

Docent, jur. dr.
Mårten Schultz
Råsundavägen 156
169 36 SOLNA

Rättsutlåtande inför ansökan om prövningstillstånd till hovrätten rörande Attunda tingsrätts avgörande från den 18 februari 2010 i T 3798-07

1. Jag har av blivit ombedd att uttala mig inför Svea hovrättsbedömning rörande prövningstillstånd i målet mellan Thomas Allgén/Teet Härm och staten. Bakgrunden till att jag blivit ombedd härom är att jag i en rättsfallskommentar i en juridisk publikation uttryckt kritik mot tingsrättens avgörande från den 18 februari 2010 (T 3798-07). Det är en kritik som jag vidhåller och som jag här skall utveckla.

2. I korthet så framförs i detta utlåtande kritiska kommentarer mot tingsrättens dom utifrån tre perspektiv där de två första argumenten har störst relevans för den konkreta rättstillämpningen: Tingsrätten har byggt upp sin argumentation på en bristfällig förståelse av orsakskravets innebörd¹ i svensk skadeståndsrätt vilket tycks ha påverkat domen i för kärandena negativ riktning, tingsrätten har byggt sin argumentation på en bristfällig förståelse för bevisbördans innebörd vid orsaksbedömningar i svensk skadeståndsrätt – vilket tycks ha påverkat domen i för kärandena negativ riktning och dessutom har tingsrätten brutit i sin skyldighet att tillräckligt motivera sin dom.

2.1. Tingsrätten underkänner skadeståndskravet i en orsaksbedömning som utgår från en klassisk men föråldrad uppfattning om orsakskravets innebörd som är uppenbart ohållbar, som utsatts för stark kritik i den vetenskapliga litteraturen, som saknar stöd i de vägledande prejudikat som Högsta domstolen på senare tid producerat på kausalitetsområdet och som samtliga västerländska rättsordningar distanserat sig ifrån på grund av dess absurda resultat. Dessutom har tingsrätten utan stöd i några rättskällor ställt upp ytterligare hinder i kausalitetsbedömningen vilket försvårade kärandenas möjlighet att bevisa orsakssamband.

2.2. Tingsrätten utgår dessutom synbarligen från ett beviskrav som sedan länge övergivits av svensk rätt när det gäller bevisbördan för osäkra orsakssamband. I decennier har Högsta domstolen genom en serie avgöranden inom olika skadeståndsrättsliga områden – i den allmänna utomobligatoriska skadeståndsrätten, i den speciella skadeståndsrätten och ersättningsrätten och i kontraktuell skadeståndsrätt – lättat kärandens bevisbörda för orsakssamband. Av detta ser man inga spår i tingsrättens dom, som istället tycks (jag skriver ”tycks” eftersom tingsrätten inte tydligt uttrycker vilket beviskrav som ställs upp) utgå från det eljest generellt uppställda kravet på ”styrkt”.

2.3. Tingsrättens dom brister härvid också pedagogiskt. Domskälen gör inte klart varför orsakskravet inte anses uppfyllt. Inte heller gör tingsrätten klart hur den ser på bevisbördan. Det är i sig inte något som påverkar bedömningen av kärandenas talan. Men det har en viss relevans. Förevarande fall är unikt i det att kärandena menar sig ha blivit utsatta för oförrätter från det allmännas sida genom en felaktig rättstillämpning och annan myndighetsutövning under väldigt många år. Det kan i ett sådant

¹ I detta yttrande kommer jag att använda uttrycken orsakssamband, kausalitet och kausalsamband som synonymer. Att en faktor är ”kausal” innebär således det samma som att den är en orsak till något (en skada). Det här är en traditionell användning av uttrycken. Uttrycket ”adekvat kausalitet” innebär dock något annat – det är en beteckning för ett krav på dels orsakssamband, dels en viss kvalitet på orsakssambandet.

läge finnas anledning att vara särskilt lyhörd för, eller snarare att "ta höjd för", de krav som innefattas i rätten till en rättvis rättegång (som skyddas av Europakonventionens 6 artikel). Till dessa krav hör att en dom skall vara tillräckligt motiverad. Tingsrättens dom är fyllig men när det gäller den rättsliga motiveringen är den emellertid inte tillräckligt, utan närmast bristfälligt, motiverad.

2.4. Förevarande utlåtande är disponerat så att först följer en utredning av orsakskravets innebörd. Denna innebörd kommer att specificeras utifrån teoretiska iakttagelser, men också genom tolkningar av de senaste tre fall från Högsta domstolen som kan sägas, i vid mening, ha rört orsaksbegreppet. Efter detta så kommer en redogörelse för beviskravet när det gäller orsakskravets rekvizitet. Slutligen följer några allmänna, närmast rättspolitiska noteringar utifrån ett rättighetsperspektiv.

3. Kravet på orsakssamband är skadeståndsrättens mest grundläggande krav. Med möjligt undantag för den märkliga konstruktionen av rätten till ersättning för kränkning så ställer svensk rätt alltid – såväl i den utomobligatoriska skadeståndsrätten som i obligationsrättsliga sammanhang – upp ett krav på orsakssamband.²

3.1. Bakom det i ansvarssammanhang förekommande uttrycket "adekvat kausalitet" så döljer sig egentligen två skilda krav: Ett krav på att det skall föreligga orsakssamband mellan ansvarsgrunden och skadan och dessutom ett krav på att sambandet skall ha en viss kvalitet.³ Orsakbedömningen syftar till att avgöra om ansvarsgrunden faktiskt, eller empiriskt, medfört eller varit med om att medföra att skadan inträffat. Adekvansbedömningen är egentligen ingen orsakbedömning alls utan en bedömning som syftar till att skala bort alltför avlägsna följder från det ansvarsgrundande området. Adekvanskravets funktion är alltså att begränsa ansvaret så att det framstår som rimligt. I förevarande fall så är det ännu enbart själva orsakspåståendet som aktualiserats.

3.2. Orsakskravet är alltså skadeståndets mest grundläggande förutsättning. Det är orsakskravet som binder samman den för skadan ansvariga och skadelidande och denna strukturella egenskap – relationen mellan individualiserade skadelidande och skadevällare – är fundamental för skadeståndsrätten.⁴ Annorlunda uttryckt så kan man säga att i frånvaron av ett allmänt krav på orsakssamband så skulle vi inte kalla en rättslig ordning för en skadeståndsrättslig ordning.

² Jmf. Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, 1.1.1. När det gäller kränkingsersättningen så gäller kausalitetskravet enligt lagens ordalydelse även i dessa sammanhang – i praktiken görs det dock inte någon kausalitetsbedömning mellan en gärning och skadan (kränkningen) i dessa fall. I stället är kränkingsersättningen knuten till en bedömning av gärningens karaktär som sådan. Å andra sidan kan det faktum att lagtextens ordalydelse så tydligt förankras i den traditionella kausalitetscentrerade skadeståndsanalysen ses som ett tecken på orsakskravets starka ställning: Även i de situationer där lagstiftaren i praktiken åsidosatt orsakskravet betraktas kravet som så fundamentalt att det inte går att bortse från vid framtagandet av regelverket. Se vidare om kausalitet och kränkning Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 2.

³ Se härvid med vidare referenser Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 8 och Mårten Schultz, *Adekvansläran*, Stockholm 2010 (under utgivning).

⁴ Jag använder mig ibland en aning oprecist av uttrycket "skadevällare vid sådana här mer generella påståenden. I allmänhet avses då den person som genom en ansvarsgrundande handling eller underlåtenhet orsakat en skada. I mer övergripande termer kan skadevällare förstås som den som ansvarar för skadans orsak. En skadevällare är således någon som antingen genom uppsåtlighet eller vårdslöshet orsakar någon en skada, eller som är ansvarig för att en annan orsakat någon en skada. Ibland använder jag mig av uttrycket skadevällare för "möjliga skadevällare", där det påstås att någon orsakat en skada men orsakbedömningen ännu inte utförts. Förhoppningsvis framgår det av omständigheterna vilken innebörd uttrycket ges i respektive situation.

Kausalitetskravet är en essentiell beståndsdel i vår grundläggande förståelse av vad som konstruerar en skadeståndsrättslig ordning.⁵

Ikke desto mindre kan det konstateras att orsakskravets närmare innebörd är förvånansvärt oklar i svensk rätt. Men en sak är säker. Den simplistiska orsakmodell som tingsrätten synbarligen utgår ifrån – att kravet på orsakssamband är det samma som ett krav på att den ansvargrundande faktorn (i förevarande fall de av tingsrätten konstaterade 27 felen) var nödvändig för skadans inträffande – saknar stöd i rättskällorna. Med hänsyn till orsakskravets oklarhet fordrar detta en kort djupdykning i den typ av orsaksteorier som inte så ofta förekommer explicit i domskäl men som ikke desto mindre utgör basen för orsaksanalysen och som allmänt sett används i den juridiska litteraturen – inte bara i Sverige, utan i hela västvärlden.

3.3. I rättsvetenskapliga sammanhang har traditionellt en begreppsapparat med sitt främsta hemvist inom filosofin kommit att dominera orsaksanalysen, nämligen uppdelningen mellan nödvändiga och tillräckliga (villkor eller betingelser).⁶ Högsta domstolen har däremot i allmänhet valt att inte använda sig av den för orsaksanalysen dominerande begreppsapparaten nödvändiga och tillräckliga villkor i domskäl. Den teoretiska analysen kan dock ofta skönjas bakom HD:s domskäl och det har gjorts tydligt i ett antal mer rättsvetenskapligt orienterade framställningar skrivna av justitieråd att det bakom de mer intetsägande orsakformuleringarna förts resonemang i termer av just nödvändiga och tillräckliga villkor.⁷

Traditionellt har begreppsparet nödvändiga och tillräckliga villkor använts i orsaksanalysen i skadeståndsrätten (men även i straffrätten och obligationsrätten) för olika ändamål: För att förklara vad kravet på samband innebär, för att definiera kausalitet och som stöd för utvecklandet av ett test, ett orsakstest. Härvid har utgångspunkten traditionellt varit att kravet på orsakssamband som utgångspunkt innebär att den ansvargrundande faktorn var nödvändig för skadans inträffande. Denna inställning till orsakskravet kallas ibland för *betingelseläran*.

I modern svensk rätt är betingelseläran inte ett särskilt vanligt förekommande uttryck men i äldre litteratur var det vanligare.⁸ I våra grannländer är det fortfarande betingelseläran som är

⁵ Ungefär på detta sätt uttrycker Ernest Weinrib kausalitetskravets ställning i *The Special Morality of Tort Law*, 34 McGill Law Journal, s. 403 ff, främst på s. 406. ("I think we would not identify as tort law a mode of ordering that systematically exacted damages regardless of whether the defendant caused the injury that the damages were to repair.")

⁶ Se från svensk rätt särskilt Aleksander Peczenik, *Causes and Damages*, Lund 1979 och Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, passim. Hellners kända lärobok illustrerar tydligt hur begreppsbyggnaden används, se ., Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl., Stockholm 2010, kap. 12, särskilt 12.1.2 och 12.7-12.8. I sina tidigare upplagor skrev Hellner utförligare om orsakskravet ur perspektivet av nödvändiga och tillräckliga betingelser och möjligen kan den mer slimmade analys (som infördes redan under Hellners eget författarskap) som möter dagens jurister betraktas som ett utflöde av att Hellner med åren blev mer desillusionerad rörande det praktiska värdet av att försöka översätta orsakskravet till en annan begreppsbyggnad.

⁷ Se för exempel (även om inte alla av dessa framställningar skrivits av fortfarande verksamma justitieråd): Halvar Lech, *Skadeersättning vid personskada*, Stockholm 1973, kap. 3 (en delvis tämligen teoretiskt hållen betraktelse kring orsaksanalysen); Hjalmar Karlgren, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl., Stockholm 1972, s. 37 ff. (Karlgrens kända lärobok utgår från att kausalitetsbegreppet många gånger kan jämföras med begreppet "conditio sine qua non" – nödvändiga villkor – och menar även att lagstiftaren "medvetet eller omedvetet" utgått från detta); Ulf Nordenson, Bertil Bengtsson & Erland Strömbäck, *Skadestånd*, 2 uppl., Stockholm 1976, s. 41 f. (i denna framställning som skrevs mot bakgrund av den då rätt färskta skadeståndslagen utgår Nordenson, som stod bakom orsaksvsnittet, orsakskravet utifrån begreppsparet nödvändiga och tillräckliga betingelser och reflekterar kring olika problem med begreppsbyggnaden.)

⁸ I de två viktigaste allmänna framställningarna (Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 7 uppl., Stockholm 2006 och Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, *Skadeståndslagen*, 2 uppl., Stockholm 2006)

den allmänna beteckningen och det är där dessutom just betingelseläran som anses vara den vägledande orsaksläran. "Betingelser" i den skandinaviska litteraturen är både "nödvändiga" och "tillräckliga", men i uttrycket betingelseläran ligger ett fokus på enbart nödvändiga betingelser. Betingelseläran är tydligt uttryckt i den norska P-piller- domen (II) som i fri översättning definierar orsakskravet på följande sätt: "Orsakskravet mellan en handling eller en underlåtenhet och en skada är vanligtvis uppfyllt där skadan inte skulle ha inträffat om handlingen eller underlåtenheten tänks bort. Handlingen eller underlåtenheten är då en nödvändig betingelse för skadan."⁹

3.4. Betingelseläran – på engelska *but-for causation*, ibland benämnd ekvivalensteorin eller *conditio sine qua non*-kausalitet – innebär alltså att kravet på kausalitet kan jämföras med ett krav på att den ansvarsgrundande faktorn (t.ex. den vårdslösa handlingen) skall ha varit en nödvändig betingelse för skadan. Denna översättning av orsakskravets innebörd återspeglar till viss del kausala intuitioner och har dessutom en operationell fördel genom att den tillhandahåller en orsaksmetod i form av ett test: Svarandens handling var en orsak till skadan om och bara om skadan inte skulle ha inträffat i frånvaro av handlingen. Orsaksbedömningen blir därmed en enkel hypotetisk jämförelse mellan vad som hänt och vad som skulle ha hänt i frånvaro av den ansvarsgrundande handlingen – och om skadan inträffar även i den hypotetiska värld där den ansvarsgrundande faktorn inte finns med så föreligger inte kausalitet: Skadan skulle ju ändå inträffat och då är den ansvarsgrundande faktorn inte nödvändig för skadan. Denna modell faller emellertid ofta i situationer där orsaksbedömningen inte är intuitivt given. Den ger därvid resultat som är kontraintuitiva och uppenbart orimliga. Därför finns det idag en allmän konsensus kring att betingelseläran antingen måste överges helt eller kompletteras med särskilda principer för situationen där det finns flera möjliga förklaringar till skadans inträffande.

Betingelseläran misslyckas närmare bestämt med att ge rimliga resultat i alla de fall där det framförs olika förklaringar till att en skada inträffat. Överfört till en rättegångssituation uppstår problemet således i de situationer där käranden och svaranden framför olika förklaringar till att skadan inträffat och där det finns en möjlighet att båda de aktualiserade faktorerna var för sig var tillräckliga för skadans inträffande. I en sådan situation är ingen av faktorerna nödvändig – skadan skulle inträffat ändå – men det betyder naturligtvis inte att orsakssamband därmed inte kan anses föreligga. Det föreliggande fallet illustrerar det tydligt: Även om andra faktorer, som inte faller inom ramen för statens 27 ansvarsgrundande fel, skulle ha kunnat leda till den skada som kärandena yrkar skadestånd för så betyder inte det att orsakssamband inte föreligger. En sådan inställning skulle få absurda resultat för orsaksprövningen i de frekvent förekommande situationer där flera faktorer kan ha samverkat till skadan. Tag följande, klassiska, exempel.¹⁰ Om två personer A och B var för sig avlossar sina gevär

nämns inte betingelseläran. Det samma gäller även för de flesta mer specifika skadeståndsrättsliga framställningarna. I de andra nordiska länderna är uttrycket vanligare, se strax nedan.

⁹ Rt. 1992, s. 64. Detta citat återfinns hos Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5 uppl., Oslo 2005, s. 255, som beskriver det som en formulering "på beste læreboksmåner".

¹⁰ Det här är en klassiker i kausalitetslitteraturen som anses tydligt illustrera orsaksbegreppets problem. Se t.ex. H.L.A. Hart och Tony Honore, *Causation in the Law*, 2 uppl., Oxford 1985, s. 122 ff., Tony Honore, *Necessary and Sufficient Conditions*, i *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 374 ff., Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 *California Law Review*, s. 1742 ff., s. 1775 ff. (1985), Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, i 73 *Iowa Law Review*, s. 1001 ff, på s. 1018 f. (1988), Jane Stapleton, *Occam's Razor Reveals an Orthodox Basis for Chester v. Afshar*, 122 *Law Quarterly Review*, s. 426 ff., på s. 427 f. (2006), Jane Stapleton *Cause In Fact and the Scope of Liability for Consequences*, 119 *Law Quarterly Review*, s. 388 ff., på s. 392 ff. (2003), Jane Stapleton, *Unpacking Causation*, i *Relating to Responsibility*, Oxford 2001, s. 145 ff., s. 174 ff. Se för redogörelser i den komparativa litteraturen särskilt Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol II, Oxford 2000, s. 440 f. I skandinavisk doktrin har ämnet ofta diskuterats under beteckningen "konkurrerande skadeorsaker" eller liknande. Se för den debatt som tidigare fördes under denna rubrik, Johannes

mot den skadelidande, och båda personerna träffar med i och för sig dödliga skott, så kan inte både A och B undgå ansvar genom att hävda att deras skott inte orsakade skadan.¹¹

3.5. Det har visat sig förvånansvärt svårt att hitta vägar runt de orsaksbegreppsproblem som ovanstående exempel ger uttryck för.¹² Men en sak står helt klart, och det är att ingen rättsordning, eller för den delen rättsvetenskaplig författare, längre ställer sig bakom den här simplistiska synen på orsakssambandets innebörd där kausalitet jämföras med ett krav på nödvändig betingelse.¹³ I stället så förordas kompletterande principer för de fall där det finns flera möjligt inverkan faktorer¹⁴, eller så förordas öppnare orsaksformuleringar som fångar in även de "konkurrerande" orsakerna.¹⁵ Själv har jag föreslagit att den senare inställningen är lämpligast: Orsaksfrågan bör formuleras i termer av huruvida den ansvarsgrundande faktorn på något sätt, oavsett hur litet, påverkat i skadans historia.¹⁶

Denna inställning kan formuleras på ett sätt som ger bedömare litet mer praktisk vägledning. Jan Hellner framhåller således, att i situationer av vad han kallar för konkurrerande skadeorsaker: "Om flera olika händelser samverkar är det tillräckligt att vållandet varit en nödvändig del i den sammanlagda orsaken".¹⁷ Det är en god formulering. Om statens fel i förevarande fall tillsammans med övriga faktorer var tillräckligt för att åstadkomma skadan, och detta komplex inte skulle ha varit tillräckligt för skadan i frånvaro av de ansvarsgrundande felen. Det viktiga här är att orsaksbedömningen utifrån en sådan formulering börjar i den inträffade skadan och s.a.s. arbetar sig bakåt: Om den ansvarsgrundande faktorn bidrog i någon mån till att orsaka skadan i det verkliga förloppet så var det en orsak i skadeståndsrättslig mening.

3.6. I Högsta domstolens praxis står det numer klart att betingelselärens betraktelsesätt inte anses överensstämma med orsakskravets innebörd. Det är dock svårt att fånga in vad HD mer specifikt anser skall gälla istället för denna tolkning. Högsta domstolen har inte gjort så mycket för att underlätta bedömningen av orsaksfrågor. I tidigare praxis finns det åtskilliga fall där orsakskravet ansetts uppfyllt när den ansvarsgrundande faktorn "i vart fall utlöst" skadan (NJA 1992 s. 740, I och II; NJA 1978 s. 281) eller när den ansvarsgrundande faktorn "utgjorde inledning till det förlopp" som kulminerade

Andenæs, Konkurrerande skadeårsaker, TfR 1941, s. 241 ff., Phillips Hult, Till frågan om konkurrerande skadeorsaker, i Juridisk debatt, Uppsala 1952, s. 90 ff., Hans Saxén, Konkurrerande skadeorsaker, TfR 1987, s. 325 ff. Se även E. Hagerup Bull, Til årsakslæren, TfR 1932, s. 1 ff., E. Hagerup Bull, Endnu nogen bemerkninger til årsakslæren, TfR 1936, s. 332 ff., Kristen Andersen, Angrep og synpunkter i erstatningsretten, TfR 1941, s. 299 ff., Ivar Strahl, Anmälan av G. Astrup Hoel: Risiko og ansvar, SvJT 1931, s. 609 ff.

¹¹ Denna jägarsituation är alltså något av ett standardexempel i kausalitetssammanhang och kan kanske uppfattas som tillspetsat. Men exemplet popularitet har delvis sin bakgrund i att variationer på denna situation givit upphov till praktiska problem i olika domstolar. I USA har ett jägarfall – där enbart ett av skotten träffade svaranden – givit upphov till en doktrin rörande bevisbördan i fall av s.k. alternativ kausalitet, Summers v. Tice, 33 Cal.2d 80, 199 P2d 1 (1948). Ett liknande fall i Kanada är Cook v. Lewis som också handlade om en skada till följd av jakt, (1951) S.C.R. 830. Se härvid H.L.A. Hart & Tony Honoré, Causation in the Law, 2 uppl., Oxford 1985, s. 424 (ii). Jmf. även Bill W. Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga, Stockholm 1993, no. 2875 ff. (s. 113 f.).

¹² Jmf. Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, kap. 6.

¹³ Däremot så är det väldigt vanligt att man betraktar betingelselärens test som ett första steg, som sedan kan behöva kompletteras. Noterar van Gerven mot sin omfattande komparativa undersökning: "all systems under study take as a *starting point* the notion of *conditio sine qua non*", Walter van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000, s. 452. (Första kursiveringen min.)

¹⁴ Så t.ex. i det europeiska skadeståndsförslaget Principles of European Tort Law (PETL), art. 3.101-106 (se för principförslaget vidare www.eutl.org, under "Principles").

¹⁵ Så t.ex. i det andra europeiska skadeståndsförslaget som ingår i Draft Common Frame of Reference (DCFR), se vidare DCFR VI, 4:101. DCFR har nyligen citerats av Högsta domstolen som stöd för sin argumentation i NJA 2009 s. 672.

¹⁶ Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, kap. 10-11.

¹⁷ Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 8 uppl., Stockholm 2010, s. 213.

med skadan (2004 s. 746, I och II). I andra fall har HD kopplat ihop orsaksbedömningen med orsaksvärderingen (d.v.s. adekvansliknande tankar har flutit in redan vid orsaksbedömningen) och då kan det vara svårt att veta vilket orsakskrav domstolen utgått ifrån, t.ex. när frågan formuleras i termer av huruvida den ansvarsgrundande faktorn haft en "bestämmande inverkan" (NJA 1983 s. 606). I vilket fall står det klart om de formuleringar som nämnts här inte låter sig inordnas i betingelselärans synsätt. "I vart fall utlöst" innebär till exempel något helt annat än att faktorn skall ha varit nödvändig, snarast ligger fokuseringen med en sådan formulering på den alternativa tolkningsmöjligheten "tillräckligt".

HD har under senare tid i åtminstone tre fall fått förhållandevis tydliga orsaksfrågor på sitt bord. I samtliga dessa fall har domstolen undvikit att ge några tydliga indikationer på hur den betraktar orsakskravets närmare innebörd. Men det står klart att betingelseläran knappast utgjort riktmärke för bedömningarna.

I NJA 2007 s. 369 prövades en straffrättsligt aktualiserad orsaksfråga. En person i ledande ställning på ett fartyg som användes för transporter hade åtalats för arbetsmiljöbrott efter att en anställd avlidit till följd av en arbetsplatsolycka. Vad som lades till talade till last var att han inte sett till att det fanns en s.k. rikt Karl vid lossning. Det orsaksproblem som därvid aktualiserades var frågan om underlåtenhet av det aktuella slaget kunde anses som en orsak. Revisionssekreteraren lade ned visst krut på orsaksfrågan. HD fann att ansvar förelåg utan särskild argumentation i kausalitetsdelen. Fallet låter sig svårligen sorteras in i någon bestämd orsaksuppfattning men kan noteras i sammanhanget eftersom underlåtenhet är ett omdiskuterat tema i orsakssammanhang och det särskilt i betingelselärans tradition.¹⁸

I NJA 2007 s. 891 – där en person hade hängt sig i häktet efter att kriminalvårdspersonalen underlåtit att tillse att han fråntagits sin livrem – hade hovrätten approacherat ansvarsfrågan genom att först göra en teoretisk djupdykning i kausalitetsfrågan (för att komma fram till den i och för sig självklara slutsatsen att kausalitet förelåg). HD konstaterade att orsakssamband förelåg helt kort, men att ansvar inte förelåg (enligt ett svårtolkat resonemang¹⁹). Även detta fall rörde ansvar för underlåtenhet. I fallet hade i och för sig en enkel betingelseorienterad orsaksprövning kunnat medföra att ansvar inte ansågs föreligga: Hade personen ifråga begått självmord om inte den ansvarsgrundande underlåtenheten förelegat? Det kan väl inte uteslutas.²⁰ I beaktande av att bevisbördan i ett sådant fall ligger på de skadeståndssökande så hade betingelseläran kunnat ge kontraintuitiva resultat.

I NJA 2009 s. 104 hade tingsrätten i ett fall genom s.k. hissprövning begärt att HD skulle uttala om orsakskravets innebörd. Bakgrunden var att en person skadats i en trafikolycka och bedömts som fullständigt (och oåterkalleligt) arbetsoförmögen. För denna skada svarade ett försäkringsbolag. Senare drabbades samma person också av en sjukdom, utan relation till den tidigare skadan, som i sig medförde fullständig arbetsoförmåga. Försäkringsbolaget vägrade efter att sjukdomen inträtt att betala

¹⁸ Se vidare Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, appendix.

¹⁹ Se Jonny Flodin, *Skyddat intresse och Europakonventionen*. Nordisk Försäkringstidskrift 2008 s. 329 ff.

²⁰ Hovrätten, som gör en djupdykning i "nödvändiga och tillräckliga betingelser", försöker komma runt problemet i detta fall genom att framhålla att den ansvarsgrundande faktorn trots statens invändning om att för det fall någon har föresatt sig att begå självmord så kommer han till slut att lyckas (vilket togs upp som en del av orsaksinvändningen) var nödvändig för "just det aktuella dödsfallet". Det här är en vanligt förekommande strategi för att komma till rätta med orsaksprövningens svårigheter med en betingelseläreuppfattning, att definiera skadan i termer av dess bakgrund. Men så kan man inte formulera orsaksfrågan. Genom att formulera skadan som "skadan så som den inträffade" så blir en orsaksebedömning utifrån nödvändighetstanken cirkulär: Det är just hur skadan inträffade som skall undersökas genom orsaksbedömningen och då kan man inte formulera effekten i termer av dess orsaker.

ut ersättning till den skadelidande under argumentet att trafikolyckan inte längre kunde anses som en orsak till skadan – kvinnan skulle ju ändå inte kunnat arbeta. Tingsrättens fråga till Högsta domstolen var formulerad i den tekniska terminologi som brukar användas för att analysera orsaksfrågor i litteraturen, men sällan i domstolarna, nämligen med stöd i begreppet ”tillräckliga betingelser”. Högsta domstolen valde att inte direkt svara på den fråga som tingsrätten ställt, trots tingsrättens formulering i betingelsestermer fick vi inte några indikationer från HD på hur orsakskravet mer specifikt kan formuleras med stöd av dessa terminologiska verktyg. I sak kom HD fram till den enligt min mening självklara slutsatsen att försäkringsbolaget fortfarande ansvarade trots den senare inträffade sjukdomen.²¹ Utifrån ett betingelsesynsätt som inte förenas med särskilda tillägg är denna slutsats svårförklarlig. Den ersättningsgrundande faktorn kan inte anses som en nödvändig orsak för arbetsförmågan efter den senare sjukdomen.

Det är svårt att dra några slutsatser av denna senare praxis. Men det finns en viktig iakttagelse som kan göras i detta sammanhang, och det är att i alla fall HD – det ligger delvis annorlunda till i underrätterna – är restriktiv med att använda de teoretiska verktyg som tagits fram för att hantera skadeståndsrättsliga orsaksfrågor. Bedömningarna kännetecknas istället av ett pragmatiskt synsätt. Det blir särskilt tydligt i NJA 2009 s. 104 där orsaksfrågan pregnant formulerats av tingsrätten utifrån den teoretiska analysapparat som i litteraturen i allmänhet tas för given men där HD icke desto mindre valde en ”praktisk” lösning. En viktigare slutsats för förevarande vidkommande är att betingelselärans uppfattning i sin primitiva form inte kan anses vara gällande rätt i Sverige. En primitiv betingelseuppfattning innebär att innebär att orsaksprövningen gör utifrån ett hypotetiskt prov där man frågar sig om skadan skulle inträffat i frånvaro av den ansvarsgrundande faktorn och att prövningen också stannar där med argumentet att kausalitet inte bevisats, för det fall det konstateras att skadan (synbarligen) skulle inträffat ändå. En sådan inställning saknar idag uppenbarligen stöd i praxis, doktrin och därtill sunt förnuft.

3.7. Det kan vidare konstateras att svensk rätt inte intar inställningen att orsaksrekvisitet fordrar att den ansvarsgrundande faktorn var den *viktigaste* orsaken. För att kausalsamband skall anses föreligga krävs således inte att försummelsen har varit ”huvudorsaken”, eller ”avgörande orsaken”, till skadan. Det räcker att det varit en bidragande orsak. (Jmf. hovrättens tydliga formulering av detta i NJA 2007 s. 891.)

Det bör härvid framhållas att det finns orsaksmodeller som blandar in frågan om betydelse av orsaken i frågan av om orsakssamband ö.h.t. föreligger. För skandinaviskt vidkommande är det framför allt den s.k. huvudorsaksläran som företräder ett sådant ”kausalitetsmaximalistiskt” synsätt.²² Idag råder

²¹ Se för en rättsfallsanalys Mia Carlsson, Skadeståndsrättslig sambandsvärdering – en kursändring, JT 2009-10, s. 259 ff.

²² Kausalitetsargumentationen, korrekt uppfattad, kan inte användas för normativa bedömningar – den kan bara ge en första, lämplig faktisk bas för den juridiska bedömningen. Därför bör vi tona ned förväntningarna på kausalitetsbedömningen. Denna inställning kallas ibland för kausalitetsminimalistisk, eftersom den innebär att kausalitetsargumentationen har en förhållandevis begränsad betydelse för ansvarsbedömningen i sin helhet. Kausalitetsmaximalism är alltså den motsatta inställningen, som ofta bakar in olika normativa aspekter i orsaksbedömningen. Ett känt exempel på kausalitetsmaximalism är Richard Epsteins artiklar om strikt ansvar i skadeståndsrätten: Richard Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 Journal of Legal Studies, s. 151 ff. (1973); Defense and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability, 3 Journal of Legal Studies, s. 165 ff. (1974); Intentional Harms, 4 Journal of Legal Studies, s. 391 ff. (1975); Nuisance Law: Corrective Justice and its Utilitarian Constraints, 8 Journal of Legal Studies, s. 49 ff. (1979), samt: Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics, 8 Journal of Legal Studies, s. 477 ff. (1979). Se även Epstein, Causation – In Context: An Afterword, 63 Chicago-Kent Law Review, s. 653 ff. (1987).

det konsensus om att huvudorsaksläran har en begränsad om ens någon roll att spela i kausalitetsanalysen i svensk skadeståndsrätt.²³

3.8. Överfört på förevarande fall kan vi konstatera att tingsrätten (s. 141) formulerat orsakskravets innebörd på så sätt att "kärandena [måste] visa att felet eller försumligheterna, antingen var för sig eller tillsammans, har orsakat dem skada eller i vart fall bidragit till den". Det låter inledningsvis lovande. Det räcker, som vi sett ovan, med att den ansvarsgrundande faktorn, eller faktorerna, bidragit i någon mån till att producera skadan för att orsakssamband skall föreligga enligt gällande rätt. Men den efterföljande meningen visar att tingsrätten inte alls utgår från en sådan uppfattning. Där fortsätter nämligen domstolen med följande formulering: "Detta förutsätter till *"en början"* beträffande sådana utredningsåtgärder som underlåtitits eller försenats att kärandena kan visa att ett helt korrekt agerande från myndigheterna hade medfört att rättsprocessen på ett *avgörande sätt* för kärandena skulle *ha fått en annan utgång* än den kom att få." (Mina kursiveringar.)

Denna mening indikerar tydligt att orsaksbedömningen formulerats på ett sätt som i praktiken medför att det blir betydligt svårare för kärandena att bevisa orsakssamband (dessutom är beviskravet härvid formulerat på ett sätt som står i strid med etablerad praxis, men det återkommer jag till nedan) än om någon känd orsakmodell använts. Här har alltså tingsrätten frångått den precis innan framhållna, helt korrekt formulerade, inkluderande orsaksuppfattning som innebär att det räcker att felet bidragit till skadan för att istället lägga till ett antal hinder för kärandena. Det räcker inte med att felet eller försummelserna bidragit – de måste ha bidragit på ett "avgörande sätt". Det räcker inte om felet bidragit på ett avgörande sätt, det är bara ett krav som "till en början" kan ställas upp. Och dessutom så krävs det för att samband skall föreligga att utgången skulle ha blivit en annan med ett "helt korrekt agerande".

Den senare formuleringen ger emellertid en tydlig indikation på vad tingsrätten tar avstamp i för inställning. Orsakskravet ses i termer av betingelselärans uppfattning men kompletteras därtill av försvårande och såvitt jag kan förstå helt godtyckligt formulerade kriterier. Det här kan bara förstås på ett enda sätt: *En sådan inramning ges orsaksprövningen av en bedömare som är ute efter ett på förhand identifierat önskvärt resultat.*²⁴

Tingsrättens efterföljande inramning av orsaksfrågan visar än tydligare att utgångspunkten är betingelselärans uppfattning av orsakskravets innebörd. "Med andra ord skulle de behöva visa att, om dessa felaktigheter eller försumligheter inte hade inträffat, antingen att något åtal för mord aldrig hade väckts mot dem, att något uttalande om styckning av Catrine da Costas kropp inte hade gjorts, att någon deslegitimeringsprocess mot dem aldrig hade inletts eller att de hade fått behålla sina läkarlegitimationer."

Mot denna bakgrund så går därefter tingsrätten igenom de enskilda felet för att på varje punkt finna att samband inte föreligger. Här är domskälen direkt underliga. En inledande underlighet, som inte har med orsaksfrågan i sig att göra, är att orsaksbedömningen görs för vissa av felet var för sig och separat. Inramningen av orsaksprövningen innebär att kärandenas sak försvåras. Ur skadeståndsrättslig synvinkel så är det den aggregerade culpan som är intressant: Staten svarar för dessa fel kumulerat.²⁵ En orsaksbedömning utifrån samtliga de kumulerade felet blir helt annorlunda än en orsaksbedömning

²³ Så t.ex. Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 8 uppl., Stockholm 2010, s. 213. Se vidare Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, 6.6.5.1., med referenser.

²⁴ Det här kan låta onödigt polemiskt. Men det är inte min avsikt att vara polemisk. Jag kan bara notera att det är första gången sedan jag började forska i skadeståndsrätt för mer än tio år sedan som jag någonsin uttryckt mig i sådana här termer om ett avgörande från en svensk domstol.

²⁵ Jmf. Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 8 uppl., Stockholm 2010, 26.5.2.

utifrån varje enskilt fel. Om man istället för att fråga sig om felet med nummer 59 i tingsrättens dom orsakat skadan frågar om felet 59 i samspel med felen 2, 4, 5, 9 etc. orsakat skadan så blir skillnaden tydlig. Genom att göra enskilda bedömningar för varje fel istället för att se statens ansvar som en sammanhållen enhet så görs bevisbördan för kändena betydligt svårare uppfylla.

Svårigheterna för kändena förvärras dessutom i hög grad genom domstolens framhållande av att felen måste ha haft en "avgörande betydelse" för att anses som en orsak. (Se rörande felet med nummer 39 i tingsrättens dom, s. 143.) När det gäller de fel som fått nummer 111 och 112 konstaterar till och med tingsrätten att Marianne Seppäläs uppgifter fick "viss betydelse" vid tingsrättens andra prövning men att det inte räcker eftersom det inte var visat att de var nödvändiga för Stockholms tingsrätts slutsatser om styckning. Och när det gäller vissa av de andra felen, som betydelsen av rättsläkaren Jovan Rajs medverkan i utredningen, så blir orsaksbedömningen direkt obegriplig: Det noteras att detta utgjorde fel eller försummelse i ett flertal bemärkelser men att det inte kunde anses ha orsakat skadan eftersom bl.a. det inte var visat att "Jovan Rajs skulle ha grundat sina utlåtanden på ovidkommande hänsyn eller på något annat än sin fackkunskap har emellertid kändena". Här betonas alltså Jovan Rajs *intentioner* som ett stöd för orsaksprövningen av felets inverkan. Men hur skulle dessa subjektiva egenskaper kunna ha relevans för orsakssambandet mellan de redan etablerade felen och skadan? Kausaliteten påverkas inte enligt den förhärskande meningen av vilka intentioner till exempel personen bakom den ansvarsgrundande handlingen besjälades av vid det aktuella tillfället.

Sammantaget så ger domskälen intryck av att orsaksbedömningen formulerats på ett sätt som effektivt omöjliggjorde för kändena att bevisa orsakssamband. Detta intryck förstärks av den bedömning av bevisbördans innebörd som tingsrätten gjort. Tingsrättens domskäl utgår från en märklig sammanblandning av objektiva och subjektiva faktorer – avseende Jovan Rajs påverkan i målet – vilket ger intryck av en bristande förståelse för kausalitetsprövningens empiriska karaktär: Kausaliteten mellan en orsak och skadan påverkas inte av den påstådda skadevållarens intentioner.²⁶ Tingsrätten utgår från en orsaksuppfattning som inte längre någon insatt bedömare omfattar annat än som, möjligen, en första utgångspunkt för prövningen. Dessutom förenar tingsrätten denna redan alltför exkluderande orsaksuppfattning med extra hårda krav på sambandets karaktär. Denna innovativa orsaksuppfattning ställs dessutom upp helt utan förklaring.

4. Beviskravsmodifikationer när det gäller orsakskravet har varit ett vanligt sätt att hantera de materiella och konceptuella problem som ovan nämnts rörande orsakskravets innebörd.²⁷ Inom ramen för bevisrätten har det generellt införts lättnader för att motverka att en skadelidande drabbas vad som

²⁶ Se för argument för den förhärskande uppfattningen, att orsakskravet är "faktiskt", Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 8.

²⁷ Frågan har diskuterats tidigare i litteraturen vid ett flertal tillfällen. Se från svensk rätt främst Anders Agell, *Orsakskrav och beviskrav i skadeståndsrätten*, i "de lege", Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, Uppsala 1993, s. 159 ff. Agell analyserar frågeställningen genom att utgå från olika variationer av problemet, men analyserar inte direkt möjligheten av olika orsaksbegrepp. Det framgår dock att Agell utgår från en betingelsesteoretisk uppfattning, vilket alltså innebär att orsakskravet som utgångspunkt kan jämföras med ett krav på nödvändig betingelse. Anders Agell, *Orsakskrav och beviskrav i skadeståndsrätten*, i Valda skrifter, "de lege", Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, 3, Uppsala 1993, s. 159 ff., s. 162. är kommer inte att diskuteras alla de olika variationer Agell tar upp (vilket synes överflödigt med tanke på den eminenta behandling som Agell redan gjort av ämnet) utan framställningen inskränks till några huvudlinjer för att istället lägga fokus på en rättspolitisk diskussion utifrån den kausalitetsuppfattning som förfäktas häri. Åtskilliga andra har behandlat ämnet. Se t.ex. Håkan Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993, s. 294 f., Jan Hellner och Svante Johansson, *Skadeståndsrätt*, Stockholm 2000, s. 199 ff., P O Ekelöf & Robert Boman, *Rättegång IV*, 6 uppl. 1992, s. 109 ff. och 151 ff., Aleksander Peczenik, *Causes and Damages*, Lund 1979, s. 307 ff. och Bertil Bengtsson, *Anmälan av Peczenik*, SvJT 1980, s. 606 ff., på s. 609.

uppfattas som alltför hårt av osäkerhet (och det egentligen rörande både osäkerheten rörande vad som hänt och osäkerheten rörande ansvarskriterierna innebörd).

4.1. Det kan således konstateras att det processuella normalkravet ”styrkt”²⁸ i den allmänna skadeståndsrätten har fått vika. Det har slagits fast genom en hel serie avgöranden från HD.²⁹ Det är till och med så att bevislättningen när det gäller orsakskravet anses vara det tydligaste exemplet på hur domstolarna lättat på kärandens bevisbörda.³⁰ Av detta ser man inte några spår i tingsrättens domskäl. Tingsrättens dom ger tvärtom intryck av att över huvud taget inte ha beaktat rättsutvecklingen på området under de senaste tre decennierna.

Så här formulerade HD den uppluckrade bevisregeln i NJA 1993 s. 764, där fråga var om en vattenskada i ett hus var en följd av att vatten trängt upp ur de i husets källargolv belägna avloppen för spillvatten, eller om skadan föranletts av att dagvatten trängt in genom källarens väggar:

”I princip gäller i tvistemål att den part som har bevisbördan för ett visst sakförhållande skall styrka att detta förhållande föreligger. HD har i ett flertal avgöranden haft anledning att uttala sig om vilken grad av bevisning som skall krävas till styrkande av att en uppkommen skada haft viss angiven orsak. Ett något lägre beviskrav än eljest har därvid uppställts i fall då särskilda svårigheter ansetts föreligga att framlägga en fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Kravet har härvid i vissa fall formulerats så att det i betraktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken [...]”

Formuleringarna av beviskravet har skiftat något i olika fall.³¹ Ibland krävs det att käranden gör samband ”klart mer sannolikt” än en alternativ förklaring, ibland med tillägget att det skall framstå som ”sannolikt i sig själv” och ibland förekommer andra men liknande formuleringar.³²

Dessa formuleringar innebär att bevisbördan relateras till en antingen-eller-situation: Antingen så tar domstolen ställning för kärandens orsaksförklaring eller svarandens. Men med en sådan formulering kan domstolen inte finna att båda förklaringarna i och för sig är rimliga – vilket ju är fullt möjligt i de flesta situationer där orsaksprövningen kommer fram till att både kärandens och svarandens anförda orsaksfaktor tycks ha samverkat i förloppet. I sådana situationer så får bevisbördans innebörd istället ta fasta på grundtanken som HD flera gånger uttryckt, nämligen att det är angeläget att beviskravet inte sätts så högt att den skadelidandes möjlighet till gottgörelse blir illusorisk.³³ I praktiken innebär det att någon form av överviktsprincip eller sannolikhetsprincip som enbart relaterar till kärandens egna påstående får antas gälla. Det är också den bevislättning som kommer till uttryck i ett flertal specialskadeståndsrättsliga lagregler i t.ex. miljörätten (MB 32 kap. 3§, 3 st.).

Att beviskravet inte kan sättas till styrkt i situationer där svaranden angriper kärandens orsaksförklaring i ett komplicerat förlopp torde vara fullständigt klarlagt. Det står mot bakgrund av

²⁸ P O Ekelöf & Robert Boman, Rättegång IV, 6 uppl. 1992, s. 62: ”Rättsfakta skall ’styrkas’, såvida det ej på grund av stadgande eller särskilda skäl räcker med svagare eller krävs starkare bevisning.”

²⁹ Se t.ex. NJA 1977 s. 176, NJA 1981 s. 622, NJA 1982 s. 421, NJA 1993 s. 764 och NJA 2001 s. 368.

³⁰ Heuman framhåller således att “[e]tt antal prejudikat som rör beviskravet för orsakssamband utgör de klaraste belägen för en tendens att lindra beviskravet.”. Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005, s. 79.

³¹ De olika formuleringarna har härvid medfört vissa tolkningssvårigheter, se Lars Welamson, Svensk rättspraxis: Civil- och straffprocessrätt 1973-1979, SvJT 1982, s. 81 ff., på s. 144 f. och Lars Welamson, Svensk rättspraxis: Civil- och straffprocessrätt 1980-1987, SvJT 1989, s. 500 ff., på s. 572.

³² Se om detta Lars Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005, s. 79 ff.

³³ NJA 1982 s. 421.

dessa iakttagelser helt klart att beviskravet när det gäller motstridiga orsaksförklaringar generellt ligger på en lägre nivå än ”styrkt”, eller, som det alternativt uttrycks, ”visat”.³⁴ Att tingsrätten inte med ett ord noterar detta är förvånande.

4.2. När det gäller bevisbördan i fall som det förevarande kan ytterligare en aspekt tas upp, närmast som ett *de lege ferenda*-resonemang. I Allgéns och Härms fall har tingsrätten konstaterat att 27 st. fel begåtts mot kändandena. Bedömningen av dessa fel skall betraktas i ljuset av skyddet för de mänskliga rättigheterna så som det kommer till uttryck i Europakonventionen: Felen innefattar kränkningar av kändandenas rättigheter, framför allt rätten till rättvis rättegång (art. 6).³⁵ Det här är kränkningar som kändandena har haft svårt att få gehör för – vilket i sin tur påverkar deras rätt till effektiva rättsmedel som skyddas av Europakonventionens art. 13. I realiteten har statens olika åtgärder försvårat för kändandena att kunna få upprättelse också på så sätt att deras möjligheter att föra bevisning om de upplevda felen försvårats, vilket också tingsrätten noterar i konstaterandet av vissa av de 27 felen.

De lege ferenda kan det mot denna bakgrund hävdas att i just denna typ av fall så finns det anledning att inte bara sänka beviskravet utan att helt låta bevisbördan gå över på staten. Det finns inte något tydligt stöd för det i just denna typen av fall men det finns i den skadeståndsrättsliga analysen ett flertal situationer där i praktiken den skadelidande helt befriats från bevisbördan avseende orsakssamband mellan den ansvarsgrundande faktorn och skadan, t.ex. när det gäller skadestånd till efterlevande och vid kränkingsersättning.³⁶ Även i andra fall har bevisbördan kastats om.³⁷

Den processrättsliga utgångspunkten är att kändanden har bevisbördan för rättsfakta som hon anför till stöd för sitt ersättningsanspråk och bevisbördan är enligt normalkravet uppfylld när kändanden har styrkt dessa rättsfakta.³⁸ Detta gäller som huvudregel även avseende kravet på orsakssamband. Huvudregeln är så väl befäst att dess stöd eller berättigande sällan efterfrågas. I svensk rätt är vi således obenägna att kasta om bevisbördan för om orsakssamband föreligger. Ett annat sätt att se detta på är att domstolarna är obenägna att lägga bevisbördan för att orsakssamband *inte* föreligger på svaranden. Det här står i samklang med den allmänna skepsis som HD har givit uttryck för när det gäller rimligheten av att låta bevisbördan omfatta negativa fakta – att något inte hänt.³⁹

³⁴ Att uttrycket ”visat” betraktas som synonymt till ”styrkt” är idag okontroversiellt. Se Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 67 med hänvisning till lagrådets uttalande i prop. 2000/01:150, s. 187.

³⁵ Jmf. NJA 2005 s. 462.

³⁶ Se vidare Mårten Schultz, *Orsakssamband och bevisbörda*, Festskrift till Lars Heuman, Stockholm 2007.

³⁷ Jmf. NJA 1988 s. 226, där två personer, A och B, dömdes för häleri avseende bland annat videobandspelare och en videokamera. Apparaterna återställdes till ägaren men i skadat skick. Bolaget yrkade ersättning för självrisk på bolagets stödförsäkring. A och B bestred ansvar under argumentet att apparaterna redan var skadade redan när de överlämnades. Bevisbördan lades på A och B, bl.a. med motiveringen att den som återfår stulena egendom i skadat skick under sådana omständigheter som det är fråga om i målet föreligger emellertid uppenbara svårigheter att förebibringa bevisning eller att ens göra antaganden angående sådana förhållanden.

³⁸ P O Ekelöf & Robert Boman, *Rättegång IV*, 6 uppl. 1992, *passim*. (Angående beviskravet sägs på s. 62: ”Rättsfakta skall ’styrkas’, såvida det ej på grund av stadgande eller särskilda skäl räcker med svagare eller krävs starkare bevisning.”)

³⁹ Se härvid Lars Heuman, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005, s. 269 ff. Problemet med att ålägga någon bevisbörda för negativa faktorer eller händelser, för att något inte inträffat, är ett sedan länge diskuterat spörsmål i litteraturen och i domstolarna. Således har till exempel bevisbördan för huruvida fast pris för arbetsbeting bestämts tidigare (se NJA 1951 s. 1 och NJA 1975 s. 280, men jämför NJA 1989 s. 215) ansetts ligga på den säljare som påstod att fast pris *inte* avtalats, dvs säljaren hade bevisbördan för att något inte inträffat. Bevisbördesregeln var länge utsatt för omfattande kritik i de mest skiftande sammanhang, se Knut Olivecrona, *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*, 1930 s. 80 f. och 175 ff., Hjalmar Karlgren, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl. 1972 s. 92 not 38, P O Ekelöf & Robert Boman, *Rättegång IV*, 6 uppl. 1992 s. 102 f. och Torgny Håstad, *Den nya köprätten*, 4 uppl. 1998 s. 158 ff. Bakom kritiken låg bland annat argumentet att det är generellt sett lättare att säkra bevisning om att något hänt, än det är att säkra bevisning om något *inte* hänt. I

Men det finns argument som talar för att lägga över bevisbördan på staten i ett sådant här fall. Staten har här konstaterats ansvar för en mängd fel och skada har förelegat. Staten ansvarar också för den institutionella hanteringen av upprättelse för begångna fel och denna institutionella inramning har motverkat möjligheterna för kärandena att erhålla upprättelse. Svårigheterna har också påverkat kärandenas möjligheter att föra bevisning – inte minst eftersom det nu är så lång tid efter de ansvarsgrundande händelserna inträffade. Och denna tidsutdräkt får staten anses svara för till åtminstone någon del.

Ur ett komparativrättsligt perspektiv så är det vanligt förekommande med en skiftad bevisbörda när det finns flera ansvarsgrundande händelser, som tillsammans gör bevisläget svårt för den skadelidande. Så är delvis fallet här, särskilt med tingsrättens metod att var fel skall ses för sig. I en sådan situation är det inte långsökt att tänka sig att även svensk rätt skall slå in på den linje som andra rättsordningar gjort och kasta om bevisbördan, vilket redan gjorts i vissa andra situationer. I västvärldens mest citerade framställning om kausalitet och juridik har Hart och Honoré pregnantly formulerat det rättspolitiska argumentet: [I]t is fairer that the burden of identification be borne by the wrongdoers rather than their victim when it is their multiplicity alone that precludes the latter from identifying the responsible culprit".⁴⁰ Det låter inte som en orimlig inställning även för svensk rätt att inta under vissa omständigheter.

4.3. För kärandenas del i detta fall så innebär emellertid redan argumenten *de lege lata* en enligt min mening förödande kritik mot tingsrättens avgörande. Tingsrätten underkände i detta fall med en orsaksargumentation som är välkänt bristfällig och en bevisargumentation som helt underlåter att beakta de lättnader som käranden tillerkänns i svensk rätt. Det är märkligt. Än märkligare är att tingsrätten bortser från de tydliga indikationer på orsakskravets och beviskravets innebörd utan att argumentera för det över huvud taget. Det är en sak att domstolen har visst utrymme för bedömningar som står i strid med i praxis formulerade principer.⁴¹ Det är annan sak att domstolen såvitt framgår *underlåter* att beakta rättskällornas uppfattningar avseende gällande rätt – faktum är att sådan underlåtenhet i sig kan under vissa omständigheter troligen vara ansvarsgrundande för staten.⁴²

5. Sammantaget är tingsrättens avgörande i fortsättningen på vad som kallats för "århundradets brottmåll" förbryllande svag.⁴³ Tingsrätten konstaterar själv att kärandena utsatts för en ansevärd mängd ansvarsgrundande fel. Faktum är att blotta mängden fel torde göra det här till ett unikt fall när det gäller det allmännas skadeståndsansvar. Dessutom så måste dessa fel betraktas mot bakgrund av Europakonventionens skydd för de mänskliga rättigheterna. Att i ett sådant läge ställa upp en mängd ur ett rättskälleperspektiv okända och försvårande krav för ansvar i orsaksprövningen, att förtiga de lättnader som generellt gäller för bevisbördan avseende orsakskravet och att underlåta att motivera dessa avsteg med några argument i sak är direkt förbryllande. Målet förtjänar en ytterligare prövning men inte – vilket framförts frekvent i den allmänna debatten – för att bidra till respekten för

plenimålet NJA 2001 s. 177 tog HD fasta på kritiken och tog explicit avstånd från den tidigare bevisbördesregeln: "Övervägande skäl får anses tala för att man nu lämnar den princip som slogs fast i 1951 års avgörande. Vid köp och arbetsbeting som direkt eller analogivis omfattas av 1990 års köplag bör huvudregeln vara att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående.", s. 182.

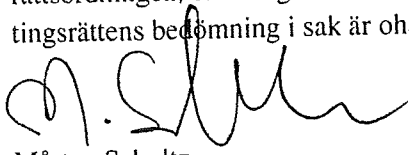
⁴⁰ H.L.A. Hart och Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2 uppl., Oxford 1985, s. 424.

⁴¹ Här finns det en tydlig bedömningsmarginal i praxis, jmf. NJA 1994 s. 194. Det kan dock ifrågasättas huruvida Europakonventionens inträde i skadeståndsrättens normkällor kan antas påverka denna marginal. Se för ett tveksamt avgörande härvidlag NJA 2007 s. 862.

⁴² Här kan jämförelse göras med culpabedömningen i NJA 1957 s. 621 (underlåtenhet att kontrollera i Östen Undéns Sakrätt).

⁴³ Christian Diesen, *Århundradets brottmålsrättegång i Rättsfall att minnas*, Stockholm 1997.

rättsordningen, eller något liknande. Målet förtjänar däremot en ytterligare prövning eftersom tingsrättens bedömning i sak är ohållbar.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Schultz', written in a cursive style.

Mårten Schultz

Stockholm 2010-03-01