänger nära samman med utbredningen av den försäkringsrationalitet varom var tal i föregående kapitel, och jag skall inte upprepa den diskussionen här. Det räcker att konstatera, att den ansvarsrättsliga moraldiskursen också kan bidra till ansvarsrättens eventuella socialskyddsfunktion. Även om ansvarsrätten inte kan åstadkomma ett socialskydd som sådant, kan den bringa också behovsargumenten in i den moraliska kommunikationen. En solidaritet som grundar sig på en omfördelning av risker och olyckliga omständigheter kan komma till synes också i den moraldiskurs som aktualiseras i enskilda fall.

Det är m.a.o. viktigt att betona, att ansvarsrättegången kan aktualisera flera slags moral. Det är inte blott fråga om en fariseisk moral, som söker skuld hos den andre, utan också en samaritansk moral, som söker den andres välfärd. Återupplivandet av det personliga moraliska ansvaret behöver inte leda till ett överdrivet skuldtänkande, som innebär omfattande jakt på skyldiga, krav på homogenitet och intolerans och nymoralism i ordens negativa betydelse, utan man kan också pragmatiskt understöda en solidarisk moral. Den empati den nya juristen förväntas känna för de individer han möter, bör hjälpa honom att öppet och positivt möta moraliska argument också av detta slag. Så kan han å sin sida visa det involverade engagemang, den omsorg för människorna i världen vi delar som kanske är den enda möjliga utopin i dagens samhälle.[397]

---

[396] Jag skriver "bredare mening" därför att den behovsorientering jag analyserat i Social civilrätt (1987) relaterar till konkreta individers konkreta ekonomiska ställning, medan utvecklingen av ett strikt ansvar oftare anknyter till skadelidandes behov av ersättning in abstracto.

[397] Se Lash 1994 s. 152, citerad ovan i kap. 1.

5 kap. Mikropolitik och ansvarsrätt

Om hur smågrupper och aktivister kan utnyttja ansvarsrätten i sina syften, bl.a. för att få upp ärenden på den offentliga agenda som administreras av massmedia.

Ansvarsrättens nya uppgifter som regleringskälla och forum för moraldebatt hänger nära samman med förändringar i de samhälleliga maktstrukturerna. Dessa uppgifter kan förväntas bli mer framträdande just för att de sociala strukturer inom vilka uppgifterna aktualiseras har ombildats i betydande mån. Det verkligt nya i ansvarsrättens förändrade roll ligger kanske inte så mycket i reglerings- och moralfunktionerna som sådana, utan i att de framträder i en förändrad konstellation av aktörer. Ansvarsrätten kan utnyttjas som ett verktyg för mikropolitik, varvid möjligheterna att stöda sig på nya relationer mellan rätten och massmedia blir centrala.

Mikropolitik och medborgarmakt

I det senmoderna samhället säger man ofta, och det har sagts också tidigare i detta arbete, att politiken har förlorat sin mening. Den traditionella indelningen i vänster och höger är inte längre övertygande, politiken överflödar inte av kreativitet och nya idéer och den har lika begränsad förmåga att entusiasmera som de ideologiska system som man baserat den samhälleliga verksamheten på.

Man kan emellertid betrakta politiken också i ett annat perspektiv. Man kan hävda att politiken ingalunda är död, utan att den bara har flyttat till en annan plats. Betoningen skulle inte längre ligga på politiken i institutionell mening, utan på vad Ulrich Beck kallar subpolitik.[398] Det är fråga om en politik som inte påverkar samhället uppifrån och ner, från institutionerna mot samhället, utan där riktningen av påverkan snarare är den motsatta, från gräsrotnivån mot institutionerna. Det är fråga om politisk makt, som tagits av olika former av medbor-

[398] Beck 1994 s. 16 ff.

gargrupper med egna intiativ ("citizen-initiative groups").[399] En sådan subpolitik skiljer sig från traditionell politik bl.a. i att aktörer utanför det politiska och korporativa systemet tillåts uppträda på den scen där samhället utformas; Beck nämner som exempel professioner och yrkesgrupper, fabrikernas tekniska intelligentsia, forskningsinstitutioner, utbildade arbetstagare, medborgarinitiativ samt även den offentliga sfären mer generellt.[400]

Också andra har karakteriserat vår tid som en tid för "mikropolitik", för vilken det är typiskt att olika slag av smågrupper och "minoriteter" – vilket inkluderar bland annat kvinnogrupper och representanter för tredje världen – blir centrala element i samhällelig aktivitet.[401] Uppkomsten av nya samhälleliga rörelser av olika slag är ett historiskt fenomen som kännetecknar denna tid. Detta kommer till uttryck i att begreppet "grupp", som klart tar avstånd från begrepp som "klass" och "status", har blivit eller gjorts till[402] en central ideologisk kategori.[403]

Man kan naturligtvis ha olika mening om hur viktig denna mikropolitik är i relation till maktutövningen i samhället generellt sett. Mikropolitikens position och betydelse varierar säkerligen också från samhälle till samhälle.[404] Man kan dock knappast förneka, att många av de brännande samhälleliga frågorna av i dag lyfts upp på den politiska agendan genom försorg av olika slag av smågrupper och folkrörelser, och inte av de institutionaliserade politiska aktörerna: "the themes of the future, which are now on everyone's lips, have not originated from the farsightedness of the rulers or from the struggle in parliament – and certainly not from the cathedrals of power in business, science and the state. They have been put on the social agenda against the concentrated resistance

---

399 Beck 1994 s. 18.

400 Beck 1994 s. 22.

401 Se Jameson 1991 s. 318 ff.

402 Som Alapuro 1998 betonar, är klassificeringarna och de därmed sammanhängande identitetsdefinitionerna ett resultat av en fortgående kamp.

403 Jameson 1991 s. 322. Jameson själv tar skarpt avstånd från denna ideologi: "How classes could be expected to disappear ... has never been clear to me" (s. 319).

404 Som Beck 1994 s. 20 påpekar måste man skilja mellan olika kontexter av individualisering; i Sverige, Schweiz, Holland och västra Tyskland har den utvecklats i en miljö av välfärd och social trygghet, medan läget är helt annat t.ex. i de postkommunistiska länderna. – Ett finskt särdrag är, som framgår nedan, en hög grad av formell organisering.

of this institutionalized ignorance by entangled, moralizing groups and splinter groups fighting each other over the proper way, split and plagued by doubts."[405]

Det är intressant att notera att också informationssamhällets ledande "guru" Manuel Castells både betonar de nya formerna av gräsrotsaktivism som ett av de centrala kännetecknen för det nya samhället och fäster sitt hopp om förändringar vid detta slag av aktivism. Han gör det i egna termer, som framhäver identiteternas makt.[406] Han noterar att den traditionella legitimitetsskapande identiteten (legitimizing identity) har råkat i kris p.g.a. det industriella civilsamhällets upplösning och nationalstatens reträtt och visar hur identitetsbygget i stället väsentligen kommit att anknyta till principen om motståndsidentitet (resistance identity). Dessa identiteter är förankrade i mindre gemenskaper, som vägrar att spolas bort av den globaliserade radikala individualismen. De är antingen reaktivt grundade på traditionella symboler som Gud, nation, familj och etnicitet, eller är uppbyggda kring proaktiva sociala rörelser såsom kvinnorörelsen och miljörörelsen. Från dessa kan växa fram projektidentiteter (project identity), som inte begränsar sig till en defensiv gemenskap, utan som strävar att förändra samhället i stort. Just framväxten av sådana projektidentiteter kan bli en avgörande fråga för samhällsutvecklingen, då dessa enligt Castells kan bli den huvudsakliga källan till social förändring i nätverkssamhället.[407] Castells betonar bl.a. miljörörelsens vikt – "the environmental movement of the last quarter of this century has earned a distinctive place in the landscape of human adventure"[408] – även om han noggrannt registrerar den "kreativa kakafoni" som dess olika uttrycksformer bildar.[409] Miljöengagemanget har dessutom under senare tid uppträtt i kombination med annan aktivism, såsom konsumentaktivism, feminism och rörelser för fattiga, hemlösa och etniska minoriteter, så att "the concept of environmental justice, as an all-encompassing notion that affirms the use value of life, of all forms of life,

---

[405] Beck 1994 s. 19. Beck beskriver också hur medborgarna i de socialistiska länderna bringade systemet på fall "just by assembling in a square" (ibid.).
[406] Se Castells 1997 s. 354 ff.
[407] Castells 1997 s. 67.
[408] Castells 1997 s. 110.
[409] Castells 1997 s. 112 ff.

against the interests of wealth, power, and technology, is gradually capturing minds and policies".[410] – Castells' beskrivning är viktig inte blott p.g.a. den nya begreppslighet han introducerar, utan även – och kanske framför allt – för att den bygger på en omfattande samling av empiriska iakttagelser: förutom de detaljerade analyserna av mer uppenbara exempel på nya rörelser som miljörörelsen, den feministiska rörelsen och rörelserna för sexuell frigörelse presenterar han redogörelser också för så varierande rörelser som de mexikanska Zapatistas, den amerikanska patriotiska militian och den japanska Aum Shinrikyo.

Den tilltagande smågruppsaktivismen avspeglar i någon utsträckning politikens förändrade karaktär i konsumtionssamhället. Påståendena om ideologiernas, och därmed också den totaliserande politikens, död i det postmoderna samhället har ofta anknutits just till konsumtionssamhällets utveckling.[411] Det samhälle som riktar sitt huvudintresse mot konsumtionen erbjuder emellertid också nya möjligheter. Konsumenternas ökade medvetenhet om att de har en central ställning ger utrymme för nya former av konsumentaktivism, såsom olika former av konsumentbojkotter. Konsumentrörelsen håller, som nyss framgick, också på att bredda sina målsättningar och närma sig bl.a. miljöaktivismen. Grön konsumerism och etisk konsumerism är begrepp som används då man hänvisar till sådana här fenomen.[412] Grunden till den potentiellt växande konsumentmakten ligger i det faktum, att konsumenterna på marknaden i dag vanligen finner många mer eller mindre likvärdiga och lättillgängliga alternativ att välja mellan då de fattar konsumtionsbeslut. Detta gör att tröskeln för att protestera genom att byta produkt ofta kan vara låg. I den mån man lyckas organisera denna potential kan konsumenterna eller grupper av konsumenter t.o.m. i betydande mån påverka beslutsprocesserna i de företag som man utpekat.[413] Allt detta förutsätter emellertid att konsu-

---

[410] Castells 1997 s. 132. Det är detta slag av bred "environmental justice" jag haft för ögonen, då jag talat om en "grön civilrätt".

[411] Jameson 1991 s. 398.

[412] Gabriel & Lang 1995 analyserar "konsumenten som rebell" (kap. 8) och "konsumenten som aktivist" (kap. 9).

[413] Linda Genf hävdar på dessa grunder i Svenska Dagbladet 31.7.1999 på ett målande sätt att vi står inför en "[k]onsumentmakt i vardande".

menten i någon grad eller någon situation lämnar sin roll som marknadens idealkonsument, som är intresserad endast av att maximera sitt eget och sin familjs välbefinnande (på kort sikt), och i stället väljer att uppträda som en medborgare, som är intresserad av allmänna angelägenheter, då hon eller han fattar sina konsumtionsbeslut. I den konsumenträttsliga litteraturen har man också, bl.a. från miljösynpunkt, börjat betona behovet att ifrågasätta och ompröva den traditionella konsumentrollen. Slagordet är: "från konsument till medborgare".[414]

Den gruppbundna aktivism som är typisk för det senmoderna samhället har också ofta tagit formen av olika typer av konsumentbojkotter.[415] Kända också för finska konsumenter är t.ex. de internationella bojkotterna mot Nestlé, med syftet att få bolaget att upphöra med marknadsföring av modersmjölksersättning i u-länderna, mot Nike, för att förbättra arbetsförhållandena för bolagets arbetstagare i Asien, och mot Shell, för att förmå bolaget att ta avstånd från den dåvarande militärdiktaturen i Nigeria och förbättra sina miljöstandarder. Utvecklingen mot en kultur, där märkesvarorna blir centrala och märkesprofilerna därför är viktiga, är ägnad att göra sådana kampanjer till mer effektiva redskap än förut.[416] Åtgärderna kan emellertid rikta sig inte bara mot företag, utan också mot länder; bojkotten mot franska viner, som hade de franska kärnvapenproven som objekt, är i färskt (och plågsamt) minne. Detta vapen för konsumentmakt utnyttjas, som synes, i praktiken främst i punitivt och påtryckande syfte, för att få den som bojkotten avser att ändra ett beteende som uppfattas som icke-önskvärt. Man kan emellertid också tänka sig positiva "buycotts", där aktivisterna söker premiera företag som handlar på önskvärt sätt.[417]

Medborgarnas makt över konsumtionsbesluten utgör inte den enda källan till nya möjligheter att påverka företagens marknadsbeteende. I någon utsträckning kan smågruppsaktivismen nå också en till-

---

[414] Se t.ex. Hutchinson 1997 och Wilhelmsson 1998.

[415] För en översiktlig analys av olika former av konsumentbojkotter – fackföreningsbojkotter, prisbojkotter, minoritetsbojkotter, bojkotter organiserade av religiösa grupper och ekologiska bojkotter – se Friedmann 1999.

[416] Se om denna utveckling det mycket uppmärksammade arbetet av Klein 2000.

[417] Friedman 1996 talar om "the buycott" som det positiva sättet för organiserade konsumentaktioner. Han nämner som exempel en kampanj för homosexuellas rättigheter i Florida, där organisatören satt upp förteckningar över företag och organisationer som hade uttalade strategier mot diskriminering (s. 445 f.). Se också Friedman 1999, kap. 9.

räcklig mängd investerare (t.ex. småsparare) för att man kan utnyttja också denna potential för inflytande över marknadssubjekten. Här förekommer exempel även på positiva premieringsstrategier, bl.a. under rubriken "ethical investment".

Trenden i seriös företagsverksamhet av i dag att kreera olika slag av företagsinterna etiska koder, i vilka man betonar företagets sociala ansvar, dess miljöengagemang, dess omsorg om mänskliga rättigheter och liknande principer, sammanhänger uppenbarligen till en del med den växande potentialen för mikropolitiska aktioner. Det är viktigt för företaget att i relation till konsumenter och investerare kunna visa ett mänskligt ansikte. Målet för många mikropolitiska kampanjer är också just att förändra de interna verksamhetsprinciperna i det företag de riktar sig mot.

Marknadsriktade åtgärder, som bygger på en mobilisering av konsumenter eller investerare, är givetvis bara en av formerna för mikropolitik. Traditionella medel, som olika slag av demonstrationer, civil olydnad m.m., hör förvisso också till smågruppernas repertoar. Det är mycket vanligt att man kombinerar olika metoder i en helhetsstrategi, där uppseendeväckande direkta aktioner kombineras med uppmaningar till bojkotter och andra marknadsrelaterade åtgärder.

Mikropolitikens metoder är som synes ofta relaterade till offentligheten. Man har kallat världen av i dag för "the age of imagined communities".[418] Detta är en tid som domineras av sammanslutningar, samfund, som finns i våra föreställningar snarare än i verkligheten, men som hålls samman av tron på deras existens och av tillfälliga manifesteringar av de idéer som uppbär samhörigheten. Dessa samfund uppträder sporadiskt, men ofta på ett uppseendeväckande sätt, då de bryter de dagliga rutinerna t.ex. genom demonstrationer, marscher, festivaler och kravaller.[419] Manifestationerna i offentligheten är viktiga, därför att samfunden kan fortleva blott så länge anhängarna tror på deras betydelse. Den politiska kampen blir en kamp om produktionen och distributionen av offentlig uppmärksamhet, då de imaginära samfundens makt och auktoritet är beroende av denna uppmärksamhet.[420] Den offentliga uppmärksamheten blir en nyttighet av central

[418] Bauman 1992 s. xviii. Bauman har lånat begreppet av Anderson 1983.
[419] Bauman 1992 s. xix f.
[420] Bauman 1992 s. xx samt s. 200: "Postmodern politics is mostly about the reallocation of attention." Se också Ilmonen 1998 s. 30.

betydelse och dess erövring blir ett centralt steg i de mikropolitiska strategierna. Detta fenomen har iakttagits inte blott internationellt, utan också i Finland. Särskilt de s.k. "nya rörelserna" har medvetet börjat använda sig av offentligheten som ett redskap för att upprätthålla rörelsens verksamhetsmöjligheter.[421] Också de globala medborgarrörelser, med avläggare hos oss, vilka man brukar bunta samman under rubriken "globaliseringskritiker", är mycket publicitetsinriktade.[422] Allt detta hänger samman med mediesamhällets framväxt, vartill jag får anledning att återkomma senare i detta kapitel.

Mikropolitiken bedrivs inte, i motsats till politiken i dess traditionella form, huvudsakligen inom ramen för etablerade institutioner och organisationer. Ingenting hindrar naturligtvis att också traditionella organisationer av typ fackföreningar och politiska partier deltar i detta slag av verksamhet. Också offentliga instanser, såsom t.ex. konsumentombudsmannen, kan göra det. Dessa organisationer och instanser är emellertid inte ensamma på det nya politiska fältet. Man omtalar tvärtom ofta olika slag av posttraditionella rörelser, som samlar t.ex. fredsaktivister, kärnkraftsmotståndare, kvinnor, homosexuella eller miljöaktivister, som föregångare för den nya tiden.[423] Subjekten för mikropolitiken är varierande och deras krets kan inte avgränsas med hjälp av några klara definitioner.

Smågruppsaktivismen kan ledas av formella associationer, såsom konsument- eller naturskyddsföreningar,[424] men det kan lika väl vara fråga om grupper som har uppstått ad hoc för att driva någon enskild fråga, utan att alls anta någon formell struktur. Runt kärnan av aktivister kan gruppera sig mer eller mindre övertygade anhängare som i varierande grad bidrar till aktiviteterna. Konsumenterna, vilka lockas att delta t.ex. i köpbojkotter, utgör inte någon avgränsad grupp av befolkningen, utan vem som helst kan, i den mån man solidariserar sig med syftemålet, bidra till bojkottens effektivitet. Det är ofta fråga om folk-

---

421 Siisiäinen 1998 s. 228, som ser detta som den största konkreta förändringen i de samhälleliga rörelsernas urval av påverkningsmedel.

422 Se t.ex. Väyrynen 2001 s. 176 f.

423 Ilmonen 1998 s. 15. Faktiskt är skillnaden mellan de traditionella och de "nya" rörelserna kanske trots allt inte så stor, se Ilmonen 1998, t.ex. s. 33.

424 Nestlébojkotten inleddes t.ex. av de amerikanska nunneorganisationerna år 1977, Helsingin Sanomat 3.7.1998.

rörelser, vilka är "grass-roots-oriented, extra-parliamentary, not tied to classes or parties, organizationally and programatically diffuse and feuding."[425]

I Finland är förmodligen sådana organisatoriskt diffusa folkrörelser mindre framträdande än på många andra håll. Även om man också hos oss har noterat de nya rörelsernas karaktär av smågrupper som kontrasterar mot sådana rationella organisationer som har snäva avgränsningar av uppgifter och formella beslutsstrukturer,[426] har även de nya rörelserna allmänt använt sig av organiserade former och registrerat sig som föreningar.[427] Det återstår att se om den militanta djurskyddsaktivismen ("rävflickorna") förebådar en mer omfattande förändring härvidlag.[428]

Mikropolitikens sfär är inte begränsad ens till organisationer och folkrörelser. Också enskilda individer kan, vid sidan av de samhälleliga och kollektiva aktörerna, delta i konkurrensen om inflytande över det politiska.[429]

Smågruppsaktivismen förutsätter m.a.o. inte bestående samhälleliga gruppindelningar och organisationsformer. Samma individ kan delta i olika aktiviteter inom ramen för olika grupper och rörelser. Man kan välja att delta, men man kan också välja att låta bli. Gruppidentiteten växlar och kan ibland t.o.m. te sig som ett val av mode.[430]

Mikropolitiken är inte heller bunden av sådana institutionella gränser som man anknutit till de traditionella nationalstaterna. De exempel på olika slag av konsumentbojkotter som jag nämnde ovan avser internationella kampanjer. På konsumentområdet är en sådan gränsöverskridande aktivism ofta möjlig p.g.a. den internationella standardiseringen av produkterna.[431] Också på andra områden är globaliseringen av mikropolitiken en väsentlig del av de globaliseringsprocesser som pågår i dag. De "nya rörelserna" har ofta ett nytt slags internationellt

[425] Beck 1994 s. 19.
[426] Konttinen 1998 s. 211 jämför på detta sätt den nya aktivismen som fick sin början på 1970-talet (miljörörelsen, den nya kvinnorörelsen och rörelsen för ett bildningsuniversitet) med 1960-talets och det tidiga 1970-talets rationellt organiserade aktivism.
[427] Siisiäinen 1998 s. 224, 239, 240.
[428] Siisiäinen 1998 s. 241.
[429] Beck 1994 s. 22.
[430] Jameson 1991 s. 325.
[431] Winter 1998 s. 528.

inriktad medvetenhet. Man har på fullt allvar hävdat, att internationella icke-statliga organisationer kan ha ett mycket starkt inflytande, och att "[s]uch NGO's, like Greenpeace or the Red Cross, are more credible candidates to be genuine transnational actors than are companies."[432] Antalet sådana icke-statliga organisationer som verkar i flera länder har också ökat dramatiskt under 1990-talet.[433] Även utanför de stora organisationerna kan aktivister i lämpliga fall skapa och verkställa internationella eller regionala strategier i stället för att hålla sig blott inom ramen för det nationella perspektivet. I mer nationellt inriktade strategier kan man ofta samverka med och hämta inspiration från aktivister i andra länder.

Dessa möjligheter till gränsöverskridande mikropolitik har vuxit kraftigt i takt med utveckligen av informationsteknologin. Detta framhävs inte överraskande av informationssamhällets analytiker Manuel Castells. Han anser ju huvudaktörerna bland dagens samhälleliga rörelser vara präglade av decentraliserade former av nätverk[434] och han noterar hur Internet används av gräsrotsrörelser som instrument för information, kommunikation och organisation.[435] Aktiviteter både på nationell och internationell nivå organiseras i ökande grad via nätet. De möjligheter – och risker – detta innebär har vi redan flera exempel på.[436] Man har betraktat de omfattande demonstrationerna mot WTO i Seattle år 1999, vilka organiserades via Internet, som ett slags vändpunkt. Sedermera har också Världsbanken och Internationella Valutafonden drabbats av liknande aktioner. En mycket uppmärksammad nykomling bland de "globaliseringskritiska" nätverken är ATTAC, som nyligen landstigit i Norden. Troligen har vi här dock blott sett vissa antydningar av de möjligheter som nätverksmodellen och den nya teknologin erbjuder. Informationssamhället skapar en fruktbar grogrund för en framväxt av nya former av subpolitik.

---

[432] Hirst 1997 s. 12.

[433] Antalet har fyrdubblats och uppgår nu till 26 000 organisationer, Väyrynen 2001 s. 175.

[434] Castells 1997 s. 362. Se även om globaliseringskritikens nätverk Väyrynen 2001 s. 138 ff.

[435] Castells 1997, t.ex. s. 2 och 352. De mexikanska Zapatistas, som i omfattande grad utnyttjat nätet i sin kamp, betecknas som "the first informational guerrilla movement" (s. 79).

[436] Som ett tidigt exempel kunde man nämna användningen av Internet som hjälpmedel vid demonstrationskampanjerna mot Milosevic i Belgrad 1996, se Time Digital, March 17, 1997, som talar om "the Internet Revolution".

Jag uppfattar som ett faktum, som vi måste leva med, att samhället i dag i många avseenden präglas av framväxande former av mikropolitik eller subpolitik. Det är en utveckling som erbjuder nya möjligheter för alternativa rättsliga strategier. Det är dem jag har för avsikt att diskutera i detta arbete. Samtidigt vill jag inte ge en bild av att jag bedömer utvecklingen som enbart – eller ens nödvändigtvis till övervägande delar – god. Det är skäl att med kraft betona, att mikropolitikens framväxt i många avseenden är högst problematisk. Min ansvarsrättsliga analys gäller alltså frågan, vad nytta man kan ha av ansvarsrätten inom ramen för en utveckling som jag uppfattar som i huvuddrag ofrånkomlig, men inte nödvändigtvis som glädjande.

Problemen ligger på flera plan. För det första kan man på goda grunder ställa spörsmålet om mikropolitikens effektivitet som sådan. Kan de stora samhälleliga frågorna, ofta med globala aspekter, på ett adekvat sätt tas om hand av punktvisa inslag av ensakspolitik utan någon helhetsvision och koordinering av verksamheten? Svaret måste vara nej, men... I den mån den koordinerade politiken inte fungerar – och på grund av de ideologiska och etiska systemens sammanbrott kan den knappast ens förväntas fungera på ett täckande sätt – återstår på de problematiska områdena inget annat än mikropolitiken, om medborgarna alls vill söka påverka det samhälleliga skeendet. Mikropolitiska aktioner kan också fungera som en väckarklocka som sätter det traditionella politiska maskineriet i rörelse.[437]

För det andra kan man ingalunda anta, att mikropolitiken blott driver värden som man själv – eller en majoritet av befolkningen – upplever som "goda": "[s]ub-politics is always available to the opposite side or the opposing party for their opposing goals."[438] Jag har t.ex. svårt att omfatta vissa kommunitaristers ideal angående lokalsamfunden som etiska uppfostrare[439] som en universellt god lösning. Mikropolitiken kan i värsta fall bli ett redskap för en inkrökt och våldsam gruppidentifiering och främlingsfientlighet. Den mikropolitiska aktivismen tenderar lätt att bli en verksamhet, i vilken man instrumentellt

[437] Väyrynen 2001 s. 198 ff. noterar att trycket från medborgarorganisationerna verkligen har medverkat till vissa förändringar t.ex. i Internationella Valutafondens och Världsbankens verksamhet.

[438] Beck 1994 s. 20.

[439] Se härom t.ex. Hellsten 1999 s. 103.

strävar att befrämja egna gruppintressen, snarare än ett handlande, där motivet är moraliskt och innebär att man solidariskt tar ett mer globalt ansvar för andra, för fattiga, förtryckta eller de som annars är utsatta; låt vara att de s.k. "nya rörelserna" ofta proklamerar en solidaritet av det senare slaget.[440] Mikropolitiska aktioner kan också, särskilt i den nya teknologiska omgivningen, orkestreras av en liten maktelit, och bland de symboliska personligheter som kan uppträda i sådana sammanhang förekommer både "goda och dåliga profeter".[441]

Ansvarsrättsliga strategier som en del av mikropolitiken

I mikropolitiken utnyttjar man olika medel för att nå sina mål. En mikropolitisk strategi kan som ovan nämnts kombinera bojkotter, strejker, demonstrationer och andra åtgärder. I detta spektrum hör också de rättsliga strategierna hemma.[442] Man kan använda sig av rättsliga medel, som ett självständigt redskap eller i kombination med utomrättsliga åtgärder, för att få fram de mikropolitiska budskapen. Ansvarsprocessen kan spela en roll i detta sammanhang.[443]

Exemplen på hur mikropolitik kan bedrivas med hjälp av ansvarsrättegångar är många. Från finsk praxis kan man åberopa den redan tidigare omtalade tobaksprocessen också i detta sammanhang. Tobaksprocesserna runt om i världen, och också den finska processen, är ett gott exempel på hur olika hälsorörelser och motsvarande grupper söker använda sig av det privaträttsliga ansvarssystemet för att driva sina målsättningar. Även om käranden i den finska processen var en en-

---

[440] Ilmonen 1998 s. 24 hävdar dock att de gamla och nya rörelserna inte entydigt kan uppdelas enligt detta schema. – Liedman 1999 har analyserat skillnaden mellan grupp- och kontrastsolidaritet, se ovan kap. 1.

[441] Se t.ex. Castells 1997 s. 361 f.

[442] Det är kanske bl.a. sådana strategier som de Sousa Santos 1995 s. 573 har i åtanke, när han konstaterar: "No paradigmatic transformation of modern law would be possible without an utopian legal subjectivity: from the law-abiding citizen to the law-inventing citizen."

[443] Steele 1999 s. 500 beskriver för miljöfrågornas del en approach, där man "does accept that private actors are needed by policy-makers as a part of environmental protection as well as of other strategies" och "suggests that liability rules should be seen as operating within broader decision-making frameworks where public authorities and local groups may have a role in actively encouraging sustainable development of specific sites."

skild person, som krävde ersättning för den cancer han ådragit sig, var det en förening, Lääkärin sosiaalinen vastuu ry (Läkarens sociala ansvar), som stod bakom processen och bl.a. publicerade hela rättegångsmaterialet.[444] Också vad avser andra hälsorisker kan ansvarsrättegångar vara ett användbart redskap för dem som motsätter sig den hälsovådliga verksamheten.[445]

Som ett annat gott exempel från Finland på ett slags mikropolitik – visserligen utanför ansvarsrättens område – där man använde sig av privaträttsliga rättegångar tillsammans med publicitetsinriktade åtgärder, kan nämnas reaktionerna på de finska sparbankernas beslut att ensidigt höja räntan på existerande bostadslån våren 1990. Denna kampanj orkestrerades i betydande mån av Asukasliitto (Boendeförbundet). Den inleddes med publicitetsåtgärder – tidnings- och TV-debatter m.m. – som redan i sig fick en betydande del av sparbankerna att återta räntehöjningarna. Mot de sparbanker som vidhöll beslutet inledde man ett betydande antal rättsprocesser, där man krävde fastställelse av att banken saknade rätt till den ifrågavarande räntehöjningen. En av processerna fördes som pilotfall till högsta domstolen.[446]

Dessa båda exempel berör fall, där det i sig tedde sig naturligt att förrättsliga problematiken (en svår personskada och ett kreditförhållande). Man kan emellertid gå längre än så när man utnyttjar ansvarsrättsliga element i mikropolitiska strategier. Man kan konstruera en ansvarsrättslig situation i syfte att bringa ärendet på den offentliga agendan. Ett gott exempel är den kampanj som föreningen Kuluttajat-Konsumenterna arrangerade år 1999 för att trycka på bankerna att åtgärda köbildningen i bankkontoren. Föreningen delade ut räkningsblanketter och uppmanade kunderna att lämna in en räkning för förlorad arbets- och fritid, om de måste stå i kö längre tid än 15 minuter. Ansvarsgrunden för banken skulle vara avtalsbrott. Responsen på denna kampanj i publicitetshänseende var betydande och många kun-

---

444 Se serien Tupakkamies vastaan Rettig ja Suomen Tupakka 1–15.

445 Se t.ex. det engelska fallet Reay and Hope v British Nuclear Fuels (1994) 5 Medical Law Review 1, omtalat av Steele 1999 s. 492, där advokater kontaktade cancerpatienter i närheten av kärnanläggningen i Sellafield för att få till stånd processer (man förlorade dock målen p.g.a. svårigheter att bevisa kausaliteten).

446 HD 1992:50. Kunderna vann processen; grunderna är inte av intresse i detta sammanhang.

der lämnade in räkningar till sina banker.[447] Den rättsliga delen fördes till bedömning i konsumentklagonämnden, som fann att banken gjort sig skyldig till avtalsbrott gentemot personer som köat i mer än en halv timme; då bankkunderna i de fall som nämnden bedömde inte hade gjort någon ekonomisk förlust, rekommenderade man likväl inte att banken skulle ge ut ersättning i dessa fall.[448]

Varför är då just ansvarsrätten en god kandidat för användningen som redskap i en mikropolitisk strategi? Det finns flera skäl till varför man redan kan påträffa goda exempel på ansvarsrättsliga åtgärder som ett led i mikropolitiska strategier och till varför man kan anta att sådana kan förväntas bli ännu vanligare i fortsättningen. Ett antal sådana skäl – den flexibla ansvarsrättens lämplighet som bas för både riskvärderingar och moraldebatt – har jag omtalat redan i de föregående kapitlen. Jag vill inte upprepa dem här, utan koncentrerar mig på synpunkter som direkt ansluter sig till karaktären av mikropolitikens nya subjekt och nätverk.

Först kan nämnas det självklara faktum, att ansvarsrätten, liksom privaträtten mer generellt, är en rätt som står till privata aktörers disposition. En ersättningstalan kan anhängiggöras och drivas utan medverkan av någon offentlig myndighet, som t.ex. offentlig åklagare, och käranden är också herre över de frågor som man vill föra upp till behandling. Per Henrik Lindblom noterar just som rättsprocessens fördelar att medborgaren "har lättare att på egen hand få fart på processmaskineriet än på den lagstiftande eller verkställande makten, den rättsliga prövningen sker individuellt och inför en opartisk domare, inför domstolen kan alla göra sin röst hörd och alla vara lika och domslutet är ett svar just på kärandens fråga."[449] Subjekten för mikropolitiken kan utan myndighetskontroll avgöra, huruvida en process bör väckas och hur den bör drivas.

---

[447] Av en notis i Helsingin Sanomat 11.10.1999 framgår, att föreningen vid den tidpunkten – kampanjen inleddes på våren samma år – hade delat ut 73 000 blanketter i olika delar av Finland och att man då fått 750 meddelanden från bankkunder om att de tillställt sin bank räkningar.

[448] Se närmare fallen Konsumentklagonämnden 99/39/2077, 2133, 2384 och 2385 samt Kuluttajansuoja 3/2000 s. 26.

[449] Lindblom 1997 s. 620.

Påståendet att mikropolitikens subjekt står fria vad avser besluten om rättegång är naturligtvis inte helt korrekt. Det är den enskilda skadelidande som fritt kan fatta detta beslut. Sådana mer eller mindre organiserade sammanslutningar och samfund som man uppfattar som de centrala aktörerna på mikropolitikens fält har däremot inte någon automatisk kompetens att driva ersättningsprocesser på sina medlemmars eller anhängares vägnar och skadan riktar sig sällan direkt mot gruppen som sådan. I praktiken har man dock kunnat överkomma detta kompetensdeficit genom att organisationen backat upp en enskild kärande, såsom skedde i den finska tobaksprocessen. Man kan också tänka sig att en organisation eller en samling aktivister samlar in fullmakter av flera personer som lidit en likadan skada, för att på detta sätt bringa samman flera krav i samma process och därigenom ge talan mer tyngd som mikropolitiskt instrument. Ett gott exempel – om än inte ansvarsrättsligt – erbjuder Boendeförbundets aktiviteter i de räntehöjningsprocesser som beskrevs ovan, liksom också Kuluttajat-Konsumenternas aktion mot den långsamma betjäningen i bankerna.

Det är givet, att svårigheterna för smågrupper och organisationer att ta rättssystemet i anspråk skulle minska och deras aktionsmöjligheter därför skulle öka, om tankarna på att införa institutet grupptalan ånyo skulle föras upp på agendan och verkligen leda till lagstiftning.[450] I Sverige avser man i dag att driva frågan vidare, och då är det ju inte otänkbart att också Finland följer efter.[451] Om man härvid begränsar reformen till att omfatta blott organisationstalan – ett alternativ som förefaller vara aktuellt – utesluter man dock fortsättningsvis många av subjekten för mikropolitiken från tillgången till detta redskap. Mikropolitiken präglas ju delvis just av en mer diffus och ostrukturerad gruppbildning,

På den materiella rättens plan begränsar åter privaträttens relativt strikta bindning till egenintresset de mikropolitiska subjektens aktionsmöjligheter. Den skada som görs till föremål för process har ju, som nyss nämnts, normalt inte drabbat gruppen eller organisationen som sådan. I mikropolitikens tidsålder uppstår därför ett tryck mot en

[450] Se förslagen OLJ 1/1995 och SOU 1994:151.

[451] Se närmare om det aktuella läget i olika länder, med argumentation för grupptalan Lindblom 2000, kap. 12. I Finland har Viitanen 2000 s. 194 ff. nyligen publicerat ett välmotiverat inlägg till förmån för en introduktion av grupptalan i skadeståndsmål.

upplösning – i någon grad – av denna bindning till egenintresset. Dessa frågor analyseras närmare nedan i kap. 11.

Inte blott ansvarsrätten, utan även stora delar av den övriga privaträtten står till förfogande för privata aktörer. Också dessa andra delar av privaträtten kan därför utnyttjas som ett redskap för mikropolitiken; räntehöjningsprocesserna har här nämnts som ett exempel på detta. Anledningen till att just ansvarsrätten ofta är speciellt användbar ligger i dess karaktär som generell skyddsmekanism för envar person. Dess centralområde, skadeståndsrätten, kan aktiveras utan att det föreligger några kontraktsrättsliga relationer eller motsvarande etablerade positioner.

Ansvarsrätten är också ett instrument som är väl ägnat att utnyttjas i den kamp om offentlig uppmärksamhet som har sagts vara typisk för mikropolitikens era. Ansvarsrättegången kan utgöra ett sätt för "the imagined communities" att föra upp ärenden på den offentliga agendan. En sådan rättegång avser ofta frågor som kan populariseras (mer eller mindre missvisande), till skillnad från rättegångar som rör mer specialiserade och rättstekniskt betonade civilrättsliga spörsmål. Detta drag, som jag ju redan i föregående kapitel angav som ett av skälen till att just ansvarsrätten kan få en roll som forum för moralisk diskurs, gör detta rättsområde väl ägnat att utnyttjas av mikropolitikens aktörer i deras kamp om tillgång till offentligheten. Ansvarsprocessen har också flera andra sådana drag som ofta tenderar att göra den intressant ur massmedial synvinkel. Denna problematik – ansvarsrätten i massmedia – granskar jag närmare i ett senare avsnitt.

I den mån man i mikropolitiken använder sig av gränsöverskridande eller globala strategier erbjuder också just ansvarsrätten ofta ett gott rättsligt redskap. Speciellt skadeståndsrätten har alltid varit relativt transnationell och exemplen på korsbefruktning över de nationella gränserna inom detta rättsområde är många. Utvecklingen förefaller dessutom gå snabbt mot en ökad internationalisering på detta område; redan tidigare har jag haft anledning att hänvisa till Gert Brüggemeiers diagnos av rättsområdets förändring till en "transnationell falljurisprudens".[452] Globaliseringen av konsumtionen avspeglas åter i ett starkare internationellt utbyte av idéer och normer också på konsu-

[452] Brüggemeier 1997b.

menträttens område, t.ex. vad avser produktansvar.[453] Då man iakttar dessa tendenser i mikropolitikens perspektiv ser man lätt de nya möjligheter denna omständighet erbjuder för mera internationaliserade rättsstrategier. Det uppstår utrymme för en transnationell rättslig aktivism utövad av transnationella eller globala grupperingar. Man kan söka goda ansvarsberättelser först från sådana rättsordningar och i sådana lokala förhållanden, där det förefaller mest sannolikt att man lyckas, för att sedan utnyttja resultaten på andra platser. Man kan också genom koordinerade aktioner på olika håll både stärka resurserna att utforma rättsligt övertygande aktioner och öka möjligheterna att lyckas i kampen om den offentliga uppmärksamheten. De nya möjligheter till utbyte av erfarenheter som informationsteknologin och Internet erbjuder kan utnyttjas också i detta sammanhang.

Tobaksrättegångarna belyser också internationaliseringen av den rättsliga mikropolitiken. Sådana rättegångar har man inlett inte blott i USA, utan också i många andra länder, och det har förekommit en aktiv internationell utväxling av erfarenheter. Samarbete har förekommit inte blott på kärandesidan, mellan subjekten för mikropolitiken, utan även mellan dem som politiken riktat sig mot. Mot denna bakgrund – med insikten om att den finska tobaksprocessen också kan ses som ett litet led i större internationella strategier och motstrategier – förstår man bättre, varför de amerikanska tobaksbolagen använde betydande ekonomiska resurser för att hjälpa svarandena i det finska tobaksfallet.

I den komparativrättsliga diskussionen påstår vissa författare att det inte går att flytta regler från en nationell rättsordning till en annan. Man hävdar att rättsliga transplantat är omöjliga[454] och att påståendet att common law och kontinental rätt skulle närma sig varandra är ogrundat.[455] Denna diskussion – i vilken man nog väl kan motivera också en annan syn[456] – gäller emellertid rätten som tankesystem. I den fragmenterade mikropolitikens värld blir synvinkeln en annan.

---

[453] EG:s produktansvarsdirektiv, som fungerat som modell för lagstiftningen i många länder också utanför EU (Peris 1999 s. 344 f.), är här ett gott exempel.

[454] Legrand 1997.

[455] Legrand 1996.

[456] Se t.ex. Howells & Wilhelmsson 1997 s. 19 ff. om möjligheterna för en common lawyer och en civil lawyer att trots allt förstå varandra.

Argument och fragment av tankemönster kan utnyttjas i andra rättsliga omgivningar, även om helhetsförståelsen av den främmande rättsordningen är svag. De används då som stimuli till rättsliga omvärderingar.[457] I de fall där ansvarsrättsliga processer utnyttjas som ett element i kampen om offentligheten kan frågan om den rättskulturella förståelsen av de beslut som fattas också ofta vara sekundär. I offentligheten framträder fakta och påföljder som det centrala, medan den rättsliga argumenteringen i avgörandena väcker ringa intresse.[458]

Då mikropolitikens subjekt inte är förutbestämda och etablerade kan deras ansvarsrättsliga aktioner lätt få en stark prägel av försök till påverkan ad hoc i relativt slumpmässigt utvalda fall. Särskilt på ansvarsrättens område förekommer dock också strävanden att inordna mer etablerade organisationer i en kontinuerlig medverkan i rättsutvecklingen. Jag tänker här igen på den tidigare nämnda tendensen att i praktiken förlägga en växande rättslig beslutsmakt i olika former av självreglerande organ. I dessa organ kallar branschen i fråga stundom också representanter för berörda medborgarorganisationer, såsom t.ex. konsumentorganisationer och fackföreningar, att delta.[459] Också lagstiftningsvägen skapar man korporatistiska organ, i vilka medborgarorganisationerna får en mer eller mindre stark ställning. I utvecklingen av ansvarsrätten på konsumentområdet spelar t.ex. konsumentklagonämnden, vars medlemmar delvis tillsätts på framställning av medborgarorganisationer, en viktig roll.

Ur mikropolitikens synvinkel är denna tendens på sätt och vis naturlig. I de strategier för påverkan som olika rörelser utformar kan det te sig som en lockande möjlighet att söka erövra bestående bastioner inom de rättsliga beslutsstrukturerna. En sådan inkorporering i "systemet" omöjliggör heller inte nödvändigtvis en användning också av andra mikropolitiska redskap. Konsumentorganisationerna har, trots sin roll i konsumentklagonämnden, kunnat utforma både rättsliga – här kan nämnas exemplet angående ansvarsrättsliga åtgärder mot den långsamma betjäningen i bankerna – och utomrättsliga kampanjer mot företeelser som man inte funnit acceptabla. Likväl föreligger samtidigt en risk

[457] Teubners (1998) begrepp "legal irritants" är träffande i detta hänseende.

[458] Jag återkommer närmare till denna problematik nedan i kap. 7.

[459] Ett viktigt exempel från Finland är Försäkringsnämnden, som upprätthålls av försäkringsbranschen.

för pacificering av den mer radikalt kritiska potential som småguppsaktivismen kan innehålla. Strategin att gå in i "systemet" på detta sätt kan också, särskilt vad beträffar många av exemplen på branschintern självreglering, vara problematisk såtillvida, att den rätt som produceras inom den självreglerande sfären ofta är en mer eller mindre hemlig rätt, då man till dessa förfaranden vanligen inte anknutit likadana offentlighetskrav som till den traditionella rättsprocessen. Självregleringens mekanismer kan då inte utnyttjas för att bringa upp ärenden på den offentliga agendan, utan de fungerar snarare som en spärr mot att offentligheten utnyttjas i medborgarorganisationernas intresse. Vi står alltså också här inför en sådan "ja, men..."- eller "nej, men..."-situation som är så typisk för det senmoderna.

På samma sätt som man kan utnyttja de andra redskapen för mikropolitiken både för och emot det som någon definierat som "gott" kan också ansvarsrätten tas i bruk i olika syften. Också makthavare av olika slag kan utnyttja ansvarsprocesser för att genomdriva sin agenda i offentligheten.[460] De som angrips av mikropolitikens aktörer kan också använda ansvarsprocessen som ett försvarsredskap. Ett uppmärksammat exempel är den smädelseprocess – den s.k. McLibel-processen – som McDonald's inledde mot två aktivister från London i samband med den internationella kampanjen mot bolaget.[461] De som görs till föremål för kampanjer och bojkottåtgärder av olika slag kan också tänkas framställa skadeståndskrav mot organisationer eller enskilda som står bakom åtgärderna.

I Finland har frågan om en organisations skadeståndsansvar för bojkottåtgärder aktualiserats också i rättspraxis.[462] Riktgivande för den fortsatta utvecklingen var rättsfallet HD 1983 II 187. I detta fall hade en affärsidkare sagt upp en arbetstagares arbetsavtal och den fackliga lokalorganisationen hade som ett svar på detta verkställt en inköpsbojkott mot affärsidkarens affärer genom annonser i en tidning. En fackavdelning hade stött bojkotten genom att dela ut meddelanden om den. Syftet med åtgärderna hade varit att utöva påtryckning på arbetsgivaren att

---

[460] Se t.ex. Ericson 1996 s. 204.

[461] Helsingin Sanomat 3.7.1998.

[462] Dessutom har krav på hävning av bojkott av fartyg framställts i HD 1985 II 118 och 1987:85 och krav på ogiltigförklaring av avtal som åstadkommits genom sådan bojkott i HD 1987:86.

han skulle utge den ersättning arbetstagaren krävde för uppsägningen. HD ansåg, att lokalorganisationen hade handlat i strid med god sed, då den på detta sätt hade blandat sig i en tvist mellan en arbetsgivare och en arbetstagare, i vilken arbetstagaren hade rättsliga medel till sitt förfogande. Då arbetsgivaren å sin sida hade förfarit klandervärt, förelåg emellertid inte i skadeståndslagen 5:1 avsedda synnerligen vägande skäl för ersättning av en sådan ren förmögenhetsskada som här var i fråga, och talan förkastades. De facto omfattades denna dom dock blott av ett justitieråd. Två justitieråd fann, att det förelåg synnerligen vägande skäl, och röstade för att ersättning skulle dömas ut, medan de två justitieråden i det motsatta lägret åter ansåg – med sinsemellan något olika motiveringar – att bojkottåtgärden inte ens stred mot god sed, utan var acceptabel i sig. Frågan, i vilken mån skadeståndsrätten kan användas som en broms mot mikropolitiska bojkott- och liknande kampanjer, besvarades således med hjälp av två ytterst vaga begrepp: "god sed" och "synnerligen vägande skäl".

I senmodern anda lämnades m.a.o. frågan att bero av domstolarnas fragmentariska ställningstaganden i enskilda fall. Ur de mikropolitiska aktörernas synvinkel är detta i viss mån problematiskt. Dörren är öppen för en utveckling i den riktning som de dissenterande justitieråd som ville utdöma ersättning angav, vilket kan ha en negativ inverkan på den extrajuridiska aktivism genom vilken många grupper i det senmoderna driver sin politik. Även om högsta domstolen sedermera har fastslagit att en fackorganisation kan utlysa en inköpsblockad för att bevaka sina medlemmars gemensamma fördel, om grunderna för blockaden inte är diskriminerande eller annars osakliga och man inte i samband med blockaden använder olagliga eller osakliga metoder,[463] och trots att den juridiska tröskeln för att erhålla ersättning genom de dubbla kriterierna god sed och synnerligen vägande skäl även annars – på goda grunder – är hög, erbjuder likväl det mycket diffusa rättsläget etablissemanget en möjlighet till åtgärder, om man i någon situation finner det önskvärt att ingripa mot en mikropolitisk aktivism av något slag. Det kan ju nämnas, att högsta domstolen ansett bojkotter för att tvinga någon att betala fordringar, som denna enligt lag inte är skyldig att betala, vara stridande mot god sed.[464] Detta kan föra

[463] HD 1999:39.
[464] HD 1985 II 118 och 1987:86.

t.ex. sådana mikropolitiska aktioner, vilka man riktat mot ett moderbolag till det företag som bär det formella juridiska ansvaret för en verksamhet, i den ansvarsrättsliga farozonen. Det förefaller dock inte särskilt övertygande i dag, i ett samhälle som har vant sig vid mikropolitikens aktioner, att hävda att åtgärder av detta slag strider mot god sed, i varje fall då man genom dem strävar att förverkliga ett i någon mening "gott" syfte.

Massmedia och ansvarsrätten

Ingen tror väl på allvar, att några sporadiska ansvarsprocesser i sig skulle ha någon nämnvärd betydelse för andra än parterna själva. En sådan uppfattning skulle bara utgöra ett exempel på juristers problematiska vana att sätta likhetstecken mellan rättsliga normer och verklighet och deras tro att en god norm automatiskt producerar ett motsvarande gott läge i den samhälleliga verkligheten. Redan ovan har också framgått att ansvarsrättegångarnas växande betydelse som ett redskap för mikropolitik inte nödvändigtvis primärt ligger i att de kan användas för att via inomjuridiska kanaler (prejudikatfunktionen) påverka rättsutvecklingen. I ett mikropolitiskt perspektiv ligger tyngdpunkten annorstädes. Den har med kampen om offentligheten att göra. Härvid tänker man i dag inte främst på den traditionella offentligheten hos rättegången för den som såsom åskådare önskar följa med skådespelet; denna funktion var säkerligen viktigare i ett förgånget lokalsamhälle. Kampen om utrymmet i offentligheten anknyter i det senmoderna till massmedias centrala ställning, till det faktum att vårt sätt att förstå och bedöma verkligheten grundar sig på föreställningar som massmedia producerat. Till det traditionella motsatsparet "law in books"/"law in action" måste man därför i dag lägga ett tredje perspektiv: "*law in media*".

I det senmoderna samhället är våra föreställningar ofta "verkligare" än verkligheten. Eller med andra ord: "verkligheten" är föreställningar. I en sådan kontext blir också rättens föreställningsproducerande, symboliska aspekter viktiga. Rättsliga reformer kan försvaras eller bekämpas inte blott p.g.a. de reella verkningarna av reformen, utan även utgående från vilka föreställningar de bibringar medborgarna om samhälleliga värden och handlingsmönster.[465] De uppfattningar som

[465] Ett gott exempel från 1990-talets Finland är den omfattande och hätska diskussionen om registrering av partnerskap för homosexuella.

vi via rätten bibringas om "verkligheten" och om hur vi förväntas agera i denna verklighet får en växande betydelse. "Law in media" kan åtminstone i vissa situationer t.o.m. vara viktigare än "law in books" och "law in action".

Man kan knappast överdriva massmedias centrala roll när det gäller att skapa verklighetsföreställningar. Begreppet medialandskap ("mediascape") är ett sätt att uttrycka detta. I Finland tillbringar man, enligt en undersökning för några år sedan, i medeltal 7 timmar 21 minuter per dygn under inflytande av massmedia! Massmedia når 98 % av de fullvuxna finländarna varje dag. Mycket av detta är naturligtvis passivt radio- och TV-lyssnande. Då man emellertid beaktar att t.ex. vissa TV-nyheter kan samla en miljon tittare per dag och att enbart dagstidningen Helsingin Sanomat läses av 1,3 miljoner läsare, är det lätt att anta, att nästan alla vuxna i Finland tittar på TV-nyheter, följer med världshändelserna på radio och/eller läser någon dagstidning.[466] De nya media som håller på att växa fram i informationssamhället och sammansmältningen av dessa med de mer traditionella formerna för informationsförmedling kommer knappast heller att minska medias betydelse. Man har sagt, att den verklighet som behärskas av media har undanträngt eller åtminstone konkurrerar jämbördigt med den världsbild som skapas av ideologier, politik, tradition, arbetsplats, vänkrets, undervisningsanstalter och t.o.m. familjen.[467] Också sådana erfarenheter som tidigare förbehållits den personliga sfären förmedlas av massmedia; media berättar hur parförhållanden skall skötas och hur barnen skall uppfostras. Man har t.o.m. utpekat massmedia som en central identitetsskapande faktor.[468] Kritiker talar om "journalistikens herravälde".[469] Härmed kan man avse inte blott den omständigheten att massmedia i växande grad har makt över andra beslutsfattares framgång eller sorti,[470] genom att journalisterna fungerar som "portväktare" för politikernas tillgång till

---

466 Uppgifterna är hämtade från Uimonen 1997 s. 14–16.

467 Uimonen 1997 s. 14.

468 Se den intressanta analysen av televisionen och uppbyggnaden av den postmoderna identiteten hos Kellner 1998 s. 261 ff.

469 Bourdieu 1998 s. 97 ff. Castells 1997 s. 311 talar om att media "have become the privileged space of politics."

470 Hur de finska massmedia tillskansat sig ett sådant inflytande beskrivs t.ex. av Uimonen 1997 s. 29 ff. Tillväxten av medias relativa makt i förhållande till politikerna redan under 1980-talet analyseras av Aula 1991.

offentligheten,[471] utan även – och det är kanske viktigare för temat i det föreliggande arbetet – att media har makt att fastställa dagordningen, att besluta vad som kan och bör omdebatteras i offentligheten. Journalisterna fungerar som portväktare inte bara vad avser personer, utan också vad avser ärenden.

Den offentliga agendan, som är så central för mikropolitikens aktörer, behärskas m.a.o. i hög grad av massmedia.[472] De är de avgörande länkarna i kampen om den offentliga uppmärksamheten som är så viktig i senmodern politik. Denna kamp är långt en kamp om massmedias uppmärksamhet. Politiken ses som ett offentlighetsspel,[473] i vilket medverkande aktörer söker öppna mediekanalerna till offentligheten. I detta spel har ofta makteliten en fördel, då den har större resurser att utnyttja imagoindustrin för att driva sina syften.[474] Arenan är emellertid inte stängd för andra aktörer.

Agendan som sätts upp av media är ingalunda alltid självklar eller ens förutsägbar.[475] De frågor som når offentligheten kan vara beroende av slumpmässiga faktorer, såsom dagens nyhetsutbud i övrigt, den ifrågavarande journalistens personliga preferenser och andra dylika omständigheter. I princip är den mängd händelser och andra fakta, av vilka man t.ex. skall göra nyheter, obegränsad, varför media alltid har stor beslutsmakt när det gäller urvalet. Erfarenheten har dock visat, att likriktningen mellan olika mediaorganisationer ofta är överraskande stor. Det förekommer i någon utsträckning en gemensam logik i nyhetsproduktionen, som består av en kombination av en marknadslogik och en journalistisk logik.[476] Den första leden i kombinationen betonar nyheternas och det övriga medieutbudets underhållningsvärde,

---

471 Se t.ex. Moring & Himmelstein 1993 s. 157 ff.

472 Se om den s.k. agenda setting-skolans uppfattningar t.ex. Ikävalko 1997 s. 222 ff. – Bourdieu 1998 s. 72 hävdar, att agendan alltmer bestäms av televisionen, som i detta hänseende har avgörande tyngd. I Finland, med en mycket dominerande dagstidning med 1,3 miljoner läsare, har makten över agendan knappast i så hög grad förskjutits till TV-mediet.

473 Termen används t.ex. av Uimonen 1992 och Moring & Himmelstein 1993 s. 23 ff.

474 Altschull 1995.

475 Ikävalko 1997 s. 223.

476 McManus 1994 s. 110 ff., som analyserar amerikanska media, betonar marknadslogikens betydelse på bekostnad av den journalistiska logiken. Ikävalko 1997 s. 219 noterar för finsk del blott att massmedia förutom journalistisk-professionella organisationer också är kommersiella organisationer, vilket påverkar nyhetsvärderingen.

därför att underhållning drar mer konsumenter än orienterande inslag, och dessutom ofta är billigare att göra,[477] medan den traditionella journalistiska etiken är informationsorienterad och säger sig sträva till att hjälpa mottagarna att orientera sig i världen. Resultatet av denna blandning av två olika principiella utgångspunkter blir ett slags "infotainment", som alltmer dominerar utbudet.

Kombinationen av information och underhållning kan också tydligt iakttas t.ex. i de nyhetskriterier som man sökt utkristallisera i litteraturen om journalistik. Man säger att nyhetsvärdet i televisionen av en händelse eller en fråga bestäms av (i) hur ny den är, (ii) hur nära (geografiskt) till tittarna den är, (iii) hur viktiga följder den har för tittarna, (iv) hur mycket känslor (human interest) den genererar, (v) hur välkända de medverkande personerna är, (vi) hur osannolik eller överraskande den är, (vii) hur hög grad av konflikt den innehåller, (viii) vilken visuell kvalitet den har, (ix) hur roande den är, och (x) hur mycket intresse publiken redan tidigare har i frågan.[478] Det är lätt att se, att främst kriteriet (iii) är centralt med hänsyn till uppgiften att orientera mottagarna i världen och att också vissa andra kriterier har med informationsvärdet att göra, medan underhållningsvärdet kommer starkt fram bl.a. i kriterier som (iv), (v),(viii) och (ix).

De s.k. nyhetskriterierna är högst vaga och kan ge blott en fingervisning om, hurudana faktorer som är av betydelse i kampen om den senmoderna offentligheten. I olika länder, inom olika slag av media och i olika situationer kan de relevanta hänsynen vara mycket olika. Trots det kan de bidra till en förståelse av den problematiken "law in media".

Det massmediala intresset för rättsliga frågor har i Norden uppenbart vuxit, särskilt under det förra milleniets sista årtionde. Detta nyvaknade intresse har åtminstone delvis ett samband med utvecklingen av infotainment-kulturen i massmedia. Det finns aspekter av rätten som har ett sådant underhållningsvärde att det därför har blivit lättare att lyfta fram dem. Det att rätten kan ha viktiga följder för nyhetskon-

---

[477] McManus 1994 s. 117 f.

[478] McManus 1994 s. 119 f. Ikävalko 1997 s. 218 nämner i stor sett samma kriterier (endast (v) saknas).

sumenterna (nyhetskriterium iii ovan) har däremot inte alltid räckt till för att bringa upp rättsliga frågor i offentligheten.

Underhållningsaspekten förklarar det faktum, att presentationen av rättsliga frågor mycket starkt har fokuserats på domstolsavgöranden och annan praxis. Det växande massmediala intresset för rätten utgör vid närmare anblick främst ett ökande intresse för rättegångar.[479] T.o.m. viktiga lagstiftningsåtgärder kan förbigås med en relativt ringa grad av uppmärksamhet, då det naturligtvis är svårt att här väcka känslor eller annat engagemang och att visualisera åtgärderna på ett slående sätt; detta förklarar också varför undervärderingen av lagstiftningsfrågorna är ännu tydligare i TV-mediet än i pressen. Rättegångar, vilka från juridisk synpunkt kan vara långt mindre betydelsefulla än en lagstiftningsåtgärd, får däremot ofta bättre medietäckning just för att deras underhållningsvärde är större. Då det här är fråga om en situation i vilken konkreta personer agerar är det lättare att bygga upp en human interest-vinkling i rapporteringen (nyhetskriterium iv) och man kan relativt enkelt väcka större intresse genom att betona "kändiselementet" (v) – om inte parterna är kända från förut kan man ju göra dem kända. Ett rättsfall innehåller vidare i regel ett starkt element av konflikt (vii) och det kan också visualiseras, åtminstone bättre än lagstiftning (ix). Då en rättslig process en gång har förts till allmänhetens kännedom är det också naturligt att man följer upp frågan under processens olika skeden (x).

Det förändrade förhållandet mellan rätten och massmedia och den debatt som man fört härom har också främst varit relaterad till den massmediala täckningen av rättegångar. Man har t.ex. riktat kritik mot domstolarnas juridiska sätt att motivera viktiga avgöranden och krävt att domstolarna bör skriva så att också allmänheten – eller snarare de journalister som förmedlar avgörandet till offentligheten – förstår motiveringen.[480] Domstolarnas anonymitet har försvunnit och det har blivit mer vanligt att man ger dem ett personligt ansikte genom att namnen på domarna offentliggörs. Domar läggs ut på Internet och medarbetare vid domstolarna kan t.o.m. tänkas kommentera dem.[481]

---

[479] Massmedias växande intresse för rättegångar har uppmärksammats också på juristhåll så att man bl.a. tagit upp frågan på de nordiska juristmötena, se Bragason 1999.

[480] Se t.ex. justitieombudsmannen Lauri Lehtimaja i Lakimiesuutiset 11/1997 s. 28.

[481] Se t.ex. Bragason 1999 s. 949 f.

De parter som medverkar i processen har blivit friare i sitt umgänge med massmedia och advokaterna har givits rätt att ge upplysningar om pågående processer.[482] Man kunde säkerligen ge ännu flera exempel på den nya inställning till relationen mellan domstolar och media som håller på att breda ut sig.

Richard V. Ericson har i en intressant artikel "Why Law is Like News" sökt förklara den omständigheten att så mycket av nyheterna (i USA) handlar om rätten som en följd av att rätten och nyheterna som kulturella institutioner påminner starkt om varandra[483] och i dag t.o.m. på sätt och vis kan sägas glida in i varandra.[484] Detta påstående bygger på den rättegångscentrerade syn på rätten som är naturlig för amerikanska förhållanden, men som nu har vunnit insteg också bland våra massmedia. Ericson visar, hur slående likheterna mellan rätten och massmedia är, om man betraktar rätten i detta rättegångsperspektiv. Både rättsliga aktörer och journalister arbetar i termer av händelseorientering, konfliktlösning, personifiering av problem och verklighetsorientering.[485] Både rätten och nyheterna "focus on what is out of place: the deviant, equivocal and unpredictable."[486] Båda omhuldar också en myt om objektivitet i verksamheten.[487] Trots detta använder sig både rätten och nyheterna av en dramatiserad teknik för att föra ut sitt budskap; det att (den amerikanska) rättegångens inscenering har så stark dramatisk styrka är också en förklaring till att man så lätt tar upp den i nyheterna.[488] Både rätten och nyheterna artikulerar ju inte blott rationella system, utan uppväcker och uttalar också starka känslor.[489]

Jag noterade tidigare, att rättegångar står till allas förfogande som redskap för mikropolitik och att de därför kan vara ett viktigt instrument också för makthavarna, om de önskar få ut ett budskap i mass-

---

[482] Finlands Advokatförbund har 1999 luckrat upp förbudet för advokater att offentligt kommentera pågående rättegångar. Se närmare om förändringen och nuläget Laitasalo 2000.

[483] Ericson 1996 s. 196.

[484] Ericson 1996 s. 200: "In the reporting/classification process journalists become part of the legal institution and legal operatives become part of the news institution."

[485] Ericson 1996 s. 196.

[486] Ericson 1996 s. 199.

[487] Ericson 1996 s. 215.

[488] Ericson 1996 s. 217.

[489] Ericson 1996 s. 197.

media. Richard V. Ericson påstår t.o.m., för det amerikanska samhällets del, att "[t]he news media institution has become pivotal to the ability of authorities to make convincing claims. Through its law stories, it offers a pervasive and persuasive means by which authorities can seek wider consent for their moral preferences."[490] Hos oss har man dessutom hävdat, att tillämpningen av nyhetskriterierna också i övrigt favoriserar en spridning av den officiella sanningen.[491] Rättegången erbjuder likväl en möjlighet också för sådana mikropolitikens aktörer, som inte utgör en del av den etablerade maktapparaten, att påkalla massmedias uppmärksamhet och på detta sätt väcka ett bredare intresse för de frågor man driver. Som en god illustration från USA kan nämnas ett flertal processer som drivits av s.k. "fattigadvokater" ("poverty lawyers") t.ex. om hemlösas rätt till hem; man har här betecknat själva rättegången och domen som en symbolisk resurs, då den gett problemet en betydande uppmärksamhet i massmedia.[492]

Då man granskar de möjligheter som rätten erbjuder mikropolitikens aktörer att få upp ärenden på den offentliga agendan är det m.a.o. uppenbart att rättegången är ett centralt instrument. Många slag av rättegångar kan naturligtvis ha denna funktion. Inom privaträttens sfär – där rättegångarna kan drivas av de mikropolitiska aktörerna – framträder igen ansvarsrätten i detta hänseende som ett viktigt rättsområde. Ansvarsrättegången företer flera sådana drag som gör det befogat att anta att detta rättsområde i växande grad kommer att utnyttjas i mediestrategiskt syfte. Jag har redan ovan hänvisat bl.a. till den omständigheten att det är lätt att popularisera ansvarsrättegången. Också i belysning av massmedias nyhetskriterier framstår ansvarsrättegången som ett användbart redskap för den som söker massmedial publicitet. En sådan rättegång kan ofta ges en hög human interest-koefficient (nyhetskriterium iv), då den berör olyckliga tilldragelser och icke-önskvärt beteende. Det att man i rättegången behandlar olyckor innebär att man i den har att göra med osannolika eller överraskande händelser (vi), som lätt kan visualiseras (viii). Elementet av konflikt är

---

[490] Ericson 1996 s. 204.

[491] Aula 1991 s. 20 noterar hur nyhetslogiken i allmänhet favoriserar officiella källor och den politiska eliten. Också Ikävalko 1997 s. 223 f. antar att makteliten har de största möjligheterna att få upp ett ärende på medias agenda.

[492] Se härom Harris 1999 s. 916 ff.

starkt (vii), då den part som drabbats av en skada ofta har ett starkt emotionellt engagemang i processen.

Den viktiga moraliska dimensionen i ansvarsprocessen, varom varit tal i föregående kapitel, delar den också med vanliga stilar att presentera nyheter.[493] Det att processen kan framställas som en konflikt mellan det goda, den oskyldiga skadelidande, och det onda, skadevållaren, gör sålunda processen mer intresseväckande för massmedia. I en färsk empirisk undersökning av medietäckningen av produktansvarsdomar angående bilar i USA har Steven Garber och Anthony G. Bower också visat att den omständigheten att domen innehöll ett element av "punitive damages", vilka ju utdöms blott då svaranden gjort sig skyldig till ett moraliskt starkt klandervärt förfarande, var en faktor som ökade massmedias intresse för domen.[494] Just möjligheten att framställa ärendet i termer av en kamp mellan gott och ont – vilken ju föreligger i många ansvarsprocesser – visade sig i denna undersökning vara betydelsefull vad avser tillgången till media. – I förbigående kan nämnas, till eftertanke för dem som på lösare grunder vill använda ansvarsprocesser i mikropolitiska offentlighetskampanjer, att samma undersökning också noterade en avsevärt högre medietäckning på fällande än på friande ansvarsdomar.[495]

Ett gott finskt exempel på ansvarsrättegångar med god medietäckning är de skadeståndsprocesser mot tidigare bankdirektörer som jag omtalat redan tidigare, såväl i kap. 3 som i kap. 4. Deras nyhetsvärde har varit exceptionellt högt av flera skäl. Dels kan man naturligtvis hänvisa till att de gällt mycket viktiga frågor, då bankkrisen kostade samhället miljarder och de individuella tragedier som följde i dess spår var omfattande. Detta värde, som har med journalistikens orienteringsfunktion att göra, stöds emellertid av starka emotionella element, som gör att just dessa rättegångar blivit en av de mest framträdande kanalerna för den offentliga diskussionen om bankkrisen. Både det faktum att så många drabbats av bankkrisen och de enorma ersättningskrav som riktats mot svarandena är ägnade att väcka starka känslor i anslutning till processerna. Många av aktörerna var också mer eller mindre välkända sedan tidi-

[493] Ericson 1996 s. 208.
[494] Garber & Bower 1999 s. 120 f.
[495] Garber & Bower 1999 s. 119 f.

gare, bl.a. som viktiga spelare under 1980-talets s.k. kasinoekonomi. De högsta värdena på nyhetsrankingen hade rättegångarna mot den tidigare toppolitikern Ulf Sundqvist. Alla skeden av dessa rättegångar refererades noggrannt i massmedia.[496]

Massmedia fungerar således som ett viktigt filter vad avser användningen av (ansvars)rätten i mikropolitiskt syfte. Detta är emellertid bara en av relationerna mellan ansvarsrätt och massmedia. I den mån ansvarsrättens betydelse som ett instrument för reglering och övervakning av företag och makthavare växer kan man anta att den i ökande grad kommer till användning för reglering och övervakning också av massmedia som makthavare. Att detta verkligen håller på att ske, både hos oss och på många andra håll, är ett så notoriskt faktum att det inte behöver dokumenteras här. Terrorbalansen är fullständig: massmedia dompterar rätten, men rätten slår tillbaka bl.a. i ansvarsprocessen. Till detta har jag anledning att återkomma nedan i kap. 10.

En offentlighetsinriktad, men fragmenterad ansvarsrätt

Jag har här sökt visa, hur den senmoderna mikropolitiken och dess inriktning på offentlighet och massmedia kan medföra nya uppgifter för ansvarsrätten och särskilt för ansvarsrättegången. Dessa uppgifter hänger delvis samman med de nya funktioner som jag beskrev i tidigare kapitel. Ansvarsrättens roll som rättslig inlärningsmekanism vad avser de nya riskerna i risksamhället förverkligas säkerligen i många fall genom rättegångar som får omfattande uppmärksamhet i offentligheten. Alltid är detta dock inte fallet. Inlärningen kan stundom också ske utan en bredare offentlighet: processernas lärdomar kan spridas inomjuridiskt genom prejudikatsfunktionen och genom information till lagberedningsorgan och liknande instanser. När man åter talar om ansvarsrätten som ett forum för moraldiskurs möter man en motsvarande situation. Det kan vara fråga om att utnyttja rättegången för att få till stånd en sådan offentlig diskussion i massmedia, varom här varit tal, men det kan också vara fråga om en debatt som i högre grad förs mellan de involverade intressenterna.

---

[496] Skadeståndsprocessen mot Sundqvist och hans medarbetare avslutades i högsta domstolen, se HD 1997:110 och 1997:111.

Mikropolitikens aktörer kan utnyttja den massmediala uppmärksamheten för att bringa fram ett problem på den offentliga agendan och därigenom få till stånd en debatt om behovet av och möjligheterna att lösa problemet. Detta syns åtminstone delvis vara syftet t.ex. med många tobaksprocesser. Man kan emellertid också använda processen i en mer konkret inlärningsfunktion. Genom att nå publicitet kring fällande domar kan man söka påverka beteendet hos aktörerna på ifrågavarande fält i fortsättningen. Man har antagit att medietäckningen av skadeståndsrättegångar spelar en nyckelroll vad avser uppkomsten av de uppfattningar som driver berörda aktörers handlande.[497] Den s.k. preventiva effekten av de ansvarsrättsliga reglerna skulle alltså i någon grad vara beroende av hur man ger publicitet åt rättegångar. Empiriska undersökningar tyder också på att den massmediala uppmärksamheten i dag är en viktig komponent när det gäller att genomdriva att lagstiftning och andra normer iakttas.[498] En mikropolitisk massmediestrategi kan därför ha betydelse inte blott vad avser ansvarsrättens regleringsfunktion, utan även med hänsyn till ansvarsrättens övervakningsfunktion.

Då medieoffentligheten kombineras med marknadsmekanismen erbjuder den i konsumtionssamhället dem som kan utnyttja redskapet ett starkt påtryckningsmedel mot företag på marknaden. Det faktum att ansvarsrättegången, oberoende av ansvarsgrund, i offentligheten kan presenteras som ett förfarande, genom vilket man vill utpeka och brännmärka en "skyldig", gör just rättegångar av detta slag ägnade att användas i påtryckningssyfte.

Medieoffentligheten är emellertid nyckfull och har inte ett koherent samhällspolitiskt syfte. Mikropolitikens aktörer, som skapar materialet för offentligheten, uppträder inte som medspelare i en stor samhällelig strategi. Den mikropolitiska aktiviteten är fragmenterad

---

[497] Garber & Bower 1999 s. 119.

[498] Se t.ex. Ericson 1996 s. 221 (med vidare hänvisningar): "At the level of organizations, publicity is an increasingly important component in achieving compliance to laws and regulations. Most contemporary analyses indicate that the 'suasion' of publicity is the most important aspect of the compliance law enforcement process". Jfr Tala 2001 s. 324 ff., som mer generellt analyserar informationens betydelse, när det gäller att åstadkomma att man följer en lag, och rekommenderar försiktighet vid bedömningen av denna betydelse.

och de resultat den kan uppnå måste bli punktvisa och inkoherenta. Ansvarsrättsliga landvinningar som till äventyrs kan åstadkommas på basen av sådana insatser blir lätt också de fragmenterade.

Det att man framhäver rättegångar i den juridiska världsbild som domineras av massmedia understryker i sig detta perspektiv. En rättegångscentrerad syn, där rättsfakta träder i förgrunden och den generella normen ägnas mindre uppmärksamhet, är inte ägnad att understryka existensen och behovet av ett system i rätten. Detta behöver naturligtvis inte på kort sikt inverka på den systembetonande självförståelsen hos aktörerna inom rättsordningen, men får högst antagligen åtminstone i ett längre perspektiv verkningar också här. I den mån man på det juridiska fältet mer aktivt söker anpassa sig till mediesamhällets funktionssätt kan dessa konsekvenser uppträda snabbare. Exempelvis kan man anta, att önskemålen om att domsmotiveringar skall skrivas så att allmänheten (=journalisterna) lättare skall förstå dem kan medverka till att man undertrycker rättssystematiska argument, då sådana argument för en lekman ju ofta framstår som rättstekniska och svårbegripliga – och ofta på goda grunder också som skenargument.

Denna systemnedbrytande konsekvens av ansvarsrättens funktion som redskap för mikropolitiska aktioner förstärks ytterligare av att sådana aktioner i många fall är transnationella. Man har i många sammanhang konstaterat, att rättens fragmentering hänger samman med internationaliseringen och minskningen av nationalstatens betydelse. Den ökande användningen av ansvarsrätten i gränsöverskridande strategier kan bidra till ansvarsrättens fragmentering. Det kan vara fråga om en självförstärkande process. Å ena sidan medverkar varje "rättslig irritationsfaktor", som hämtats utifrån, till att bryta ner de nationella systematiska helheterna. Å andra sidan, ju mer ansvarsrätten förlorar sin kontakt med den nationella rättsliga strukturen, desto större är möjligheterna till nya transnationella strategier. Det nationella ansvarsrättsliga systemet nöts ner under trycket av transnationella mikropolitiska strategier och motstrategier.

6 kap. Slutsatser: nya uppgifter för ansvarsrätten

Om hur de drag i samhällsutvecklingen som jag beskrivit i de tidigare kapitlen pekar mot nya reglerings- och övervakningsfunktioner hos en internationaliserad och i någon mån amerikaniserad ansvarsrätt, vilket motiverar varför den ansvarsrättsliga analysen bör riktas dels mot frågor som angår makthavares ansvar och dels mot sådana problem i anknytning till privaträttens traditionella bindning till egenintresset som kan försvåra aktionsmöjligheterna för mikropolitikens subjekt.

Ovan har jag från olika synvinklar granskat sådana drag i samhället som förefaller ha blivit mer framträdande under senmodern tid och som kan antas ge upphov till nya normativa krav på ansvarsrätten eller åtminstone skapa en potential för en utveckling av ansvarsrätten. Samhällsdiagnoserna, som betraktade var för sig ter sig tämligen spekulativa, förefaller peka i samma riktning när det gäller deras förmodade återspeglingar på privaträttslig nivå. De erbjuder många möjligheter att förklara, varför just den privaträttsliga ansvarsrätten kan antas få en viktigare roll i det senmoderna samhället. Denna potential för en mer betydelsefull ansvarsrätt sammanhänger med att man i växande grad kan tänkas utnyttja ansvarsrätten för att reglera och övervaka det som sker både på marknaden och i samhället i övrigt.

Ansvarsrättens växande betydelse

I Europa har privatiseringssträvandena och, mer allmänt, en växande marknadsorientering utgjort ett framträdande drag i samhällsbilden särskilt under 1900-talets sista årtionde. Denna förskjutning i riktning mot en minskning av det offentligas roll, vilken jag tagit som utgångspunkt för det föreliggande forskningsprojektet, innebär i sig redan som tautologisk sanning att privaträttens betydelse ökar. Som jag visade i kap. 2 kan detta resultera i att just ansvarsrätten får nya funktioner. Ansvarsrätten träder in i den utvidgade klyftan mellan medbor-

garnas förväntningar på det offentliga, vilka skapats av välfärdsstaten, och dess i marknadsorienteringens tecken krympande regleringsvilja. När den offentligrättsliga regleringen drar sig tillbaka, kan ansvarsrätten bidra till normgivningsprocessen, och den ansvarsrättsliga kontrollen av företag och andra aktörer kan bli viktigare, då myndighetskontrollen minskar. I någon utsträckning kan ansvarsrätten också tänkas komma till användning för att tvinga fram önskvärd privat och offentlig service samt t.o.m. för att fylla ut luckor i socialskyddet.

Den tilltagande betoningen av marknadsorienteringen, som ligger bakom dessa tryck mot en ökad användning av ansvarsrättsliga regler, utgör en relativt ny trend i vårt samhälle. Ansvarsrättens växande betydelse framstår därför i detta perspektiv som en möjlig konsekvens av ett dagspolitiskt fenomen, vars fortsatta framträdande på längre sikt man inte kan vara säker på.[499] Då det aktuella politiska läget sålunda är av betydelse, då man granskar marknadsorienteringens frammarsch och dess följder, är det givet att variationerna också mellan olika västeuropeiska länder i detta hänseende kan vara betydande. Den analys av marknadsorienteringens inverkan på ansvarsrätten som jag utfört i kap. 2 bör därför ses blott som en utredning av en potential, som kan ha varierande styrka i olika länder och olika sammanhang. För den amerikanska rättens del kan man t.o.m. hävda, att potentialen i någon grad förverkligats; detta innebär dock inte, som jag framhåller nedan, att den nya ansvarsrätten hos oss måste bli en kopia av den amerikanska.

Denna relativt dagsaktuella trend mot ökade möjligheter för ansvarsrätten stöds av drag i samhället som avspeglar mer långvariga och uppenbarligen mer grundläggande processer, vilka står i samband bl.a. med teknologins utveckling. Då det s.k. risksamhället å ena sidan präglas av växande osäkerhet vad avser möjligheterna att behärska risker och å andra sidan kännetecknas av att man uppfattar riskerna vara avhängiga av mänskligt beslutsfattande, ser man också i detta perspektiv en växande klyfta mellan regleringsmöjligheterna, som hämmas av osäkerheten, och regleringskraven, som utspringer ur fokuseringen på mänskligt beslutsfattande. Också i denna klyfta stiger ansvarsrätten gärna in. Den osäkerhet som gör att en offentligrättslig reglering ofta

---

[499] Marknadsorienteringens anknytning till de pågående globaliseringsprocesserna medför dock att skarpa trendbrott i annan riktning är mindre sannolika.

måste bli otillräcklig erbjuder ansvarsprocessen en roll som mekanism för inlärning av hur nya risker skall bemästras. Denna roll har analyserats närmare i kap. 3.

Den växande osäkerheten i anslutning till de ökande riskerna (eller till den ökande riskperceptionen) innehåller m.a.o. en social beställning på en ansvarsprocess som kan fylla de regleringsbehov som man inte på annat sätt kunnat tillfredsställa. Också en annan form av osäkerhet, som vidlåder dagens samhälle, kan på motsvarande sätt öka förväntningarna på ansvarsrätten. Som jag visat i kap. 4 kan den osäkerhet som hänger samman med förlusten av tron på universella etiska system i det senmoderna samhället leda till att man i högre grad söker hjälp i rätten, då man står inför svåra moraliska bedömningar. Rättegången kan erbjuda det forum för pragmatisk moraldiskurs som behövs, då man inte längre upplever de etiska systemen och auktoriteterna som övertygande. Just den privaträttsliga ansvarsrättegången är av flera skäl ägnad att utnyttjas på detta sätt.

Alla dessa tre synvinklar bidrar till konturerna av en ansvarsrätt, som inte blott kan skapas och användas uppifrån och ner, från "systemet" mot medborgarna, utan även kan utnyttjas "nerifrån", från gräsrötternas sida. När man säger, att ansvarsrätten dras in i klyftan mellan det som medborgarna förväntar sig och det som det offentliga kan eller vill prestera, implicerar detta att ansvarsrätten kommer till användning på initiativ av medborgarna. Ansvarsrättens nya funktioner understryks därför, som framgår av kap. 5, av den s.k. mikropolitikens mer centrala roll i det senmoderna samhället. Det inträder nya subjekt för ansvarsrättsliga strategier: smågrupper och aktivister av olika slag kan utnyttja ansvarsrättsprocessen för att bringa upp frågor som är viktiga för dem på den offentliga agendan. Det har nämligen visat sig att rättegångar är en användbar metod för att fånga massmedias uppmärksamhet, något som ofta utgör en central målsättning för mikropolitikens aktörer i det senmoderna mediabehärskade samhället.

Slutsatsen av allt detta, nämligen att ansvarsrättens betydelse kan förmodas växa, är dock i sig tämligen tom. Vad betyder det att ett rättsområdes betydelse växer? Avser jag t.ex. att det totala antalet rättsfall som produceras inom området ökar, att de penningsummor som styrs av rättsområdets regler växer eller att den relativa andelen av det arbete som advokater och andra jurister lägger ner på rättsom-

rådet blir större?[500] Också i dessa kvantitativa avseenden ligger det nära till hands att anta, att ansvarsrättens betydelse tilltar. När jag talar om rättsområdets ökande betydelse, tänker jag emellertid i första hand på andra parametrar.

Å ena sidan har jag för ögonen en omständighet, som jag framhållit särskilt i kap. 5, nämligen att vår verklighetsbild och vår bild av vad som är gott och ont i allt högre grad anknyter till en föreställningsvärld som skapats bl.a. av massmedia. Ansvarsrättens växande betydelse innebär att ansvarsrätten och de ansvarsrättsliga processerna får en mer central roll i uppbyggnaden av dessa föreställningar. Ansvarsrätten och ansvarsrättegångarna framträder också mer och mer som en viktig del av den juridiska värld som konstrueras av massmedia. Ansvarsrätten framträder i ett medborgarperspektiv som ett viktigt rättsområde, inom ramen för vilket man kan föra angelägna reglerings- och moraldiskurser.

Å andra sidan hävdar jag också, att de faktorer som jag beskrivit dessutom innebär en ökning av ansvarsrättens kvalitativa betydelse i det interna perspektivet, nämligen i juridikens egen självförståelse. I den interna juridiska diskursen riktas intresset mot de förment svåra fallen. De "intressanta fallen", som rättsdogmatiken riktar sitt förstoringsglas mot, som den juridiska undervisningen dissekerar och som praktikerna utbyter åsikter om, är fall som skapar nytt, fall, vilkas utgång man inte lätt kunde förutse. De nya funktioner, som ansvarsrätten potentiellt kan komma utföra, är ägnade att producera just sådana fall. En ansvarsrätt, som skapar grundregler på områden där det avreglerade offentliga inte längre fyller förväntningarna, en ansvarsrätt, som utgör en kanal för inlärning av hur risksamhällets nya osäkerhet skall bemästras, och en ansvarsrätt, som erbjuder ett forum för den moraldiskurs som blivit mer angelägen i det senmodernas etiska vakuum, är en "de svåra fallens ansvarsrätt". Också i juristens snäva perspektiv upplever ansvarsrätten därför en uppblomstring.

---

[500] Sandgren 1999–2000 s. 594 f. har i en empirisk undersökning av svenska juristers verksamhet ordnat "rättsområdenas betydelse" utgående från svaren på frågan "Vilka rättsområden berör ditt arbete främst?" Skadeståndsrätten kom här på en hedersam fjärde plats bland nitton rättsområden. Av respondenterna sade sig 51,9 % ha en sådan nära beröring med detta rättsområde.

Denna nya ansvarsrätt utgör inte något alternativ till de funktioner ansvarsrätten redan länge har fyllt. Inte heller innebär den att de lätta fallen i ansvarsrätten skulle minska. Den ökning av antalet svåra fall som man kan förvänta uppkommer m.a.o. i tillägg till de fall som även annars samlas på ansvarsrättens konto. I denna mening kan man tala om en potentiell ökning av ansvarsrättens betydelse också i kvantitativt hänseende. Som jag redan tidigare konstaterade, är denna aspekt dock inte central i min analys.

Globaliseringen och privaträttens ökade betydelse

Många av de trender och behov som ligger bakom privaträttens och ansvarsrättens växande roll i det senmoderna samhället hänger åtminstone delvis samman med de globaliserings- och internationaliseringsprocesser som sägs prägla vår tid. Nya och/eller starkare former för samarbete och påverkan i världsomfattande eller åtminstone regionalt transnationell skala – för den nordiska juristens del framträder ju uppenbarligen den europeiska intregrationen som den allra viktigaste processen av detta slag – blir allt mer betydelsefulla. Påståendet om privaträttens nya blomstring kan delvis motiveras också i termer som hänvisar till sådana processer.

Visserligen är påståendet att vi genomgår en period av stark globalisering eller internationalisering – och t.o.m. att detta skulle vara den tongivande trend som särskilt präglat den senare hälften av det tjugonde århundradet – säkerligen en av dagens mest utslitna klichéer, och kritikerna kan påpeka att t.ex. världshandeln under perioden 1870-1914 var lika öppen som i dag och att nationalstaterna ingalunda förlorat sin betydelse i så hög grad som globaliseringstesen lätt ger intryck av.[501] Oberoende av hur central man anser internationaliseringen vara kan det likväl knappast ifrågasättas att man lätt kan peka på uttryck för den på många områden. Den växande betydelsen av olika slag av regionala och globala institutioner och regelverk kan knappast förnekas. Också de trender och behov som jag analyserat i de föregående kapitlen anknyter i flera fall till internationaliseringsprocesser av olika

[501] Hirst 1997, Hirst & Thompson 1998. Också Castells 1997 s. 307 medger, att tesen om nationalstatens försvinnande inte håller; han påstår dock att nationalstaterna under 1990-talet förvandlats från suveräna subjekt till strategiska aktörer.

slag. Ansvarsrättens nya funktioner har åtminstone vissa rötter i samhällets internationalisering. Jag skall här notera några av dem.

(i) Den internationella handeln har (åter) frigjorts och dess volym växer. Utvecklingen går mot en mer *internationaliserad marknad*. Speciellt viktigt är att detta gäller också finansmarknaden. I ekonomiska termer utgör de fria kapitalrörelserna säkerligen den mest betydelsefulla förändringen i detta hänseende. Detta är en viktig bakgrundsfaktor till den trend mot marknadsorientering som jag analyserat i kap. 2 och som jag där befunnit skapa ett tryck mot nya sätt att utnyttja privaträtten och särskilt ansvarsrätten.

Också på ett mer allmänt plan kan man konstatera att utvecklingen mot en internationell marknad, där nationalstaterna närmast uppträder blott som strategiska aktörer, är ägnad att öka privaträttens relativa tyngd i rättssystemet. Den offentliga rätten är nationalstatens instrument för implementering av nationalstatens interna policy. Offentligrättsliga medel, såsom olika slag av straff, tillståndsförfaranden, förvaltningsrättsliga sanktioner m.m., är typiskt sådana som nationalstaten kan utnyttja, medan man ännu inte på ett mer internationellt plan lyckats åstadkomma särskilt mycket i denna riktning.[502] Såväl traditionella doktriner angående statssuveränitet som faktiska legitimitetsproblem[503] medför här ofta betydande svårigheter. Privaträttens koppling till staten uppfattas som mindre direkt än den offentliga rättens och dess legitimitet kan delvis sökas också i den internationella marknadens behov.

Den nationella lagstiftningens tillkortakommande medför på den internationella marknaden ett växande behov av privat reglering via avtalsmekanismen. Också detta stärker privaträttens ställning, samtidigt som det drar in nya aktörer i normbildningsprocesserna. Det gynnar utvecklingen av olika slag av privaträttsliga självreglerande system, som kan erhålla legitimitet åtminstone inom den grupp av aktörer som berörs. Den internationaliserade rätten "is killing the sovereign-father".[504] Diskussionen exempelvis om existensen, betydelsen och

---

[502] EG-rätten erbjuder dock exempel på motsatsen. Också här är emellertid påföljdsapparaten – förutom i konkurrensfrågor – huvudsakligen förlagd till nationalstaterna.

[503] En av nationalstatens funktioner var att skapa en sekulär legitimationskälla för den politiska auktoriteten och för rätten i det icke-religiösa moderna, se Habermas 1996 s. 128 ff.

[504] Teubner 1997 s. 769.

rättsverkningarna av en transnationell lex mercatoria har under de senaste åren tilltagit i styrka.[505] Man kan tänka sig element av ett transnationellt kommersiellt normsystem som utvecklas vid sidan av den nationella rätten, men också utanför den kodifierade internationella rätten. I den mån den privata rätten på den internationaliserade marknaden på detta sätt frikopplats från nationalstaten, utformas eller uppbärs den emellertid oftast av de starka aktörerna på denna marknad.[506] Detta provocerar återigen frågan, vilka möjligheter andra aktörer – som representerar människan i systemet – har att påverka reglernas utformning och användning.[507]

(ii) Teknologins utveckling har lett till att de problem mänskligheten står inför globaliserats. Miljöfrågor är ofta internationella frågor. Man kan säga att vi står inför mer eller mindre *internationaliserade risker.* Riskerna kan vara direkt gränsöverskridande, men det kan också vara fråga om att likadana risker aktualiseras på många håll så att det är meningsfullt att utväxla erfarenheter om hur dessa risker kan behärskas.

Svårigheterna för det offentliga att reglera risksamhällets risker, som jag beskrev i kap. 3, sammanhänger till någon del med riskernas gränsöverskridande karaktär. Behovet att lära sig – t.ex. via ansvarsprocesser – hur man kan reagera på riskerna är också internationellt. I denna mening har ansvarsrättens potentiella nya funktioner i risksamhället samband med internationaliseringen.

(iii) Informationsförmedligen har blivit mer och mer globaliserad. Detta innebär inte blott att forskning och teknologi, som alltid haft en internationell prägel, blivit ännu mer internationaliserade. Den gräns-

---

[505] För en redovisning se t.ex. Stein 1995.

[506] Också sådana kontraktsrättsliga principkodifieringar som utarbetats av experter i kontraktsrätt kan få genomslagskraft blott om de accepteras av marknadens aktörer. Man har tänkt sig att Principles of European Contract Law, som utarbetats i anslutning till EU, skulle kunna användas i stället för nationell rätt t.ex. i skiljemannapraxis då parterna hänvisat till dem (men vid behov också annars), se Lando & Beale 2000 s. xxiii f. På det globala planet förväntas de inom UNIDROIT frambringade Principles of International Commercial Contracts få en liknande funktion, se UNIDROIT Principles 1994.

[507] Också Winter 1998 s. 527 betonar behovet att från t.ex. människorätts- och miljöorganisationers sida motverka den rätt som det avnationaliserade kapitalet skapat för sig själv. Han ser dock lösningen i utvecklingen av en världsstatlig rätt.

lösa informationsförmedlingen medför också en utveckling av livsstilar och konsumtionsmönster, som är alltmer gränsöverskridande. I någon utsträckning kan man t.o.m. spåra element av något som kunde kallas för en *internationaliserad medvetenhet.*

Det globaliserade informationsflödet är förmodligen den viktigaste orsaken till den tillbakagång för de etiska systemen och den etiska expertisen, med förankring i lokal eller nationell tradition, som jag beskrev i kap. 4. Jag noterade att just denna etiska osäkerhet skapar ett nytt behov att använda ansvarsrätten som ett forum för moralisk diskurs.

Den internationella medvetenhet som håller på att växa fram i anslutning till informationssamhällets utveckling skapar en grund för medborgarrörelser på global nivå och den kan under gynnsamma omständigheter utnyttjas för internationella kampanjer av olika slag. Bojkottstrategier kan byggas på det faktum att t.ex. konsumtionsmönstren och konsumtionsvarumarknaden blivit allt mer internationell. Som ett led i sådana kampanjer kan man utnyttja också internationaliserade rättsliga strategier och här erbjuder ansvarsrätten ofta goda redskap. Man kan t.ex., för att ta ett aktuellt exempel, väcka ansvarsprocesser mot tobaksbolagen på flera håll i världen både för att åstadkomma ett större medietryck mot motparten och för att öka möjligheterna till ett rättsligt genombrott. Denna aspekt av internationaliseringen har jag analyserat i kap. 5.

Den internationella medvetenheten innebär alltså inom den juridiska sfären inte blott att olika slag av regionala och globala harmoniseringsprocesser får en större betydelse. Den ger också nya möjligheter till rättslig kritik. Det transnationella flödet av juridiska idéer ökar – "[w]e increasingly have the sense of living in an interdependent global system marked by borrowing and lending across porous cultural boundaries"[508] – och juridisk kritik kan i allt högre grad baseras på exempel från utländsk rätt, på EG-rätt och på internationell rätt. Det ligger t.ex. i linje med denna internationaliserade medvetenhet att människorättskonventionerna, som tidigare stått i marginalen för det juridiska tänkandet, i dag i finsk debatt framstår som ett av huvudinstrumenten för en rättslig kritik och som ett centralt argument vid en nydanande rättstillämpning också rörande horisontella relationer. Ett sådant ökande flöde

[508] Nelken 1995 s. 440.

av idéer ter sig mycket naturligt inom en privaträtt vars grundstruktur är tämligen likartad i många länder. Internationaliseringen av privaträtten behöver därför inte begränsa sig till det som är av omedelbar relevans för parterna på den internationella marknaden, d.v.s. kontraktsrätten, utan också skadeståndsrätten och ansvarsrätten blir alltmer utsatt för internationell påverkan. Ansvarsrätten har, som jag flera gånger noterat, i växande grad utvecklats i riktning mot en "transnationell falljurisprudens", som kan utnyttjas för att stöda också medborgarbaserade internationaliserade privaträttsliga ansvarsstrategier.

Detta är ett skäl till, varför jag i detta arbete kunnat hämta exempel också från andra håll än från den finska och nordiska rätten. Sådana små goda berättelser varom nedan blir tal kan berättas också med utgångspunkt i erfarenheter från andra länder. Då berättelserna skall berättas hos oss, måste de dock infogas i vårt sätt att berätta juridiska berättelser och förankras i den konkreta juridiska omgivning där vi befinner oss.

Mot en amerikaniserad ansvarsrätt?

Tidigare har jag nämnt några exempel också från den amerikanska rätten. Från detta håll kunde man hämta många flera illustrationer till ett system, där ansvarsrätten p.g.a. olika omständigheter fått en central betydelse. Är det då i min analys egentligen bara fråga om, att det växande internationella flödet av rättsliga idéer nu håller på att bringa en amerikansk skadeståndsrätt till oss, som en respons på drag i samhället som skapat ett behov för en sådan import? Går vi mot en amerikaniserad ansvarsrätt?

Sådana påståenden är ingalunda ovanliga. Icke blott skadeståndsrättare framför dem, utan även det processrättsliga klimatet sägs utvecklas i samma riktning. I Sverige har t.ex. Per Henrik Lindblom noterat, hur den svenska domstolsrollen i olika avseenden får drag som man tidigare förbundit med de amerikanska domstolarna. Ett av dessa drag sägs just vara "skadeståndsrättens punitiva potential även i fattiga människors händer".[509]

Jag har också själv uttryckligen jämfört den potentiella utvecklingen inom vår konsumentansvarsrätt med den amerikanska styrningsmodellen. Medan konsumentskyddet i Europa, och kanske särskilt i Norden,

[509] Lindblom 1999 s. 505.

traditionellt bygger på en "model of regulation and administration", antas det föreligga ett tryck i riktning mot den "model of information and litigation" som kan sägas prägla motsvarande regler i USA.[510] På ett mycket allmänt plan kan man förvisso säga, att de potentiella nya funktioner för skadeståndsrätten som jag skissat upp påminner om läget i USA. Användningen av skadeståndsrätten som ett instrument för reglering och övervakning och t.o.m. som en utfyllnad av ett bristfälligt socialskydd är väl känd i USA. Kopplingen mellan en växande marknadsorientering och en mer utnyttjad ansvarsrätt kan naturligt bekräftas med erfarenheterna från USA, som traditionellt varit mer marknadsorienterat än Europa. Också det att man utnyttjar ansvarsrätten som ett instrument för mikropolitik, både i syfte att direkt påverka marknadens aktörer och för att erövra utrymme i den mediabaserade offentligheten, är i det amerikanska samhället föga uppseendeväckande.[511] Tanken på ansvarsrätten som forum för moraldiskurs och antagandet rörande emotionernas växande roll är likaså lätta att uppfatta i den jurycentrerade moralistiska och emotionella amerikanska ansvarsprocessen.

Jag har likväl inte för avsikt att här presentera en extensiv beskrivning av den amerikanska skadeståndsrätten[512] och dess problem. Diskussionen kring dessa problem är så välkänd att de nästan kan betecknas som notoriska. Här behövs blott en kort bestämning av min egen position i relation till denna diskussion. Dels vill jag härvid uttala ett faktuellt antagande: på flera grunder, vilka i sig är väl kända, vågar jag förmoda, att den nordiska ansvarsrätten knappast inom en överskådlig framtid kommer att utvecklas så långt i den amerikanska riktningen att de amerikanska problemen här kommer att uppstå åtminstone i

---

[510] Se ovan kap. 2.

[511] De otaliga amerikanska ansvarsprocesserna mot tobaksföretagen bär ett talande vittnesbörd om detta. T.o.m. organisationen för de delstatliga åklagarna/lagövervakarna (National Association of Attorneys General) har deltagit i detta mikropolitiska spel, genom att koordinera de skadeståndskrav åklagarna ställde för delstaters räkning avseende hälsovårdsutgifter för rökare, se Nehf 1999 s. 283. Här ledde också mikropolitiken till en viss framgång; tobaksindustrin gick med på en överenskommelse som innebar betalningar av miljardbelopp under de kommande 25 åren samt en avtalad reglering av reklam, marknadsföring och annan informationsförmedling angående tobak; se närmare Nehf 1999.

[512] Redan talet om en amerikansk skadeståndsrätt är inexakt, i det rättsområdet till största delen får sitt innehåll på delstatsnivå.

full omfattning.[513] Dels vill jag göra ett normativt ställningstagande: man bör i mån av möjlighet sträva till att förhindra en så långtgående utveckling. Fastän de drag i de nordiska samhällena som jag har analyserat i de tidigare kapitlen ger ansvarsrätten sådana nya möjligheter som kunde förverkligas genom en import av en amerikansk modell, är det skäl att vara uppmärksam på problemen i den amerikanska modellen och därför relatera möjligheterna till den nordiska kontexten.

De problem som jag här tänker på kunde metaforiskt beskrivas som en förvuxenhet, t.o.m. en svulstartad tillväxt, av den amerikanska ansvarsrätten. Rättsområdet har erhållit ett så brett inflytande och dess normer har blivit så ingripande att det uppkommit negativa dysfunktioner av många slag. Redan det att möjligheten att framställa skadeståndskrav ligger långt framme i mångas medvetande och ter sig som en lättillgänglig och t.o.m. lockande åtgärd medför ett förrättsligande av sådana situationer där livsvärlden kanske skulle ha mått bättre utan rättens intrång och en introduktion av en konfliktmodell i fall där mer harmoniska problemlösningsmodeller kanske skulle leda till bättre resultat. De stora belopp som styrs av ansvarsprocesserna i USA gör också ansvarsrätten till en alltför central kostnadsfaktor i ekonomisk verksamhet – man talar om företag som använder nästan hälften av sina intäkter på juristkostnader – vilket har som följd att beslutsprocesserna snedvrids och fokuserar för mycket på skadeståndsriskerna. Problemen har särskilt uppmärksammats inom hälsovården. Här har skadeståndsriskerna medfört en alltför stor återhållsamhet vad avser riskfyllda medicinska åtgärder, såsom vissa slag av operationer, och också utvecklingen av och tillgången till läkemedel kan hämmas av överbetoningen av ansvarsrätten.[514] Dessa och liknande problem är givet-

[513] Se även Honka 2000, som gjort en grundlig analys av frågan, huruvida den finska skadeståndsrätten håller på att amerikaniseras. Han konkluderar (s. 85), att man knappast kan se någon återspegling av den amerikanska skadeståndsrättens trender hos oss. Om man emellertid definierar "amerikanisering" som Honka gör – den skulle innebära "att grunden för skadeståndsansvaret skärps, orsakssambandsbedömningen har nya drag, de ersättningsgilla skadetyperna utvidgas, ersättningsbeloppen stiger och element av ekonomiskt straff får relevans"(s. 50) – är nog element av ett slags "amerikanisering" uppenbara, låt vara att inspirationen till dem inte nödvändigtvis kommit från USA. Jag återkommer själv nedan till frågan om behovet av mer "amerikanskt" i påföljderna.

[514] Westerhäll 1997 hävdar, på grundval av en komparativ analys av amerikansk och europeisk skadeståndsrätt, att detta är en orsak till att preventivmedel inte är lika tillgängliga i USA som i Europa. Hon konkluderar mer generellt: "Man kan inte kräva en högtstående hälso- och sjukvård inkluderande en högtstående läkemedelsforskning, -tillverk-

vis mycket omdebatterade i USA[515] och man har på lagstiftningshåll sökt vidta åtgärder för att vända utvecklingen och i någon mån begränsa den excessiva betydelse ansvarsrätten i dag har.[516]

Motsvarande problem har inte uppfattats som akuta i Europa och Norden. Användningen av ansvarsrätten har här inte svullit upp till sådana amerikanska dimensioner att det funnes skäl till omedelbar oro. En god illustration av detta erbjuder utvecklingen av produktansvaret. Medan den amerikanska ansvarsrättens betydelse framträder kanske allra starkast i de otaliga och mycket uppmärksammade produktansvarsrättegångarna, har EG-domstolen först nyligen givit sitt första förhandsavgörande angående EG:s produktansvarsdirektiv,[517] trots att direktivet gavs redan år 1985. Också i medlemsländerna finns det blott ett fåtal rapporterade rättsfall i anslutning till direktivet.[518] Rättspraxis beträffande den finska produktansvarslagen av år 1990 är ytterst sparsam och avgöranden från högsta domstolen saknas helt.

Ansvarsrätten förefaller hos oss inte heller ha trängt så djupt in i den privata sfären, i den egentliga livsvärlden, som den gjort i USA. Krav mot föräldrar p.g.a. "malpractice of parenting" är tillsvidare okända hos oss.[519]

---

ning och -kontroll samtidigt som man gör sitt bästa för att underminera dessa med ideliga processer utmynnande i skyhöga skadestånd. Det slutar med att man på sikt varken har tillgång till medicinsk expertis eller till effektiva läkemedel" (s. 399).

515 Man har t.o.m. startat folkrörelser mot missbruket av skadeståndsrätten (mikropolitik mot ansvarsrätt!). I Kalifornien har man t.ex. grundat föreningen Citizens Against Lawsuit Abuse (C.A.L.A.) för att motverka sådant missbruk. På föreningens hemsida (www.cala.com) har man samlat många exempel på ansvarsrättegångar, som ur europeisk synvinkel ter sig komiska.

516 Åtgärderna riktar sig bl.a. mot de extremt stora skadeståndsbeloppen. Härom blir mera tal nedan.

517 Henning Veedfald v. Arhus Amtskommune, Case C-203/99, dom 10.5.2001.

518 Se COM(2000) 893 final s. 10.

519 Porsdam 1997 s. 87 – med hänvisning till Lieberman 1981 s. 4 f. – nämner detta fall som exempel på hur rättsprocesserna på ett oacceptabelt sätt trängt in i den amerikanska vardagen. Då hon som ett andra exempel nämner en gymnasist, som stämt sin gymnastiklärare p.g.a. att hon har brutit fingret i en softbollmatch, undrar man dock om skillnaderna mellan amerikansk och nordisk approach på denna punkt trots allt i alla situationer är så stora. Som jämförelse kan man nämligen här hänvisa till det finska rättsfallet HD 1994:1, som gällde en ögonskada som följd av fotbollsspel inomhus med en volleyboll under en gymnastiklektion. I detta fall blev den stad som upprätthöll skolan skadeståndsansvarig som gymnastiklärarens arbetsgivare. Domstolen ansåg att läraren hade gjort sig skyldig till vållande, då han inte förbjudit de fullvuxna eleverna att spela med volleybollen.

De drag i våra samhällen som kunde förväntas göra vår ansvarsrätt mer amerikaniserad har alltså ännu inte lett till en sådan förvuxenhet hos ansvarsrätten som ligger bakom de amerikanska problemen. Som jag tidigare nämnde, finns det goda grunder att anta, att en sådan hypertrofiering inte heller i fortsättningen kommer att äga rum.

Flera av dessa grunder ligger som känt i det amerikanska processystemet. Detta innehåller sådana speciella drag som stöder ansvarsrättens speciella roll men som knappast någon önskar importera till oss. Ett av dessa är fördelningen och täckningen av processkostnaderna. Då huvudregeln i USA är den att vardera parten bär sina egna kostnader och man därför inte blir tvungen att ersätta motpartens kostnader i händelse man förlorar processen samt då man accepterar att advokatarvode uppbärs i form av s.k. contingency fee på en no cure no pay-basis, innebär detta att kostnadsrisken för en kärande i en amerikansk ansvarsprocess är minimal. Man kan utan större risk väcka processer också på mycket osäkra grunder, om blott någon advokat åtar sig uppdraget. Det är givet att just denna omständighet gör ansvarsprocessen till ett redskap som stundom ter sig t.o.m. alltför lätt att använda för den senmoderna mikropolitikens agenter. I våra förhållanden, där både reglerna om rättegångskostnader är – och säkerligen förblir – andra och där contingency fee-baserat advokatarvode betraktas som oetiskt, är möjligheterna till en alltför kreativ användning av ansvarsprocesser för att driva mikropolitiska syftemål långt mer begränsade.

Den amerikanska processrätten har utvecklat också andra instrument som kan vara av betydelse med hänsyn till de faktiska möjligheterna att begagna ansvarsrätten i mikropolitiska strategier. Jag tänker här speciellt på grupptalan (class action), ett rättsinstitut som funnit ett av sina viktiga hemland i USA.[520] Som jag noterade redan i kap. 5 skulle ansvarsrättens, och mer generellt privaträttens, användbarhet som redskap för mikropolitik öka, om institutet grupptalan skulle introduceras också hos oss. Jag nämnde också att det existerar vissa planer i denna riktning i Finland och Sverige. Just vetskapen om de amerikanska problemen medför dock, att man kommer att gå fram med försiktighet på denna väg. Ett sådant rättsinstitut kan i vår kultur inte

[520] Den bästa beskrivningen av det angloamerikanska class action -institutet i ett nordiskt perspektiv har presenterats av Lindblom 1989.

heller utvecklas planlöst direkt genom rättspraxis. Det att man kanske – och jag säger förhoppningsvis – kan introducera grupptalan också hos oss[521] innebär alltså knappast i sig någon risk för de ansvarsrättsliga excesser som skett i USA. Dessa excesser kommer till synes också i individuella processer och sammanhänger med andra omständigheter än tillgången till class action.

En ytterligare processrättslig skillnad mellan vår rätt och den amerikanska, som har avsevärd betydelse i förevarande sammanhang, är omständigheten att de amerikanska processerna drivs inför en domstol med jury. Just jurysystemet brukar nämnas som en av huvudorsakerna till den amerikanska ansvarsrättens svulstartade utveckling.[522] En jurydomstol kan förväntas vara långt mer mottaglig för emotionella argument och empatiskt förstå kärandens behov av kompensation för olyckor som drabbat honom eller henne i så hög grad att det finns fog för att tala om en "deep-pocket-principle"[523] som en viktig faktisk princip i den tillämpade ansvarsrätten. Juryns inflytande kan också ses i de excessiva skadeståndsbeloppen. Även om jag i kap. 5 sökt motivera ett antagande att de emotionella och empatiska elementen i rättstillämpningen kommer att och också i någon utsträckning bör öka också hos oss, tryggar rättskipningens professionella bundenhet i vår domstolsordning att denna utveckling här inte löper amok.

Skillnaderna i processordningen ger i sig tillräckliga motiveringar för antagandet att man hos oss, trots ett tryck i riktning mot en "amerikanisering", inte har anledning att frukta en import av den amerikanska ansvarsrättsliga modellen som sådan med alla dess problematiska effekter. Förutom till dessa processrättsliga faktorer kan man hänvisa också till kulturella skillnader mellan det amerikanska och det nordiska samhället som gör att ansvarsrättens kontext blir en annan och dess roll hos oss därför måste bli långt mer obetydlig än i USA. Redan juridikens och juristernas centrala position i det amerikanska samhället, som på goda grunder sagts vara präglat av "jurismania"[524], ter sig

---

[521] Grupptalan och mikropolitik skulle i sig vara ett intressant och viktigt forskningstema. Då mitt arbete i de rättsdogmatiska/-politiska delarna gäller den materiella ansvarsrätten kommer jag inte att diskutera denna processuella problematik närmare.

[522] Honka 2000 s. 77 ff. betonar denna orsak till rättsläget i USA.

[523] Skadeståndskrav riktas mot och skadestånd utdöms av den som har råd att betala.

[524] Campos 1998.

främmande i det nordiska perspektivet. En mer betydande omvärdering av juridikens roll i våra samhällen är heller varken önskvärd eller trolig, om ock medieoffentligheten i dag också hos oss är långt mer intresserad av rättegångar än tidigare. Denna mer grundläggande återhållsamhet vad avser förrättsligande kan antas bidra till att hålla tillbaka en alltför stark tillväxt av ansvarsrätten.

Även en annan kulturell skillnad med återhållande verkan kan nämnas i detta sammanhang. I den amerikanska kulturen är man van vid att ha mer tillit både till privata organisationer och privata aktioner än till statliga åtgärder, när det gäller att åtgärda olika slag av missförhållanden.[525] Den rättsliga mikropolitiken passar naturligtvis långt bättre in i en sådan kulturell kontext än i den nordiska modellen, där medborgarna fortsättningsvis har förväntningar på det offentliga.

Här är det anledning att erinra om den omständighet som jag uppmärksammat i flera sammanhang ovan, nämligen den att utvecklingen går mot en mer pluralistisk regleringsstil, där många olika slag av normativa instrument kan komma till användning inom samma fält. Det har varit tal om en välfärdsmix, som i växande grad präglar den senmoderna välfärdsstaten, och jag har noterat motsvarande blandningar också i riskhanteringsinstrumenten i risksamhället. Det är uppenbart, att ansvarsrättens position i denna mix måste bli en annan i den nordiska (och den europeiska) traditionen än i den amerikanska. Det föreligger fortfarande starka offentliga inslag i vår regleringsmix, vilka måste undanträngа ansvarsrätten till en mer obetydlig roll än den har i USA. Jag har också i flera sammanhang betonat, att det finns goda skäl att så långt det går försvara dessa inslag. Här kan jag nu ge ett ytterligare argument för detta försvar: betoningen av det offentligas roll utgör en viktig motvikt till den övertillväxt av ansvarsrätten som vållat problemen i USA. Även om man får acceptera och i vissa fall t.o.m. välkomna, att den privaträttsliga ansvarsrätten också hos oss får en större roll i den senmoderna regleringsmixen, måste man samtidigt hålla fast vid tillräckligt starka offentligrättsliga regleringsinslag för att privaträtten inte skall svälla över alla bräddar. Det finns också goda skäl att hålla fast vid den samspelsmodell som åtminstone i vissa avse-

[525] Detta har vi tagit som grund för våra hypoteser i arbetet Howells & Wilhelmsson 1998, se motiveringarna på s. 211 ff.

enden har visat sig naturlig i den europeiska kontexten. Ansvarsrätten kan t.ex. i risksamhället fungera som en inlärningsmekanism, genom vilken man hämtar in erfarenheter, som kan ligga till grund också för offentligrättslig reglering.

De kulturella och rättsliga bakgrundsfaktorer som nämndes ovan gör det dessutom mycket mer angeläget att betona de offentligrättsliga regleringarna i det europeiska sammanhanget än i USA. Det finns inga garantier för – det är snarast mycket osannolikt – att en avreglering hos oss i sig skulle medföra en så stark tillväxt av ansvarsrättens betydelse att detta rättsområde skulle träda in i den roll det har i USA.[526] Tanken att man skulle kunna ersätta det europeiska "regulation and administration" med en amerikansk "information and litigation" -modell kunde förverkligad lätt visa sig innebära blott "information combined with a lack of litigation", d.v.s. man skulle överta "only half of the US package".[527]

Mer "amerikanskt" i påföljderna

Hittills har varit tal om de kringliggande omständigheter – processen och kulturen – som bidrar till att ansvarsrätten har och också i fortsättningen kommer att ha en mer återhållen position hos oss än i USA. Också inom ansvarsrätten själv förekommer det väsentliga olikheter mellan de europeiska och de amerikanska reglerna som bidrar till att både förklara och upprätthålla denna relativa skillnad i betydelse. Jag tänker här framför allt på de olikheter i påföljder som ofta brukar nämnas som kanske den viktigaste orsaken till att ansvarsrätten fått en så mycket större betydelse i USA än hos oss.

Dessa olikheter gäller främst skadeståndsbeloppen. Genom att ställa i utsikt stora ersättningar har man i USA skapat incentiv för enskilda och deras organisationer att väcka talan. Det förefaller vara en medve-

---

[526] Jfr t.ex. den aktiva användningen av tobaksprocesser i USA, genom vilka man också nått vissa framgångar, med det att brittiska domstolar inte ens velat ta upp frågan, då man betraktat skadeståndskraven som preskriberade. Se härom en notis i Consumer Law Journal 1999 s. 240 f., där man också citerar en bedömning av en av kärandesidans advokater, som lämnades med oersatta kostnader på flera miljoner pund: "the chances of other firms taking on this sort of work are next to nil. Plaintiffs taking on corporate giants are not going to get access to justice. It's a gloomy day."

[527] Howells i Howells & Wilhelmsson 1998 s. 266.

ten policy att på detta sätt uppmuntra enskilda att bidra till den samhälleliga regleringsmixen.[528]

Exempelvis i konsumentärenden utnyttjar man flera olika slag av materiellrättsliga incentiv med beloppsmässig anknytning för att öka processbenägenheten hos medborgarna. Redan skadeståndsberäkningen, särskilt vad avser lidande och andra immateriella skador, leder ofta till ersättningsbelopp som i europeiskt perspektiv ter sig ytterst höga. Vidare kan man i situationer, där den enskildas ekonomiska skada till absolut belopp inte är omfattande, söka garantera en tillräcklig belöning för kärandesidan t.ex. genom att fastslå ett minimiskadestånd eller genom att föreskriva mångdubbla skadeståndsbelopp. I fall där svaranden förfarit mer klandervärt kan man slutligen utdöma s.k. "punitive damages". Skadestånden får här karaktären av ett slags straff och de kan som känt uppgå till mycket höga belopp.

Jag nämner de amerikanska påföljderna i ett särskilt avsnitt, inte blott därför att denna omständighet är mycket viktig och dessutom hänför sig till den materiella ansvarsrättens innehåll, utan även för att jag tror att man i detta avseende kan se en liten glidning i amerikansk riktning hos oss. Jag anser också, att en sådan utveckling är önskvärd, i rimlig omfattning. Här gäller givetvis samma krav på måttlighet som jag anfört redan tidigare. Att det finns behov av att höja skadeståndsbeloppen och skapa nya skadeståndsliknande, mer standardiserade påföljder innebär inte att man har någon anledning att ta de närmast astronomiska belopp som man kan påträffa i amerikansk praxis som modell. Också i USA har man ju börjat reagera mot dessa belopp.[529]

Om man tänker sig att ansvarsrätten skall kunna utvecklas till ett instrument, med vars hjälp medborgarna och deras organisationer kan bidra till normproduktionen och moraldebatten, måste det finnas tillräckliga incentiv för detta. Mikropolitikens aktörer kan förväntas inmuta sig en nämnvärd plats på det ansvarsrättsliga fältet blott om de skadeståndsbelopp som ställs i utsikt är mer än symboliska. Det säger sig också självt att de ansvarsrättsliga medborgarstrategiernas effekter

---

[528] Se närmare dokumentation angående framställningen här i Howells & Wilhelmsson 1998.

[529] Utvecklingen mot allt högre belopp har fått många delstater att lagstiftningsvägen uppställa gränser för punitive damages, se t.ex. notisen i Consumer Law Journal 1999 s. 363. Det finns också planer på en motsvarande federal lagstiftning.

åtminstone delvis måste vara beroende av påföljdernas skärpa. I en sådan senmodern ansvarsrätt som jag skissat upp här är ersättningsbeloppens tillväxt av stor betydelse.

Detta gäller särskilt hos oss i Norden, där ersättningsbeloppen t.ex. för ideella skador traditionellt varit lägre än på många andra håll.[530] En gradvis ökning av beloppen är också uppenbarligen på gång. Nivån för ersättningarna för ideella personskador har stigit klart mer än vad inflationen skulle förutsätta.[531] Ett antal uppmärksammade fall under senare tid angående massmedias skadeståndsansvar visar också en beredskap hos domstolarna att på detta område dra ersättningsbeloppen uppåt t.o.m. relativt kraftigt.[532]

Utvecklingen av påföljderna betyder inte blott att beloppen hos de ideella ersättningarna växer. Det finns också exempel på att man i lagstiftningen sett det vara möjligt att introducera nya påföljder för att stimulera ansvarsrättsliga initiativ. I lagen om offentlig upphandling § 9 p. 4 har man t.ex. givit konkurrensrådet möjlighet att ålägga en upphandlingsenhet att betala "gottgörelse" till en part som skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna en anbudstävlan, om förfarandet hade varit felfritt.

I en analys av den senmoderna ansvarsrätten är det således viktigt att diskutera behovet av att utveckla och skärpa påföljderna så att de belopp man i olika situationer kan kräva skulle vara tillräckliga med hänsyn till ansvarsrättens nya funktioner. Man kunde väl ha motiverat att denna problematik skulle ha ägnats ett eget kapitel i det föreliggande arbetet. Trots detta förbigår jag beloppsproblematiken med dessa korta anmärkningar. Jag gör det därför att en diskussion av skadeståndsbeloppen lätt blir föga givande ur både rättsdogmatisk och rättspolitisk synvinkel.[533] I tillägg till att man fastslår den allmänna trenden – som förmodligen dessutom är mycket splittrad – i riktning

---

[530] En viss dokumentation angående detta har jag gett i Wilhelmsson 1991 s. 22 f. och Wilhelmsson & Rudanko 1991 s. 30 f. I de nordiska länderna befinner man sig i det stora hela på samma nivå, om ock det föreligger stora olikheter i detalj (i Norge är förutsättningarna för ersättning för sveda och värk dock strängare än i de övriga nordiska länderna), se Bergsåker, von Eyben, Roos & Wilhelmsson 1989.

[531] Sisula-Tulokas 1995 s. 141 f.

[532] Se närmare nedan kap. 10.

[533] Se dock den intressanta diskussionen om behovet att höja ersättningsbeloppen för lidande i vissa fall hos Sisula-Tulokas 1995 s. 144 ff.

mot ökande ersättningar och argumenterar för att denna trend är önskvärd, som skett ovan, är det svårt att ange några riktlinjer för beloppen, som inte skulle framstå som mer eller mindre arbiträra.

I arbetets sista kapitel, som gäller privaträtten och egenintresset, får jag anledning att i vissa avseenden återkomma till frågan om utvecklingen av uppfattningarna om vad som skall anses utgöra ersättningsgill skada. Ett skadebegrepp som går utöver egenintresset kan i vissa situationer bidra till att skapa sådana beloppsmässiga incentiv som jag här talat om.

Ansvarsrättens nya funktioner

Ansvarsrättens växande betydelse och dess partiella amerikanisering – som förmodligen och förhoppningsvis blir mycket begränsad – begrundades ovan med att rättsområdet i det senmoderna kan förväntas fylla ett antal funktioner, som tidigare inte varit särskilt framträdande. De trender i det senmoderna samhället som jag analyserat i det föreliggande arbetet kan i varierande kombinationer kopplas samman med de nya funktionerna.

Marknadsorienteringen och det offentligas reträtt skapar ett behov att utnyttja ansvarsrätten för sådana styrfunktioner som man upplever som angelägna, men som det offentliga inte längre tar hand om. Just här ligger parallellerna till den amerikanska ansvarsrätten nära. Jag har ovan i kap. 2 särskilt mellan ansvarsrättens *regleringsfunktion*, vilken innebär att ansvarsrätten används för att skapa normer, och dess *övervakningsfunktion*, där tonvikten ligger vid kontrollen av att privata och offentliga subjekt handlar normenligt. Det säger sig självt att det i praktiken inte går att dra någon skarp gräns mellan dessa båda funktioner, då reglering och övervakning går in i varandra.

Jag har vidare i kap. 3 sökt visa, att dessa båda styrfunktioner inte blott har samband med marknadsorienteringen, utan att också den grundläggande osäkerheten i risksamhället framkallar ett behov av att ge ansvarsrätten funktioner av det nyssnämnda slaget. Det att man utnyttjar ansvarsrätten som forum för en pragmatisk moraldiskurs, något som omtalas i kap. 4, kan också lätt beskrivas i termer av ansvarsrättens regleringsfunktion.

I kapitlet om marknadsorienteringen ter det sig också naturligt att särskilja en *servicetvångsfunktion* hos ansvarsrätten. Då marknadso-

rienteringen kan innebära att tillgången till offentlig service minskar, kan man tänka sig ansvarsrätten som ett instrument med vars hjälp man framtvingar nödvändig service från den privata eller den offentliga sektorn.

Slutligen kan man också tänkas hävda, att ansvarsrätten kan fylla en *socialskyddsfunktion*. Detta innebär att man med ansvarsrättsligt baserade prestationer söker fylla ut de luckor i socialskyddet som marknadsorienteringen givit upphov till. Man har sökt en delförklaring till den amerikanska skadeståndsrättens förvuxenhet just i detta behov.

Dessa funktioner hos ansvarsrätten kan förväntas bli mer framträdande i det senmoderna samhället. Jag vill emellertid här återigen betona att detta inte innebär, att de skulle genomsyra hela den ansvarsrättsliga praktiken. Läget är snarast det motsatta. Kvantitativt sett – vare sig man med detta avser antalet ansvarsprocesser, antalet försäkringsavgöranden eller de totala beloppen av betalade ersättningar – kan man fortsättningsvis anta att man med de ansvarsrättsliga reglerna huvudsakligen eftersträvar reparation av inträffade skador, utan att de relativt bombastiska nya funktionerna aktualiseras på något sätt. De juridiska övervägandena i ansvarsrätten avser säkert också i många fler fall frågor angående en ändamålsenlig riskfördelning i en relativt teknisk mening än en moralrelaterad inlärningsprocess, som syftar till att producera acceptabla regler för marknadsaktörers handlande. Detta innebär emellertid ingalunda, att de funktioner som jag analyserat i detta arbete skulle vara betydelselösa. Ansvarsrätten och ansvarsrättsprocesserna kan fylla olika uppgifter i olika situationer. Det att man ur en kvantitativ synvinkel på goda grunder kan påstå, att ansvarsrätten har att göra med ändamålsenlig riskfördelning, hindrar inte att man i ett annat perspektiv kan lyfta fram de funktioner som jag har beskrivit här. De båda analyserna gäller då helt enkelt olika frågor. De "nya" funktionerna framstår i den mediapräglade offentligheten som viktiga för allmänheten och mikropolitikens aktörer, och då de i allmänhet förverkligas genom juridiskt svåra fall blir de betydelsefulla också i det juridiska medvetandet.

Bland ansvarsrättens nya funktioner uppfattar jag styrfunktionerna, d.v.s. reglerings- och övervakningsfunktionerna, som mest framträdande i ett nordiskt och europeiskt sammanhang. Servicetvångsfunktionen, som är mycket viktig i belysning av välfärdsstatliga värden, måste också

nämnas här. Denna funktion kan nämligen egentligen ses som en underavdelning av reglerings- och övervakningsfunktionerna. Det är ju i servicetvångsfunktionen fråga om att skapa normer om skyldigheten att erbjuda service och om att tillse att sådana normer iakttas. Det är endast p.g.a. problematikens centrala betydelse i ett välfärdsstatligt perspektiv som har jag funnit det motiverat att tidigare särskilt framhäva denna funktion. I fortsättningen inkluderar jag servicetvångsfunktionen i ansvarsrättens reglerings- och övervakningsfunktioner.

Ansvarsrättens eventuella socialskyddsfunktion kan knappast bli lika viktig. Man bör också akta sig för att övervärdera betydelsen av ansvarsrätten i detta hänseende. I den mån man med talet om en socialskyddsfunktion avser att man med hjälp av privaträttsliga ersättningsbelopp kan stöda dem som i händelse av en olycka inte erhåller tillräcklig service och tillräckliga medel via det offentliga socialskyddet, är det rätt självklart att de resultat som man eftersträvar inte kan uppnås. När det gäller möjligheter till understöd och reparation kan en privat ansvarsrätt, som bygger på enskilda initiativ i enskilda fall, aldrig i fråga om täckningsområde komma i närheten av vad man kan åstadkomma med ett offentligt socialskydd. Detta är speciellt klart i fråga om stödet till de resurssvaga grupper som utgör socialskyddets viktigaste avnämare, då dessa såväl av faktiska skäl som beroende på sättet att beräkna skadestånd för olika grupper av skadelidande inte kan utnyttja ansvarsrätten i samma grad som starkare grupper.[534]

Den omständigheten att privaträtten och den privaträttsliga ansvarsrätten anknyter till enskilda fall gör den i sig till ett bristfälligt instrument för att handha frågor om resursfördelning. Distribution och redistribution av resurser i samhället måste primärt behandlas i ett mer totalsamhälleligt sammanhang.[535] I den välfärdsmix som växer

---

[534] Se redan kritiken av den amerikanska skadeståndsrätten i detta avseende hos Abel 1981 s. 201 ff., delvis upprepad och utbyggd i Abel 1994 s. 102 ff.

[535] Det sagda gäller bara privaträttens praktiska möjligheter. Det skall, som nedan framgår, alltså inte läsas som något ställningstagande, enligt vilket distributiv rättvisa som sådan vore främmande för privaträtten; jfr t.ex. Weinrib 1995, enligt vilken "the idea of private law" ligger i den korrektiva rättvisan, medan den distributiva rättvisan hör hemma i den offentliga rätten. Weinribs syn har knappast många anhängare i Norden. Hos oss har Hemmo 1996 s. 332 t.o.m. påstått, att man till många delar kan beskriva den moderna skadeståndsrätten bättre, om man som förklaringsgrund väljer den distributiva rättvisan. Se närmare om ansvarsrätt och distributiv rättvisa ovan kap. 4.

fram kan man m.a.o. inte tänka sig att det egentliga socialskyddet skulle kunna skjutas över på ansvarsrätten.[536]

Härmed är inte sagt att man helt bör förbise ansvarsrättens eventuella socialskyddsfunktion. Ansvarsrättsliga regler kan ge möjlighet för den empatiska domaren att i enskilda fall skapa små goda ansvarsberättelser, i vilka socialskyddsfunktionen kan spela en viktig roll. Jag kan knappast hävda annat: i min sociala civilrätt har jag ju varit intresserad just av frågan, huruvida bl.a. ekonomiska och sociala behov hos en part, d.v.s. partens socialskyddsbehov, kan tillgodoses i ett privaträttsligt avgörande. Även om jag i den sociala civilrätten har kunnat stöda mig främst på material som gäller begränsning av ansvaret för utsatta gäldenärer, medan man inte ofta påträffar behovsorienterade borgenärsroller i det privaträttsliga manuskriptet,[537] kan man inte utesluta goda ansvarsberättelser till förmån för behövande ansvarsborgenärer.

Det är också skäl att betona, att berättelserna inte nödvändigtvis behöver utmynna i att man verkligen utdömer ersättning till en behövande skadelidande. Redan det att man för in ett element av distributiv rättvisa i den moraliska kommunikation som man kan söka förverkliga genom en ansvarsprocess kan vara av betydelse. Den ansvarsrättsliga moraldiskursen kan fylla ett slags socialskyddsfunktion genom att bringa upp möjligheten till en solidarisk moral på den offentliga agendan. Berättelsen om det enskilda fallet kan svälla till en moraldebatt som kan få inverkan också på de offentligrättsliga delarna av välfärdsmixen. De amerikanska "poverty lawyers" har ibland med framgång utnyttjat just en sådan strategi.

Goda ansvarsberättelser med socialskyddsfunktion kan aktualiseras i form av försök att framtvinga angelägen social service.[538] Också i sådana fall aktualiseras lätt frågor om distributiv rättvisa, angående fördelningen av offentliga resurser. De problem som ansluter sig till försök att svara på sådana frågor med privaträttsliga metoder kan där-

---

[536] Det är en annan sak att man särskilt för mer resursstarka personers del alltmer förefaller sträva till att betona olika slag av privata försäkringslösningar. I detta (åtminstone delvis osolidariska) ersättningsrättsliga perspektiv ignorerar man lätt de mest behövande avnämarna av det offentliga socialskyddet.

[537] Se Wilhelmsson 1987 s. 163 ff. och 1992 s. 169 ff.

[538] Servicetvångsfunktionen kan ju till denna del betraktas som en underavdelning också av socialskyddsfunktionen.

för komma till synes också i dessa fall. Man kan uppfatta den privaträttsliga processen som ett alltför snävt sammanhang för att man inom dess ram skulle vilja angripa frågor angående distributiv rättvisa.[539] I värsta fall kan distributionen t.o.m. verka till förmån för resursstarka grupper, som har förmåga att ta de privaträttsliga mekanismerna i anspråk.[540] När det gäller nordiska förhållanden kan man emellertid i sådana fall tänka sig, att den universalistiska princip som präglat vår välfärdsstat åtminstone ibland kan ha som en konsekvens att ansvarsrättens servicetvångsfunktioner indirekt kommer också svagare grupper till godo.

I fortsättningen kommer jag inte att vidare behandla ansvarsrättens eventuella socialskyddsfunktion. Jag förbigår den både därför att dess betydelse får antas vara begränsad och därför att de reparativa frågor som aktualiseras i samband med den förefaller ligga på ett något annat plan än de spörsmål som reglerings- och övervakningsfunktionerna bringar på agendan. Jag kommer trots detta att i någon utsträckning beröra socialskyddsfrågor genom att jag inkluderat servicetvångsfunktionen i reglerings- och övervakningsfunktionerna.

Min "ansvarsrätt": makt, ansvar och mikropolitik

Mitt intresse riktar sig alltså i fortsättningen mot ansvarsrättens nya reglerings- och övervakningsfunktioner. Trots att jag är väl medveten om att bildlikt talat 99,9 % av alla skadeståndsprocesser är vanliga små processer om vanliga små frågor har jag valt att fokusera mitt arbete på dessa "nya" funktioner. Jag belyser alltså ansvarsrätten ur en mycket speciell synvinkel. Detta perspektiv motiveras av att jag kan se ansvarsrätten i vissa fall bli ett användbart redskap för en sådan mikropolitik som inte bara är typisk för det senmoderna samhället utan även många gånger framstår som angelägen. Jag tänker här på möjlig-

---

[539] Hocking 1999 s. 297 noterar, att en användning av privaträtten (ansvarsrätten) för att tvinga staten att återinföra service och omsorg för sina medborgare skulle förutsätta att domstolarna borde förlora något av sin återhållsamhet när det gäller att ingripa i allokeringen av offentliga resurser.

[540] Jfr den intressanta analysen hos de Lima Lopes 1999 av hur processer angående sociala rättigheter i Brasilien främst utnyttjats för att försvara de resursstarka gruppernas rättigheter vad avser t.ex. skolgång för barn (s. 585).

heterna att utveckla ansvarsrättsliga strategier för att driva miljöfrågor, frågor om mänskliga rättigheter och andra liknande viktiga ärenden.

Det att jag inriktat arbetet på ansvarsrättens nya reglerings- och övervakningsfunktioner ger också ett av skälen till varför jag valt att tala just om "ansvarsrätt". Vid utvecklingen av de nya funktionerna måste man spränga skadeståndsrättens snäva ramar och se de privaträttsliga ansvarsreglerna som en större helhet.[541] Detta är dock i sig inget nytt i den debatt som anknyter till skadeståndsrättens systematisering. Ett allt vanligare grepp är att samla alla regler som gäller ersättningsfrågor, bl.a. skadeståndsrätten, försäkringsrätten och socialförsäkringsrätten, inom en ram, som då kallas "ersättningsrätt" (compensation law).[542] Denna term reflekterar en reparativt orienterad syn på de relevanta delarna av rätten. Ur denna synvinkel, som i praktiken är ytterst viktig, blir de intressanta frågorna, vilka ersättningar som utgår för olika slag av skador och hur olika ersättningskällor samspelar med varandra.[543] Det reglerings- och övervakningsperspektiv som jag här är intresserad av riktar däremot i högre grad uppmärksamheten mot skadeorsakerna och skadevållarens relation till dem. För att hålla denna skillnad i synvinkel klar har jag i detta arbete föredragit att tala om "ansvarsrätt" i stället för "ersättningsrätt". Då min analys ofta avser ansvarsprocessens potential som regleringsinstrument, är de gränsöverskridningar som jag signalerar med termen "ansvarsrätt" också andra än de som tillkännages i "ersättningsrätten". "Ansvarsrätten" noterar att murarna mellan olika former av privaträttsliga ansvarsregler, såsom mellan utomkontraktuellt skadeståndsansvar och kontraktsansvar, håller på att och bör brytas ned, medan termen inte inkluderar t.ex. ersättningsreglerna i socialförsäkringsrätten.

Mitt intresse för ansvarsrätten som medel för reglering och övervakning hänger samman med tanken att kategorierna ansvar och makt

---

[541] Detta har jag antytt i flera sammanhang ovan och jag analyserar frågan mer i detalj nedan i kap. 7.

[542] I nordisk litteratur kan särskilt nämnas arbetet Roos 1990. Också i den färska finska utredningen av behovet att förnya skadeståndslagen omtalas "ersättningsrätten" ("korvausoikeus"), Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta 1998 s. 44 f.

[543] Härvid riktar ersättningsrätten sin uppmärksamhet både mot förutsättningarna för ersättning som mot ersättningsberäkningen. Termen "ersättningsrätt" skall alltså inte förstås så, att bara de sistnämnda reglerna står i centrum för intresset, Roos 1990 s. 15.

är och bör vara intimt förbundna med varandra. Med makt bör följa ett tillräckligt ansvar. Ansvarsrättens nya funktioner blir särskilt intressanta just i detta perspektiv. Ansvarsrätten kan komma till användning som ett instrument[544] för reglering och övervakning av dem som har makt. Jag diskuterar i fortsättningen de ansvarsrättsliga frågorna med denna användning för ögonen. Det är alltså fråga om *möjligheterna att använda ansvarsrätten som ett redskap för kontroll av makt.*

I arbetets andra huvuddel analyserar jag vissa regler i ansvarsrätten i detta perspektiv. Fokuseringen på makt och ansvar innebär att jag ägnar ett speciellt intresse åt frågan, hur ansvarsrätten kan utvecklas för att bli ett möjligast gångbart redskap för en kontroll av makten inom olika sfärer av samhället. Vilka är de rättsliga möjligheterna att kontrollera makt med hjälp av ansvarsrätten och hur kan de förbättras?

Jag har ovan i flera sammanhang talat om möjligheterna att använda ansvarsrätten för att bidra till regleringen av acceptabelt beteende på marknaden. Med användning av maktterminologin kan man säga att det är fråga om en potentiell ansvarsrättslig kontroll av ekonomisk makt. Aspekter härpå belyses närmare i kap. 8.

Ansvarsrättens potential inskränker sig emellertid inte till detta. Som framgått av olika exempel, t.ex. avseende servicetvångsfunktionen, kan man utnyttja ansvarsrätten också mot det offentliga. Man kan tala om en möjlig ansvarsrättslig kontroll av den politiska makten. Jag analyserar vissa sådana möjligheter i kap. 9.

I tillägg till de båda nyssnämnda maktcentra uppträder i det senmoderna samhället ytterligare en viktig grupp av maktutövare, nämligen massmedia. Också här håller ansvarsrätten på att få och bör få en ny kontrollfunktion. Den möjliga ansvarsrättsliga kontrollen av mediemakten diskuteras i kap. 10.

---

[544] Läs: ett av många rättsliga instrument. Jag vill för att undvika alla missförstånd (t.ex. bland dem som läser bara kapitlens sammanfattningar) här ånyo upprepa vad jag sagt såväl i tidigare kapitel som ovan om ansvarsrättens position i den välfärds- och regleringsmix som kännetecknar det senmoderna samhället: det är skäl att så långt det är möjligt söka försvara det offentligas ansvar t.ex. för reglering av den ekonomiska makten. Jag förordar alltså inte att man borde hänge sig åt avreglering för att ge plats för ansvarsrätten. Jag talar bara om vad man eventuellt kan företa sig med ansvarsrätten, om och då det av olika skäl uppträder brister i den offentliga regleringen.

En ansvarsrättslig kontroll av dessa maktcentra förutsätter att det finns subjekt som kan och vill ta de nödiga rättsliga initiativen. Inom den senmoderna mikropolitikens paradigm uppfattar man medborgarmakten som en betydelsefull motvikt till den institutionaliserade makten. I ansvarsrättsligt hänseende riktas då intresset mot problematiken, vilka möjligheter enskilda medborgare, olika slag av smågrupper och medborgarorganisationer har att använda ansvarsrätten i syfte att kontrollera institutionaliserad makt och hur ansvarsrätten kunde utvecklas för att bli bättre tillgänglig som ett sådant mikropolitiskt styrningsredskap.

Traditionellt är ansvarsrätten, liksom privaträtten mer generellt, präglad av en utgångspunkt, som i många fall är mindre förenlig med tanken att ansvarsrätten kunde fungera som ett redskap för en mikropolitisk styrning med samhällspolitiska syftemål. Denna utgångspunkt är privaträttens starka bindning till egenintresset. Man antar, ofta relativt oreflekterat, att endast den vars ekonomiska intresse läderats kan ställa ansvarsrättsliga krav. Denna koppling till egenintresset i ansvarsrätten analyseras och ifrågasätts i arbetets sista kapitel. Endast genom att övervinna den kan man ta i bruk ansvarsrättens hela kapacitet, när man bygger upp strategier för en mikropolitisk kontroll av makten.

Del II. Små Goda Berättelser om makt och ansvar

7 kap. Flexibilitet, fragmentering och Små Goda Berättelser

Om hur de drag i samhällsutvecklingen som jag ovan beskrivit innebär ett tryck mot en ökad flexibilitet och fragmentering i ansvarsrätten samt ett nedbrytande av traditionella gränslinjer mellan privaträttens olika delar och hur detta medför att vi måste överge tanken på ett Stort Ansvarsrättsligt System och snarare arbeta för att Små Goda Ansvarsberättelser förverkligas både i enskilda fall och i ansvarsrättens begreppsutveckling.

I del I har jag beskrivit ett antal samhälleliga behov, som förefaller öppna nya nischer för ansvarsrätten. Bedömningen att just ansvarsrätten har goda förutsättningar att komma till användning i dessa fall har jag motiverat bl.a. med hänvisning till de ansvarsrättsliga reglernas öppna och flexibla karaktär. Denna egenskap hos ansvarsrätten kan alltså åberopas för att stöda antagandena om ansvarsrättens ökande betydelse. Detta innebär emellertid samtidigt, om man flyttar synvinkeln från ansvarsrättens betydelse till dess innehåll, att de angivna samhälleliga behoven också är ägnade att upprätthålla och stärka flexibiliteten hos ansvarsrätten. I ansvarsrättens interna perspektiv kan man uppfatta många av de faktorer som jag nämnde i samhällsanalyserna ovan som grunder just för ett tryck i riktning mot mer flexibilitet och fragmentering. Den senmoderna ansvarsrätten kan t.o.m. sägas vara karaktäriserad av dessa drag. En rättsdogmatisk beskrivning av viktiga frågor i den senmoderna ansvarsrätten bör därför baseras på en närmare analys av vad flexibiliteten och fragmenteringen innebär för möjligheterna att skapa ett nytt ansvarsrättsligt system.

Trycken mot flexibilitet och fragmentering

I analysen av den senmoderna ansvarsrätten är det skäl att hålla i sär två aspekter, som delvis hänger samman med varandra, men som också del-

vis har olika grunder och olika följder för möjligheterna att systematisera ansvarsrätten. Jag tänker å ena sidan på ansvarsrättens flexibilitet (i begränsad mening) och å andra sidan på dess fragmentering.

Med *flexibilitet* avser jag rättens kapacitet att i beslutsfattandet intregrera olika och också nya argument som aktualiseras i enskilda fall. Motsatsen till en flexibel rätt är en rätt som fastnat i en strikt normbundenhet som bär stark deduktiv prägel. Generalklausulerna är de traditionella exemplen på legislativa åtgärder som ger rätten en flexibel karaktär, men flexibiliteten kan också vara rotad i rättens principstruktur i övrigt. Graden av flexibilitet hänger samman med den syn på rätten som är förhärskande på rättskulturens nivå, med de argumentationsmönster som är accepterade i det rättsliga beslutsfattandet.

När jag åter talar om *fragmentering* avser jag inte primärt den rörelsefrihet man har då man fattar juridiska beslut, utan jag ser då mer direkt på rätten som ett tankesystem. Ju mer fragmenterad rätten är, desto svårare är det att presentera den som ett system som är baserat på konsekventa skäl. Motsatsen till en fragmenterad rätt är en koherent rätt. Detta är en rätt, vars grundläggande principer framstår som relativt enhetliga och som därför på ett naturligt sätt kan beskrivas som ett system.

Det föreligger uppenbarligen en ömsesidig växelverkan mellan rättens fragmentering, uppfattad på detta sätt, och dess flexibilitet. Å ena sidan kan en stark flexibilitet lätt leda också till en tilltagande fragmentering av rätten. Å andra sidan ger en fragmenterad rätt p.g.a. sina inre motstridigheter beslutsfattaren ett ökat spelrum för flexibla avgöranden. De behov av flexibilitet som jag pekat på sammanhänger med och har som konsekvens en fragmentering av ansvarsrätten.

Trycken mot ökad flexibilitet och fragmentering framgår på varierande sätt av samhällsdiagnoserna ovan i del I. Redan i kap. 2 noterade jag att ansvarsrättens möjligheter att erhålla nya regleringsfunktioner sammanhänger med flexibiliteten i dess regelstruktur. Endast genom att ansvarsrätten är normativt öppen kan den fungera som en inkörsport för sådana nya normativa krav som man kan söka förverkliga genom ansvarsprocesser, då den pågående marknadsorienteringen begränsar de offentliga regleringsinsatserna. I denna mening förutsätter avregleringen som motvikt en flexibel ansvarsrätt.

Behovet av en ansvarsrättslig styrning accentueras av den grundläggande osäkerhet avseende risker som vidlåder dagens samhälle. Som

jag angav i kap. 3, kan ansvarsrätten påta sig rollen av en inlärningsmekanism, genom vilken man i rättssystemet kan bringa in vetande om lämpliga normer för att behärska nya risker. Det säger sig självt att ansvarsrätten kan fungera som ett sådant redskap för inlärning av regleringsbehov blott om den är tillräckligt flexibel för att ge möjlighet till reaktion då nya risker aktualiseras. Risksamhällets osäkerhet kräver en flexibel ansvarsrätt. För att de nya normer som utbildas på detta flexibla grundlag skall få sådana effekter som försäkringssamhällets rationalitet tillser måste de å andra sidan momentant stabiliseras i mer fasta regelfragment – något som i sig ytterligare bidrar till fragmenteringen av ansvarsrätten. En mycket generaliserad och formaliserad ansvarsrätt kan helt enkelt inte förenas med komplexiteten i dagens samhälle. Då de nya uppgifter för ansvarsrätten som risksamhället förutsätter ansluter sig till bedömningen av godtagbarheten hos risktagningar är flexibiliteten vad avser ansvarsgrunderna av särskild vikt och fragmenteringen avser likaledes ofta just dessa grunder.

Ett liknande behov av flexibilitet följer också av det senmoderna samhällets etiska osäkerhet. Ansvarsrättegången kan fungera som ett behövligt forum för pragmatisk moralisk diskurs, på det sätt som jag beskrivit i kap. 4, blott om ansvarsrätten är innehållsligt öppen och relativt fri från juridisk teknikalitet. Också fragmenteringen av ansvarsrätten ansluter sig nära till det senmoderna samhällets etiska osäkerhet. En god moralisk kommunikation förutsätter en närhet till varierande uppsättningar moralrelaterade allmänna läror, vilket i sig är ägnat att göra helhetsbilden fragmenterad. Möjligheterna till en allsidig moraldebatt förutsätter att olika former av rättvisa, såväl kommutativ som distributiv, bör kunna åberopas. Samhällets grundläggande etiska osäkerhet ger heller ingen grund för något systembygge som skulle kunna minska fragmenteringen. Behovet av moraldebatt kan förutsätta flexibilitet och fragmentering vad avser såväl ansvarsgrunderna som även andra delar av ansvarsrätten, t.ex. normerna om ersättningsgill skada samt om beräkning och jämkning av skadeståndet.

Fragmenteringen av ansvarsrätten kan också förväntas bli förstärkt av att rättsområdet utnyttjas som redskap i sådana mikropolitiska aktioner är typiska för det senmoderna. Som jag noterade i kap. 5 råkar det ansvarsrättsliga systemet lätt i kläm, då ansvarsrätten konfronteras med en i sig fragmenterad mikropolitik och en nyckfull medieoffent-

lighet. Den rättegångscentrerade juridiska världsbild som medierna förmedlar och kraven på juridiska motiveringar som kan förstås av allmänheten bidrar också till en tillbakagång för juridisk-systematisk argumentation och underlättar därmed fragmenteringen.

Som jag framhöll i kap. 6, står många av de trender som jag nyss beskrivit i samband med olika slag av internationaliseringsprocesser. Dessa bidrar också i sig på ett betydande sätt till fragmenteringen av rätten.[545] Jag har redan tidigare mer generellt sökt beskriva hur de internationella rättsliga integrationsprocesserna leder till en rättslig disintegration på det nationella planet, vilken tar sig uttryck bl.a. i en disintegration av rättsliga värden, en disintegration såsom specialisering, en disintegration av lagstiftarna och en disintegration av rättstillämpningen.[546] Det är också rätt självklart att t.ex. EG-rätten är ägnad att leda till en fragmentering av den nationella rätten, som t.o.m. kan uppträda i form av överraskande gubben-i-lådan-effekter.[547] Det är välkänt, hur EG-rätten ifrågasätter nationella systematiska grundstrukturer, såsom t.ex. den kontinentala och nordiska grundläggande indelningen i privaträtt och offentlig rätt. De EG-rättsliga elementen kan fungera som "rättsliga irritationsmoment", vilka får till stånd förändringsprocesser i de nationella rättsordningarna[548] – förändringsprocesser som ofta innebär en fragmentering av den traditionella systematiken. Inte bara EG-rätten utan också andra internationaliseringsprocesser kan naturligtvis bidra med sådana irritationsmoment. Det öka-

---

[545] Normativt hyser jag sympati med Hanne Petersen när hon hävdar, att globaliseringen med dess värdepluralism förutsätter en polycentrisk rättsuppfattning, vars allmänna lära skulle gå ut på "at lære at begå sig med takt og tone indenfor og mellem forskellige normfælleskaber" (Petersen 1997 s. 49). – Sambandet mellan globalisering och fragmentering/marginalisering betonas också av Paasilehto 2000 s. 393 ff.

[546] Wilhelmsson 1995b.

[547] Jag har annorstädes torgfört en "Jack-in-the-box theory" angående EG-rätten, se Wilhelmsson 1997b.

[548] Teubner 1998 betecknar begreppet "good faith" i EG:s direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal som en sådan "legal irritant". Hans analys är ett ställningstagande till debatten om möjligheten av "legal transplants" inom den komparativa rättens teori och erbjuder ett nytt perspektiv på denna fråga: "'Legal irritants' cannot be domesticated; they are not transformed from something alien to something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change." (s. 12).

de internationella juridiska informationsflödet kan också på mer informella vägar medföra fragmenterande effekter.[549]

Fragmenteringsprocesserna kan delvis förklaras som ett resultat av att man strävat att harmonisera normer på rättens "ytnivå" eller sökt låna sådant konkret rättsmaterial mellan rättsordningarna, medan de rättskulturer som bär upp ytnivåerna och det konkreta rättsmaterialet varit olika. Exempelvis på EG-rättens ytnivå råder en pluralism eller eklekticism, som har en orsak i att sekundärrätten i varierande kombinationer har påverkats av innehållet i många nationella rättsordningar,[550] något som ökat dess fragmenterande effekter. Jag får anledning att återkomma till samspelet mellan rättens ytnivå och dess djupare strukturer,[551] såväl vad avser nationell rätt som i anslutning till frågan om möjligheterna att arbeta för mer internationaliserade system.

För ansvarsrättens del har jag noterat, hur risksamhällets internationaliserade risker ofta i sig förutsätter en transnationell ansvarsrättslig respons och hur den senmoderna moraldiskursen i minskande grad hämmas av nationella gränser. Sådana mikropolitiska ansvarsrättsliga strategier som kan förekomma i det senmoderna tenderar också att bli alltmer gränsöverskridande i relation till nationalstaterna. Den natio-

---

[549] Tillsvidare sker detta dock i ringa omfattning direkt genom rättspraxis. Rättssociologiska studier bekräftar, att rättens globalisering "is still mainly an exercise of legal science and international organisations and has not as yet reached far into judicial practice", Gessner 1998 s. 434. Jag tror dock att man härvidlag kan förvänta snabba förändringar på många områden.

[550] Ett direktiv kan vara mycket tyskt, ett annat mycket engelskt eller franskt, se Remien 1996 s. 7, och rättspraxis i EG-domstolen har kallats för en "pick and mix jurisprudence", se Ward 1996 s. 178.

[551] Jag refererar här naturligtvis till den teori som framlagts av Tuori 2000. Då Kaarlo Tuoris banbrytande arbete ännu inte finns tillgängligt på andra språk än finska – se dock kortare sammandrag t.ex. i Tuori 1998 och 1999 – vill jag för nordiska läsare här nämna några stickord för att göra senare referenser till arbetet förståeliga. I sitt arbete analyserar Tuori vad han kallar rättens nivåer. Han skiljer mellan tre sådana nivåer: (1) rättens ytnivå, som innehåller de enskilda lagstadgandena, rättsfallen och annat motsvarande material, (2) rättskulturen, som är nivån för de rättsliga begreppen och principerna (systemet) liksom för den rättsliga metoden, samt (3) rättens djupstruktur, som förändrar sig mycket långsamt och bildar ett slags rättsligt a priori för varje historisk epok (t.ex. den moderna västerländska rätten). Tuori har beskrivit hur å ena sidan fenomen på rättens ytnivå producerar vad han kallat sedimentation på de djupare nivåerna och å andra sidan hur tankemönstren från de djupare nivåerna påverkar rättsligt beslutsfattande på ytnivån. Fastän alla nivåer är samtidigt närvarande i konkreta beslutsprocesser, utvecklas de i olika hastighet under ömsesidig påverkan.

nella ansvarsrättsliga systematiken blir lätt i kläm mellan sådana transnationella strategier och motstrategier. Den transnationella rättsfallsjurisprudens som växer fram måste, som lösryckt från en rättskulturell bas, vara till sin natur starkt fragmenterad.

Man kan således anföra många goda skäl för påståendet att ansvarsrätten i det senmoderna, oberoende av vad man tycker om det, måste präglas av såväl flexibilitet som fragmentering. Med litet större försiktighet – analysen i del I avsåg ju inte alla ansvarsrättens funktioner – kan man åtminstone hävda att den måste innehålla betydande element med dessa kvaliteter. Också andra har iakttagit liknande drag i rättsutvecklingen, utan att koppla dem till just de samhällsförändringar som jag har analyserat.[552] Den tilltagande flexibiliteten och fragmenteringen avser kanske främst ansvarsgrunderna, men kan gälla också andra delar av ansvarsrätten.

Ansvarsrättens avtagande bundenhet vid de rättsliga strukturerna innebär bl.a. att rättsområdets normer blir mer *situations- och verksamhetsanknutna*. Inte heller denna iakttagelse är i sig särskilt ny. Många har talat om situationsbundenheten som utgångspunkt för skadeståndsrätten;[553] då en adekvat ansvarsreglering i risksamhället förutsätter också sådana begrepp och principer som går utöver en rent situationsbetingad handlingsorientering, har jag föredragit att tillägga också ordet verksamhetsanknuten. Man har använt också andra uttryck för att peka på ansvarsrättens utpräglade kontextualism. I sin analys av den europeiska skadeståndsrätten talar t.ex Christian von Bar om hur man tar utgångspunkt i vad han kallar "real-life circumstances".[554] I detta sammanhang är det också skäl att nämna Håkan Anderssons intressanta studier av adekvansproblematiken respektive frågor i anslutning till trepartsförhållanden i skadeståndsrätten, där författaren uttryckligen tar avstånd från en abstrakt juridisk strävan ef-

---

[552] Se t.ex. Hemmo 1996 s. 248 ff., som noterar att skadeståndsrättens förändringar under 1900-talet har det gemensamma draget, att huvudreglernas ställning försvagats och antalet systematiska undantag vuxit, vilket gjort helheten relativt komplicerad och beroende av detaljkunskap. Se också utredningen angående behovet att förnya lagstiftningen om skadestånd Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta 1998 s. 47.

[553] Se hos oss t.ex. Pöyhönen & Korhonen 1996 s. 285 och Hemmo 1998 s. 383 ff. samt Pöyhönen 1999, varom närmare nedan.

[554] von Bar 1996b s. 13: "modern tort law's specific instances are...defined not by legal categories but in tems of the real-life circumstances which form the bases of the causes of action."

ter monistiska lösningar, och i stället använder sig av en topisk metod, som riktar uppmärksamheten mot konkret typiserade faktiska förhållanden.[555]

Utvecklingen har fört upp stora frågor på ansvarsrättens agenda. Kan man göra gällande, att flexibiliteten och fragmenteringen innebär slutet på Det Stora Ansvarsrättsliga Systemet, eller bör man eftersträva nya system, som klarare tar sin utgångspunkt i det verkliga livets omständigheter? Vad betyder svaren på dessa frågor för en rättsstrategi som söker utnyttja ansvarsrättens nya möjligheter?

Innan jag presenterar mitt svar på dessa frågor vill jag ännu komplettera min externa synvinkel, som ju utgått från diagnoser av samhällsutvecklingen, med en intern analys av vissa drag i finsk och nordisk ansvarsrätt. Bilden av den flexibla och fragmenterade ansvarsrätten kan göras klarare genom en beskrivning av den konkreta rättsliga omgivning mot vilken flexibilitets- och fragmenteringstrycken riktar sig. Jag vill peka på ett antal grundläggande motsättningar och gränsöverskridningar i den finska och nordiska ansvarsrätten, vilka till någon del kan antas utgöra en följd av de externa kraven på rättsområdet, men vilka samtidigt gör området särskilt mottagligt för en fortsatt flexibilisering och fragmentering.

Skadeståndsrättens interna motsättningar

Pressen utifrån mot en fragmentering av ansvarsrätten faller i god jordmån såtillvida, att det inom ansvarsrätten har utvecklats interna motsättningar på flera nivåer, vilka gör rättsområdet i sig självt mycket mottagligt för fragmenteringsviruset. Man kunde säga att ansvarsrätten, oberoende av det allmänna fragmenteringstryck som följer av samhälleliga tendenser i det senmoderna, i varje händelse hotar att sprängas inifrån, p.g.a. de motstridiga materiella krav som man ställt på ansvarsrätten.

Den pendling mellan olika former av rättvisa i ansvarsrättens allmänna läror som jag tidigare omtalat som en grund till att ansvarsrätten är så användbar för en senmodern moralisk diskurs hänger samman med varierande uppfattningar om ansvarsrättens grundläggande

[555] Se Andersson 1993, där metoden beskrivs på s. 210 ff., och Andersson 1997.

samhälleliga uppgifter. Det att den finska och svenska skadeståndslagen är så starkt präglade av generalklausuler är just en följd av att man sökt kombinera dessa motstridiga uppfattningar. De nya problem som europeiseringen av privaträtten medför är också delvis anknutna till den varierande viktningen av ansvarsrättens olika uppgifter. Om man t.ex. tar utgångspunkt i de två grundläggande uppgifterna prevention och reparation, kan man uppmärksamma de konflikter som uppkommer när den reparationsorienterade nordiska skadeståndsrätten – detta drag är kanske allra mest utpräglat i svensk rätt – möter en europeisk skadeståndsrätt med ett starkare inslag av skuldtänkande.[556]

Man kan beskriva de motstridigheter som vidlåder ansvarsrätten med olika begrepp och på olika abstraktionsnivå.[557] Man kan som nämnts anknyta dem till olika rättvisebegrepp, till konflikten mellan kommutativ och distributiv rättvisa. Man kan också på ett juridiskt plan formulera dem som uttryck för olika ansvarsmodeller eller -paradigm, vilka baseras på olika ansvarsgrunder. Kopplingen mellan dessa nivåer är inte helt entydig. I mycket generella termer – och här kan jag hänvisa till synpunkter som jag noterat ovan i kap. 4 – kunde man tänkas se det strikta ansvaret som ett uttryck för distributiv rättvisa, medan culpaansvaret utgår från den kommutativa rättvisan. Med en något annan terminologi kunde man också tala om en grundläggande motsättning mellan en betoning av en handlingsmoral å ena sidan och riskfördelningssynpunkter å den andra.

Förhållandet är dock mer komplicerat än så. Det förekommer element av vardera formerna av rättvisa inom alla paradigm.[558] För att erhålla en mer detaljerad bild av variationen och bredden i de motsättningar som bidrar till ansvarsrättens fragmentering måste man föra

---

[556] Så t.ex. Sisula-Tulokas 2000 s. 635.

[557] Se också t.ex. Fletcher 1983, som konkluderar sin analys av möjligheterna att uppnå en syntes i skadeståndsteorin med att framhäva tre motsättningar i det rådande skadeståndsrättsliga tänkandet (s. 88): mellan ett ex ante och ett ex post perspektiv, mellan en fokusering på enskilda händelser och en fokusering på klasser av händelser och mellan utilitariska kriterier och andra kriterier. Fletchers tre motsättningar går uppenbarligen att återföra på de mer allmänna motsättningar avseende funktioner och rättvisebegrepp som nämns i texten.

[558] Häyhä 1999 s. 122 f. visar hur det strikta ansvaret också innehåller element av kommutativ rättvisa. Också det bygger på en tanke att den som förorsakat skadan kunde ha handlat annorlunda.

analysen till en mer konkret nivå. En studie t.ex. av de argument som utnyttjats i den rättspolitiska debatten om utvecklingen av ansvarsrätten avslöjar djupet och den praktiska betydelsen av de principiella motsättningarna.

I det följande skall jag i syfte att belysa motstridigheterna granska några av de argument som man vanligen åberopat mot det culpabaserade skadeståndsansvaret och se i vilken riktning man med ettvart argument önskat pressa utvecklingen av ansvarsreglerna. Argumenten är som sådana huvudsakligen hämtade från P.S. Atiyahs kända kritik av skadeståndsrätten i dess traditionella culpaorienterade form.[559] För det föreliggande syftet, att påvisa komplexiteten hos de interna motsättningarna i ansvarsrätten, är det tillräckligt att koncentrera analysen på den utomkontraktuella skadeståndsrätten.

Man har ur (åtminstone) tre synvinklar anfört kritik mot skadeståndsrätten i dess traditionella form. Man har diskuterat skadeståndsrätten som sanktionssystem och pekat på systemets brister från skadevållarens synpunkt (argumenten i–iii). Man har granskat problematiken från den skadelidandes perspektiv och noterat, hur systemet brister vad avser dennas behov (iv–v). Slutligen har man också anlagt en praktisk bedömning och pekat på olika slag av svårigheter som uppkommer då man verkställer normerna (vi–vii).

(i) Det första argumentet kunde benämnas "*det punitiva argumentet*". Med detta argument lyfter man fram den omständigheten att man inom skadeståndsrätten, till skillnad från straffrätten, inte vid bedömningen av påföljderna tar hänsyn till graden av klander som kan riktas mot den som vållat skadan. Så snart det föreligger någon culpa skall full ersättning betalas. Som punitiv mekanism blir skadeståndsrätten därför orättvis.

Detta argument, vars betydelse i det senmoderna kanske framhävs av försöken att utnyttja ansvarsprocessen som ett forum för moralisk diskurs, antyder ett behov av förändringar i två riktningar. Å ena sidan borde man begränsa ansvaret vid mer ringa grader av vårdslöshet. Detta har man möjliggjort genom jämknings- och skälighetsregler, t.ex. genom den allmänna jämkningsregeln i skadeståndslagen och genom bestämmelsen om begränsning och skälighetsbedömning av ar-

[559] Se de sex kritikpunkterna hos Atiyah & Cane 1993 s. 149 ff.

betstagares ansvar. Å andra sidan uppkommer krav på en utvidgning av ansvaret vid mer grova former av skadevållande beteende. I Finland har man t.ex. nyligen i skadeståndslagen 5:4a infört en rätt till ersättning för lidande som ett dödsfall förorsakat närstående efterlevande, om dödsfallet vållats uppsåtligen eller av grov oaktsamhet och dömande av ersättning prövas skäligt bl.a. med hänsyn till gärningens art. Också i rättspraxis har man beträtt vägen mot strängare påföljder vid mer klandervärt beteende. Den finska högsta domstolen har t.ex. uttalat, att gärningens särskilda grymhet och råhet vid ett misshandelsbrott skall ha betydelse, då man fastställer ersättningsbeloppet för sveda och värk.[560]

Inom skadeståndsrätten föreligger således en tendens i riktning mot mer differentierade påföljder med nära anknytning till det klander man kan anknyta till gärningen. Detta framhäver skadeståndets punitiva karaktär. Denna tendens står emellertid uppenbart i strid med den tillväxt av strikta ansvarsformer som samtidigt är på gång. Här vill man ju tvärtom frångå betoningen av klandervärdheten och framhålla skadeståndsrättens funktion som mekanism för reparation och riskfördelning.

(ii) Ett argument som sammanhänger med detta är "*det etiska argumentet*". Man har hävdat att inte heller culpabedömningen i sig längre är något dugligt instrument för klander, i det bedömningen i praktiken har blivit så sträng att den inte kan försvaras som en moralisk princip. Culpan har ofta blivit så fiktiv att den snarast utgör en legitimation för en bedömning som sker på andra grunder, t.ex. på basen av riskfördelningssynpunkter.

Också detta påstående innehåller säkerligen mycket sanning. Knappast någon vill väl hävda, att t.ex. den gymnastiklärare som i ett tidigare nämnt finskt rättsfall underlät att ingripa då fullvuxna yrkesskolelever på eget initiativ spelade fotboll med en volleyboll under idrottstimmen, medan läraren var sysselsatt med en annan grupp, verkligen kan sägas vara förtjänt av ett moraliskt klander, trots att högsta domstolen ansåg att han hade förfarit culpöst (vilket ju var en förutsättning för att arbetsgivaren skulle bära ansvar).[561]

---

[560] HD 1994:62.
[561] HD 1994:1.

Konsekvenserna av denna kritik kan gå i två riktningar. Å ena sidan kan man hävda, att culpaprövningen borde lindras så att det moraliska klandret skulle profileras klarare. Detta skulle ligga i linje med de slutsatser som jag beskrev ovan i anslutning till det punitiva argumentet. Å andra sidan är det emellertid lika plausibelt att ta avstånd från culpakriteriet och betona att man öppet kunde laborera med mer objektiva ansvarsformer och riskfördelningsargument, när dessa ändå ligger under bedömningen. Också här råkar man alltså, denna gång vad avser ansvarsgrunden, in i motsättningen mellan klander och riskfördelning, en motsättning som lätt kommer till synes även i enskilda fall.

I detta sammanhang är det skäl att påpeka att riskfördelningssynpunkterna också i sig kan ha olika valör. Man kan framhäva de rent praktiska möjligheterna till risktäckning och t.ex. lägga ansvaret på den som har de bästa möjligheterna att ordna försäkring. Å andra sidan kan riskfördelningen också baseras på moraliska och/eller ekonomiska argument. Man hävdar t.ex. ofta, att den som har den ekonomiska nyttan av en viss verksamhet också bör bära ansvaret för de skador verksamheten förorsakar.

(iii) Det "*sociala argumentet I*" tar fasta på skadevållarens ekonomiska situation. Till skillnad från t.ex. bötesstraffet är det skadeståndsrättsliga ansvaret oberoende av skadevållarens betalningsförmåga. En fattig skadevållare kan bli tvungen att betala lika mycket som en rik för samma skada. Då bördan av skadeståndet måste kännas olika stor för dessa båda skadevållare, blir skadeståndet också på detta sätt orättvist i punitivt avseende.

En möjlig reaktion på detta är att man differentierar ansvarsgrunden och/eller ersättningens storlek efter skadevållarens förmåga. Man introducerar en behovsrationalitet på skadevållarens sida i skadeståndsrätten. Detta har man också i någon grad gjort genom att inta bestämmelser om en skälighetsbedömning i skadeståndslagen. I den allmänna jämkningsregeln fäster man avseende vid den skadelidandes ekonomiska förhållanden och samma omständighet har gjorts relevant också i bestämmelserna om barns och arbetstagares ansvar. I rättspraxis har den allmänna jämkningsregeln, som man introducerade som en säkerhetsventil för att möjliggöra en nedsättning av ruinerande skadeståndsbelopp, dessutom kommit att användas som en mer all-

män behovsrationell regel, med vars hjälp man nedsatt också mindre skadeståndsbelopp till förmån för ekonomiskt svaga skadevållare.[562]

En sådan behovsrationell bedömning kan motiveras både med kommutativa rättvisesynpunkter, vilket jag gjort ovan, och med hänvisning till en form av (re)distributiv rättvisa, som avser distribution av goda på samhällelig nivå. Förs den behovsrationella bedömningen så långt som man gjort i finsk rättspraxis står den emellertid å andra sidan i strid med en traditionell tolkning av den kommutativa rättvisan liksom också med riskfördelningssynpunkter, vilka bygger på en annan syn på den distributiva rättvisan. Många olika tolkningar av det rättvisa bryter sig mot varandra i ett sådant fall.

(iv) Granskar man frågan ur den skadelidandes synvinkel möter man först "*det sociala argumentet II*". Det culpabaserade skadeståndsansvaret kan leda till godtyckliga resultat vad avser den skadelidandes behov av ersättning. Den skadelidande behöver ersättning i lika hög grad om den som förorsakat skadan varit vållande som om vållande saknas på dennas sida. Skadeståndsrätten är därför orättvis som reparativ mekanism.

Av detta kan man tänkas dra slutsatsen att man i möjligast hög grad bör övergå till ett strikt ansvar och därigenom ställa de skadelidande på samma linje. Många av de regler om strikt ansvar som man infört genom lagstiftning, såsom t.ex. trafikförsäkringslagen, bygger på resonemang av denna typ. Också i rättspraxis är det lätt att hitta fall, där man har gjort även den culpabaserade ansvarsbedömningen strängare med hänsyn till den skadelidandes behov. Det nyssnämnda gymnastiklärarfallet tjänar också här som en god illustration. Också i vissa av skadeståndslagens många generalklausuler och den rättspraxis som baserats på dem fäster man avseende vid den skadelidandes behov.[563]

Detta argument är emellertid till sitt innehåll paradoxalt såtillvida, att den orättvisa som man genom det pekar på aldrig kan elimineras inom ramen för ett privaträttsligt ansvarssystem. Vi möter det kända "bathtube argument": också den som halkar i sitt badkar har samma behov av ersättning som den vars skada vållats av någon annan. En tänkbar lösning är naturligtvis att man blir allt mer fantasifull i sökan-

---

[562] Se härom Wilhelmsson 1987 s. 89 ff.
[563] Se härom Wilhelmsson 1987 s. 85 ff., 108 ff.

det efter ansvarssubjekt. Tillverkaren av det hala badkaret kan ju tänkas ansvara! I en sådan utveckling drabbas man emellertid förr eller senare av de problem som präglar den amerikanska skadeståndsrätten. Dessa problem är ju delvis en följd just av en extensiv tillämpning av det sociala argumentet. Den skadelidandes behov står i strid med behovet att förhindra en okontrollerad tillväxt av ansvarssystemet. Även i en amerikaniserad utveckling är paradoxen dessutom olöslig. Hur långt man än går i riktning mot att utvidga skadeståndsrättens användningsmöjligheter, kan man inte eliminera orättvisan i relation till dem som faller utanför.

Detta sociala argument kan vidare också vändas åt andra hållet. Man kunde tänkas hävda, att den skadelidandes eventuella avsaknad av ett direkt behov av ersättning kunde tala för ett bortfall eller nedsättning av rätten till skadestånd. En välbärgad skadelidande skulle få se sin rätt till skadestånd jämkad på denna grund. Tendenser i denna riktning förekommer också i den finska skadeståndsrätten.[564] Det säger sig självt att inte heller detta argument kan följas hur långt som helst,[565] utan att skadeståndsrätten upphör att vara en skadeståndsrätt. Situationen är återigen paradoxal: man kan följa argumentet en bit, men inte längre än så.

(v) Hänsynen till den skadelidande ligger också bakom det som kunde kallas "*försäkringsargumentet*". Det finns inget i den traditionella skadeståndsrätten som garanterar att den som lidit skada verkligen erhåller något ens i de fall där det föreligger en ersättningsskyldig. Detta argument för oss från rättens till verklighetens nivå. Även om skadeståndsrätten utpekar en skadeståndsskyldig kanske dennas bristande betalningsförmåga medför att den skadelidande blir utan ersättning.

På lagstiftningsnivå är en vanlig lösning på detta problem som känt att introducera en obligatorisk försäkring. En annan metod är att man inför ansvarssubjekt som kan förväntas ha en större förmåga att bära ansvaret än den som primärt vållat skadan. Typexemplet är det principalansvar som åligger privata och offentliga arbetsgivare. Också i

---

564 Se Wilhelmsson 1987 s. 109 f.

565 I Finland har t.ex. högsta domstolen i HD 1989:70 sett sig föranlåten att uttryckligen fastslå att i ett mål, där ett försäkringsbolag ville utöva sin regressrätt mot en skadevållare, enbart försäkringens förefintlighet och bolagets förmögenhetsställning inte utgjorde ett tillräckligt argument för att ersättningen skulle jämkas.

praxis kan synpunkter av detta slag leda till att ansvaret placeras på sådana subjekt som uppfattas ha betalningsförmåga.

Igen är situationen paradoxal, på samma sätt som i den föregående punkten. Även om man tillerkänner argumentet vikt, kan man å andra sidan inte driva det för långt, utan att råka in i en sådan "deep-pocket"-rättstillämpning som ansetts utgöra ett av de stora problemen i den amerikanska skadeståndsrätten. En överdriven hänsyn till den ansvarigas betalningsförmåga för bedömningen bort från sådana etiska överväganden som man på andra grunder anser viktiga.

Exempelvis den tidigare berörda[566] konflikten mellan å enda sidan risksamhällets behov av personligt ansvar för dem som fattar beslut och å andra sidan utvecklingen av organisationsansvaret som en central ansvarsform i detta samhälle ansluter sig till denna motsättning.

(vi) Bland de praktiska argumenten såväl mot en culparegel som mot att man starkt håller fast vid strikta krav på kausalitet kan först nämnas "*bevisargumentet*". Ett ansvar, som borde föreligga, uppkommer inte, därför att den skadelidande inte förmår leda i bevis skadevållarens culpa och/eller orsakssambandet mellan den skadevållande handlingen och skadan. Den faktiska rättstillämpningen leder inte till de resultat som de normativa idealen förutsätter.

En möjlig slutsats av detta argument, vad avser culparegeln, är igen att införa ett strikt ansvar. Man har betonat bevisproblemen t.ex. då man skapat regler om strikt ansvar för produktskador och miljöskador. Man kan också tänka sig regler om en omvänd bevisbörda angående förekomsten av culpa eller sänkta beviskrav när det gäller kausaliteten.

Sådana synpunkter kan också göras gällande i rättspraxis, utan stöd i lag. Ett gott exempel är ett finskt fall av miljöskadetyp, där högsta domstolen på eget bevåg statuerade en omvänd bevisbörda.[567]

---

[566] Se närmare kap. 3.

[567] Se HD 1989:7: Ur pipan på en värmecentral, i vilken användes tung brännolja, hade i omgivningen till följd av driftstörningar spritts sot som bl.a. innehöll svavel. Sotet hade skadat lackeringen på bilar som stod parkerade på en parkeringsplats i närheten. För att fritas från skyldigheten att ersätta skadorna hade värmebolaget som ägde anläggningen bort visa att driftstörningarna inte hade berott på att bolaget hade försummat den vederbörliga skötseln av anläggningen. – I sig är det en ödets ironi att det fall som gett högsta domstolen tillfälle att profilera sig vad beträffar ersättning i situationer av miljöskadetyp gällde lackeringen på bilar!

Också här gäller emellertid detsamma som i flera tidigare fall. Argumentet kan följas några steg, men inte längre. Det kan alltid mötas av ett bevisargument från andra hållet. Lättar man för mycket på beviskraven uppkommer alltför ofta ansvar i situationer där ett sådant ansvar enligt de materiella reglerna inte borde föreligga. Avvägningen av beviskraven blir ett nytt uttryck för diskussionen om lämpligheten av olika ansvarsformer, med alla de motsättningar som präglar denna diskussion.

(vii) Slutligen hänvisar man ofta i kritiken av det culpabaserade skadeståndsansvaret till omständigheter som kunde samlas under rubriken "*det administrativt-ekonomiska argumentet*". Argumentet kan också ges en rättsekonomisk formulering. Man kan säga att transaktionskostnaderna då ansvaret förverkligas blir alltför höga i relation till ersättningsbeloppen.

Också denna typ av argumentation kan emellertid utnyttjas i två riktningar. Å ena sidan använder man ofta argumentet för att stöda krav på ett strikt ansvar. Det att man inte från någondera partens sida har anledning att gå in i diskussioner och bevisning kring förekomsten av vållande gör säkerligen processen billigare. Å andra sidan har man just i sådana fall där diskrepansen mellan transaktionskostnader och ersättning är störst, d.v.s. när det är fråga om mindre skador, och där det strikta ansvaret ur den skadelidandes synvinkel därför skulle te sig mycket angeläget, använt samma argument för att utesluta ansvaret helt och hållet. Ett gott exempel utgör den bestämmelse i EG:s produktansvarsdirektiv som utesluter ansvar för mindre skador, vilken man som följd av anslutningen till EU blev tvungen att införa också i den finska produktansvarslagen.[568]

Denna argumentering kring det culpabaserade skadeståndsansvaret kunde säkerligen kompletteras med ytterligare typer av överväganden. För det föreliggande syftet är detta inte nödvändigt. Jag har här blott velat visa i vilken motstridig situation ansvarsrätten befinner sig. För varje argument till förmån för ett utvidgat ansvar finns det motar-

[568] Jag har annorstädes försökt göra gällande att man genom kreativ praxis – en analog tillämpning av strikt ansvar – kunde söka kringgå denna begränsning som av många skäl kan betraktas som olycklig, se närmare Wilhelmsson 1993d. Tyvärr finns det tillsvidare inga tecken på att detta förslag skulle vara på väg att utvecklas till en praktiskt betydelsefull god berättelse.

gument som antingen leder i motsatt riktning eller som åtminstone begränsar räckvidden av argumentet. Dessa argument utnyttjas inte blott i den rättspolitiska diskussionen och lagstiftningsarbetet utan även i rättspraxis.

I det enskilda fallet kan man genom att kombinera argumenten på lämpligt sätt motivera väldigt olika vägval. Det är därför inte fråga blott om att ansvarsrätten skulle ge utrymme för flexibla ställningstaganden inom en koherent ram. Ansvarsrättens argumentarsenal erbjuder en grogrund också för en mer fragmentarisk utveckling, just eftersom olika uppfattningar av rättvisa här fortgående bryter sig mot varandra. Man kan inte bara särskilja olika grupper av fall, inom ramen för vilka man talar för olika slag av avvägningar,[569] utan den senmoderna situations- och verksamhetsanknutna fragmenteringen går mycket längre än så. Ansvarsrätten bjuder på argument för många olika slags små ansvarsberättelser.

Från skadeståndsrätt till ansvarsrätt

Pressen i riktning mot en flexibilisering och fragmentering av skadeståndsrätten och privaträtten i det senmoderna samhället spränger inte blott de olika rättsområdenas interna system. Gränser överskrids också utåt. Jag har redan i flera sammanhang noterat att en strikt avgränsning av den utomkontraktuella skadeståndsrätten inte längre är vare sig önskvärd eller möjlig. Jag har givit motiveringar för antagandet, att de juridisk-tekniska begreppen i anslutning till en massmedieorienterad och delvis internationaliserad mikropolitik tenderar att skjutas i bakgrunden till förmån för bedömningar som kan uttryckas i ett språkbruk som är mer tillgängligt för allmänheten. En rättslig argumentation som är starkt förankrad i de juridiska fållorna kan i en sådan omgivning lätt förlora sin trovärdighet. Därför har jag också i det-

[569] Hemmo 1998 s. 12 visar, hur man redan i en grov och rätt självklar indelning av skadeståndsrätten måste räkna med minst fem olika slags fallgrupper: (1) de traditionella delikten, dvs. person- och sakskador vållade av på förhand främmande personer, (2) ansvaret för statistiska risker som ansluter sig till ekonomisk verksamhet, (3) ansvaret vid myndighetsutövning, (4) uppsåtlig skadegörelse och (5) fallen av allmän förmögenhetsskada, som ofta ligger nära situationer där det föreligger kontraktsansvar.

ta arbete valt att i stället för skadeståndsrätt tala om en "ansvarsrätt", där gränserna mellan dessa fållor åtminstone tonats ned.[570]

Också i detta avseende finner man lätt inom rätten en resonansbotten för pressen mot förändringar. Det föreligger i det konkreta rättsmaterialet en grogrund för den nedbrytning av gränserna som är aktuell i dag.

En av de klassiska frågorna i obligationsrätten avser förhållandet mellan kontraktsansvar och utomkontraktuellt ansvar och gränsdragningen mellan dessa båda ansvarsformer. Diskussionen härom är internationell och lösningsmodellerna är olika i olika länder. Själv stiftade jag närmare bekantskap med problematiken redan när jag som nybliven forskare fick i uppdrag att recensera Peter Schlechtriems grundliga komparativa analys av behandlingen av konkurrensen mellan skadestånds- och kontraktsrättsliga anspråk i fransk, amerikansk och tysk rätt. Arbetet visar, hur likadan den grundläggande problematiken är i alla dessa länder: ansvarsrätten är indelad i kontraktsansvar och utomkontraktuellt ansvar, vilket medför problem i situationer där vardera regelkomplexen kan bli tillämpliga.[571] Man har i många länder – och också i Norden[572] – traditionellt utgått från en tämligen strikt differentiering mellan dessa båda former av ansvar. Frågor om ansvarskonkurrens har man inte i första hand sökt lösa genom att utplåna gränsen mellan ansvarsformerna utan snarare genom att låta någondera ansvarsformen utesluta den andra eller genom att medge den skadelidande en rätt att välja mellan de konkurrerande kraven.[573]

I nyare internationell diskussion är attityden en annan. Det har nästan blivit ett standardpåstående att hävda att gränsen mellan kontraktsansvar och utomkontraktuellt ansvar håller på att suddas ut. Om sättet hur detta sker och bör ske har man givetvis mycket olika meningar. Klassikern Grant Gilmore hävdar t.ex. i sin analys av "kontraktets död", att den ena ansvarsformen, skadeståndet, håller på att tränga ut den andra,

---

[570] Ovan i kap. 6 anger jag, varför jag valt just "ansvarsrätt" och inte t.ex. "ersättningsrätt".

[571] Schlechtriem 1972 s. 437.

[572] Så t.ex. Hemmo 1998 s. 7.

[573] Det är något förvånande att en gränsdragande approach förefaller prägla också den färska finska utredningen av behovet att förnya skadeståndslagen, se Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta 1998 s. 13, där man föreslår att gränsdragningen mellan kontraktsansvar och utomkontraktuellt ansvar skulle ske med hjälp av kontraktsrättens regler.

vilket till sist kan innebära att man kan förena båda ansvarsformerna i en enhetlig "theory of civil obligation".[574] Som en avslutning på sin monumentala berättelse om kontraktsrättens uppgång och fall föreslår P.S. Atiyah åter en ny struktur för obligationsrätten, som är oberoende av den traditionella indelningen i contract och tort: i Atiyahs modell skulle obligationsrättslig bundenhet uppkomma på tre grunder, nämligen enligt principen att erhållen nytta eller förmån bör ersättas, på grundval av strävan att skydda en parts skäliga tillit, samt i anslutning till möjligheten att frivilligt skapa rättigheter och skyldigheter.[575] Iakttagelserna av och förslagen angående sammanväxten av kontraktsansvaret och det utomkontraktuella ansvaret är inte begränsade till den angloamerikanska rättsfamiljen. Den tyska forskaren Johannes Köndgens beskrivning av vad han kallar Selbstbindung ohne Vertrag har väckt bredare uppmärksamhet i den finska kontraktsrättsliga diskussionen. Även Köndgen noterar att de nya elementen av förpliktelse som han är intresserad av "stehen quer zu den Gebietsschranken zwischen Vertrag und Delikt".[576]

Ett närmande mellan ansvarsformerna eller t.o.m. en sammansmältning av dem i en ny allmän ansvarslära ger ännu inte nödvändigtvis någon respons på det senmoderna samhällets behov av mer situations- och verksamhetsanknutna bedömningar. Den nordiska doktrinen, där också många talat för en uppluckring av den strikta gränsdragningen mellan ansvarsformerna, avspeglar emellertid tydligt en sådan koppling mellan gränsöverskridande och situationsbundenhet. T.ex. i dansk doktrin, där man i och för sig redan länge klart utgått från att man i de svåra fallen inte bör söka svar genom att välja antingen kontrakts- eller skadeståndsregler, utan snarare bör för varje grupp av fall eftersträva den rimligaste lösningen,[577] hävdar man numera att

---

[574] Gilmore 1974 s. 89 ff. På finskt botten har kritik mot Gilmore framförts av Castronovo 1993, som medger att vi befinner oss i en tid då "all seems to flow in the melting pot of tort law" (s. 289), men som själv snarare vill skapa en bredare syn på kontraktsrätten och låta den trånga skadeståndsrätten i bakgrunden. Hemmo 1998 s. 377 ff. är inte heller övertygad om att Gilmores tes håller ur nordisk synvinkel, då tesen är kopplad till den angloamerikanska rättens formella kontraktsregler.

[575] Atiyah 1979 s. 778 f.

[576] Köndgen 1981 s. 419.

[577] Gomard 1958 s. 97. Detta syns i dag vara allmänt accepterat, se t.ex. läroboken von Eyben & Vagner 1999 s. 6, där man varnar för att låta rubriceringen av ansvaret bli avgörande för hur man löser konkreta problem.

redan stora områden är lösryckta från det traditionella kontrakts- och deliktsansvaret så att man här har utrymme för en utveckling av helt nya "autonoma" ansvarsformer. Användningen av ansvarsreglerna blir då i högre grad avhängig av, vilket faktiskt problem eller vilken slags aktivitet det är fråga om än av förekomsten av en eventuell kontraktsrelation mellan parterna.[578]

I Finland har Mika Hemmo nyligen publicerat en monografi angående kontrakt och delikt. Också han framhåller behovet att bryta ner den strikta gränsen mellan kontrakt och skadestånd i linje med de synpunkter som omfattats i den internationella litteraturen. Enligt Hemmos mening är det möjligt att utveckla systematiken så att man avstår från det dikotoma sättet att närma sig det område som ligger mellan ansvarsformerna. Som han ser frågan har vardera ansvarsformen sitt kärnområde, men därtill förekommer både olika modifikationer av båda formerna och situationer som kan förläggas utanför dem båda.[579] Han påpekar uttryckligen möjligheten att omfatta lösningar i vilka man bryter distinktionen mellan ansvarsformerna och t.ex. låter element som är typiska för kontraktsrätten få relevans i en deliktsrelation.[580]

Hemmo betonar i stället den reella situationens betydelse som indelningsgrund.[581] Man behöver då inte uppfatta indelningen mellan kontrakt och delikt som en strikt gränsdragning, utan som en gradvis övergång från ett förhållande mellan främmande personer mot närmare re-

[578] Ulfbeck 2000 s. 117 f. Det är intressant att notera att Ulfbeck i sin doktorsavhandling tar denna utradering av gränslinjen mellan kontraktsansvar och deliktansvar som en utgångspunkt för sin analys av fenomenet direktkrav i förmögenhetsrätten. Jfr den samtida svenska doktorsavhandlingen om i stort sett samma tema Zackariasson 1999, där författaren bygger sin avgränsning av temat på att man upprätthåller gränslinjen: ett direktkrav är för henne ett krav som är oberoende av ett eventuellt utomkontraktuellt skadeståndsansvar i förhållandet mellan tredje man och den bakre gäldenären (s. 38). Avspeglar detta eventuellt en mer återhållsam attityd till utraderingen av den aktuella gränslinjen i svensk rätt?

[579] Hemmo 1998 s. 383.

[580] Hemmo 1998 s. 381.

[581] Hemmo 1998 s. 383 ff. nämner typsituationerna (i) omsättning i kontraktsform i begränsad mening, d.v.s. ansvar för huvudprestationen enligt kontrakt, (ii) ansvar för handlingar som har anknytning till omsättning, (iii) ansvar i anslutning till omsättningens förstadium, (iv) omsättningssituationer med tredjemansverkningar, (v) icke-omsättningssituationer, i vilka det förekommer samarbete mellan parterna och (vi) icke-omsättningssituationer, i vilka det inte föreligger uttryckligt samarbete.

lationer och fastare samarbetsformer.[582] En sådan inriktning på den reella situationen betyder att man kan ta hänsyn också till privata arrangemang och samhällelig praxis som uppstått på olika områden.[583]

Konkret betyder detta att man i alla situationer inte med nödvändighet behöver placera in lösningen i dikotomin kontrakt/delikt.[584] Jag nämner bara ett exempel från Hemmos analys, där detta framgår väl. Han visar, hur man kan precisera förutsättningarna för ansvar för den som har utrymmen till vilken kunder (allmänheten) har tillträde, utan att entydigt hänföra detta ansvar till någon av ansvarsformerna. Ansvaret påminner å ena sidan om kontraktsansvaret i det att det är strängare än vanligt, men den krets av personer som kan åberopa ansvaret är inte avgränsad på kontraktsmässiga grunder, utan omfattar alla som i avsett syfte rör sig i lokaliteterna.[585]

Tendensen i riktning mot en upplösning av den strikta dikotomin mellan kontraktsansvar och utomkontraktuellt skadeståndsansvar syns inte blott i teorin.[586] I finsk rättspraxis förekommer det fall, där högsta domstolen har avgjort en ansvarsfråga i gränslandet, utan att domstolen i sina motiveringar upplyst läsaren om, huruvida man tillämpat kontraktsrättsliga eller utomkontraktuella principer på fallet.[587] Det kan här

---

[582] Hemmo 1998 s. 388.

[583] Hemmo 1998 s. 387.

[584] Med denna generella inställning är det kanske något förvånande att Hemmo i ett annat sammanhang hävdat att en skiljemans ansvar bör bedömas på grundval av kontraktsrättsliga regler, se Hemmo 2000 s. 401. Detta har föranlett kritik av Hoppu 2000 s. 413, som anser att en skiljemans ansvar placerar sig just i det gränsland där man kan bli tvungen att använda såväl kontraktsrättsliga som utomkontraktuella ansvarsprinciper.

[585] Hemmo 1998 s. 227.

[586] I amerikansk rättspraxis har man överbryggat distinktionen bl.a. för att skapa skarpare påföljder för vissa kontraktsfall. Genom vad man kallar "the tort of bad faith breach of contract" har domstolarna kunnat införa bl.a. punitive damages i kontraktssfären, se närmare t.ex. Nehf 1999b s. 131 ff.

[587] Det är svårare att i svensk nyare praxis hitta motsvarande exempel. Tvärtom har man t.ex. i rättsfallet NJA 1998 s. 873 i motiveringen uttryckligen talat om "ett kvasikontraktsrättsligt förhållande". Fallet gällde en kommuns brott mot lagen om offentlig upphandling. Jfr det finska fallet HD 1999:48, där en privat part handlade i strid med villkor som den själv uppställt för en anbudskonkurrens och där domstolen således på ännu bättre grunder kunde tänkas ha tillämpat en kontraktsrättslig bedömning, men högsta domstolen i stället gick mer direkt på situationen och talade om "en förseelse vid ingående av avtal" ("sopimuksentekorikkomus") med egna påföljder.

naturligtvis vara fråga om att man inte velat driva analysen tillräckligt långt och skjutit den svåra frågan under mattan. En troligare – eller åtminstone mer positiv – förklaring är dock att man medvetet velat avgöra fallen på basen av deras situations- och sammanhangsspecifika drag och samtidigt ta avstånd från tanken att fallens klassificering borde få någon betydelse för hur de skall avgöras. Man har velat skapa ansvarsrättsliga och inte skadeståndsliga eller kontraktsrättsliga prejudikat.

Uppmärksammade exempel på detta är två rättsfall angående statens ansvar vid varvet Wärtsilä Meriteollisuus Oy:s konkurs.[588] I dessa fall hade man från statens sida i meddelanden och uttalanden på olika sätt gjort gällande att varvets finansiering var tryggad. Då man sedan lät varvet gå i konkurs blev staten – vars åtgärder här inte ansågs utgöra myndighetsutövning – ansvarig gentemot ett antal av varvets avtalsparter för den skada de lidit, då de litat på uttalandena. Heikki Halila har i en kommentar till fallen konstaterat att högsta domstolen inte säger ut, huruvida ansvaret var kontraktuellt eller utomkontraktuellt, men drar själv efter en längre analys slutsatsen att man bör se detta som ett slags kontraktsansvar.[589] En annan möjlighet är dock den att domstolen inte alls velat placera in fallet i de traditionella kategorierna, utan fristående från dem önskat fastslå principen att staten bör ansvara för det förtroende olika slag av uttalanden och information från dess sida väcker.[590] I det första fallet blandade man i motiveringen uttryckligen samman förbindelse- och informationselement, då man som grund för ansvaret angav vikten att skydda tilliten till förbindelser eller uppgifter som givits i samband med offentligt uppdrag. I det senare fallet utsträcktes skyddet av tilliten till en obestämd grupp underleverantörer, hos vilka statens uttalanden hade varit ägnade att framkalla förtroende för varvet. Det situationsbundna ansvar som följer av tilliten till uttalanden från det offentliga har kunnat utformas utan att man känt sig bunden av den traditionella indelningen i kontraktsrättsliga och utomkontraktuella ansvarsregler.

Gränsen mellan kontraktsansvar och utomkontraktuellt skadeståndsansvar är inte den enda gräns som man ifrågasatt i den senmo-

[588] HD 1999:32 och 1999:33.

[589] Halila 1999 s. 745 ff.

[590] Se också Kuusikko 1999, som analyserar fallen som ett uttryck för principen om skydd av förtroende.

derna privaträtten. Det förekommer förslag, enligt vilka man borde överskrida också andra traditionella indelningar av relevans för ansvarsrätten. Juha Pöyhönen har talat för en koordinerad syn på det juridiska ansvaret tvärs över förmögenhetsrätten, varvid han i sin första skiss till en omsystematisering av denna problematik dragit in inte blott skadeståndsansvaret och kontraktsansvaret, utan även inkluderat säkerhetsrättsliga och insolvensrättsliga frågor.[591] På en marknad där långvariga avtal och olika slag av nätverk får allt större betydelse har man också ifrågasatt den strikta gränslinjen mellan avtal och association.[592] Man har i detta sammanhang bl.a. diskuterat frågor som gäller nätverkens ansvar.[593] Också andra exempel på att gränser suddas ut är lätta att finna.[594] Jag har inte anledning att kommentera alla dessa analyser och förslag här. Jag nämner dem bara för att ytterligare bestyrka påståendet att grogrunden för en bred "ansvarsrätt" är välgödslad.

Uppkomsten av en ansvarsrätt som överskrider gränserna mellan olika traditionella ansvarsformer och rättsområden innebär att reglerna i högre grad än tidigare öppnar sig för sådana mer situations- och verksamhetsanknutna bedömningar som blir naturliga i en argumentation som ansluter sig närmare till vardagsspråket. Innehållet i regleringen av den konkreta typen av situation blir viktigare än situationens teoretiska klassificering. Man kan t.ex. fastslå att staten bör svara för det förtroende den väcker med olika meddelanden och uttalanden, oberoende av distinktionen mellan kontrakt och utomkontraktuellt skadestånd. Det att gränserna blir flytande ger också den gränsöverskridande mikropolitiken nya möjligheter att utnyttja konkreta erfa-

---

[591] Pöyhönen 1997 s. 534 ff. Senare har han gått vidare från fokuseringen på ansvar och förespråkat en omsystematisering av hela förmögenhetsrätten, inkluderande såväl avtal och skadestånd som också äganderätten, se Pöyhönen 2000. Detta förslag, som delvis går utöver vad jag behandlar i det föreliggande arbetet, men som jag till vissa delar får anledning att kommentera närmare nedan, visar i sig vilket turbulent läge de juridiska systemen befinner sig i.

[592] Se t.ex. Teubner 1993 och Grönfors 1997.

[593] Teubner 1993 s. 232. Se också Spindler 1997 s. 126 ff.

[594] Det att gränslinjen också mellan privaträtten och den offentliga rätten som känt håller på att suddas ut är ett implicit genomgående tema i detta arbete. Det är ju här just fråga är om att nya "offentliga" och kanske också "offentligrättsliga" funktioner anförtros privaträtten och särskilt ansvarsrätten.

renheter från olika länder utan hinder av att man traditionellt dragit gränsen mellan kontrakt och skadestånd på olika sätt i olika länder.[595] Alla små ansvarsberättelser kan inte stängas in i de traditionella fållorna.

Bör man skapa ett nytt ansvarsrättsligt System?

Jag har här sökt visa, hur pressen i riktning mot flexibilitet och fragmentering är ägnad att i högre grad än tidigare bringa i dagen de motsättningar som vidlåder ansvarsrätten och undergräva stabiliteten i det ansvarsrättsliga system som i många rättsordningar framträtt som relativt fast utmejslat. Systemet börjar uppvisa allt fler kaotiska drag. Är detta något som man bör acceptera? Eller bör rättsvetenskapen av i dag söka övervinna detta tillstånd genom att skapa ett nytt ansvarsrättsligt system, i vilket man tar hänsyn också till de funktioner som ansvarsrätten erhållit i det senmoderna samhället?

I Finland har Juha Pöyhönen nyligen föreslagit en mer djuptgående omsystematisering av skadeståndsrätten.[596] Han har gjort det väl medveten om den kritik som man riktat mot förhoppningarna om att man kunde skapa täckande juridiska helhetssystem i det senmoderna samhälle där tron på de stora sammanhållande berättelserna har försvunnit. Hans analys utgör ett försvar av ett bredare modelltänkande i skadeståndsrätten. Han godkänner inte någon "principlöshetens prin-

---

[595] Ett gott exempel på hur man kan erhålla likartade praktiska erfarenheter, trots att man klassificerat samma problematik på olika sätt i olika länder ger Banakas 1999, som analyserar ansvaret för inkorrekt finansiell information i olika rättssystem. Han visar bl.a. hur man i engelsk rätt, med ett snävt kontraktsansvar, använder sig av skadeståndsrätten, och i tysk rätt, med ett snävt utrymme för skadeståndsansvar, av kontraktsrätten för att skapa ett adekvat ansvar i den ifrågavarande situationen. Från så olika utgångspunkter "both systems find themselves converging on the same new ground of liability, which is the legitimate reliance of the plaintiff on the accuracy of advice or information supplied in the context of a relationship justifying such reliance." (s. 282). Parallellerna till de i texten nämnda Wärtsiläfallen är slående.

[596] Pöyhönen 1999. Att Pöyhönen här talar om skadeståndsrättens modeller innebär inte något ställningstagande till förmån för ett upprätthållande av de traditionella gränserna mellan skadeståndsrätten och andra rättsområden, se t.ex. s. 362. Pöyhönen har ju också tidigare talat för behovet av en nytt systembyggande, som skulle leda till en enhetlig begrepps- och principapparat för hela förmögenhetsrätten, se Pöyhönen 1997 s. 528, och sedermera presenterat en skiss till ett sådant helhetssystem, Pöyhönen 2000.

cip".[597] Lösningen ligger i att man inkorporerar motsättningarna mellan olika systematiseringsalternativ i ett nytt mer flexibelt helhetsperspektiv.[598]

Det har redan framgått att Pöyhönen sedermera också har publicerat ett arbete, där han skisserar upp en helt ny struktur för förmögenhetsrätten.[599] Då han här är mindre konkret vad avser de skadeståndsoch ansvarsrättsliga spörsmålen och kanske kan sägas ha valt en mer kontraktsrättslig vinkling än i analysen av de skadeståndsrättsliga modellerna i den tidigare artikeln, kommenterar jag i det följande primärt det sistnämnda arbetet.

Pöyhönen särskiljer tre ersättningsmodeller[600] eller -paradigm i skadeståndsrätten, nämligen vållandemodellen, förorsakandemodellen och modellen för rättvis samhällelig praxis eller, som han också kallar den, ömsesidighetsmodellen. Han medger att det i dag råder en pluralism i rättskällorna vad beträffar modellerna och att man kan anta att detta är fallet också i fortsättningen. Detta bör dock inte leda till att man avstår från tanken på ett täckande system, då man i så fall skulle ge in casu-bedömningarna en alltför stor tyngd. Pöyhönen föreslår att man i stället betraktar modellerna som tre fullständiga system, vilka befinner sig i ett polemiskt förhållande till varandra och genom en polemisk diskurs kan pressa fram olika sidor av skadeståndsrättens be-

---

[597] Pöyhönen 1999 s. 304 f. Det citerade uttrycket har han hämtat från Hellner 1969 s. 361, som också är kritisk mot en sådan hållning.

[598] Denna lösning påminner om Izhak Englards försök att förena motsättningarna i skadeståndsrätten i en skadeståndsrättslig filosofi som medger deras existens. Enligt Englard är skadeståndsrätten i realiteten pluralistisk, inte blott vad avser retoriken utan också i fråga om essensen. Den ofrånkomliga inkoherens – motsättningen mellan korrektiv och distributiv rättvisa – som följer av denna pluralism kan justifieras med hjälp av en filosofi som Englard kallar "the idea of complementarity". Denna innebär en förening av de motstridiga elementen i avvägningar in casu: "Mutually inconsistent structures and functions could and should be combined into an integrative, substantive concept of liability. The search for harmony between the conflicting elements ought to be guided by the consciousness of the basic legitimacy of each of them, in such a way that their union will exert a mutually restraining influence in the forging of concrete solutions" (Englard 1993, citatet från s. 228).

[599] Pöyhönen 2000.

[600] Det att Pöyhönen talar om ersättningsmodeller betyder inte att han omfattar ett "ersättningsrättsligt" synsätt i motsats till ett "ansvarsrättsligt". Han talar tvärtom om "ansvarsförklaringar" (t.ex. 1999 s. 362) och noterar att preventionen fått en mer central betydelse (1999 s. 360).

grepp.[601] Då han emellertid samtidigt vill utveckla sin ömsesidighetsmodell till en synvinkel, som medger en täckande prövning av såväl skadevållarens som den skadelidandes förhållanden,[602] söker han dock i själva verket skapa en enda modell, som i sig kan inkorporera de övriga. I denna modell skulle ansvarskriteriet vara ett slags avvägning av samhällelig nytta och skada, och måttstockarna för bedömningen skulle hämtas från systemet av grundrättigheter.[603]

Detta systematiseringsförsök, som ännu i många avseenden är så allmänt hållet att det inte är lätt att uppfatta alla dess relationer till det konkreta rättsmaterialet på rättens ytnivå, är av speciellt intresse här, därför att författaren ju uttryckligen uppställt det också som ett svar på den senmoderna fragmenteringstesen. Det är emellertid, av skäl som jag just skall ange, svårt att uppfatta förslaget som något egentligt svar på denna tes. I andra avseenden innehåller Pöyhönens modell många tankeväckande iakttagelser, som jag får anledning att återkomma till senare.

Förslaget är mindre övertygande som motgift mot fragmenteringen därför att skillnaderna mellan detta förslag och de påståenden som det kontrasteras mot inte alls är så klara som man kunde anta. Detta gäller särskilt ansvarsrättens flexibilitet, som visserligen bör särskiljas från, men som likväl har samband med fragmenteringen. Också Pöyhönen har nämligen valt en mycket flexibel linje, som bygger på avvägningar. I stället för en fast ansvarsförklaring erbjuder han avvägningar som fortgående justeras och förändras. I ömsesidighetsmodellen uppstår nämligen systematiken utan centrum, säger Pöyhönen, då samhälleliga praktiker växlar och rättvisa inte är en fråga om matematik. Modellen ger blott en

---

[601] Pöyhönen 1999 s. 320 f. Jfr Englard 1993. En liknande metod för fortgående sammanvägning av olika principiella utgångspunkter förespråkas på ett mer generellt plan av Anna Christensen, som introducerat begreppet "normativt grundmönster" ("normative pattern") för att hänvisa till olika idéer om rättvisa och sociala relationer och hävdar att rätten kunde beskrivas som "a medium with no central steering, where different normative patterns arise, flout about and trigger each other" (Christensen 1999 s. 90). Hon talar metaforiskt om ett normativt fält, där de olika normativa grundmönstren fungerar som magnetiska poler vilka attraherar de rättsliga reglerna och bestämmer deras position på fältet (s. 91).

[602] Pöyhönen 1999 s. 339.

[603] Pöyhönen 1999 s. 341.

gestaltningsfigur, inom ramen för vilken den som granskar skadesituationen själv måste fatta de avgörande valen och avvägningarna.[604]

Behovet av flexibilitet betonas också fortgående i Pöyhönens "nya förmögenhetsrätt". Det rättsliga beslutsfattandet är med nödvändighet öppet och bör basera sig på situationsspecifika bedömningar. Flexibilitet och flexibel rättstillämpning borde utgöra huvudregel snarare än undantag i förmögenhetsrättens system.[605] Pöyhönen betonar också betydelsen av begreppet "verksamhetsomgivning" för att framhäva bedömningarnas situationsbestämda karaktär.[606]

Pöyhönens modellbygge står sålunda inte och är inte heller avsett att stå i strid med den ena sidan av den tes som förfäktats ovan, nämligen den att flera drag i det senmoderna samhället stärker behovet av en flexibel ansvarsrätt.[607] I detta hänseende förefaller också t.ex. Matti Rudanko följa liknande linjer när han föreslår att man skulle beteckna bl.a. skadeståndsrätten i postvälfärdsstaten som ett "öppet system".[608] I Finland och Norden är det också svårt att tänka sig en modell som starkt skulle tona ner flexibiliteten. Som flera gånger tidigare angivits kan man ju, med blott en liten överdrift, se hela skadeståndslagen som en enda stor generalklausul.

Då den mycket starkt betonade flexibiliteten i Pöyhönens modell medger in casu-avgöranden på bred front är det svårt att begrunda modellen med hänvisning till det olämpliga i att ge alltför stor tyngd åt in casu-bedömningar.[609] Man kan heller knappast hävda att ett så öppet system i sig utgör någon spärr mot ett skadeståndssystem som utvidgas

---

[604] Pöyhönen 1999 s. 362 f.

[605] Pöyhönen 2000 s. 186 ff.

[606] Pöyhönen 2000 s. 161.

[607] Jfr dock beträffande motsvarande modelldiskussion i kontraktsrätten Siltala 1999, som med goda motiveringar hävdar att ett modellbygge inte på det sätt som Pöyhönen föreslår kan vara neutralt i relation till arten av de regler som omfattas av modellen. Skäligheten kan nämligen inte formaliseras eller låsas in i ett fast system (s. 428).

[608] Han avser härmed den omständigheten att man förmår inkludera olika intresseposition – också sådana som inte anknyter direkt till förhållandets parter – i de rättsliga avvägningar som görs. Se Rudanko 1995 s. 107 ff., där han beskriver avtalet som ett öppet system, och Rudanko 1999 s. 460, där samma tankemodell kort appliceras på skadeståndsrätten. Jfr också – för kontraktsrättens del – Collins 1999, som talar om en produktiv disintegration av privaträtten, som tillgodoser behovet av en kontextualisering av den privaträttsliga argumentationen (s. 55).

[609] Jfr Pöyhönen 1999 s. 320.

på ett okontrollerat sätt, något som Pöyhönen också vill undvika.[610] Det är sålunda svårt att på ett övertygande sätt göra gällande att den nya systematiken i sig kunde fungera som ett botemedel mot de problem som man ansett följa av den senmoderna flexibiliteten i ansvarsrätten.

Man kunde trots detta likväl tänkas se denna systematik som ett svar på fragmenteringstendenserna i det senmoderna. Det är också snarast detta som Pöyhönen syftar till med sitt förslag. Ett flexibelt system är i varje fall ett system[611] och mer än det fragmentariska lapptäcke, som jag ovan förutspått att ansvarsrätten håller på att glida ut i. Är ryktena om det ansvarsrättsliga systemets död trots allt överdrivna? Bör man trots flexibiliteten försöka upprätthålla en systematisk grundstruktur i ansvarsrätten?

Jag tror att svaret på dessa frågor är i hög grad beroende av vad man talar om då man söker ett system i ansvarsrätten. Man kan utan tvivel, om man så önskar, beskriva dagens ansvarsrätt på ett mycket systematiskt sätt, vilket ju redan många läro- och handböcker på området i Norden bär ett tydligt vittnesbörd om. Flertalet lagar och rättsfall kan analyseras utgående från uppdelningen i ansvarsgrund och ersättningsgill skada och vad ansvarsgrunden beträffar kan man pressa in det mesta i dikotomin culpaansvar/strikt ansvar, kanske med några andra ansvarsformer, såsom kontrollansvaret, som extra krydda. Hur är det möjligt, att man trots detta kan påstå att ansvarsrätten blir mer och mer fragmenterad?

Med en mycket kort och generell karaktärisering kan man säga att förklaringen ligger i systematiseringens olika funktioner. Den kan sökas i dikotomin mellan system som innehåll och system som språkbruk. Man talar å ena sidan om ett system som ett pedagogiskt hjälpmedel, som en nödvändig framställningsteknik, och å andra sidan om ett system, där helheten uppstår på grundval av delarnas innehållsliga koherens. Också i en situation av innehållslig fragmentering ger ett systematiskt – och gemensamt – språk möjlighet till en kommunika-

---

[610] Pöyhönen 1999 s. 361. Som jag angivit ovan i kap. 6 tror jag dock att andra faktorer i den finska och nordiska rätten (och samhället) medför att risken för en okontrollerad amerikaniserad ansvällning av ansvarsrätten inte är akut hos oss.

[611] Pöyhönen ser också generalklausulerna som en del av varje rättsområdes eget system, så att man vid tillämpningen av dem skulle följa ifrågavarande områdes principer, se Pöyhönen 1997 s. 537.

tion angående de normativa avvägningarna. Termerna fareansvar, kontrollansvar och culpaansvar kan fungera som nyttiga markörer, med vilkas hjälp systemets aktörer, såsom högsta domstolen, med ett par ord kan säga ut att man vid bedömningen av ansvaret i en given situation bör prioritera vissa typer av argument i stället för att behöva kommunicera motsvarande ställningstagande på ett mer mångordigt sätt. Även då systemet fragmenteras i innehållslig mening, t.ex. så att man i varierande sammanhang, utan någon koherent plan, prefererar olika ansvarsformer, bibehåller man med denna terminologi en möjlighet att för jurister beskriva normerna på ett systematiskt sätt. Det att man på språkbrukets nivå ger intryck av ett gediget system utgör inget hinder mot att det sker en fragmentering i den meningen att koherensen i innehållet minskar.

Det kan vara skäl att här uttryckligen påpeka det i och för sig rätt självklara faktum, att den angivna dikotomin inte är absolut. Innehållet har inflytande över språket och språkbruket påverkar också innehållet. De båda polerna anger snarast tyngdpunkterna i de olika slagen av systematiseringar.

Det tryck i riktning mot en fragmentering av ansvarsrätten som jag talat om riktar sig primärt mot systematiken i innehållslig mening. Den grundläggande etiska osäkerheten i det senmoderna samhället är svårförenlig med en innehållslig systematik som bygger på en koherent samling normativa principer och ansvarsprocessen kan heller inte utnyttjas som ett önskat forum för moralisk diskurs om den är fjättrad på detta sätt. I den mån ansvarsrätten påverkas av en mikropolitik som ju närmast definitionsmässigt framträder som fragmenterad samt av en nyckfull medieoffentlighet måste också detta tendera att öka fragmenteringen vad avser normernas innehåll. Internationaliseringen och den fria rörligheten av ansvarsrättsliga idéer kan förmodas ha samma verkan; till detta får jag ännu anledning att återkomma.

Åtminstone till synes medför redan flexibiliteten i Pöyhönens modell att den inte kan ha starka innehållsliga konsekvenser. Det ansvarskriterium som Pöyhönen föreslår för ömsesidighetsmodellen, en avvägning av nytta och skada, innebär, som han framställer det, en argumentering som inkluderar ett flertal faktorer, såsom nyttan av den verksamhet som förorsakat skadan, nackdelarnas (skadornas) omfatt-

ning och svårighetsgrad, sannolikheten för skada samt möjligheterna att minimera risken.[612] Modellen kan inte och är heller inte avsedd att hindra att dessa avvägningar utfaller på olika sätt, och att de baseras på olika grundläggande värderingar, när det gäller olika slag av situationer och verksamheter. Som tidigare noterats, betonas ju de situationsanknutna lösningarna mycket starkt i modellen. Den medger att mikropolitiken på en punkt kan leda till längre gående ansvar än på någon annan punkt, fastän dessa situationer från en principiell synvinkel kanske borde behandlas lika, och den tillåter att olika former av internationell rättslig erfarenhet ges relevans på varierande sätt i olika situationer. Fragmenteringen i innehållslig mening kan alltså inkorporeras i själva modellen.

Denna beskrivning ger dock inte full rättvisa åt Pöyhönens modell. Han själv ser systemet av grundrättigheter som den pelare som ger innehållslig stadga åt systemet.[613] Denna utgångspunkt är säkerligen mycket fruktbar och ligger också i linje med den aktuella uppfattningen angående grundrättigheternas ökade betydelse.[614] Personligen har jag dock svårt att se detta som någon effektiv spärr mot fragmenteringen av ansvarsrätten. Även om grundrättigheterna är inbördes relaterade till varandra på många sätt bildar de inte ett så koherent och komplett system att de skulle kunna förhindra att man i konkreta ansvarsrättsliga avgöranden gör olika slag av avvägningar på närliggande områden.[615] De tre generationerna grundrättigheter, frihetsrättigheterna,

---

612 Pöyhönen 1999 s. 341.

613 Pöyhönen 1999 s. 341 f. Grundrättigheterna betonas mycket starkt också i Pöyhönen 2000, där författaren talar om en grundrättighetsinriktad systematisering av de förmögenhetsrättsliga normerna (se särskilt s. 68 ff.).

614 Ett teoretiskt fundament för denna uppfattning erbjuder numera Kaarlo Tuoris "kritiska rättspositivism", i vilken författaren placerar just de mänskliga rättigheterna i den moderna rättens djupstruktur, se Tuori 2000 s. 211, vilket innebär att dessa får en central roll i konstitueringen och begränsningen av rättskulturen och ytstrukturen. Jfr dock t.ex. Tolonen 2000 s. 520, som finner det mer motiverat att hänföra de mänskliga rättigheterna blott till rättskulturens nivå.

615 Även om Tuori till synes, genom att betona positivismen i sin teori, har en annan uppfattning om möjligheten att nå ett systematiskt koherent slutresultat som bygger på djupstrukturens mänskliga rättigheter, visar dock en närmare granskning av teorin att hans "positivism" är ytterst relativ och att den därför inte i sig behöver stå i strid med det jag påstår i texten. Det är inte nog med att de rättsliga praktikerna (rättspraxis, rättsdogmatik m.m.) explicit sägs böra vara öppna utåt och ha som uppgift att kanalisera in samhälleliga moraluppfattningar i rätten (Tuori 2000 s. 218). Också på rättskulturens nivå godkänner

de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna samt de kollektiva rättigheterna, bygger inte nödvändigtvis på en gemensam värdebas. Rättigheterna är dessutom ofta så generella att de kan konkretiseras på flera och kanske motstridiga sätt i ett ansvarsrättsligt avgörande. Många konkreta ansvarsrättsliga avvägningar gäller också frågor som knappast på ett naturligt sätt kan formuleras i termer av grundrättigheter. Även om grundrättigheterna sålunda knappast kan förhindra den innehållsliga fragmenteringen av ansvarsrätten, kan betoningen av dem säkert bidra till att påverka den form i vilken man framställer argumenten och det språk på vilket man gör det.

Som jag ser det har alltså också Pöyhönens modell i systematiskt hänseende mer att göra med det språk med vars hjälp vi berättar våra ansvarsberättelser än med innehållet. Han påpekar själv att hans ömsesidighetsmodell, till skillnad från de traditionella paradigmen, "does not offer answers and solutions to puzzles in tortious relations so much as guidance for shaping and establishing the genuine legal problem".[616] Hans modellbygge är i sig inte oförenligt med den tes angående ansvarsrättens växande fragmentering som jag gjort gällande i detta arbete.[617]

Detta innebär naturligtvis inte att modellen skulle sakna innehållsliga konsekvenser. Som jag tidigare noterat, kan språket och formen ibland t.o.m. i hög grad påverka innehållet i den juridiska argumentationen. Modellen är säkerligen ägnad att ge mer tyngd åt värden som kommit till uttryck i grundrättigheterna. Mot detta har jag inget att anmärka. Mina frågetecken gäller antagandet att detta starkare inflytan-

---

Tuori tanken på motstridiga rättsprinciper (s. 337 f.); just rättsprinciperna öppnar rätten i riktning mot moralen (s. 200) och de har en stark samhällsteoretisk koppling (s. 322). Trots de mänskliga rättigheternas centrala ställning konstitueras enheten heller inte på djupstrukturens nivå: man kan utgå från olika tolkningar (det liberala, det välfärdsstatliga och det procedurala paradigmet) av djupstrukturen (s. 231 ff.) och djupstrukturen konstitueras till syvende och sist i den diskurs som förs i "det breda rättssamfundet", d.v.s. bland alla medborgare (s. 204 f.). Kommer inte Tuori egentligen här nära den tanke på rätten som ett forum för moralisk diskurs som jag utvecklade ovan i kap. 4?

616 Pöyhönen 1999c s. 61.

617 Pöyhönen noterar själv i en artikel där han jämför sin modell med ett tidigare utkast som jag gjort, att "the difference between the new theory defended in this essay and the "no System" approach should not be exaggerated" (Pöyhönen 1999c s. 61).

de av grundrättigheterna skulle kunna medföra en koherent utveckling av ansvarsrätten i innehållslig mening.

Även om jag primärt talar om normernas innehåll har jag redan ett flertal gånger noterat, att den rättsliga systematiseringen också på språkbrukets plan konfronteras med nya krav i det senmoderna samhället. Inte heller det språkliga systemet går fritt från påverkan. Den massmediecentrerade mikropolitiken kräver av domstolarna motiveringar som kan förstås av allmänheten. En argumentation som kläds i utpräglat juridiskt-systematiska termer är inte ägnad att ge den önskvärda legitimiteten åt avgörandena. Argumenteringen måste öppnas i riktning mot det allmänna språkbruket.

I detta avseende förefaller Pöyhönens ömsesidighetsmodell åtminstone vid första anblicken ligga i linje med de senmoderna kraven. I modellen framhävs ju betydelsen av en mer direkt argumentation angående nytta och skada, skaderiskerna och möjligheterna att minimera skador. Den flexibla och fragmenterade senmoderna ansvarsrätten förutsätter en öppen argumentation såväl kring dessa frågor som i anslutning också till andra moralrelaterade argument.

Inte ens från ansvarsrättens interna perspektiv framstår ju en argumentation som döljs t.ex. bakom ett juridiskt-tekniskt begreppspar som culpaansvar och strikt ansvar längre som särskilt gångbar. Redan för länge sedan har man också inomjuridiskt slutat att uppfatta dessa begrepp som ett slags motsatser,[618] som är klart avgränsade från varandra. Man har insett att de åtminstone delvis går in i varandra och i olika slag av mellanbegrepp, såsom kontrollansvar, på samma glidande skala. Man använder i stor utsträckning samma argument, oberoende av om man diskuterar, huruvida någon skall åläggas ett strikt fareansvar, huruvida han brustit i sin kontroll eller huruvida han gjort sig skyldig till culpa.[619] I alla dessa fall kommer man bl.a. in på frågor om riskens storlek och förutsebarhet och möjligheterna att undvika risken samt också på frågan om nyttan av den

---

[618] Som Eörsi 1981 s. 41 påpekar hade tanken att "subjektivt" och "objektivt" ansvar skulle vara motsatser en historisk förklaring, medan den i dag fortlever "only as a result of the intellectual laziness induced by tradition."

[619] Så också t.ex. Andersson 1993 s. 285 ff., som inte ser några avgörande skillnader mellan culpa och strikt ansvar i fråga om vare sig funktion eller rättspolitisk motivering och framhäver att det i båda fallen handlar om bedömningar av risker och riskfördelning.

verksamhet som förorsakat skadan. Ansvarsrätten ger möjlighet att argumentera på ett sådant öppet och situationsanknutet sätt som passar in i en senmodern offentlighet.[620] De traditionella ansvarsgrunderna i teknisk mening kan, om man så önskar, skjutas i bakgrunden och användas närmast som nyttiga förkortningar, som markörer av hur stränga man tycker att bedömningarna bör göras, i den interna juridiska debatten.[621] Detta är möjligt också i den modell som Pöyhönen förespråkar.

I detta perspektiv, när det gäller de nya krav på öppenhet och situationsinsikt i argumenteringen som man ställer i det senmoderna samhället, kan likväl den starka betoningen av grundrättigheterna ha problematiska konsekvenser. Om introduktionen av grundrättighetstänkandet görs i form av ett nytt slags juridisk teknikalitet, som kan bemästras blott av särskilda grundrättsexperter, har man skapat ytterligare ett elitspråk, som den juridiska expertisen, eller delar av den, kan dölja sig bakom.[622] Erfarenheterna från tidigare finsk grundrättspraxis visar, att sådana farhågor inte är omotiverade. Det behöver emellertid inte gå så. Grundrättigheterna kan också användas blott som markörer av att man tillägger vissa argument en betydande vikt, utan att man eliminerar en sådan öppen värdering av situationen som kan förstås också utanför den snäva expertisens krets.

---

620 Detta gäller sättet att argumentera generellt sett, och särskilt då man har att göra med frågor som berörs av den senmoderna osäkerheten i risk- och värdefrågor. Som jag noterat i kap. 3 behövs det emellertid – i försäkringssamhället – också fasta delar i ansvarsrätten, som ger upphov till en relativ förutsebarhet på avgränsade områden, och för att uppnå detta kan man lätt hemfalla till ett juridiskt-tekniskt språkbruk. Det är härvid emellertid ofta fråga om att det utvecklas en egen situationsanpassad juridisk begreppsvärld för det ifrågavarande området.

621 Som sådana kan de naturligtvis ha viktiga innehållsliga konsekvenser. Det är därför fortsättningsvis relevant att t.ex. diskutera den principiella ansvarsgrunden vid näringsverksamhet, som jag gör nedan i kap. 8. Detta val definierar ju inte på något mekaniskt sätt de situationsanknutna bedömningar som bör kunna göras i en senmodern ansvarsrätt.

622 I Pöyhönens modell för den "nya förmögenhetsrätten" gäller detta inte blott grundrättigheterna, utan även det som han kallar de förmögenhetsrättsliga bedömningarnas "strukturelement": verksamhetsomgivningen (toimintaympäristö), helhetsarrangemanget (kokonaisjärjestely), intressenterna (intressitaho) och riskpositionen (riskipositio), se Pöyhönen 2000 s. 159 ff. Även om det inte är Pöyhönens mening kan också dessa begrepp användas på ett så tekniskt sätt att de snarare sluter än öppnar argumentationen.

Mot ett europeiskt system?

Jag har tidigare noterat att fragmenteringen av ansvarsrätten delvis hänger samman med rättens och ansvarsrättens internationalisering. De nationella ansvarsrättsliga systemen blir överkörda av en internationell rörlighet av ansvarsrättsliga idéer. Ett motdrag mot detta är att återskapa systemet på en mer internationell nivå. Är det möjligt att välja denna väg, om man eftersträvar ett stort ansvarsrättsligt system? Bör man och kan man utnyttja arbetet på mer internationella ansvarsrättsliga regler som en spärr mot ansvarsrättens fragmentering?

Frågan föranleds av att det pågår ansvarsrättsliga projekt som till synes kan ha sådana effekter. Av speciellt intresse i detta sammanhang är de projekt som gäller ett förenhetligande av den europeiska skadeståndsrätten. Det finns nämligen knappast ännu något skäl att anta, att de fragmentariska resultat som man uppnått vad avser den mer globala harmoniseringen av privaträtten och som främst berör den kommersiella kontraktsrätten kan dana någon bas för ett globaliserat ansvarsrättsligt stort system.[623]

Också inom den europeiska skadeståndsrätten är den direkta normering som föreligger i hög grad fragmenterad. De EG-regler som man infört på detta område avser enskilda fält, såsom produktansvar och miljöansvar, och ger inte uttryck för någon konsekvent plan.[624] T.ex. i tysk doktrin har man kraftigt kritiserat den osystematiska naturen hos de privaträttsliga elementen i EG-rätten.[625] I ett antal akademiska projekt har man däremot sökta skapa en grund för ett gemensamt europeiskt skadeståndsrättsligt system. Man har sett det som en uppgift för rättsvetenskapen att bidra till framväxten av en ny systematisk europeisk skadeståndsrätt.[626]

---

[623] Som ett exempel på en mer allmän ansvarsrättslig regel som börjar få internationellt genomslag kan man dock nämna det s.k. kontrollansvaret. Jag återkommer till denna ansvarsform i kap. 8.

[624] Jfr von Bar 1996 s. 389 ff., som söker finna något gemensamt i de skadeståndsrättsliga direktiv som tillsvidare antagits.

[625] Se Müller-Graff 1989 s. 29, Hommelhoff 1992 s. 102 och Taupitz 1993 s. 45 ff. Schulte-Nölke & Schulze 1999 s. 15 ff. beskriver kritiken, men noterar att EG-rätten inte i detta avseende borde bedömas med samma måttstock som nationell rätt.

[626] Detta kan ha också motiv som anknyter till rättsvetenskapens eget intresse. Som von Bar 1996b s. 2 framhåller, är dessa "tasks which could lend jurisprudence a new splendour and attraction to the intellectual élite which has come to abandon it."

Ambitionsnivån i projekten är varierande. Oftast har man koncentrerat strävandena efter en harmoniserad ansvarsrätt i försök att skapa en gemensam skadeståndsrättslig systematik, som kan baseras på komparativrättsliga studier. Man har analyserat förekomsten av gemensamma grundprinciper för den europeiska skadeståndsrätten[627] och man har skapat undervisningsmaterial som i casebookform tar upp lösningen av samma frågor i olika länder "to discuss common points of interest and thereby bring about a convergence of mentalities."[628]

Ett mer ambitiöst projekt, som i dag kanske framstår som det mest centrala akademiska projektet i detta sammanhang,[629] är "The Study Group on a European Civil Code"[630] som också allmänt omtalas som von Bar -projektet. Detta projekt har som mål att skapa regler som kan utnyttjas då man utarbetar en europeisk civillagbok. Den av projektets undergrupper som arbetar med de skadeståndsrättsliga reglerna har redan kommit ganska långt i sitt arbete.[631]

Jag vill inte i detta sammanhang gå närmare in på frågan om möjligheten och önskvärdheten av en europeisk civillagbok. Min analys avser dagens situation och i det korta tidsperspektivet är en sådan total kodifiering knappast ett realistiskt alternativ. Jag har också annorstädes mer i detalj motiverat, varför jag inte är anhängare av en europeisk civillagbok. En privaträtt som skulle behärskas av en European Civil Code skulle tendera att bli konservativ, odemokratisk och statisk och möjligheterna att upprätthålla den europeiska privaträttens experimentella karaktär skulle gå förlorade.[632]

Mitt intresse riktar sig här mot frågan, i vilken mån de rättsvetenskapliga projekten kan tänkas bidra till sådana nya strukturer som är ägnade att stoppa fragmenteringen av ansvarsrätten. Frågan är naturligtvis relevant blott under förutsättning att resultaten av projekten

---

627 von Bar 1996 och 1999. Se även diskussionen angående "wrongfulness" i den europeiska skadeståndsrätten i samlingsvolymen Koziol 1998.

628 van Gerven et al. 1998 s. 13.

629 Som andra viktiga projekt kan nämnas The European Tort Law Group (den s.k. Tilburg-gruppen). Publikationen Koziol 1998 är en produkt av denna grupp.

630 Se von Bar 2000 s. 324 ff.

631 Se t.ex. Sisula-Tulokas 2000 s. 646 ff.

632 Se närmare Wilhelmsson 2001b.

väcker ett bredare intresse i rättssamfundet. Försöken att systematisera ansvarsrätten eller delar av den på europeisk nivå är tillsvidare så nya att det ännu är svårt att säga, i vilken mån en sådan europeisk syn på skadeståndsrätten överhuvudtaget kan slå igenom. De nya systematiseringarna kan förvisso underlätta diskussionen och utbytet av erfarenheter mellan de nationella rättsordningarna och därigenom föra dem närmare varandra. Härifrån är steget emellertid långt till ett system som är så allmänt accepterat att det kunde fungera som en motvikt till dagens fragmenteringstendenser.

Om man vill skapa ett system som tar intryck av moderna kodifikationer och som dessutom erhåller en bredare tillslutning är det uppenbart att systemet måste göras mycket flexibelt.[633] Det förefaller också vara rätt allmänt accepterat att en europeisk skadeståndsrätt måste ges en mycket öppen och flexibel form.[634] T.o.m. i diskussionen om en europeisk civillagbok har man framhävt värdet av flexibilitet i flera avseenden. Dels har man sett ett behov att öka dynamiken i systemet genom att utnyttja flexibla regler. Genom generalklausuler och breda principformuleringar skulle domstolarna ges möjlighet att reagera på sociala förändringar inom kodifikationens ramar.[635] Dels har man framkastat möjligheten att åstadkomma en flexibel samverkan mellan civillagboken och den nationella rätten genom att civillagboken görs subsidiär, så att den blott blir ett slags modellag för medlemsstaterna, i riktning mot vilken man strävar att i möjligast hög grad utveckla sin rätt.[636] Som jag tidigare visat föreligger det ett nära samband mellan en sådan flexibilitet och ansvarsrättens fragmentering. På samma sätt

---

[633] Också exempelvis en modern kodifikation som den holländska har mycket flexibla skadeståndsrättsliga regler, se t.ex. Hartkamp 1992 s. 10 ff.

[634] Så t.ex. Koziol 1998 s. 3 f. Se också Jansen 2001 s. 50 ff., som beskriver den rådande enigheten om att den europeiska ansvarsrätten borde ge brett utrymme för ett pragmatiskt domarskön, men samtidigt kritiserar denna uppfattning på basen av rättssäkerhetssynpunkter. Inte heller han vill emellertid avlägsna sig särskilt långt från den flexibla formen; han önskar inte stela, detaljerade regler, utan efterlyser blott nya dogmatiska begrepp och regleringsmodeller, i vilka man rationellt och förståeligt kan uttrycka de nödiga värderingarna.

[635] Michalsen 1999 s. 337 anser det "hevet over tvil" att en europeisk kodifikation måste ha byggt in ett antal sådana reflexiva element.

[636] Se t.ex. von Bar 2000 s. 329 om hur den civillagbok hans projekt arbetar med kunde introduceras på detta sätt i ett slags "experimental phase" samt Michalsen 1999 s. 338.

som den flexibla nationella ansvarsrätten är mottaglig för en långtgående fragmentering skulle en flexibel europeisk ansvarsrätt vara det.

En europeisk ansvarsrätt som är flexibel på ytan, på de konkreta regleringarnas nivå, skulle t.o.m. vara ännu mer utsatt för fragmenteringstendenser än en nationell flexibel reglering. Tillämpningen av det konkreta rättsmaterialet styrs ju i hög grad, som Kaarlo Tuori på ett övertygande sätt visat, av mer långsamt föränderliga avlagringar på rättskulturens nivå.[637] En fragmenterad rättskultur tenderar därför att producera en fragmenterad ytnivå. På ansvarsrättens område framträder den europeiska rättskulturen som ytterligt splittrad. Olika nationella modeller bryter sig mot varandra. De nationella systemen har traditionellt byggts upp på mycket olika sätt: engelsk skadeståndsrätt bygger på ett antal definierade "torts" ("the "pigeon-hole" approach"), medan de kontinentala systemen har fått en mer generaliserande framtoning. Man kan tala om tysk rätt som ett system baserat på skyddade intressen ("the protected rights approach"), medan den franska rätten utgår från en enda generalklausul ("the general clause approach").[638] Den nordiska rätten kunde uppenbarligen också beskrivas som generalklausulsbaserad. Ett flexibelt europeiskt system med en så splittrad rättskulturell bakgrund skulle bilda en god grogrund för en fragmenterad rättstillämpning.

Man kunde också hävda, att en europeisk ansvarsrätt inte blott med hänsyn till variationerna på rättskulturell nivå utan även på grund av den politiska strukturen i dagens Europeiska Union är dömd till fragmentering. Många ser nämligen ett sammanhang mellan rättens och statens fragmentering.[639] En enhetlig rätt skulle med detta synsätt förutsätta en enhetlig stat. En supranationell rätt har sagts bryta ned rättens hierarki långt mer effektivt än några dekonstruktiva teorier om rätten.[640] Man kan därför fråga, i vilken mån fragmenteringen har ett naturligt samband med att EU inte utgör någon centralstyrd stat i tra-

---

637 Tuori 2000 s. 230 ff.

638 Se t.ex. van Gerven et al. 1998 s. 3 ff.

639 Se t.ex. Graver 1989 s. 57 ff. En god allmän analys av den enhetliga "statens tragedi" ges t.ex. av Willke 1986.

640 Teubner 1997. Även i Teubner 1997b betonar författaren sambandet mellan fragmenteringen av den globaliserade rätten och minskningen av staternas kontrollpotential.

ditionell mening.[641] En enhetlig rätt förutsätter förmodligen en enhetlig statlig policy. Stathis Banakas har på goda grunder gjort gällande, att en europeisk ansvarsrätt inte kan skapas blott som en komparativrättslig kompromiss, utan måste vara ett resultat av en gemensam europeisk samhällspolitik.[642]

Oberoende av hur man ställer sig till den principiella möjligheten att skapa en enhetlig europeisk ansvarsrätt kan man i varje fall anta, att försöken att systematisera den europeiska skadeståndsrätten i den form man i dag söker genomföra dem inte erbjuder någon effektiv spärr mot fragmenteringen. Den komparativa metoden använder de nationella rättsordningarna som byggmaterial. Om man antar att ansvarsrätten i de nationella rättsordningarna håller på att fragmenteras kan denna fragmentering inte avlägsnas genom att man sammanställer flera nationella rättsordningar. Fragmenterad rätt plus fragmenterad rätt kan inte bli enhetlig rätt.

En strävan mot en europeisk harmonisering av ansvarsrättens system eliminerar heller inte trycket mot en fragmentering av de nationella rättsordningarna. Mikropolitikens oförenlighet med systematiska helhetslösningar består och massmedia kommer också i fortsättningen att rikta den offentliga uppmärksamheten mot behovet att fragmenterat lösa enskilda uppseendeväckande problem. Inte ens de tendenser till fragmentering som härrör av den internationella utväxlingen av idéer skulle avlägsnas genom en europeisk ansvarsrätt. Som tidigare framgått kan man just på detta område vara frestad att söka utnyttja också amerikanska erfarenheter. Detta kan mycket väl påverka fragment av europeisk rätt, även om man lyckas förhindra en mer total landstigning av den amerikanska skadeståndsrätten.

Man kan således inte uppfatta det komparativrättsliga systembyggandet i Europa som något bålverk mot ansvarsrättens fragmentering

---

[641] Om man uppfattar EU som något slags ny form av "postmodern stat" – så t.ex. Caporaso 1996 och Ward 1996 s. 182 – utan egentligt centrum, som inte ens kan förväntas utvecklas till en traditionell enhetsstat, framträder detta tillstånd inte heller blott som någon övergångsfas. I den diskussion jag fört med Kaarlo Tuori om EG-rättens gubben-i-lådan-karaktär har vår eventuella oenighet – i huvudlinjerna förefaller vi tänka på samma sätt – just anknutit till frågan, huruvida en enhetlig EG-rätt är beroende av en centraliserad europeisk stat, se Wilhelmsson 1997b, Tuori 1998 och Tuori 2000 s. 224 ff.

[642] Banakas 1999 s. 284 f.

i innehållslig mening. Jag tror lika litet på möjligheterna att skapa ett innehållsligt koherent senmodernt ansvarsrättsligt system på det europeiska planet som i en nationell kontext.

Jag hävdar också att det inte ens är önskvärt att skapa en fast europeisk struktur för ansvarsrätten.[643] Jag tror att en experimentell ansvarsrätt med en fri rörlighet av ansvarsrättsliga idéer, som uppstår i olika sammanhang och miljöer, står bäst i samklang med den europeiska identiteten.

För många av dem som förespråkar en europeisk civillagbok har det i sig varit ett viktigt argument att en gemensam rättsordning befordrar uppkomsten av en gemensam identitet,[644] känslan att man hör till en gemenskap.[645] Man kan emellertid ifrågasätta utgångspunkten att den europeiska identiteten förutsätter eller ens befrämjas av en harmonisering av rätten. Den bygger ju på förutsättningen att en europeisk identitet är som starkast om den bygger på enhetlighet, på att vi är möjligast lika runt om i Europa. Men kräver en europeisk identitet verkligen att våra sociala, kulturella och juridiska strukturer unifieras i möjligast hög grad? Är inte kärnan i både den rådande och den önskvärda europeiska identiteten tvärtom en inställning som erkänner och uppskattar pluraliteten i vår världsdel? Om detta är fallet skulle en systematisk harmonisering av rätten snarare utgöra ett hot mot än stärka den europeiska identiteten. Som Helge Thue har konstaterat: "The eagerness to harmonize European law may result in abolishing the Idea of Europe."[646]

Man kan hävda, att Europas styrka både i dag och i framtiden ligger just i möjligheterna att utnyttja det fruktbara samspelet mellan likheter och olikheter. På det juridiska planet skulle då alternativet till den systematiska harmoniseringen vara att ta den pluralism och fragmentering som kännetecknar rätten i Europa på allvar. I denna vision är det inte ett önskvärt mål att uppnå rättsenhet i Europa, vare sig genom en

---

643 Se något närmare min artikel Wilhelmsson 2001b.

644 T.ex. Taupitz 1993 s. 7 f. och Alpa 2000 s. 333.

645 T.ex. Müller-Graff 1989 s. 38.

646 Thue 1999 s. 328. Hondius 1996 s. 5 finner detta argument föga övertygande vad avser "tekniska frågor" t.ex. i anslutning till det konsumenträttsliga felbegreppet. Betydande delar av ansvarsrätten kan dock knappast karakteriseras som "tekniska" i denna mening.

lagstiftningsakt av någon europeisk lagstiftare eller ens genom en mer långsam process i riktning mot ett privaträttsligt enat Europa. Man vill undvika det statiska slutresultat som en sådan enhet skulle innebära och i stället uppfatta den europeiska rättsliga pluralismen som en styrka och en källa till nya möjligheter på samma sätt som man uppfattar den europeiska kulturella pluralismen. Att erkänna pluralismen behöver m.a.o. inte betyda detsamma som ett obetingat försvar av nationell rätt,[647] utan kan tvärtom innebära ett förutsättningslöst sökande av EG-rättsliga och komparativrättsliga impulser för att bryta upp sådana nationella strukturer som uppfattas som stagnerade eller outvecklade i relation till dagens verklighet och sociala värden.

Europa kan m.a.o. också på rättens område framstå som ett fält för experimentell inlärning av nya regleringsformer. Som flera gånger noterats har just ansvarsrätten i det senmoderna samhället fått sådana inlärningsfunktioner i relation både till risksamhällets nya risker och samhällets växlande och pluralistiska värdebas. Här behövs en fri rörlighet för rättsliga idéer, som innefattar också en fri rörlighet för rättsvetenskapliga begrepp och doktriner.[648]

Visionen angående en sådan experimentell rätt, som kan lära av andras erfarenheter vad avser såväl lösningar på praktiska problem som utvecklingen av begreppsapparaten och principstrukturen, förutsätter emellertid en viss bas av förståelse mellan de rättsliga aktörerna i olika nationella ordningar. Det behövs m.a.o. en grundläggande gemensam begreppsapparat, ett gemensamt "juridiskt språk".[649] Här tror jag att de rättsvetenskapliga harmoniseringsprojekt som pågår i Europa kan

---

[647] Se om sådana försvarsstrategier i medlemsstaterna Caruso 1997.

[648] Ett gott exempel, som man ofta hänvisar till i ansvarsrättslig komparativ litteratur (se t.ex. Jansen 2001 s. 50), är det engelska rättsfallet om advokatansvar White v. Jones [1995] 2 A.C. 240, där den engelska domaren extensivt beskrev "tysk erfarenhet" och använde sig av argument från tysk rätt, trots att problemet rättssystematiskt var olika placerat i dikotomin kontrakt/delikt i de båda länderna.

[649] Van Hoecke & Warrington 1998 s. 525 f. anser också utvecklingen av "some conceptual legal meta-language" vara en nödvändig förutsättning för en verklig utveckling av den komparativa rätten. Författarna ser detta som en uppgift just för rättsvetenskapen (s. 530). För undvikande av missförstånd vill jag betona att här inte är fråga om något gemensamt språk i lingvistisk mening, jfr t.ex. kraven på underkastelse under engelskans och franskans dominans i den juridiska sfären hos Urban 2000.

ha mycket att ge.[650] De kan sänka trösklarna för den fria rörligheten av rättsliga idéer i Europa.[651]

De ansvarsrättsliga harmoniseringssträvandena, och särskilt projektet att skapa europeiska samlingar av undervisningsmaterial, kan ses som försök att skapa ett sådant gemensamt juridiskt språkbruk, som underlättar den gränsöverskridande förståelsen av de nationella ansvarsrättsliga fragmenten. Uppfattar man de europeiska systematiseringarna på detta sätt, d.v.s. att de har tyngdpunkten i en utveckling av det europeiska ansvarsrättsliga språkbruket, står de heller inte i strid med de senmoderna kraven på ansvarsrätten. Omtanken om den fria rörligheten för begrepp och idéer förutsätter alltså ingalunda att man tar avstånd från eller ställer sig utanför de rättsvetenskapliga harmoniseringsprojekten. De är viktiga, både för att de skapar en grund för en sådan rörlighet och för att redan arbetet i sig är ägnat att ge upphov till nya tankar och idéer hos dem som deltar.

Ett harmoniseringsarbete som är ägnat att befrämja en fri rörlighet av idéer måste utgå från olika slag av faktiska situationer och verksamheter och se bakom de juridiskt-tekniska särdragen hos de nationella rättsordningarna.[652] Vad begreppsapparaten beträffar kan projekten

---

[650] Riedl 2000 s. 83 framhåller t.ex. Lando-kommissionens bidrag till "a fruitful discourse culture". I sin kommentar till the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts förefaller Bonell betona också deras roll som en ram för diskussion, se Bonell 1994 s. 2 ff.

[651] Jag tror det är fråga om trösklar, inte oöverstigliga hinder. Det elegant motiverade påståendet hos Legrand 1996, att "the differences arising between the common law and civil law *mentalités* at the epistemological level are irreducible" (s. 62), vilket skulle innebära att "the common law and civil law worlds cannot, therefore, engage in an exchange that would lead one to an understanding of the other" (s. 76), är – trots många korrekta iakttagelser – uppenbart överdrivet (se t.ex. Howells & Wilhelmsson 1997 s. 19 ff.), och hans inställning att "juridiska transplantat" är omöjliga (Legrand 1997) talar inte emot ett sådant flöde av idéer som här är i fråga. Även om kontinentala jurister kanske inte kan förstå den engelska erfarenheten på samma sätt som en engelsk jurist (så Legrand 1996 s. 78), hindrar detta inte att de använder sig av denna erfarenhet (se också Van Hoecke 2000 s. 9). Som Schäfer & Bankowski 2000 framhåller behövs här ingen fullständig förståelse; "partial understandings are all that is necessary to create a community" (s. 32).

[652] En intressant studie av detta slag är som nämnts Banakas 1999, där författaren granskar ansvaret för inkorrekt finansiell information i fransk, engelsk och tysk rätt. Trots de mycket olika rättstekniska utgångspunkterna kan han på detta konkreta område fastställa "an interesting convergence" (s. 283).

därför förmodas leda till att man tonar ner de juridisk-tekniska begreppens roll och närmar det ansvarsrättsliga språkbruket till vardagsspråket.[653] Jag har redan i flera sammanhang noterat att detta är en utveckling som också den massmediecentrerade mikropolitiken kräver.

De Små Goda Berättelserna

Jag har ovan sökt visa, hur ansvarsrätten flexibiliseras och fragmenteras. Detta är i sig inte något väldigt nytt och överraskande. Det är många som har uppmärksammat utvecklingen mot en mer splittrad privaträtt.[654] Den vinkling som kanske är mer speciell i detta arbete är den inställning till fragmenteringstesen som jag här gjort gällande. Som jag ser det, är fragmenteringen eller "splittringen" inte nödvändigtvis enbart av ondo. Därför uppfattar jag det inte heller som någon lösning att med förnyad fermitet börja bygga stora systemmodeller. Mitt nyckelbegrepp blir i stället de Små Goda Berättelserna.[655] Fragmenteringen öppnar nya möjligheter att skapa små ansvarsberättelser som för rätten i en önskvärd riktning.

Då den traditionella politiken i det moderna samhället vägletts av en strävan att förverkliga den stora utopin, har politiken i det senmoderna i allt högre grad blivit en mikropolitik, en konst att förverkliga små steg i god riktning i en kaotisk omgivning. Rätten kan inte stå isolerad från denna förändring i den samhälleliga kontexten. Inte heller rätten kan längre på ett trovärdigt sätt söka sitt slutgiltiga Stora System. Vare sig man önskar det eller inte blir man tvungen att nöja sig med mindre berättelser. Detta förändrar också juristernas roll. Då de inte längre kan gömma sig bakom ett till synes slutet system, framträ-

---

653 Här kunde man återigen hänvisa till betoningen av "real-life circumstances" hos von Bar 1996b s. 13. Se också det tidigare omtalade engelska rättsfallet White v. Jones [1995] 2 A.C. 240, där man lät "practical justice" i anslutning till den konkreta situationen (advokatansvaret i ett visst fall) tränga undan traditionell systematik, då man lånade argument från tysk rätt.

654 I Norden t.ex. Bengtsson 1991 och Sisula-Tulokas 1991. Se också de uttalanden om skadeståndsrättens fragmentering som omtalas i början av detta kapitel.

655 Jag vill i förbigående notera, att detta synsätt passar speciellt väl in i en nordisk kontext, där å ena siden friheten från en stel kodifikation gör rätten relativt öppen för sådana inlärningsprocesser som jag beskriver här och å andra sidan den kontinentalt inspirerande strävan att transformera det man i praxis lärt sig till rättsliga begrepp och principer kan ge de goda berättelserna ett bredare genomslag.

der deras personliga ansvar för avgörandena klarare. Juridiken kan – i bästa fall – bli en mer öppen och i denna mening också mer demokratisk diskurs. Rätten kan erbjuda ett redskap för den mikropolitiska aktivism som många upplever som viktig i det senmoderna samhället.

Jag vill alltså understryka, att förlusten av en enhetlig modell för uppbyggnaden av samhället – som man hade för ögonen när man förverkligade den moderna välfärdsstatens projekt – och den minskande tron på möjligheten att använda rätten på ett konsekvent sätt likväl inte omöjliggör en rättslig aktivism som bygger på moraliska bedömningar. Förändringarna betyder emellertid att kretsen av potentiellt aktiva subjekt utvidgas och splittras. I stället för att man bara riktar blickarna mot en systembyggande monolitisk "lagstiftare", kan man förutsätta att jurister och andra rättsliga beslutsfattare, som bär sitt moraliska ansvar, just i sin verksamhet vid behov utnyttjar den potential för nya rättvisa val som finns i rätten. Vi möter den nya juristroll, varom tidigare varit tal.[656] Alla jurister kan delta i att skapa små goda berättelser om rättens utveckling.

Det är skäl att betona, att jag med uttrycket "små goda berättelser" – och i det ansvarsrättsliga perspektivet "små goda ansvarsberättelser" – inte avser enbart det faktum att en domare i det enskilda fallet kan uppnå ett moraliskt gott resultat. En liten god berättelse kan naturligtvis i något fall ha en så begränsad räckvidd. Det finns fall där det också ur en medveten mikropolitisk synvinkel ter sig som en moraliskt tillräcklig åtgärd att man fattar ett gott beslut i ett enskilt fall. I många fall är detta dock inte ännu ett fullt tillfredsställande resultat. En effektiv mikropolitik förutsätter verkningar som sträcker sig utöver det enskilda fallet. Den lilla goda ansvarsberättelsen får ett mer genomgripande innehåll. Inte blott domaren utan också andra aktörer på det juridiska fältet kan delta då man författar berättelsen.

Även om flexibiliteten in casu på sätt och vis skapar förutsättningar för det empatiska beslutsfattande som ligger i den nya juristrollen är den alltså inget självändamål. En rätt som enbart nöjer sig med goda flexibla lösningar i enskilda fall är en otillräcklig rätt, särskilt då man önskar betona rättens välfärdsstatliga, solidariska målsättningar. Det är klart att lagens kalla bokstav många gånger kan försvara de svaga gruppernas in-

[656] Se ovan kap. 4.

tressen bättre än en empatisk domare. Den goda berättelsen har i sådana fall inte nått fram innan den stabiliserats i en fast regel.

Med uttrycket "små goda berättelser" refererar jag m.a.o. inte blott till möjligheterna för den enskilda domaren att få till stånd goda berättelser in casu på grundval av den senmoderna flexibiliteten. Jag vill tvärtom genom uttrycket den lilla goda berättelsen skapa ett begrepp som också knyter samman den senmoderna flexibiliteten med det behov av fasta regler som alltid i någon utsträckning måste genomsyra rätten.

Ur en ansvarsrättslig synvinkel kan detta belysas genom en hänvisning till min analys av förhållandet mellan behovet av flexibilitet och behovet av fasta regler i risk- och försäkringssamhället. Samtidigt som risksamhällets osäkerhet förutsätter flexibla regler, med vilkas hjälp man i rätten kan lära sig att bemästra nya risker, kräver försäkringssamhällets rationalitet, som är baserad på kalkylerbarhet, klara regler. Resultatet av samspelet mellan dessa båda behov kan beskrivas som en fortgående dialektik mellan flexibilitet och fasthet. Då de samhälleliga och rättsliga erfarenheterna av någon risk – liksom också av den moraliska bedömningen av situationen, som ju likaledes är osäker – ökar, kan man utbilda fastare normer för just denna typ av fall. Många detaljregleringar av det strikta ansvaret för särskilda slag av verksamhet är goda exempel på detta. Det är inte heller ovanligt att man på områden där man denna väg vunnit mer erfarenhet av att reglera nya risker introducerar en detaljerad offentligrättslig reglering. P.g.a. den flexibilitet som ligger i helheten – som sammanhänger med att de fasta regleringarna uppträder som fragmenterade lösningar och inte som en del av en konsekvent helhet – kan emellertid också dessa fasta regleringar rättsligt ifrågasättas, då nya erfarenheter kräver det.

Just detta samspel mellan flexibilitet och fasthet är typiskt för många små goda berättelser. En liten god berättelse kanske tar sin början i ett intressant rättsfall,[657] detta kommenteras i doktrinen och följs kanske av nya fall, vilket kan ge upphov till regelfragment som man åtminstone momentant upplever som fasta. Någon berättelse kan också få ett särskilt lyckligt slut genom att man lagfäster regler om den prob-

[657] Just för mikropolitikens aktörer är det ofta viktigt att medverka till att man får de rätta exemplen, som ger goda utgångspunkter för berättelserna. I detta perspektiv framstår rättsutvecklingen som en kamp om exemplen.

lematik berättelsen handlar om. Också detta slut är dock mer eller mindre tillfälligt. Varje slut på en berättelse kan utgöra början på en ny berättelse, vars riktning inte är förutbestämd av någon stor plan eller något system.[658] De små berättelserna kan vara uppbyggda på många sätt och antalet aktörer som deltar i berättelsen kan variera.

En mycket viktig grupp av aktörer i detta sammanhang är de som är sysselsatta med att producera den juridiska doktrinen, rättsvetenskapsmännen.[659] Det att jag framhäver de små goda berättelserna och betvivlar möjligheten att bygga ett stort juridiskt system innefattar alltså inte ett krav på att man borde avstå från ett systematiskt juridiskt tänkande. Jag vill ingalunda kasta över bord de juridiska begreppen, principerna och de allmänna lärorna, som den finska teoretiska rättsdogmatiken på goda grunder varit så intresserad av. Doktrinen är och bör vara en aktiv deltagare i berättandet. En liten god berättelse kan få sin början i, stödas av eller avslutas i en kreativ insats på den dogmatiska begreppsbildningens område.

De små berättelserna kan m.a.o. också handla om – och bör ofta handla om – hur man skapar nya begrepp och principer.[660] Den lilla berättelsen kan alltså, med Kaarlo Tuoris terminologi, omfatta fenomen som berör såväl rättens ytnivå som dess djupare nivåer. Det kan vara ett mål för den rättsvetenskapliga aktiviteten att få till stånd nya begreppsliga sediment på rättskulturens nivå.

Den flexibla och fragmentariska senmoderna rätten erbjuder goda möjligheter att utveckla begrepp och principer som grundar sig på de erfarenheter som mikropolitiken genererat. Dessa nya systemfragment kan bara inte pressas samman till ett enda konsekvent och förstelnat stort system. Som jag tidigare i ett annat sammanhang konstaterat, är de systematiseringar som rättsvetenskapsmannen bygger upp med nödvändighet i den meningen momentana att det fortgående föreligger möjlighet till omprövning av varje systematisering.[661] Begreppen

---

[658] Redan våra aktuella erfarenheter av växlingen mellan reglering och avreglering visar, att ingen prins eller prinsessa längre kan vara säker på att leva lycklig i alla sina dagar.

[659] Också Tuori 2000 s. 160 ff. betonar rättsvetenskapens roll som aktiv deltagare i den diskurs som producerar rättens innehåll.

[660] Berättelsen om bristfällighetsansvaret, som återges nedan i kap. 8, är ett gott exempel på en fruktbar växelverkan mellan teori och praxis.

[661] Wilhelmsson 1987 s. 27.

och principerna kan ses som en fastare del i det samspel mellan flexibilitet och fasthet som är typisk för de små goda berättelserna i det senmoderna. De utgör ett resultat av samverkan mellan aktörerna på det juridiska fältet. Genom att producera alternativa begrepp och principer kan doktrinen erbjuda redskap för en sådan empatisk domare som för sin del strävar att skapa nya moraliskt värdefulla praktiker. Denna domares verksamhet kan i sin tur ge nytt stoff för det dogmatiska arbetet, och den lilla berättelsen fortsätter. Ju fler som deltar i berättandet, desto sannare blir berättelsen.

I uttrycket "god liten berättelse" förenas m.a.o. på ett naturligt sätt hänsynen till det möjliga (utopiska) och till det faktiska i rättsvetenskapsmannens verksamhet. Varje steg i berättelsen, varje nytt element som tillkommer, öppnar nya möjligheter att gå vidare.[662] Även om man klart ser, att ett steg från punkten A till punkten C ligger utanför det som rimligen kan betecknas som rättsligt möjligt (i dag), kan man förutskicka och tala för ett steg t.ex. från A till B. Från denna punkt kan det härefter uppfattas som möjligt att gå vidare till C. Ofta kan man notera långt fler steg i berättelsen. Då kan resultatet framstå som gränsöverskridande, utan att man kan säga i vilket skede av berättelsen som det avgörande steget över gränsen togs.

Doktrinen kan producera sådana alternativa redskap bl.a. genom att bryta ner rättsliga gränslinjer och hämta nya fruktbara begrepp och principer från områden som man inom det undersökta rättsområdet tidigare betraktat som främmande. Detta förklarar en av den senmoderna (ansvars)rättens synbara paradoxer, som också kommit till uttryck i det förevarande arbetet. Den paradox som jag tänker på är den

---

662 Också många andra har beskrivit rätten med hjälp av berättelsemetaforen. Ofta betonar man då de begränsningar som följer av berättelsens tidigare skeden. Från en viss punkt i berättelsen har man bara ett begränsat antal alternativ för att gå vidare. Jag vill emellertid framhäva en annan sida av metaforen: varje nytt skede i berättelsen medför inte bara nya begränsningar, utan också nya möjligheter. Jfr t.ex. Dworkins (1986 s. 228 ff.) chain-novel-metafor, där "the dimension of fit", d.v.s. hur de nya elementen (rättsfallen) passar in i tidigare, är central. Även om detta inte nödvändigtvis utesluter nya möjligheter, då det tidigare materialet kan ges nya tolkningar (se särskilt s. 238), präglas analysen dock av begränsningarna: domaren "would rarely need to decide whether some interpretation barely survives or barely fails, because a bare survivor, no matter how ambitious or interesting it claimed the text to be, would almost certainly fail in the overall comparison with other interpretations whose fit was evident" (s. 231).

samtidiga betoningen av breda perspektiv som överskrider de traditionella gränserna för rättsområdena å ena sidan och kraven på fragmenterade konkreta lösningar å den andra. Jag har ju ovan understrukit behovet att söka nya breda systematiska kopplingar, t.ex. genom att överskrida gränsen mellan skadeståndsrätt och kontraktsrätt och genom att sudda ut skiljelinjen mellan offentlig rätt och privaträtt, samtidigt som jag talat om det omöjliga i att skapa nya stora helhetssystem. Paradoxen upplöses emellertid i den lilla goda berättelsen, där doktrinens gränsöverskridanden introduceras i den situations- eller verksamhetsanknutna problematik som berättelsen handlar om. Det har ju många gånger framgått att just en sådan situations- och verksamhetsanknytning är typisk för den senmoderna ansvarsrätten.

I etiska termer kan man beskriva den lilla goda berättelsen som den länk som kan förena behovet av förutsägbarhet och fasthet i rätten med den flexibilitet som den moraliska diskursen kräver. Den lilla berättelsen är ett annat sätt att på det juridiska planet uttrycka Zygmunt Baumans metafor, enligt vilken de moraliska vägarna uppstår genom att vi själva går dem. En ny stig som uppkommit på grundval av den moraliska diskurs som man fört på den rättsliga arenan – resultatet av den rättsliga inlärningsprocessen – kan växa till en fast väg, som åtminstone för en viss tid och under vissa förutsättningar stabiliserar situationen på influensområdet för denna väg.

I ett etiskt perspektiv är det lätt att förutskicka åtminstone ett slag av motargument mot en tankemodell som betonar de små goda berättelserna. Om man inte kan stöda sig på några färdiga etiska system, hur kan man då veta vilken berättelse som är god och vilken som inte är det? Det är ju då omöjligt att på ett intersubjektivt sätt definiera kriterierna för det goda. Då juristerna, och bland dem också rättsvetenskapsmännen, möter de moraliska frågorna ansikte mot ansikte, utan det skydd som ett allmänt accepterat etiskt system skulle erbjuda, måste envar själv utforma kriterierna för berättelsernas godhet. Fastän man medger att detta är fallet, kan man likväl hålla för möjligt att man på den pragmatiska moraldiskursens nivå finner mycken enighet om vad som är gott och vad som inte är det. Alla går ju inte olika vägar, utan de stigar som befunnits goda tas i mer allmän användning. Just de (ansvars)rättsliga beslutsprocesserna erbjuder ju, som tidigare

framhållits, ett forum för en pragmatisk moraldiskurs i vilken man om och om igen kan belysa kriterierna för de goda berättelserna.

Det är dessutom inte blott kriterierna för vad man vill betrakta som gott som fortgående måste omförhandlas i den pragmatiska moraldiskursen. Även i fall där det råder en principiell enighet om kriterierna är det i risksamhällets komplicerade omgivning många gånger omöjligt att med säkerhet förutse, vilka lösningar som har de sociala konsekvenser som man önskar uppnå.[663] Det kan visa sig att en liten berättelse trots allt inte får det lyckliga slut man hoppats på. Berättelsen blev trots allt inte så god. Och berättandet fortsätter.

[663] Då t.ex. Kivivuori 1998 s. 318 f. kritiserar det att rättsdogmatiken deltagit i utvecklingen av bristfällighetsansvaret utan tillräcklig normplanering förefaller han vara fången i tidigare decenniers tilltro till möjligheten av en vetenskaplig samhällsplanering. Han bortser i sin kritik från rättens möjligheter att fungera som en inlärningsprocess. Rätten kan utvecklas – och bör utvecklas – trots att vi många gånger inte på förhand, innan en ny norm formuleras, kan överskåda alla samhälleliga konsekvenser av denna norm.

8 kap. Ekonomisk makt och ansvar

Om hur man har berättat och kan berätta många goda berättelser om skärpt ansvar vid näringsverksamhet, bl.a. i form av ett utbrett kontrollansvar, men hur särskilt frågan om rätt ansvarssubjekt, som kommer till uttryck t.ex. i reglerna om ansvarsgenombrott och kreditgivaransvar, är central vad avser ansvarsrättens användbarhet som redskap för mikropolitik.

Den som har makt bör också ha ansvar. Detta gäller även den ekonomiska makten. Många små goda berättelser kan berättas om utvecklingen av det privaträttsliga ansvaret i anslutning till ekonomisk verksamhet.

I berättelser där man strävar att knyta ett privaträttsligt ansvar till ekonomisk makt – och jag förstår här ordet makt i vidsträckt mening, i betydelsen beslutsmakt – kan man förväntas lyfta fram särskilt två slag av frågor. Å ena sidan ter det sig angeläget att allt det som makten i sak omfattar – allt som kan beslutas – också omfattas av ansvaret. Här kommer man in på traditionella frågor kring ansvarsgrunden och tillämpningsområdet för strängare ansvarsformer.[664] Å andra sidan är det också viktigt att den person eller instans som har den faktiska mak-

[664] Det vore också viktigt att analysera vilka typer av konsekvenser eller uteblivna konsekvenser av deras verksamhet som företagen överhuvudtaget bör ansvara för. Man kommer då in på bl.a. den problematik som jag berörde ovan i kap. 3 under slagordet "företagens sociala ansvar". När ett sådant "socialt ansvar" riktar sig mot individuella intressen kommer det ofta till uttryck i indirekt form, genom att företagen förlorar rättigheter de annars skulle ha. Detta är fallet t.ex. vid tillämpningen av reglerna om gäldssanering och om socialt prestationshinder. Man kan dock inte utesluta positiva ansvarskrav av denna typ (ett rättsfall, där avgörandet visserligen grundades på traditionellt kontraktsrättsliga motiveringar, men där slutresultatet åtminstone kom nära ett slags socialt ansvar för kreditgivare, är HD 1991:42. Fallet gällde en banks skadeståndsansvar mot bostadsköpare p.g.a. brutet kreditlöfte). Då aktualiseras frågor som har att göra med kontraheringsplikt, varom varit tal i kap. 2. Jag går inte närmare in på sådana frågor i detta arbete, då de är objekt för ett pågående forskningsprojekt, som utförs av Frey Nybergh. Se beträffande resultaten tillsvidare Nybergh 1997 och 1999.

ten också skall bära det juridiska ansvaret. De juridiska problem som härvid aktualiseras har att göra med hur man utpekar det rätta ansvarssubjektet i olika situationer.

Det behövs ingen stor ansvarsrättslig beläsenhet för att man skall se omfattningen av dessa problemställningar. Utgår man från dem kan diskussionen om relationen mellan ekonomisk makt och ansvar lätt fylla flera volymer. Detta har jag inte för avsikt att göra. Då jag inte söker efter en ny systemhelhet, som kunde rädda oss från den fragmenterade ansvarsrättens överraskningar, räcker det att jag återger några små goda berättelser om anknytningen av privaträttsligt ansvar till ekonomisk makt. Då jag på olika grunder, som jag omtalar nedan, har funnit att särskilt frågan om ansvarssubjektet är intressant, då man diskuterar ansvarsrättens användbarhet som redskap för mikropolitik, fokuserar jag flera små berättelser på denna fråga.

Grunden för ansvaret vid näringsverksamhet

Det är ett allmänt känt faktum, att utvecklingen i ansvarsrätten under det tjugonde århundradet gått mot strängare ansvarsformer. Både genom lagstiftning och i rättspraxis har man utvidgat området av fall, i vilka man tillämpar ett strikt ansvar eller åtminstone ett strängare ansvar än ett vanligt culpaansvar. Detta har avsevärd betydelse vad avser relationen mellan ekonomisk makt och ansvar. Vid den juridiska diskussionen om ansvarsgrunden formulerar man emellertid i regel inte spörsmålet på detta sätt. Man frågar inte direkt, huruvida ansvaret bör vara strängt för den som har ekonomisk makt, utan blott huruvida den som exempelvis utför näringsverksamhet bör bära ett strängt ansvar. Också en sådan ekonomisk beslutsmakt som framstår som mycket obetydlig inkluderas därför i denna diskussion.

När man i lagstiftningen infört strikt ansvar har det ofta omfattat vissa slag av verksamhet snarare än vissa slag av handlingar.[665]

[665] Se även allmänt beträffande ansvarsrättens ökade situations- och verksamhetsanknytning ovan kap. 7. Jag har tidigare försökt beskriva utvecklingen av skadeståndsansvaret från det medeltida fragmenterade strikta ansvaret via det urspungliga modernas generella culpaansvar till dagens växande betoning av det strikta ansvaret med hjälp av ett dubbelt begreppspar handling/verksamhet och skuld/strikt ansvar. På detta sätt framstår utvecklingen inte som en pendelrörelse, utan snarare som en dialektisk spiral: från det medeltida ("strikta", eller snarare icke-skuldanknutna) ansvaret för individuella

Många gånger är det fråga just om näringsverksamhet, om verksamhet där det presumtiva ansvarssubjektet eftersträvar ekonomisk fördel.[666] Detta gäller t.ex. det strikta ansvar som man genom lagstiftning infört för olika slags transportföretag, såsom idkare av luft- och järnvägstrafik, liksom också ansvaret vid energiproduktion och -användning (atom- och elansvaret). Produktansvaret är likaså typiskt ett näringsidkaransvar.[667] De nya regler om strikt ansvar för registerhållare som under senare tid vuxit fram i finsk lagstiftning gäller inte blott myndighetsregister såsom fastighets-, lagfarts- och inteckningsregister, utan även register som kan föras i näringsverksamhet, såsom personregister och värdeandelsregister. Också det lagstadgade patientskadeansvaret täcker både näringsverksamhet och offentlig verksamhet.

Att en dominerande del av de strängare ansvarsreglerna gäller skador i näringsverksamhet är knappast överraskande mot bakgrund av de motiveringar som man vanligen brukar anföra till stöd för ett strikt ansvar. I en analys av motiven till det strikta ansvaret i nordisk rätt har Bo von Eyben noterat ett flertal skäl som anförts för lagstiftningsåtgärder som innefattar strikt ansvar;[668] bland dessa förefaller flera av de viktigaste peka i riktning mot en skärpning av ansvaret just vid näringsverksamhet.[669] Jag nämner här fyra grunder:

---

handlingar av enskilda personer (handlingsansvar) via den enskilda personens handlingsanknutna culpaansvar (handlingsculpaansvar) till ansvar som baserar sig på culpa som förekommit i en organisations verksamhet (verksamhetsculpaansvar) och slutligen (strikt) ansvar som baserar sig på arten av den verksamhet som en organisation bedriver (verksamhetsansvar), se Wilhelmsson 1986. Det karakteristiska för dagens skadeståndsrätt är m.a.o. just fokuseringen på verksamheter mer än på handlingar. Pöyhönen 1999 s. 326 har tolkat detta som en högre grad av kontextualisering hos skadeståndsrätten.

666 Routamo & Ståhlberg 2000 s. 86. Att detta inte gäller undantagslöst framgår t.ex. av den centrala trafikförsäkringslagen. Försäkringens primära position i detta regelsystem medför dock att det strikta ansvaret i regel inte heller här drabbar enskilda personer.

667 Om ett potentiellt ansvarssubjekt visar att han inte satt produkten i omlopp i näringsverksamhet, omfattas det inte av produktansvarsreglerna, se den finska produktansvarslagen § 7 p. 1, som baserar sig på EG:s produktansvarsdirektiv art. 7 p. c.

668 Bergsåker & von Eyben & Roos & Wilhelmsson 1989 s. 20 ff.

669 Några av de andra skälen, såsom t.ex. kritiken av de utrednings- och bevissvårigheter och de dyra administrationskostnader som sammanhänger med ett culpabaserat ansvarssystem talade jag redan om ovan i kap. 7 i analysen av skadeståndsrättens interna motsättningar. De har mindre relevans i förevarande sammanhang, där jag är speciellt intresserad av argument som framhäver näringsidkares speciella ansvarsposition.

(i) Möjligheten att kanalisera och *pulverisera* förluster med hjälp av ansvarsförsäkring utgör ofta en viktig motivering för strikt ansvar. Företag har ofta de bästa möjligheterna att teckna ansvarsförsäkring och stundom förutsätter man t.o.m. att dessa möjligheter utnyttjas. Underlåtenhet att teckna ansvarsförsäkring kan när det gäller företag t.ex. åberopas som argument mot en jämkning av företagets skadeståndsansvar.[670]

Argumentet kan också ges en bredare formulering och man kan mer allmänt tala om företags bättre möjligheter att pulverisera ansvaret, inte blott genom ansvarsförsäkring utan även genom prismekanismen eller på annat sätt. Man kan, i termer som jag beskrev i kap. 3, tala om en försäkringsrationalitet som genomsyrar samhället och som erbjuder grund också för privaträttsliga ansvarsskärpningar, särskilt vad avser företag. Försäkringssamhällets ansvarsrätt är, som jag noterade, i mycket en företagens ansvarsrätt.

(ii) Man uppfattar det ofta som rättvist att koppla samman *ekonomisk fördel* och ansvar. Den som har nytta av en viss verksamhet bör också svara för de skador som följer av den. Just detta argument utpekar tydligt näringsidkarna som en grupp ansvarssubjekt för vilka det är motiverat att skärpa ansvaret.

(iii) Tanken på *ekonomisk prevention* framförs också i dessa sammanhang. Att belasta en verksamhet med alla kostnader för dess skadeeffekter anses kunna ge starka impulser till skadeförebyggande åtgärder. Diskussionen om den ekonomiska preventionen avser just ansvar i sådan verksamhet som bygger på ekonomiska kalkyler, främst näringsverksamhet. I risksamhällets ansvarsrätt är detta argument centralt.

(iv) Tidigare har det primära argumentet då man utvecklat det strikta ansvaret i rättspraxis varit den ifrågavarande verksamhetens *farlighet*.[671] Läran om fareansvaret har utgjort en viktig bakgrund till det strikta ansvaret.[672] Även om man genom detta argument inte di-

---

[670] Se t.ex. Hellner & Johansson 2000 s. 435, som här talar om en "skyldighet" att teckna ansvarsförsäkring, åtminstone för större företag.

[671] Hemmo 1996 s. 273 noterar att verksamhetens farlighet under de senaste decennierna minskat i betydelse som motivering för strikt ansvar.

[672] Läran har som känt sina rötter i Henry Ussings arbeten, se Ussing 1914. I finsk rätt kan man särskilt hänvisa till den alltför litet uppmärksammade doktorsavhandlingen Ek 1943.

rekt framhäver näringsverksamhetens särställning är det givet att sådan farlig verksamhet som man särskilt haft i tankarna ofta idkas just som näring, om det inte är fråga om offentlig verksamhet. Detta är säkerligen en av orsakerna till det faktum att lagstiftningen om strikt ansvar ofta riktat sig mot näringsidkare.

Många av de argument som man inom skadeståndsrätten åberopat för att motivera ett strängare ansvar visar sålunda att en skärpning av ansvaret är särskilt angelägen vid näringsverksamhet. Också inom andra delar av privaträtten har man använt motsvarande argument för att begrunda ett strängare näringsidkaransvar. Det främsta exemplet på detta är konsumentskyddslagstiftningen, vars ansvarsregler som känt riktar sig endast mot näringsidkare.

Merparten av de argument som jag nämnt ovan är problematiska såtillvida att de saknar en tillräcklig avgränsningsförmåga. Man kan i nästan vilket som helst ansvarsmål som riktar sig mot en näringsidkare hänvisa till dem. Endast med hjälp av farekriteriet kan man till synes skilja ut vissa slag av näringsverksamhet, men också detta är mycket löst.[673] Om man skulle eftersträva en mer systematisk utveckling av skadeståndsansvaret på detta område skulle en generell skärpning av ansvaret i näringsverksamhet därför te sig som den mest koherenta lösningen. Man kan också påträffa uttalanden i denna riktning i litteraturen. I Norge har t.ex. Peter Lødrup för personskadornas del förordat en sådan lösning: "På personskadesektoren bør enhver skade som voldes under utøvelse av næringsvirksomhet bli kompensert uten hensyn til skyld". Detta skulle enligt författaren i norsk rätt – där man ju traditionellt har accepterat ett strikt ansvar över ett bredare område än i de övriga nordiska länderna – innebära "en helt marginal utvidelse av ansvaret", men "skape et helhetlig system".[674]

Även om man i de övriga nordiska länderna kanske inte är beredd till en lika radikal helhetslösning, åberopar man ofta också här just den omständigheten att en skada förorsakats i näringsverksamhet som ett argument för strängare ansvar. I Finland har Mika Hemmo t.o.m. hävdat, att skadeståndsrätten i dag kan indelas i två huvudformer, då indelningen i privatpersoners och näringsidkares ansvar har blivit en

---

[673] Se närmare argumentationen i Wilhelmsson 1993 s. 534 f.
[674] Lødrup 1990 s. 22.

grundläggande distinktion.[675] Detta innebär dock inte att ansvaret vid näringsverksamhet nödvändigtvis alltid skulle vara strikt, även om det strikta ansvaret upprepade gånger motiverats just med att det är fråga om näringsverksamhet,[676] utan det kan också betyda att culpabedömningen blivit strängare än vanligt vid sådan verksamhet.[677] Utvecklingen är på senmodernt vis fragmenterad. Man kan berätta flera små goda berättelser angående olika slag av tillfällen där ansvaret för näringsidkare blivit strängare i något avseende.[678]

---

[675] Hemmo 1996 s. 327.

[676] Förutom i lagstiftningsarbetet kan man påträffa sådana uttalanden också i rättspraxis. Se t.ex. det som nedan sägs om bristfällighetsansvaret samt rättsfallet HD 2000:72, där domstolen, då man ålade ett bolag som yrkesmässigt reparerade, underhöll, förnyade och installerade elektriska apparater ett strikt ansvar för en skada till följd av en explosion i samband med ugnstorkningen av elmotorlindningar, uttryckligen uttalade att det typiska tillämpningsområdet för strikt ansvar är en sådan näringsverksamhet där man äventyrar andras säkerhet för att uppnå ekonomisk fördel. Se även t.ex. rättsfallet HD 1969 II 42, där domstolen uttalade att ett aktiebolag såsom ägare av ett företag, i vars verksamhet man använde eldfarliga explosiva ämnen, skulle bära ett strikt skadeståndsansvar för explosionsskada.

[677] Hemmo 1996 s. 328 f. I Sverige har HD t.ex. i rättsfallet NJA 1995 s. 274 uttalat att bl.a. det att skadan inträffade inom ramen för en omfattande kommersiell verksamhet talade för ett högt aktsamhetskrav.

[678] Ibland blir berättelserna svårtydda. Se t.ex. de finska sprängningsfallen HD 1988:35, 1988:140 och 1994:122. I det första fallet hade A vid byggandet av sitt egnahemshus anförtrott en självständig företagare farliga sprängningsarbeten; då beställning av sprängningsarbeten inte anslöt sig till A:s yrkesverksamhet och då han inte låtit arbetet utföras på ett sätt som avvek från det sedvanliga, omfattades A inte av det strikta ansvar som utvecklats för sprängningsfall. I fallet 1988:140 ålades emellertid en privatperson som låtit utföra sprängningsarbeten i samband med byggande av egnahemshus ett strikt ansvar; här utfördes arbetet dock inte av en självständig företagare. Man kanaliserade i det första fallet det strikta ansvaret – i överensstämmelse med tanken att ansvaret vid näringsverksamhet bör vara strängare – till den näringsidkare som utfört arbetet. I det senare blev emellertid en privatperson strikt ansvarig. Detta skedde uppenbarligen för att det i detta fall saknades en näringsidkare som kunde åläggas ansvar. Principen om strängare ansvar vid näringsverksamhet (och lindrigare ansvar för privatpersoner) fick här ge vika för strävan att garantera den skadelidande ersättning (också Hemmo 1996 s. 280 finner det möjligt att man kan förstå fallen på detta sätt). Det sista fallet, HD 1994:122, ligger formellt i linje med de tidigare fallen, men visar samtidigt på en förvånande benägenhet hos den finska högsta domstolen att på tämligen formella grunder avgränsa den persongrupp som omfattas blott av det lindrigare ansvaret för privatpersoner. I detta fall var läget detsamma som i det första fallet såtillvida att arbetet utfördes av en självständig företagare. Uppdragsgivaren var emellertid här ett bostadsaktiebolag och detta räckte till för att göra också uppdragsgivarens ansvar strikt. I målet hade uppdragsgivaren åberopat rättsfallet HD 1988:35 samt hänvisat till att

Som ett exempel på en mindre berättelse av detta slag kan nämnas berättelsen om det s.k. *bristfällighetsansvaret* i finsk rätt.[679] Frågan gäller skadeståndsansvaret för en skada som förorsakats av fel eller bristfälligheter i maskiner och tekniska hjälpmedel. Efter ett visst doktrinärt förarbete gav den finska högsta domstolen i början av 1990-talet två uppmärksammade rättsfall, HD 1990:55 och HD 1991:156, i vilka ägaren av en arbetsmaskin och ägaren av en lyftkran oberoende av vållande ålades att ersätta en skada som förorsakats av en bristfällighet i maskinen/kranen. Det var här inte fråga om att tillämpa ett allmänt fareansvar: domstolen framhöll uttryckligen att den ifrågavarande anordningen inte som sådan kunde betraktas som särskilt farlig. Man motiverade i det första fallet avgörandet bl.a. med en hänvinsing till att maskinen användes i näringsverksamhet. I det senare fallet begagnade man inte uttryckligen termen näringsverksamhet i motiveringen; man angav här i stället explicit att kranen uthyrts för att användas på en byggnadsarbetsplats, d.v.s. i näringsverksamhet.

Det explicita bristfällighetsansvaret är en ny konstruktion i finsk rätt, som man använt just för att skapa ett strängare ansvar för näringsidkare.[680] Det har dock åtminstone inte genast stått helt klart, vilket slut berättelsen om bristfällighetsansvaret skulle få, då högsta domstolen var starkt oenig angående utvidgningen av ansvaret.[681] Numera kan man emellertid åberopa ytterligare rättsfall, som ger tanken på ett

---

bostadsaktiebolaget bestod av ett egnahemshus och att alla dess aktier ägdes av ett äkta par. Högsta domstolen uttalade uttryckligen att den sistnämnda omständigheten saknade relevans. Då uppdragsgivaren var ett aktiebolag spelade det ingen roll hur många aktieägare det hade; ansvaret skulle i varje händelse vara strikt. Detta innebär alltså att den juridiska form som privatpersoner valt för sitt boende på ett avgörande sätt kan påverka deras ansvar. Det betyder också att det strängare ansvaret vid näringsverksamhet här får ett så brett tillämpningsområde att de allmänna argument för ett strängare näringsidkaransvar som anfördes i texten inte håller fullt ut. Den lilla berättelsen om sprängningsansvaret har löpt ut på ett sidospår.

679 Se närmare Wilhelmsson 1993 och Hemmo 1996 s. 277 f.

680 Det kan nämnas att minoriteten i det första fallet (omr. 3–2) hade velat gå t.o.m. ännu längre i riktning mot ett strikt ansvar för näringsidkare. I minoritetens votum uppställde man inget krav på bristfällighet för att det strikta ansvaret skulle aktualiseras. Det räckte att skadan hade uppkommit då maskinen använts i näringsverksamhet.

681 I det senare rättsfallet, HD 1991:156, röstade man återigen (3–2). Minoriteten ville här förkasta talan, och därmed också det strikta ansvaret. Som Hemmo 1996 s. 278 påpekar tyder detta på ett starkt motstånd, då man i regel inte brukar vara villig att avvika från ett färskt prejudikat i HD.

strikt bristfällighetsansvar ett visst stöd.[682] I den nyaste upplagan av standardläroboken på området – som ju ofta kan ha avgörande betydelse för stabiliseringen av en juridisk innovation – nämner man också regeln att användningen i näringsverksamhet av maskiner som uppvisar bristfälligheter i säkerheten kan leda till strikt ansvar.[683] Visserligen är omnämnandet ännu kort och den regel som uttrycks i rättsfallen namnges inte. Då juridiken ofta tar sig uttryck i en kamp om begreppen, har berättelsen nått ett helt lyckligt slut – en regel av större praktisk betydelse – först då termen "bristfällighetsansvar" etablerat sig i det allmänna juridiska språkbruket.

Små berättelser kan växa. Bristfällighetsansvaret pekar i riktning mot ett strängare näringsidkaransvar blott i en avgränsad grupp av fall, d.v.s. då man utnyttjat en anordning som varit bristfällig. Man har emellertid också i finsk rätt begynt antyda möjligheterna till en bredare utveckling i samma riktning. Jag tänker här på förslagen att låta det köprättsliga *kontrollansvaret*, som innebär att den som gjort sig skyldig till ett avtalsbrott kan undgå ansvar blott om han visar att avtalsbrottet berott på ett hinder utanför hans kontroll som han inte skäligen kunde förväntas ha räknat med och vars följder han inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit, växa ut till en mer grundläggande ansvarsrättslig princip som gäller också annat ansvar vid näringsverksamhet. Fastän kontrollansvaret utmejslats i FN-konventionen angående avtal om internationella köp av varor art. 79 och övertagits i köplagen i §§ 27 och 40, har man som känt tagit emot det som en nydaning som kan ha implikationer för rättsutvecklingen också utanför kontrollansvarets lagstadgade tillämpningsområde.

Främst har diskussionen gällt kontraktsrätten, där man har spekulerat i frågan, huruvida kontrollansvaret kunde utvecklats till en

---

[682] Se HD 1995:108 om bensinstationsföretags strikta ansvar för bensinläckage, där HD som ett argument beskrev och åberopade regeln i HD 1990:55 (avgörandet var enhälligt). Se även HD 2000:72, där en viss verksamhet – ugnstorkning av elmotorers spollindningar – inte i sig ansågs utgöra farlig verksamhet, men där det ingick explosionsfara, om t.ex. fläktsystemet inte fungerade. Det strikta ansvaret motiverades i detta fall med hänvisning till denna fara och avgörandet kläddes i fareansvarstermer; den fara som man talade om var emellertid just en bristfällighet i en anordning.

[683] Routamo & Ståhlberg 2000 s. 113 f.

allmän kontraktsrättslig ansvarsgrund.[684] Lars Erik Taxell har betonat att man vid utformningen av kontrollansvaret uppenbarligen främst haft för ögonen verksamhet i företag, då det här är naturligt att anknyta ansvaret till det som sker inom företaget och dess verkningskrets, att införa ett slags verksamhetsansvar i stället för ett personansvar.[685] Han anser också själv att kontrollansvaret passar bra just för företagsverksamhet och ger, bl.a. med hänvisning till riskfördelningssynpunkter,[686] en rekommendation, enligt vilken det borde vara möjligt att i sådan verksamhet utsträcka tillämpningen av kontrollansvaret utanför köplagens tillämpningsområde. Han ser också detta som en trend i utvecklingen av reglerna om skadestånd i kontraktsförhållanden.[687]

Berättelsen om kontrollansvarets användbarhet slutar emellertid inte här. Det föreligger redan förslag, enligt vilka kontrollansvaret skulle utgöra en god bas också för det utomkontraktuella ansvaret vid näringsverksamhet. Detta skulle m.a.o. innebära att denna ansvarsgrund skulle kunna uppfattas som en utgångspunkt för bedömningen av företags ansvar inom hela ansvarsrätten. Juha Pöyhönen, som dock inte enbart talar om ansvaret vid näringsverksamhet, fungerar som banerförare för en sådan uppfattning. Då han i sin modell för skade-

---

[684] Rättspraxis i Finland är tillsvidare oklar. Å ena sidan har man vid behandlingen av ett avtal angående placeringen av en häst i ett stall begagnat uttryck, som delvis påminner om köplagen (HD 1991:65). Dessutom har minoriteten (2 justitieråd) i rättsfallet HD 2000:97, som gällde ett samarbetsavtal, beskrivit kontrollansvaret som den ansvarsgrund som "i allmänhet" gäller i kontraktsrätten; majoriteten avgjorde fallet med andra motiveringar och tog inte ställning till ansvarsgrunden. Å andra sidan har man relativt nyligen tillämpat det traditionella kontraktsrättsliga presumtionsansvaret t.ex. på ett avtal om uppbevaring av bil (HD 1997:9). Man borde inte heller ställa frågan i generell form – bör kontrollansvaret uppfattas som en allmän princip i hela kontraktsrätten? – utan se på mindre berättelser. Man har t.ex. i doktrinen påpekat att kontrollansvaret passar bättre för en reglering av dröjsmåls- än felsituationer, se Wilhelmsson 1989b s. 417, Saxén 1995 s. 64. – Det kan nämnas att man i Principles of European Contract Law (Art. 8:108) infört kontrollansvaret som en allmän kontraktsrättslig ansvarsgrund, se Lando & Beale 2000 s. 379 ff., liksom också i UNIDROIT Principles Art. 7.1.7.

[685] Taxell 1993 s. 86 f.

[686] Taxell 1993 s. 134: "Bestämmandet av ett riskområde för företagsparten – den inre sfären enligt kontrollansvarets terminologi – är ägnat att hos den andra parten skapa och upprätthålla en tillit, denne har anledning räkna med att inte drabbas av ekonomisk förlust orsakad av händelser inom detta riskområde."

[687] Taxell 1993 s. 137.

ståndsrätten vill rikta in ansvarsbedömningen på frågan, hur verksamheten och den ifrågavarande situationen behärskas, kan han beskriva kontrollansvaret som exemplariskt.[688] Det är en ansvarsgrund som är förenlig med hans betoning av parternas riskpositioner som ett grundläggande element i den nya förmögenhetsrätten.[689]

Berättelsen om bristfällighetsansvaret kan på detta sätt tänkas bli en prolog till en bredare berättelse om kontrollansvar vid näringsverksamhet.[690] Även om det hos oss ännu är få som explicit vill föra berättelsen så långt, kan man väl tänka sig att man mellan raderna hittar flera element av en sådan berättelse. Culpabedömningen i näringsverksamhet är uppenbarligen ofta så sträng att många fall kunde beskrivas mer rättvist i termer av kontrollansvar. Av intresse är också ett färskt rättsfall angående strikt ansvar vid torvproduktion, där ansvaret uttryckligen motiverades med argument som passar väl in i kontrollansvarets struktur.[691] Högsta domstolen noterade här att torvproduktion inte kunde betraktas som farlig verksamhet, men att det till den anslöt sig en uppenbar brandfara, som inte alltid kunde undgås med normal omsorg. Då utomstående, som kan drabbas av betydande skador om branden sprider sig, har begränsade möjligheter att skydda sig mot skadan i jämförelse med verksamhetsidkarens möjligheter att verka för en minimering av skaderisker och -följder, ansåg domstolen det vara motiverat att den sistnämnda bar ett strikt ansvar för sådana ska-

---

[688] Pöyhönen 1999 s. 349 f. Se också betoningen av kontrollens betydelse för ansvaret i Pöyhönen 1999b s. 190 ff.

[689] Pöyhönen 1997 s. 557 f. och 2000 s. 182.

[690] Man kunde förmodligen påstå, att en sådan bredare berättelse, som skulle utmynna i ett allmänt kontrollansvar vid näringsverksamhet också i utomkontraktuella förhållanden, stöter mot gränserna för vad man kan betrakta som rättsligt möjligt utan lagstiftningsåtgärder. Skadeståndslagen har ju trots allt fastslagit culparegeln som huvudregel, och den fullmakt man i förarbetena givit domstolarna att vid behov utveckla strängare ansvarsregler har knappast avsetts ge grund för en helt generell skärpning av ansvaret vid näringsverksamhet. En juridisk berättelse påverkar emellertid inte blott valen inom ramen för det rättsligt möjliga, utan även gränserna för det möjliga. Vad som i dag ser ut att ligga utanför gränserna för det rättsligt möjliga kan i morgon redan vara inkluderat i det rättsliga spektret, när inledande berättelser förskjutit dessa gränser. Vad beträffar en mer allmän skärpning av näringsidkaransvaret förefaller man redan vara beredd att överskrida gränser, se särskilt minoritetens votum i rättsfallet HD 1990:55, som ju indikerade möjligheten av t.o.m. ett strikt ansvar vid användning av maskin i näringsverksamhet.

[691] HD 1997:48.

dor. Om man skulle vilja använda kontrollansvarets terminologi kunde man säga att domstolen angav att brandfaran låg snarare inom näringsidkarens än de skadelidandes kontrollsfär. Det bör nämnas att domstolen uttryckligen stödde det strikta ansvaret också på argumentet att man genom den ifrågavarande verksamheten eftersträvade ekonomisk nytta. Fallet kunde således tolkas åtminstone som en antydan till en berättelse om kontrollansvar vid näringsverksamhet.

Ytterligare kunde man nämna rättsfallet angående strikt ansvar vid ugnstorkning av elmotorers spollindningar också i detta sammanhang. Det strikta ansvaret motiverades bl.a. med att företaget hade möjlighet att övervaka att ugnen fungerade sakenligt, medan arbetstagarna inte kunde gardera sig mot skadan.[692] Det att skadan låg inom företagets, men inte den skadelidandes kontrollsfär hade m.a.o. relevans.

Om man godtar kontrollansvaret som en uttrycklig och generell utgångspunkt för argumenteringen när det gäller näringsidkares ansvar, skulle detta göra det särskilda bristfällighetsansvaret mer eller mindre överflödigt, då de bristfälligheter som det sistnämnda ansvaret omfattar normalt måste anses ligga inom den ifrågavarande näringsidkarens kontrollsfär. Detta innebär å andra sidan att bristfällighetsansvaret kan åberopas som ett argument för ett framväxande kontrollansvar – man kan ju hävda att delar av kontrollansvaret redan accepterats i rättspraxis.

Med hänsyn till perspektivet i detta arbete, d.v.s. avseende ansvarsrättens användning som redskap för mikropolitik, kan en betoning av kontrollansvaret i näringsverksamhet visa sig utgöra en i många avseenden optimal lösning på frågan om avbalanseringen av ekonomisk makt och ansvar. Man undviker å ena sidan de problem som sammanhänger med definieringen och bevisningen av subjektiv culpa i organisationer och anger klart att allt det som omfattas av den ekonomiska maktsfären – det som ligger inom företagets kontroll – också skall omfattas av ansvaret. Genom att man i enlighet med vad lagreglerna om kontrollansvar föreskriver lägger bevisbördan för kontrollsfärens omfattning på företaget hindrar man att företaget undgår ansvar för sådant som de facto ligger inom dess kontroll samtidigt som man inte generellt behöver glida in i ett rent strikt ansvar. På många enskilda punkter är det strikta ansvaret önskvärt och det kan utvecklas i den fragmenterade

[692] HD 2000:72.

ordning som i dag präglar ansvarsrätten, men kontrollansvaret är förmodligen mer lämpat att fungera som generell utgångspunkt.[693]

Tanken på ett rent strikt ansvar som täcker all skada som följd av näringsverksamhet är nämligen ur mikropolitikens synvinkel inte enbart positiv. Visserligen talar flera av de tidigare omtalade argumenten, särskilt möjligheten att kanalisera och pulverisera förluster och sammankopplingen av ekonomisk fördel och ansvar, för ett strikt ansvar i näringsverksamhet och man kan också anföra argument som anknyter till distributiv rättvisa för en sådan lösning.[694] Om det anknyter klara risker till en verksamhet, kan det också vara motiverat med enkla och stränga regler, som lägger ansvaret på den som bedriver verksamheten. Vi rör oss då, som jag analyserat närmare i kap. 3, ofta inom ramen för försäkringssamhällets rationalitetsuppfattning. Ett heltäckande strikt ansvar för alla aktiviteter i näringsverksamhet skulle däremot föra alltför mycket under denna rationalitet. Det skulle inte finnas kvar tillräckligt utrymme[695] för de ansvarsrättsliga inlärningsprocesser, som behövs i det svårkontrollerbara risksamhället (och som naturligtvis kan leda till att man tillämpar ett strikt ansvar i nya avgränsade grupper av fall). Ett generellt kontrollansvar är däremot alltid öppet för en mer konkret utvärdering av nya risker och deras placering.

Ett strikt ansvar ger heller inte lika lätt bränsle för en sådan moraldiskurs till vilken man stundom har behov att utnyttja den senmoderna ansvarsrätten. De mikropolitiska aktörerna i det senmoderna samhället kan genom strikta ansvarsregler fråntas möjligheten att utnyttja skadeståndsansvaret för att bringa upp samhälleliga problem på den mediestyrda offentliga agendan. Det strikta juridiska ansvaret kan leda

---

693 Jag vill betona att det är fråga om en utgångspunkt, ett slags generell basregel, inte någon heltäckande regel. Man har inte enbart fäst avseende vid och bör inte enbart fästa avseende vid, huruvida någon har kontroll över ett skeende, när man tar ställning till ansvaret. Sociala riskspridningssynpunkter kan i ett givet fall mycket väl leda till ansvar också utanför kontrollsfären. Jfr Pöyhönen 1999b s. 190, som utgår från att det inte finns någon grund för ansvar om det inte funnits kontroll.

694 Hemmo 1996 s. 335 anser att skärpningen av ansvaret för företag i relation till privatpersoner klart ger uttryck för en distributiv rättsuppfattning i dess socialt begrundade form.

695 Något utrymme skulle det alltid finnas. Som t.ex. Perry 1988, se särskilt s. 161 ff., på ett övertygande sätt visat, måste man alltid, även om rent strikt ansvar vore huvudregel, ta ställning till vilka händelser eller åtgärder som utgör utgångspunkt för en relevant kausalitetskedja. Detta avgörande innehåller redan en implicit ansvarsteori.

till en uttunning av det moraliska ansvaret. Ett gott exempel på detta är det ansvar för läkemedelsskador som läkemedelsbranschen i Sverige och Finland infört genom en kollektiv läkemedelsskadeförsäkring. Här betalas ersättningarna ur en gemensam försäkring, vilket betyder att det företag som producerat läkemedlet inte behöver bli särskilt utpekat. Också i andra fall, där man inte stannat för kollektiva lösningar, innebär ett strikt ansvar lätt att det juridiska ansvaret frikopplas från den moraliska debatten.

Ett fragmenterat strikt ansvar av dagens typ, där man har element av ett sådant ansvar i fall som ter sig speciellt farliga eller där det finns något annat gott skäl för ansvaret, vidlåds inte nödvändigtvis av detta problem. Som jag tidigare framhållit medför just bl.a. ansvarsrättens fragmentering att den är mycket öppen i moralisk riktning. Farearguments har en moralisk kvalitet liksom också argumenteringen kring önskvärdheten av distributiv rättvisa i en enskild situation. Ansvarsrättens frikoppling från moralen skulle däremot vara mera påtaglig om man hade ett generellt strikt ansvar vid näringsverksamhet.

Ett allmänt kontrollansvar vid näringsverksamhet skulle inte vara lika otympligt som redskap för en mikropolitik som är inriktad på moraldebatt, då argumentationen kring kontrollsfärens placering kan inkludera också moraliska argument, om ock i objektiverad form. Ett kontrollansvar skulle vara tillräckligt flexibelt för att ge fortsatt utrymme för mer fragmenterade små berättelser, samtidigt som det skulle erbjuda en bättre utgångspunkt för dessa berättelser än det rena culpaansvaret.

Regler om strikt ansvar utpekar ofta ansvarssubjektet på ett mycket entydigt sätt.[696] Det är emellertid inte alltid så, att det juridiska ansvarssubjektet sammanfaller med den instans som ter sig som ett naturligt moraliskt ansvarssubjekt. Kontrollansvaret, som en mellanform mellan rent strikt ansvar och culpaansvar, är mer differentierat också i detta avseende. Den som har kontrollen över ett skeende kan också sägas bära ett moraliskt ansvar för det som händer. Detta konstaterande för oss över i en problematik som med hänsyn till mikropolitikens möjligheter kanske är viktigare än frågan om ansvarsgrunden, nämligen frågan om de möjliga ansvarssubjekten.

---

[696] Se den komparativa analysen av ansvar för farlig verksamhet hos Reid 1999, som noterar att strikta ansvarsordningar är "less accomodating" när det gäller ansvarssubjektet (s. 755).

Det rätta ansvarssubjektet: ansvarsgenombrott

För att ansvarsreglerna bäst skall kunna bidra till en fungerande kontroll av den ekonomiska makten bör det juridiska ansvaret rikta sig också mot de organisationer där de avgörande besluten fattas. Den juridiska definieringen av ansvarssubjekten får inte bli en barriär, som förhindrar att de enheter där man gör de faktiska besluten kan ställas till ansvar. Beslutsmakten ligger inte alltid hos dem som i juridiska termer uppträder som beslutsfattare.

Jag har i kap. 3 noterat, hur den ökade betydelsen av beslut bl.a. rörande väsentliga miljö- och säkerhetsfrågor i risksamhället framhäver behovet att kunna ställa till svars de enheter där man faktiskt fattat sådana beslut också då det är fråga om privat verksamhet. Nya berättelser om möjliga ansvarssubjekt har sagts höra till ansvarsrättens viktigaste svar på risksamhällets utmaningar. Dessa berättelser måste kunna överskrida också den nationella rättsordningens gränser. Som närliggande exempel har nämnts behovet att kunna ställa sådana moderbolag till ansvar, vilkas dotterbolag t.ex. förstör miljön eller dumpar farliga produkter i andra länder. Särskilt u-länder med bristande övervakningsresurser kan lätt bli offer för sådana koncernstrategier.

Också i mikropolitikens perspektiv framstår det som viktigt att man kan rikta talan mot den faktiska maktutövaren. Den offentliga moraldiskurs som ansluter sig till en process upplevs lätt som missriktad, om de avgörande besluten inte fattats hos svaranden, som kanske blott hade att "lyda order" från annat håll. I mer globaliserade sammanhang är det också av betydelse att man kan rikta aktionerna mot den faktiska beslutsfattaren. Den offentliga uppmärksamheten behövs bäst där besluten fattas. En medialt uppmärksammad process i moderbolagets hemland känns ofta mera än ingripanden mot dotterbolag i fjärran länder.

Den berättelse som dessa synpunkter först aktualiserar är berättelsen om moderbolags ansvar för dotterbolags agerande. En annan berättelse som sammanhänger med och delvis går in i den första är berättelsen om kreditgivares ansvar för kredittagares åtgärder. Jag begränsar mig här till att kommentera dessa berättelser. Andra berättelser om nya möjliga ansvarssubjekt får vänta till andra tillfällen.

Berättelsen om moderbolagets ansvar för dotterbolagets verksamhet, som hos oss fått rubriken ansvarsgenombrott, har berättats i olika termer – "disregarding the legal entity","lifting/piercing the corporate veil" eller "Durchgriffshaftung" – i olika länder. Den återges här i den form som man har berättat den hos oss. Problematiken är naturligtvis internationell och, som jag nyss konstaterade, kanske t.o.m. mest angelägen i fall där det uppkommer skador i samband med multinationella koncerners verksamhet.[697] Lösningsmodellerna är dock mycket olika i olika länder. För att belysa utvecklingen av de små berättelserna om ansvar och makt är det tillräckligt att se till debatten hos oss. Detta utesluter ju i sig inte den internationella problematiken, då moderbolag i gränsöverskridande koncerner i växande grad kan påträffas också på den nordiska marknaden.[698]

Vad gäller de speciellt viktiga frågorna om miljöskador har man i Finland redan i lagstiftningen noterat möjligheten till ansvarsgenombrott.[699] I 7 § lagen om ersättning för miljöskador har man uttryckligen angivit, att inte blott verksamhetsutövaren själv, utan även den som är jämförbar med en verksamhetsutövare skall betraktas som potentiell ersättningsskyldig enligt denna lag. Vid denna jämförelse skall man enligt samma stadgande beakta "personens bestämmanderätt, hans ekonomiska relation till verksamhetsutövaren...och den ekonomiska nytta som han eftersträvar i verksamheten." Då man införde denna bestämmelse hade man uttryckligen bl.a. moderbolags ansvar för (ett osjälvständigt) dotterbolags verksamhet för ögonen.[700] Jag kommer nedan inte att diskutera tolkningen av just denna specifikt miljörättsliga bestämmelse närmare, utan analysera problematiken ur generell ansvarsrättslig synvinkel. Det är emellertid uppenbart att det legislativa erkännandet av ansvarsgenombrott på miljörättens område

---

697 af Schultén 1984 s. 104 ff. analyserar särskilt behovet av ansvarsgenombrott i sådana situationer. Han noterar bl.a. de större möjligheterna för moderbolaget i dessa fall att omdisponera resurser, överflytta verksamheten till andra länder och låta dotterbolaget "självdö".

698 En analys av identifikationen mellan s.k. offshore-bolag och den finska part som har bestämmanderätten i dem har nyligen publicerats av Huhtamäki 1999, som förespråkar en sådan identifikation som huvudregel (s. 152).

699 I Sverige innehöll ännu lagrådsremissen till miljöbalken ett förslag som innebar ett slags ansvarsgenombrott, men man föredrog att inte förverkliga det i väntan på resultatet av aktiebolagskommitténs arbete i frågan, se härom också t.ex. Forsbacka 2000.

700 Reg.prop. 165/1992 s. 27.

ger ett stöd för tanken på ett utvidgat ansvarsgenombrott också mer generellt.[701]

I såväl finsk som svensk rätt har man konstaterat att rättsläget vad avser moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser är oklart. I vissa fall kan ansvaret klart grundas på reglerna om aktieägares ansvar i aktiebolagslagen, men såväl den finska som den svenska lagen om aktiebolag 15:3 uppställer så strikta förutsättningar – att man brutit mot aktiebolagslagen eller bolagsordningen och att detta skett genom minst grovt vållande – att detta ansvar knappast har någon betydelse när det gäller skada på utomstående.[702] I andra och uppenbarligen mer frekventa fall kan moderbolagets ansvar grundas på avtalsrättsliga argument, antingen så att det föreligger någon form av uttrycklig utfästelse, såsom t.ex. en garanti från moderbolagets sida,[703] eller så att man utnyttjar mer konkludenta avtalskonstruktioner som t.ex. baseras på tillitsresonemang.[704] Då också dessa möjligheter kommer i fråga blott i vissa situationer, är man för många fall hänvisad blott till de allmänna principer angående ansvarsgenombrott som utvecklats huvudsakligen i den rättsvetenskapliga litteraturen, med något flankstöd från rättspraxis.[705] Dessa principer har dock inte utmejslats med någon stor precision, utan enighet råder närmast därom, att de är oklara. Man utgår allmänt från att ett moderbolag inte skall bära något ansvar för dotterbolagets förpliktelser, men att sådant ansvar dock bör kom-

---

[701] I svensk rätt har det också varit aktuellt att mer allmänt lagreglera frågan om ansvarsgenombrott. Man har gjort en offentlig utredning angående frågan, SOU 1987:59, men de förslag till lagändringar utredningen gjorde har inte förverkligats. Aktiebolagskommittén har sedermera getts i uppdrag att utreda frågan om förutsättningarna för ansvarsgenombrott närmare. En eventuell ny lagstiftning förändrar naturligtvis i betydande mån förutsättningarna för den berättelse som berättas i texten. – I Finland har 1990-års aktiebolagskommission utrett olika alternativ för regleringen av frågan om ansvarsgenombrott, se KM 1992:32 s. 355 ff., men beslutat att inte föreslå att regler härom skulle intas i lagen om aktiebolag (s. 375).

[702] Så t.ex. beträffande produktansvaret Ruuska 1987 s. 506. Också Hellner 1993 s. 84 finner det "något oklart vilka situationer som kan bli aktuella."

[703] Rodhe 1984 s. 495 ff. diskuterar rättsverkan av många olika slag av förbindelser av denna typ, vilka ofta är oklara.

[704] Se härom mera nedan i detta avsnitt.

[705] Man kan här särskilt nämna de svenska rättsfallen NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s. 45. Se även de mycket speciella finska fallen HD 1929 II 638 och HFD 1950 II 4.

ma i fråga, om vissa särskilda förutsättningar är uppfyllda.[706] Ansvarsgenombrott tillåts blott om det är fråga om en situation som är på något sätt exceptionell.[707] Som kriterier vilka är relevanta vid bedömningen av frågan om ansvarsgenombrott har man nämnt bl.a. dotterbolagets avsaknad av självständigt affärsmässigt syfte, dess avsaknad av självständig förvaltning och dess underkapitalisering i förhållande till den avsedda verksamheten.[708] En sammanblandning av bolagens egendom[709] är ett ytterligare kriterium i linje med dessa.

Som Ari Huhtamäki framhåller i sin översikt över nordisk doktrin om ansvarsgenombrott är den mest centrala synpunkten för nästan samtliga nordiska forskare som befattat sig med problematiken frågan, huruvida det kan sägas föreligga någon form av missbruk av bolagsformen. Identifikation och ansvarsgenombrott förutsätter att ägarna och de som har beslutandemakten har förfarit klandervärt eller illojalt mot utomstående genom att grunda eller använda ett (dotter)bolag.[710] Man betonar att ansvarsgenombrott bör komma i fråga "endast i sådana fall där arrangemanget med dotterbolaget framstår som ett mot fordringsägarna illojalt missbruk".[711] Gerhard af Schultén ser också de lege ferenda behovet av regler om ansvarsgenombrott ligga i önskan att motverka missbruk: "Moderbolaget bör ansvara för dotterbolagets förpliktelser, när dotterbolagets verksamhet ej uppfyller kraven på ett normalt affärsmässigt handlande, utan dotterbolaget framstår som en konstruktion avsedd att undandra moderbolaget ansvar."[712]

---

[706] Sammanfattande af Schultén 1984 s. 96. I Finland har dock Huttunen 1963 s. 155 ff. förkastat tanken på identifikation mellan aktiebolaget och dess ägare t.o.m. när det gäller enmansbolag; endast allmänna privaträttsliga (avtalsrättsliga) grunder för ansvar kan enligt honom komma i fråga.

[707] Huhtamäki 1999 s. 146.

[708] Så t.ex. Rodhe 1984 s. 487, som utläser dem ur rättsfallet NJA 1947 s. 647.

[709] af Schultén 1984 s. 93.

[710] Huhtamäki 1999 s. 147. Kaisanlahti 1996 s. 236 sammanfattar för sin del den nordiska doktrinen i två förutsättningar: otillräckligt eget kapital och vilseledande av avtalspart. Också här framträder missbruksaspekten tydligt. I det svenska betänkandet SOU 1987:59 s. 31 föreslår man en lagregel, enligt vilken ansvarsgenombrott skulle vara möjligt då "en delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt".

[711] Nial & Johansson 1998 s. 232. Också Moberg 1998 s. 81 f. uttalar att ansvarsgenombrott bör komma i fråga då dotterbolagets osjälvständighet är så betydande att man kan tala om en illojal användning av bolagsformen.

[712] af Schultén 1984 s. 113.

Det är redan på basen av denna korta presentation lätt att se hur man i regel betraktat frågan om ansvarsgenombrott främst ur bolagsrättslig synvinkel, i det man uppfattat ansvarsgenombrottet som ett bolagsrättsligt institut. Man utgår från aktiebolagsrättens grundregel, att ett bolags ägare inte skall bära något ansvar utöver kapitalinsatsen för bolagets förpliktelser och från de motiv som ligger bakom denna regel. Det att man behöver en sådan begränsning av ägaransvaret för att möjliggöra ett tillräckligt risktagande i ekonomisk verksamhet sägs också de lege ferenda tala mot att man generellt skulle godta ansvarsgenombrott i förhållande till moderbolag.[713] Så länge man inte missbrukar bolagsformen skall ansvarsgenombrott inte komma i fråga. Kriterierna för missbruk visar också att man tänkt sig ansvarsgenombrottet som ett sekundärt rättsmedel. Om dotterbolaget kan stå för sina förpliktelser ser man ingen anledning till att låta moderbolaget bära ansvar för dem.[714] Analysen av de situationer i vilka ansvarsgenombrott kan komma i fråga får därför också lätt en konkursrättslig nyans.[715]

Om man tar sin utgångspunkt i ansvarsrätten och dess behov framträder problemet i en annan dager. Som jag konstaterade i inledningen till detta avsnitt är det ur ansvarsrättslig synvinkel av flera skäl viktigt att ansvaret riktar sig mot de enheter som har har makten att fatta de faktiska besluten angående de frågor som ansvaret avser. Mikropolitiska åtgärder bör, också då de är av juridisk art, kunna riktas mot de subjekt som bär det faktiska huvudansvaret för de missförhållanden man påtalar. Dessa åtgärder bör kunna riktas direkt, och ej blott i andra hand, mot sådana faktiska makthavare.

I detta perspektiv förefaller de förutsättningar för ansvarsgenombrott som jag nyss beskrivit vara alltför restriktiva. Då det ur mikropolitikens synvinkel ofta är viktigare att man kan vända sig mot den faktiska beslutsfattaren än att man kan få ut ett eventuellt skadestånd, är

---

[713] af Schultén 1984 s. 110 f.

[714] T.o.m. Koski 1977 s. 329, som förhåller sig positiv till en generell identifikation mellan moderbolaget och dotterbolaget, anser att moderbolagets ansvar bör vara subsidiärt och att man alltså först bör ställa krav mot dotterbolaget.

[715] Detta gäller det direkta ansvarsgenombrottet, som jag behandlar här, men kanske i ännu högre grad s.k. indirekt ansvarsgenombrott, d.v.s. frågan om moderbolaget skall fråntas sin rätt att bevaka sina fordringar mot dotterbolaget i dotterbolagets konkurs. Med hänsyn till det föreliggande arbetets tema har jag inte funnit det befogat att gå närmare in på frågan om indirekt ansvarsgenombrott.

det med hänsyn till denna funktion av ansvarsrätten en mindre övertygande tanke, att moderbolaget skulle bära blott ett sekundärt ansvar som skulle aktualiseras då dotterbolaget saknar resurser, emedan det varit t.ex. underkapitaliserat. I en mikropolitisk aktion önskar man ställa moderbolaget till ansvar inte så mycket för att det missbrukat bolagsformen, utan för att det medverkat till de åtgärder ansvaret avser. Missbrukskriteriet är således i detta perspektiv ofta mindre centralt, även om det ingalunda helt saknar betydelse.[716]

Utgår man från ansvarsrätten och särskilt från de ansvarsrättsliga funktioner som jag analyserat i detta arbete, förefaller det mer naturligt att betona själva inflytandet som kriterium för ansvar. Det angelägna är ju här just att man bör kunna knyta ansvaret till den faktiska beslutsmakten. Man kan säga att det är fråga om samma fenomen som man i doktrinen om ansvarsgenombrott velat hänvisa till genom att tala om dotterbolagets "osjälvständiga ställning"[717] som förutsättning för ansvarsgenombrott. Från ansvarsrättslig synpunkt förefaller det dock vara av större vikt att rikta uppmärksamheten mer mot moderbolagets inflytande[718] än mot dotterbolagets ställning och därigenom undvika en alltför rigid tolkning av osjälvständigheten.[719] I den ansvarsrättsliga berättelsen borde inflytandet bli det avgörande kriteriet för ansvarsgenombrott och inte blott en bland flera kumulativa förutsättningar. Med denna utgångspunkt finns det heller ingen anledning att tala för att moderbolagets ansvar borde vara blott sekundärt.

En sådan ansvarsrättslig argumentering för ett ansvarsgenombrott gentemot ett moderbolag med inflytande i dotterbolaget ligger i själva verket i linje med de synpunkter som jag i det föregående avsnittet anförde beträffande grunden för skadeståndsansvaret vid näringsverk-

---

[716] Jfr t.ex. i dansk rätt Werlauff 1991 s. 31, som nämner som ett exempel på fall där ansvarsgenombrott bör komma i fråga att moderbolaget har placerat farlig verksamhet i ett dotterbolag med liten förmåga att bära risken. I ett sådant fall får argumentet missbruk av bolagsformen också ansvarsrättslig relevans.

[717] Stattin 1999 s. 879.

[718] Också i 7 § lagen om ersättning för miljöskador fokuserar man på den ansvariga personens (här moderbolagets) "bestämmanderätt".

[719] Jfr ovan Rodhe 1984 s. 487, som förutsätter bl.a. att det saknas en självständig förvaltning hos dotterbolaget för att ansvarsgenombrott skall komma i fråga. Ett moderbolag kan emellertid utöva ett sådant inflytande över dotterbolaget att det borde kunna bli ansvarigt även då dotterbolaget har en förvaltning som fungerar självständigt i vissa frågor.

samhet. Man kan se berättelsen om växande möjligheter till ansvarsgenombrott som en fortsättning på berättelsen om näringsidkares kontrollansvar. I den mån dotterbolagets verksamhet ligger inom ramen för moderbolagets kontrollsfär talar de ansvarsrättsliga argumenten för ett kontrollansvar också för ett ansvarsgenombrott mot moderbolaget.[720] Berättelsen om kontrollansvaret kan få nya avslutningar.

Jag skriver avsiktligt avslutningar i pluralis. Jag vill nämligen ingalunda hävda att den goda avslutningen nödvändigtvis skulle vara den att man omfattar ett generellt moderbolagsansvar för ett dotterbolags verksamhet i de fall där dotterbolaget faktiskt befinner sig under moderbolagets kontroll. De bolagsrättsliga argumenten mot ansvarsgenombrott, som bygger på behovet att möjliggöra ett tillräckligt risktagande i näringsverksamhet, kan trots allt inte avvisas utan vidare. En långtgående regel om ansvarsgenombrott för alla slag av fordringar skulle helt negligera sådana synpunkter.

När man diskuterar utformningen av reglerna om ansvarsgenombrott är det motiverat att fästa uppmärksamhet vid de olika sätt på vilka dotterbolagets borgenärer har inträtt i sin relation till detta bolag. En vedertagen indelning av borgenärerna är den mellan frivilliga och ofrivilliga borgenärer. Till den första gruppen hör typiskt sådana som blivit borgenärer på grundval av kontrakt. De har genom att ingå kontraktet frivilligt trätt in i förhållandet till sin motpart. De som ställer krav på basen av ett utomkontraktuellt skadeståndsansvar är däremot typiskt ofrivilliga borgenärer. De har utan egen önskan drabbats av en skada och därigenom ofrivilligt råkat i positionen som skadeståndsborgenär. Denna indelning kan ha en viss relevans för hur man ser på frågan om ansvarsgenombrott. Det är emellertid skäl att framhäva att man här ingalunda kan operera endast med renodlade fall. I samma grad som gränslinjen mellan utomkontraktuellt skadeståndsansvar och kontraktsansvar enligt vad som angivits i kap. 7 håller på att suddas ut försvinner också möjligheterna att dra en klar juridisk gränslinje mellan frivilliga och ofrivilliga borgenärer.

---

[720] Pöyhönen 1999b s. 199 f. nämner moderbolagets "fullständiga kontroll" över dotterbolagets verksamhet som ett skäl för identifikation vad avser ansvaret. I Pöyhönen 1997 s. 550, 552 och 2000 s. 174, 176 omtalar han åter ansvarsidentifikationen som ett exempel på relevansen av intressentställningen ("intressitaho") som en av de fyra grundpelarna i den nya förmögenhetsrätten.

När det gäller de frivilliga borgenärerna till dotterbolaget kan man hävda att de varit medvetna om ansvarets begränsningar då de trädde in i förhållandet.[721] Om de har accepterat att stå som borgenärer i relation till ett dotterbolag har de samtidigt godtagit att de inte har några krav mot moderbolaget. I någon utsträckning är detta säkerligen riktigt. Juridiskt professionella aktörer, som dessutom befinner sig i en sådan marknadsposition att de kan välja sina avtalsparter, behöver inte skyddas genom regler om ansvarsgenombrott. Detta innebär emellertid inte att alla mer eller mindre "frivilliga" kontraktsborgenärer borde lämnas lika skyddslösa. Man har framhållit att det vid sidan av de klart frivilliga borgenärerna också finns olika slag av leverantörer, kunder och andra mindre borgenärer som skulle vara i behov av regler om ansvarsgenombrott.[722]

I många fall kan man skydda borgenärer av den sistnämnda typen med hjälp av kontraktsrättsligt präglade konstruktioner. Ofta betonar man då borgenärens tillit till moderbolaget som en grund för att ålägga detta bolag ansvar. Man godtar allmänt att moderbolaget kan bli direkt och primärt ansvarigt om det "genom sitt uppträdande förlett tredje person till att tro att moderbolaget är den egentliga medkontrahenten".[723] Man kan stöda denna argumenteringslinje också med viss rättspraxis. I Finland omtalar man i detta sammanhang ofta ett fall redan från 1958, som är belysande, trots att det inte gällde ett koncernförhållande.[724] I detta fall hade verkställande direktören för aktiebolaget Länsi-Lapin Radio Oy börjat bedriva affärsrörelse i en grannstad under firman Länsi-Lapin Radio och det förstnämnda aktiebolaget hade på olika sätt i offentligheten skapat en bild att det ägde den sistnämnda affärsrörelsen. En borgenär, som i tillit till detta hade levererat varor till affärsrörelsen, berättigades att erhålla betalning för dem av aktiebolaget. Numera bör man också notera de i 7 kap. omnämnda rättsfallen angående statens ansvar vid Wärtsilä Meriteollisuus'

---

[721] Belysande är det svenska rättsfallet NJA 1992 s. 375, där krav på ansvarsgenombrott till förmån för en bank förkastades, bl.a. med motiveringen att banken då den beviljade kredit "varit medveten om de förhållanden som från dess sida åberopas till stöd för yrkandet om betalningsskyldighet för kommunen enligt principerna om ansvarsgenombrott."

[722] Stattin 1999 s. 896 samt SOU 1987:59 s. 94.

[723] af Schultén 1984 s. 88.

[724] HD 1958 II 43.

konkurs, där tillitsresonemang blev avgörande.[725] I det senare av dessa fall utsträcktes skyddet av den tillit som statens uttalanden skapat också till en obestämd grupp underleverantörer. I Sverige förekommer rättspraxis, där man åberopat sådana tillitsargument just när det gäller moderbolags ansvar. I ett av de rättsfall som man brukar nämna vid diskussionen om ansvarsgenombrott baserade man uttryckligen det slutliga avgörandet på avtalsrättsliga grunder: då moderbolaget i en koncern förhållit sig till leverantörerna så att dessa haft anledning att uppfatta moderbolaget som ansvarigt – leverantörerna hade uppmanats sända sina fakturor direkt till moderbolaget som skötte koncernens ekonomifunktion – och moderbolaget kände till denna uppfattning bland leverantörerna, var moderbolaget ansvarigt.[726]

Det är uppenbart att berättelsen om tillit som grund för moderbolagets ansvar håller på att bli djupare. I de rättsfall som jag nyss nämnde har man anknutit detta ansvar till den ansvarigas förhållningssätt. Om moderbolaget genom konkreta åtgärder framkallat uppfattningen att det bär ett ansvar är det också naturligt att ett sådant ansvar bör föreligga. Man kan emellertid tänka sig, att man med tillitsresonemang kan nå ännu längre.[727] Man kunde bygga skyddet av leverantörer och liknande små borgenärer på det blotta faktum att det finns ett solitt och välrenommerat moderbolag som är känt för dessa borgenärer. Redan detta är ju ägnat att framkalla en tillit till gäldenärens förmåga att prestera, helt oberoende av hur moderbolaget konkret har förfarit för att stärka tilliten. Genom att utvidga berättelsen i denna riktning kan man göra reglerna mer handfasta och undvika den godtycklighet som sammanhänger med bevisningen och argumenteringen kring frågan, genom vilka åtgärder moderbolaget har givit anledning till att man hyser tillit till det. Så länge moderbolaget klart framträder utåt spelar sådana åtgärder förmodligen en liten roll när det gäller uppkomsten av tilliten.[728] Om man i en koncern i en situation

---

[725] HD 1999:32 och 1999:33.

[726] NJA 1982 s. 244.

[727] Att man i Finland vid behov är beredd att ganska radikalt lyfta på "the corporate veil" i situationer där kontraktsbaserad tillit utgör en ingrediens visar rättspraxis angående det s.k. grynderansvaret, se närmare t.ex. Rudanko 1982.

[728] Immonen 1994 s. 46 f. förespråkar sålunda ett moderbolagsansvar gentemot avtalsborgenärer, då en koncern numera enligt lagstiftningen utgör en ekonomisk helhet och också ofta utåt framträder som en sådan.

där det finns risk för att motparten litar på moderbolaget önskar frita detta bolag från ansvar kan man ju – inom ramen för det skäliga – inta en uttrycklig klausul härom i leveransavtalen och därigenom göra motparten uppmärksam på att hans tillit är ogrundad.

Även om man på detta sätt låter det tillitsbaserade moderbolagsansvaret breda ut sig, kan detta ansvar blott tillfredsställa en del av det skyddsbehov som gett upphov till diskussionen om ansvarsgenombrott. Det säger sig självt att de ofrivilliga borgenärerna – t.ex. de som framställer utomkontraktuella skadeståndskrav – i regel inte kan åberopa någon tillit som grund för sina krav mot moderbolaget, som på förhand kan vara mer eller mindre okänt för dem.[729] Man kan dessutom på goda grunder fråga sig, huruvida inte också vissa avtalsborgenärer är i en sådan position att de snarare borde jämställas med de ofrivilliga borgenärerna. De kan drabbas av moderbolagets beslut på ett sådant sätt att det ter sig lämpligt att ge dem möjlighet att kräva skadestånd av detta bolag även då de kanske inte ens varit medvetna om moderbolagets existens och sålunda inte heller kunnat bygga någon tillit på detta. Ur mikropolitikens synvinkel framstår t.ex. konsumentkrav, särskilt när det gäller problem av masskaraktär, ofta som jämställbara med utomkontraktuella krav. Då man just vad avser konsumentkrav även i andra sammanhang varit benägen att öppna möjligheter att framställa krav mot den reella beslutsfattaren,[730] är det lättare att för konsumentkravens del motivera också en sänkning av tröskeln för ansvarsgenombrott. Konsumentkraven kunde i berättelsen om ansvarsgenombrottet som huvudregel jämställas med krav som ställs av ofrivilliga borgenärer. För konsumenterna är trots allt situationen ofta faktiskt åtminstone i den meningen ofrivillig att de inte upplever sig inträda i ett kontraktsförhållande var gång de anskaffar en konsumtionsnyttighet.

---

[729] I vissa fall kunde man dock tänkas åberopa också tilllitsargument. Vid produktansvarskrav kunde man stundom tänkas grunda ett moderbolagsansvar på det faktum att köparen anskaffat produkten i fråga, emedan han p.g.a. moderbolagets goda rykte litat på produktens säkerhet och kvalitet, se t.ex. Ruuska 1987 s. 504. Produktansvaret ligger också i gränsområdet mellan kontrakts- och utomkontraktuellt ansvar.

[730] Jag avser här dels den omständigheten att produktansvarskrav enligt produktansvarslagen primärt bör riktas mot tillverkaren och inte avtalsparten och dels de möjligheter till direktkrav mot tillverkaren (tidigare säljled) som man i Finland givit konsumenten vid konsumentköp, vid vissa konsumenttjänster samt vid köp av huselement och byggnadsentreprenader, se konsumentskyddslagen 5:31, 8:34 och 9:34.

När det gäller anspråk som ställs av ofrivilliga borgenärer samt av därmed jämställbara borgenärer, såsom t.ex. konsumenter, ter det sig särskilt motiverat att omfatta den huvudregel som jag ovan antytt som en möjlighet, nämligen den att moderbolagets inflytande i dotterbolaget uppfattas som det avgörande kriteriet för ansvarsgenombrott. Då de åtgärder som anspråket grundar sig på i princip ligger inom moderbolagets kontrollsfär kunde moderbolagets ansvar grundas på denna omständighet.

Man kan ge också en rättsekonomisk motivering till ett moderbolagsansvar just gentemot de ofrivilliga borgenärerna. Timo Kaisanlahti, som har analyserat frågan i detta perspektiv, förespråkar ett visserligen sekundärt men absolut ansvar för moderbolaget i relation till dotterbolagets utomkontraktuella skadeståndsborgenärer.[731] Då moderbolaget via koncernens interna uppföljningssystem kan bedöma dotterbolagets risker bättre än en utomstående och därför är i en bättre position än eventuella skadelidande att förhindra skador och försäkra dem, borde bolaget också ansvara för skadorna. Om inte moderbolaget bar ansvar skulle reglerna ge felaktiga incentiv till marknadsaktörerna att utnyttja koncernstrukturen för att undvika ansvar.

Ett ansvarsgenombrott mot moderbolaget som baseras på dess inflytande i dotterbolaget kunde, i fall som gäller utomkontraktuellt skadeståndsansvar, också byggas på skadeståndsrättsliga principer om delaktighet i ansvarsgrundande åtgärder.[732] I något fall kan man förmodligen nå ett godtagbart resultat redan på detta sätt.[733] Reglerna om delaktighet ger dock i många fall inte ett tillräckligt skydd för den

---

731 Kaisanlahti 1996 s. 233 ff., särskilt s. 249, och 1999 s. 118 ff.

732 Huttunen 1963 s. 158 nämner denna möjlighet.

733 Det kan också i vissa fall tänkas ske genom att man introducerar det anglosaxiska rättsinstitutet "shadow director", som innebär att den som de facto ger direktiven åt bolagets styrelse juridiskt behandlas som styrelsemedlem. Stattin 1999 s. 882 finner ett visst stöd i svensk rätt för en sådan tankemodell, framför allt ett obiter dictum i rättsfallet NJA 1997 s. 418. I finsk rätt är det möjligt att man ur HD 1996:46 kan utläsa en skepsis mot ett sådant resonemang; i fallet hade käranden som en av flera grunder för talan nämnt att svaranden, som var en av aktieägarna i ett aktiebolag, faktiskt hade deltagit i bolagets affärsverksamhet i en ledande ställning, men högsta domstolen kommenterade inte ens detta, utan anförde blott avslutningsvis att det inte heller hade anförts några andra lagliga grunder för ansvar. – Då lagen om aktiebolag 15:1 ålägger en styrelsemedlem ansvar mot utomstående blott vid överträdelse av ifrågavarande lag eller bolagsordningen, skulle ett shadow director-institut hos oss inte nödvändigtvis heller vara till betydande hjälp när det gäller de ofrivilliga borgenärernas rätt gentemot moderbolaget.

skadelidande. Dels kan man med hjälp av dessa regler i praktiken knappast förväntas åstadkomma ett ansvar ens i alla de situationer, där moderbolaget aktivt medverkat till de ifrågavarande åtgärderna. Den skadelidande har inte någon insyn i koncernens inre beslutsstruktur och kan ofta inte leda i bevis, hur moderbolaget konkret varit delaktig i åtgärderna. Dels bör man inte nödvändigtvis nöja sig endast med ett ansvar för åtgärder, till vilka moderbolaget aktivt medverkat. I risksamhället är också ansvaret för icke-beslut viktigt; man kräver att den som har beslutsmakt också bör verka för att eliminera faror. Då moderbolagets ansvar grundas enbart på dess inflytande i dotterbolaget, utan att man förutsätter konkret delaktighet i de skadebringande åtgärderna, kommer ansvaret att omfatta också underlåtenhet att vidta åtgärder för att förhindra att dotterbolaget i sin verksamhet förorsakar skada. Från mikropolitikens synpunkt är det angeläget att man t.ex. kan rikta talan direkt mot moderbolaget, när detta inte ingripit mot eller skapat mekanismer för att hindra t.ex. miljöförstörande åtgärder som dess dotterbolag vidtagit.

Den lilla berättelsen om ansvarsgenombrott till förmån för ofrivilliga och därmed jämställda borgenärer skulle få en god avslutning om man i dessa fall godtog en identifikation mellan moderbolaget och dotterbolaget, när det gäller skada som förorsakats av dotterbolaget. Moderbolagets ansvar kunde här vara primärt och alltså uppstå oavhängigt av om man riktat anspråk mot dotterbolaget. Ansvaret för moderbolaget kunde uppkomma utan att den skadelidande skulle behöva visa någon konkret delaktighet i den påtalade åtgärden från moderbolagets sida. Då ett moderbolag normalt åtminstone har möjlighet att utöva inflytande i dotterbolaget och man därför kan presumera förekomsten av sådant inflytande, skulle man i den enskilda processen inte heller nödvändigtvis behöva visa detta. Eventuellt kunde moderbolaget tänkas undgå ansvar om det kan visa, att det av någon särskild orsak berövats möjligheten att utöva inflytande i dotterbolaget vad avser de frågor som målet gäller.

Kreditgivaransvaret

En liten berättelse ger lätt upphov till nya små berättelser. Berättelsen om ansvarsgenombrottet kan, särskilt om den förverkligas i den ansvarsrättsligt präglade form som jag nyss beskrivit, erbjuda en ut-

gångspunkt för nya berättelser om ansvar för andra som har inflytande i det bolag som förorsakat skada. Om en gång det inflytande som följer av ett koncernförhållande kan leda till ansvar, är det naturligt att fråga, huruvida inte också andra former av inflytande kan ha samma konsekvens. Frågan har legat till grund bl.a. för berättelsen om kreditgivares ansvar för kredittagares verksamhet. Den berättas redan med stor intensitet i vissa länder[734] och man har nu också i svensk och finsk rätt gjort de första mer genomarbetade inläggen i den. Berättelsen gäller närmare bestämt ansvaret för en sådan dominerande kreditgivare till ett företag som i kraft av sin ställning kan öva inflytande över företagets verksamhet, för skador som företaget förorsakat i den kreditfinansierade verksamheten. Redan i kap. 3 har jag noterat, hur det i risksamhället är angeläget att också det inflytande som t.ex. kreditgivare och försäkringsbolag kan ha vid beslutsprocesser som gäller bl.a. miljöfrågor också avspeglar sig i ett adekvat ansvar.

Det nära sambandet mellan berättelserna om ansvarsgenombrott och kreditgivaransvar framgår snabbt då man betraktar de uttalanden som gjorts i frågan. Fredrik Lassenius, som i Finland analyserat kreditgivares miljöansvar, har uttryckligen tagit en utgångspunkt i diskussionen om bolagsrättsligt ansvarsgenombrott och anser "att det förefaller finnas goda förutsättningar för att jämföra en kreditgivares miljöansvar med det bolagsrättsliga ansvarsgenombrottet."[735] Just när det gäller miljöskadeansvar är detta speciellt närliggande, då ju den speciella bestämmelsen i 7 § lagen om ersättning för miljöskador om ansvar för den som har "bestämmanderätt" kan avse både moderbolags och kreditgivares ansvar.[736] Också ur en mer allmän ansvarsrättslig synvinkel – jag kommer inte heller här att gå närmare in på tolkningen just av lagen om ersättning för miljöskador[737] – är det motiverat att koppla samman berättelserna, då ju frågan om vilket ansvar som bör följa av

---

[734] De nordiska berättelserna har i väsentlig mån kunnat byggas på utländska, särskilt amerikanska erfarenheter, se Larsson 1994–95 s. 330 ff. och Lassenius 1998 s. 159 ff. En god översikt vad avser bankers miljöskadeansvar är Norton & Auerback & Gaba 1995.

[735] Lassenius 1998 s. 190.

[736] Reg.prop. 165/1992 s. 27.

[737] I Reg.prop. 165/1992 s. 27 finns blott följande restriktiva ställningstagande: "Å andra sidan belastas t.ex. den som finansierar verksamheten inte av ersättningsansvar enbart på grund av finansieringsförhållandet och den sedvanliga tillsyn som följer av ett sådant förhållande."

inflytande och makt är densamma.[738] Så har man också t.ex. i det svenska lagberedningsarbete där man – tillsvidare utan legislativt resultat – föreslagit nya regler om ansvarsgenombrott gjort denna koppling. Genom att begagna den öppna formuleringen "bestämmande inflytande" har man velat inkludera också kreditgivare i kretsen av möjliga ansvarssubjekt.[739]

Strävan att ålägga kreditgivare ansvar för en skada som kredittagaren vållat sammanhänger med många andra berättelser om strängare ansvar för kreditgivare som i dag är aktuella. Kreditgivares ansvarsproblem har "på ett helt annat sätt än tidigare...kommit i blickpunkten."[740] I den internationella diskussionen talar man om lender liability som ett samlingsbegrepp för ett sådant ansvar.[741] Man ser också hos oss t.ex. en utveckling mot ett mer utmejslat rådgivningsansvar för kreditgivare.[742] Man har vidare gjort kreditgivare skadeståndsansvariga i vissa fall t.o.m. för fel i varor och tjänster som anskaffats på kredit.[743] Kreditgivarnas ansvar för kunder med betalningsproblem har också blivit mer utpräglat.[744] Dessa och andra berättelser går delvis in i varandra och bygger på likartade argument. Man betonar t.ex. allmänhetens och de ifrågavarande klienternas tillit till bankerna[745] och

---

738 Shadow director-institutet, som omtalades ovan i anslutning till moderbolagsansvaret, har nämnts också i det föreliggande sammanhanget, se t.ex. Kleineman 1992–93 s. 291, 306.

739 Se SOU 1987:59 s. 15: "Om t.ex. en *kreditgivare* rent faktiskt tillvällt sig ett bestämmande inflytande över verksamheten och missbrukar sin maktposition på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt kan ansvarsreglerna träffa också honom."

740 Kleineman 1992–93 s. 316.

741 I Norden används termen som ett samlingsbegrepp t.ex. av Kleineman 1992–93. Larsson 1994–95 s. 328 använder "lender liability" för ansvar för skador som uppkommit p.g.a. kreditgivarens egen verksamhet, medan "environmental lender liability" (se också t.ex. Handler & Kurnatowska 1996: "lender liability for environmental damages") avser kreditgivarens ansvar för miljöskada som förorsakats i kredittagarens verksamhet. I sin doktorsavhandling om kreditgivaransvaret – med underrubriken lender liability i Finland – analyserar Huhtamäki 1993 primärt kreditgivarens ansvar gentemot kredittagaren.

742 Se t.ex. Gorton 1998–99.

743 Se närmare EG:s konsumentkreditdirektiv (87/102/EEG) artikel 11 och den finska konsumentskyddslagen 7:13.

744 Se t.ex. de nya skadeståndsreglerna angående ansvar vid realisation av pant i den finska versionen av handelsbalken 10:7 och 10:2.

745 Se t.ex. Kleineman 1992–93 s. 316: "Det faktum att bankerna bedriver en verksamhet som skyddas av samhället och därför åtnjuter särskilda privilegier gör att allmänheten har anledning att kunna hysa särskild tillit till bankernas kompetens".

kommer sålunda in på ett område där traditionellt skadeståndsrättsliga och kontraktsrättsliga argumenteringslinjer möts. Man framhäver också kreditgivarnas ekonomiska maktposition och det ansvar som följer därav.[746] Temat ansvar och makt är centralt inte blott när det gäller kreditgivares ansvar för en skada som förorsakats av en kredittagare, utan också för kreditgivaransvarets utveckling mer generellt.

Min avsikt är likväl inte att här presentera en allmän analys av utvecklingen av kreditgivaransvaret. Jag vill blott se närmare på möjligheterna att föra berättelsen om ansvarsgenombrottet vidare till ett nytt slut som omfattar också kreditgivaransvaret. Den allmänna tendensen i riktning mot ett strängare kreditgivaransvar är dock av betydelse såtillvida, att den naturligtvis stöder möjligheterna till en sådan vidareföring av den aktuella berättelsen.

I finsk och svensk rätt är materialet angående frågan om kreditgivares ansvar för skada som förorsakats av kredittagare tillsvidare färskt och obetydligt. I Sverige har Marie-Louise Larsson för några år sedan publicerat en analys av kreditgivares ansvar vid miljöskador. Efter en genomgång av konkret svenskt rättsmaterial från främst miljörättens område konstaterar hon att den svenska regleringen inte motsvarar internationell utveckling i det en rent ekonomisk kontroll över en verksamhet inte ansetts vara ansvarsgrundande. Hon anser i motsats härtill att det i det första skedet är "nödvändigt för svenskt vidkommande... att utsträcka det miljörättsliga kontrollansvaret från faktisk och juridisk kontroll över verksamheter till att även omfatta ekonomisk sådan."[747] Instrument för detta finns redan i ansvarsrätten.[748] Hon åberopar i sin motivering för kreditgivaransvaret förutom de internationella kraven på miljörättens område också andra argument, såsom det att alla samhällssektorer bör ta del i ansvaret för miljön och det att finansiärer faktiskt kan styra både förverkligandet av och villkoren för utövningen av olika verksamheter.[749] Larsson ser dock också risker med ett vidsträckt kreditgivaransvar, särskilt vad avser möjligheterna

---

[746] I detta sammanhang kunde man också nämna den omfattande internationella diskussionen om kreditinstitutioners sociala ansvar, se t.ex. samlingsverket Evers & Reifner 1998.

[747] Larsson 1994–95 s. 348.

[748] Ibid.

[749] Larsson 1994–95 s. 351.

att erhålla kreditfinansiering för önskvärda men riskfyllda verksamheter, och framhåller därför som ett tänkbart alternativ att inte ålägga kreditgivaren ett strikt ansvar, utan enbart ett ansvar för vårdslöshet. Kreditgivaren skulle ansvara då dennas egna culpösa åtgärder eller underlåtna dispositioner förorsakar miljöskador.[750]

Larsson är trots detta beredd att gå tämligen långt när det gäller utsträckningen av kreditgivaransvaret. Hennes argumentering avser inte blott situationer som liknar dem som aktualiserar frågan om ansvarsgenombrott, d.v.s. fall där kreditgivaren utövar ett bestämmande inflytande över själva verksamheten som sådan. Hon förefaller vara beredd att föra sin berättelse ett steg vidare: "den funktion en kreditgivare främst kan fylla är att uppställa "gröna krav" på verksamheter som söker initialfinansiering, tillika som villkor vid omläggningar av gamla lån, exempelvis i form av begäran om miljökonsekvensbeskrivningar och miljörevisioner – helt enkelt att faktiskt utnyttja det inflytande man har för att främja investeringar i miljövänlig teknik och dylikt."[751] Det finns i princip inget hinder mot att också försummelser i detta avseende kan leda till ansvar.[752]

I Finland har Fredrik Lassenius tagit emot utmaningen att analysera möjligheterna för ett kreditgivaransvar avseende miljöskador. Hans diskussion gäller i princip främst lagen om ersättning för miljöskador men hans argumentering är mer allmängiltig i det han byggt den på de allmänna principerna för ansvarsgenombrott. Han betonar relevansen av bestämmanderätten och hävdar att såväl faktisk som juridisk bestämmanderätt bör accepteras som en grund för ansvar. Dock vill han begränsa ansvaret i enlighet med vad kreditgivarens bestämmanderätt omfattar: beslutanderätt i rent ekonomiska eller administrativa frågor skulle inte medföra något miljöansvar för kreditgivaren, utan sådant ansvar skulle kunna uppkomma om det förelåg "ett bestämmande inflytande över produktion..., operativa frågor eller avfallshantering".[753] Också han använder uttrycket "kreditgivarens kontroll".[754]

---

[750] Larsson 1994–95 s. 352.
[751] Larsson 1994–95 s. 353.
[752] Ibid.
[753] Lassenius 1998 s. 204.
[754] Ibid.

Lassenius vill i motsats till Larsson inte ta steget vidare från ett ansvar i de fall där själva verksamheten är underlagd kreditgivarens kontroll till ett ansvar som skulle följa redan av det inflytande som kan föreligga i samband med enskilda kreditbeslut. Om kreditgivaren enbart finansierar verksamheten utan att ha tagit kontrollen över den, skall han enligt Lassenius' mening inte drabbas av något ansvar för miljöskada.[755] Som tidigare framgått, ligger detta i linje med ett uttalande i förarbetena till lagen om ersättning för miljöskador.[756]

Hos oss håller sålunda berättelsen om ett eventuellt kreditgivaransvar för skada som en kredittagare vållat på utomstående ännu på att ta form. Då praxis saknas är berättelsen tillsvidare i högsta grad spekulativ. Man har i doktrinen presenterat de första formuleringarna av den med explicit hänblick på miljöansvaret, som ju onekligen är ett centralt område för mikropolitiken i risksamhället. Det föreligger dock inget tvingande skäl som talar för att man nödvändigtvis borde begränsa berättelsen blott till miljöskador. Goda argument för ansvar kunde anföras också i andra fall, t.ex. då kreditgivaren medverkar till att farliga produkter kommer ut på marknaden.

Jag har ovan visat, hur nära berättelsen om kreditgivaransvaret sammanhänger med berättelsen om ansvarsgenombrott i koncernförhållanden. Det ligger därför nära till hands att argumentera för ett kreditgivaransvar just i fall då kreditgivaren utövar en bestämmanderätt över kredittagarföretagets verksamhet. De rättsvetenskapliga ställningstaganden som jag nyss beskrivit överensstämmer på denna punkt.[757] Däremot råder det oenighet i frågan, huruvida man borde gå ett steg vidare och tala för ett ansvar som åtminstone i något fall kan uppkomma redan i anknytning till beslut om kreditgivning, utan att kreditgivaren övertar någon kontroll av verksamheten i företaget i fråga. Tar man sammankopplingen av makt och ansvar på allvar borde man åtminstone i vissa fall kunna föra berättelsen ända hit. Det finns situationer där kreditgivarens ställningstagande klart är avgörande

---

[755] Lassenius 1998 s. 195.

[756] Reg.prop. 165/1992 s. 27.

[757] Också Hemmo 2001 s. 167, som kort behandlat frågan, anser att kreditgivaransvar för miljöskada kunde komma i fråga blott då det föreligger ett fastare förhållande mellan kreditgivare och kredittagare än en normal finansieringssituation, t.ex. då finansiären underkastat ett krisbolag sin fasta kontroll och deltar i styrningen av verksamheten.

för, huruvida man kan sätta i gång ett projekt. Är detta fallet kunde man, åtminstone då beslutets känsliga karaktär låter sig uppfattas,[758] förutsätta att kreditgivaren i sitt beslutsunderlag tar med också hänsynen till miljö- och andra skaderisker.[759] Även dessa konsekvenser ligger ju i de ifrågavarande fallen inom kreditgivarens kontroll.

Detta konstaterande sluter cirkeln. Om man så önskar kan man formulera ansvaret för kreditgivare – både det smalare och det mer vidsträckta – också i kontrollansvarets termer.[760] Detta visar på ett åskådligt sätt, hur de små berättelserna om ansvarets utveckling kan ge stöd åt varandra. Det ömsesidiga argumentativa stödet innebär likväl inte att någon av berättelserna skulle förutsätta en annan såsom delar av ett enhetligt system. Som jag tidigare sökt visa, är ansvarsrätten fragmenterad och man kan inte på ett övertygande sätt berätta en enhetlig homogen större berättelse om kontrollen – makten – som enda motiv för ansvar.[761] Redan den fortgående närvaron av hänsyn till distributiv rättvisa och riskspridningssynpunkter kan gott leda till konkurrerande berättelser.

Ett personligt ansvar?

Vikten av att man beaktar också andra synpunkter än makten och kontrollen framgår tydligt då man diskuterar det personliga ansvaret för dem som utövar ekonomisk makt. Många aspekter bryter sig mot varandra vid regleringen av styrelsemedlemmars, verkställande direktörers och andra beslutsfattares personliga skadeståndsansvar.

En ensidig betoning av kontrollen skulle naturligtvis tala för ett strängt ansvar för dessa beslutsfattare. Sammankopplingen av ekonomisk makt och ansvar talar inte blott för en skärpning av företagsan-

[758] Alltför långtgående krav på förhandsanalys och uppföljning av kredittagares verksamhet kunde tänkas leda till en oacceptabel höjning av kreditkostnaderna. Se även Hemmo 2001 s. 168.

[759] I länder där man har ett strängt kreditgivaransvar av detta slag har kreditgivarna också utvecklat användbara metoder för bedömning av riskerna, se t.ex. den intressanta analysen av hur miljöansvaret i praktiken påverkat kreditgivarnas lånepolicy i USA hos Norton & Khicha 1995.

[760] Larsson 1994-95 s. 347 åberopar i förbigående uttryckligen t.o.m. köprättens kontrollansvar som ett argument för kreditgivaransvar och talar om "det miljörättsliga kontrollansvaret" (s. 348).

[761] Jfr Pöyhönen 1999b s. 190.

svaret, utan den kan åberopas också till stöd för stränga ansvarsregler vad avser företagets ledning.

I kap. 3 noterade jag också risksamhällets problem med bristen på personligt ansvarstagande i organisationer (företag), och behovet att motverka detta genom regler om juridiskt ansvar för beslutsfattare. En utveckling av beslutsfattares personliga ansvar har t.o.m. angivits som ett av skadeståndsrättens svar på risksamhällets utmaningar.[762]

Mycket talar således för att man i högre grad borde uppmärksamma också det personliga beslutsfattaransvaret både gentemot företaget i fråga och gentemot utomstående. I den juridiska debatten förefaller också intresset för detta ansvar ha vuxit. Både i Finland och i Sverige har man under senare år publicerat omfattande rättsdogmatiska undersökningar angående problematiken.[763] Processbenägenheten förefaller också ha ökat. Särskilt i Finland har de många processerna mot bankernas ledningar i efterdyningarna till bankkrisen väckt mycket uppmärksamhet.[764] I högsta domstolen har man under de senaste åren därtill behandlat också flera andra fall där man riktat skadeståndstalan mot ett bolags ledning.[765]

Ur detta material kan man dock knappast utläsa någon tendens till att frångå culpaansvaret till förmån för strängare ansvarsformer. Trots att kopplingen mellan makt och ansvar kunde tala för ett strängare ansvar kan man just beträffande den föreliggande frågan åberopa andra vägande argument som talar mot en sådan utveckling. De distributiva argument som jag i flera sammanhang nämnt som en orsak till varför försäkringssamhällets ansvarsrätt är en företagens ansvarsrätt är inte träffande när det gäller företagsledningens personliga ansvar. Det att det

---

762 Brüggemeier 1997 s. 72.

763 Se t.ex. Taxell 1983, Toiviainen 1988 s. 255 ff., Dotevall 1989, Toiviainen 1992 s. 492 ff., Savela 1999, Halme 2000 och Salonen 2000.

764 En översikt över de många processerna inom sparbankssektorn finns hos Halme 1999 s. 537 ff. Högsta domstolen har tagit ställning till ansvaret i HD 1997:110 , 1999:12, 2000:58 och 2000:69.

765 Se t.ex. från från de allra senaste åren HD 1998:115 (byggnadsföretags verkställande direktörs ansvar gentemot bank), HD 1999:27 (fastighetsförmedlingsrörelses styrelseordförandes och verkställande direktörs ansvar gentemot köpare), HD 1999:86 (styrelsemedlems ansvar gentemot bolagets konkursbo), HD 1999:105 (avdelningschef och två direktörer vid Skogscentralen Tapio; ansvar för överskridande av befogenheter), HD 1999:118 (styrelsemedlems, verkställande direktörs och revisors ansvar gentemot bolaget) och HD 2000:89 (styrelsemedlems ansvar gentemot aktieägare).

personliga ansvaret i ansvarsrätten ofta är begränsat och ansvaret i många fall inte kommer att träffa den person som i sista hand bär det moraliska ansvaret för besluten beror just på att beslutsfattarna som personer inte har samma möjlighet att kanalisera och pulverisera förluster som de organisationer eller de företag inom vilka de arbetar. Som jag ser det är det också i framtiden väl motiverat att ta hänsyn till sådana distributiva synpunkter. De krav som följer av risksamhällets betoning av beslutsfattandet behöver därför inte nödvändigtvis ge anledning till försök att skissa på en ny berättelse om ett strängare ansvar för företagsledningen. Redan det att man i dag i praktiken förefaller utnyttja de ansvarsregler som finns i högre grad än tidigare kan dessutom tänkas utgöra ett tillräckligt svar på risksamhällets behov i detta hänseende.

Också det möjliga behovet att blanda in de personliga beslutsfattarna i den senmoderna ansvarsprocessens moraldiskurs kan tillfredsställas inom ramen för det culpabaserade ansvar som i dag utgör huvudregel. Som jag nämnde i kap. 4 utgör ju just de s.k. bankprocesserna mot personer i krisbankernas ledning ett gott exempel på hur ansvarsprocessen kan bli ett forum för en nödvändig moralisk diskussion. Det föreligger sålunda knappast heller i detta perspektiv några starka skäl för att här ta upp frågan om beslutsfattares personliga ansvar till en mer grundlig behandling. För en god mikropolitik är det normalt tillräckligt att man kan rikta de juridiska anspråken mot den organisation, eller den del av organisationen, som kan uppfattas som bärare av det moraliska ansvaret. Beslutsfattarens personliga ansvar blir oftast en bifråga, då man överväger möjligheterna att använda den privata ansvarsrätten som ett redskap för mikropolitik.

9 kap. Politisk makt och ansvar

Om hur ansvarsrätten kan utnyttjas inte blott till att ställa krav på kvaliteten hos den offentliga sektorns prestationer, utan även till att tvinga fram politiskt ansvarstagande genom att knyta juridiskt ansvar till utebliven eller bristfällig offentlig service och t.o.m. till utebliven eller bristfällig offentlig reglering.

I linje med det som sades om den ekonomiska makten och ansvaret i det föregående kapitlet kunde man analysera det ansvar som anknyter sig till den politiska makten i ett brett perspektiv, som skulle täcka såväl ansvarsgrunden som ansvarssubjekten. Också här kan man, som nedan omtalas, iaktta en trend i riktning mot ett strängare ansvar, och frågan om ansvarssubjekten vid utövning av offentlig myndighet har fått en ny och intressant dimension som följd av den marknadsorientering och privatisering som ägt rum också vad beträffar uppgifter som kan anses utgöra myndighetsutövning.[766]

Likväl skall jag inte berätta så omfattande berättelser. Både i Finland och Sverige finns att tillgå goda allmänna analyser av det offentligas ansvar och nya sådana är under arbete.[767] Som nedan kommer att framgå kan man inte heller koppla berättelsen om myndighetsansvarets utveckling direkt till den allmänna berättelsen om kontrollansvarets utbredning, vilket kunde ha motiverat en mer generell angreppsvinkel.

I stället för att tala om politisk makt i en så vid betydelse att det omfattar all makt som direkt eller indirekt anknyter till det offentliga föredrar jag att fokusera min berättelse på den "egentliga" politiska

---

[766] Se t.ex. Hakalehto-Wainio 2000 s. 44 ff. Som en parallell till frågan om ansvarsgenombrott i föregående kapitel behandlar jag senare i detta kapitel i korthet spörsmålet, huruvida staten eller andra delar av den offentliga sektorn bör ansvara för en skada som privaträttsliga subjekt vållat vid myndighetsutövning.

[767] Se t.ex. Bengtsson 1976, 1978 och 1996 och Hakalehto-Wainio 2000 och 2000b. Hakalehto-Wainio arbetar för närvarande med en doktorsavhandling kring temat.

makt som är intresserad av möjligheterna att skapa något, att se till att saker fungerar på önskat sätt och att förändra och förbättra det som finns. Med min lilla berättelse söker jag belysa en möjlig ny roll för ansvarsrätten i relation till en sådan politisk makt. Jag förbigår alltså den "byråkratiska" makten att fungera inom ramen för rådande strukturer och traditioner och att tillämpa gällande detaljnormer.[768]

Jag uppfattar nämligen frågan om det offentligas ansvar för att man uträttar önskvärda saker som speciellt intressant mot bakgrund av den reträtt för offentlig service och de trender mot avreglering och minskad övervakning som utgör centrala element i den marknadsorientering som pågår i våra samhällen.[769] Frågan gäller då ofta ansvarsrättens möjligheter att fungera som en broms, när denna utveckling går längre än vad man upplever som acceptabelt. Kan man och i vilken utsträckning utnyttja ansvarsrätten som ett redskap i en mikropolitik som syftar till att framtvinga och bibehålla åtgärder – tjänster, övervakning och reglering – från det offentligas sida?

När man diskuterar ansvaret för den ekonomiska makten är det allmänna intresset främst riktat mot vad de ekonomiska aktörerna gör och vilka konsekvenser detta har samt vilka säkerhets- och andra arrangemang som anknyter sig till sådana positiva åtgärder, medan man mer sällan ställer ansvarsrättsligt sanktionerade krav på nya former av verksamhet. När det gäller den politiska makten riktar man däremot ofta i dag, både som en följd av marknadsorienteringen och p.g.a. trygghetsförväntningarna i risksamhället,[770] den akuta kritiken mot att man inte gör något i fall där man enligt någons uppfattning borde. Just vid behandlingen av det offentligas ansvar är det därför nära till hands att ställa frågan, i vilken mån man bör anknyta ansvar också till åtgärder som inte vidtagits, fastän man förväntat sig dem.

Mina små berättelser gäller alltså utvecklingen av ett privaträttsligt ansvar för underlåtenhet att ta ansvar inom det offentliga. Man kan säga att de gäller möjligheterna att med ansvarsrättens hjälp tvinga fram ett politiskt ansvarstagande.

---

[768] Indelningen i "egentlig" politisk makt och "byråkratisk" makt är naturligtvis mycket grov och jag vill inte på något sätt framhäva något motsatsförhållande eller någon klar gränslinje mellan dem.

[769] Se närmare kap. 2.

[770] Se ovan kap. 3, där jag noterade de växande förväntningarna på beslutsfattande. Också icke-beslut ses som beslut.

Utgångspunkter

Den nya regleringen av det offentligas ansvar var en av de centrala nyheterna i den skadeståndslag som stiftades i början av 1970-talet i både Finland och Sverige. Det allmänna principalansvaret, enligt vilket en arbetsgivare skall ersätta en skada som en arbetstagare förorsakat genom fel eller försummelse i arbetet, kom att omfatta även offentliga arbetsgivare, då de inte ägnar sig åt myndighetsutövning. För skada vid myndighetsutövning föreskrev man likaledes ett generellt ansvar för arbetsgivaren/det offentliga baserat på fel eller försummelse, här dock med ett antal begränsningar. Den lagstadgade utgångspunkten i vartdera fallet är således ett culpaansvar. Jag har tidigare noterat, hur just culparegeln är tillräckligt flexibel för att erbjuda en god grund för såväl riskanknutna som moraliska inlärningsprocesser. Redan det lagstadgade ansvaret för det offentliga erbjuder därmed som sådant ett gott redskap för mikropolitiska aktioner som riktas mot den politiska makten. Den flexibla culpabaserade regleringen ger utrymme för små berättelser om ett ökat ansvar i anslutning till utövningen av politisk makt.

Man kan dessutom även på detta område åberopa goda grunder för fragmenterade berättelser om ett strängare ansvar:

(i) Man kan inledningsvis notera, att sådana berättelser redan berättas i den nordiska doktrinen. Det är symptomatiskt att man har kritiserat de särskilda begränsningarna i ansvaret för myndighetsutövning och föreslagit att de skall avlägsnas,[771] i det man i dag anser, att "den offentliga verksamheten bör vara underkastad minst lika stränga regler som den privata."[772] På vissa punkter har man i lagstiftningen redan låtit pendeln slå över i *ett strängare ansvar* än det culpabaserade: ett gott finskt exempel är det offentligas strikta ansvar enligt lagstiftningen om olika slag av myndighetsregister såsom fastighets-, lagfarts- och inteckningsregister.[773] Också det strikta patientskadeansvaret kan nämnas i

---

[771] Så i Finland särskilt Hakalehto-Wainio 2000 s. 144 ff. och 2000b s. 298 ff. I Sverige har man redan upphävt den s.k.standardregeln, enligt vilken ansvar skall uppkomma blott om skäliga krav blivit åsidosatta, och den s.k. passivitetsregeln, som begränsar rätten till ersättning om man inte sökt ändring i ett felaktigt beslut. Som Hakalehto-Wainio visat finns det goda skäl att förfara på samma sätt i Finland. I Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta 1998 s. 18 f. föreslår man också att standardregeln skulle upphävas.

[772] Hellner & Johansson 2000 s. 450.

[773] I rättspraxis har man dock inte velat göra detta ansvar retroaktivt, se HD 1996:115.

detta sammanhang. Statens strikta ansvar gentemot en oskyldigt häktad eller dömd infördes redan i samband med skadeståndslagen.

I Finland har Suvianna Hakalehto-Wainio nyligen analyserat det önskvärda i att man utvecklar ett strängare ansvar för offentlig verksamhet genom regler om strikt ansvar, strängare culpabedömning, krav på exculpering eller sänkning av kraven på den skadelidandes bevisning.[774] Hon finner flera argument för en sådan skärpning av ansvaret. För detta talar både argument som är typiska just för denna verksamhetskontext, såsom den skadelidandes ställning som svagare part i den förvaltningsrättsliga relationen[775] och de starka förväntningar som riktar sig just mot det offentliga, och flera av de argument som brukar åberopas när det gäller skärpningar av ansvaret för företag, såsom organisationens större möjligheter att undvika skadan genom en ändamålsenlig organisering av verksamheten och dess bättre förmåga att bära och pulverisera skadan. Bl.a. på dessa grunder blir hennes konklusion en rekommendation till förmån för en punktvis genomförd (dvs. fragmenterad) skärpning av ansvaret: fastän man inte nödvändigtvis bör eftersträva en generell skärpning av skadeståndsansvaret vid myndighetsutövning, kan det finnas behov för det på särskilda områden av förvaltningen.[776] Liknande tankar har i Sverige tidigare framförts av Bertil Bengtsson, som bl.a. hänvisat till de synpunkter som ligger bakom utvecklingen av det strikta ansvaret för farlig verksamhet: "onekligen skapar myndigheternas långtgående ingrepp i den enskildes angelägenheter en ökad risk för skador, vilken aldrig godtagits av den enskilde och som enligt traditionella tankegångar utgör ett skäl för skadeståndsskyldighet oberoende av vållande."[777] Trots detta tror inte heller Bengtsson på ett generellt ansvar oberoende av vållande för det offentliga.[778] Båda författarna[779] – liksom också svenska lagberedningsarbeten[780] – föreslår m.a.o. för det offentli-

---

[774] Hakalehto-Wainio 2000 s. 119 ff.

[775] Se härom också Hakalehto-Wainio 2000b s. 291 ff.

[776] Hakalehto-Wainio 2000 s. 147.

[777] Bengtsson 1988 s. 614.

[778] Bengtsson 1988 s. 617.

[779] Man kunde ytterligare för norsk rätts del hänvisa till Hagstrøm 1987 s. 108, som menar att man inte bör eftersträva ett generellt objektivt ansvar (för ogiltiga förvaltningsbeslut), men att det på enskilda områden av förvaltningen kan vara önskvärt att ha ett sådant ansvar.

[780] Se SOU 1993:55, där man utrett behovet att skärpa det allmännas skadeståndsansvar

gas ansvar just en sådan oscillering mellan culpaansvar och strängare ansvarsformer som jag tidigare i detta arbete angivit vara både en användbar grund för och ett resultat av mikropolitiskt initierade ansvarsrättsliga inlärningsprocesser.

I kapitlet om ekonomisk makt och ansvar föreslog jag att man inom området för näringsverksamhet kunde ge denna oscillering en lämplig riktning genom en berättelse om kontrollansvaret som dominerande ansvarsgrund. När det gäller ansvaret i anslutning till politisk makt framstår kontrollen inte som en lika naturligt överbegrepp. I vissa fall – särskilt när det gäller skador som framstår som en oönskad följd av en bestämd aktivitet av det offentliga – är det säkerligen också på detta område lämpligt att tala för ett kontrollansvar. Då man talar om underlåtenhet att agera blir kriteriet emellertid många gånger så vidsträckt att det blir helt innehållslöst. Det mesta är i princip möjligt att dra in under lagstiftningens och det offentligas kontroll. Å andra sidan upplever man lätt en växande samhällelig kontroll som negativ.[781] Ingen vill ha en offentlig sektor som strävar efter att kontrollera allt.[782] De

---

och konkluderat: "Ingen allmän ansvarsskärpning utan reformer på speciella områden" (s. 147 f.).

[781] Gustafsson & Riberdahl 1989 s. 343 åberopar detta som ett argument mot en skärpning av kommuns skadeståndsansvar.

[782] Det offentliga kan åläggas ansvar också då man gör mer än vad man enligt domstolens uppfattning borde. Se t.ex. HD 1995:111: Konsumentklagonämnden publicerade i sitt meddelande namnet på en näringsidkare som låtit bli att följa dess rekommendation till avgörande. Staten ålades att ersätta den skada till följd av minskad omsättning som näringsidkaren förorsakats på grund av publiceringen. I fallet var inte fråga om att man vid publiceringen skulle ha gett felaktiga uppgifter om näringsidkaren, utan denne bestred konsumentklagonämndens rätt att överhuvudtaget publicera förteckningar över näringsidkare som inte följt dess avgöranden. Man har på goda grunder kritiserat högsta domstolens avgörande i detta fall. Domstolen åberopade nämligen som centralt argument för avgörandet att man inte i F om konsumentklagonämnden explicit nämnt möjligheten till en sådan publicering; i 14 § av denna förordning nämns blott publicering av avgöranden, vilka vid lagtillämpning är av betydelse för konsumenter och näringsidkare. Högsta domstolen förefaller således presumera, att en offentlig myndighet inte kan vidta åtgärder som inte klart angivits i lagstiftningen. Detta är en mycket rigid och i praktiken ohållbar position, som också står i uppenbar strid med andra rättsfall, i vilka man ålagt ett offentligt samfund skadeståndsansvar för försummelse att ge information eller vidta andra slag av åtgärder. Jag tror därför att man måste se fallet HD 1995:111 som ett "olycksfall i arbetet", vars prejudikatverkan kan begränsas till den specifika situation som fallet berör. Det bör därför inte ses som ett hinder mot de små berättelser om utvidgat ansvar för underlåtelse som jag anför nedan.

fragmenterade berättelserna om ett växande ansvar för underlåtenhet att ta ansvar inom det offentliga kan därför endast i vissa fall begreppsliggöras genom en placering inom kontrollansvarets ramar.

En detaljberättelse, där kontrollterminologin ter sig mindre problematisk och där också kopplingen till frågor som berörts i kap. 8 är närliggande,[783] bör nämnas i detta sammanhang. En allt viktigare konkret fråga i samband med diskussionen om eventuella skärpningar av ansvaret för det offentliga och om vad som rimligen kan anses ligga inom det offentligas kontrollsfär är spörsmålet om statens eller andra offentliga samfunds eventuella ansvar för en skada som privaträttsliga subjekt vållat vid (privatiserad) myndighetsutövning. I svensk rätt utgår man från att det föreligger ett sådant ansvar.[784] Även om den finska skadeståndslagen på denna punkt inte har samma formulering som den svenska – i den svenska skadeståndslagen 3:2 anges att staten eller kommun skall ersätta skada genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning "i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar", medan den finska skadeståndslagen 3:2 saknar den citerade passusen – skulle en motsvarande lösning vara naturlig också i Finland. De finska förarbetena syns visserligen ge vid handen att man medvetet valt en annan linje än i Sverige.[785] Då den finska lagens ordalydelse emellertid inte direkt hindrar att man tolkar den finska lagen på samma sätt som den svenska och då man i andra sammanhang ju varit mer villig att godta regler om ansvarsgenombrott än man var då skadeståndslagen stiftades, skulle det trots förarbetena i dag te sig motiverat att utvidga berättelsen om det offentligas ansvar också i Finland så, att de offentliga samfunden skulle svara för skador som vållats av sådana privaträttsliga subjekt åt vilka man anförtrott myndighetsutövning. Att hålla fast vid att det offentliga bör bära ett sådant ansvar är särskilt

---

[783] Se avsnittet om moderbolags ansvar för skada som vållats av dotterbolag.

[784] Se närmare t.ex. Bengtsson 1976 s. 116 ff. och 1996 s. 53 ff., Hellner & Johansson 2000 s. 463 f. samt Marcusson 1989 s. 202 ff.

[785] Se Reg.prop. 187/1973 s. 17, där man påpekar att det kunde ha varit ändamålsenligare att välja den svenska lösningen, men att det inte varit möjligt att i samband med det föreliggande arbetet uppta frågan till behandling.

viktigt i den privatiseringsperiod vi nu lever i.[786] Som Jan Kleineman har påpekat, kan man också se ett sådant ansvar för det offentliga som ett utslag av samma princip angående s.k. nondelegable duties som gäller i kontraktsrätten beträffande en avtalsparts ansvar för en självständig medhjälpare som anlitas vid uppfyllelsen av ett kontrakt.[787]

(ii) Det är vidare skäl att också på detta område särskilt uppmärksamma konsekvenserna av att gränslinjen mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt ansvar håller på att suddas ut. De små berättelserna om ett skärpt ansvar för det offentliga kan i många fall inkludera argumentationsmönster som har en *kontraktsrättslig prägel.*

I någon utsträckning kan man åstadkomma en skärpning av ansvaret genom att konstruera den ifrågavarande situationen som ett privaträttsligt avtal och direkt tillämpa konsument- och kontraktsrättsliga regler. Tidigare, i kap. 2, har jag noterat argument för sådana lösningar och omtalat avgöranden i denna riktning.[788] Jag vill här återkalla dessa argument i minnet, därför att de i någon mån kan sägas stöda kontraktsrättsliga argumentationsmönster också i sådana fall av eventuellt ansvar för det offentliga vilka inte så lätt kan hänföras direkt under kontrakts- och konsumenträttens rubriker.

Suvianna Hakalehto-Wainio nämner i sitt förslag till en punktvis skärpning av ansvaret som ett argument de kontraktsliknande drag som ofta ansluter sig till förhållandet mellan det offentliga och den enskilda. Det är naturligt att man där det föreligger sådana drag eftersträvar lösningar som påminner om kontraktsansvaret, som ju ofta är relativt strängt. T.ex. vid rådgivningsverksamhet i det offentligas regi skulle en sådan argumentation vara tänkbar.[789] Jan Kleineman har i en studie av de offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar konkluderat att "det i skadeståndsrättsligt hänseende finns betydande likheter mellan de *skadesituationer* som typiskt sett kan tima i kontraktuella relationer och de som kan följa av att enskilda medborgare nödgas vända sig till det allmänna för att utverka råd eller invänta beslut."[790] Vid

---

[786] Rasinmäki 1997 s. 444 har uttryckligen kritiserat den omständigheten att kommunerna kan befrias från skadeståndsansvar genom att privatisera sin verksamhet.

[787] Kleineman 1991–92 s. 69.

[788] Se särskilt det intressanta svenska barnomsorgsfallet NJA 1998 s. 656.

[789] Hakalehto-Wainio 2000b s. 286 ff.

[790] Kleineman 1991–92 s. 92.

rådgivningsverksamhet från det offentligas sida, liksom också då man på en offentlig instans' vägnar gör andra uttalanden, uppstår uppenbara ansvarsförväntningar, ifall denna verksamhet eller dessa uttalanden inte fyller måttet. Ansvaret är här emellertid juridiskt problematiskt, då den skada som uppkommer typiskt är en allmän förmögenhetsskada, som skall ersättas blott vid myndighetsutövning och i vissa andra fall. Om man önskar tillmötesgå ansvarsförväntningarna, måste man därför antingen utvidga området för myndighetsutövning, eller gå in i mer kontraktsliknande tillitsresonemang.

Det föreligger i finsk rättspraxis exempel på båda sätten att utvidga ansvaret för det offentliga. Å ena sidan har man utsträckt begreppet myndighetsutövning relativt långt i fallet HD 1989:50, där en arbetskraftskonsulent i statens tjänst hade lämnat en kanadensisk medborgare som planerade att flytta tillbaka till Finland felaktiga upplysningar om vissa bestämmelser. Då det hade utgjort en väsentlig del av arbetskraftskonsulentens tjänsteåligganden att lämna upplysningar samt med hänsyn till upplysningarnas art och ändamål ansåg högsta domstolen att konsulenten hade lämnat upplysningarna vid myndighetsutövning. Å andra sidan har man lagt tillitsresonemang till grund för de tidigare omtalade domstolsavgörandena angående statens ansvar för uttalanden som gjorts i samband med varvet Wärtsilä Meriteollisuus Oy:s konkurs.[791]

Mycket talar för att man borde framhäva möjligheten av en berättelse av det senare slaget. Från den skadelidandes synpunkt är det ofta mindre motiverat att dra gränsen för ansvaret på grundval av distinktionen myndighetsutövning/annan verksamhet. Från hans sida är tilliten avgörande; om han har agerat i tillit till myndigheternas råd, förväntar han sig ersättning, oberoende av om råden klassificeras som myndighetsutövning eller inte. Man kunde tala om förväntningar på ett tillitsskydd, som inte påverkas av någon juridisk gränsdragning mellan offentlig myndighetsutövning och annan verksamhet inom den offentliga sektorn. Ett sådant tillitsskydd, i vilket man smält samman den offentligrättsliga principen om skydd av medborgarens tillit[792] med motsvarande privaträttsliga princip, förefaller

[791] HD 1999:32 och 1999:33. Se ovan kap. 7.

[792] En sådan offentligrättslig princip om skydd av tillit som grund för skadeståndsansvar för det offentliga försvaras t.ex. av Paaso 1992 s. 184 ff.

också vara på väg att växa fram i finsk rätt,[793] just i anslutning till rådgivnings- och liknande situationer. I Sverige har man däremot inte avancerat i denna riktning och man har därför tillgripit lagstiftning. Från ingången av år 1999 har man i skadeståndslagen 3:3 en uttrycklig, men ännu tämligen återhållsam – ansvaret förutsätter "särskilda skäl" – bestämmelse om statens och kommuns ansvar för felaktiga upplysningar och råd.

Framväxten av det kontraktsliknande tillitsskyddet gentemot det offentliga är inte det enda sätt på vilket gränsen mellan utomkontraktuellt skadeståndsansvar och kontraktsansvar kan relativeras på det föreliggande området. En tillämpning av kontraktsliknande resonemang kan te sig naturlig t.ex. då det gäller det offentligas ansvar för egendom som man på olika grunder tagit om händer.[794] Jag skall dock inte analysera dessa situationer närmare. Syftet med detta avsnitt är ju blott att visa, att trycket mot strängare ansvar för det offentliga också har klätts i kontraktsliknande resonemang, som medför att just medborgarens tillit till det offentliga har blivit ett viktigt argument när man diskuterar ansvarets utveckling. Den nedbrytning av muren mellan skadeståndsrätt och kontraktsrätt som jag tidigare angivit som ett skäl för användningen av termen ansvarsrätt gör det naturligt att man också i vissa av de fragmenterade berättelserna om det offentligas ansvar kan utnyttja de för kontraktsrätten så typiska tilllitsargumenten.

---

[793] Wärtsilä Meriteollisuus -fallen har tolkats på detta sätt av Kuusikko 1999 s. 1034 ff.: genom principen om tillitsskydd kunde man komma till önskat resultat i ett fall, där varken kontraktsansvar eller ansvar för myndighetsutövning riktigt passade in (s. 1041).

[794] Se t.ex. HD 1994:121, där en beslagtagen personbil i cirka ett år och nio månader stått ute på en polisstations gård, varför den vid återlämnandet på grund av rost- och mögelskador var i så dåligt skick att den måste nedskrotas. Högsta domstolen ansåg, till skillnad från hovrätten, att myndigheterna, oberoende av polisstationens uppbevaringsmöjligheter, inte hade uppfyllt de krav som skäligen kunde ställas vid uppbevaringen av bilen och ålade staten ersättningsskyldighet. Avgörandet grundades inte uttryckligen på kontraktsliknande argument, men ansvarsbedömningen kan ha influerats av parallelliteten till en deponeringssituation. Ett motsvarande fall i svensk rätt, där högsta domstolen var mer explicit, är NJA 1989 s. 191. Staten ålades ett presumtionsansvar för vården av en segelbåt som belagts med kvarstad och förvarats på ett varv över vintern. Se även t.ex. Hellner & Johansson 2000 s. 460 f. och Kleineman 1991–92 s. 67 ff.

(iii) Då man beskriver möjliga förändringar i de rättsliga argumentationsmönstren vad avser det offentligas ansvar är det slutligen skäl att uppmärksamma en omständighet som jag berört i flera sammanhang tidigare, nämligen *grundrättigheternas växande betydelse* i den privaträttsliga kontexten. Då man traditionellt uppfattat grundrättigheterna som offentligrättsliga kan man säga att också denna argumenteringslinje utgör ett uttryck för upplösningen av gränslinjen mellan den offentliga rätten och privaträtten.

Om man utgår från att grundrättigheterna i högre grad än tidigare kan påverka lösningen av skadeståndstvister mellan enskilda parter, ligger det nära till hands att anta att deras betydelse kan bli särskilt framträdande just i den funktion som de traditionellt har haft, nämligen som skyddsregler gentemot staten och den offentliga sektorn. Då man diskuterar det offentligas skadeståndsansvar i olika situationer ter det sig därför särskilt naturligt att dra in grundrättighetsargument i den ansvarsrättsliga bedömningen. I den färska finska rättslitteraturen har man också betonat sådana argumentationsmönster.[795] Härvid har man naturligtvis noterat betydelsen av 118 § i den nya grundlagen, enligt vilken envar som lidit skada av en tjänstemans lagstridiga åtgärd eller försummelse har rätt att kräva skadestånd av det offentliga samfundet eller tjänstemannen i enlighet med vad som närmare bestäms genom lag. Denna bestämmelse kan tänkas ge både motiv för ett strängare ansvar för den offentliga sektorn och grunder för att ifrågasätta vissa av de begränsningar i ansvaret som i dag ännu gäller.[796] Man har emellertid inte nöjt sig med att notera denna uppenbara koppling mellan grundlag och skadeståndsansvar. Man har också betonat skadeståndsansvarets betydelse som rättsmedel i anslutning till andra grundrättigheter. Juha Pöyhönen, som ju generellt förespråkat en central roll för grundrättigheterna vid uppbyggnaden av det ansvarsrättsliga systemet, förutspår att skadeståndet kommer att befästa sin ställning som en skyddsform för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter – åtminstone vad beträffar deras kärnområden – även i relation till den offentliga makten.[797] Grundlagens 118 § kan här stärka

---

[795] Se Hakalehto-Wainio 2000 s. 132 ff. och 2000b s. 281 ff.
[796] Hakalehto-Wainio 2000 s. 138.
[797] Pöyhönen 1999 s. 342.

argumentationen för ett skadeståndsansvar för det offentliga vid brott mot andra grundrättigheter.[798]

Vid sidan av de grundlagsfästa grundrättigheterna kan också konventionsbundna mänskliga rättigheter spela en roll i detta sammanhang. I Europarådets människorättskonvention art. 41 har man ju t.o.m. uttryckligen föreskrivit att den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna kan tillerkänna en förfördelad part skälig gottgörelse för brott mot konventionen. Även om denna bestämmelse förmodligen inte är direkt tillämplig så, att den skulle förplikta konventionsstaterna att nationellt utdöma skadestånd för sådana brott,[799] är det givet att den växande betydelsen av såväl denna konvention som andra internationella människorättsakter gör dem till gångbara argument också i en nationell kontext.[800]

Betoningen av skadeståndsansvarets betydelse för skyddet av grundrättigheterna – och de mänskliga rättigheterna – bringar in en ny viktig uppsättning argument att utnyttjas i de små berättelser som detta kapitel handlar om. Då dessa berättelser avser bedömningen av frågan om den offentliga sektorns ansvar för olika slag av underlåtenhet, behövs argument på vilka man kan bygga en positiv handlingsskyldighet för det offentliga.

Ansvar för uteblivna tjänster

I kap. 2 framhöll jag att ansvarsrätten kan erhålla en servicetvångsfunktion, som skulle motverka att den marknadsorienterade offentliga sektorn drar in tjänster som den tidigare erbjudit. Min första lilla berättelse om politisk makt och ansvar anknyter sig till denna problematik. I vilken omfattning och med vilka slag av argument kan man skapa ett privaträttsligt ansvar för ett offentligt samfund för brister i dess utbud av offentliga tjänster,[801] för att förhindra att servicen försämras eller kanske t.o.m. för att åstadkomma att den förbättras?

---

[798] Lavapuro 1999 s. 445 noterar t.ex. att 118 § grundlagen kan ha betydelse då man bedömer ett offentligt samfunds skadeståndsansvar vid brott mot diskrimineringsförbudet i 6 §.

[799] Se t.ex. den intressanta analysen hos Möller & Skrabb 2001.

[800] Så även beträffande inverkan på det engelska statsansvaret Craig 1998 s. 90.

[801] Jag talar om att skapa ett ansvar, därför att man traditionellt utgått från att det föreligger ett "begränsat utrymme" för ett skadeståndsansvar för försummad service, se

Berättelsen kan framskrida i flera steg. Den kan på ett tidigt skede utmynna i specifika berättelser om ansvar vid särskilda typer av verksamhet eller vid särskilda slag av åtgärder. Dessa berättelser påverkar likväl varandra och de kan leda till bredare beskrivningar av ansvarets utveckling.

Jag utgår i min berättelse från den traditionella skadeståndsrättsliga indelningen av olika fall av ansvar för underlåtelse, då den är uppenbart relevant, när det gäller kraven på motiveringar för ett ansvar för det offentliga för försummad service. Förutsättningarna för att ålägga ansvar för underlåtelse är olika i de olika grupperna av fall.[802] Av särskild betydelse är som känt distinktionen mellan en sådan underlåtelse som står i samband med en positiv handling eller aktivitet från skadevållarens sida å ena sidan och s.k. ren underlåtelse, som inte har något samband med positiva åtgärder, å den andra. I den första gruppen är gränsdragningen mot ansvar för positivt handlande mer eller mindre godtycklig, då det ju ofta är en smaksak, huruvida man säger att skadevållaren gjort sig skyldig till en positiv aktivitet som förorsakat skadan eller om man väljer att se hans underlåtenhet att vidta tillräckliga säkerhetsföranstaltningar som det avgörande momentet. I varje fall är det klart att den som "öppnar en farekälla"[803] också bär ansvar för underlåtenhet att avvärja en skada som sammanhänger med denna fara på samma grunder som man svarar för positivt handlande. I den andra gruppen, d.v.s. i fallen av ansvar för ren underlåtenhet, krävs däremot något mer för att ansvar skall uppkomma. Ansvar för ren underlåtelse förutsätter att den ansvariga haft något slags rättsligt relevant plikt att handla.

I båda grupperna av fall kan man tänka sig en fragmenterad utveckling mot ett strängare ansvar för det offentliga. Argumentationsmönstren måste emellertid delvis bli olika. Det är uppenbart att det generellt sett är lättare att motivera ett ansvar i de fall där underlåtenheten står i samband med en aktivitet som det offentliga utövar. En berättelse om utbredningen av det offentligas ansvar för uteblivna tjänster kan därför lämpligen inledas med synpunkter på denna typsituation för att sedan föras vidare mot fall där ansvaret är svårare att motivera.

Bengtsson 1976 s. 299. T.o.m. då underlåtenheten stått i strid med myndighetens skyldigheter har man antagit att det allmännas ansvar torde "bedömas milt" (ibid.).

802 Se i finsk rätt den goda analysen hos Saxén 1975 s. 41 ff.

803 Hakulinen 1962 s. 248 f.

Just när det gäller ansvar för underlåtenhet i samband med en aktivitet är det, som jag nämnde ovan, närliggande att koppla samman berättelsen om det offentligas ansvar med berättelserna i det föregående kapitlet om ett ansvar för omständigheter som ligger inom ramen för aktörens kontroll. Utövar ett offentligt samfund en bestämd aktivitet bör det, på samma sätt som en privat aktör, tillse att sådana omständigheter i anslutning till aktiviteten som ligger inom det offentliga samfundets kontroll inte medför skada på klienter och utomstående.[804] Även om detta är en god utgångspunkt, är det likväl skäl att notera att man vid bedömningen av det offentligas ansvar ofta måste ta hänsyn också till andra argument som inte är aktuella vid bedömningen av ansvaret för den ekonomiska makten. För det första är många av de aktiviteter som utövas av det offentliga lagstadgade och frågan, huruvida de bör utövas eller inte och hur de bör utövas, ligger därför delvis utanför det ifrågavarande samfundets kontrollsfär. Vid bedömningen av ansvaret kommer man då ofta in på den svåra frågan om det offentligas ansvar för bristfällig lagstiftning och annan reglering, till vilken jag återkommer i slutet av detta kapitel. För det andra kan det vara fråga om aktiviteter som är obligatoriska för medborgarna att delta i – såsom att delta i grundskolningen – och då kan talet om en vid kontrollsfär för det offentliga lätt få en negativ klang. Krav på en extensiv utövning av de kontrollmöjligheter som finns kan innefatta olämpliga element av en "storebror ser dig" -mentalitet. Redan i den "enkla" typsituationen underlåtenhet i samband med positivt handlande måste man därför antagligen acceptera att berättelserna om det offentligas ansvar berättas ibland med en culpa- och ibland med en kontrollterminologi, beroende på den konkreta situationen.

Detta hindrar inte att man vid behov kan föra de små berättelserna om ansvar i den föreliggande situationen t.o.m. ytterst långt. Ett symptomatiskt exempel är de skolmobbningsfall som nästan samtidigt avgjordes av domstolar i Finland och Sverige.

I Finland dömde tingsrätten i Kumo hösten 1999 Vittis stad att betala 72 500 mk i skadestånd till en kvinna som från slutet av lågstadiet

[804] Jfr också HD 2000:97, där minoriteten ville tillämpa ett kontrollansvar, när staten genom lagstiftning dragit undan grunden för ett samarbetsavtal, som staten ingått. Argumenteringen var dock till denna del kontraktsrättslig. Majoriteten tog inte ställning till ansvarsgrunden; man ansåg att avtalet inte band lagstiftningsmakten.

och genom hela högstadiet och gymnasiet utsattes för en sådan mobbning av sina kamrater att hon blev tvungen att avlägga delar av skolutbildningen genom hemtentamina. Rätten fann, att man i den kommunala skolan hade känt till mobbningen och att man bort mer aktivt vidta åtgärder för att få slut på den. Enbart det att man förmanat mobbarna var inte tillräckligt. En och en halv vecka tidigare hade Karlstad tingsrätt i Sverige dömt Grums kommun att betala 125 000 kronor i skadestånd i ett motsvarande fall, där en elev hade mobbats i sex års tid och sedermera avbrutit sin skolgång och flyttat från orten.[805]

Berättelsen om dessa fall kan i sig passas in i de traditionella ansvarsrättsliga ramarna. Det var ju strikt taget fråga om en försummelse av kommunen att inom ramen för en verksamhet som den bedrev upprätthålla de säkerhetskrav som man på basen av en traditionell – men sträng – culpabedömning kan ställa upp. Det var också, om man här önskar använda kontrollterminologin, fråga om att ålägga det offentliga samfundet ansvar för något som direkt låg inom dess kontroll. Likväl framstod ansvaret som "nytt",[806] det medförde mycket publicitet och applåderades också i offentligheten för de effekter det kunde ha för arbetet mot mobbning i skolorna, för att det "ger rätt signaler åt kommunerna och skolan".[807]

Det är lätt att tänka sig andra motsvarande fall, där man kan utnyttja ansvarsrätten för att framtvinga t.ex. nya övervaknings- och säkerhetsförpliktelser i anslutning till verksamheter som bedrivs av offentliga samfund.[808] Jag skall dock inte förlänga denna exempelförteck-

---

[805] Fallen refereras utförligt i Helsingin Sanomat 17.11.1999 och Hufvudstadsbladet 6.11.1999 och 17.11.1999.

[806] Grums kommun meddelade att man var mycket förvånad över avgörandet och att alla kommuner i landet nog väntade att man skulle söka ändring, för att förhindra en lavin av liknande anspråk, Hufvudstadsbladet 6.11.1999.

[807] Hufvudstadsbladets ledare 18.11.1999.

[808] Hakalehto-Wainio 2000 s. 137 nämner att riksdagens justitieombudsman givit en anmärkning för en försummelse att övervaka bostäderna i ett yrkeskurscentrum. Hon omtalar detta (i sig icke ansvarsrättsliga) avgörande, som motiverades bl.a. med en hänvisning till den dåvarande regeringsformens stadgande om skydd för säkerhet (§ 6), som ett exempel på hur man kunde ta grundrättigheterna på allvar vid utvecklingen av det offentligas skadeståndsansvar. Här skulle just vara fråga om att skadeståndsvägen åstadkomma en övervakningsförpliktelse i anslutning till en verksamhet som bedrivs av ett offentligt samfund.

ning, då dessa berättelser ju ännu inte principiellt innebär något långt steg mot nya ansvar.

Då kommunerna är förpliktade att upprätthålla skolor medför mobbningsavgörandena likväl faktiskt att man ålägger kommunerna en ny förpliktelse som de inte kan undvika. Ansvarsrätten fungerar i den meningen som ett medel att framtvinga tjänster som inte (i tillräcklig mån) funnits tidigare. Även om det i fallen inte är fråga om "ren underlåtenhet", visar de på möjligheterna att använda ansvarsrätten som ett mikropolitiskt redskap också mot offentliga samfund för att få dessa att ta ett ansvar som de tidigare undvikit. I den lilla berättelsen om ett växande ansvar för offentliga samfund för underlåtenhet att handla kan sådana juridiskt "orena" fall utnyttjas som argument och hävstänger om man vill bryta mark för ansvaret också vad avser den rena underlåtenheten.

Frågan om ett eventuellt ansvar för ren underlåtenhet utgör dock den centrala testen för den som vill framhäva möjligheterna att använda ansvarsrätten för att framtvinga eller försvara prestationer av det offentliga. Berättelsen om ett skadeståndsansvar för det offentliga vad avser uteblivna tjänster har redan förts in också på detta fält.

Ett relativt färskt finskt rättsfall förefaller vid första anblicken öppna vida vyer i denna riktning.[809] Fallet avser en kommuns skadeståndsskyldighet gentemot en arbetslös, för vilken kommunen inte ordnat arbete. Enligt 18 § sysselsättningslagen hade en kommun varit skyldig att på anvisning av arbetskraftsmyndigheten ordna möjlighet till arbete under sex månader för en långtidsarbetslös arbetssökande. Detta hade kommunen försummat. Kommunens skyldighet enligt sysselsättningslagen var visserligen inte absolut, då kommunen enligt den sagda lagen inte behövde ordna arbete för mer än hälften av de långtidsarbetslösa arbetssökandena och inte för mer än två procent av kommunens yrkesverksamma befolkning. I detta fall var kommunen emellertid inte på någondera av dessa grunder befriad från sin skyldighet. Kommunen befanns därför ha vållat den arbetslöse skada genom försummelse i myndighetsutövning och dömdes skyldig att utge ersättning.

---

[809] HD 1997:141.

Ett motsvarande exempelfall, som väckt mycket uppmärksamhet i offentligheten, gäller en kommuns skyldighet att betala skadestånd, då kommunen inte i enlighet med dagvårdslagen ordnat daghemsplats åt ett barn som var bosatt i kommunen. Modern till barnen hade ansökt om dagvård från 20 november 1996 och fått avslag, men efter ändringssökande fått platserna fr.o.m. 2 december samma år. Hon krävde skadestånd av Vanda stad för förlust av förvärvsinkomster för de tio dagar under vilka hon inte haft dagvårdsplats. Tingsrätten ansåg att staden hade tillgripit mångsidiga och omfattande åtgärder för att lösa problemet med bristen på dagvårdsplatser och därför, trots försummelsen, måste anses ha uppfyllt de krav som skäligen kunde ställas. På denna grund förkastade man talan.[810] Hovrätten dömde emellertid staden att betala ersättning, eftersom staden inte uppfyllt sin lagstadgade skyldighet. Då dagvårdslagen trädde i kraft vid ingången av år 1996 hade man varit medveten om att dagvårdsbehovet skulle öka. Det är värt att notera, att hovrätten också uttryckligen hänvisade till regeringsformens bestämmelse, enligt vilken det allmänna skall, enligt vad som närmare stadgas genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social- och hälsovårdstjänster (§ 15a).[811]

I både sysselsättningsfallet och dagvårdsfallet var det fråga om att ålägga ett offentligt samfund skadeståndsskyldighet för en ren underlåtenhet att erbjuda sådana tjänster som medborgaren ansåg sig ha rätt till. Rättsgrunden för båda avgörandena var dock i båda fallen såtillvida relativt klar att kommunen här hade försummat att uppfylla en skyldighet som enligt lag ålegat den. Den rättsliga handlingsplikt som utgör en förutsättning för skadeståndsansvar vid ren underlåtenhet framgick i dessa fall direkt av den konkreta socialrättsliga lagstiftningen. I HD 1997:141 påpekade högsta domstolen uttryckligen att sysselsättningslagen och -förordningen innehöll klara bestämmelser om förverkligandet av sysselsättningsförpliktelsen.

Även om fallen i det nämnda avseendet är "enkla" fall, för de likväl berättelsen om det offentligas ansvar för uteblivna tjänster ett steg

[810] Vanda tingsrätt, dom 7.1.1998/121. Se också Hakalehto-Wainio 2000b s. 284, som noterar att också tingsrätten, trots att den förkastade talan, i princip ansåg att medborgaren har rätt till skadestånd då en lagstadgad rättighet inte förverkligats.

[811] Helsingfors hovrätt, dom 28.10.1999/3150 (S 98/225).

framåt. I vartdera fallet var det fråga om en lagstiftning som ålägger kommunen vissa skyldigheter men som inte specificerar påföljderna av brott mot dessa skyldigheter.[812] Några privaträttsliga påföljder såsom skadestånd omtalas inte i den ifrågavarande lagstiftningen. I båda rättsfallen har det alltså varit fråga om att utnyttja skadeståndsrätten för att skapa påföljder och rättsliga reaktionsmöjligheter för den enskilda i anslutning till en offentligrättslig lagstiftning som inte uttryckligen anger dessa påföljder. Ansvarsrätten har stigit längre in på området för offentliga tjänster i den meningen att man nu bättre än tidigare uppmärksammat möjligheterna att använda den som ett privaträttsligt redskap för enskilda personer som önskar ta i anspråk de rättigheter till offentliga tjänster som den sociala lagstiftningen ställt i utsikt.

Berättelsen om det offentligas ansvar har alltså redan förts så långt att man ålagt det offentliga ett skadeståndsansvar för en ren underlåtenhet att erbjuda sociala tjänster åtminstone i sådana fall där den rättsliga handlingsplikten konkret framgår av lag. Frågan är, huruvida och i vilka avseenden berättelsen kan föras vidare från denna punkt. Kan man, och på vilka grunder, använda ansvarsrätten för att sanktionera uteblivna offentliga tjänster i fall där skyldigheten att erbjuda sådana tjänster inte är entydigt fastslagen i lag? Ur mikropolitikens synvinkel kan frågan också formuleras på följande sätt: i vilken mån kan ansvarsrätten användas som ett redskap för att precisera skyldigheter för det offentliga att prestera tjänster som inte redan är preciserade genom lagstiftning och därigenom faktiskt framtvinga sådan tjänster?

I en traditionell ansvarsrättslig terminologi är det fråga om, i vilken mån den plikt att handla som ansvaret vid ren underlåtenhet förutsätter kan baseras på annat än på en konkret lagstiftning som ålägger det offentliga samfundet en relativt precis skyldighet att prestera en viss tjänst.

I den finska doktrinen kan man redan påträffa uttalanden som antyder en beredskap att låta berättelsen om det offentligas ansvar för ren underlåtenhet utvecklas vidare i riktning mot ett brett svar på frå-

---

[812] Hakalehto-Wainio 2000b s. 283 noterar att biträdande justitieombudsmannen sommaren 1999 givit Esbo stad en anmärkning för att man inte uppfyllt sina skyldigheter enligt dagvårdslagen, och att han i anmärkningen sagt det vara underligt att kommunen till synes kan klara sig undan sin försummelse utan påföljder.

gan hur handlingsplikten kan konstitueras.[813] Ilpo Paaso har t.ex. antagit, att det vore möjligt att åberopa skadeståndslagen i anledning av fel i organisering av tjänster och allokering av resurser som baseras på välfärdsstatlig målinriktad lagstiftning.[814] Suvianna Hakalehto-Wainio anser också att en utveckling är på gång, i vilken staten och kommunerna kan bli ersättningsskyldiga då de försummat att erbjuda tjänster som enskilda har haft grundad anledning att förvänta sig.[815] Hon hänvisar till Barbara Ann Hocking,[816] och noterar att denna finner ersättningskraven motiverade i situationer, där stat och kommun har beviljat vissa förmåner, men inte verkar i enlighet med detta.[817]

Betoningen av relevansen av de förväntningar som det offentliga framkallat[818] hos medborgarna är ett viktigt element i dessa uttalanden. Om det offentliga genom målinriktade normer eller på annat sätt har skapat grundade förväntningar hos medborgarna att de har rätt till vissa tjänster eller förmåner kan detta begrunda en sådan handlingsplikt att en försummelse att iaktta den kan leda till skadeståndsansvar. Man möter här igen tanken att skyddet av medborgarnas legitima förväntningar bör ses som ett viktigt privaträttsligt argument.[819]

Man kunde i andra termer också motivera en sådan princip genom att tala om medborgarnas tillit till det offentliga. Medborgarnas krav på det offentliga skulle då bygga på ett slags kvasikontraktuellt tänkande. En liten berättelse som betonar denna grund för ansvar för uteblivna tjänster kan stödas på de mer generella berättelser om utvecklingen av det offentligas ansvar som jag skisserat upp i ett tidigare avsnitt av detta kapitel. Jag noterade ju hur det i finsk rätt håller på att växa fram ett tillitsskydd gentemot det offentliga som bygger på såväl

---

[813] I Sverige förefaller man mer återhållsam; när Bengtsson 1996 s. 92 talar om "en strängare bedömning än tidigare av myndigheternas underlåtenhet att hjälpa enskilda" avser han främst blott skyldigheten enligt 4 § förvaltningslagen att lämna upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp till enskilda i frågor som rör den ifrågavarande myndighetens verksamhetsområde.

[814] Paaso 1992 s. 311 f.

[815] Hakalehto-Wainio 2000 s. 133 och 2000b s. 282.

[816] Hocking 1999.

[817] Hakalehto-Wainio 2000 s. 134 och 2000b s. 282 f.

[818] Detta aktiva element kan tänkas vara betydelsefullt. Exempelvis Saxén 1983 s. 432 har hävdat, att allmänhetens förväntningar inte ensamma för sig bör utgöra tillräcklig grund för ansvar. Så även Bengtsson 1976 s. 212.

[819] Se härom t.ex. Micklitz 1997.

en offentligrättslig tillitsprincip som en motsvarande kontraktsrättslig princip. Den tillit som det offentligas verksamhet framkallat hos medborgarna skulle alltså kunna utgöra en sådan grund på vilken man kunde basera ansvarsrättsliga krav i anledning av ett offentligt samfunds rena underlåtenhet att prestera en tjänst som medborgaren förväntat sig.

En sådan princip kan vara praktiskt betydelsefull bl.a. i samband med åtgärder som ansluter sig till den marknadsorientering och de privatiseringsprocesser som jag tidigare beskrivit. Om det offentliga traditionellt har erbjudit vissa tjänster, kan detta ha skapat förväntningar och en tillit till att det offentliga inte alls, eller åtminstone inte alltför snabbt, drar sig tillbaka från ifrågavarande område. Om tilliten inte respekteras kan detta åberopas som argument för ett skadeståndsansvar. Att betona tilliten kan alltså vara ett användbart drag i en mikropolitisk ansvarsstrategi som syftar till att bibehålla ett offentligt ansvar för tjänster som är utsatta för privatiseringsförespråkarnas intresse.

Det är likväl i många fall inte en tillräcklig lösning att framhäva tilliten som en grund för ansvaret. Tilliten erbjuder ofta blott en mycket obestämd utgångspunkt för argumenteringen och den är inte heller naturlig att åberopa i alla situationer, vid vilka det ter sig motiverat att diskutera ett skadeståndsansvar för det offentliga. Den är heller inte den enda möjliga grunden på vilken man kunde basera ett skadeståndskrav mot den offentliga sektorn vad avser uteblivna tjänster. Det är skäl att här återkalla i minnet också den andra generella argumentationslinje som jag i ett tidigare avsnitt omtalade som en grund för ett växande ansvar för det offentliga, nämligen den starkare betoningen av grundrättigheterna. Man har ju förutspått att skadeståndsrätten blir en allt viktigare mekanism för att skydda dessa rättigheter också gentemot det offentliga.

Det ligger nära till hands att åberopa just grundrättigheterna i syfte att underbygga de handlingsförpliktelser för det offentliga som erfordras för att det skall uppstå ansvar för ren underlåtelse.[820] Ovan i detta avsnitt har hänvisningar till grundrättigheterna redan framskymtat i

[820] Också Hakalehto-Wainio 2000b s. 282 framhåller att grundrättigheterna och den grundrättighetsinriktade lagtolkningen stöder utvecklingen mot ett ansvar för det offentliga för försummelse av tjänster som den enskilda haft grundad anledning att förvänta.

samband med mer "enkla" fall – t.ex. då det gäller skyldigheten att övervaka bostäderna i ett yrkeskurscentrum – och berättelsen kan lätt föras vidare till området för de rena underlåtenhetsfallen.

I fortsättningen av berättelsen måste man uppbarligen lyfta fram de enskilda grundrättigheterna. Bedömningen av möjligheterna att utveckla ett skadeståndsansvar måste ju variera beroende av vad det är fråga om. Man kan exempelvis väl tänka sig att flera av de normer som ingår i bestämmelsen om rätten till social trygghet i 19 § av Finlands grundlag kunde tas som utgångspunkt för ansvarsrättsliga krav gentemot det allmänna. Rätten till oundgänglig försörjning och omsorg för den som inte förmår skaffa sig den trygghet som behövs för ett människovärdigt liv och rätten till grundläggande försörjning vid arbetslöshet, sjukdom, arbetsoförmåga, under ålderdomen, vid barnafödsel och vid förlust av försörjare är så otvetydigt formulerade att det är svårt att se att brott mot dem inte skulle kunna resultera också i privaträttsliga ansvarsförpliktelser. Då den ansvarsrättsliga handlingsplikten emellertid ingalunda behöver förutsätta förekomsten av något slag av "subjektiv rätt" för medborgaren,[821] är det inte uteslutet att man kunde tänka sig ansvarsrättsliga krav som baserats också på sådana delar av bestämmelsen om social trygghet som är mer målinriktat formulerade.[822] Då det allmänna enligt grundlagen skall tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster och då det allmänna skall främja vars och ens rätt till bostad bör man kunna bli skadeståndsansvarig om man gör sig skyldig till försummelser i att uppfylla dessa skyldigheter.

Att man i grundlagen i många fall explicit anger att omfattningen av de ifrågavarande offentliga tjänsterna skall bestämmas genom lag, inom den ram grundlagen bestämmer, behöver inte nödvändigtvis ut-

---

821 Hakalehto-Wainio 2000 s. 133 påpekar visserligen att grundrättigheterna anses vara av två olika slag: vissa förpliktar endast lagstiftaren, medan andra ger medborgarna subjektiva rättigheter gentemot det offentliga. Grundrättigheter av det sistnämnda slaget är bl.a. rätten till avgiftsfri grundläggande utbildning enligt 16 § grundlagen och rätten till oundgänglig försörjning och omsorg enligt 19 § grundlagen. Inte heller Hakalehto-Wainio förefaller emellertid tillmäta denna indelning av grundrättigheterna avgörande relevans, när det gäller det offentligas skadeståndsansvar för brott mot grundrättigheterna.

822 Se även hänvisningen ovan till Paaso 1992 s. 311 f. angående ansvar på basen av välfärdsstatlig målinriktad lagstiftning.

göra något hinder mot en ansvarstalan. Som jag visar i slutet på detta kapitel, kan man ju numera tänka sig ett skadeståndsansvar för det offentliga också då lagstiftaren försummat sina skyldigheter.

Det är säkerligen för tidigt att mer i detalj söka kartlägga, hurudana mer konkreta berättelser om ansvar för ren underlåtelse man kan komma att basera på grundrättigheterna. Det är knappast meningsfullt att i detta skede söka ge något svar vare sig på frågan, vilka grundrättigheter som kan erbjuda en acceptabel bas för ett ansvarskrav, eller på spörsmålet om det rätta ansvarssubjektet – i flertalet fall kan kraven förmodligen riktas mot staten, men grundlagen förpliktar också t.ex. kommunerna. Det får bli en sak för mikropolitikens aktörer att söka dessa svar.

Då man söker goda svar är det å andra sidan skäl att återkalla i minnet en omständighet, som jag framhållit redan i kap. 6, nämligen att en privaträttslig ansvarsprocess med sitt snäva perspektiv ingalunda är en optimal metod för att fatta beslut om fördelningen av offentliga resurser. Det "lotteri" som användningen av privaträttsliga redskap alltid innebär[823] i distributivt hänseende gör det tveksamt, hur långt det är värt att gå i denna riktning. Det kan hända att de som oftast skulle ha glädje av ökade möjligheter till ansvarsprocesser är mer resursstarka grupper i samhället.

Som motargument mot denna – i sig realistiska – invändning kunde man hänvisa till att det nordiska välfärdstänkandet ju bygger på en universalistisk princip, som måhända i vissa fall kan motverka det angivna problemet. I den mån ansvaret avser rättigheter som enligt den universalistiska principen bör tillkomma alla, kunde man tänka sig att frukterna av de resursstarkas insatser kan komma också de svagare till godo. Detta motargument framstår inte som mycket vägande. Man kan knappast anta att de resursstarka grupperna särskilt ofta skulle ha intresse att föra talan just på områden som täcks av universalitetsprincipen. Genom flera av grundrättigheterna avser man också att trygga en miniminivå just för resurssvaga grupper och man kan lätt hävda, att det i sådana fall är orealistiskt att tänka sig att rättighetshavarna, t.ex. bostadslösa och utkomsthämmade, skulle ha resurser att väcka skadeståndstalan mot det offentliga. I flertalet fall måste man därför söka ett eventuellt berättigan-

[823] Se även Hocking 1999 s. 296.

de för den ansvarsrättsliga angreppsvinkeln i mikropolitikens nya konstellationer, som jag sökt belysa bl.a. i analysen av mikropolitikens aktörer i kap. 5.[824] Man kan tänka sig att olika slag av påtryckningsgrupper och organisationer kan söka påverka det offentligas verksamhet genom att framställa skadeståndskrav för resurssvaga personers räkning.

Ansvar för att man inte avvärjt en skada

I samband med diskussionen angående det offentligas ansvar för underlåtenhet har man mycket ofta lyft fram den speciella problematiken kring det offentligas ansvar för försummelser att avvärja skador som man kunde ha förhindrat eller lindrat. Problematiken gäller bl.a. det allmännas ansvar för olika former av övervakning och kontroll.

Frågorna anknyter till det som avhandlades i det föregående avsnittet. Jag har likväl av flera skäl valt att behandla dem särskilt. Dels finns det en tradition för detta: när skadeståndslagen gavs uppmärksammade man explicit kontroll- och övervakningsfunktionerna. Dels – och detta är viktigare – anknyter det sig till dessa funktioner speciella frågor som har att göra med förväntningar om riskfördelning m.m. Det bör dock poängteras att det trots detta är fråga om ett specialfall av det som jag sagt tidigare och att de små berättelser som berättas här bör läsas i samband med de tidigare berättelserna. Därför vill jag heller inte här återkomma till de första stegen i berättelsen, nämligen det offentligas ansvar för underlåtna säkerhetsföranstaltningar i samband med en aktivitet som det offentliga bedriver – det som jag redan sagt härom bl.a. i anslutning till de omtalade skolmobbningsfallen hör ju egentligen hemma också under den föreliggande rubriken. Jag koncentrerar mig på kontroll och övervakning av utomstående[825] och i detta sammanhang framför allt på frågan, vilka slutsatser man kan dra på det föreliggande området av de argumenteringslinjer som jag dragit upp redan i de föregående avsnitten. Det är alltså fråga om att hitta nya fortsättningar på berättelsen på detta område.

---

[824] Jfr också det som jag där sagt om de amerikanska s.k. "poverty lawyers".

[825] Mycket av det som sägs i avsnittet kan dock mutatis mutandis tillämpas på det offentligas ansvar för upprätthållandet av en räddningstjänst och motsvarande säkerhetsföranstaltningar, som inte har med kontroll och övervakning av andra att göra.

Ett särdrag i detta sammanhang är att de skador som nu är föremål för behandling ofta är person- eller sakskador. Någon lider en fysisk skada p.g.a. att övervakningen och kontrollen inte fungerat. Också i det fall att den skada som uppkommit är en ren förmögenhetsskada, såsom t.ex. då en bristfällig övervakning av banker leder till skada på deponenter eller andra kunder,[826] är det fråga om en försämring av en förmögenhetsposition som uppkommit genom en negativ händelse – såsom bankens likvidation och konkurs – och inte om en förlust av mer "kontraktsmässigt" slag som t.ex. skulle bestå i att den som förväntat sig en offentlig tjänst nödgats betala för att skaffa den från annat håll eller lidit inkomstförlust för att egen tid använts på verksamheten. I många fall ligger det ansvar som jag talar om i det föreliggande avsnittet sålunda närmare det "traditionella" skadeståndsansvaret, i det man har att göra med de typer av skador som är paradigmatiska i skadeståndslagen. Tröskeln för att göra det offentliga ansvarigt kunde därför åtminstone i vissa sådana fall tänkas ligga relativt lågt. Särskilt när det gäller personskador möter man ju generellt i skadeståndsrätten en tendens att göra culpabedömningen mycket sträng eller t.o.m. att gå över i ett mer strikt ansvar och detta kan avspegla sig också i bedömningen av det offentligas ansvar.[827] Å andra sidan kan tröskeln för ansvar i de föreliggande fallen höjas av det faktum att det här är fråga om att göra det offentliga ansvarigt för en skada som primärt vållats av någon annan och att man kan se det som olämpligt att ett strängt ansvar för det offentliga lätt i praktiken skulle urvattna ansvaret för de aktörer som trots allt borde drabbas av det. Ansvaret blir då också ur mikropolitikens synvinkel dysfunktionellt.

I vissa fall påminner situationen om det som gäller vid underlåtenhet i samband med positivt handlande. När det offentliga t.ex. har hand om polisväsendet är det klart att om försummelser av en befatt-

---

[826] En intressant analys av den franska statens ansvar för försummelser vid övervakningen av banker har presenterats av Belloir 1999.

[827] Så framhåller redan Bengtsson 1976 s. 307 att det bör spela en viktig roll, huruvida försummelsen typiskt sett kan innebära en risk för personskada. Därför anser han å andra sidan att ansvaret bör vara lindrigt t.ex. vid övervakningen av bank- och försäkringsväsendet. I alla fall av ren förmögenhetsskada förespråkar han dock inte en sådan lindrig bedömning: man bör vara ganska sträng när det gäller brister i kontrollen av förmyndare och konkursförvaltningar (s. 307 ff.).

ningshavare inom denna sektor i enskilda fall lett till att en nödig tjänst inte erhållits – ett anrop om bistånd har t.ex. slarvats bort – bör det ifrågavarande offentliga samfundet uppenbarligen bli ansvarigt på grundval av en relativt sträng culpabedömning, kanske t.o.m. med ett inslag av kontrollansvar. Som Bertil Bengtsson påpekar bör vid underlåtenhet att hindra skada "varje nonchalans hos en funktionär medföra skadeståndsskyldighet för det allmänna, liksom också annat medvetet risktagande som inte kan ursäktas av speciella motstående hänsyn."[828] Detta tarvar emellertid inte några närmare kommentarer i detta sammanhang, då mitt intresse är riktat mot möjligheterna att använda ansvarsrätten för att tvinga fram sådana ansvarstaganden av det offentliga som man inte redan accepterat.

I ett mikropolitiskt perspektiv är nämligen ansvaret för försummelser av enskilda tjänstemän inte lika intressant som det eventuella ansvaret för skador som följer av brister i själva systemet. Det ansvar som man kunde tänkas anknyta till den egentliga politiska maktutövningen avser just frågan, hur de offentliga kontroll- och övervakningssystemen är uppbyggda och vilka resurser de har. De små berättelserna om politisk makt och ansvar lyfter fram frågor om det offentligas skadeståndsansvar för brister i detta hänseende.

I diskussionen härom har man vanligen främst berört frågan, vilket ansvar det offentliga bör ha för verksamheter som man utövar men som bidrar till avvärjningen av skador i långt lägre grad än de kunnat om de haft ett bredare mandat och större resurser. I ett ansvarsrättsligt perspektiv kan man här tala om möjligheterna att med ansvarsrättens hjälp framtvinga en standardhöjning. Från denna fråga kan man eventuellt gå vidare till det mer radikala spörsmålet, huruvida och under vilka förutsättningar man med ansvarsrättens hjälp kan söka åstadkomma att det offentliga tar ansvar för säkerhetsföranstaltningar på områden där man tidigare inte gjort det.

Frågan om ansvarsrättens relation till standarden hos olika slag av kontroll- och övervakningssystem har särskilt berörts i motiven till den s.k. standardregeln, genom vilken man begränsat det offentligas ansvar vid myndighetsutövning så att det endast kommit i fråga om de krav blivit åsidosatta som med hänsyn till verksamhetens art

[828] Bengtsson 1996 s. 91.

och ändamål skäligen kan ställas på fullgörandet av åtgärden och uppgiften.[829] I motiven till den finska skadeståndslagen framhåller man uttryckligen, att den ifrågavarande begränsningen av skadeståndsskyldigheten är speciellt viktig när det gäller bl.a. tillsynsverksamhet.[830] I finsk doktrin har Hans Saxén i linje med detta framhållit att det allmänna vid offentlig kontrollverksamhet "inte åtagit sig någon garanti för att kontrollen fungerar behörigt" och att ett obegränsat skadeståndsansvar kunde avhålla det offentliga från att ordna t.ex. stickprovskontroll på nya områden.[831] Standardregeln skulle vid kontrollverksamhet vara av särskild betydelse då en skada uppkommer p.g.a. att man underlåtit att vidta en kontrollåtgärd, t.ex. då ett mindre förbiseende vid en hälsovårdskontroll leder till en epidemi.[832] I finsk rättspraxis har man med stöd av standardregeln förkastat skadeståndstalan mot en kommun i ett fall där kommunens byggnadsinspektör vid behandlingen av en ansökan om byggnadstillstånd hade krävt att marken skulle undersökas och att resultaten skulle beaktas vid planeringen av husgrunden, men däremot inte hade gett detaljerade instruktioner för hur golven skulle läggas och inte följt med de olika faserna i byggnadsarbetet.[833] Också i Sverige har rättspraxis angående standardregeln framför allt gällt ansvaret vid byggnadskontroll. Här har högsta domstolen fun-

---

[829] Av motiven framgår klart att man avsett att sänka kraven på det offentliga i vissa fall, se Reg.prop. 187/1973 s. 17. Så har man också uppfattat standardregeln i Sverige; se t.ex. Bengtsson 1976, som just vad avser kontrollverksamhet framhäver "[d]en väsentliga tanken bakom regeln, att det allmänna måste fritas från vissa vittgående skadeståndskrav på grund av orealistiska fordringar på myndigheterna" (s. 304). Den uppfattning som Eero Routamo med stöd av uttalanden från tidigare skeden av förarbetena förfäktat, nämligen att standardregeln blott avsett att avgränsa ansvaret till att omfatta syftet med den bestämmelse som det offentliga samfundet brutit mot (se fortsättningsvis Routamo & Ståhlberg 2000 s. 181), är därför förvånande och har också kritiserats, se Saxén 1983 s. 432 f. Jfr dock HD 1997:49, där man – utan motiveringar – förefaller att ha tagit Routamos uppfattning på allvar.

[830] Reg.prop. 187/1973 s. 17.

[831] Saxén 1975 s. 263 f., som baserar sitt ställningstagande på förarbetena till den svenska skadeståndslagen.

[832] Saxén 1975 s. 264.

[833] HD 1987:23. I rättsfallet HD 1998:9 ålades däremot en kommun skadeståndsansvar i ett fall som gällde byggnadslov; detta är dock föga uppseendeväckande, då kommunens byggnadsnämnd klart hade förfarit lagstridigt i flera avseenden då man beviljade byggnadslovet.

nit att man inte bör flytta över på kommunen det ansvar för omdöme och sakkunskap som låg på den byggande. Kommunen skulle dock vid påtagliga skaderisker se till att man vidtog skadeförebyggande åtgärder.[834]

I Sverige har man sedermera avskaffat standardregeln och motsvarande förslag har som tidigare nämnts framställts också i Finland. Detta behöver inte i sig leda till att det offentligas ansvar för kontrollverksamhet blir avsevärt strängare.[835] Man kan likväl i detta läsa in en strävan mot en skärpning av det offentligas ansvar. Det finns nytt utrymme för en liten berättelse om ökat ansvar för det offentliga när det gäller standarden på kontroll och övervakning. Inte blott enskilda tjänstemäns försummelser utan även kontrollens och övervakningens inriktning och resurser kan i växande grad underkastas ansvarsrättslig påverkan.

I risksamhället uppfattar man, som jag utvecklade närmare i kap. 3, flertalet faror som risker, vilka är beroende av beslut eller icke-beslut. Ett stort antal av de risker som materialiserats i skador kunde, enligt denna syn, ha avvärjts t.ex. genom en mer ingripande myndighetskontroll. Å andra sidan finns det naturligtvis inte obegränsade offentliga resurser för övervakning och man skulle heller inte, såsom tidigare nämnts, acceptera att myndigheterna tillskansade sig alltför långtgående kontrollbefogenheter. En utvidgning av ansvaret för det offentliga förutsätter därför en mer konkret berättelse om de kriterier som kan komma i fråga i detta hänseende.

Man kan stöda tanken på en utvidgning av ansvaret på det som jag ovan anfört om grundrättigheternas växande betydelse. Enligt 7 § Finlands grundlag har alla rätt till liv och till personlig frihet, integritet och trygghet. Man kan utgående från detta hävda, att det offentliga har en viss grundläggande skyldighet att söka avvärja risker som kan drabba medborgarna. Den ökade betoningen av grundlagen och de mänskliga rättigheterna som ansvarsrättsliga argument ger stöd för tanken att ansvarsrätten i vissa fall bör kunna användas för att stöda krav på en höjd standard på övervaknings- och kontrollfunktioner som utförs av det offentliga. Grundlagens mycket allmänna bestämmelse om rätt till trygg-

[834] NJA 1984 s. 340 I–III och härom Bengtsson 1996 s. 94 f.

[835] Som Bengtsson 1996 s. 93 ff. visar, har man inte avsett att den svenska reformen skulle leda till en principiellt annorlunda bedömning av de föreliggande fallen, även om man i något avseende i fortsättningen kan tänkas ställa strängare krav på det allmänna.

het ger dock inte några hållpunkter för en närmare diskussion av när ett sådant ansvar borde komma i fråga. Man hittar inte här de konkreta kriterier som behövs för den fortsatta berättelsen.

Då man söker sådana hållpunkter ter det sig naturligt att också här söka en fortsättning på berättelsen om relevansen av medborgarnas tillit och förväntningar. En övervaknings- och kontrollverksamhet från det offentligas sida skapar en tillit hos dem, vilkas intressen övervakningen avser att skydda. Denna tillit kan leda till att medborgarna i högre grad underlåter att utöva sådan egen kontroll som man annars skulle finna naturlig. Man litar på att riskerna är eliminerade, då det offentliga har övertagit kontrollen. En sådan tillit bör få relevans vid bedömningen av det offentligas ansvar. Särskilt om det offentliga genom sin verksamhet har skapat förväntningar på att kontrollen eller övervakningen uppfyller en viss standard kan detta vara ett gott argument för att ålägga det offentliga ansvar. En sänkning av standarden från en etablerad nivå kan vara särskilt riskfylld i detta hänseende. I ett sådant fall har den skadelidande goda grunder att hävda att han verkat i tillit till myndigheternas kontroll.

Som ett gott exempel kunde man nämna kontrollen av elektriska apparater. Här har man p.g.a. EG-direktiv ersatt en effektiv och relativt heltäckande förhandskontroll med en övervakning i efterhand av apparater som redan finns på marknaden. Det system för kontroll som tidigare var etablerat har hos allmänheten skapat en så hög grad av tillit till kontrollens effektivitet, att man här knappast kan vänta sig någon större riskmedvetenhet och egenkontroll från konsumenternas sida. Då detta är fallet måste det offentliga, med risk för skadeståndsansvar, bygga upp den nya marknadsövervakningen möjligast effektivt och med tillräckliga resurser.

Självfallet utgör tilliten inte något oemotsägbart argument. Man bör inte sträva till en situation där medborgarna låter sig omyndiggöras och försummar att ta ansvar för sitt eget liv i förlitan på att myndigheterna kontrollerar och övervakar allt. De slutsatser man kan dra på basen av argumentet är dessutom varken precisa eller oföränderliga. Man bör beakta, att t.ex. allmänna moralisk-politiska bedömningar angående omfattningen av en acceptabel risknivå inom olika sektorer kan inverka på medborgarnas förväntningar i relation till det offentliga. När t.ex. den allmänna miljömedvetenheten ökar kan också

förväntningarna på den kontrollverksamhet som myndigheterna utför på detta område växa.[836]

Betoningen såväl av grundrättigheterna som av medborgarnas tillit kan ge stöd för ansvarsrättsliga krav på höjd standard hos existerande offentliga övervaknings- och kontrollaktiviteter. Vagheten i dessa argument medför dock att de små berättelserna om framsteg även här måste framskrida sektorvis, på det fragmenterade sätt som är typiskt för den senmoderna ansvarsrätten.

De argument som man brukat i detta sammanhang kan också vid behov utnyttjas för att föra berättelserna vidare in på områden där det offentliga inte är aktivt, d.v.s. för att med ansvarsrättens hjälp framtvinga nya ansvarstaganden från det offentligas sida. Tröskeln för detta måste dock uppenbarligen i praktiken bli mycket hög. Den tillit som ansvaret kan baseras på uppkommer ju ofta först som en följd av att man satt i gång övervakning och kontroll på något område. Om man avskaffat en övervakning eller kontroll som man tidigare utövat, kan det därför vara lättare att tänka sig att det offentliga blir ansvarigt p.g.a. att man inte längre agerar så som medborgarnas tillit förutsätter. Det är likväl inte omöjligt att tänka sig motiverade krav på helt nya ansvar för det offentliga. Exempelvis kan någon ny risk ha så uppenbart omfattande verkningar att det kan te sig naturligt både på basen av grundlagens skydd av tryggheten och med hänsyn till medborgarnas motiverade tillit till det offentliga att förutsätta ingripanden från det offentligas sida.

Ansvar för bristfällig lagstiftning

Jag har ovan analyserat möjligheterna att ålägga det offentliga ett ansvar för att man inte erbjudit tjänster eller utfört en kontroll eller övervakning som medborgarna haft anledning att förutsätta. I vissa av fallen kunde man som motargument mot ett sådant ansvar tänkas hävda, att omfattningen av de offentliga samfundens skyldigheter är fastslagen eller bör fastslås i lag och att ett privaträttsligt ansvar därför skulle innebära att man i ansvarsprocessen ställde sig över lagstiftaren. De små berättelserna om ett växande ansvar för det offentliga skulle få ett

[836] Bengtsson 1996 s. 98 påpekar att man bl.a. på miljöskyddets område "ställer...högre krav på kontrollen än vad som skedde vid SkL:s tillkomst, och det bör få betydelse för vållandebedömningen."

relativt radikalt slut, om t.o.m. lagstiftarens verksamhet på detta sätt skulle underkastas domstolskontroll. Kunde man inte då gå vidare och ställa det offentliga till ansvar inte blott då lagstadgade tjänster varit otillräckliga, utan även då man annars drabbats av skada p.g.a. förment bristfällig lagstiftning?

Ännu för en kort tids sedan skulle ett sådant ansvar säkerligen ha uppfattats som relativt otänkbart.[837] Situationen har emellertid förändrats radikalt efter att vårt land anslutit sig till den Europeiska Unionen och Unionens normsystem vad avser statsansvaret samtidigt genomgått en betydande utveckling. Jag avser här de principer angående statens skadeståndsansvar för försummad implementering av EG-rätten som utgående från det kända Francovich-fallet utvecklats i EG-domstolens praxis.[838]

Detta är inte det rätta stället för en närmare analys av Francovich-ansvaret. En kort översikt är i detta sammanhang tillräcklig.[839] Den praxis som EG-domstolen utformat på grundval av Francovich-fallet avser ett flertal olika slag av brott mot gemenskapsrätten: både att man inte alls genomfört ett direktiv och att man genomfört det för sent eller på ett felaktigt sätt, liksom också att man lagstiftat i strid med Romför-

---

837 Det finska justitieministeriet har relativt nyligen meddelat det svenska, att det hittills varit klart att staten inte burit något ersättningsansvar p.g.a. lagstiftningsåtgärder, se SOU 1997:194 s. 100. Se även Kulla 1998 s. 207, som noterar att finsk doktrin och rättspraxis i frågan saknas och själv ännu i detta skede hävdar: "A preliminary estimate indicates that this civil liability [det offentligas ansvar enligt skadeståndslagen – han behandlar EG-rätten särskilt] does not cover the legislature and legislative action, because the liability of the State is first and foremost connected with the status of employer. The matter is, however, unclear and complicated." Han påpekar dock helt riktigt att ett offentligt samfund kan ådra sig ansvar om man ger hierarkiskt lägre normer som står i strid med grundlag eller lag (s. 209). Jag går inte närmare in på denna "lättare" fråga i detta sammanhang. Jag berör heller inte frågan, i vilken mån staten genom privaträttsliga avtal kan begränsa sin lagstiftningsmakt så att lagstiftning i strid med avtalet skulle leda till kontraktsrättsligt skadeståndsansvar; se ett negativt ställningstagande till frågan – på konkreta grunder – senast i HD 2000:97.

838 Också Europarådets människorättskonvention kan naturligtvis bringa frågan om skadeståndsansvaret för bristfällig lagstiftning in på agendan. Som framgick tidigare är emellertid konventionens skadeståndsrättsliga relevans inte lika direkt som EG-rättens.

839 I finsk doktrin har ansvaret analyserats närmare av Puustinen 1994 och Aalto 1999. Se även Junkkari 1997. Vid det nordiska juristmötet 1999 diskuterades frågan utgående från ett referat av Skarhed 1999. En intresseväckande analys från komparativ synvinkel har presenterats av van Gerven 1996. För referenser angående det som sägs i texten kan jag generellt hänvisa t.ex. till dessa författare.

draget. Någon avgränsning av de situationer i vilka ett statsansvar för brott mot EG-rätten kan uppkomma har man knappast eftersträvat. Däremot har man sökt snäva in ansvaret genom att utmejsla relativt noggranna kriterier för när ansvar bör uppkomma:

- Ansvaret avser endast brott mot EG-regler som avser att skapa rättigheter för enskilda.
- Statens överträdelse skall vara tillräckligt allvarlig.
- Det bör finnas ett orsakssammanhang mellan överträdelsen och skadan.

Av speciellt intresse i förevarande sammanhang är kriteriet "tillräckligt allvarlig". Med hjälp av detta kriterium har EG-domstolen uppenbart strävat att rycka lös ansvarsbestämningen från de traditionella begreppen strikt ansvar och culpa och i stället skapa en autonom EG-rättslig ansvarsgrund. Man har härigenom infört ytterligare ett begrepp i den fragmenterade oscillering mellan olika ansvarsgrunder som kännetecknat de små berättelserna om skärpt ansvar.

Det är klart att statsansvaret så som det utformats i EG-domstolens praxis är underkastat betydande begränsningar. Icke desto mindre är utvecklingen av centralt principiellt intresse. De nya reglerna visar att lagstiftaren i vårt system inte längre är "helig". Försummar man att stifta lag på det sätt som EG-rätten förutsätter kan staten i en vanlig privaträttslig skadeståndsprocess åläggas ansvar gentemot den som lidit skada p.g.a. försummelsen.[840] Detta är en nyhet som väl kan tänkas influera skadeståndsrätten mer generellt, också i det fall att man väljer att inte genomföra några ändringar i den nationella lagstiftningen om statsansvar.[841] Även om man i princip kan tänka sig att betrakta det EG-rättsliga ansvaret som en särreglering utan närmare kontakt med den rent nationella skadeståndsrätten – tillsvidare har man i skadeståndsrättsliga standardverk kunnat välja att mer eller mindre ignorera den nya EG-rättsliga ansvarsbe-

---

[840] Se beträffande redan existerande rättspraxis i Sverige SOU 1997:194 s. 90 ff.

[841] I Finland har man inte ansett det nödvändigt att genomföra ändringar, då ifrågavarande ansvar ansetts falla utanför ramen för skadeståndslagen, se Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta 1998 s. 19 f., medan man i Sverige valt en annan linje, se SOU 1997:194 s. 141 ff.

rättelsen[842] – är det svårt att på sikt hindra en påverkan från de nya idéerna över bredare områden.[843]

Frågan är, i vilken mån tiden redan är mogen för att man skall kunna tänka sig ett steg vidare och tillåta en ansvarsrättslig kontroll av lagstiftning i andra fall än vad avser brott mot EG-rätten. När man genom Francovich-ansvaret öppnat dörren för en kontroll av lagstiftningen är det inte längre lika lätt att med principiella argument motivera en strikt negativ inställning till en sådan berättelse. Fruktan för utvecklingen av ett domarsamhälle tillser dock å andra sidan att man håller berättelsen inom strikta ramar. Det vore knappast acceptabelt att man skulle kunna ställa skadeståndskrav t.ex. på den grund att en lag är dåligt beredd, att man inte på ett adekvat sätt beaktat fakta vid beredningen av lagen eller att den annars inte är ändamålsenlig.

I princip kunde man lättast tänka sig ett ansvar i situationer som är analoga med dem där statsansvar kan komma i fråga enligt EG-rätten, d.v.s. där ifrågavarande författning kränker sådana rättigheter som följer av en norm av högre rang. Staten kunde då bli ansvarig om man i lagstiftningen försummat att iaktta de skyldigheter som följer av grundlagen[844] eller av internationella människorättskonventioner och motsvarande instrument.[845] Som tidigare framgått, är det härvid inte nödvändigtvis skäl att göra halt vid kränkningar av grundlagsfästa "subjektiva" rättigheter. Åtminstone i vissa fall kan Francovich-ansvarets begränsning till brott mot regler som avser att skapa rättigheter för enskilda te sig konstlad, då man talar om den direkta effekten av grundlagens stadganden. Vill man ta grundrättigheterna och de

---

[842] T.ex. i Routamo & Ståhlberg 2000 s. 184 f. och Hellner & Johansson 2000 s. 448 omnämns detta ansvar i ett enda kort stycke.

[843] I engelsk rätt talar såväl Arrowsmith 1992 s. 41 f. och Craig 1998 s. 83 ff. i positiva ordalag om en sådan spillover-effekt.

[844] Bengtsson 1996 s. 131 f. finner det tänkbart att man kan framföra skadeståndskrav, om en författning åsidosätts enligt regeringsformen 11:14 eller om den ändras (man får anta att Bengtsson tänker sig att detta sker av motsvarande skäl). Han anser det dock sannolikt att skadestånd kan utgå blott om skadan följer av konkreta myndighetsåtgärder som vidtagits på basen av författningen. Se som exempel numera även NJA 2000 s. 637 (avseende en grundlagsstridig bestämmelse i en förordning). Marcusson 1989 s. 68 ff. presenterar material som förefaller stöda tanken att staten kan bära ett skadeståndsansvar vid felaktiga normbeslut.

[845] Reich 1997 s. 141 f. ser statens ansvar som ett ny universalmekanism för att trygga "EG-rättsliga medborgarrättigheter".

mänskliga rättigheterna på allvar, kan man göra också mer målinriktade normer – och de förväntningar som bygger på dem – relevanta vid bedömningen av det offentligas ansvar.

Om man ytterligare i parallellitet med Francovich-ansvaret förutsätter att statens brott skall kunna uppfattas som en försummelse[846] är risken för alltför långtgående ansvarsberättelser inte stor.[847] Frågan om en ansvarsrättslig kontroll av lagstiftaren kan förbli ren teori. Då man diskuterar mikropolitikens möjliga rättsstrategier i det senmoderna samhället är det likväl skäl att notera att också denna potentiella berättelse kan tänkas bli aktuell i någon speciell situation.

Möjligheten att i ansvarsprocessen överskrida lagstiftningsgränsen har likväl kanske sin största betydelse som ett neutraliserande motargument mot dem som kräver lagstiftning för att det offentliga skulle kunna bli ansvarigt för försummelser att prestera tjänster och avvärja skador. Francovich-ansvaret stöder härigenom på ett indirekt sätt de ansvarsberättelser som återgavs tidigare i detta kapitel.

---

[846] Jag föredrar att i det föreliggande mer nationella sammanhanget förbigå den särskilda EG-rättsliga begreppsapparaten och anknyta mer till den traditionella culpaterminologin. I ett nationellt sammanhang medför såväl den mer homogena (rätts)kulturella bakgrunden som de procedurala traditionerna vid grundlagskontrollen att man kan tillämpa en culpastandard också i sådana fall där den högre normen är relativt vag. Som man framhåller i SOU 1997:194 s. 134 föreligger det i praktiken inte någon väsentlig skillnad mellan EG-rättens "allvarlig överträdelse" och den svenska rättens "fel eller försummelse".

[847] Den kan ytterligare minska p.g.a. de de speciella procedurala problem som sammanhänger med bestämmelsen i skadeståndslagen 3:5 (i Sverige skadeståndslagen 3:7), som förbjuder väckande av talan om ersättning för skada p.g.a. beslut av vissa högre myndigheter innan beslutet ändrats eller upphävts. Det må dock noteras att den finska regeln i motsats till den svenska inte nämner riksdagen i förteckningen över de högre myndigheter vilka är skyddade på detta sätt – förmodligen för att domstolskontroll av lagstiftning vid tiden för skadeståndslagens tillkomst ännu inte var accepterad hos oss. Man kan i dag också fråga sig, huruvida den nya finska grundlagens bestämmelse om rätten att väcka skadeståndstalan (118 §) kan påverka tillämpningen av skadeståndslagen 3:5 så, att den i lagrummet förutsatta "upphävningen" av det ifrågavarande grundlagsstridiga normbeslutet kunde ske genom att man fattar beslut om att åsidosätta den ifrågavarande normen i samma process där ansvarsfrågan avgörs. Jfr det svenska rättsfallet NJA 2000 s. 637, där den omständigheten att högsta domstolen i en tidigare rättegång underkänt en bestämmelse i en förordning som grundlagsstridig ansågs betyda, att frågan om skadestånd kunde upptas till behandling utan hinder av skadeståndslagen 3:7, trots att ifrågavarande förordningsbestämmelse inte formellt ändrats eller upphävts. – I Sverige har man numera föreslagit att skadeståndslagen 3:7 skulle upphävas, se SOU 1997:194 s. 145 ff.

10 kap. Mediemakt och ansvar

Om hur massmedia är maktutövare som bör underställas ansvarsrättslig medborgarkontroll och hur vid sidan av den traditionella skadeståndsrätten även konsumenträttens ansvarsregler kan användas som utgångspunkt för mikropolitiska strategier riktade mot riskfylld eller falsk information i näringsdrivande media.

Ovan i kap. 5 har jag beskrivit massmedias centrala roll i det senmoderna samhället. Den verklighet vi lever i är på många sätt skapad av massmedia. Om man granskar massmedias position i ett maktperspektiv framstår de i dag som viktiga maktutövare. Man har t.o.m. talat om "journalistikens herravälde".[848]

Massmedia besitter en potential för maktutövning på flera olika plan. Maktutövningen kan å ena sidan riktas mot individer, ofta mot sådana som verkar eller vill verka i offentligheten, men stundom även mot "vanliga" privatpersoner. Det är särskilt betydelsefullt att andra samhälleliga makthavare också är föremål för massmedias maktutövning. Som jag tidigare noterat har massmedia betydande inflytande över andra beslutsfattares framgång, då journalisterna verkar som "portväktare" bl.a. för politikernas tillgång till offentligheten. Negativ massmedial uppmärksamhet kan också resultera i att viktiga beslutsfattare avgår. Man har har hävdat att det i Finland inträffat en brytning i detta hänseende under 1980-talet, då massmedia tillskansade sig sådant inflytande, och att den publicitet som drabbade generaldirektör Jaakko Lassila 1991, minister Kauko Juhantalo 1992, ordförande Ulf Sundqvist 1993 och generaldirektör Seppo Lindblom 1995 bör ses som milstolpar i finsk offentlighetspraxis, vilka visar att massmedias inflytande också i Finland då vuxit till västerländsk nivå.[849]

---

[848] Bourdieu 1998 s. 97 ff.

[849] Se närmare t.ex. Uimonen 1997 s. 29 ff.

Den massmediala makten gäller å andra sidan också sakfrågor. Tidigare har varit tal om att massmedia i betydande mån behärskar den offentliga agendan. Massmedia fastställer genom sina urval och linjedragningar vilka temata som är viktiga i den offentliga debatten. Beroende på vilka frågor man tar upp och hur framträdande uppmärksamhet man ger dem kan man i hög grad medverka till att sätta dagordningen t.ex. för de politiska beslutsprocesserna. Man kan säga att massmedia har makt att inkludera och exkludera problem som bör diskuteras och åtgärdas.

Massmedias sakliga inflytande går dock utöver makten att inkludera och exkludera. Man presenterar sina egna bilder av verkligheten och man producerar direkt eller indirekt uppfattningar om det rätta och det goda – eller kanske oftare om deras motsatser. Man skapar "sanningar" om vårt samhälle och vår kultur. Vår världsbild är till en icke obetydlig del en produkt av våra massmedia.

Frågan om makt och ansvar kan och bör ställas också avseende dessa maktutövare. Även massmedia bör bära ett ansvar för sin maktutövning, som på det privaträttsliga planet kan komma till uttryck i ansvarsrättsliga påföljder. Man bör vid behov kunna ta i bruk ansvarsrättsliga strategier mot massmedia på samma sätt som mot andra maktutövare.

En sådan möjlighet till en privaträttslig kontroll framstår som särskilt viktig därför att mediemakten i de demokratiska samhällena kunnat växa sig stark utan att egentligen mötas av någon motmakt. De ekonomiska och politiska maktcentra är åtminstone i någon grad motpoler till varandra och mediemakten utövar kontroll över vardera. Den politiska makten kan däremot inte ges några väsentliga kontrollbefogenheter vad avser mediemakten, då detta skulle strida mot yttrandefrihetens princip och därför på goda grunder anses oacceptabelt, och den växande kontrollen över mediemakten från den ekonomiska maktens sida snarare ökar än minskar behovet av annan kontroll. Konkurrensen har på massmedieområdet inte nödvändigtvis bara positiva verkningar, och den tenderar dessutom att minska. Det finns därför en social beställning för ökade möjligheter till en mikropolitisk kontroll, som ju ibland också kan ta formen av en privaträttslig ansvarsprocess.

Vikten av att det finns privaträttsliga kontrollmöjligheter understryks av den omständigheten att massmedia och journalisterna inte

själva gärna medger hur viktiga maktutövare de är[850] och därför ofta ställer sig ganska oförstående till tanken att de skulle bära något ansvar för sin maktutövning. Maktens kritiker har svårt att inse att de också själva bör kunna bli föremål för kritik i ett maktutövningsperspektiv[851] och att utomstående bör kunna vidta åtgärder på basen av kritiken. I ett sådant läge kan den möjlighet till offentlig moralisk debatt som ansvarsprocessen erbjuder åtminstone i princip vara värdefull. Om man denna väg kan öka allmänhetens medvetenhet om problematisk journalism, kan detta ge utslag också på mediemarknaden.[852]

I sig är det ingen ny sak att man kan utnyttja ansvarsrätten för att bedöma massmedias handlande. Man har dock hittills främst koncentrerat sig på frågan om rättsskyddet för sådana personer som drabbats t.ex. av ärekränkning eller kränkning av privatliv. I detta kapitel nöjer jag mig emellertid med några aktuella iakttagelser om denna problematik, som ju har analyserats i detalj av många andra.[853] Jag vill här i stället komplettera detta perspektiv med en liten berättelse om möjligheterna att utnyttja konsumenträttsliga ansvarsregler för en mikropolitisk efterhandskontroll av massmedia.

---

[850] Det är typiskt att de politiska redaktörernas reagerade negativt, då en tidning efter senaste presidentval genom en enkät försökte utreda frågan om medias och redaktörernas möjligheter och strävan att påverka valet, med motiveringen att redaktörerna inte är politiska aktörer, se Helsingin Sanomat 13.2.2000. – Denna självförnekelse kan ibland te sig nästan komisk, t.ex. då sådana journalister som med emfas – och naturligtvis ofta på goda grunder – kritiserar andra maktutövare för tagande av mutor i form av luncher, middagar, resor och andra tjänster, själva utan tvekan tar emot motsvarande prestationer, förutsätter fribiljetter och utgår från att de bör erhålla VIP-behandling i samband med olika arrangemang som de har som uppgift att "objektivt" täcka.

[851] Jag har under rubriken "Maktens kritiker som objekt för kritik" (Wilhelmsson 1998b) kort analyserat de finska massmedias starka reaktioner på ett förslag till skärpning av massmedias ansvar vilket ingick som en detalj i ett betänkande som presenterades av en intern arbetsgrupp i ett litet parti. I samma häfte av Nya Argus (1/1998) ingår också andra inlägg kring tematiken, under ledaren "Vem skall granska Granskarna" (Sandlund 1998).

[852] McManus 1994 s. 211 litar på medvetenheten som sanerande kraft: "Increasing public awareness of the consequences of junk journalism may be the surest route to a healthier information diet. It uses market forces without requiring potentially dangerous regulation."

[853] I Finland senast mycket detaljerat Tiilikka 2000.

Medieansvar för kränkningar och mikropolitik

Frågan om massmedias ansvar har varit framträdande såväl i den internationella som i den nationella debatten under de senaste åren. Debatten har dock, som nyss nämndes, främst gällt ansvaret gentemot dem som blivit föremål för granskning i massmedia. Det är i flertalet rättsordningar självklart att den vars ära kränkts i massmedia har rätt till skadestånd, och detta skadestånd kan som känt i vissa länder uppgå till ett avsevärt belopp. En kränkning av privatliv kan likaledes på många håll leda till skadeståndsansvar. En felaktig kommersiellt relevant information som skadar ett företag är i regel också ansvarsgrundande.[854] Motsvarande regler föreligger också i finsk rätt. Vad beträffar kränkning av ära eller privatliv framgår rätten till skadestånd av specialregeln i skadeståndslagen 5:6, enligt vilken bestämmelse lagens regler om personskada skall tillämpas även i fråga om ersättning för lidande, som förorsakats genom brott mot frihet, ära eller hemfrid, eller annat dylikt brott.[855] I fråga om ett företags rätt till skadestånd i anledning av felaktig kommersiell information är det åter normalt en förutsättning för ansvar att de särskilda förutsättningarna för rätt till skadestånd för allmän förmögenhetsskada i skadeståndslagen 5:1 är uppfyllda. Om inte straffbarhetsförutsättningen fyllts kan de synnerligen vägande skäl som lagen förutsätter ofta relativt lätt antas vara för handen i sådana fall.[856]

---

[854] Detaljer rörande dessa regler från ett flertal länder utgör huvudinnehållet i samlingsverket Campbell 1997.

[855] Beträffande rättspraxis, se Sisula-Tulokas 1995 s. 92 ff.

[856] Se t.ex. HD 1991:79: En artikel om barnvagnar, som hade utarbetats i en form som påminde om ett produkttest, trots att den bara avspeglade redaktörens och en annan persons åsikter, hade varit ägnad att ge läsaren en vilseledande (negativ) bild av egenskaperna hos en importerad barnvagn. Högsta domstolen framhöll att en presentation (och kritik) av produkter i massmedia är lovlig och också värd att understöda, under förutsättning att den sker sakligt och opartiskt. Däremot kunde man inte anse det godtagbart att man i massmedia utan påföljd i strid med god journalistsed på ett vilseledande och osakligt sätt kunde kritisera en näringsidkares produkter och på detta sätt under förhållanden där skadans uppkomst är uppenbar skada dennes förmögenhetsposition. Av denna grund fann man att det förelåg sådana synnerligen vägande skäl som skadeståndslagen förutsatte.

Man har antagit att domstolarna både hos oss[857] och i många andra länder[858] skulle vara benägna att bedöma massmedias ansvar i de angivna situationerna allt strängare. En av anledningarna härtill är säkerligen insikten om behovet av en motvikt till massmedias växande makt. I tillägg till detta hänvisar man ofta också till de förändringar som håller på att ske i massmedias roll i samhället och på marknaden.

Vår "traditionella"[859] uppfattning av pressens och journalisternas funktion är att de utövar något som närmast kan karaktäriseras som en halvoffentlig tjänst, som syftar till upplysning av folket och har "objektiviteten" som ett ledande rättesnöre. Verkligheten håller emellertid snabbt på att glida från denna idealbild. Även om de traditionella idealen ännu har viss bärkraft, mer i vissa delar av världen än i andra, och massmedia fortsättningsvis har en funktion som upprätthållare av den arena för offentlig debatt som är oundgänglig i ett demokratiskt samhälle,[860] har andra drag numera också blivit viktiga. Upplysningen har blivit kommersialiserad. Dagstidningar och andra privata media agerar som affärsföretag, vilkas huvudsakliga mål är att producera vinst för deras ägare.[861] Journalisterna har blivit medieyrkesmän, vilka snarare känner sig bundna av kommersiella än av traditionella journalistiska värden.[862] Skillnaderna mellan medieföretag och andra företag vad avser värden och mål krymper.

Ju mer detta är fallet, i desto högre grad kan man vid diskussionen om medieföretagens ansvar falla tillbaka på de berättelser om utveck-

---

857 Man kan möjligen se spår av detta i de senare omtalade brandchefsfallen HD 1997:80–81, i vilka det kunde ha legat nära till hands att förkasta talan med hänvisning till att det gällde behandlingen av en samhälleligt betydelsefull sak som rörde en persons förfarande i offentligt värv (se strafflagen 27:3a). Högsta domstolen uppfattade dock lagens ordalydelse bokstavligt och förutsatte att brandchefen själv, och inte blott hans hustru, borde ha påstått vara inblandad för att detta undantag skulle ha blivit tillämpligt.

858 Det är intressant att notera, att man t.o.m. i amerikansk rätt, där området för skadeståndstalan av omtanke om yttrandefriheten tidigare varit mycket snävt, nu öppnat dörrarna för omfattande skadeståndskrav mot massmedia, när deras sätt att inhämta information uppfattats som olämpligt, se t.ex. den intressanta artikeln Richards 2000.

859 Jag använder citationstecken därför att detta ideal förefaller ha blivit dominerande först så sent som under 1800-talet, se Schudson 1978 och Bourdieu 1998 s. 100 f.

860 Rosendahl 2000 s. 1 f., med hänvisningar.

861 En intressant helhetsanalys av detta har presenterats av McManus 1994.

862 Ikävalko 1997 s. 226.

lingen av ansvaret vid näringsverksamhet som jag berättade ovan i kap. 8. I den mån ansvarsgrunden vid näringsverksamhet generellt sett blir strängare kan man knappast undgå att detta påverkar ansvarsbedömningarna också då det gäller medieföretagen. Då man för ut berättelsen om näringsidkaransvaret på det föreliggande området bör man dock i fall där det föreligger behov därtill – när det gäller mediebevakning av samhälleligt viktiga frågor – ta hänsyn till de speciella motargument som har samband med yttrandefrihetens värdefulla roll i samhället. Jag återkommer till denna avvägning nedan.

I dag står frågan om ansvarsgrunden likväl inte i centrum av intresset, då man debatterar massmedias ansvar. Strävan att skärpa ansvaret kommer i finsk rätt framför allt till synes i en tendens till en höjning av skadeståndsbeloppen både vid äre- och integritetskränkningar. Bilden är dock inte helt entydig. Lena Sisula-Tulokas kunde ännu år 1995 fastslå att skadestånden för lidande i Finland var mycket små[863] och låg på en klart lägre nivå än i Sverige[864] samt att de inte heller stigit på samma sätt som ersättningarna för ideella personskador.[865] Efter detta har den finska högsta domstolen dock i några uppmärksammade fall valt att döma ut betydligt högre belopp för kränkningar i massmedia. Rättsfallet HD 1997:80 gällde publiceringen av en artikel om anlagda bränder, i vilken man berättade att den misstänkta var hustru till den lokala brandchefen. Då det inte fanns någon godtagbar grund till att offentliggöra att brandchefen var gift med den misstänkta – det hade inte ens påståtts att han själv var delaktig – ålades förläggaren, chefredaktören och artikelförfattaren att betala 50 000 mk i skadestånd för själsligt lidande till följd av kränkning av privatlivet. Då frågan be-

---

[863] I högsta domstolen låg medeltalen för skadestånden vid både ärekränkningsbrott och kränkning av privatliv under undersökningsperioden under 10 000 mk, se Sisula-Tulokas 1995 s. 128.

[864] Sisula-Tulokas 1995 s. 133 ff. Hon nämner från Sverige t.ex. fallet NJA 1994 s. 637, där tidskriften Svenska Hustler dömdes att betala ett skadestånd på 100 000 kronor till envar målsägande för fotomontage av kända personer i sexuella situationer, trots att varje uppslag innehållit texterna "Obs, bildmontage!" och "Satir". Som ett nyare fall kan man nämna NJA 1999 s. 749, där användningen av en känd skådespelares bild i reklamen för en herrtidning ledde till att man (med stöd av lagen om namn och bild i reklam) utdömde en ersättning för lidande om 50 000 kronor, i tillägg till ett skäligt vederlag om 75 000 kronor.

[865] Sisula-Tulokas 1995 s. 143.

handlades i högsta domstolen endast på grundval av svarandens ändringssökande, kunde högsta domstolen inte döma ut mer än detta belopp. Detta påpekar domstolen uttryckligen i HD 1997:81, som gällde samma kärandes krav mot en annan tidskrift, i vilken man senare tagit upp samma sak på nytt. Här fann högsta domstolen att det belopp som hovrätten i detta mål dömt ut, 100 000 mk, inte var för stort. I tillägg till dessa fall kan man också nämna rättsfallet HD 1997:185, där skadeståndskravet följde på publiceringen i en – inte så välrenommerad – tidning av en osann artikel i vilken man hävdade, med namn och bild, att en bankdirektör hade deltagit i en vild fest med prostituerade. Det i lägre rätt utdömda skadeståndsbeloppet 75 000 mk var enligt högsta domstolens bedömning inte för högt; då bankdirektören inte hade sökt ändring kunde man inte uttala sig därom, huruvida det kunde ha varit ännu högre.

Senare har man i uppmärksammade underrättsfall, kanske med inspiration av den offentliga debatten om behovet av ett strängare ansvar för massmedia,[866] överbjudit också dessa avgöranden.[867] Detta stöder ytterligare antagandet, att den lilla berättelsen om massmedias ansvar skulle röra sig i riktning mot högre ersättningsbelopp. Som Lena Sisula-Tulokas senare noterat, är kränkningsersättningarnas belopp också i Finland på väg uppåt, och "massmedialidande" förefaller här vara i en egen klass.[868] Det är likväl möjligt att högsta domstolen

---

[866] Se i detta sammanhang också pläderingen för ett effektivt påföljdssystem vid missbruk av yttrandefriheten av justitierådet Tulokas 1998.

[867] Ett mål som gällde finska notisbyråns "nyhet" om skidåkaren Jari Räsänens påstådda dopingbruk har väckt särskild uppmärksamhet. Skidåkaren själv tilldömdes i tingsrätten 350 000 mk, medan några medlemmar i skidförbundets styrelse – vissa icke namngivna medlemmar påstods ha varit informerade – tillerkändes 100 000 mk var och ett antal andra 30 000 mk var. Helsingfors hovrätt sänkte sedermera beloppen betydligt och förkastade talan för vissa styrelsemedlemmars del. Beloppen stannade dock ännu på relativt hög nivå: Räsänen fick 130 000 mk, medan fyra styrelsemedlemmar fick 40 000 mk, 20 000 mk och 10 000 mk (i två fall). En belysande sammanställning av krav och utdömda belopp i de båda instanserna har publicerats i Helsingin Sanomat 1.11.2000. Högsta domstolen beviljade inte fullföljdstillstånd i målet. – Också andra fall, i vilka man i lägre rätt utdömt belopp på 260 000 mk och 175 000 mk, har omnämnts i offentligheten, se Helsingin Sanomat 7.5.2000.

[868] Sisula-Tulokas 2000 s. 639 f.

under senaste tid velat slå på bromsarna mot en alltför snabb utveckling i detta hänseende.[869]

Ur mikropolitikens synvinkel förefaller tillväxten i ersättningsbeloppen vid första anblicken vara en utveckling som är värd att applådera. De högre ersättningsbeloppen – liksom också en eventuell utveckling mot ett strängare ansvar vad avser ansvarsgrunden – kan på detta område, liksom på andra områden, göra ansvarsrätten till ett mer användbart redskap för mikropolitikens aktörer. Det är inte heller omöjligt att tänka sig situationer, i vilka ansvarsregler av detta slag kan utnyttjas för mikropolitiskt motiverade aktioner. Man kan t.ex. tänka sig att uttalanden i media av diskriminerande karaktär, t.ex. rasistiska eller könsdiskriminerande påhopp, kan leda till ansvarsrättegångar som har ett bredare samhälleligt syfte, trots att gärningen riktat sig mot en enskild person. En berättelse om högre ersättningsbelopp just t.ex. i diskrimineringsfall är lätt att beteckna som en god berättelse. Också andra bredare syften kan stundom ligga bakom ersättningsavgöranden, som bygger på käromål av mediemaktens enskilda offer.[870]

I ett mer allmänt perspektiv framstår dock inte berättelsen om det skärpta medieansvaret som fullt så entydig. Redan ovan, i kap. 5, har jag noterat att ansvarsrätten kan ha motstridiga funktioner i relation till mikropolitikens möjligheter. Ansvarsrätten ger å ena sidan mikropolitikens aktörer ett nytt redskap med vars hjälp man kan bringa in ärenden på den offentliga agendan, men den kan å andra sidan också användas som ett vapen mot mikropolitiska aktioner, t.ex. i form av skadeståndskrav i anledning av bojkotter och motsvarande åtgärder. En liknande motstridighet föreligger, kanske t.o.m. i mer utpräglad och reell form, när det gäller relationen mellan ansvarsrätten och massmedia. Ansvarsrätten kan inte blott fungera som ett redskap för att kontrollera den makt som massmedia utövar, den kan lika väl kom-

---

[869] Se HD 2000:54, som gällde en FNB-nyhet, där en handikappinstruktör vid en namngiven läroinrättning stämplats som skyldig till förskingring, medan behandlingen av saken var på hälft, men åtalet sedermera förkastades. Trots skadeståndskrav på 250 000 mk utdömde högsta domstolen endast 20 000 mk. Man gav dock en relativt utförlig motivering till det låga beloppet.

[870] Se t.ex. HD 2000:54, där högsta domstolen uttryckligen framhöll, att det inte blott från den åtalades synpunkt utan även allmänt, med hänsyn till domstolarnas verksamhetsförutsättningar, bör förutsättas att man med rättegångsnyheter inte skapar felaktiga uppfattningar och förväntningar åt allmänheten.

ma till användning för att skydda andra makthavare genom att förhindra en massmedialt intierad eller uppbackad mikropolitik som riktar sig mot dem. Skadeståndskrav mot media kan användas såväl för att skapa ett legitimt skydd för utsatta personer och intressen mot ett massmedialt maktmissbruk som för att lägga munkavle på massmedia, då de behandlar frågor som framstår som angelägna i ett mikropolitiskt perspektiv.

I ett grundrättighetsperspektiv kan samma problematik formuleras som en fråga om en avbalansering av massmedias ansvar med skyddet av yttrandefriheten.[871] Det är härvid skäl att notera, att ett skadeståndsansvar i sig inte har uppfattats strida mot yttrandefriheten, då skyddet av denna frihet naturligtvis primärt riktar sig mot olika former av censur och förhandskontroll av innehållet i massmedia. Också i 12 § Finlands grundlag anger man uttryckligen att till yttrandefriheten hör rätten att framföra och sprida information och åsikter "utan att någon i förväg hindrar detta". Genom detta har man angivit, att man vill bibehålla "möjligheten att i efterskott övervaka utövningen av yttrandefriheten genom straff- och skadeståndslagstiftningen".[872] Pressfriheten betyder huvudsakligen "no prior restraint", medan användningen av sanktioner efter publiceringen är mer acceptabla: "publish and be damned".[873] Då ansvarsrättsliga krav ställs i efterhand är de lättare att acceptera som begränsningar av yttrandefriheten. Likväl kan mycket stora ansvarsbelopp tänkas resultera i ett slags självcensur från massmedias sida, som ter sig problematisk med hänsyn till yttrandefriheten.[874]

Som en illustration till den potentiella konflikten mellan ett privaträttsligt ansvar och mikropolitiskt viktiga strävanden vill jag nämna ett relativt färskt rättsfall från den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. Här avgjorde domstolen konflikten till mikropolitikens

---

[871] Man anger ofta explicit, att det är fråga om en sådan avvägning, se t.ex. Smith 1999 s. 304 f. Se också beträffande avvägningen av yttrandefriheten mot ansvaret för vårdslösa ord vad avser skada på näringsverksamhet Häyhä 1999b s. 337.

[872] Reg.prop. 309/1993 s. 61.

[873] Citaten, som gäller engelsk rätt, är hämtade från Smith 1999 s. 310.

[874] I förarbetena till bestämmelsen om yttrandefriheten anger man uttryckligen att också ingrepp i efterskott kan vara problematiska. Som enda exempel nämner man dock en "långtgående och allmänt hållen kriminalisering", se Reg.prop. 309/1993 s. 61.

förmån. Man underkände ett norskt skadeståndsavgörande just på den grunden att medieansvaret här skulle ha förhindrat viktiga inlägg i en aktuell samhällelig debatt. Fallet gällde en norsk skadeståndsdom till förmån för en grupp säljägare, vilka väckt talan bl.a. mot en tidning. Tidningen hade publicerat en rapport, i vilken man antydde att några medlemmar av besättningen på ett sälfångstfartyg vilka inte hade utpekats hade gjort sig skyldiga till olagliga handlingar och grymt uppträdande. Den europeiska människorättsdomstolen fann att den norska domen kränkte artikel 10 om yttrandefrihet i Europarådets människorättskonvention, då man inte kunde anse att "the crew members' undoubted interest in protecting their reputation was sufficient to outweigh the vital public interest in ensuring an informed public debate over a matter of local and national as well as international interest".[875]

Ur mikropolitikens synvinkel är det sålunda ingalunda entydigt, i vilken riktning man borde utveckla ansvaret för massmedia. Å ena sidan talar behovet av en rättslig motvikt till medias växande makt för ett strängare ansvar, vad avser både ansvarsförutsättningarna och ersättningsbeloppen. Å andra sidan utgör ett strängare ansvar ett hot mot massmedias vakthundsroll i relation till andra maktcentra och mot möjligheterna att använda massmedia som redskap i goda mikropolitiska aktioner. Det är därför svårt att formulera en enda god berättelse om ansvarets utveckling, utan man måste nöja sig med mer konkreta (fragmenterade) berättelser, inom vilkas ram man kan avväga behovet av ansvar mot behovet av att trygga massmedias rörelsefrihet. Juridiskt kan dessa avvägningar ofta formuleras som avbalanseringar av olika grundrättigheter mot varandra, där de rättigheter som kan sägas ligga bakom ansvarstalan – främst skyddet av privatliv och heder, men i vissa fall också t.ex. skyddet av jämlikhet och jämställdhet och skyddet av äganderätten – vägs mot den grundlagsfästa yttrandefriheten.

En god berättelse om strängare ansvar och högre ersättningsbelopp vid skador p.g.a. ärekränkning, kränkning av privatliv, diskriminering

[875] Case of Bladet Tromsö and Stensaas v. Norway, 20 May 1999 (Hudoc REF00001216, per www.echr.coe.int/Hudoc.htm). En annan norsk skadeståndsdom angreps i Case of Bergens Tidende and Others v. Norway, 2 May 2000 (Hudoc REF00001764), där en ersättning på ca 4,7 miljoner norska kronor, som tilldömts en plastikkirurg för artiklar om misslyckade operationer m.m., ansågs strida mot yttrandefriheten.

etc. bör således göras nyanserad så att ersättningsbeloppen anpassas efter situationen och de involverade intressena. Risken för överstora skadeståndsbelopp får inte hindra en debatt om samhälleligt angelägna frågor. Skadeståndskraven bör inte bli ett redskap, med vars hjälp man förhindrar en massmedial kontroll av den politiska och ekonomiska makten.[876] Man kan instämma i Lena Sisula-Tulokas' rekommendation att skadeståndsskalan borde breddas och att det borde ske en klarare differentiering av skadeståndena.[877] Det som ter sig lämpligt t.ex. i fall av rasdiskriminering, där det knappast kan påstås vara ett samhällsintresse att trygga en möjligast ostörd frihet att publicera rasistiska påhopp,[878] kanske inte är lika uppenbart gott i någon annan typ av fall.

Diskrimineringsfallen utgör, som jag redan nämnt, ett exempel på fall, som kan ha ett bredare mikropolitiskt intresse. De aktuella rättsfallen om höjda ersättningsbelopp vid kränkningar av massmedia avser emellertid för det mesta överdrifter i rapporteringen om offentliga personer. I sådana fall framträder ansvarsrätten mer sällan som ett mikropolitiskt redskap, genom vilket man sökt påverka den sakliga agendan för den samhälleliga debatten. Jag skall därför inte i förevarande sammanhang försöka föra berättelsen om ett strängare och mer ingripande ansvar för massmedia vidare. Detta skulle i varje händelse förutsätta mer nyanserade bedömningar av de olika slag av situationer där ansvaret kan aktualiseras. Man kanske här kan förvänta sig en an-

---

876 En intressant avvägning av var de ansvarsrättsliga gränserna bör dras för den kritik av näringsidkare som framställs i ett konsumentprogram utförs i HD 2000:45. Man påpekar här, att näringsidkare bör tåla också tillspetsad offentlig kritik, så länge den bygger på riktiga fakta.

877 Sisula-Tulokas 1995 s. 146. Författaren talar här dock primärt om en differentiering mellan olika brottstyper så, att skadestånden för lidande t.ex. vid incest och våldtäkt borde höjas.

878 Man kan i varje fall hoppas att sådana signaler angående diskrimineringsbrottens ringa klandervärdhet som framgår ännu av rättsfallet HD 1981 II 33 i dag skulle vara historia. I fallet, som inte gällde massmedias utan restaurantägares ansvar, dömdes en restaurantägare som hade förvägrat en zigenarkvinna i zigenardräkt tillträde till sin restaurant till ett litet bötesstraff för diskriminering samt till att betala skadestånd till kvinnan med stöd av skadeståndslagen 5:6. Det utdömda ersättningsbeloppet var 500 mk. Det kan tilläggas att beloppet fastställdes efter omröstning. Två av de fem justitieråden hade velat upprätthålla hovrättens dom, i vilken ersättningsbeloppet var 50 mk!

svarsrättslig inlärningsprocess via rättspraxis av det slag som jag omtalade ovan i kapitlen 3 och 4.[879]

Massmedia som konsumtionsnyttigheter

Inte endast de som omtalas av massmedia har ett intresse i innehållet i det som media producerar. Också de som läser eller på annat sätt tar emot detta innehåll har ett legitimt intresse i kvaliteten på det som erbjuds. Konsumenterna av massmedia bör också ha en talan, när det gäller innehållet av det de konsumerar.

Min lilla berättelse i det följande avser just frågan, huruvida och i vilken mån man kan introducera konsumenten, t.ex. läsaren av en dagstidning, som en potentiell kärande på en rättslig scen som hittills dominerats enbart av de personer man kunnat läsa om.[880] Det är uppenbart att en sådan radikal utvidgning av gruppen potentiella käranden åtminstone i princip skulle öka utrymmet för en ansvarsrättslig mikropolitik gentemot massmedia. Den skulle göra det möjligt att föra en ansvarsrättslig diskussion kring massmedias rapportering också i situationer där någon enskild utpekad person inte direkt kränkts av det som sagts. Artiklar som t.ex. har en diskriminerande funktion eller som innehåller vilseledande miljörapportering kunde då bringas upp på den rättsliga agendan utan att en kränkning av en enskild persons ära eller privatliv skulle utgöra en nödvändig förutsättning. Är detta verkligen rättsligt möjligt?

---

[879] Det återstår att se, i vilken mån den finska högsta domstolen kan leda denna inlärningsprocess så, att den reflekterar dagens värderingar. Man kan t.ex. ställa sig frågande till värderingarna i det färska rättsfallet HD 2000:83: här hade man i en nyhetssändning nämnt att könssjukdomar spreds främst av prostituerade och i detta sammanhang visat ett reklamfoto av käranden som uppträtt som stripteasedansös. Majoriteten av domstolen fann, att stripteasedansösens privatliv inte kränkts; man argumenterade dock konkret utgående från den korta tid bilden varit synlig m.m. Sisula-Tulokas 2000 s. 641 noterar den intresseväckande omständigheten att vid omröstningen de tre kvinnliga justitieråden ville förkasta talan, medan minoriteten, två manliga justitieråd, hade tillerkänt stripteasedansösen ersättning.

[880] Min berättelse återger huvudsakligen argument som jag presenterat på engelska i ett föredrag år 1999, publicerat i artikeln Wilhelmsson 2001. Vid omarbetningen av denna artikel för det föreliggande arbetet har jag haft mycket glädje av material som presenterats i den utmärkta kandidatavhandlingen Rosendahl 2000.

Skälet till att det i dag är aktuellt att överhuvudtaget ta upp en sådan frågeställning, vilken vid första anblicken förefaller ganska överraskande, är den kommersialisering av massmedia som håller på att äga rum och den inverkan detta har på de produkter som massmedia bjuder ut på marknaden. Denna förändring sker naturligtvis inte över en natt, utan är långsam och subtil. I praktiken föreligger det ju inte någon genomgående motsättning mellan kravet på lönsamhet och strävan att producera ett gott innehåll.[881] En god tidning borde sälja bättre än en dålig. Likväl förändrar kommersialiseringen medieprodukterna på många sätt. Det krävs knappast någon dokumentation för påståendet att tonvikten i dag ligger mycket mera vid underhållsvärdet av medieprodukterna än tidigare. Som jag noterade redan i kap. 5 står lättsmält "infotainment" för mer och mer av utbudet. Det marknadsorienterade behovet att presentera frågor av omedelbart intresse tvingar massmedia att i allt högre grad producera information i en hast, utan analys och bakgrund. Man tar inte "objektivitetens" ideal lika allvarligt och skillnaderna mellan "goda" och "dåliga" ("vita" och "gula") tidningar blir mindre uppenbar.

Medieföretagen framträder i dag i växande grad primärt som vinstdrivande företag som bjuder ut varor och tjänster på marknaden. Då dessa nyttigheter företrädesvis används av enskilda personer, konsumenter, utgör de utan tvivel konsumtionsnyttigheter. Juridiskt sett bör därför konsumenträtten vara tillämplig på denna verksamhet. I någon utsträckning är detta också självklart. Ingen betvivlar väl att t.ex. ett avtal om prenumeration av en dagstidning som innehåller oskäliga villkor skulle kunna jämkas med stöd av jämkningsregeln i konsumentskyddslagen 4:1. Marknadsföring av tidningar underlyder också de allmänna bestämmelserna om marknadsföring till konsumenter, varom i Finland ett flertal avgöranden av marknadsdomstolen bär vittnesbörd.[882]

Det är lika självklart att bestämmelserna om fel i konsumtionsvara och om produktansvar kan tillämpas, då man har att göra t.ex. med de fysiska egenskaperna hos en dagstidning. En tidning som p.g.a. ett produktionsfel skulle bestå enbart av tomma sidor skulle säkerligen

---

[881] Se dock analysen av motsättningen mellan Market Theory och Journalism Theory hos McManus 1994 s. 80 ff. För honom, "[m]ost of the time, market journalism is an oxymoron, a contradiction in terms" (s. 197).

[882] Se t.ex. om praxis angående marknadsföringslotterier Wilhelmsson 1989 s. 153 f.

anses vara behäftad med ett köprättsligt fel. Om man vid framställningen av tidningen skulle använda giftig trycksvärta, skulle detta lika självklart konstituera både ett fel i köprättslig mening och ett fall av bristfällig säkerhet i produktansvarsrättslig mening.

Jag skall inte diskutera sådana fall vidare. De är ju rätt självklara och de är inte heller direkt relaterade till den problematik som är aktuell här, nämligen frågan om möjligheterna att med ansvarsrättens hjälp kontrollera mediemakten. Denna makt kommer till uttryck i det innehåll som massmedia producerar. Jag vill här se närmare just på möjligheten att utnyttja konsumenträttens ansvarsregler för en kontroll av detta innehåll. Borde konsumenträtten, och i vilken utsträckning, vara tillämplig också på informationsinnehållet i massmedia? I vilken omfattning borde konsumenten ha rätt att kräva korrekt information och tillräcklig information i massmedia? Borde konsumenten ha en konsumenträttslig rätt till kunskap?

Olika massmedia spelar olika roller i produktionen och presentationen av information. Deras relation till marknaden och de enskilda konsumenterna varierar. För att göra den lilla berättelse som jag vill presentera så klar som möjligt begränsar jag den till att gälla bara pressens ansvar, även om andra massmedia, såsom TV, kanske har t.o.m. ett större inflytande över utvecklingen av den journalistiska kulturen.[883] Avgränsningen till pressen förenklar diskussionen såtillvida att man i detta fall kan ta existensen av en konsumenträttslig relation som given: en tidning är utan tvivel en konsumtionsvara som säljs av en näringsidkare till en konsument så att det också uppstår någon form av kontraktsrättslig bindning. Om en liten berättelse, som är avgränsad på detta sätt, visar sig bli verklighet i praxis, är dörren öppen för en diskussion därom, huruvida det föreligger förutsättningar att föra berättelsen vidare så att den täcker också andra massmedia.

I detta avgränsade perspektiv föreligger flera möjliga grunder för ett konsumenträttsligt medieansvar för problematisk information. Man kunde å ena sidan diskutera den begränsade frågan om säkerheten i den information som erbjuds konsumenterna i massmedia. Man skulle då rikta uppmärksamheten mot de regler som gäller för produktansvar. Kan farlig information i en dagstidning ge grund för ett pro-

[883] Bourdieu 1998 s. 77 ff.

duktansvarskrav mot utgivaren? När det gäller konsumentens mer generella intresse av riktig information träder emellertid det kontraktsrättsliga ansvaret i förgrunden. Kan bestämmelserna om fel i vara tillämpas, om konsumenten inte är tillfredsställd med innehållet i tidningen, t.ex. för att den innehåller falsk eller ensidig information? Båda frågorna gäller delvis spörsmålet hur man rättsligt bör kvalificera information. I vilken utsträckning kan man anse att begreppen "produkt" och "vara" täcker också innehållet i en dagstidning? Är också den information som ingår i en informationsprodukt som dagstidningen en del av produkten i konsumenträttslig mening?

Jag har ovan formulerat problematiken som en fråga om konsumentens rätt till kunskap. Det är likväl skäl att redan nu notera skillnaden mellan "kunskap" å ena sidan och "information" och "data" å den andra. Kunskap innebär förståelse av information i en given kontext. Korrekta data är blott en förutsättning för kunskap. Även om man talar om konsumentens rätt till kunskap måste man likväl uppenbarligen i praktiken nöja sig med att fokusera på riktigheten i den information som massmedia ger konsumenterna. Det är svårt att tänka sig ansvarsrättsliga påföljder i situationer där kvalitetsbristen hos tidningen sammanhänger med mindre välövervägda val av de temata som behandlas och dålig bakgrundsinformation, då ju utvärderingen av kvaliteten i ett sådant sammanhang måste vara mycket subjektiv.[884] Det är säkerligen något lättare att diskutera konsekvenserna av falsk och vilseledande information.

Återigen för att den lilla berättelsen skall framträda så klar som möjligt diskuterar jag främst den sistnämnda frågan. Av samma skäl kommer jag att särskilt uppmärksamma det extrema fallet att tidningen medvetet i kommersiellt syfte givit falsk information. Jag talar då om fallet av "tillverkade nyheter" eller "tillverkade data", där tidningen uppfunnit information, t.ex. i syfte att göra tidningen mer intresseväckande. Detta är, åtminstone i ett internationellt perspektiv, inte så ovanligt som man skulle ha anledning att anta. T.ex. i rapporter om

---

[884] Som också framgick av kap. 5 är ju redan kriterierna för vad som kan betraktas som nyheter mycket svåra att specificera; Ikävalko 1997 s. 220.

krig eller sociala problem har det blivit allt vanligare att man publicerar emotionellt berörande men fabricerade rapporter.[885] I journalistik om underhållningsstjärnor och andra offentliga personer tillverkar man också stundom information. Uttalanden som sådana personer aldrig gjort och gissningar om deras handlande kan publiceras som fakta.[886] Också fotomontage kan användas i detta syfte.[887] Även om den ifrågavarande tidningen i praktiken i regel böjer sig och ber om ursäkt för sådana "misstag", om man avslöjas, kan exemplet angående fabrikation av information fungera som en belysande utgångspunkt för den lilla berättelsen om pressens ansvar. Från detta mer teoretiska fall kan man röra sig vidare mot mer svårtolkade situationer, där behovet av en ansvarsrättslig reaktion kanske i praktiken är större.

Yttrandefrihetens konsumenträttsliga motprinciper

Från en konsumenträttslig utgångspunkt förefaller det vid första anblicken relativt självklart att man borde ge konsumenterna en rätt att framställa krav inte blott vad avser tidningars fysiska egenskaper, utan även beträffande deras informationsinnehåll. Konsumenten köper ju inte i första hand en bunt papper med trycksvärta, utan ett innehåll. Tidningen är en typisk informationsprodukt som kännetecknas av att den information som den innehåller är viktigare än själva den materiella produkten.[888]

Om det från konsumentens synvinkel alltså förefaller naturligt att se informationen som en del av produkten, varför ter sig detta synsätt ändå problematiskt? En väsentlig del av svaret på denna fråga ligger uppenbarligen i yttrandefriheten: på samma sätt som när det gäller pressens ansvar mot kränkta individer kan denna grundrättighet åberopas mot ett alltför långtgående konsumenträttsligt ansvar för pressen.

Yttrandefriheten är likväl inte absolut. Som framgått ovan måste den vägas bl.a. mot individens krav på skydd mot kränkning av ära och

---

[885] Ikävalko 1997 s. 226.

[886] Exempel på en sådan tillverkning av nyheter ges för Japans del av Horibe & Middleton 1997 s. 235 f.

[887] Prinz 2000 s. 142 omtalar ett fall där man i flera spridda tidskrifter publicerade en bild av två prominenta personer, från vilken man avlägsnat en tredje person mellan dem, för att ge intrycket att de två förstnämnda uppträdde som ett par.

[888] Boyle 1996 s. 3, 7 och Rosendahl 2000 s. 2.

privatliv. Sanktioner kan dessutom förekomma också t.ex. mot pornografiska och blasfemiska publikationer.[889] I Frankrike finns det t.o.m. lagstiftning som förbjuder publiceringen av falska nyheter, om en sådan publicering är ägnad att rubba samhällsfreden.[890] Man har således ingenstans uppfattat branschens självreglering som ett tillräckligt instrument för att reglera pressfriheten,[891] utan man har alltid i någon utsträckning funnit rättsliga åtgärder vara nödvändiga. Då detta är fallet, och då man inom vissa gränser accepterat privaträttsliga krav mot massmedia både från kränkta individers och företags sida, är det inte a priori otänkbart att tillerkänna också en person vars intressen som konsument har skadats en rätt att ställa krav i anledning av detta. Om yttrandefriheten kan tåla den förra formen av krav kan den tänkas tåla också den senare.

Jag vill med detta inte påstå att situationerna är likartade eller ens jämförbara. Det föreligger förvisso väsentliga olikheter. Dels kan man se en viktig skillnad redan i det att konsumentintresset uppbärs av en ospecificerad klass av personer, medan offren för ärekränkning, kränkning av privatliv eller lädering av affärsintresse oftast är individualiserade. I de sistnämnda fallen har man kränkt en rätt som är mer individuell än den mer "diffusa" rätten till korrekt information som konsumenten kan anse sig ha. Man kan tänka sig att en kränkning av en individuell rätt uppfattas som ett starkare argument för att bryta igenom yttrandefrihetens princip. Detta är säkert en god utgångspunkt. Det framgår emellertid av de mångenstädes förekommande reglerna om t.ex. pornografi och blasfemi att det är möjligt att genomföra inskränkningar i yttrandefriheten också för att skydda känslorna hos ospecificerade, "diffusa" grupper. Det är därför trots allt inte otänkbart att man kan väga också konsumentens rätt mot yttrandefriheten.

Det är nämligen möjligt att man till stöd för konsumentkraven kan åberopa ett antal sådana grundläggande principer som kan vägas mot yttrandefriheten. I vissa rättssystem har man explicit givit konsumentens rätt till skydd en status som grundrättighet.[892] Också då detta inte är fallet,

---

[889] Se t.ex. samlingsverket Campbell 1997; beträffande engelsk rätt t.ex. s. 117 ff.

[890] Campbell 1997 s. 190.

[891] Hos oss har medieforskare kritiserat självregleringen som ineffektiv, se Heinonen 1995.

[892] Se t.ex. beträffande Spanien López Sánchez 1994 s. 83 f.

som i Finland och Sverige, ligger det nära till hands att se den starka betoningen av konsumentskyddet i vårt senmoderna konsumtionssamhälle som ett uttryck för att man velat fästa betydande vikt vid konsumentens rättigheter. Om man vill tala om "oskrivna grundrättigheter" kunde man eventuellt se rätten till konsumentskydd som en sådan.

Särskilt när det gäller säkerhetsrisker som följer av den information man ger i massmedia är det lätt att juridiskt argumentera för en avbalansering av yttrandefriheten mot hänsynet till konsumentens behov. Här möter yttrandefrihetens princip nämligen den starka grundrätten till liv, integritet och säkerhet, som kommit till uttryck i 7 § av Finlands grundlag. Också bestämmelsen om yttrandefrihet i Europarådets människorättskonvention artikel 10 godtar begränsningar i yttrandefriheten bl.a. med hänsyn till hälsovården. Information som medför risk för konsumentens liv och hälsa är inte nödvändigtvis skyddad av yttrandefrihetens princip.

I andra fall ter det sig svårare att tillmäta konsumentens rätt till skydd en tillräcklig tyngd för att den skall kunna fungera som en motprincip till yttrandefriheten. Man kunde tänkas hävda, att konsumentens rätt redan av ekonomiska skäl inte kan ha sådan vikt, då de förluster som drabbar den enskilda konsumenten är av en betydligt mindre storleksordning än de materiella eller immateriella skador som kan uppkomma t.ex. som följd av en ärekränkning. Om man köpt en tidning med ett sämre innehåll än man kunnat förutsätta, har man förlorat kanske ett par euro. Detta är väl knappast något som man kan ställa upp som motargument mot en så viktig princip som yttrandefriheten? Man kan emellertid å andra sidan hävda att storleken av konsumentens ekonomiska investering i den ifrågavarande transaktionen inte borde ha central relevans, då man bedömer tyngden av den grundläggande principen om konsumentskydd. Ur konsumentens synvinkel är det också fråga om en allmän rätt att bli ärligt och respektfullt behandlad på marknaden. När man talar om konsumentens rätt mot massmedia kan man dessutom, som jag tidigare nämnde, förfäkta en rätt för konsumenten att erhålla korrekt information för att ha möjlighet att skapa en välgrundad världsbild. En sådan rätt är mer basal än den rent ekonomiska frågan om den ifrågavarande tidningens pris.

Att det inte är lätt att med stöd av en konsumentskyddsprincip överflygla yttrandefriheten framgår tydligt av den diskussion och

praxis som gällt kommersiell information. Även om man på detta område av tradition accepterat mer långtgående inskränkningar i yttrandefriheten,[893] har man också här ofta dragit gränserna för inskränkningarna relativt snävt.[894] Ett gott exempel från Sverige är det kända löpsedelfallet, där användningen av en löpsedel som var uppenbart vilseledande vad avser tidningens innehåll på talan av konsumentombudsmannen ledde till en fällande dom i marknadsdomstolen.[895] Högsta domstolen undanröjde emellertid marknadsdomstolens dom såsom uppenbart lagstridig, då löpsedeln ansågs åtnjuta samma tryckfrihetsrättsliga skydd som själva tidningen.[896] Avgörandet, som var baserat på den svenska tryckfrihetsförordningen och som uppenbart kan kritiseras från ett konsumentsrättsligt rättspolitiskt perspektiv – och som därför inte nödvändigtvis bör importeras till Finland – visar i ett nötskal hur etablerade konsumentskyddsprinciper kan få ge vika då man kommer in på yttrandefrihetens domäner.

I anslutning till detta svenska rättsfall är det dock skäl att notera, att strävandena att t.o.m. för de kommersiella budskapens del avgränsa inskränkningarna i yttrandefriheten oftast gällt myndigheternas möjligheter att ingripa mot reklam som de bedömt som olämplig. Man uppfattar särskilt lätt just en sådan myndighetskontroll av massmedia som oacceptabel med hänsyn till yttrandefriheten. Man kan här hänvisa till ett "sluttande planet-argument". Om man accepterar att konsumentmyndigheterna ingriper, kan andra myndigheter följa efter, med negativa konsekvenser för den fria pressens möjligheter att fungera som vakthund för demokratin. När det gäller en mikropolitisk medborgarkontroll, som endast assisteras av rätten och domstolarna, kan man inte anföra lika starka invändningar. Det att rätten till konsumentskydd i vissa sammanhang fått vika för yttrandefriheten innebär därför inte nödvändigtvis att man

---

[893] Se närmare t.ex. Manninen 1995 om synen på skyddet av "commercial speech" i USA, Europa och Finland.

[894] I Sverige anses t.ex. en reglering av köns- eller rasdiskriminerande reklam förutsätta en grundlagsändring, se Bernitz 1997 s. 94. Läget är ett annat i Finland, där marknadsdomstolen har förbjudit könsdiskriminerande reklam som stridande mot god sed, se redan MD 1994:7.

[895] Den svenska MD 1974:23.

[896] NJA 1975 s. 589.

borde låta avvägningen utfalla på samma sätt när det gäller ansvarsrättsliga krav som görs gällande av enskilda parter.

Vid regleringen av yttrandefriheten har man också, som jag tidigare noterat, framför allt velat förhindra all förhandskontroll av massmedia.[897] Ansvarsrättsliga krav som ställs efter publiceringen är lättare att godta. Detta gäller naturligtvis också sådant ansvar som baseras på konsumenträttsliga regler.

För konsumentkravens del kan man ytterligare hänvisa till att de har en grund i en kontraktsrelation mellan konsumenten och den ansvariga näringsidkaren. Genom avtal anses man nämligen kunna begränsa yttrandefriheten;[898] man kan t.ex. avtala om att ett massmedieföretag levererar publikationer med ett bestämt innehåll.[899] Även om sådana explicita avtal knappast förekommer i konsumentsektorn, kan man säga att redan denna möjlighet utvisar den relativa karaktären hos yttrandefriheten. Man kan ju tänka sig att argumentera med fiktionen implicita avtalsvillkor, som tillerkänner konsumenten ett krav på en viss kvalitet hos den produkt, den information, som införskaffas. Man kan t.ex. anta att konsumenten ingår avtalet om anskaffning av en tidning under en förutsättning att den information som den innehåller är korrekt, eller åtminstone inte fabricerad.

Just när det gäller fabricerad information förefaller yttrandefriheten inte väga särskilt starkt som argument mot ett ansvar för ifrågavarande tidningsföretag. Även om man har utgått från att sanningsenligheten hos ett yttrande inte bör ha relevans då man bedömer, huruvida det faller under området för yttrandefriheten,[900] har man likväl ansett det möjligt att tillerkänna denna omständighet vikt, då man tar ställning till godtagbarheten hos eventuella ingrepp i yttrandefriheten. Då yttrandefriheten har som syfte att trygga en fri åsiktbildning och offentlig debatt[901] och då spridning av falsk information snarast hindrar

---

[897] Detta gäller också för kommersiella budskap. Trots att EG-direktivet om vilseledande marknadsföring förutsätter en möjlighet att förbjuda också en sådan vilseledande marknadsföring som ännu inte blivit publicerad har denna detalj inte, p.g.a. yttrandefriheten, implementerats i Finland, se Howells & Wilhelmsson 1997 s. 142, och i Sverige, se Bernitz 1997 s. 89.

[898] Harris & O'Boyle & Warbrick 1995 s. 382.

[899] Rosendahl 2000 s. 37.

[900] Harris & O'Boyle & Warbrick 1995 s. 375 och 381.

[901] Reg.prop. 309/1993 s. 60.

förverkligandet av detta, bör rättsliga påföljder kunna riktas mot massmedia i sådana fall.[902] I det extrema fallet av tillverkade nyheter syns det vara lättare att motivera ett åsidosättande av skyddet för yttrandefriheten till förmån för eventuella konsumentkrav.

Med allt detta vill jag inte säga att yttrandefriheten är en lättviktsprincip som man utan större betänkligheter bör kunna bortse från. Jag vill bara framhäva, att det finns andra principer som bör vägas mot yttrandefriheten, när man diskuterar konsumenträttens möjliga roll i detta sammanhang. Analysen visar, att skyddet av yttrandefriheten inte utesluter möjligheten till en liten berättelse om konsumentskydd mot problematisk information i pressen. Yttrandefriheten gör det inte otänkbart att åberopa konsumentskyddet, då innehållet i en tidning ter sig problematiskt – t.ex. då informationen i fråga uppfunnits av tidningen själv.

På samma sätt som i de mer etablerade situationer i vilka det kommit i fråga att ålägga massmedia ett ansvar, t.ex. vid kränkning av ära eller privatliv, kan ett långtgående konsumenträttsligt ansvar få en negativ inverkan på massmedias viktiga vakthundsroll. Man bör därför vara försiktig också då man berättar den föreliggande berättelsen. Överstora skadeståndsbelopp bör inte heller här få lägga hämsko på debatten, särskilt när det gäller samhälleligt angelägna frågor. Risken ter sig dock mindre vid konsumentkrav av det aktuella slaget, åtminstone så länge som vi inte har någon grupptalaninstitution, som skulle möjliggöra en talan till förmån för stora grupper av tidningsköpare och -prenumeranter.[903]

Pressens konsumenträttsliga ansvar

Som jag påpekade ovan, utgör antagligen den grundlagsfästa principen om rätt till liv och säkerhet den i detta sammanhang mest vägande motprincip mot vilken man bör avbalansera skyddet av yttrandefriheten. Det vore därför naturligt att börja en liten berättelse om potentiella konsumentkrav i anledning av problematisk information i massmedia från fall, där konsumenternas fysiska säkerhet är satt på spel – exempelvis tidningens hobbyavdelning innehåller farliga råd för användnin-

[902] Rosendahl 2000 s. 37 med där angivna källor.

[903] Som Rosendahl 2000 s. 36 noterar kan åtgärder av stora grupper konsumenter utgöra ett lika effektivt hot mot yttrandefriheten som statliga påtryckningsåtgärder.

gen av maskiner och redskap – och där man alltså kan ställa frågan, huruvida massmedia bör bära ett produktansvar för den information de förmedlar. Då spörsmålet om konsumentens rätt att förutsätta trygg information emellertid blott är en detaljfråga inom ramen för den mikropolitiskt centrala frågan om rätten att kräva riktig information, berör jag här produktansvaret blott i korthet, som en möjlig inledning till en vidaregående berättelse.

Om den farliga felinformationen är en följd av ett culpöst handlande från utgivarens sida är det i och för sig ganska självklart att ett ansvar kan komma i fråga redan på grundval av allmänna skadeståndsrättsliga regler.[904] Man kan emellertid fråga sig, huruvida berättelsen kan föras vidare i riktning mot ett mer strikt ansvar. Som känt bär tillverkaren av en produkt enligt produktansvarslagen ett strikt ansvar för skador som har uppstått till följd av att en produkt inte har varit så säker som det kunde förväntas. Borde denna regel inte omfatta också en tidningsutgivares ansvar, om dennes produkt, tidningen, innehåller information som skadar konsumenten? Ett antal författare har visserligen hävdat, att EG-direktivet om produktansvar, på vilket de finska och svenska lagarna är baserade, inte borde kunna tillämpas t.ex. på tryckfel i böcker och tidningar, emedan informationen i boken är något annat än produkten – boken – själv.[905] Vid en närmare analys ter sig detta argument dock inte särskilt övertygande. Det förefaller nämligen inte vara så lätt att dra en klar gräns mellan informationen och produkten själv. Det är inte bara fråga om, att felaktig information t.ex. i en produktmanual kan leda till produktansvar.[906] Många produkter förmedlar själva, både genom märkningar och t.o.m. genom sin form, information som kan vara farlig och ådra tillverkaren ansvar. Det är därför knappast möjligt att strikt utesluta "information" från tillämpningsområdet för begreppet "produkt". Då distinktionen mel-

---

[904] Att man med culpaansvaret som grund kan nå väldigt långt i att ålägga ansvar för medieföretag gentemot personer som lider skada som följd av vad företagen i fråga producerat visar det amerikanska exemplet angående det eventuella ansvar för s.k. "copycat"-brott som kan drabba producenter av våldsbetonade filmer, se ovan kap. 2.

[905] Taschner & Frietsch 1990 s. 304 f. och Nelson-Jones & Stewart 1988 s. 51 f. I Wilhelmsson & Rudanko 1991 s. 101 avstår vi från att ta egen ställning till frågan.

[906] Enligt produktansvarslagen skall man ta hänsyn bl.a. till bruksanvisningar då man bedömer, huruvida en produkt inte varit tillräckligt säker.

lan "produkt" och "information" inte heller har någon grund i ordalydelsen hos produktansvarsdirektivet, framstår en liten berättelse om massmedias produktansvar för farlig information inte bara som önskvärd, utan även som rättsligt möjlig. I en sådan berättelse skulle den centrala frågan i stället bli, vad konsumenterna legitimt kan förvänta sig beträffande innehållet i tidningar.[907] Det framstår nämligen som mer motiverat att basera nödvändiga avgränsningar av ansvaret för informationen på en materiell analys av konsumenternas förväntningar, vilket ger ett mer flexibelt resultat än den stela dikotomin produkt/information. Man kan ta hänsyn såväl till det faktum att konsumenter knappast förväntar att allt som sägs i pressen är bokstavligen sant som till att konsumenterna å andra sidan inte förväntar sig att mötas av oskäliga risker när de litar på det tryckta ordet.[908]

Om ett produktansvar för massmedia således är möjligt, ligger det nära till hands att fråga, huruvida man kan åberopa också annat konsumenträttsligt ansvar, då massmedia lämnar falsk eller vilseledande information. Jag nämnde tidigare, att skyddet av yttrandefriheten kan brytas genom avtal. I förlängningen av detta kan man hävda, att det är lättare att motivera kontraktsrättsligt grundade påföljder för problematisk information i massmedia än ett rent utomkontraktuellt ansvar. I den ansvarsrättsliga paletten är det tänkbart att det konsumenträttsliga kontraktsansvaret erbjuder ett redskap för en juridisk mikropolitik, som är riktad mot problematisk information, också i fall där man inte kan åberopa en så grundläggande princip som rätten till liv och säkerhet. Med kontraktsrättsliga argument kan man föra berättelsen vidare.

---

[907] Principen om skydd av konsumentens legitima förväntningar håller ju också, som tidigare nämnts, på att utvecklas till en av de ledande principerna i EG:s konsumenträtt, se Micklitz 1997 och Howells & Wilhelmsson 1997 s. 320 ff.

[908] Trots denna juridiska möjlighet till ett produktansvar för massmedia bör man likväl inte föreställa sig att produktansvaret i praktiken kunde bli ett remedium med vars hjälp man lätt kunde vinna framgång i ansvarskrav mot pressen. Man måste komma över också andra trösklar, framför allt kravet på kausalsamband, för att nå fram till en fällande dom. Konsumenter som kräver skadestånd måste kunna övertyga domstolen om att de har handlat på grundval av den farliga informationen och att detta lett till skadan. Särskilt när det gäller annan information än konkreta råd är detta i flertalet fall säkerligen mycket svårt (jfr även högsta domstolens argumentering i det finska tobaksfallet HD 2001:58). Om man i tidningen tryckt information som är mer allmänt känd eller som kan erhållas från flera källor är kausaliteten också svår att visa.

Den lilla berättelsen om pressens kontraktsrättsliga ansvar gentemot konsumenten för problematisk information kan i mer konkreta juridiska termer formuleras som en berättelse om pressens konsumentköprättsliga felansvar.[909] Denna berättelse innehåller element som är parallella med dem som man möter i samband med frågan om pressens produktansvar. Å ena sidan kan man ställa frågan, huruvida felansvarsreglerna överhuvudtaget kan vara tillämpliga på innehållet i en tidning, på den information tidningen förmedlar. Å andra sidan möter man det materiella spörsmålet, vilka slag av informationsproblem som kan betraktas som fel. Svaret härpå sammanhänger återigen med vad konsumenterna legitimt kan förvänta sig.

Till skillnad från produktansvaret drabbar det köprättsliga felansvaret primärt säljaren och inte tillverkaren av en produkt. Ur mikropolitikens synvinkel ter det sig det dock skäligen ointressant att diskutera, vilket ansvar minutförsäljaren av en tidning eventuellt bär. Man kan emellertid på grundval av felansvaret rikta krav också mot själva medieföretaget. Detta kan ske direkt på basen av en kontraktsrelation i det mycket vanliga fallet att tidningen levereras enligt ett prenumerationsavtal mellan företaget och konsumenten. Om kravet åter är anknutet till ett enstaka inköpt exemplar kan man tänkas basera felansvaret för medieföretaget på regler om direktkrav mot tidigare säljled. En sådan regel ingår t.ex. i den finska konsumentskyddslagen 5:31, enligt vilken bestämmelse köparen har rätt att rikta krav på grund av fel i varan också mot en näringsidkare som i ett tidigare säljled har överlåtit varan för återförsäljning.

Det kan vid första anblicken förefalla överraskande att en konsument, som inte är tillfredsställd med innehållet i en tidning, skulle kunna åberopa ett felansvar gentemot den som producerat tidningen. Likväl finns det ingenting explicit i de konsumenträttsliga reglerna

---

[909] Jag diskuterar här pressens eget säljar- och tillverkaransvar. I tillägg till detta kunde man också ställa frågan, huruvida pressen kan bli subsidiärt eller solidariskt ansvarig för en annan näringsidkares marknadsföring i situationer, där marknadsföringen inte kan särskiljas från redaktionellt material. Då marknadsföring alltid borde kunna identifieras som sådan och marknadsföring som bryter mot denna princip är otillbörlig – se t.ex. den finska MD 1986:2, 1987:10, 1994:17, 1996:11 och 1997:6 – kunde man väl tänka sig att en tidning som medverkar i ett sådant otillbörligt förfarande kunde bära ett skadeståndsansvar som supplerar det ansvar den marknadsförande näringsidkaren bär mot konsumenten, se närmare Wilhelmsson 2001 s. 375 f.

som talar mot detta. Det förefaller tvärtom från konsumenträttslig synpunkt vara i högsta grad naturligt att tillerkänna konsumenten en sådan rätt. Konsumenten köper ju inte tidningen p.g.a. dess fysiska egenskaper, utan för dess innehåll. Informationen i den informationsprodukt som tidningen utgör är viktigare än den materiella produkten. Om konsumenten anskaffar andra slag av varor strävar man genom lagstiftningen att skydda konsumenten i händelse dessa varor inte fungerar som de skall. Varför skulle en konsument inte ha samma rättigheter – att kräva skadestånd, att kräva prisnedsättning eller att häva avtalet – om en tidning fyller sin huvudsakliga funktion, att förmedla information, på ett undermåligt sätt? Särskilt i det fall att tidningen medvetet förmedlat felaktig information, t.ex. genom att tillverka nyheter, är det svårt att försvara en uteslutning av det kontraktsrättsliga ansvaret.

Ett köprättsligt skydd av konsumenterna förefaller t.o.m. mer angeläget när det gäller tidningar och deras innehåll än många mer standardiserade varor. Konsumenten har ofta möjlighet att undersöka en konsumtionsvara före inköpet och kan därigenom åtminstone i någon mån bidra till att skydda sig själv. Som John McManus framhåller är nyheter emellertid "credence goods", inte "search or inspection goods" eller "experience goods". De är därför "products that must be consumed on faith". Då nyheter, definitionsmässigt, är vad allmänheten ännu inte vet, kan konsumenten sällan fastställa hur riktig nyhetsgivningen är innan han köpt tidningen.[910]

Med hänsyn till dessa argument och då man i kontraktsrätten i allmänhet inte uppfattar det som problematiskt att en avtalspart kan åta sig ett ansvar för ett informationsinnehåll, är det en rätt uppenbar konklusion att det köprättsliga felansvaret i princip bör kunna täcka också innehållet i en tidning. Man kan också lätt hitta på exempel på fall, där ett felansvar ter sig mer eller mindre självklart. Om medieföretaget har lovat att leverera en tidning som innehåller minst en sida tecknade serier, kan köparen självfallet åberopa ett felansvar, om tidningen inte innehåller serier i utlovad mängd. Då detta är fallet, varför skulle man underlåta att stipulera felansvar också då det föreligger problem vad avser tidningsinnehål-

[910] McManus 1994 s. 64-69.

lets kvalitet? I fråga om andra konsumtionsvaror kan man ju åberopa felreglerna såväl avseende kvantitativa som kvalitativa fel.

I detta sammanhang föreligger sålunda ännu mindre skäl än då man diskuterar produktansvaret att utesluta ett ansvar enbart på den grunden att informationen inte borde anses vara en del av den sålda produkten. Man kan i stället gå mer direkt vidare till de materiella regler som definierar felbegreppet. I vilka situationer och under vilka förutsättningar kan problematisk information i en tidning utgöra ett köprättsligt fel?

Vid en kontraktsrättslig felbedömning skall man alltid ta en utgångspunkt i avtalets bestämmelser. Varan skall i fråga om sina egenskaper överensstämma med det som följer av avtalet. I praktiken innehåller dock avtalen mellan massmedia och konsumenterna knappast några explicita bestämmelser om innehållet i den information som man lovar ge. Vid sidan av direkta avtalsbestämmelser blir emellertid också utfästelser eller påståenden som näringsidkaren gjort i marknadsföringen en del av avtalet. Enligt konsumentskyddslagen 5:13 skall varan anses felaktig om den inte överensstämmer med sådana uppgifter om dess beskaffenhet eller användning som säljaren lämnat vid marknadsföringen av varan eller annars före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet.[911] Om medieföretaget t.ex. i marknadsföringen angivit att tidningen innehåller "en hel sida av serier" och detta inte är fallet blir den sagda bestämmelsen tillämplig. Den intressanta frågan om ansvaret för kvaliteten på den information som ges i tidningen kan dock sällan besvaras med stöd av denna bestämmelse. Det är svårt att föreställa sig att man skulle marknadsföra t.ex. prenumerationer av en tidning genom åtgärder i vilka man betonar riktigheten i den information som tidningen förmedlar på ett så konkret sätt att bestämmelsen om marknadsföringsansvar kunde åberopas. Detta bety-

[911] I 1999 års EG-direktiv om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (konsumentköpsdirektivet) har man vävt in detta marknadsföringsansvar i den allmänna feldefinition som baserar sig på konsumentens förväntningar (Art. 2.2(d)). Man talar om vad konsumenten rimligen kan förvänta sig bl.a. "med beaktande av eventuella offentliga uttalanden om varornas särskilda egenskaper som gjorts av säljaren, tillverkaren eller dennes företrädare, i synnerhet i reklam eller på märkningen." Då direktivet är ett minimidirektiv (Art. 8) förutsätter detta inte att man gör den klarare nordiska ansvarsregeln mer diffus och flexibel enligt EG-modellen.

der dock inte att bestämmelsen är utan betydelse i förevarande sammanhang. Den kan tänkas ge upphov till felansvarskrav i anslutning till en sådan marknadsföring som avser det specifika innehållet i något enskilt nummer av tidningen. Löpsedlarna för lösnummerförsäljningen av en tidning kan skapa förväntningar vilka inte blir uppfyllda av tidningens innehåll. I ett sådant fall bör konsumenten uppenbarligen kunna stöda sina felansvarskrav på innehållet i den marknadsföring som löpsedlarna utgör.[912]

Avtal och marknadsföring ger dock alltså i flertalet fall ingen direkt ledning för bedömningen av tidningens felansvar för problematisk information. Man måste därför falla tillbaka på feldefinitionen i konsumentskyddslagen 5:12.2. Mest intressant i detta sammanhang är den avslutande generella bestämmelsen i detta moment, enligt vilken varan bör överensstämma med vad konsumenter i allmänhet har grundad anledning att förutsätta vid köp av en sådan vara.[913] Här möter man återigen i en annan kontext den ovan omtalade principen om skydd av konsumentens legitima förväntningar. Har konsumenterna i köprättslig mening legitima förväntningar vad avser innehållet i en tidning?

När man inte talar om uppgifter vilka kan vara skadliga för konsumentens liv och hälsa, ter det sig naturligt att söka svaret på denna fråga genom att undersöka de skäl konsumenter i allmänhet har för att köpa en tidning. Om huvudskälet är underhållning, som det kan vara för en grupp av konsumenter, är det uppenbarligen svårt att argumentera för påståendet att konsumenterna har legitima förväntningar vad avser tidningens informationsvärde.[914] Om å andra sidan åtminstone ett betydande antal av konsumenterna läser tidningar för att de (också) vill ha kunskap och skapa en korrekt världsbild, kan man tala om att det föreligger legitima förväntningar vad avser informationens innehåll: "Consumers of news, having invested their time and trust in

---

[912] Det att den svenska högsta domstolen i rättsfallet NJA 1975 s. 589 med hänsyn till yttrandefriheten inte accepterade att konsumentmyndigheterna ingrep med förbud mot innehållet i löpsedlar är knappast något vägande argument mot privaträttsliga krav som ställs i efterhand och inte innebär förbud för framtiden.

[913] I konsumentköpsdirektivet art. 2.2(d) talar man om den kvalitet och de prestanda "som konsumenten rimligen kan förvänta sig med hänsyn till varans art".

[914] Underhållningsvärdet är å andra sidan av så subjektiv art att det sällan kan underkastas en kontraktsrättslig bedömning.

the media, have a legitimate expectation that the media will be fair and honest in providing the truth".[915] Jag skulle vilja tro att detta är fallet.

Man måste emellertid medge att olika läsare kan ha olika förväntningar. Detta kunde tänkas leda till att man använder olika måttstockar när man bedömer ansvaret för å ena sidan den "vita" och å andra sidan den "gula" pressen. Då man kanske förväntar sig mer underhållning och mindre sanningsenlighet av den senare typen av tidningar skulle dessa köprättsligt bedömas lindrigare. Detta skulle vara förenligt med det konsumenträttsliga kriteriet legitima förväntningar – men det skulle knappast av samhälleliga skäl vara en god lösning.

Om man utgår från att ett betydande antal konsumenter läser tidningar för att bli informerade, kan man säga att det föreligger legitima förväntningar bland konsumenterna på att den information som tidningarna ger inte skall vara falsk eller vilseledande. Man kan ta en utgångspunkt i det faktum att konsumenterna vanligen i relativt stor utsträckning tror på innehållet i det som tryckts i pressen. Om det står något i tidningen antas detta vara sant. Även om allmänheten säkerligen i någon mån har förlorat sin tillit till journalisterna och pressen och den allmänna massmediekritiken har tilltagit[916] är tillitsnivån åtminstone i vårt land antagligen fortfarande hög.[917] Detta lägger ett tungt ansvar på pressen. Vetskapen om att det föreligger en sådan tillit hos konsumenterna motiverar en sträng bedömning också i ansvarsrättsligt hänseende.[918] Konsumenterna förväntar sig och det är legitimt för dem att som utgångspunkt förvänta sig korrekt information. Dessa förväntningar gäller framför allt det material som med en bred definition kunde betecknas som nyheter. Just när det gäller nyhetsgenren har konsumenten en motiverad förväntning att de uppgifter som

---

915 Horibe & Middleton 1997 s. 235.

916 Se t.ex. Aula 1991 s. 212 ff. I USA visar undersökningar åren 1985 och 1997 en snabb nedgång i tilliten till massmedia, se Richards 2000 s. 502.

917 År 1988 ansåg 90 % av medborgarna i Finland dagstidningarnas nyheter som mycket eller ganska pålitliga, Aula 1991 s. 218.

918 Man har också gett ekonomiska argument för ett ansvar för massmedia. Häyhä 1999b s. 338 hävdar, i en kommentar till ett fall som gällde en tidskrifts ansvar mot ett företag för skada till följd av en partisk test, att massmedias ansvar"releases the public from the burden of individually verifying the correctness of this information" och därigenom "supports the legitimate expectations of an average consumer".

förmedlas motsvarar sanningen.[919] Detta kan förmodas gälla också då nyheterna publiceras av den "gula" pressen.

De ifrågavarande marknadsaktörernas handlande och image påverkar också innehållet i de legitima konsumentförväntningarna. Brott mot sådana normer för god affärssed som man internt accepterat inom en viss bransch kan ofta medföra ansvar mot konsumenter. Detta är av betydelse också i förevarande sammanhang. I koder för god journalistsed l.dyl. framhäver man i allmänhet värden som objektivitet och opartiskhet. Journalister hävdar i regel att objektiviteten utgör själva basen för nyhetsförmedlingen. I Finlands Journalistförbunds Journalistregler betonar man som utgångspunkt, att medborgarna har rätt att få korrekt och betydelsefull information för att kunna bilda sig en sanningsenlig bild av världen och samhället.[920] Konsumenterna har legitima förväntningar att inte mötas av klara brott mot sådana normer som man kungjort inom branschen själv. Om massmedia inte spelar i enlighet med branschens egna regler är det svårt att godta att de skulle vara skyddade mot en konsument som på goda grunder förväntar sig att de skall göra det. Ett rättsligt ansvar för brott mot de självregleranде normerna blir dessutom allt viktigare, då de interna sanktionerna inom det journalistiska fältet uppenbarligen minskar i betydelse p.g.a. trycket från marknaden.[921]

Tröskeln för massmedieansvaret får likväl inte göras för låg. Konsumenterna kan inte förvänta sig att varje ord i tidningens nyhetsutbud nödvändigtvis är sant. Ett mycket långtgående krav på sanningsenlighet skulle stå i strid med behovet av en snabb och läsvärd nyhetsförmedling. Det att journalister tenderar att betrakta frågor genom sina speciella "glasögon" och därigenom överbetonar livets dramatiska element[922] är t.ex. inte något som man kan angripa på denna väg. Det

---

[919] Rosendahl 2000 s. 95 f. betonar på goda grunder genrens betydelse när man har att ta ställning till förväntningarna på sanningsenlighet hos den information som massmedia förmedlar. Just för nyhetsgenren är det typiskt att man framställer uppgifterna så att läsaren skall övertygas om deras riktighet.

[920] Journalistreglerna finns utsatta på Finlands Journalistförbunds hemsida: http://www.jsn.fi/svenska/reglerna.html.

[921] Bourdieu 1998 s. 105.

[922] Bourdieu 1998 s. 32 ff. visar som ett exempel på behandlingen av fenomenet "förort" i franska massmedia. Förorter presenteras som farliga platser på ett sätt som inte nödvändigtvis korresponderar med upplevelserna av dem som bor där.

förekommer likväl också så uppenbara brott mot god journalistsed att ett konsumenträttsligt krav ter sig lätt att försvara. Om en tidning tillverkar nyheter borde den inte vara skyddad mot konsumentaktioner. Detta gäller också andra fabrikationer från tidningens sida. Publiceringen av en lång artikel i en japansk tidning, i vilken man förnekade existensen av gaskamrar i Nazityskland, ledde till betydande protester och till att numret återkallades.[923] Uppenbarligen skulle också en konsumenträttslig aktion ha varit möjlig i detta sammanhang, om en sådan hade behövts.

I fall som inte är av denna ytterlighetskaraktär kan man dra in olika element i avvägningen av vad konsumenternas legitima förväntningar kan tänkas innebära. I de "lätta" extremfallen kunde man underkasta tidningens handlande en skarp kritik. Man kan fråga sig, i vilken mån lägre grader av subjektiv klandervärdhet hos tidningen borde leda till en annan bedömning av ansvaret. I princip tillerkänner man i det köprättsliga kriteriet legitima förväntningar relevans blott för det som konsumenterna förväntar sig av varan och inte för graden av klander som man kan rikta mot näringsidkarens förfarande. Strikt köprättsligt sett borde man inte dra in den subjektiva sidan i själva felbedömningen utan ta hänsyn till den först då man prövar förutsättningarna för de enskilda påföljderna. Å andra sidan kan man hävda att konsumenterna på detta område inte förväntar sig någon absolut sanning utan blott ett riktigt förfarande. Kraven på god journalism förutsätter framför allt att journalisterna på ett adekvat sätt kontrollerar de uppgifter de avser att publicera.[924] Man kan därför påstå, att konsumenten har fått sina legitima förväntningar uppfyllda, om informationen som ges har blivit producerad och kontrollerad på ett acceptabelt sätt, även om den kanske visar sig vara oriktig.

Jag har i detta avsnitt sökt visa, att det finns förutsättningar för en liten berättelse om ett konsumenträttsligt felansvar för massmedia. Man kan naturligtvis ifrågasätta, huruvida en sådan berättelse kan ha något praktiskt värde. De påföljder som konsumenten har till sitt förfogande är ju inte imponerande. Särskilt när det gäller tidningar som

[923] Horibe & Middleton 1997 s. 236 f.

[924] Också i Finlands Journalistförbunds Journalistregler betonar man, att journalisten bör förhålla sig kritiskt till nyhetskällorna (p. 9) och att sakuppgifter bör kontrolleras så väl som möjligt, t.o.m. då de har publicerats tidigare (p. 10).

köpts som enstaka exemplar är t.ex. en möjlig hävning av köpet och krav på återbetalning av priset inte mycket värda för konsumenten. Så länge det inte är fråga om farlig felinformation, är det också svårt att föreställa sig någon annan väsentlig skada som skulle drabba konsumenten p.g.a. felet. Då man prenumererar på tidningen kan en hävning av prenumerationen vara en något mer reell påföljd, men inte heller denna möjlighet kan förväntas framkalla någon större rusning till domstolarna.

Den lilla berättelsen är en berättelse om ett mer symboliskt redskap – åtminstone så länge man inte har en möjlighet till grupptalan, som skulle ställa de ekonomiska incentiven i en annan dager. Det är ett redskap som kan användas av mikropolitikens aktörer för att föra upp problematiska förfaranden från massmedias sida på den offentliga agendan och göra dem till föremål för en offentlig rättsligt-moralisk diskurs. Antirasistiska grupper kunde t.ex. på vägnar av en konsument eller en grupp av konsumenter vid behov föra ett fall som den ovan omtalade falsifieringen av den nazistiska historien till en domstol för att uppnå ett tillräckligt omfattande fördömande.

Mer generellt kan man se möjligheten till mikropolitiska aktioner på detta område som ett slags parallell till aktiviteter som man funnit angelägna på miljörättens område. Man kan tala om möjligheter att agera till förmån inte blott för vår fysiska miljö utan även för vår kunskapsmiljö. På samma sätt som intresset i en god miljö är diffust och svårt att anknyta till ett privaträttsligt definierat snävt egenintresse är intresset att erhålla en riktig information, som gör det möjligt att bygga upp en välgrundad världsbild, mycket allmänt. Vi konfronteras därför redan i detta sammanhang med den problematik som utgör föremål för behandling i nästa kapitel: i vilken mån kan och bör man överskrida de gränser för privaträttens användbarhet som redskap för mikropolitik som följer av dess traditionella anknytning till försvaret av parternas (ekonomiska) egenintresse?

11 kap. Ansvarsrätt och egenintresse

Om hur man bör kunna utöva en ansvarsrättslig mikropolitik också mot kränkningar av allmänna intressen och om hur detta förutsätter att man överskrider privaträttens traditionella bindning till egenintresset exempelvis med hjälp av ett brett kontraktuellt felbegrepp och ett utvidgat skadebegrepp.

De små berättelserna om hur ansvarsrätten kan utvecklas som redskap för mikropolitiska åtgärder har ovan systematiserats utgående från dem som mikropolitiken kan rikta sig mot. Vilka möjligheter till en ansvarsrättslig mikropolitik finns det i förhållande till olika slag av makthavare och vilka slags berättelser om ansvarsrätten bör man eftersträva i dessa relationer? Problematiken bör emellertid analyseras också från det motsatta hållet, utgående från den som utövar mikropolitiken. Finns det regler i ansvarsrätten som förhindrar eller försvårar mikropolitiska aktörers inträde på den ansvarsrättsliga scenen och finns det också härvidlag behov av små berättelser om en utveckling av ansvarsrätten?

Privaträtten, och därmed också ansvarsrätten, har traditionellt haft som uppgift att skydda privata intressen. Detta reflekteras i innehållet i de rättsliga begreppen och principerna. Så har t.ex. skadeståndsrättens skadebegrepp utformats på grundval av denna utgångspunkt. Skadeståndet täcker skador som konkret och individualiserat drabbat enskilda.[925] Mikropolitiska aktioner avser emellertid ofta intressen av en mer allmän karaktär. Om man vill använda ansvarsrätten som ett redskap för att tillgodose också sådana allmänna intressen kan privaträttens bindning till det individualiserade privata intresset framstå som ett hinder. Det finns ett behov av berättelser som spränger dessa ramar och gör det

[925] Det täcker naturligtvis också ett offentligt samfunds skada, när skadan på ett motsvarande individualiserat sätt drabbat samfundet.

möjligt att utnyttja ansvarsrätten också mot kränkningar av allmänna intressen, t.ex. intresset av att bibehålla en god miljö.

Som jag noterade redan i kap. 3 förstärker behovet av ansvarsrättsliga styrningsmekanismer i risksamhället kraven på en utvidgning av området för det privaträttsliga ansvaret så att det täcker också annat än traditionellt ersättningsgilla skador på individuella intressen. Just de nya ekologisk-tekniska riskerna kommer ofta till uttryck t.ex. i försämringar av den allmänna miljön eller i förhöjningar av den statistiska sannolikheten för sjukdomar hos medborgarna. En effektiv riskstyrning genom ansvarsrätten förutsätter att man utvidgar skadebegreppet till att omfatta t.ex. ekologiska skador.[926]

Det är alltså fråga om att skapa möjligheter till ansvarsrättsliga reaktioner i fall där den konkreta skadelidande framstår som diffus, där den kärande som behövs för en ansvarsrättslig process inte kan självklart lokaliseras. Just i samband med ekologiska skador uppstår ofta en sådan situation. De ekologiska skadorna spelar därför en framträdande roll i de berättelser som jag återger i detta kapitel. Vid sådana skador har redan begreppet skadelidande i sig betecknats som problematiskt: antingen är vi alla eller "naturen" skadelidande.[927] Man har också talat om möjligheter till skadestånd för "a victimless harm".[928]

Man har i och för sig sällan i praktiken behövt ifrågasätta utgångspunkten för den traditionella privaträtten, att de privaträttsliga reglerna är avsedda att utnyttjas av aktörer på marknaden som driver sitt eget intresse i individuellt bestämda relationer till andra aktörer. Denna utgångspunkt står nämligen i samband med det faktum att privaträtten är självimplementerande till sin karaktär. Det finns normalt inte några åklagar- eller tillsynsmyndigheter, som övervakar att reglerna följs, utan initiativet till implementeringsprocessen är lämnat till parterna själva, eller snarast till den part vars intressen läderats. Den som drabbats av ett kontraktsbrott eller av en utomkontraktuell skada kan själv besluta, huruvida han vill rikta några krav mot motparten eller skadevållaren på grund härav och huruvida han vill utnyttja rättsliga mekanismer för att söka genomdriva dessa krav. En användning av

[926] Nicklisch 1995 s. 627 f.
[927] Pöyhönen 1999 s. 355.
[928] Steele 1999 s. 488, som här talar om en föroreningsskada som inte drabbar någon annan egendom än förorenarens egen.

privaträttsliga regler som styrningsinstrument förutsätter sålunda att någondera parten har ett intresse att åberopa dessa regler. Man brukar framhålla, att en privaträttslig styrning uppenbarligen är olämplig i lägen där det inte föreligger någon intressekonflikt mellan parterna.[929] Om båda parterna har likriktade intressen aktualiseras de privaträttsliga reglerna inte. Utan en skadelidande, vars intresse kränkts, skulle det därför i praktiken saknas någon som skulle driva en process mot den som vållat skadan.

Just när det gäller sådana ekologiska skador, vid vilka det saknas en konkret individualiserad skadelidande och den individuella olägenheten blott består i en försämring av miljön, luftkvaliteten, vattnets renhet l.dyl. som drabbat alla i området, är det individuella intresset så utunnat – stundom kan man knappast ens tala om någon individuell olägenhet, såsom vid en minskning av biodiversiteten – att man har svårt att utpeka någon skadelidande som skulle ha ett naturligt incentiv till att starta en ansvarsrättslig process. Också i ett kontraktsrättsligt sammanhang, där rollen som part i regel är klar, kan det synas mindre intressant att fråga, vilka privaträttsliga reaktionsmöjligheter t.ex. en köpare har i det fall att en vara som han köpt inte medför speciella risker för honom själv, utan blott för miljön generellt.[930] Frågan, huruvida han kan reagera t.ex. om han upptäcker att det tvättmedel han inköpt är mer miljöbelastande än han föreställt sig, skulle sakna praktisk betydelse, då det ju inte uppkommer någon direkt intressekonflikt mellan säljaren och köparen.[931]

Denna faktiska begränsning av behovet att spränga ramarna för privaträttens bundenhet vid det individuella intresset råkar i en ny dager i mikropolitikens tid, då olika slag av organisationer och mer eller mindre organiserade smågrupper och rörelser träder in som samhälleliga och rättsliga aktörer. Just dessa mikropolitiska aktörers inträde på scenen

---

[929] Rodhe 1956 s. 9.

[930] Enligt Dieter Harts terminologi vertragsexterne Risiken, se Hart 1991 s. 365.

[931] Se också t.ex. Tonner 1992 s. 18, som påpekar att reseavtalsrätten inte är ägnad att lösa ekologiska problem som förorsakas av turismen, "weil diese keine Beeinträchtigung einer der Vertragsparteien darstellen, die Vertragsparteien vielmehr von ihnen selbst produzierte Beeinträchtigungen externalisieren. An deren Beseitigung haben beide Parteien kein Interesse, zumindest kein kurzfristiges, so dass vom Markt und vom Vertragsrecht keine Lösungen zu erwarten sind."

gör det tänkbart att det i praktiken kan uppstå processer, i vilka käranden sidan inte primärt motiveras av ett krav på upprättelse för en kränkning av en individuell rätt, utan snarare bygger sitt handlande på en mer idealistisk omsorg om något som man åtminstone själv uppfattar som en del av det allmänna goda. Denna speciella karaktär hos många av mikropolitikens subjekt gör frågan om möjligheterna att överskrida de intresserelaterade gränserna för privaträtten praktiskt mer relevant.

Egenintresset och dess motprinciper

Man behöver knappast särskilt dokumentera den grundläggande principen att ansvarsrättens regler endast skall skydda individuella intressen. Man kan ta denna princip som en given utgångspunkt, trots att den förvisso är oklar i konturerna och kan formuleras på olika sätt.

Ofta – särskilt i kontinental och nordisk doktrin – uttrycker man denna utgångspunkt i en rättighetsterminologi: den privata ansvarsrätten skyddar traditionellt blott privata eller individuella rättigheter, medan den inte är intresserad av offentliga eller kollektiva rättigheter.[932] Man kan emellertid också använda en intresseterminologi: i sin analys av möjligheterna enligt engelsk rätt att utnyttja privaträtten i syfte att driva offentliga intressen noterar John Wightman: "Wherever the goal pursued by legal action is wider than the orthodox self interest of the plaintiff, it will be beyond compensation through damages."[933]

Strikt taget kan det här vara fråga om två olika aspekter på frågeställningen. Då man använder en rättighetsterminologi vill man ofta rikta uppmärksamheten mot problemet, huruvida och i vilken mån man bör förutsätta att den som kräver skadestånd har ett ägar- eller motsvarande intresse i egendom som drabbats exempelvis av en miljöskada.[934] Detta kan implicera begränsningar som går utöver dem som följer enbart av kravet på egenintresse: man kan väl ha ett individuellt intresse, t.ex. som yrkesfiskare, även om skadan tillfogats något

[932] Se t.ex. med ett internationellt perspektiv Wetterstein 1997 s. 30 och för finsk rätts del Wetterstein 1998 s. 43 (om ren förmögenhetsskada).

[933] Wightman 1999 s. 268. Se också t.ex. Collins 1997 s. 412: den privaträttsliga analysen "commences with the unit of the individual and the interests of that individual which deserve protection."

[934] Wetterstein 1997 talar om "a proprietory or possessory interest" som en förutsättning för att man skall kunna kräva ersättning för en försämring av miljön.

till vilket man inte har någon individuell rätt, såsom allmänna vattenområden. Då jag här är primärt intresserad av fall, där det saknas inte bara en individuell rättighet utan också ett individuellt intresse (eller detta intresse är obetydligt), begagnar jag, trots att min framställning inte avser common law, en intresseterminologi.[935] I det förevarande sammanhanget är terminologin dock av mindre betydelse. Det väsentliga är den principiella utgångspunkten, att man i varje händelse i sådana fall där det saknas ett individuellt intresse i det som skadats traditionellt inte har kunnat framställa skadeståndskrav.

Jag vill här koncentrera mig på att analysera möjligheterna att göra gällande ansvarskrav i fall där ett egenintresse saknas eller är obetydligt, därför att först denna punkt i berättelsen utvisar, i vilken mån man verkligen kan överskrida de traditionella ramarna för privaträtten för att tillgodose mikropolitikens behov. Det är t.ex. rätt självklart att en person, som lidit person- eller sakskada p.g.a. en åtgärd som samtidigt innebär miljöskada, kan kräva skadestånd för sin skada.[936] Särskilt när det gäller sakskada uppkommer gränsdragningsproblem, som har ett göra med frågan, vilken relation som bör föreligga mellan den ersättningsberättigade och själva den skadade saken,[937] men lösningen av dessa problem förutsätter inte nödvändigtvis att man ifrågasätter traditionella ansvarsrättsliga utgångspunkter. Också frågan, i vilken mån en person som lidit en individuell allmän förmögenhetsskada som följd av en miljöskada bör erhålla ersättning för sin skada, kan hållas inom ramen för traditionella resonemang. Diskussionen härom är omfattande och lösningarna olika i olika länder.[938] Peter Wetterstein har hos oss rekommenderat att ersättning för allmän förmö-

---

[935] Det är inte heller självklart att kravet på individuella rättigheter i sig implicerar en mer begränsad rätt till skadestånd än ett krav på ett individuellt intresse. Då termen individuell rättighet lätt kan uppfattas som synonym med "individuell rättsligt skyddad rättsposition" kan ett resonemang med denna terminologi nämligen bli åtminstone delvis cirkulärt och därmed innehållslöst: man hävdar å ena sidan att blott en individuell rättighet kan ge rätt till skadeståndskrav, men å andra sidan att det föreligger en individuell rättighet, om det kan framställas ett individuellt skadeståndskrav.

[936] Bierbooms & Kottenhagen-Edzes 1996 s. 147.

[937] Ju mer avlägsen och lös anknytning en person har till en sak, desto osäkrare är hans rätt till ersättning, Steiner 1998 s. 249. Se närmare t.ex. diskussionen om vilka rättigheter som kan utgöra grund för rätt till ersättning för sakskada hos Saxén 1975 s. 71.

[938] Se t.ex. Wetterstein 1997 s. 43 ff. samt särskilt beträffande oljeskada Wetterstein 1996.

genhetsskada bör utgå i vissa sådana fall, där någon drabbats av ekonomiska förluster i sin kommersiella verksamhet. Som exempel på möjliga ersättningsberättigade nämner han kommersiella fiskare och personer i turistbranschen som i sin affärsverksamhet är beroende av att resande inte förhindras. Personer som är beroende av ekosystemet för sitt uppehälle borde också ha rätt till ersättning.[939]

Det är givet, att man i många sådana fall där det finns behov av mikropolitiska aktioner i anledning t.ex. av en miljöskada kan bygga upp en ansvarsrättslig strategi med hjälp av egenintressen som sammanfaller med mer allmänna intressen. Man kunde säga att man ofta klarar sig med "buktaleri" i sådana här sammanhang.[940] Mikropolitikens behov skulle därför i någon utsträckning tillgodoses redan av sådana små ansvarsberättelser som t.ex. utvidgar kretsen av personer som är berättigade till ersättning för allmän förmögenhetsskada. Detta är likväl blott ett steg på vägen. Privaträtten framträder som en verklig medborgarrätt,[941] som erbjuder redskap för privata aktörer att driva allmänna intressen, först då man kan tänka sig ett ansvar också utan att ett nämnvärt individualiserat ekonomiskt egenintresse kränkts. Därför koncentrerar jag mig här på denna problematik, på det som i miljöansvarssammanhang – något ironiskt – kallats "rena" miljöskador.[942] Man bör dock hålla i minnet diskussionen om möjligheterna att utvidga kretsen av dem som på grundval av ett individuellt intresse kan erhålla ersättning då ett allmänt intresse kränkts, när man söker utgångspunkter för de små berättelser som berättas i fortsättningen.

Gränsen mellan allmänna och individuella intressen är inte skarp. Det mesta kan ju vid behov definieras också som ett individuellt intresse – jag är personligen intresserad i att den luft som jag andas är möjligast ren. Man har också åberopat detta som ett argument för att

---

939 Wetterstein 1997 s. 45 f.

940 Collins 1997 s. 418 noterar, att "there is a degree of ventriloquism involved", när de engelska domstolarna "grant the collectivity a voice" i privaträttsliga tvister.

941 Strävan mot en "privaträtt som medborgarrätt" har samband med en tanke som jag anfört annorstädes, nämligen att man borde söka överskrida gränserna för den "traditionella" konsumenträtten och ersätta "konsumenten" med "medborgaren", som har ett intresse inte blott i sin egen konsumtion men i alla aspekter av samhällslivet, se Wilhelmsson 1998.

942 Sandvik 1996–97 s. 394 kallar det för motsägelsefullt och missvisande att en förorening kan vara en "ren" förmögenhetsskada.

frångå den traditionella bindningen till egenintresset.[943] Då den berättelse som jag skall berätta ju handlar om möjligheten att använda privaträtten som redskap i en kamp för "rent" allmänna intressen och därför också om möjligheten att överskrida distinktionen individuell/allmän,[944] behövs här inte någon precis definition av dessa begrepp. Det räcker att i stora drag ange, vad ett sådant "rent" allmänt intresse kan vara. Man har ansett det vara typiskt för ett allmänt intresse att det gäller något "som angår fler än ett fåtal personer", att det är "knutet till ett subjekt som saknar förmåga att representera sig" eller att det är "av så allvarlig karaktär att det från samhällets synpunkt är av vikt att intresset tillgodoses".[945] Då jag här är intresserad av de "rena" allmänna intressena bör man ytterligare tillägga den negativa kvalifikationen att detta intresse inte bör komma till uttryck i betydande individuella (ekonomiska) intressen (hos den eller dem som driver den eventuella processen). Det är fråga exempelvis om intressen i att upprätthålla biodiversitet, att bibehålla luftens och vattnets kvalitet och att trygga estetiska och kulturella värden.

Också intresset att hindra en ökning av statistiska risker för skada i en bestämd population kan vara ett mer eller mindre "rent" allmänt intresse. Då det här ofta är fråga om små ökningar av sannolikheter och det i regel är omöjligt att fastställa, vem som kan drabbas av den ifrågavarande risken, kan man knappast tala om något individuellt intresse åtminstone i det skede då risken skapas.

Här har hittills varit mycket tal om ekologiska skador och ekologiska risker. Frågan om möjligheterna att frikoppla ansvarsrätten från egenintresset är självfallet mycket aktuell just i detta sammanhang. När det gäller miljöfrågor är det ofta särskilt viktigt att ge allmänheten bättre möjligheter att delta i och ha inflytande över beslutsprocesserna och att skapa också ansvarsrättsliga stimuli såväl för de ekonomiska aktörerna att handla miljömedvetet som för allmänheten att involvera sig i beslutsprocesserna.[946] Miljöskadorna är ofta mer eller mindre

---

[943] Nordh 2000 s. 45.

[944] Som Määttä 1999b s. 14 framhåller, kan man fråga sig om man överhuvudtaget bör söka granska miljön och naturen utgående från begreppet allmänt intresse. Författaren föreslår att man här utvecklar en ny begreppsapparat.

[945] Nordh 2000 s. 43.

[946] Nordh 2000 s. 45 ff.

"rent" allmänna så att otillräckligheten hos den traditionella ansvarsrätten med dess inriktning på det individualiserade intresset framträder mycket klart. Detta har också lett till att man såväl internationellt som hos oss i små steg har sökt överskrida denna traditionella utgångspunkt. Till detta återkommer jag närmare nedan i avsnittet om ett nytt skadebegrepp.

Miljöansvaret kan alltså fungera som en inkörsport för motprinciper till ett ansvarsparadigm som tar hänsyn blott till det individuella intresset.[947] Modellen för ett nytt ansvarsrättsligt tänkande kan hämtas i miljörätten. På samma sätt som man utnyttjat miljörättsliga synpunkter för att på ett intresseväckande sätt omvärdera andra allmänna privaträttsliga begrepp[948] kan den miljörättsliga utvecklingen utnyttjas som ett redskap också för en omvärdering av ansvarsrättens skadebegrepp.[949] De små berättelser som berättas i detta kapitel får därför med nödvändighet en stark ekologisk prägel. Mitt syfte är emellertid inte att ge något eget bidrag till den miljörättsliga diskussionen, utan att utnyttja den som ett led i en berättelse om nya möjligheter för ansvarsrätten. Man bör inte låta mer eller mindre konstgjorda gränser mellan olika rättsområden utgöra hinder för goda berättelser.[950]

I frågan om egenintresset som förutsättning för ansvarsrättsliga krav är de privaträttsliga principerna intimt sammanvävda också med processrättsliga utgångspunkter. Det har oftast i praktiken varit onödigt att expressis verbis formulera den privaträttsliga principen, därför att man först mött en motsvarande processrättslig princip, som kommit till uttryck i sakägarbegreppet. Den som inte har ett eget individuellt intresse kan inte heller fungera som sakägare. Den privaträtts-

---

[947] Också privaträtten har sagts beröras av den aktuella processen "Rechtsumbildung durch Umweltschutz", Meier 1995 s. 11.

[948] Se hos oss särskilt Määttä 1999, som från ett miljörättsligt perspektiv omvärderar äganderättsbegreppet vad avser jordägande och introducerar ett diffust jordägandebegrepp, som karaktäriseras av vaghet och oförutsebarhet (s. 513 ff.). I Sverige har Westerlund 1997 utnyttjat kravet på hållbar utveckling – som fastslagits i miljöbalken 1:1 – för en mer generell omvärdering av rättsordningen i syfte att uppnå "en hållbar rättsordning".

[949] Också Pöyhönen 1999 s. 311 anger miljöskadorna vara representativa för hela skadeståndsfältet.

[950] Ur miljörättens synvinkel betonar Määttä 2000 starkt behovet av en samarbetsinriktad miljörätt, som inte isolerar sig som ett särskilt rättsområde, fastän den kan utgöra en skild disciplin.

liga kritiken mot egenintressets primat har därför också en parallell på processrättens område, där man framfört tanken på en "altruistisk process".[951] I Norden har Roberth Nordh nyligen publicerat en avhandling om talerätt i miljömål, där han pläderar för att man borde släppa fri talerätten vad avser allmänna intressen.[952] Det nära sambandet mellan de privaträttsliga och processrättsliga utgångspunkterna[953] medför att de argument Nordh anför har betydande relevans också i förhållande till de privaträttsliga resonemangen och jag har därför haft anledning att åberopa flera av dem. Jag kommer däremot inte att mer ingående diskutera den processuella problematiken, vid sidan om några korta kommentarer till frågan om organisationers talerätt, utan jag överlåter den åt specialisterna i processrätt. Man måste dock utgå från att en vidgad materiell rätt till skadestånd i sig förutsätter en motsvarande utvidgning av sakägarkretsen.

De problem som följer av en ansvarsrätt med vars hjälp man vill skydda blott individualiserade intressen kommer, som jag redan noterat, främst till synes i sättet att definiera skadebegreppet. En liten berättelse om en möjlig utveckling av skadebegreppet avslutar detta kapitel. Innan jag inleder denna berättelse, som främst handlar om skador utan samband med några kontraktsrelationer, skall jag emellertid peka på en möjlighet att frigöra sig från privaträttens anknytning till egenintresset som erbjuds av kontraktsrättsliga argumentationsmönster. Då man genom avtal kan disponera över intressen och åtminstone inom vissa gränser därför definiera ett allmänt intresse som ett enskilt, kan man också genom tolkning och utfyllnad av avtal komma till motsvarande resultat. Kontraktsrättsligt baserade reaktioner mot kränkningar bl.a. av det allmänna miljöintresset är därför möjliga. I den mån gränslinjen mellan kontraktsrätten och skadeståndsrätten blir alltmer diffus, på det sätt som jag beskrev i kap. 7, kan också dessa argumentationsmönster få en bredare relevans i berättelsen om hur man i ansvarsrätten kan överskrida det traditionella kravet på egenintresse.

---

[951] Lindblom 1999 s. 513.

[952] Nordh 1999. Se också Nordh 2000.

[953] Nordh 2000 s. 48 påpekar, att sakägarbegreppet formulerats främst i syfte att avgränsa kretsen ersättningsberättigade.

Felbegreppet som inkörsport[954]

I praktiken aktualiseras också en kontraktsrättslig argumentation som inkluderar miljösynpunkter främst i fall där den ena parten själv har drabbats av den andra partens miljöskadliga åtgärder, d.v.s. där den drabbade har ett eget intresse i en kontraktsrättslig reaktion. Detta egenintresse behöver inte nödvändigtvis gälla en skada som redan materialiserats. I tysk doktrin, där man under senare tid analyserat privaträtten mot bakgrunden av teorier om risksamhället, har man diskuterat den kontraktsrättsliga relevansen av olika slag av risker.[955] Även här förefaller man emellertid primärt – om ock ingalunda uteslutande[956] – ha haft för ögonen risker som riktar sig också mot den enskilda avtalsparten (köparen). Denne har då ett intresse att eliminera risken för egen del, t.ex. genom att åberopa köprättens hävningsregler.

I enlighet med de avgränsningar som jag gjort ovan skall jag här inte närmare analysera frågan om kontraktsrättens användbarhet i de fall där en avtalspart också har ett egenintresse i att reagera, utan koncentrera mig på de "rena" fallen. Det är också rätt självklart t.ex. att en köpare ofta kan göra gällande köprättsligt felansvar, om den vara han köpt medför risker för honom själv. Det bör dock framhållas att gränsdragningen mellan fall av detta slag och de "rena" fallen – mellan avtalsinterna och -externa risker – i praktiken är flytande.[957] Min avgränsning här är principiell.

När det gäller möjligheterna att reagera mot varor eller tjänster som är miljöskadliga utgör felreglerna den naturliga utgångspunkten för analysen. Just felreglerna kan fungera som en inkörsport för ett miljötänkande i kontraktsrätten.[958] Min lilla berättelse i detta avsnitt handlar om dessa regler. För enkelhetens skull har jag valt att begränsa mig till fel i vara; det som sägs är dock i stora drag mutatis mutandis tillämpligt också på fel i tjänst. Min fråga gäller alltså, huruvida de köprättsliga regler

---

954 Detta avsnitt återger med vissa revideringar och förkortningar min artikel Wilhelmsson 1993c.

955 Se t.ex. Jürgen Schmidt 1991, Hart 1991 och Eike Schmidt 1991.

956 Se t.ex. Hart 1991 s. 376 f.

957 Meier 1995 s. 15.

958 Som Meier 1995 s. 17 konstaterar, dominerar i tysk rättspraxis just fall som gäller en konkretisering av felbegreppet klart bland alla de fall där man behandlat miljörelaterade konflikter kontraktsrättsligt.

som ger köparen möjlighet att göra gällande felpåföljder mot säljaren förutsätter att köparen har ett egenintresse eller om han kan reagera också mot en "rent" allmän miljöskadlighet hos varan?

Frågan, huruvida man kan åberopa köprättsliga felpåföljder mot en allmän miljöskadlighet hos en vara, kan få olika juridisk innebörd, beroende på om varan anskaffats för näringsverksamhet eller konsumtion. Om en näringsidkare inköpt en vara för att säljas vidare eller för att användas i produktionen, kan han ofta – men givetvis inte alltid – ha ett indirekt egenintresse i att kunna åberopa felpåföljder i anslutning till en uppdagad miljöskadlighet. Han kan nämligen räkna med att miljöskadligheten, om den blir allmänt känd, försvårar försäljningen av varan eller de produkter som tillverkats med hjälp av den. I fortsättningen behandlar jag inte dessa fall, där en tillämpning av felansvaret av den angivna anledningen är lätt att motivera,[959] utan jag koncentrerar framställningen på frågan om konsumenters rätt att åberopa miljöskadlighet gentemot säljare. Det är fråga om ett gräsrotsperspektiv: vilka rättsliga reaktionsmöjligheter står till buds för enskilda grönt tänkande medborgare? Detta perspektiv är centralt just när det gäller möjligheterna att använda privaträtten som ett redskap för mikropolitiska strategier. Organisationer och andra mikropolitiska aktörer kan driva enskilda konsumenters felansvarskrav i syfte att bringa de ifrågavarande miljöproblemen in på den offentliga agendan.

Den köprättsliga felbedömningen utgår alltid från själva köpavtalet. Felbegreppet har primärt ett konkret innehåll. Det föreligger fel om den levererade varan inte uppfyller de krav som parterna uppställt i avtalet. Det är väsentligt i detta sammanhang att felreglerna kan åberopas också då avvikelsen från avtalet saknar ekonomisk betydelse och köparen alltså har andra bevekelsegrunder för att hålla fast vid innehållet i avtalet. De exempel på detta som man anfört i litteraturen har varit rätt likartade: medan somliga noterat att den som köpt en röd bil inte behöver hålla till godo med en blå av samma slag ens om den se-

[959] Se t.ex. Bergem & Rognlien 1991 s. 99 där felansvaret sägs omfatta kemiska avfallsprodukter som säljs för lagring eller återvinning men som visar sig oväntat farliga. Författarna noterar här betydelsen av omgivningens reaktioner för köparens egenintresse: "Grensetilfelle kan tenkes hvor avfallet ikke er påvist farlig, men frykt hos publikum hindrer dumping og/eller gjenvinning. Avgjørende blir hva partene med rimelighet kunne vente..."

nare skulle vara mer värdefull,[960] har andra mer modest talat om en röd och en blå skjorta.[961]

Det är därför självklart, att parterna kan träffa avtal också om varans miljöegenskaper så att det får relevans för felbedömningen.[962] Allmänintresset kan genom avtalet göras till ett individuellt intresse. Om man i köpavtalet uttryckligen har förutsatt att varan t.ex. skall sakna en viss miljöfarlig egenskap eller att den i miljömässigt hänseende skall fylla vissa krav, är varan felaktig om den inte motsvarar det avtalade. Också mer allmänna uttalanden angående varans miljövänlighet har relevans, om ock deras följder naturligtvis blir beroende av en tolkning och därigenom mer svårförutsebara.[963]

Den rätt självklara utgångspunkten, att säljaren bär ett felansvar för en miljöskadlig vara, om man i avtalet förutsatt att varan inte skall ha en sådan egenskap, hjälper likväl knappast den miljömedvetna konsumenten/gräsrotsaktivisten i särskilt många fall. I det stora flertalet fall träffar man i samband med köpslutet knappast några överenskommelser, vare sig muntliga eller skriftliga, om varans miljöegenskaper. Det är därför skäl att gå vidare och ställa frågan, i vilken mån en köpare kan göra gällande köprättsligt felansvar p.g.a. miljöskadlighet i fall där avtalet inte ger några explicita indikationer för detta. Det som jag nyss sagt visar härvid, att det inte föreligger några principiella hinder mot ett kontraktsrättsligt felansvar i anslutning till "ren" miljöskadlighet.

---

960 Hellner & Ramberg 1991 s. 168.

961 Bergem & Rognlien 1991 s. 97, som citerar den norska propositionen.

962 Så även beträffande tysk rätt Meier 1995 s. 33.

963 I detta sammanhang är det skäl att uppmärksamma den utveckling som håller på att ske inom ramen för läran om tolkning av avtal. Traditionellt har man betonat partsviljans betydelse inte blott som avtalsstiftande faktor, utan även som ett centralt element vid tolkningen. I mer moderna varianter av tolkningsläran betonar man dock, att samhällsintresset kan tala för andra tolkningar än dem som följer av partsviljan, se särskilt Grönfors 1989 s. 37. En sådan samhällsinriktad tolkningsmetod kan uppenbarligen i enskilda fall öka möjligheterna att ge även en relativt generell och oklar beskrivning av en varas egenskaper en tolkning som innebär att en viss miljöskadlighet gör varan avtalsstridig. Miljöintresset är ett så centralt samhällsintresse att man, om man överhuvudtaget godtar en samhällsorienterad rättspolitisk argumentering vid tolkning av avtal, bör kunna åberopa det vid tolkningen av avtalsvillkor som är relevanta för bestämningen av säljarens felansvar. Det föreligger också t.ex. vissa indikationer att tyska domstolar i några fall kan ha tolkat säljarens ansvar mer vidsträckt p.g.a. miljöhänsyn, se Micklitz & Amtenbrink 1995 s. 119, 120.

Nästa, korta steg för berättelsen till reglerna om säljarens marknadsföringsansvar. Det föreligger fel i varan, om den inte överensstämmer med sådana uppgifter om dess beskaffenhet eller användning som lämnats vid marknadsföringen av varan eller annars före köpet och som kan antas ha inverkat på köpet.[964] Frågan är nu, huruvida denna regel gäller även marknadsföringsuppgifter avseende varans miljöegenskaper.

Alla slags felaktiga marknadsföringsuppgifter leder inte till felansvar. S.k. "kringuppgifter", t.ex. att varan används av en bestämd känd person, påverkar inte felansvaret, då de inte gäller varans egenskaper eller användning.[965] Denna begränsning träffar emellertid inte uppgifter om en varas miljöeffekter, då sådana uppgifter i regel just avser varans egenskaper eller användning. Däremot kunde man eventuellt åberopa kravet på att uppgifterna måste kunna antas ha inverkat på köpet som ett argument mot att tillmäta uppgifter angående varans miljöeffekter relevans. Man kunde tänkas hävda, att uppgifterna till följd av köparens brist på egenintresse kan presumeras ha saknat inverkan på köpet.[966]

Mot en sådan argumentering kan man anföra såväl empiriska som normativa skäl. Det är uppenbart att i dag åtminstone en del konsumenter fäster avseende vid varors miljöskadlighet då de utför inköp.[967] Då detta är tillräckligt för att göra uppgifter härom köprättsligt relevanta,[968] borde presumtionen vara den omvända: felaktiga uppgifter om miljöegenskaper kan antas ha inverkat på köpet, om säljaren inte visar annat. Denna slutsats kan också stödas med ett norma-

---

964 Se konsumentskyddslagen 5:13, den svenska konsumentköplagen § 19 samt de nordiska köplagarna § 18. Som jag noterade ovan i kap. 10, har man i EG:s konsumentköpsdirektiv från år 1999 bakat in detta marknadsföringsansvar i den allmänna feldefinitionen i art. 2.2(d). Detta behöver inte förändra något i sak.

965 Se t.ex. Håstad 1998 s. 76, Kivivuori m.fl. 1978 s. 136.

966 EG:s konsumentköpsdirektiv höjer eventuellt tröskeln för att en sådan argumentation skulle ha framgång, i det man här mycket klart lagt bevisbördan på säljaren: enligt art. 2.4 är säljaren inte bunden av offentliga uttalanden, om han visar att beslutet att köpa konsumtionsvaran inte kan ha påverkats av uttalandet.

967 Se närmare Wilhelmsson 1998 s. 53 och där angivna undersökningar. I dag förefaller t.ex. i Tyskland konsumenternas intresse för sådana uppgifter återigen öka, se Imkamp 2000.

968 Se t.ex. Krüger 1999 s. 150: "For en alminnelig vurdering må det være nok at kjøperen må antas å ha lagt vekt på opplysningene i sin motivering for å slutte avtalen."

tivt-systematiskt argument: också inom andra delar av konsumenträtten har man ansett marknadsföringsuppgifter om varors miljöegenskaper vara relevanta för konsumenterna. Konsumentombudsmännen har vid övervakningen av marknadsföringen ägnat betydande uppmärksamhet åt miljömarknadsföring och marknadsdomstolarna i Finland och Sverige har förbjudit marknadsföring som bibringat mottagaren en oriktig bild av varans miljöegenskaper.[969] Man har också erkänt miljöargumentens betydelse som ett led i marknadsföringen genom utvecklingen av olika former av officiellt sanktionerade miljömärkningsordningar.[970] Då man inom marknadsrätten på detta sätt framhävt miljöuppgifternas inverkan på konsumenternas köpbeteende, vore det i högsta grad inkonsekvent att inom köprätten förneka existensen av en sådan inverkan.[971] Om en köpare, som köpt en avfallskvarn i tillit till reklamens påstående att den inte bidrar till nedsmutsning eller anskaffat ett kallavfettningsmedel uppmuntrad härtill av en effektiv miljömarknadsföring, inser att kvarnen förorenar och avfettningsmedlet förgiftar fisk,[972] är det rimligt att han ges en möjlighet att returnera varan (häva köpet) med stöd av de köprättsliga felreglerna.

Felaktiga eller vilseledande uppgifter om en varas miljöegenskaper bör alltså kunna leda till felansvar. Detta ter sig också konsekvent, då marknadsföringsuppgifterna ju betraktas som en del av avtalet. Redan

---

[969] Se t.ex. i Finland MD 1992:4 (överdrivna uppgifter om värmeisolerings positiva miljöeffekter), 1992:5 ("miljövänlig" Ecothene plastkasse), 1992:26 ("för en renare miljö" i reklam för bilar av märket Opel) och 1994:12 ("miljövänliga" ugnar och spisar) samt i Sverige MD 1973:8 (domstolen förbjöd som alltför kategoriskt och onyanserat påståendet att en avfallskvarn inte bidrog till nedsmutsningen av sjöar och vattendrag), 1974:12 (förbud mot att vid marknadsföringen av ett kallavfettningsmedel avvända en beteckning där ordet miljö ingår, då produkten vid utsläpp i vattendrag hade viss giftverkan på fisk), 1990:20 (förbud mot ordet miljö i Hydro Miljö Plus samt mot påstående att ifrågavarande olja är miljövänlig), 1990:22 (förbud mot ett generellt påstående att ett tvättmedel är fördelaktigt för miljön) och 1991:11 (förbud mot ett opreciserat påstående att en bil är miljövänlig).

[970] Här kan hänvisas t.ex. till det nordiska miljömärket som togs i bruk år 1990. Också inom EU har man sökt skapa en ekomärkningsordning, se härom t.ex. Howells & Wilhelmsson 1997 s. 159 ff.

[971] Härmed är inte sagt, att avgränsningen av relevanta uppgifter borde vara exakt densamma inom kontrakts- och marknadsrätten. De olikartade påföljderna kan naturligtvis motivera olika bedömningar av detta spörsmål.

[972] Jfr svenska MD 1973:8 och 1974:12.

tidigare framgick ju att uppgifter i avtalet otvivelaktigt kan leda till felansvar för miljöskadlighet.

Inte heller marknadsföringsansvaret täcker i praktiken någon betydande del av den föreliggande problematiken. De viktigaste och samtidigt de svåraste problemen möter då man har att ta ställning till frågan, huruvida man kan göra gällande ett felansvar för miljöskadlighet i fall där varken avtalet eller marknadsföringen ger direkta hållpunkter för det. Kan felansvaret för miljöskadlighet förankras inte blott i den konkreta felbedömningen, utan även i den abstrakta felbedömningen, som inte är lika direkt anknuten till den individuella avtalssituationen?

En central hållpunkt vid denna bedömning är konsumenternas motiverade förväntningar.[973] Enligt den finska konsumentskyddslagen (5:12.2 p. 5) föreligger det fel, om varan inte överensstämmer med "vad konsumenter i allmänhet har grundad anledning att förutsätta vid köp av en sådan vara", medan man i den svenska konsumentköplagen (§ 16.3 p. 3) utnyttjat uttrycket "varan...avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta".[974] Dessa regler anger, trots att de är tämligen intetsägande, argumentationstemat då man bedömer frågan om säljarens felansvar för miljöskadlighet. Det är fråga om en tillämpning av principen om skydd av konsumentens legitima förväntningar, varom varit tal redan flera gånger tidigare.[975] Spörsmålet blir: har en köpare anledning att förutsätta något beträffande varans miljöegenskaper? Ifall svaret blir jakande, syns det faktum, att felansvar i princip kan anknytas till miljöskadlighet p.g.a. avtal eller marknadsföringsuppgifter, ha som konsekvens att förutsättningar angående miljöegenskaper bör tillmätas relevans också vid den abstrakta felbedömningen. Som Jon Kihlman framhåller, behöver "[f]örväntningar om t.ex. miljövänlighet eller att avtalsföremålet inte skall ha tillverkats av barn i

---

[973] Man kan dessutom hänvisa till det allmänna kravet i konsumentskyddslagen § 5:12.2 p. 1 att varan skall vara ägnad för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används. Krüger 1999 s. 210 uttalar explicit, att motsvarande regel i den norska köplagen kan tillämpas vid miljöskadlighet hos varan: det "ligger i forutsetningen om normal formålstjenlighet at produktet er rimelig akseptabelt i miljømessig henseende".

[974] Även om detta kriterium kommer sist i en lång paragraf ligger det nära till hands att uppfatta det som en huvudregel, se Håstad 1998 s. 74 (samt även s. 229).

[975] Micklitz 1997. I EG:s konsumentköpsdirektiv är principen uttryckt i art. 2.2(d).

fattiga länder...inte uttryckas särskilt i avtalet, så länge som de skulle ha delats av en förnuftig köpare i motsvarande situation."[976]

Innebörden av detta måste i det enskilda fallet bli beroende av många faktorer. Då man bygger bedömningen på det som man i allmänhet eller med fog kan förutsätta, kan kraven uppenbarligen skärpas i takt med stigande miljömedvetenhet. Den lilla berättelsen om felansvaret, som i princip är rätt självklar, kan bli en utgångspunkt för detaljberättelser om stigande kravnivåer vad avser produkters miljövänlighet. Det är för tidigt att söka berätta sådana berättelser här. Jag nöjer mig därför med några korta kommentarer till ett par särfrågor.

Om det föreligger offentligrättsliga normer, som anger vissa miljömässigt relevanta minimikrav på varan, förefaller man åtminstone som huvudregel kunna förutsätta att varan uppfyller dessa krav, även då de inte direkt påverkar köparens möjlighet att använda varan. I konsumentskyddslagen 5:12.3 anger man ju att varan till sina egenskaper skall överensstämma med de krav som uppställs i lag, förordning eller beslut av myndigheter,[977] om inte köparen avser att använda varan för ett ändamål där kraven saknar betydelse; kraven kan knappast sägas "sakna betydelse" om den ifrågavarande bristen innebär en högre grad av miljöskadlighet i köparens användning. Köparen kan också sägas ha fog att förutsätta att kraven iakttas. Man kan även, om man så önskar, hävda, att dessa krav kan uppfattas som en underförstådd del av köpavtalet. Normer av detta slag kan gälla förbud mot vissa slag av ämnen, högsta tillåtna halter etc., men de kan också avse frågor som har att göra med varans användning och t.ex. sättet att göra sig av med varan. Norbert Reich nämner ett intressant exempel på det sistnämnda fallet: om man genom offentligrättsliga föreskrifter vill åstadkom-

---

[976] Kihlman 1999 s. 109.

[977] Här föreligger alltså ingen sådan explicit koppling till egenintresset som i den svenska konsumentköplagen § 18, där man hänvisar till förbud som meddelats i författning eller av en myndighet "väsentligen i syfte att förebygga att den som använder varan drabbas av ohälsa eller olycksfall". Om andra intressen än omtanken om konsumentens säkerhet har föranlett förbudet skulle regeln alltså inte vara direkt tillämplig, se Herre 1999 s. 225. Detta behöver dock inte nödvändigtvis innebära ett annat slutresultat i svensk rätt vad avser de "rena" miljöriskerna. Det är ingenting som hindrar att man ser offentligrättsliga normer angående risker, som inte direkt angår konsumentens hälsa, som en underförstådd del av avtalet och man kan också falla tillbaka på den allmänna regeln om vad köparen med fog kan förutsätta av varan.

ma återanvändning genom att införa regler om returflaska, skulle icke-uppfyllelse av dessa bestämmelser från säljarens sida kunna betraktas som ett köprättsligt fel.[978]

Det sagda innebär inte, att man vid felbedömningen bör göra halt vid den nivå som de offentligrättsliga normerna föreskriver.[979] Som jag visade i kap. 3 bör ansvarsrätten i risksamhället vara flexibel och stå självständig i relation till de krav man ställer i den offentliga rätten för att kunna fånga upp de problem som man misslyckats med att reglera. Detta gäller också kontraktsansvaret. Man kan väl tänka sig fall där köparen p.g.a. de offentligrättsliga bestämmelsernas föråldrade innehåll eller av andra orsaker med fog kan förutsätta att varan fyller strängare miljömässiga krav än vad som följer av den offentliga rätten.

Säljarens felansvar begränsas av regeln att att köparen inte som fel kan åberopa en egenskap som han blivit informerad om före avtalsslutet. Betydelsen av denna begränsning är i förevarande fall i hög grad beroende av, vilka krav man ställer på köparens kunskap för att felansvaret skall utslutas. I många fall är det så att konsumenten har erhållit ett antal uppgifter om varans sammansättning m.m., kanske t.o.m. med angivelse exempelvis av att några komponenter har vissa toxiska egenskaper. Däremot saknar han ofta en tillräckligt klar bild av vilka miljöeffekter dessa toxiska element i varan har i ett helhetsperspektiv. Eller han inser måhända att en vara som inte kan återanvändas blir avfall, men han har ingen uppfattning om de sammantagna avfallsproblem som denna typ av varor förorsakar. Om man i sådana fall – där konsumenten har fått en viss detaljinformation, men erhållit ringa kunskap om effekterna – anser att informationen är tillräcklig för att utesluta felansvar, blir området för sådant ansvar relativt begränsat. Ett mer miljövänligt alternativ är att utesluta felansvaret blott då konsumenten också har någon kunskap om helhetsverkningarna.[980] Den lilla berättelsen om en miljörelaterad köprätt strävar till en sådan tolkning.

---

[978] Reich 1992 s. 285. Det som kallas Extended Producer Responsibility (se t.ex. Kroepelien 2000) kunde alltså i princip också inkorporeras i felansvaret.

[979] Krüger 1999 s. 210 antar att utvecklingen går mot ett felansvar också i fall där varan inte strider mot konkreta föreskrifter.

[980] Reich 1992 s. 286 förordar detta alternativ vid en allmän översikt över möjligheterna för en ekologisk kontraktsrätt, utan särskild referens till tysk rätt.

Jag har i detta avsnitt sökt visa, att köprätten – och uppenbarligen också kontraktsrätten mer generellt – öppnar möjligheter att överskrida det privaträttsliga kravet på egenintresse. Beskrivningen av dessa möjligheter utgör ett betydelsefullt led i berättelsen om en privaträtt som kan användas också då egenintresset saknas. En konsument kan åtminstone i vissa fall – beroende på vad man anser att konsumenten med fog kan förutsätta beträffande den ifrågavarande varan – göra gällande felansvar och t.ex. häva köpet och kräva skadestånd.[981]

När det gäller själva skadeståndsansvaret, som ju är speciellt intressant från ansvarsrättslig synpunkt, möter man emellertid frågan om egenintresset också i en annan form. Även om ett fel anses föreligga kan man ifrågasätta, huruvida konsumenten kan göra gällande något skadeståndskrav, när han inte lidit någon egen skada p.g.a. felet. Följer av det miljörelaterade felbegreppet också ett ekologiskt skadebegrepp? En konsument som hävt köpet kan givetvis kräva skadestånd för sin egen skada, då han blivit tvungen att köpa en dyrare, men miljömässigt acceptabel produkt, men denna skada har ju drabbat honom själv. Om han inte haft något egenintresse i själva hävningen, kan man emellertid säga, att denna skada i varje fall är en följd av brottet mot det "rena" allmänna intresset. Ännu klarare framgår element av ett ekologiskt skadebegrepp i en eventuell ersättning för "reparationskostnader"; konsumenten bör ju ha rätt till ersättning för kostnader för att försätta varan i ett miljömässigt acceptabelt skick. Då erhåller konsumenten ett belopp för en åtgärd som han inte har något egenintresse att genomföra.[982]

Dessa relativt oproblematiska exempel innehåller blott element av ett ekologiskt skadebegrepp. Det är däremot en svårare fråga, i vilken mån man i felansvaret kan ta hänsyn till den direkta miljöskada eller

---

[981] Jag förbigår här de speciella förutsättningarna för hävnings- och skadeståndspåföljderna. Tillämpningen av dessa förutsättningar bör rimligtvis vara likartad oberoende av om det är fråga om miljöskadlighet eller något annat fel hos varan. Det att det är fråga om blott en "ren" miljöskadlighet bör exempelvis knappast i sig ses som ett tillräckligt argument för en klassificering av felet som oväsentligt.

[982] Om "reparationen" ännu inte utförts, när skadeståndet döms ut, kan man naturligtvis inte garantera att konsumenten genomför åtgärden i stället för att använda beloppet för egna intressen. Frågan om möjligheterna att trygga en korrekt användning av skadeståndsbelopp för "rena" miljöskador aktualiseras, som jag noterar nedan, mer generellt, då man tillåter privata krav på basen av ett ekologiskt skadebegrepp.

risk för miljöskada, som uppkommit som följd av att en miljöskadlig vara förts ut på marknaden. I princip kunde man i något fall tänka sig att föra den lilla berättelsen om felansvaret vid miljöskadlighet så långt att man lät kontraktsansvaret omfatta också en skada eller en risk som en enskild försåld produkt vållat på miljön, på samma sätt som kontraktsansvaret i vissa fall kan täcka produktskador. Om det däremot är fråga om en miljöskadlighet av det vanligare slaget, där en enskild produkt inte framstår som orsaken till skadan utan där miljön belastas av totaliteten av produkter av ifrågavarande slag, är det ännu svårare att motivera en kanalisering av skadeståndskraven i kontraktsrättsliga banor. Om detta vore möjligt, skulle det i ett mikropolitiskt perspektiv förmodligen innebära, att man skulle tillerkänna konsumentorganisationerna en roll som aktörer i miljösammanhang. Jag återkommer till frågan om organisationernas ställning och roll i det följande avsnittet.

Jag har här sökt visa, hur man genom avtal och kontraktsrättsliga resonemang kan komma runt kravet på egenintresse i privaträtten. Detta sätt att argumentera, som anknyter till de inblandade parternas förväntningar, kan säkerligen stå modell också i många kvasikontraktuella och utomkontraktuella situationer, och det för på detta sätt berättelsen om en privaträtt utan egenintresse vidare. Jag har emellertid samtidigt konstaterat, att detta sätt att angripa problematiken inte räcker till. I många fall finns det inte något kontraktsförhållande eller ens någon kontraktsliknande relation som skulle göra det naturligt att utnyttja kontraktsrättsliga argument. Även då det i princip föreligger ett kontraktsansvar stöter man dessutom på frågan, vilken skada som skall ersättas.[983] I berättelsen om privaträttsliga krav utan egenintresse

[983] I engelsk rätt har man fört en diskussion kring problematiken kontraktsrättsligt skadestånd för skada på allmänt intresse utgående från det belysande rättsfallet Surrey County Council v. Bredero Homes [1993] 3 All ER 705. Här hade en grynder i strid med en bestämmelse i det kontrakt genom vilket man köpt ett landområde av en lokal myndighet byggt tätare än man avtalat. Käranden, den lokala myndigheten, krävde ersättning för det i sig medgivna kontraktsbrottet, men förlorade, då man inte hade lidit någon skada. Domstolen ansåg att käranden inte råkat i en sämre position som följd av att svaranden byggt 77 hus i stället för de avtalade 72 husen. Även om man kan se fallet som ett exempel på den engelska rättens negativa inställning till att beräkna skadestånd utgående från den vinst svaranden gjort på kontraktsbrottet (restitutionary damages), se t.ex. Mitchell 1999 s. 137 ff., har man också betecknat det som ett exempel på den engelska privaträttens negativa inställning till att åtgärda skada på ett allmänt intresse, se Wightman 1999, bl.a. s. 254.

kan man inte undgå att beröra skadebegreppet. Min berättelse fortsätter kring denna problematik.

Mot ett nytt skadebegrepp

Om man vill använda ansvarsrätten som redskap för en mikropolitik som strävar till att förverkliga rent allmänna intressen, utgör det traditionella skadebegreppet förmodligen det mest centrala privaträttsliga hindret mot detta.[984] Frågan, i vilken mån man kan överskrida skadebegreppet, utgör kanske den bästa testen på var privaträttens gränser går i relation till mikropolitikens behov.

Frågan om skadebegreppets omfattning har ställts på sin spets i samband med olika slag av skador på miljön. De nya element i skadebegreppet som är frikopplade från det individuella intresset har därför ofta sammanfattats i begreppet "ekologisk skada".[985] Den lilla berättelsen om ett nytt skadebegrepp har sålunda en naturlig utgångspunkt i berättelsen om ersättning för ekologiska skador. Med den som bas kan man diskutera möjligheterna att föra berättelsen vidare till andra allmänna intressen än det ekologiska.

Man kan ge berättelsen om ersättning för ekologisk skada en "mjukstart" genom att relatera den till vad jag har sagt i inledningen till detta kapitel om möjligheterna för en skadelidande, vars eget intresse kränkts, att erhålla ersättning för en miljöskada. Genom att från denna utgångspunkt gradvis utvidga kretsen av de egenintressen som betraktas som rättsligt relevanta kan man komma relativt långt ut i området för mer eller mindre "rena" ekologiska skador. I ett nordiskt sammanhang öppnar allemansrätten betydande möjligheter till en sådan argumentativ utvidgning av skadebegreppet. Sedan gammalt har

[984] I den privaträttsliga diskursen kan problemet också formuleras som en fråga om gränserna för begreppet rättssubjekt, se beträffande den omfattande diskussionen om naturens rättssubjektivitet t.ex. Steiner 1998 s. 267 ff., Määttä 1999 s. 159 ff. Kaarlo Tuori placerar frågan om rättssubjektiviteten i rättens djupstruktur, vilket skulle förklara svårigheterna att rättsligt ens tänka sig rättigheter för djur eller för naturen, se Tuori 2000 s. 208. Om detta är riktigt, är det förmodligen i mikropolitiskt perspektiv mer "effektivt" att formulera frågan som ett (rättskulturellt) spörsmål om ersättningsgill skada och talerätt, som jag gör här.

[985] I nordisk doktrin omtalas det nya ekologiska skadebegreppet t.ex. av Kleineman 1995–96 s. 107, Larsson 1997 s. 267, Steiner 1998 s. 239 ff., Bengtsson 1998 s. 186 och Bengtsson 2000 s. 121, och i sameuropeiskt perspektiv av von Bar 2000b s. 424.

man i Finland accepterat att brott mot en "kvalificerad allemansrätt" – någon använder t.ex. stadigvarande ett vatten för båtfart och hindras däri – kan leda till skadestånd.[986] Den finska lagen om ersättning för miljöskador anses till någon del omfatta krav baserade på allemansrätten; också här har man emellertid hittills tänkt sig främst ett skydd blott för "allmännyttjare", men inte generellt för alla dem som har glädje av allemansrätten.[987] Från dessa regler är steget likväl inte särskilt långt till att medge en rätt till skadestånd också för brott mot allemansrätten i allmänhet, till förmån t.ex. för alla presumtiva bär- och svampplockare.[988] Man kan alltså med hjälp av allemansrättsliga argument nå långt i riktning mot att godta ett ekologiskt skadebegrepp. Det egentliga genombrottet för ett nytt skadebegrepp sker dock först då man helt kopplar lös från ett egenintresse som beskrivs i rättighetstermer. Genom de allemansrättsliga övningarna kan man i betydlig mån förkorta detta steg.

På det legislativa planet, i särlagstiftningen om miljöansvar, har man redan varit beredd att ta ett sådant steg, om ock ännu[989] relativt kort.[990] Enligt 1994 års lag om ersättning för miljöskador § 6.1 p. 2 kan

---

[986] Se Saxén 1975 s. 71 med hänvisning till rättsfallet HD 1934 II 263.

[987] Se redan LaUB 10/1994 s. 3, där riksdagens lagutskott uttalade, att "ersättningsskyldighet vid en generell allemansrätt inte passar in i det föreslagna systemet", men att "allmännyttjare" däremot kunde få ersättning. Se närmare även Hollo & Vihervuori 1995 s. 177 ff. och Wetterstein 1998 s. 43 f. Den svenska miljöbalken anses inte medge rätt till ersättning för intrång i allemansrätt, se t.ex. Hellner & Johansson 2000 s. 343.

[988] Redan Wetterstein 1990 s. 355 ff. talar för att man borde ompröva den traditionella inställningen och öka skyddet för allemansrätterna i skadeståndsrätten, också så att det allmänna och privata intresseorganisationer skulle ges rätt att ställa ersättningskrav vid kränkning av "icke-ekonomiska" allemansrätter. Bengtsson 2000 s. 126 talar för en skyldighet att utge skadestånd för en skada som berövar en större krets av personer möjlighet till bad och annat friluftsliv; en representant för det allmänna, närmast kommunen, skulle då utkräva skadeståndet. Den omfattande kritiken mot tanken på ett ersättningsskydd vid minskade möjligheter att utöva allemansrätten beskrivs närmare hos Sandvik 1996–97 s. 405 f.

[989] Redan i samband med beredningen av lagen föreslogs ett ersättningsskydd för naturen som skulle gå längre än vad som täcks av kostnaderna för återställande, men detta förverkligades inte, se närmare t.ex. Hollo & Vihervuori 1995 s. 191.

[990] Relativt kort t.ex. i jämförelse med den långtgående lagstiftning som föreligger i USA. Den amerikanska Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act från år 1980 statuerar en mycket vidsträckt skyldighet att utge ersättning för "rena" miljöskador. Ersättning kan dömas ut både för förlust av aktivt bruksvärde,

den som vållat skada bli skyldig att ersätta skäliga kostnader som myndigheter har åsamkats på grund av åtgärder som har vidtagits i syfte att avvärja risken för eller verkningarna av miljöstörningar eller för att återställa miljön i sitt tidigare skick. Denna skyldighet att utge ersättning för myndighets kostnader för avvärjning och återställande har tillsvidare inte haft stor praktisk betydelse;[991] principiellt kan den dock betecknas som ett överskridande av skadeståndsrättens traditionella gränslinjer.[992] Skadeståndet används här för reparation av en sådan skada, som inte nödvändigtvis har drabbat något identifierbart enskilt intresse.[993] Den myndighet som kräver ersättning framträder inte i egenskap av en sådan skadelidande, vars enskilda intresse skulle ha kränkts.

Man kan från EG-rätten förvänta sig ytterligare impulser för en utveckling av det ekologiska skadebegreppet på lagstiftningsnivå. Kommissionen har nyligen publicerat en vitbok om ersättningsansvar för miljöskador. Här talar man för en miljöansvarsordning på EG-nivå som skulle omfatta inte blott vad man kallar klassiska skador, d.v.s. hälso- och sakskador, utan även skador på den biologiska mångfalden och skador i form av förorenade områden.[994] Någon heltäckande ansvarsordning skulle det i dessa fall dock inte vara fråga om. Vad avser skador på den biologiska mångfalden skulle ordningen täcka sådan biologisk mångfald som man strävar att skydda inom Natura 2000 -områden enligt direktiven om livsmiljöer och vilda fåglar och ansvaret skulle därtill aktualiseras endast vid betydande skador.[995] Gemenskapsordningen beträffande förorenade områden skulle åter "syfta till att genomföra miljöprinciperna (förorenaren betalar, förebyggande

---

såsom rekreationsvärde, och för intrång i passivt bruksvärde (hur naturresursen i fråga uppskattas subjektivt). I sistnämnda avseende har man utvecklat en metod för beräkning av skadeståndet som bygger på opinionsundersökningar angående naturresursens värde (Contingent Valuation). För den nordiska berättelsen kan den amerikanska lagstiftningen närmast vara av intresse såtillvida, att man här kan tillgodogöra sig de amerikanska erfarenheterna beträffande olika sätt att nalkas värderingsproblemet.

991 Se om orsakerna till avsaknaden av rättspraxis Luntinen 2000 s. 336 ff.

992 Steiner 1998 s. 282, Hollo & Vihervuori 1995 s. 190.

993 Skadeståndet har delvis samma funktion som det saneringsåläggande som enligt 79 § den nya miljöskyddslagen kan meddelas den som orsakat förorening av mark eller grundvatten.

994 Vitbok om ersättningsansvar för miljöskador, KOM(2000) 66 slutlig s. 13.

995 KOM(2000) 66 slutlig s. 17.

åtgärder och försiktighet) vad gäller nya föroreningar, och till en viss harmoniserad nivå vad beträffar saneringsnormer och saneringsmål."[996] Behovet att föra vidare den lilla berättelsen om ersättning för ekologiska skador skulle alltså inte elimineras av en eventuell gemenskapslagstiftning som bygger på vitboken. Det är naturligtvis inte heller säkert att man verkligen kommer att få till stånd någon EG-lagstiftning enligt dessa linjer.[997] Redan i sig utgör vitboken dock en viktig replik i berättelsen.

De steg som man redan tagit inom miljörätten – reglerna om ersättning för myndighets kostnader för avvärjning och återställande i lagen om ersättning för miljöskador – är ännu såtillvida knutna till den traditionella skadeståndsrättens utgångspunkter att den ersättningsgilla skadan utgörs av de konkreta kostnader som den ifrågavarande myndigheten haft. Miljöskadan har i denna mening materialiserats i en konkret ekonomisk förlust. Det är därför inte heller överraskande att man kan finna motsvarande regler om ersättning för myndighets kostnader för återställande också i många andra länder än Finland.[998] Det är fråga om en så behärskad överskridning av gränserna för det traditionella skadebegreppet att det är lätt att tänka sig motsvarande steg också utanför den lagreglerade miljöskaderättens område.[999] Man kan

---

[996] KOM(2000) 66 slutlig s. 18.

[997] För en kritik av vitboken, se t.ex. Bergkamp 2000; kritik av skadebegreppet på s. 143 ff. Författaren ser inte domstolssystemet som den rätta instansen för att fatta de avgöranden som här är i fråga, han påtalar de värderingssvårigheter som föreligger beträffande här avsedda skador och han ifrågasätter EG:s regleringskompetens vad avser förorenade områden, då det inte för sådana skadors del föreligger gränsöverskridande effekter.

[998] Se översikten hos Wetterstein 1997 s. 48.

[999] Jfr dock HD:s återhållsamma syn på en myndighets rätt till ersättning för kostnader i HD 1992:131: Den åtalade som hade förorsakat en eldsvåda genom mordbrand var inte skyldig att ersätta kommunen för släckningskostnaderna då dessa, med beaktande av kommunens skyldigheter beträffande brandvärnet, inte för kommunen utgjorde i skadeståndslagen avsedd ersättningsgill skada och då i lag inte ingick särskilt stadgande om skyldighet att ersätta sådan skada. Man har hävdat att regeln om skadeståndsskyldighet för kostnader för återställande intogs i lagen om ersättning för miljöskador just för att förhindra en tillämpning av principerna i det nyssnämnda rättsfallet, se Luntinen 2000 s. 336. Redan av denna anledning kunde man argumentera för att HD 1992:131 borde betraktas som föråldrat. En något bredare acceptans av en rätt till ersättning för myndighetskostnader kanske också kommer till uttryck i fallen HD 1994:42 (rätt till ersättning för uppstädning av brottsplats) och HD 1999:121. Det

härvid naturligtvis alltid diskutera, vilka alla slag av kostnader man bör kunna inkludera i skadeståndet. Det är t.ex. möjligt att man i temporalt hänseende i något fall kunde gå så långt att man skulle utdöma skadestånd också för sådana befogade avvärjningsåtgärder som man vidtagit redan innan någon skada inträffat.[1000] Särskilt när det gäller övervakningsåtgärder som riktar sig mot en inrättning som innebär risk för skada[1001] kunde skadeståndet åtminstone i vissa fall motiveras med att den ökade risken i sig kan ses som en ersättningsgill skada.[1002]

Det är likväl inte motiverat att göra halt vid dessa möjligheter. Berättelsen om en ekologisk skadeståndsrätt kan föras vidare i två riktningar. Å ena sidan kan skadebegreppet ytterligare utvidgas och i ännu högre grad lösgöras från det traditionella. Å andra sidan öppnas utrymme för en genuin rättslig mikropolitik blott om man ifrågasätter utgångspunkten att blott en myndighet kan utgöra en representant för det allmänna intresset. Jag för berättelsen om det ekologiska skadebegreppets innehåll till sitt slut innan jag tar upp den senare problematiken.

Vad beträffar skadebegreppets innehåll ter sig följande steg efter att man accepterat regeln, att ansvaret åtminstone kan omfatta en sådan skada som materialiserats i konkreta kostnader, rätt självklart. Inom den traditionella skadeståndsrätten förutsätter man inte att reparation faktiskt har skett för att reparationskostnader skall kunna utdömas. Man kan

---

sistnämnda fallet gällde en stads krav på ersättning för brandkårsutryckning till följd av ett okynnesalarm; då talan om ersättning för fasta lönekostnader för brandmännen förkastades, emedan staden till denna del inte lidit skada genom alarmet, synes detta implicera att staden kunde ha blivit tilldömd ersättning för faktiska extrakostnader (vilka den ansvariga redan hade betalat frivilligt).

[1000] Se t.ex. Pöyhönen 1999 s. 356, som – p.g.a. den syn på skadebegreppet som en process som han utvecklar i artikeln – vill medge ersättning också för kostnader för övervakning och uppföljning (t.o.m. för sådana uppföljningsåtgärder som vidtagits redan innan den ifrågavarande miljöskadliga inrättningen grundats). Han återvänder till frågan i Pöyhönen 2000 s. 147, 184.

[1001] Frågan om ersättning för kostnader för avvärjningsåtgärder som vidtagits före det inträffat en skada, men hot om skada uppstått, berörs och namnges ("varautumisvahingot") också av Ståhlberg 1993 s. 366 ff.

[1002] Jfr även – en mycket långsökt parallell – HD 1998:80 och 1999:102, i vilka man utdömde ersättning för ångest till följd av virussmitta eller möjlig virussmitta, vilka medförde risk för sjukdom. Jfr å andra sidan – lika långsökt – det svenska rättsfallet NJA 1998 s. 310, där en person, som inte skadats, men befunnit sig i riskzonen, inte ansågs ha rätt till skadestånd för lidande vid allmänfarlig ödeläggelse (explosion); i detta fall var det ju emellertid fråga blott om ett momentant faretillstånd, som inte lett till skada.

därför ifrågasätta, huruvida man inte borde förhålla sig på samma sätt när det gäller ekologiska skador. Man borde kunna få ersättning för en ekologisk skada på basen av en uppskattning av kostnaderna för återställande[1003] lika väl som för kostnader som redan uppkommit. I EG:s vitbok om ersättningsansvar för miljöskador tar man också en utgångspunkt i beräknade kostnader för återställande i förslaget, hur skador på den biologiska mångfalden bör värderas.[1004] I ett antal internationella konventioner medger man likaså rätt till ersättning för miljöskada på basen av en förutberäkning av kostnaderna för återställande.[1005] En sådan möjlighet att erhålla kostnadsersättning "på förhand" är av naturliga skäl av särskild betydelse när det gäller miljöorganisationers och andra privata mikropolitiska aktörers möjligheter att verka för ett återställande.[1006]

Berättelsen måste dock fortsätta. En rätt till ersättning för ekologisk skada som är begränsad till kostnader för återställande, vare sig de redan uppkommit, eller blott uppskattas, är i många fall otillräcklig. Det kan vara omöjligt att återställa läget eller åtgärderna kan förutsätta orimliga kostnader. Även då återställande sker kan det dessutom föreligga en värdeminskning under en inte obetydlig tid.[1007] En regel om ersättning blott för återställande skulle också vara misslyckad i preventivt hänseende: det skulle vara billigare för den ansvariga att förstöra miljön helt, så att återställande inte är möjligt, än att blott skada den.[1008] Man kan visserligen, då återställande är omöjligt eller orimligt dyrt, stundom operera med kostnader för alternativa likvärdiga substitut,[1009] men alltid kommer inte heller denna möjlighet i fråga. I fall där man använder sådana sätt att beräkna ersättningen har man i varje händelse redan tagit ett långt steg bort från det traditionella skadebegreppet.[1010]

[1003] Vad beträffar egentliga avvärjningskostnader är denna problematik inte lika aktuell, då dessa kostnader normalt redan har materialiserats vid tiden för processen.

[1004] KOM(2000) 66 slutlig s. 17.

[1005] Se t.ex. Wetterstein 1995 s. 47.

[1006] Wetterstein 1997 s. 52.

[1007] Dessa argument nämns av Wetterstein 1997 s. 48 f.

[1008] Steiner 1998 s. 262.

[1009] Se t.ex. Sandvik 1996–97 s. 415 ff. och Larsson 1997 s. 268 f.

[1010] Av intresse i detta sammanhang är det svenska rättsfallet NJA 1993 s. 753, som gällde en skyddad fornlämning som skadats av en fastighetsägare. Riksantikvarieämbetet tilldömdes ersättning för kostnader för en nödvändig arkeologisk undersökning av den skadade fornlämningen.

Det finns en potential i den nordiska ansvarsrätten för att överskrida skadebegreppets gränser så långt att man kopplar lös ersättningen från både konkretiserade och uppskattade kostnader för återställande. Detta framgår av ett relativt färskt svenskt rättsfall, där en person som dödat fridlysta djur (två järvhonor) dömdes att betala skadestånd till staten. Trots att djuren p.g.a. fridlysningen inte hade något ekonomiskt värde bifölls den svenska statens skadeståndstalan.[1011] Man har sett detta fall som ett uttryck för en ny ekologisk skadeståndsrätt.[1012] Det har sagts innebära en vändning i nordisk skadeståndsrätt just för att man här omvärderar "skadeståndsrättens individorienterade begreppsbildning".[1013]

Den svenska högsta domstolen hängde visserligen indirekt upp sitt avgörande på ekonomiska resonemang. Man hänvisade i domen till att staten hade betydliga kostnader för att bevara järvstammen, vilka "till en del får anses ha blivit onyttiga genom att två järvar...dödats och artens fortplantningsmöjligheter försämrats." Man tog alltså en utgångspunkt i "en skälighetsuppskattning av statens kostnader för den fridlysta djurartens bevarande".[1014] Kopplingen mellan relativt ospecificerade tidigare kostnader, som blivit onyttiga, och skadeståndet framstår dock som ganska avlägsen. Steget från detta fall till att döma ut skadestånd t.ex. då ett djur dödats, men staten inte haft några kostnader för bevarande av den ifrågavarande stammen, är ytterst kort. Därför är det, trots den skenbara kostnadsanknytningen, lätt att instämma i karaktäristiken av fallet som ett uttryck för en ekologisk skadeståndsrätt, inom vilken man lösgjort sig från ett individorienterat, och i hög grad också från ett kostnadscentrerat skadebegrepp. Vår lilla berättelse är på god väg att nå fram till ett "rent" ekologiskt skadebegrepp.[1015]

[1011] NJA 1995 s. 249.

[1012] Kleineman 1995–96 s. 106.

[1013] Sandvik 1996–97 s. 402.

[1014] Kleineman 1995–96 s. 105. Jfr också den norska domen RG 1979 s. 715 (Frostating), där staten beviljades skadestånd för kostnaderna för att bygga upp en stam av kanadagäss, se Lødrup 1999 s. 57.

[1015] Det är likväl ingalunda givet att den finska högsta domstolen skulle vara lika kreativ i utvidgningen av skadebegreppet som dess svenska motsvarighet. I andra sammanhang har man ännu nyligen varit återhållsam i att överskrida ett ekonomiskt inriktat sätt att uppfatta skadebegreppet, se t.ex. HD 1999:44 (ej ersättning för lidande då hundar dödats) och HD 1999:90 (ej ersättning för bruksvärdet av kläder som blivit oanvändbara p.g.a. personskada).

Ett sådant skadebegrepp ger naturligtvis upphov till frågan, hur ersättningen skall beräknas, då man inte längre kan falla tillbaka på en kostnadskalkyl av något slag.[1016] Erfarenheterna från USA visar att detta problem inte behöver bli något avgörande hinder mot en utvidgning av skadebegreppet. I vissa fall kan en standardisering av skadeståndsbeloppen visa sig vara en användbar lösning.[1017] I detta sammanhang vill jag emellertid inte föra diskussionen om beräkningen vidare.[1018] För min framställning är det tillräckligt att notera den tydligt framtonande rättsliga möjligheten av ett "rent" ekologiskt skadebegrepp.

Just då man talar om de "rena" ekologiska skadorna är frågan om skadebegreppets omfattning särskilt intimt sammankopplad med den processuella frågan om talerätten. Frågan vem som skall kunna ställa krav på ersättning för en sådan "ren" skada, som inte drabbat något individuellt intresse, blir central. De utvidgningar av skadebegreppet som skett, såväl genom den finska lagen om ersättning för miljöskador som genom det svenska järvfallet, har baserats på en talerätt för en offentlig myndighet och också i den rättsvetenskapliga diskursen har det allmänna (staten eller en kommun) nämnts som möjlig kärande. Ur mikropolitikens synvinkel är det emellertid av väsentlig vikt att det traditionella skadebegreppets gränser kan överskridas också på grundval av en talan som drivs av en enskild (organisation).

[1016] Se t.ex. Steiner 1998 s. 277 ff., som också noterar de två möjliga principiella utgångspunkterna: en ekocentrisk syn, som utgår från skadans betydelse t.ex. för bevarandet av någon art, och en antropocentrisk syn, där man utgår från det skadade objektets värde för allmänheten.

[1017] Så t.ex. Bergkamp 2000 s. 145. När det gäller fridlysta djur har man de facto i Finland nått samma resultat genom att med stöd av naturskyddslagstiftningen förordna om en förverkandepåföljd. Den som brutit mot en bestämmelse om fridlysning skall dömas att till staten förverka åtminstone det värde som den fridlysta växten eller det fridlysta djuret har som representant för sin art. Detta stadgande, som ingår i den nya naturvårdslagen (1096/96) § 59 och i den gamla lagen om naturskydd § 24 (enligt lag 672/91), berättigar miljöministeriet att fastställa riktgivande värden för fridlysta djur och växter. Se Miljöministeriets beslut om riktgivande värden på fridlysta djur och växter (1209/95), enligt vilket de allra värdefullaste djuren är saimensäl (58 000 mk), fjällräv (44 000 mk), havsörn (44 000 mk), större skrikörn (40 000 mk), fjällgås (38 000 mk) och jaktfalk (38 000 mk). För en dödad mullvad och en dödad skogsödla behöver man däremot betala bara 100 mk.

[1018] En god komparativ översikt över olika beräkningsmetoder ges av Larsson 1999 s. 534 ff.

Även om man i Finland ännu i dag inte har några konkreta belägg för en utveckling i denna riktning,[1019] föreligger det ett uppenbart tryck mot att öppna sådana nya möjligheter för privata mikropolitiska aktörer. I doktrinen har man talat för att miljöorganisationer och motsvarande intressegrupper borde ges rätt att driva en talan om ersättning för ekologisk skada.[1020] Man har hänvisat till att staten inte alltid kan förväntas ha vare sig resurser eller politisk vilja att driva sådana mål och att det offentliga kan vara alltför nära knutet till starka industriella intressen för att vilja ta initiativ av detta slag.[1021] Också i EG-kommissionens vitbok om ersättningsansvar för miljöskador framhåller man att intressegrupper som verkar för att skydda miljön och som uppfyller objektiva kvalitetskriterier bör ges en subsidiär talerätt för det fall att staten inte vidtar åtgärder; för skäliga kostnader för brådskande förebyggande åtgärder bör man t.o.m. kunna kräva ersättning utan att man först vänder sig till en offentlig myndighet.[1022] Trycket mot att ge organisationer talerätt riktar sig inte enbart mot lagstiftaren. Argumenten har en viss bärkraft även i det fall att man inte vidtar lagstiftningsåtgärder. Särskilt bör då noteras att man i doktrinen sökt stöda talerätten för miljöorganisationer också på en grundrättighetsargumentation. Man har härvid hänvisat till den nya miljörelaterade grundrättigheten i regeringsformen § 14a, som i den nya grundlagen av år 2000 ingår i § 20, enligt vilken det allmänna skall verka för att alla tillförsäkras en sund miljö och att var och en har möjlighet att påverka beslut i frågor som gäller den egna livsmiljön.[1023]

[1019] Steiner 1998 s. 273 f. hävdar, bl.a. med hänvisning till förarbetena till lagen om ersättning för miljöskador, att miljöorganisationer och liknande intressegrupper i Finland i dag inte har talerätt vad avser ekologisk skada. Se härom LaUB 10/1994 s. 3. Man kan också nämna att den finska högsta förvaltningsdomstolen inte velat tillerkänna miljöorganisationer besvärsrätt i fall, där sådan inte givits i lag, se Määttä 2000b. – I Norge har man uttryckligen i forurensningsloven § 58 givit privata organisationer talerätt.

[1020] Se redan Wetterstein 1990 s. 355, 361 och Wetterstein 1993 s. 322 f. Pöyhönen 1999 s. 356 förefaller i sin nya skadeståndsrättsliga ersättningsmodell ta för givet att en miljöskyddsförening har talerätt.

[1021] Wetterstein 1993 s. 323, Steiner 1998 s. 272.

[1022] KOM(2000) 66 slutlig s. 21.

[1023] Steiner 1998 s. 272. Grundlagen § 20 har också åberopats som stöd för krav på att utvidga besvärsrätten för miljöorganisationer i offentligrättsliga sammanhang, se Määttä 2000b s. 798 f.

Man skönjer igen en möjlig fortsättning på den lilla berättelsen om ekologisk skada. Utgången av denna del av berättelsen är emellertid nära sammanknuten med utvecklingen i övrigt på processrättens område. Det säger sig självt att eventuella mer generella framsteg i utvecklingen av grupptalaninstitutet är av central betydelse i förevarande sammanhang.[1024] Då jag emellertid, som jag redan tidigare noterade, inte har för avsikt att tränga längre in i den processuella problematiken, lämnar jag berättelsen om talerätten här. Det är helt enkelt ännu för tidigt att gå in på följdfrågor exempelvis angående eventuella kvalifikationskrav för de organisationer eller grupper som väcker skadeståndstalan[1025] eller beträffande möjliga skyldigheter för privata organisationer och grupper att redovisa att skadeståndet används till återställande eller till annat miljörelaterat ändamål.[1026]

Det nytänkande som förekommit på området för ekologisk skada har, åtminstone i Sverige, kommit till uttryck också i rättspraxis. Domstolarna har ett utrymme för kreativitet på detta område, vilket samtidigt innebär att de också har ett ansvar. Som Jan Kleineman noterat, har järvfallet visat, "att de dömande organen har goda möjligheter att ta ett större ansvar för att kränkningar av omistliga miljöintressen inte skall förbli opåtalade".[1027] Från metodsynpunkt innebär detta, att "[d]en ytliga skadebegreppsorienterade analysen får lämna plats för en mer inträngande analys som ställer ett rättspolitiskt credo – behovet av skydd för utrotningshotade djurarter – i analysens centrum."[1028]

Frågan är nu, i vilken mån en sådan nyorientering vad avser ekologiska skador gör det möjligt att föra vidare berättelsen om ett nytt skadebegrepp, som är lösgjort från egenintresset, också på andra fält än miljöskadornas. Skall man uppfatta godtagandet av ett "rent" ekologiskt skadebegrepp som slutpunkten på en berättelse eller skall man hellre se det som en inkörsport till en bredare berättelse om skadeståndet som ett redskap för skydd av sådana allmänintressen som inte kan individualiseras? Finns det andra sådana allmänna intressen än det ekologiska för vilka domstolarna kunde förväntas ta ett ansvar? Kan

---

[1024] Se ovan kap. 5.
[1025] Se t.ex. Wetterstein 1997 s. 52 f.
[1026] Se t.ex. Steiner 1998 s. 273.
[1027] Kleineman 1995–96 s. 108.
[1028] Kleineman 1995–96 s. 109.

man tänka sig andra rättspolitiska trossatser än skyddet av utrotningshotade djurarter som kunde ges en stark ställning i argumentationen?

Möjligheterna är många. Redan nu inkluderar man ofta i det ekologiska skadebegreppet skador på byggnader och andra artefakter, vilka utgör en del av en omgivnings kulturarv.[1029] Man kunde gå vidare och jämställa med ekologiska skador också t.ex. andra kulturella skador och sociala skador.[1030] Stundom kan också intrång i mänskliga rättigheter medföra skador av den icke-individualiserbara typen. Också andra typer av skador kunde tänkas vara aktuella i detta sammanhang. Utrymmet för nyskapande är stort.

En ansvarsrätt som är lösgjord från kravet på egenintresse kunde således innebära, att en kulturorganisation kunde väcka talan mot ett företag som genom sin verksamhet vållar skada på omistliga kulturvärden. En minoritetsorganisation kunde ställa krav mot den som genom sin verksamhet förhindrar utövningen av minoritetens traditionella kultur. En organisation för glesbygden kunde kräva skadestånd av det offentliga för att man inte tillgodoser medborgarnas rätt att erhålla tillräckliga tjänster på eller i närheten av sin hemort. En kommun kunde kräva skadestånd av ett dominerande företag för att det genom att snabbt lägga ned sin verksamhet i kommunen vållar såväl kommunen som dess invånare och dess sociala struktur betydlig skada.[1031] En människorättsorganisation kunde väcka ersättningstalan mot ett företag, som genom att stöda en diktatur bidrar till att medborgarnas grundrättigheter kränks.

Exemplen kunde mångfaldigas. Det är emellertid gemensamt för dem att de är påhittade. Åtminstone i nordisk miljö kan man inte åberopa konkreta belägg för en utveckling i denna riktning. Till varje exempel anknyter sig både lovande och skrämmande perspektiv. Somliga exempel ter sig för dagens nordiska läsare främmande, nästan otänkbara. Likväl tror jag att berättelsen om det ekologiska skadebe-

---

[1029] Se t.ex. von Bar 2000b s. 425.

[1030] Jfr t.ex. Teubner & Hutter 2000 s. 583: "Environment protection groups with no formal legal capacity are still the simplest cases of 'new' actors. Future generations? Animal species? Plants? Landscapes? And what about languages? Cultures?"

[1031] De traditionellt begränsade möjligheterna att vidta privaträttsliga åtgärder i ett sådant fall belyses väl av det amerikanska rättsfallet United States Steelworkers v. United States Steel Corp., 631 F. 2d 1264 (6th Cir. 1980), diskuterat av Collins 1997 s. 415 f.

greppet visar, att nya rättsliga möjligheter håller på att öppna sig i denna riktning. Huruvida och på vilket sätt man kommer att utnyttja dessa möjligheter är det ännu alltför tidigt att uttala sig om. Det blir en annan berättelse.

Epilog

När han steg ut på trappan från Helsingfors tingsrätt såg han barnen. Fastän han var bländad av den klara vårsolen över Drumsöfjärden hade han inga svårigheter att känna igen dem. Den lilla gossen bar samma sönderrivna t-skjorta som för tre år sedan och han och hans syster var lika metodiska som förra gången i sin genomgång av innehållet i avfallsbehållarna. De hade inte vuxit mycket, tänkte professorn.

Han mindes deras förra sammanträffande, på metrostationen i Östra centrum. Lustigt att han egentligen alls lagt märke till dem då. Det var så många andra intryck som trängde sig på honom den eftermiddagen.

Han hade just deltagit i ett stort protestmöte – demonstrationer hade numera förvisats till Östra centrum för att turismen och handeln i innerstaden inte skulle störas (den producerade ju välstånd för oss alla!). Pliktskyldigt hade han åkt ut för att visa sin solidaritet med dem som protesterade mot nedskärningarna av skolservicen. Bort med avgifterna för skolmaten! Nej till privat profit på detta område! Stopp för biotekniskt producerad skolmat! Han hade på sitt stillsamma sätt mumlat med i protestropen.

Kanske just demonstrationens tema hade gjort honom mer än vanligt illa berörd av åsynen av de tiggande barnen. Känslan hade dock snabbt försvunnit, då han i metron till Gräsviken fick sällskap av en gammal bekant, Kändisadvokaten, småfolkets försvarare. Också advokaten hade deltagit i demonstrationen. Han var, som vanligt, mycket övertygad i sina värderingar.

– Fan! Vi vet att skolmaten blivit både sämre och dyrare i de kommuner där man privatiserat servicen. De skulle bara veta vad vi har hittat i Schoolburgers smörgåsar! Det är inte bara det att näringsvärdet ligger nära noll, nej, man utnyttjar också den belgiska biotekniken på ett sätt som ingen egentligen vet följderna av! Och för det här får barnen betala ett pris som överstiger många föräldrars möjligheter! Visste du, att redan 23,7 % – jag har siffrorna här – av alla skolbarn blir utan mat p.g.a. betalningsförsummelser från föräldrarnas sida?

– Det var inte bra, instämde professorn.

– Inte bra! Det är en skandal, inget mindre! Men vad som gör mig ännu argare är att ingen reagerar. Vi presenterar fakta för massmedia, men

tror du de är intresserade? Nej, det är inte "tillräckligt sexigt" för deras läsare, säger de. Jag tror vi borde stämma någon för att få en debatt.

Professorn, som suttit litet tillbakadragen och låtit tankarna vandra, medan advokatens entusiasm flödade förbi, lutade sig plötsligt framåt. Trots att året var 2015 och han redan under ett halvår sökt vänja sig vid pensionärslivets lugnare tempo, kunde han inte dölja sin iver. Ögonen lyste nästan som på ett barn när han frågade:

– En process! Vem skall vi sätta i rörelse den här gången?

Advokaten hajade till över professorns inkluderande språkbruk, men ignorerade det artigt:

– Det här är typiskt ett fall för Kyy.[1032] Jag har redan diskuterat saken med dem. De har ju både erfarenhet av och resurser till sådana här processer. Jag tycker om att samarbeta med dem. De vet alltid vad de gör och har klara mål för sitt arbete. De är tillräckligt seriösa för att en domstol kunde tänkas anförtro dem administrationen av ett skadeståndsbelopp.

– Har du sett Bundesgerichtshofs avgörande i det tyska ekoförbundsfallet? mässade professorn. Där finns intressanta argument att hämta vad beträffar Kyys kravlegitimation.

– Tack, tack för tipset (var det ironiskt?). Vi måste ännu bara bestämma oss för vem vi skall stämma. På Kyy vill de hugga Schoolburger. Det är ju uppenbart, tycker de, att företaget missbrukar sin starka position i Europa på marknaden för skolmat och att pris/kvalitetrelationen i deras produkter är mycket dålig. Det ser visserligen ganska billigt ut, men om man beaktar de offentliga stöd de trots allt får...

Professorn kunde inte hålla mun längre.

– Det där är ju självklart! Det är inget tvivel om att ni vinner. Drar ni ännu in den biotekniska manipuleringen av maten och den osäkerhet beträffande riskerna som råder på det området tror jag att t.o.m. våra förstaårsstuderanden kunde gissa utgången av målet – fast man vet ju förstås aldrig med Helsingfors tingsrätt (det hörde till att man tillfogade denna fras på lämpliga ställen i samtal med huvudstadsadvokater). Men är det inte att ställa målet litet lågt? Kommer ni åt

[1032] Kansankodin Ystävien Yhdistys – Föreningen för Folkhemmets Vänner.

Schoolburger, kommer det någon annan med samma skräp i stället. Borde ni inte ställa krav på den offentliga sektorn också?

– Ja, ja, jag höll ju på att komma till det, när du avbröt mig. Advokaten kunde inte längre dölja sin irritation över professorns beskäftighet. Jag har talat med gänget på Kyy om att vi också borde stämma staten, och kanske några större kommuner. Det är inte svårt att föra en argumentation i grundrättighetstermer – vi har ju hela raden av fall, skolboksfallet, operationsköfallet och flera andra, att bygga på; det att EG-domstolen började betona också de sociala grundrättigheterna gav nog den här sektorn en jättepuff framåt. Och dessutom – och det är ännu viktigare: vi kan ta in några undernärda skolbarn i processen. Det hoppar media genast på!

Och här hade advokaten sannerligen träffat rätt, tänkte professorn. Efter att processen hade inletts hade både ledarsidor och insändaravdelningar svämmat över av kommentarer och det ledande regeringspartiet Gröna Centerförbundet, som var känt för sin snabbhet att fånga upp väljarstämningar, hade omedelbart tagit in frågan på plattformen för det kommande kommunalvalet (trots att man samtidigt, mer allmänt, krävde ett slut på den offentliga inblandningen i medborgarnas matvanor). Men för juristerna var det ju förstås mest intressant att se hur domen skulle lyda ...

– Har du några pengar? Professorn väcktes ur sina tankar av den lilla gossen med den trasiga t-skjortan.

– Ja, ja, vi skall se. Professorn, som aldrig riktigt vant sig vid tiggarna i Helsingfors och alltid kände sig besvärad när han blev föremål för deras uppmärksamhet, grävde i sin plånbok. En euro kunde han ju alltid ge. Den var ju inte värd så mycket. Han försökte vara vänlig.

– Vet du, här inne i det här huset (inte visste väl gossen vad tingsrätten var för något?) sitter just nu några gubbar och gummor och funderar på förbättringar i skolmaten. Du skall se att du också snart får mer att äta så du växer till en stor karl.

Gossen stirrade på professorn. Bakom smutsen i ansiktet kunde man ana både förvåning, trots och sorg.

– Inte går vi i någon skola. Han ryckte till sig euron och sprang iväg.

Professorn vandrade hem, långsamt.

Litteratur

Aalto, Pekka: Jäsenvaltion vahingonkorvausvastuu EY-oikeudessa, Helsinki: Kauppakaari, 1999.

Abel, Richard L.: A Critique of American Tort Law, British Journal of Law & Society 1981, 199–231.

Abel, Richard L.: A Critique of Torts, Tort Law Review 1994, 99–115.

Airaksinen, Timo: Arvojen yhteiskunta. Erään taistelun kuvaus, Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1994.

Alapuro, Risto: Sosiaaliset verkostot ja kollektiivinen toiminta, i: Kaj Ilmonen & Martti Siisiäinen (red.): Uudet ja vanhat liikkeet, Tampere: Vastapaino, 1998, 333–347.

Alpa, Guido: European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law', European Review of Private Law 2000, 321–333.

Altschull, J.H.: Agents of Power. The Media and the Public Policy, 2nd ed., New York: Longman Publishers, 1995.

Anderson, Benedict: Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism, London: Verso, 1983.

Andersson, Håkan: Skyddsändamål och adekvans, Uppsala: Iustus Förlag, 1993.

Andersson, Håkan: Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, Uppsala: Iustus Förlag, 1997.

Andersson, Håkan: Constructive Deconstruction. A Test of Postmodern Legal Reasoning: The Example of Third Party Losses on the Borderline between Tort Law and Contract Law, i: Mads Andenas & Nils Jareborg (red.): Anglo-Swedish Studies in Law, Uppsala: Iustus Förlag, 1999, 356–388.

Andersson, Håkan: Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, 22–48.

Apel, Karl-Otto: Plurality of the Good? The Problem of Affirmative Tolerance in a Multicultural Society from an Ethical Point of View, Ratio Juris 1997, 199–212.

Arajärvi, Pentti: Valtionhallinnon muutos ja yksilön asema, Oikeus 1995, 383–395.

Arnesen, Leif Fr.: Virksomhedens sociale ansvar som forsikringsobjekt, Nordisk Försäkringstidskrift 1998, 139–145.

Arrowsmith, Sue: Civil Liability and Public Authorities, Winteringham: Earlsgate Press, 1992.

Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford: Clarendon Press, 1979.

Atiyah, P.S.: Freedom of Contract and the New Right, Stockholm: Juridiska fakultetens skriftserie 20, 1989.

Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, Fifth Edition by *Peter Cane*, London: Butterworths, 1993 (Atiyah & Cane).

Attanasio, John B.: Aggregate Autonomy, the Difference Principle, and the Calabresian Approach to Products Liability, i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 299–318.

Aula, Maria Kaisa: Poliitikkojen ja toimittajien suhteet murroksessa? Tutkimus Yleisradion politiikan toimittajien ammatti-identiteetistä 1980-luvulla, Helsinki: Hakapaino, 1991.

Baldwin, Robert: Introduction – Risk: The Legal Contribution, i: Robert Baldwin (red.): Law and Uncertainty. Risks and Legal Processes, London – The Hague – Boston: Kluwer, 1997, 1–18.

Banakas, Stathis: Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interests System, European Review of Private Law 1999, 261–286.

von Bar, Christian: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I, München: C.H.Beck, 1996.

von Bar, Christian: A Common European Law of Torts, Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, conferenze e seminari 19, 1996b.

von Bar, Christian: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band II, München: C.H.Beck, 1999.

von Bar, Christian: The Study Group on a European Civil Code, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, 323–337.

von Bar, Christian: The Common European Law of Torts, Volume Two, Oxford: Clarendon Press, 2000b.

Bauman, Zygmunt: Modernity and Ambivalence, Oxford & Cambridge: Polity Press, 1991.

Bauman, Zygmunt: Intimations of Postmodernity, London: Routledge, 1992.

Bauman, Zygmunt: Postmodern Ethics, Oxford & Cambridge: Blackwell, 1993.

Bauman, Zygmunt: Life in Fragments. Essays in Postmodern Morality, Oxford & Cambridge: Blackwell, 1995.

Bauman, Zygmunt: Postmodernin lumo, Tampere: Vastapaino, 1996.

Bauman, Zygmunt: Die Krise der Politik. Fluch und Chance einer neuen Öffentlichkeit, Hamburg: Hamburger Edition, 2000.

Bechmann, Gotthard: Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, 212–240.

Beck, Ulrich: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

Beck, Ulrich: The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization, i: Beck, Giddens & Lash, 1994, 1–55.

Beck, Ulrich: Self-Dissolution and Self-Endangerment of Industrial Society: What Does This Mean? i: Beck, Giddens & Lash, 1994, 174–183 (1994b).

Beck, Ulrich & Giddens, Anthony & Lash, Scott: Reflexive Modernization, Cambridge: Polity Press, 1994.

Belloir, Kristell: Liability of the French State for Negligent Supervision of Banks, European Business Law Review 1999, 13–23.

Bengtsson, Bertil: Skadestånd vid myndighetsutövning I, Stockholm: P A Norstedt & Söners Förlag, 1976.

Bengtsson, Bertil: Skadestånd vid myndighetsutövning II, Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1978.

Bengtsson, Bertil: Skärpt ansvar för oriktiga myndighetsåtgärder? Svensk Juristtidning 1988, 610–621.

Bengtsson, Bertil: Om civilrättens splittring, i: Festskrift till Kurt Grönfors, Stockholm: Norstedts, 1991, 29–46.

Bengtsson, Bertil: Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, Andra upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik, 1996.

Bengtsson, Bertil: Försäkringsteknik och civilrätt, Stockholm: Norstedts, 1998.

Bengtsson, Bertil: Ersättningsrätt på 2000-talet, i: Svensk Försäkrings Framtid, Stockholm: Norstedts, 2000, 115–128.

Bergem, John Egil & Rognlien, Stein: Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp, Oslo: Juridisk Forlag, 1991.

Bergkamp, Lucas: The Commission's White Paper on Environmental Liability: A Weak Case for an EC Strict Liability Regime (Part 2), European Environmental Law Review 2000, 141–147.

Bergsåker, Trygve & von Eyben, Bo & Roos, Carl Martin & Wilhelmsson, Thomas: Udviklingen af reglerna om erstatning for personskade, Justitieministerierna i Norden, 1989.

Bernitz, Ulf: Marknadsföringslagen, Stockholm: Juristförlaget, 1997.

Bierbooms, Paul F.A. & Kottenhagen-Edzes, Pepita A.: Environmental damage and a public authority's right to sue, European Review of Private Law 1996, 145–158.

Blomberg-Kroll, Helena: Kosta vad det kosta vill? Attitydmönster och attitydförändringar hos befolkning och eliter beträffande välfärdsservicen i nedskärningarnas tid, Vasa: Åbo Akademi, 1999.

Bonell, Michael Joachim: An International Restatement of Contract Law, New York: Transnational Juris Publications, 1994.

Bourdieu, Pierre: Om televisionen, Stockholm: Brutus Östlings Bokförlag, 1998.

Boyle, James: Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Bragason, Hrafn: Domstolene og pressen, Det 35. Nordiske juristmøtet i Oslo 18.-20. august 1999, 939–951.

Brüggemeier, Gert: The Control of Corporate Conduct and Reduction of Uncertainty by Tort Law, i: Robert Baldwin (red.): Law and Uncertainty. Risks and Legal Processes, London – The Hague – Boston: Kluwer, 1997, 57–74.

Brüggemeier, Gert: Haftungsrecht – eine transnationale Falljurisprudenz? Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, i: Ludwig Krämer & Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner (red.): Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Baden-Baden: Nomos, 1997b, 657–680.

Brüggemeier, Gert: Prinzipien des Haftungsrechts. Baden-Baden: Nomos, 1999.

Bücker, Andreas: A Turn to Precaution in Technical Safety – The Case of European Machinery Safety Legislation, i: Christian Joerges & Karl-Heinz Ladeur & Ellen Vos (red.): Integrating Scientific

Expertise into Regulatory Decision-Making, Baden-Baden: Nomos, 1997, 243–256.

Bärlund, Johan: Postilaitoksen yhtiöittämisen vaikutukset kuluttajan reklamaatiovelvollisuuteen, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000, 133–149.

Campbell, Christian (red.): International Media Liability. Civil Liability in the Information Age, Chichester – New York – Weinheim – Brisbane – Singapore – Toronto: John Wiley & Sons, 1997.

Campos, Paul F.: Jurismania. The Madness of American Law, Oxford: Oxford University Press, 1998.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, Juristische Blätter 1995, 2–17.

Caplovitz, David: The Poor Pay More. Consumer Practices of Low Income Families, New York: Free Press, 1963.

Caporaso, James A.: The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern? Journal of Common Market Studies 1996, 29–52.

Carnera Ljungström, Alexander: Rettens tause stemmer: Retfærdighed , venskab og tragik, Retfærd 80, 1998, 21–39.

Caruso, Daniela: The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, European Law Journal 1997, 3–32.

Castells, Manuel: The Power of Identity, The Information Age: Economy, Society and Culture, Volume II, Massachussetts – Oxford: Blackwell Publishers, 1997.

Castronovo, Carlo: Liability between Contract and Tort, i: Thomas Wilhelmsson (red.): Perspectives of Critical Contract Law, Aldershot: Dartmouth, 1993, 273–291.

Christensen, Anna: Normative Patterns and the Normative Field: A Post-Liberal View on Law, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 83–98.

Coleman, Jules L.: The Practice of Corrective Justice, i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 53–72.

Collins, Hugh: Social Market and the Law of Contract, ARSP-Beiheft 49, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, 85–97.

Collins, Hugh: The Voice of the Community in Private Law Discourse, European Law Journal 1997, 407–421.

Collins, Hugh: Regulating Contracts, Oxford: Oxford University Press, 1999.

COM(96) 389 final: Living and Working in the Information Society: People First. Green Paper.

COM(96) 443 final: Services of general interest in Europe. Communication from the Commission.

COM(2000) 893 final: Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products.

Craig, Paul: The Domestic Liability of Public Authorities in Damages: Lessons from the European Community? i: Jack Beatson & Takis Tridimas (red.): New Directions in European Public Law, Oxford: Hart publishing, 1998, 75–90.

Daintith, Terence: Legal forms and techniques of privatisation, i: Legal aspects of privatisation, XXIst colloquy on European Law, Budapest, 15–17 October 1991, Council of Europe Press, 1993, 50–87.

Dalberg-Larsen, Jørgen: The Legal Profession in a Changing World, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 99–114.

Damm, Reinhard: Risikosteuerung im Zivilrecht – Privatrecht und öffentliches Recht im Risikodiskurs, i: Wolfgang Hoffmann-Riem & Eberhardt Schmidt-Assmann (red.): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden: Nomos, 1996, 85–142.

Damm, Reinhard: Risikosteuerung im Privatrecht – Rechtsgüterschutz und Regelungsinstrumente, i: Dieter Hart (red.): Privatrecht im "Risikostaat", Baden-Baden: Nomos, 1997, 13–42.

Damm, Reinhard: Privatautonomie und Verbraucherschutz – Legalstruktur und Realstruktur von Autonomiekonzepten, Versicherungsrecht 1999, 129–141.

Dotevall, Rolf: Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Stockholm: Norstedts, 1989.

Dworkin, Ronald: Law's Empire, London: Fontana Press, 1986.

Ek, C.H.: Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt, Helsingfors: Juridiska Föreningen, 1943.

Englard, Izhak: The Philosophy of Tort Law, Aldershot: Dartmouth, 1993.

Ericson, Richard V.: Why Law is Like News, i: David Nelken (red.): Law as Communication, Aldershot: Dartmouth, 1996, 195–230.

Ervasti, Heikki: Kansalaiskritiikki ja hyvinvointivaltio, i: Pekka Kosonen & Maija Sakslin (red.): Sosiaalietujen muutokset: vastuunjaon ongelma, Helsinki: Kansaneläkelaitos, Sosiaali- ja terveysturvan katsauksia 29, 1998, 63–89.

Eräsaari, Risto: Hyvinvointivaltion muodonmuutos, i: Eräsaari & Rahkonen, 1995, 167–188.

Eräsaari, Risto & Rahkonen, Keijo (red.): Hyvinvointivaltion tragedia, Tampere: Gaudeamus, 1995.

Esping-Andersen, Gösta: The Three Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge: Polity Press, 1990.

Evers, Jan & Reifner, Udo (red.): The Social Responsibility of Credit Institutions in the EU, Baden-Baden: Nomos, 1998.

Ewald, François: L'état providence, Paris: Grasset, 1986.

Ewald, François: Die Versicherungsgesellschaft, Kritische Justiz 1989, 385–393.

Ewald, François: Vakuutusyhteiskunta, i: Eräsaari & Rahkonen, 1995, 73–86.

von Eyben, Bo & Vagner, Hans Henrik: Lærebog i erstatningsret, 4. udgave, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Eörsi, Gyula: Liability for Damages: The Doctrine and the Facts, Review of Contemporary Law 1981, 39–53.

Fletcher, George P.: The Search for Synthesis in Tort Theory, Journal of Law and Philosophy 1983, 63–88.

Forsbacka, Kristina: Kan ett moderbolag bli ansvarigt för miljöfarlig verksamhet som dess dotterbolag bedriver? Svensk Juristtidning 2000, 905–931.

Foucault, Michel: Un système fini face à une demande infinie, i: Bernard Brunhes, Michel Foucault, René Lenoir & Pierre Rosanvallon, Sécurité sociale: l'enjeu, Paris: Syros, 1983, 39–63.

Friedman, Lawrence M.: Transformation in American Legal Culture, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, 191–205.

Friedman, Monroe: A Positive Approach to Organized Consumer Action: The "Buycott" as an Alternative to the Boycott, Journal of Consumer Policy 1996, 439–451.

Friedman, Monroe: Consumer Boycotts: Effecting Change Through the Marketplace and the Media, London: Routledge, 1999.

Gabriel, Yiannis & Lang, Tim: The Unmanageable Consumer, London: SAGE Publications, 1995.

Garber, Steven & Bower, Anthony G.: Newspaper Coverage of Automotive Product Liability Verdicts, Law & Society Review 1999, 93–122.

van Gerven, W.: Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after *Francovich* and *Brasserie*, The International and Comparative Law Quarterly 1996, 507–544.

van Gerven, Walter & Lever, Jeremy & Larouche, Pierre & von Bar, Christian & Viney, Geneviève: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Scope of Protection, Oxford: Hart Publishing, 1998.

Gessner, Volkmar: Europas holprige Rechtswege – Die Rechtskulturellen Schranken der Rechtsverfolgung im Binnenmarkt, i: Ludwig Krämer & Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner (red.): Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Baden-Baden: Nomos, 1997, 163–176.

Gessner, Volkmar: Globalization and Legal Certainty, i: Volkmar Gessner & Ali Cem Budak (red.): Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law, Aldershot: Ashgate, 1998, 427–450.

Giddens, Anthony: The Consequences of Modernity, Cambridge: Polity Press, 1990.

Giddens, Anthony: Living in a Post-Traditional Society, i: Beck, Giddens & Lash, 1994, 56–109.

Gilmore, Grant: The Death of Contract, Columbus: Ohio State University Press, 1974.

Glendon, Mary Ann: Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse, New York: The Free Press, 1991.

Godard, Olivier: Social Decision-Making Under Conditions of Scientific Controversy, Expertise and and the Precautionary Principle, i: Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur & Ellen Vos (red.): Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making, Baden-Baden: Nomos, 1997, 39–73.

Gomard, Bernhard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold, København: Gad, 1958.

Gordley, James: Tort Law in the Aristotelian Tradition, i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 131–158.

Gorton, Lars: Finansiella institutioners rådgivningsansvar, Juridisk Tidskrift 1998–99, 300–315.

Granqvist, Nina: Privatisering i princip och praktik, Åbo: Åbo Akademis förlag, 1997.

Graver, Hans Petter: Normative systemer – skisse til en oppløsning av rettsbegrepet, i: Ellen Margrethe Basse (red.): Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog, Köpenhamn: G.E.C.Gad, 1989, 53–68.

Grönfors, Kurt: Tolkning av fraktavtal, Göteborg: Sjörättsföreningen i Göteborg, 1989.

Grönfors, Kurt: Avtal och association, Göteborg: Nerenius & Santérus förlag, 1997.

Gustafsson, Annika & Riberdahl, Curt: Vad händer om kommuns skadeståndsansvar skärps? Svensk Juristtidning 1989, 336–343.

Habermas, Jürgen: The European Nation State. Its Achievements and Its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship, Ratio Juris 1996, 125–137.

Hagstrøm, Viggo: Offentligrettslig erstatningsansvar, Otta: TANO, 1987.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Vahingonkorvausvastuu julkista valtaa käyttäen aiheutetusta vahingosta, Opublicerad licentiatavhandling, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2000.

Hakalehto-Wainio, Suvianna: Vastaako valtio? Ajatuksia julkisen vallan käyttäjän korvausvastuusta, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: WSLT, 2000b, 265–303.

Hakulinen, Y.J.: Obligationsrätt I. Allmänna läror, Helsingfors: Söderström & C:o, 1962.

Halila, Heikki: Kommentti oikeustapauksiin KKO 1999:32 ja 1999:33, Lakimies 1999, 725–751.

Halme, Liisa: Pankkisääntely ja valvonta, Helsinki: Suomen Pankki, tutkimuksia E:15, 1999.

Halme, Liisa: Corporate Governance ja pankin johdon vahingonkorvausvastuu, Lakimies 2000, 39–56.

Handler, Tom & Kurnatowska, Monica: Lender Liability for Environmental Damage, Journal of International Banking Law 1996, 424–426.

Harland, David: Legal Aspects of the Export of Hazardous Products, Journal of Consumer Policy 1985, 209–238.

Harris, Beth: Representing Homeless Families: Repeat Player Implementation Strategies, Law & Society Review 1999, 911–939.

Harris, D.J. & O'Boyle, M. & Warbrick, C.: Law of the European Convention on Human Rights, London: Butterworths, 1995.

Hart, Dieter: Sozialschutzbezogene Normbildungsprozesse bei Risikoentscheidungen im Vertragsrecht, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, 363–377.

Hart, Dieter: Towards Risk Management in Contract Law? i: Thomas Wilhelmsson (red.), Perspectives of Critical Contract Law, Aldershot: Dartmouth, 1993, 123–148.

Hartkamp, Arthur S.: Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands, Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, conferenze e seminari 4, 1992.

Heinonen, Ari: Vahtikoiran omatunto – journalismin itsesääntely ja toimittajat, Tampere: Tampereen yliopiston julkaisuja A 84/1995.

Heliskoski, Joni & Sunila, Mirjami & Tala, Jyrki & Varis, Minna: Kuluttajien maksuvaikeudet ja välttämättömyyspalvelut, Helsinki: Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 131, 1996.

Hellner, Jan: Ersättning till tredje man vid sak- och personskada, Svensk Juristtidning 1969, 332–361.

Hellner, Jan: Kommersiell avtalsrätt, 4. uppl., Stockholm: Juristförlaget, 1993.

Hellner, Jan & Johansson, Svante: Skadeståndsrätt, Sjätte upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik, 2000.

Hellner, Jan & Ramberg, Jan: Speciell avtalsrätt I, Köprätt, Andra upplagan, Stockholm: Juristförlaget, 1991.

Hellsten, Sirkku: Amerikkalainen kommunitarismi: yhteisöllinen oikeudenmukaisuus lain ja yksilön moraalin välillä, Oikeus 1999, 97–107.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus, Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1996.

Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti, Helsinki: Kauppakaari, 1998.

Hemmo, Mika: Välimiehen vahingonkorvausvastuu, Defensor Legis 2000, 397–412.

Hemmo, Mika: Pankkioikeus, Helsinki: Kauppakaari, 2001.

Herre, Johnny (under medverkan av Jan Ramberg): Konsumentköplagen. En kommentar, Stockholm: Norstedts Juridik, 1999.

Hirst, Paul: Challenges of Globalisation to the Nation State, Politiikka 1997, 3–13.

Hirst, Paul & Thompson, Grahame: Myten om den globala ekonomin, Stockholm: Atlas förlag, 1998.

Hocking, Barbara Ann: Can We, and Should We, Use Private Law as a Means of Regaining Governmental Provision of Services and Care for Citizens?, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 277–299.

Van Hoecke, Mark: The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings, i Mark Van Hoecke & Francois Ost (red.): The Harmonisation of European Private Law, Oxford: Hart Publishing, 2000, 1–20.

Van Hoecke, Mark & Warrington, Mark: Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, The International and Comparative Law Quarterly 1998, 495–536.

Hollo, Erkki J. & Vihervuori, Pekka: Ympäristövahinkolaki, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1995.

Holmquist, Henrik: Spelet om sjukförsäkringen – spelet om välfärdsstaten, Nordisk Försäkringstidskrift 1998, 146–158.

Hommelhoff, Peter: Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, Archiv für die civilistische Praxis 1992, 71–107.

Hondius, Ewoud H.: Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act, Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, conferenze e seminari 18, 1996.

Honka, Hannu: Amerikaniseras den finska skadeståndsrätten? Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, 49–86.

Honoré, Tony: The Morality of Tort Law – Questions and Answers, i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 73–95.

Hoppu, Esko: Täydentäviä näkökohtia välimiehen vastuusta, Defensor Legis 2000, 413–415.

Hopt, Klaus: Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich. Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung, Archiv für die civilistische Praxis 1983, 608–720.

Hopt, Klaus J. & Teubner, Gunther (red.): Corporate Governance and Directors' Liabilities, Berlin: Walter de Gruyter, 1985.

Horibe, Masao & Middleton, John: Japan, i: Campbell, 1997, 219–240.

Howells, Geraint: Whose Responsibility to Plan for Future Changes in Circumstances – Debtor, Creditor or the State? i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 437–459.

Howells, Geraint: The Relationship Between Product Liability and Product Safety - Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through a Comparison with the U.S. Position, Washburn Law Journal 2000, 305–346.

Howells, Geraint & Wilhelmsson, Thomas: EC Consumer Law, Aldershot: Ashgate, 1997.

Howells, Geraint & Wilhelmsson, Thomas: EC and US Approaches to Consumer Protection – Should the Gap Be Bridged? 17 Year-

book of European Law 1997, Oxford: Clarendon Press, 1998, 207–267.

Huhtamäki, Ari: Luotonantajavastuu. Lender Liability Suomessa – velvoiteoikeudellinen tutkimus luotonantajan vastuusta luotonottajaa kohtaan erityisesti USA:n oikeuteen verrattuna, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1993.

Huhtamäki, Ari: Offshore-yhteisön samastuksesta määräysvallan käyttäjään, Defensor Legis 1999, 142–152.

Huls, Nick: Critical Insurance Law, i: Thomas Wilhelmsson (red.), Perspectives of Critical Contract Law, Aldershot: Dartmouth, 1993, 149–168.

Hutchinson, Allan C.: Life After Shopping: From Consumers to Citizens, i: Iain Ramsay (red.): Consumer Law in the Global Economy, Aldershot: Ashgate, 1997, 25–46.

Huttunen, Allan: Yhdenmiehen osakeyhtiöstä, Helsinki: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1963.

Hviid Nielsen, Torben: Risici – i teknologien, i samfundet og i hovederne, Retfærd 73, 1996, 61–77.

Håstad, Torgny: Den nya köprätten, Fjärde upplagan, Uppsala: Iustus Förlag, 1998.

Häyhä, Juha: Ankara vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä, XXXII Oikeustiede-Jurisprudentia 1999, 81–149.

Häyhä, Juha: Liability for Information in Private Law, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 301–345 (1999b).

Höland, Armin: Leitbilder des europäischen Verbraucherrechts, i: Ludwig Krämer, Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner (red.): Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Baden-Baden: Nomos, 1997, 195–219.

Ikävalko, Elisa: Organisaatiot julkisuuden pelikentillä, i: Risto Uimonen & Elisa Ikävalko: Mielikuvien maailma, Helsinki: Inforviestintä, 1997, 167–306.

Ilmonen, Kaj: Uudet ja vanhat yhteiskunnalliset liikkeet, i: Kaj Ilmonen & Martti Siisiäinen (red.): Uudet ja vanhat liikkeet, Tampere: Vastapaino, 1998, 15–42.

Imkamp, Heiner: The Interest of Consumers in Ecological Product Information Is Growing – Evidence From Two German Surveys, Journal of Consumer Policy 2000, 193–202.

Immonen, Raimo: Velkojainsuoja yritysrakenteiden muutoksissa, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1994.

Jameson, Fredric: Postmodernism or, the cultural logic of late capitalism, London – New York: Verso, 1991.

Jansen, Nils: Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2001, 30–65.

Joerges, Christian: Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, Die Aktiengesellschaft 1983, 57–67.

Junkkari, Tuuli: State Liability – A Tool to Narrow the Gap Between the European Union and Its Citizens, VIII The Finnish Yearbook of International Law 1997, 366–384.

Junkkari, Tuuli: Koulut markkinayhteiskunnassa, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000, 151–176.

Junkkari, Tuuli: Julkiset palvelut ja koulujen markkinoinnin säännöt, Helsinki: Kauppakaari, 2001.

Kaisanlahti, Timo: Osakkeenomistajan rajoitettu vastuu, i: Vesa Kanniainen & Kalle Määttä (red.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Tampere: Gaudeamus, 1996, 192–252.

Kaisanlahti, Timo: Sidosryhmät ja riski pörssiyhtiössä, Helsinki: Edita, 1999.

Kalliomaa-Puha, Laura: Hoitoa ja huolenpitoa – yksityisoikeudellisesti? i: Pekka Kosonen & Maija Sakslin (red.): Sosiaalietujen muutokset: vastuunjaon ongelma, Helsinki: Kansaneläkelaitos, Sosiaali- ja terveysturvan katsauksia 29, 1998, 131–143.

Kalliomaa-Puha, Laura: Hoitoa, perheessä, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: WSLT, 2000, 321–334.

Kellner, Douglas: Mediakulttuuri, Tampere: Vastapaino, 1998.

Kennedy, Duncan: A Critique of Adjudication {fin de siècle}, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

Kihlman, Jon: Fel, Stockholm: Norstedts Juridik, 1999.

Kiianmaa, Antero: Moderni totemismi: tutkimus työelämästä, solidaarisuudesta ja sosiaalisista verkostoista keskiluokkaistuvassa Suomessa, Jyväskylä: Kehityksen avaimet, 1997.

Kivivuori, Antti: Eksyneitä, Oikeus 1998, 315–319.

Kivivuori, Antti & Schultén, G.G. & Sevón, Leif & Tala, Jyrki: Kuluttajansuoja, Helsinki: Kustannusosakeyhtiö Tammi, 1978.

Klein, Naomi: No Logo, London: Flamingo, 2000.

Kleineman, Jan: De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod, Juridisk Tidskrift 1991–92, 63–97.

Kleineman, Jan: Lender Liability – ett skadeståndsrättsligt perspektiv på 1990-talets finansiella kris, Juridisk Tidskrift 1992–93, 289–317.

Kleineman, Jan: Ideell skada eller förmögenhetsförlust – nytt synsätt under framväxt? Juridisk Tidskrift 1995–96, 101–109.

KM 1992:32: Osakeyhtiölakitoimikunta 1990:n mietintö – Betänkande avgivet av 1990–års aktiebolagskommission.

KOM(2000) 66 slutlig: Vitbok om ersättningsansvar för miljöskador. Europeiska Gemenskapernas kommission.

Konttinen, Esa: Uusien liikkeiden tuleminen subjektiviteetin puolustamisen kulttuuri-ilmastossa, i: Kaj Ilmonen & Martti Siisiäinen (red.): Uudet ja vanhat liikkeet, Tampere: Vastapaino, 1998, 187–217.

Koski, Pauli: Konserni, Vammala: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1977.

Kosonen, Pekka: European Integration: A Welfare State Perspective, Helsinki: University of Helsinki Sociology of Law Series No 8, 1994.

Kosonen, Pekka: Eurooppalaiset hyvinvointivaltiot, Tampere: Gaudeamus, 1995.

Kosonen, Pekka: Den nordiska välfärdsmodellen och dess framtid, i: Pia Letto-Vanamo (red.): Nordisk identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap, Helsingfors: Katti 30, 1998a, 43–51.

Kosonen, Pekka: Pohjoismaiset mallit murroksessa, Tampere: Vastapaino, 1998b.

Koziol, Helmut (red.): Unification of Tort Law: Wrongfulness, The Hague: Kluwer Law International, 1998.

Kramer, Ernst A.: Europäische Privatrechtsvereinheitlichung, Juristische Blätter 1988, 477–489.

Kroepelien, Knut F.: Extended Producer Responsibility – New Legal Structures for Improved Ecological Self-Organization in Europe? Review of European Community and International Environmental Law 2000, 165–177.

Kronman, Anthony T.: Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 1980, 472–511.

Krüger, Kai: Norsk kjøpsrett, 4. utgave, Bergen: Alma mater, 1999.

Kulla, Heikki: The Responsibility of the State as Legislator, i: Tore Modeen (red.): Finnish National Reports to the XVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing, 1998, 201–214.

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeuden perusteet, Helsinki: WSLT, 2000.

Kuusikko, Kirsi: Yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen luottamuksensuoja – eräitä Wärtsilä Meriteollisuus -tapauksen herättämiä mietteitä, Defensor Legis 1999, 1027–1044.

Köndgen, Johannes: Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen: Mohr, 1981.

Kötz, Hein: Gemeineuropäisches Zivilrecht, i: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr, 1981, 481–500.

Ladeur, Karl-Heinz: Risikowissen und Risikoentscheidung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, 241–256.

Laitasalo, Jukka: Trial by newspaper, Defensor Legis 2000, 553–556.

Lando, Ole & Beale, Hugh (red.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, The Hague: Kluwer, 2000.

Larsson, Marie-Louise: Kreditgivares ansvar vid miljöskador, Juridisk Tidskrift 1994–95, 328–353.

Larsson, Marie-Louise: En doktorsavhandling och en miljöbalk, Nordisk Försäkringstidskrift 1997, 265–273.

Larsson, Marie-Louise: The Law of Environmental Damage, The Hague – London – Boston: Kluwer Law International, 1999.

Lash, Scott: Reflexivity and its Doubles: Structure, Aesthetics, Community, i: Beck, Giddens & Lash, 1994, 110–173.

Lasok, D. & Bridge, J.W. (with K.P.E. Lasok): Law and Institutions of the European Union, 6th Ed., London: Butterworths, 1994.

Lassenius, Fredrik: Kreditgivares miljöansvar, XXXI Oikeustiede-Jurisprudentia 1998, 147–218.

LaUB 10/1994: Lagutskottets betänkande nr 10 om regeringens proposition med förslag till lag om ersättning för miljöskador samt till lagar om ändring av vissa lagar som har samband med den.

Lavapuro, Juha: Miksi perustuslaille ei pitäisi antaa etusijaa? i: Pekka Länsineva & Veli-Pekka Viljanen (red.): Perusoikeuspuheenvuoroja, Turku: Turun yliopisto, 1998, 85–102.

Lavapuro, Juha: Perusoikeusjärjestelmä liikkeessä, Oikeus 1999, 437–445.

Legrand, Pierre: European Legal Systems are not Converging, International and Comparative Law Quarterly 1996, 52–81.

Legrand, Pierre: The Impossibility of 'Legal Transplants', Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, 111–124.

Leibfried, Stephan: Wohlfahrtsstaatliche Perspektiven der Europäischen Union. Auf dem Wege zu positiver Souveränitätsverflechtung? Kritische Justiz 1994, 263–283.

Lieberman, Jethro K.: The Litigious Society, New York: Basic Books, 1981.

Liedman, Sven-Eric: Att se sig själv i andra. Om solidaritet, Stockholm: Bonnier, 1999.

de Lima Lopes, José Reinaldo: Social Rights and the Courts, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 567–590.

Lindblom, Per Henrik: Grupptalan, Stockholm: Norstedts, 1989.

Lindblom, Per Henrik: Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan, i: Festskrift till Per Olof Bolding, Stockholm: Juristförlaget, 1992, 261–288.

Lindblom, Per Henrik: The Privatization of Justice: Some Aspects of Recent Developments in American and Swedish Procedural Law, i: De lege, Juridiska Fakulteten i Uppsala Årsbok Årgång 4, Uppsala: Iustus förlag, 1994, 127–145.

Lindblom, Per Henrik: Processens funktioner – en resa i gränslandet, i: Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala: Iustus förlag, 1997, 593–632.

Lindblom, Per Henrik: Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar, Svensk Juristtidning 1999, 496–513.

Lindblom, Per Henrik: Progressiv process, Uppsala: Iustus förlag, 2000.

López Sánchez, Manuel-Angel: Implementation of EEC Consumer Protection Directives in Spain, Journal of Consumer Policy 1994, 83–99.

Luckmann, Thomas: The Privatization of Religion and Morality, i: Paul Heelas & Scott Lash & Paul Morris (red.): Detraditionalization. Critical Reflections on Authority and Identity, Oxford: Blackwell, 1996, 72–86.

Luhmann, Niklas: Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München: Olzog, 1981.

Luhmann, Niklas: Soziologie des Risikos, Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

Lundqvist, Lennart J.: Privatisering – varför och varför inte? i: Bo Rothstein (red.): Politik som organisation, Stockholm: SNS förlag, 1991, 208–230.

Luntinen, Marita: Ympäristövahinkolain mukaiset viranomaiskustannukset – tavoitteet ja käytäntö, Defensor Legis 2000, 333–341.

Lyon, David: Postmodernity, Buckingham: Open University Press, 1994.

Länsineva, Pekka: Perusoikeudet – nyt, i: Pekka Länsineva & Veli-Pekka Viljanen (red.): Perusoikeuspuheenvuoroja, Turku: Turun yliopisto, 1998, 103–119.

Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett, 4. utgave, Oslo: Grafisk Hus, 1999.

Lødrup, Peter: Lämpliga områden för kollektiva försäkringslösningar eller andra särordningar, i: Carl Oldertz & Eva Tidefelt (red.): Ersättning för personskada, Några utvecklingslinjer, Rapport från ett symposium i Stockholm, 1990, 14–24.

Manninen, Sami: Sananvapaudesta ja mainonnasta, Lakimies 1995, 571–606.

Marcusson, Lena: Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, Uppsala: Iustus förlag, 1989.

McManus, John H.: Market-Driven Journalism: Let the Citizen Beware? Thousand Oaks – London – New Delhi: SAGE Publications, 1994.

Meier, Klaus: Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts, Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

Michalsen, Dag: Ett privatrettslig Europa? Integrasjonisme og partikularisme i en pågående debatt, Lov og Rett 1999, 323–342.

Micklitz, Hans W.: Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, i: Ludwig Krämer & Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner (red.): Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Liber amicorum Norbert Reich, Baden-Baden: Nomos, 1997, 245–277.

Micklitz, H.W. & Amtenbrink, F.: Legal Guarantees – German Civil Law in the Light of the Green Paper, Consumer Law Journal 1995, 117–130.

Micklitz, Hans-W. & Reich, Norbert (red.), Public Interest Litigation before European Courts, Baden-Baden: Nomos, 1996.

Miller, Christoph E.: Radiological Risk and Civil Liability: A Review of Recent Developments in the United Kingdom, i: Robert Baldwin (red.): Law and Uncertainty, London: Kluwer, 1997, 273–291.

Minkkinen, Panu: Correct Law. A Philosophy of the Aporetic, Helsinki: Basileus, 1998.

Miskin, Claire: Death by Entertainment, Entertainment Law Review 1996, 259–262.

Mitchell, Catherine: Remedial Inadequacy in Contract and the Role of Restitutionary Damages, Journal of Contract Law 1999, 133–155.

Moberg, Krister: Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder. Ansvarsgenombrott, Stockholm: Nerenius & Santérus, 1998.

Moring, Tom & Himmelstein, Hal: Politiikkaa riisuttuna. Kampanjakulttuuri murroksessa televisioidun politiikan aikaan, Helsinki: Yleisradio, 1993.

Müller-Graff, Peter-Christian: Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Gemeinschaftsprivatrecht, Baden-Baden: Nomos, 1989.

Määttä, Tapio: Maanomistusoikeus, Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1999.

Määttä, Tapio: Modernin ympäristöoikeuden evoluutiosta: interventionistista hyvinvointivaltio-oikeutta vai jotakin muutakin? Ympäristöjuridiikka 3–4/1999, 6–22 (1999b).

Määttä, Tapio: Monitieteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteena, Oikeus 2000, 333–355.

Määttä, Tapio: KHO 23.2.2000 t. 361 ATK (rättsfallskommentar), Lakimies 2000b, 789–801.

Möller, Marcus & Skrabb, Markus: Om problematiken kring gottgörelse vid nationella domstolar för kränkningar av den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2001, 103–117.

Nehf, James P.: The Advertising and Marketing Mandates of the Attorney General Tobacco Settlement, Consumer Law Journal 1999, 281–306.

Nehf, James: Bad Faith Breach of Contract in Consumer Transactions, i: Roger Brownsword & Norma J. Hird & Geraint Howells (red.): Good Faith in Contract. Concept and Context, Aldershot: Ashgate, 1999, 115–137.

Nelken, David: Disclosing/Invoking Legal Culture: An Introduction, Social & Legal Studies 1995, 435–452.

Nelken, David: Introduction, i: David Nelken (red.): Law as Communication, Aldershot: Dartmouth, 1996, xiii–xix.

Nelson-Jones, Rodney & Stewart, Peter: Product Liability: The new law under the Consumer Protection Act 1987, London: Fourmat Publishing, 1988.

Nial, Håkan & Johansson, Svante: Svensk associationsrätt i huvuddrag, Sjunde upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik, 1998.

Nicklisch, Fritz: Risikosteuerung durch Haftung im deutschen und europäischen Technologie- und Umweltrecht, i: Friedrich Graf von Westphalen & Otto Sandrock (red.): Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1995, 617–631.

Nieminen, Liisa: Eurooppalainen sosiaalioikeus, Helsinki: Kauppakaari, 1998.

Niemivuo, Matti & Kanninen, Heikki: Privatisering av offentliga funktioner – möjligheter och gränser, Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.–20. august 1993, Bind II, 1993, 485–499.

Nordh, Roberth: Talerätt i miljömål – särskilt om vattenrättsliga ansökningsmål samt om talan rörande allmänna intressen, Uppsala: Iustus, 1999.

Nordh, Roberth: Om rätten att föra talan för allmänna intressen inom miljörätten, Retfærd 88, 2000, 37–55.

Norton, Joseph J. & Auerback, Raymond M. & Gaba, Jeffrey M. (red.): Environmental Liability for Banks, London: Lloyd's of London Press, 1995.

Norton, Joseph J. & Khicha, Sangeeta: Environmental Impact on Lending: Practices in the United States, i: Norton & Auerback & Gaba, 1995, 93–125.

NOU 2000:16: Tobakksindustriens erstatningsansvar. Utredning fra en faggruppe med mandat fra Sosial- og helsedepartementet.

Nurmi, Johanna: Palvelusitoumus – nyt! Helsinki: Valtiovarainministeriö, Tutkimukset ja selvitykset 4/98, 1998.

Nybergh, Frey: Avtalsfrihet – rätt till avtal, Köpenhamn: Nordisk ministerråd, 1997.

Nybergh, Frey: Dissonance in Freedom of Contract? – How to Make Sense of it, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 373–403.

Ogus, Anthony: Risk Management and 'Rational' Social Regulation, i: Robert Baldwin (red.): Law and Uncertainty, London: Kluwer, 1997, 139–153.

OLJ 1/1995: Ehdotus ryhmäkannelaiksi. Työryhmän mietintö.

Owen, David G.: Why Philosophy Matters to Tort Law, i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 1–27.

Paasilehto, Satu: Portugalin huhtikuu – ajatuksia hyvinvointivaltiosta, globalisaatiosta ja oikeuskulttuurista, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000, 383–398.

Paaso, Ilpo: Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkärintoimessa. Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin, Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1992.

Peris, Jose J. Izquierdo: Liability for defective products in the European Union: Developments since 1995 – The European Commission's Green Paper, Consumer Law Journal 1999, 331–351.

Perry, Stephen R.: The Impossibility of General Strict Liability, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 1988, 147–171.

Petersen, Hanne: Ecology, women and law. Erosion and erotics, i: Monica Herrlin (red.): Kvinnor och miljöer, Helsingfors: Institutet för privaträtt vid Helsingfors universitet, 1995, 1–27.

Petersen, Hanne: Polycentrisk almen-lære? Eller fællesskab i forskellighed? Retfærd78, 1997, 43–50.

Pettersson, Jörgen: Skadestånd – ett sätt att få bättre vård än samhället erbjuder? Nordisk Försäkringstidskrift 1996, 1–14.

Pfaller, Alfred & Gough, Ian: The Competitiveness of Industrial Welfare States: A Cross-country Survey, i: Alfred Pfaller & Ian Gough & Göran Therborn (red.): Can the Welfare State Compete? A Comparative Study of Five Advanced Capitalist Countries, Basingstoke – London: MacMillan, 1991, 15–44.

Pohjonen, Soile: Parisuhde yksityisoikeudellisessa ajattelussa, Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1998.

Porsdam, Helle: JURA – 1990'ernes ideologi? Juristen 2/1997, 82–88.

Prinz, Matthias: Der Schutz vor Verletzungen der Privatsphäre durch Medien auf europäischer Ebene, Zeitschrift für Rechtspolitik 2000, 138–144.

Puustinen, Seppo: Valtion korvausvastuusta eurooppaoikeudessa, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1994.

Pålsson, Anne-Marie & Samuelsson, Per: Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, Svensk Juristtidning 1999, 529–561.

Pöyhönen, Juha: Kohti uutta varallisuusoikeutta, Lakimies 1997, 527–560.

Pöyhönen, Juha: Perusoikeuksien merkitys varallisuusoikeudessa, i: Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta, Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos, 1998, 43–56.

Pöyhönen, Juha: Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa, XXXII Oikeustiede-Jurisprudentia 1999, 297–372.

Pöyhönen, Juha: Velvoitteet ja tehosteet, i: Pekka Timonen (red.): Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään 1, Toinen, uudistettu laitos, Helsinki: Kauppakaari, 1999b, 132–204.

Pöyhönen, Juha: Fundamental Rights and Tort Theory: From Justice (Back?) to Social Virtues, Turku Law Journal 1999c, 49–62.

Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuusoikeus, Helsinki: Kauppakaari, 2000.

Pöyhönen, Juha & Korhonen, Petteri: Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja, XXIX Oikeustiede – Jurisprudentia 1996, 207–295.

Raes, Koen: Communicating Legal Identity: A Note on the Inevitable Counterfactuality of Legal Communication, i: David Nelken (red.): Law as Communication, Aldershot: Dartmouth, 1996, 25–44.

Ramsay, Iain: Bankruptcy and Consumer Credit in the Declining Welfare State, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 461–476.

Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa, Helsinki: Kauppakaari, 1997.

Reg.prop. 187/1973. Regeringens proposition till Riksdagen angående lagstiftning om skadestånd.

Reg.prop. 165/1992. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ersättning för miljöskador samt till lagar om ändring av vissa lagar som har samband med den.

Reg.prop. 309/1993. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ändring av grundlagarnas stadganden om de grundläggande fri- och rättigheterna.

Reich, Norbert: Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy, Journal of Consumer Policy, 1992, 257–292.

Reich, Norbert: A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law, European Law Journal 1997, 131–164.

Reid, Elspeth: Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis, International and Comparative Law Quarterly 1999, 731–756.

Reifner, Udo: Soziale und ökologische Marktwirtschaft, Werkstattpapier, Stand 2/14/96, 1996.

Reifner, Udo: The Lost Penny – Social Contract Law and Market Economy, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 117–175.

Reifner, Udo & Volkmer, Michael: Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung, Frankfurt – New York: Campus Verlag, 1988.

Remien, Oliver: Über den Stil des europäischen Privatrechts, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1996, 1–39.

Richards, Michael W.: Tort Vision for the New Millenium: Strengthening News Industry Standards as a Defense Tool in Law Suits over Newsgathering Techniques, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal 2000, 501–519.

Riedl, Kristina: The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint, European Review of Private Law 2000, 71–83.

Rissanen, Kirsti: Säädöspolitiikka ja oikeuksien toteutuminen, Defensor Legis 1999, 589–598.

Rodhe, Knut: Obligationsrätt, Stockholm: Norstedt, 1956.

Rodhe, Knut: Moderbolagets ansvar för dotterbolags skulder, i: Festskrift till Jan Hellner, Stockholm: Norstedts, 1984, 481–499.

Roos, Carl Martin: Ersättningsrätt och ersättningssystem, Stockholm: Norstedts, 1990.

Rosendahl, Riikka: Joukkoviestimet ja kuluttajansuoja – tutkielma joukkoviestinten kuluttajaoikeudellisesta asemasta, Opublicerad kandidatavhandling, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2000.

Rothwell, Sandra & Pollitt, Christopher: The Implementation of Finnish Public Management Reforms 1987–1996, i: Public Management Reforms: Five Country Studies, Helsinki: Ministry of Finance, 1997, 47–89.

Routamo, Eero & Ståhlberg, Pauli: Suomen vahingonkorvausoikeus, 4. painos, Helsinki: Kauppakaari, 2000.

Rudanko, Matti: Vastuusta grynderirakentamisessa, Helsinki: Econlaw, 1982.

Rudanko, Matti: Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1995.

Rudanko, Matti: Oikeustapauskommentti, Lakimies 1999, 451–469.

Ruuska, Inkeri: Emoyhtiön vastuu tytäryhtiön valmistamista tuotteista, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1987, 503–512.

Salonen, Aki: Osakeyhtiön hallituksen jäsenen huolellisuusvelvollisuus, Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000.

Sand, Inger-Johanne: Hva er den moderne retten? – Niklas Luhmanns bidrag, Sosiologi i dag 1996, 45–69.

Sandgren, Claes: Vad gör juristen? Och hur? – del I, Juridisk Tidskrift 1999–2000, 591–611.

Sandlund, Tom: Vem skall granska Granskarna? Nya Argus 1/1998, 3–4.

Sandvik, Björn: Miljöskadestånd – några utvecklingstrender i miljöskaderätten, Juridisk Tidskrift 1996–97, 394–426.

Savela, Ari: Vahingonkorvaus osakeyhtiössä, Helsinki: Kauppakaari, 1999.

Saxén, Hans: Skadeståndsrätt, Åbo: Åbo Akademi, 1975.

Saxén, Hans: Tillägg till Skadeståndsrätt, Åbo: Åbo Akademi, 1983.

Saxén, Hans: Skadestånd vid avtalsbrott – HD praxis i Finland, Stockholm: Juristförlaget, 1995.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa, Jyväskylä: Gummerus, 1991.

Schiek, Dagmar: Contract Law, Discrimination and European Integration, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 405–433.

Schiek, Dagmar: Differenzierte Gerechtigkeit, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden: Nomos, 2000.

Schlechtriem, Peter H.: Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1972.

Schmidt, Eike: Effizienzbedingungen für privatrechtlichen Sozialschutz, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, 378–385.

Schmidt, Jürgen: Steuerung "neuer Risiken" mit Hilfe des zivilrechtlichen Vertragsrechtes, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991, 344–362.

Schudson, M.: Discovering the News, New York: Basic Books, 1978.

Schulte-Nölke, Hans & Schulze, Reiner: Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte – Einführung, i: Hans Schulte-Nölke & Reiner Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Baden-Baden: Nomos, 1999, 11–20.

af Schultén, Gerhard: Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott), Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet, Oslo 15.–17. August 1984, Del I, Oslo 1984, 77–122.

Schäfer, Burkhard & Bankowski, Zenon: Mistaken Identities: The Integrative Force of Private Law, i: Mark Van Hoecke & Francois Ost (red.): The Harmonisation of European Private Law, Oxford: Hart Publishing, 2000, 21–45.

Selvitys vahingonkorvauslain uudistustarpeesta, Työryhmän mietintö, Oikeusministeriö, 1998.

Shapiro, Martin: The Frontiers of Science Doctrine: American Experiences with the Judicial Control of Science-Based Decision-Making, i: Christian Joerges & Karl-Heinz Ladeur & Ellen Vos (red.): Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making, Baden-Baden: Nomos, 1997, 325–342.

Sihvo, Tuire & Uusitalo, Hannu: Hyvinvointivaltion kannatuksen muutokset, i: Bo Lundqvist m.fl. (red.): Hyvinvointivaltio, eläketurva ja kansainvälistymisen haasteet, Helsinki: Eläketurvakeskus, Tutkimuksia 1995:2, 1995, 39–57.

Siisiäinen, Martti: Uusien ja vanhojen liikkeiden keinovalikoimat, i: Kaj Ilmonen & Martti Siisiäinen (red.): Uudet ja vanhat liikkeet, Tampere: Vastapaino, 1998, 219–243.

Siltala, Raimo: Fragmentteja, osa I: Formalisoitu kohtuus, tapauskohtaiselle painoarvopunninnalle avatut säännöt sekä kohdeneutraalin referenssin dilemma, Oikeus 1999, 425–430.

Sisula-Tulokas, Lena: Går vi mot en splittrad avtalsrätt? Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1991, 196–206.

Sisula-Tulokas, Lena: Sveda, värk och annat lidande, Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1995.

Sisula-Tulokas, Lena: Ersättning för ideell personskada – Norden och utvecklingen i Europa, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000, 634–651.

Skarhed, Anna: Statens skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler, Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo, 18.–20. august 1999, Del 2, 977–992.

Skouris, Wassilios: Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht, Europarecht 1998, 111–129.

Smith, Lesley Jane: Neuere Entwicklungen in der Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach deutschem und englischem Recht – "Publish and be damned" –, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1999, 303–317.

SOU 1950:16: I. Strahl, Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område.

SOU 1987:59: Ansvarsgenombrott m.m. Betänkande av betalningsansvarskommittén med förslag till ändringar i aktiebolagslagen.

SOU 1993:55: Det allmännas skadeståndsansvar. Betänkande av Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar.

SOU 1994:151: Grupprättegång. Betänkande av Grupptalanutredningen.

SOU 1997:194: Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler. Betänkande av Utredningen om det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten.

de Sousa Santos, Boaventura: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, Journal of Law and Society 1987, 279–302.

de Sousa Santos, Boaventura: Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South, Law & Society Review 1995, 569–584.

Spindler, Gerald: Unternehmensorganisationsrecht als Beitrag zur zivilrechtlichen Risikoregulierung? i: Dieter Hart (red.): Privatrecht im "Risikostaat", Baden-Baden: Nomos, 1997, 99–136.

Spindler, Gerald: Market Processes, Standardisation, and Tort Law, European Law Journal 1998, 316–336.

Stalheim, Per Anders: Forbrukerens dilemma: egoisme eller kollektiv lykke? Nordisk Försäkringstidskrift 1998, 175–179.

Stapleton, Jane: Private Law and Institutional Competition, Otago Law Review 1999, 519–533.

Stapleton, Jane: Civil prosecutions – Part 1: Double jeopardy and abuse of process, Torts Law Journal 1999b, 244–262.

Stapleton, Jane: Civil prosecutions – Part 2: Civil claims for killing or rape, Torts Law Journal 2000, 15–40.

Stattin, Daniel: Moderbolags skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden, Svensk Juristtidning 1999, 873–902.

Steele, Jenny: Damage, Uncertainty, and Risk: Trends in Environmental Liability, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 479–502.

Stein, Ursula: Lex mercatoria: Realität und Theorie, Frankfurt: Klostermann, 1995.

Steiner, Nora: Ekologisen vahingon siviilioikeudellinen korvaaminen Suomessa ja Ranskassa, XXXI Oikeustiede – Jurisprudentia, 1998, 219–293.

Stridbeck, Ulf: Från kontrakt till social rättighet. En analys av förhållandet mellan eldistributör och abonnent, Lund: Lund University Press, 1992.

Ståhlberg, Pauli: Ydinvastuusta, Vammala: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1993.

Tala, Jyrki: Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, Helsinki: Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 163, 1999.

Tala, Jyrki: Lakien vaikutukset, Helsinki: Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 177, 2001.

Taschner, Hans Claudius & Frietsch, Edwin: Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2. Auflage, München: Verlag C.H.Beck, 1990.

Taupitz, Jochen: Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1993.

Taxell, Lars Erik: Bolagsledningens ansvar, Åbo: Åbo akademi, 1983.

Taxell, Lars Erik: Skadestånd vid avtalsbrott, Åbo: Åbo akademis förlag, 1993.

Teittinen, Sampo: Oikeudenmukaisuus ja identiteetti vahingonkorvausoikeudessa, Oikeus 1999, 115–134.

TemaNord 1997:612: Elavregleringens konsumenteffekter, Köpenhamn: Nordiska ministerrådet, 1997.

Teubner, Gunther: After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law, i: Gunther Teubner (red.): Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, 299–325.

Teubner, Gunther: Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks, i: Thomas Wilhelmsson (red.): Perspectives of Critical Contract Law, Aldershot: Dartmouth, 1993, 211–238.

Teubner, Gunther: The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy, Law & Society Review 1997, 763–787.

Teubner, Gunther: 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, i: Gunther Teubner (red.), Global Law Without a State, Aldershot: Dartmouth, 1997b, 3–28.

Teubner, Gunther: Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, Modern Law Review 1998, 11–32.

Teubner, Gunther: After Privatisation? – The Many Autonomies of Private Law, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 51–82.

Teubner, Gunther & Hutter, Michael: Homo Oeconomicus and Homo Juridicus – Communicative Fictions? i: Theodor Baums & Klaus J. Hopt & Norbert Horn (red.): Corporations, Capital Markets and Business in the Law, London: Kluwer Law International, 2000, 569–584.

Thompson, John B.: Tradition and Self in a Mediated World, i: Paul Heelas & Scott Lash & Paul Morris (red.): Detraditionalization. Critical Reflections on Authority and Identity, Cambridge, Massachusetts – Oxford: Blackwell Publishers, 1996, 89–108.

Thue, Helge J.: Norwegian Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? i: Symeon C. Symeonides (red.): Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, The Hague: Kluwer Law International, 1999, 319–328.

Tiilikka, Päivi: Päätoimittajan ja toimittajan vahingonkorvausvastuu, Opublicerad licentiatavhandling, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2000.

Toiviainen, Heikki: Osakeyhtiön hallituksesta, Mänttä: Lakimiesliiton kustannus, 1988.

Toiviainen, Heikki: Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1992.

Tolonen, Hannu: Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus, Oikeus 1996, 2–17.

Tolonen, Hannu: Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua, Oikeus 2000, 509–523.

Tonner, Klaus: Reiserecht und Umweltschutz, Verbraucher und Recht, 1992, 13–18.

Tulokas, Mikko: Yttrandefrihet och ansvar, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1998, 387–394.

Tuori, Kaarlo: EC Law: An Independent Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the-Box? i: Iain Cameron & Alessandro Simoni (red.): Dealing with Integration, vol. 2, Uppsala: Iustus Förlag, 1998, 225–248.

Tuori, Kaarlo: Post-Modern Law? i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 39–49.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi, Vantaa: Werner Söderström Lakitieto, 2000.

Tupakkamies vastaan Rettig ja Suomen Tupakka 1–15, Lääkärin sosiaalinen vastuu ry, 1988–1991.

Tupakkateollisuuden rikosvastuu 1–3, Lääkärin sosiaalinen vastuu ry, 1992–1993.

Uimonen, Risto: Julkisuuspeli. Imagonrakennus politiikassa, Porvoo: WSOY, 1992.

Uimonen, Risto: Katkeria kyyneliä ja makeita voittoja. Imagot, mielikuvat ja julkisuuden hallinta mediayhteiskunnassa, i: Risto Uimonen & Elisa Ikävalko: Mielikuvien maailma, Helsinki: Inforviestintä, 1997, 11–166.

Ulfbeck, Vibe: Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten, København: Forlaget Thomson, 2000.

Unger, Roberto Mangabeira: Legal Analysis as Institutional Imagination, Modern Law Review 1996, 1–23.

UNIDROIT Principles: Principles of International Commercial Contracts, Rome: Unidroit, 1994.

Urban, Nikolaus: One legal language and the maintenance of cultural and linguistic diversity? European Review of Private Law 2000, 51–57.

Ussing, Henry: Skyld og skade: bør erstatningspligt udenfor kontraktsforhold være betinget af culpa? København: G.E.C.Gad, 1914.

Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1997:21: Palvelusitoumus – suomalainen malli, Palvelusitoumushankkeen muistio, 1997.

Verhoeven, Amaryllis: Privatisation and EC law: is the European Commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies? International and Comparative Law Quarterly 1996, 861–887.

Viitanen, Klaus: Yksityistäminen ja kuluttajien oikeuksien toteutuminen, i: Thomas Wilhelmsson m.fl.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta, Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 2000, 177–202.

Väyrynen, Raimo: Globalisaatiokritiikki ja kansalaisliikkeet, Helsinki: Gaudeamus, 2001.

Wadenström, Ralf: Stora och små europeiska historier. En avhandling om vårt postmoderna Europa, Helsinki: Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja 3, 1998.

Wallin, Carl-Henrik: Market Control in Finland, Helsinki: Institute of International Economic Law 2, 1992.

Ward, Ian: A Critical Introduction to European Law, London – Dublin – Edinburgh: Butterworths, 1996.

Weinrib, Ernest J.: The Idea of Private Law, Cambridge Ma.: Harvard University Press, 1995.

Werlauff, Erik: Selskabsmasken - loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten, København: Gad, 1991.

Westerhäll, Lotta: Ersättning för preventivmedelsskador i amerikansk och nordisk rätt, i: De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala, årsbok, årgång 7, Uppsala: Iustus förlag, 1997, 369–405.

Westerlund, Staffan: En hållbar rättsordning, Uppsala: Iustus förlag, 1997.

Wetterstein, Peter: Ersättningsgill skada i miljörätten, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1990, 344–361.

Wetterstein, Peter: Ympäristövahinkojen korvaaminen, Defensor Legis 1993, 308–326.

Wetterstein, Peter: The Finnish Environmental Damage Compensation Act – and some Comparisons with Norwegian and Swedish Law, Environmental Liability 1995, 41–48.

Wetterstein, Peter: Oil Pollution and Pure Economic Losses, XIV Annuaire de Droit Maritime et Océanique 1996, 37–52.

Wetterstein, Peter: A Proprietary or Possessory Interest: A Conditio Sine Qua Non for Claiming Damages for Environmental Impairment? i: Peter Wetterstein (red.): Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages, Oxford: Clarendon Press, 1997, 29–54.

Wetterstein, Peter: Compensation for Pure Economic Loss in Finland, i: Finnish National Reports to the XVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Helsinki: Kauppakaari, 1998, 29–48.

Wightman, John: Contract, A Critical Commentary, London – Chicago: Pluto Press, 1996.

Wightman, John: Private Law and Public Interests, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 253–276.

Wilhelmsson, Thomas: Mietteitä vahingonkorvausoikeuden vastuuperusteiden kehityksestä, Oikeus 1980, 229–241.

Wilhelmsson, Thomas: Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa – "tuottamusperiaatteen nousu ja tuho", Oikeus 1986, 112–118.

Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt, Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1987.

Wilhelmsson, Thomas: Konsumentskyddet i Finland, Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1989.

Wilhelmsson, Thomas: Ny ansvarsgrund i köprätten, i: Juhlajulkaisu – Festskrift Curt Olsson 1919–28/9–1989, Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1989b, 407–417.

Wilhelmsson, Thomas: Products Liability in Finland – A Maximalist Version of the Products Liability Directive, Journal of Consumer Policy 1991, 15–27.

Wilhelmsson, Thomas: Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-rationality in Modern Law, Dordrecht: Kluwer, 1992.

Wilhelmsson, Thomas: Bristfällighetsansvaret återupplivat – synpunkter i anledning av ny finsk rättspraxis, Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm: Nerenius & Santérus förlag, 1993, 525–540.

Wilhelmsson, Thomas: Försäkringsgivares informationsskyldighet vid teckning av försäkring, Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København 18.–20. August 1993, Bind II, 1993b, 709–729.

Wilhelmsson, Thomas: Bidrag till en grön köprätt, i: Peter Blume & Hanne Petersen (red.), Retlig polycentri, København: Akademisk Forlag, 1993c, 19–36.

Wilhelmsson, Thomas: Produktansvar och självrisk, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1993d, 627–641.

Wilhelmsson, Thomas: En social avtalsrätt? – Några kommentarer, Juridisk Tidskrift 1993–94, 499–508.

Wilhelmsson, Thomas: Social Contract Law and European Integration, Aldershot: Dartmouth, 1995a.

Wilhelmsson, Thomas: Legal Integration as Disintegration of National Law, i: Hanne Petersen & Henrik Zahle (red.), Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law, Aldershot: Dartmouth, 1995b, 127–147.

Wilhelmsson, Thomas: Välfärdsförväntningar, privatisering och privaträtt, Retfærd 74, 1996, 107–109.

Wilhelmsson, Thomas: Avtal och jämlikhet, Svensk Juristtidning 1997, 505–527.

Wilhelmsson, Thomas: Jack-in-the-box theory of European Community Law, i: Ludwig Krämer & Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner (red.): Law and diffuse Interests in the European Legal Order, Baden-Baden: Nomos, 1997b, 177–194.

Wilhelmsson, Thomas: Consumer Law and Social Justice, i: Iain Ramsay (red.): Consumer Law in the Global Economy, Aldershot: Ashgate, 1997c, 217–232.

Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat, i: Juha Häyhä (red.): Minun metodini, Porvoo: WSLT, 1997d, 339–358.

Wilhelmsson, Thomas: Consumer Law and the Environment: From Consumer to Citizen, Journal of Consumer Policy 1998, 45–70.

Wilhelmsson, Thomas: Maktens kritiker som objekt för kritik, Nya Argus 1/1998, 8–10 (1998b).

Wilhelmsson, Thomas: Private Law 2000: Small Stories on Morality through Liability, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 221–251.

Wilhelmsson, Thomas: Risksamhället och skadeståndsansvarets fragmentering, i: Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen, Lund: Juristförlaget i Lund, 2000, 619–642.

Wilhelmsson, Thomas: The Consumer's Right to Knowledge and the Press, i: Thomas Wilhelmsson & Salla Tuominen & Heli Tuomola (red.): Consumer law in the Information Society, The Hague: Kluwer, 2001, 367–384.

Wilhelmsson, Thomas: Europeiseringen av privaträtten: för ett fragmenterat utbyte av erfarenheter, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2001b, 1–32.

Wilhelmsson, Thomas & Hurri, Samuli (red.): From Dissonance to Sense. Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law, Aldershot: Ashgate, 1999.

Wilhelmsson, Thomas & Rudanko, Matti: Tuotevastuu, Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1991.

Willett, Chris: Contract in the New Public Sector, i: Wilhelmsson & Hurri, 1999, 349–372.

Williams, Bernard: What Has Philosophy to Learn from Tort Law? i: David G. Owen (red.): Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford: Clarendon Press, 1995, 487–497.

Willke, Helmut: The Tragedy of the State, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LXXII, 1986, 455–467.

Winter, Gert: Das Recht der Risikogesellschaft, Kritische Justiz 1998, 518–528.

Zackariasson, Laila: Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär, Uppsala: Iustus Förlag, 1999.

Sakregister

A

abstrakt felbedömning 352
administrativt-ekonomiska argumentet 207
advokatansvar 231
allemansrätt 357 f.
allmänna läror 115 f., 129 f., 196, 236
allmännyttjare 356
allmänt intresse 342
altruistisk process 344
anbudskonkurrens 212
ansvar för lokaliteter 212
ansvar för bojkott 151 ff.
ansvarsgenombrott 99, 253 ff., 273, 278 f.
ansvarskonkurrens 209 ff.
ansvarsrätt, definition 187
ansvarsrättegång som nyhet 159 f.
ansvarssubjekt 94 f., 99 f., 127, 252 ff., 273
autonoma ansvarsformer 211, 302
avfallshantering 268, 346
avreglering 35 ff., 50 ff.
avvärjningskostnader 357 ff.

B

bankansvar 145 f., 240, 264 ff.
bankprocesserna 50, 96 f., 98, 131 f., 160 f., 270 ff.
barndagvårdsavtal 59
bathtube argument 204
behovsorientering 132 f., 185, 203 f.
bensinstations ansvar 247
bevisargumentet 206 f.
biodiversitet 338, 342, 357, 360
bojkott 137 f., 140, 151 ff.
bristfällighetsansvaret 236, 239, 245, 246 f., 249, 250

buycott 138
byggnadstillstånd 297
byråkratisk makt 274

C

chain-novel 237
civil olydnad 139
civilsamhället 12, 34 f., 38
cloud of decision-making 71
copycat-brott 54 f., 326
credence goods 329

D

dagvårdsplats 288
demokratisk legitimation 112
direktkrav 262, 328
diskriminerande rapportering 312, 314 f., 316
diskrimineringsförbud 283
doktrinens roll 236 ff.
dopingnyhet 311

E

efterlevandes ersättning 202
egentlig politisk makt 273 f.
ekocentrisk syn 362
ekologisk marknadsekonomi 43 f.
ekologiska skador 337 f., 342 f., 353 f., 355 ff.
ekonomisk nytta 203, 243, 245, 250
elektriska apparater 299
elkontrakt 56 f.
emotionell rätt 122 ff., 177
empati 17
empatisk domare 122 ff., 133, 177
energimarknaden 56 f.
epidemi 297

ersättningsparadigm 216 ff.
ersättningsrätt 187
estetiska värden 342
etisk investering 43 f., 139
etiska koder 139
etiska argumentet 202 f.
European Civil Code 226 ff.
europeisk identitet 230
experimentell ansvarsrätt 230 ff.
explosion 245

F

fareansvar 243
fattigadvokat 159, 185, 294
felansvar 90, 317 f., 328 ff., 338, 345 ff.
filmproducenters ansvar 54 f.
finansiell information 215
flexibilitet, definition 194
floodgate argument 82
force majeure 96
fornlämning 360
fragmentering, definition 194
Francovich-ansvaret 301 ff.
fri rörlighet för begrepp 231 ff.
fridlysta djur 361
frivilliga borgenärer 258 ff.
företagsansvar 96 f., 241 ff., 309 f.
företagslednings ansvar 270 ff.
förmögenhetsrättens system 215 ff.
förseelse vid ingående av avtal 212
försiktighetsprincip 73, 75, 97 f.
försäkringsargumentet 205 f.
försäkringsgivares regressrätt 205
försäkringsteknik 89

G

garanti 255
general-clause-approach 228
genre 332 f.
glesbygdsskydd 365
globaliseringskritiker 140, 142
god journalistsed 308, 333 f.
grundrättigheter 80, 117 ff., 217, 221 ff., 282 ff., 286, 288, 291 ff., 298 ff., 303 f., 313 f., 320 ff., 363, 369
gruppsolidaritet 17
grupptalan 51, 147, 176 f., 325, 335, 363
grymhet 202
grynderansvaret 261, 354
grön konsumerism 137
gubben i lådan 116, 196, 229
gul press 332 f.

H

helhetsarrangemang 224
hävning av köp 345, 349, 353
högre ersättningar 180 ff.

I

ideella skador 181
implementering av EG-rätt 301 ff.
indrivning 91 f.
information som styrningsmekanism 83
information som produkt 319, 320, 326 f., 329
informationssamhället 136 f., 142
infotainment 156, 317
inskränkning av socialskyddet 40 ff., 61 ff.
institutionella risker 67
integritetsskydd 80
internationaliserad marknad 169 f.
internationaliserad medvetenhet 171

J

journalistikens herravälde 154, 305
juridiskt-tekniskt språk 118 f., 223 f., 231 ff.
jurismania 177
juristens ansvar 121 ff., 234
jurysystemet 177
jämlikhetsprincip i kontraktsrätten 57

K

kamp om begreppen 247
kamp om exemplen 235
kartmetafor 24, 109
kollektivt ansvar 100
kommersiell information 308, 323 f.
kommunikativ funktion 113 f.
konkurrensrättsligt skadestånd 52 f.
konsumentbojkotter 137 f., 140
konsumentförväntningar 48 f., 327, 331 ff., 350 ff.
konsumentklagonämnden, svartlistning 277
konsumentkonkurs 92
konsumentkrav vid ansvarsgenombrott 262 f.
konsumentmakt 137
konsumentombudsmannen 19
konsumenträttens tillämpningsområde 59 ff., 317 f.
konsumentskydd som grundrättighet 321 f.
kontextuell ansvarsrätt 198, 218, 241 f.
kontraheringsplikt 57 f., 240
kontrakt och skadestånd 209 ff., 279 ff.
kontraktets död 209 f.
kontraktsrättens ansvarsgrund 248
kontrastsolidaritet 17
kontroll av makt 188 f.
kontrollansvar 223, 225, 247 ff., 259, 267, 269 f., 277 f., 284 ff., 296
kreditbeslut 269 f.
kreditförlustrisk 91 f.
kreditlöfte 240

kritik av culpaansvaret 201 ff.
kritisk rättspositivism 117, 197, 221, 222
kränkning av privatliv 308 ff.
kulturella skador 365
kulturella värden 342, 365
kulturella risker 73, 80
kunskapsmiljö 335
könsdiskriminering 312, 323
köpavtalets betydelse 346 f.
köptjänstförfaranden 38, 41

L

law in action 153 f.
law in media 153 f., 156
law as education 114, 115
law in books 153 f.
law as communication 114
legal irritant 150, 196
legitima förväntningar 290, 327, 331 ff., 350 ff.
lender liability 266
lex mercatoria 113, 170
långsam bankbetjäning 145 f., 147
långvariga avtal 214
läkemedelsansvar 252
läraktig ansvarsrätt 77 ff., 94, 114, 231
lärares ansvar 175, 202, 204
löpsedel 323, 331

M

malpractice of parenting 175
market share liability 100
marknadsandelsansvar 100
marknadsföring av miljöegenskaper 348 ff.
marknadsföring av tidning 317
marknadsförings identifierbarhet 328
marknadsföringsansvar 330 f., 348 ff.

marknadsorientering inom det offentliga 39 f., 58 ff.
massmedialidande 311
medborgarrätt 19, 341
miljöansvar, särlagstiftning 356 f.
miljömarknadsföring 348 ff.
miljömärkning 349
miljörapportering 316
miljörätten som modell 343
minoritetskultur 365
minskad övervakning 36 f., 50 ff.
missbruk av bolagsformen 256 ff.
misshandel 202
mobbning 64, 286 f.
model of information and litigation 51, 83, 173, 179
model of regulation and administration 51, 173, 179
moralisk kommunikation 110 f., 113 ff.
moraliskt ansvar 107 ff., 121 ff., 125, 234
moralkoder 128
myndighetskostnader, ersättning för 358 f.
myndighetsutövning 280 f.
mångkulturell etik 110 f., 113
mänskliga rättigheter 106, 117 f., 171, 283, 301, 303 f., 313 f., 322, 365 f.

N

naturens rättigheter 355
nedläggning av företag 365
NGO's 142
nondelegable duties 279
normativt grundmönster 217
nya rörelser 140 f., 144
nyhetskriterier 156 f., 159 f.
nätverksansvar 97, 214
nödvändighetstjänster 56 f.

O

obligationsrätt 210
offentlig upphandling 181, 212
offentligrättsliga principer 56
ofrivilliga borgenärer 258 ff.
omhändertagen egendom 281
omvänd bevisbörda 206
organisationstalan 52, 147
oskrivna grundrättigheter 322
osäkerhet 70 ff.

P

passivitetsregeln 275
pigeon-hole-approach 228
polistjänst 295 f.
polycentrisk rättsuppfattning 196
pornografi 321
post-traditionellt samhälle 11
postmodern 22 f., 105
postmodern stat 229
postmodern juristroll 121
postvälfärdsstat 11, 12, 20, 22
poverty lawyer 159, 185, 294
prenumerationsavtal 317, 328
prevention 53 f., 125, 162, 200, 216, 243, 360
principlöshetens princip 215 f.
privatiserad myndighetsutövning och ansvar 278 f.
privatisering, egentlig 37 ff., 55 ff.
privatisering, definition 33 f.
privatlivsskydd 308 ff.
privaträttens tillämpningsområde 58 ff.
privaträttssamhället 42
produktansvar 78 f., 84, 90, 99 f., 149, 160, 175, 206 f., 225, 242, 255, 262, 317 ff., 326 f., 354
produktsäkerhet 99
produkttest 308

protected-rights-approach 228
public utilities 38
pulverisering av ansvar 243, 276
punitiva argumentet 201 f.
punitive damages 51, 160, 180, 212

R

rasism 312, 315, 335
reflexiv modernisering 11, 68, 69, 105
registerhållares ansvar 242, 275
regleringsfunktion, definition 64
regleringsmetod, ansvarsrätt som 54
ren miljöskada 341
ren underlåtelse 284, 287 ff.
ren förmögenhetsskada 152, 208, 280, 308, 339, 340 f.
reparationskostnader 353, 357, 359 f.
reseavtalsrätt 338
resursfördelning 184 ff., 290, 293 f.
returflaska 352
riskfördelning 183, 202 f.
riskhanteringsmix 82 ff., 89, 178 f.
riskklassificering 92, 93
riskposition 224, 249
rådgivningsansvar för det offentliga 279 f.
rådgivningsansvar 266, 279 f.
räddningstjänst 294
räntehöjningsprocesser 145, 147
rätt till kunskap 318 f., 322
rätt till bostad 292 f.
rätt till säkerhet 298 f., 322, 325 f.
rätt till social trygghet 292 ff.
rätt till trygghet 298 f., 322, 325 f.
rättegång som nyhet 157
rättegångskostnader 176
rättegångsnyhet 312
rättens nivåer 197, 228, 236

rättsekonomi 121, 263
rättskultur 197, 198, 228, 236
rättsligt språkbruk 118 f., 163, 222 ff., 231 ff.
rättsligt möjligt 249
rättssubjekt 94 f., 99 f., 127, 355
rättsvetenskapsmannens ansvar 236 ff.

S

sakägarbegreppet 343 f.
serviceansvar 58, 63 f.
serviceförbindelser 40, 60
servicetvångsfunktion, definition 65, 184
shadow director 263, 266
situationsanknuten ansvarsrätt 198, 210 ff., 238
självreglering 79 f., 128, 150 f., 169 f., 321, 333
självimplementerande privaträtt 337
skadeståndsbelopp 179 ff.
skiljemans ansvar 212
skolas ansvar 175, 202, 204, 285 f.
skolors marknadsföring 59 f.
skyldighet att ordna arbete 287 f.
social civilrätt 61 ff., 91, 132 f., 185
social marknadsekonomi 43 f.
sociala argumentet 203 ff.
socialskyddsfunktion, betydelse 184 ff.
socialskyddsfunktion, definition 65
socialskyddsfunktion för privaträtten 61 ff.
socialt prestationshinder 62, 91, 121, 240
socialt företagsansvar 95, 139, 240
solidaritet 16 ff., 88, 92
språkbruket i rätten 118 f., 163, 222 ff., 231 ff.
sprängningsansvar 245 f.
standardiserade skadeståndsbelopp 362
standardregeln 275, 296 f.
statistisk risk 342
straffprocess 130 f.

strikt ansvar, motiveringar 242 ff.
stripteasedansös 316
subjektiva rättigheter 74, 292, 303
subpolitik 134 f.
sysselsättningsförpliktelse 287 f.
system som språkbruk 219 f.
system som innehåll 219 f.

T

talerätt i miljömål 344, 355, 362 f.
tekniska hjälpmedel 246 f.
tillitsskydd 210, 213, 215, 255, 260 ff., 266 f., 280 ff., 290 f., 299 ff.
tillverkade nyheter 319 f., 324 f., 329, 334
tjänsteförbindelser 40, 60 f.
tobaksprocesserna 54, 55, 130 f., 144 f., 147, 149, 173
tolkning av avtal 347
topisk metod 199
torvproducents ansvar 249
tradition 104 f.
traditionens väktare 105
transplanterad rätt 149 f., 196, 232
transportansvar 242
tryckfel 326

U

underlåtelseansvar 284 ff.
undervisningsmaterial 232
universalitetsprincipen 41, 47 f., 186, 293
utopi 18
utvecklingsrisker 84 f., 87

V

verksamhetsanknuten ansvarsrätt 198, 210 ff., 238
verksamhetsansvar 241 f., 248
verksamhetsomgivning 218, 224

vetenskaplig samhällsplanering 239
vidareförsäljning 346
virussmitta 359
vägmetafor 109, 238 f.
välfärdspluralism 13, 20 f., 48, 178
välfärdsstatens kris 30 ff., 46
välfärdsstatlighet 17 f.
välfärdsstatsmodeller 32
väsentligt fel 353
växthuseffekten 71

Y

yrkesfiskares rätt 339, 341
yttrandefrihet 310, 313 f., 320 ff.

Å

återställandekostnader 357 ff.

Ä

äganderättsbegrepp 343
ägarintresse 339
ärekränkning 308 ff.

Ö

ömsesidighetsmodell 216 ff.
öppet system 218
övervakning av banker 295
övervakningsfunktion, definition 64
övervakningsförpliktelse 286, 294 ff.

Thomas Wilhelmsson

Senmodern ansvarsrätt

PRIVATRÄTT SOM REDSKAP FÖR MIKROPOLITIK

Privatisering, globalisering, europeisering, fragmentering, medialisering, gräsrotsaktivism – många sådana slagord har använts för att belysa drag i det senmoderna (postmoderna) samhället. I detta arbete analyseras i ett tvärvetenskapligt perspektiv ett antal följder av dessa omvandlingsprocesser för rätten, och särskilt för skadestånds- och ansvarsrätten. Hurudana nya funktioner kan man iaktta hos den privaträttsliga ansvarsprocessen i det senmoderna samhället? Är tobaksprocessen en metod att skapa regler när den offentliga regleringen visat sig otillräcklig? Är bankprocesserna ett sätt att föra en nödvändig moralisk diskurs kring orsakerna till bankkrisen och depressionen? Håller ansvarsrätten på att utvecklas till ett redskap för rörelser, organisationer och andra mikropolitiska aktörer som söker utrymme på den agenda som behärskas av massmedia?

Mot bakgrund av denna analys av dagens samhälle och rätt diskuteras också ett antal mer konkreta juridiska frågor, såsom bl.a. ansvarsgrunden vid näringsverksamhet, ansvarsgenombrott, det offentliga ansvar för utebliven service, massmedias ansvar och utvecklingen av ansvarsrättens skadebegrepp.

Thomas Wilhelmsson är professor i civil- och handelsrätt vid Helsingfors universitet.

33.3 ISBN 952-14-0491-4

KAUPPAKAARI

Nylandsgatan 4-6 A, 00120 Helsingfors
Tel. 09-5421 2200, fax 09-5421 2221
www.kauppakaari.fi

9 789521 404917