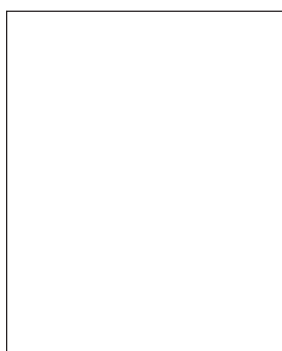


Sambandsbevisning i mål om personskador

– i särskild belysning av bedömandet av whiplashskador

av jur.kand. **Mikael Trogisch**¹



Mikael Trogisch

Personskador har alltsedan skadeståndslagens införande åtnjutit en i förhållande till andra skadetyper förmånlig ställning ur ersättningshänseende. Den största delen av ersättningen utgår idag ur socialförsäkringen, där någon bevisning om hur en skada uppkommit inte behöver föras. Skadeståndet för personskada har kommit att bli en restpost för först och främst ideell skada.

Under senare år har det ekonomiska läget tvingat fram nedskärningar i välfärdssystemet. Därigenom har ett gap i ersättningen bildats och hur detta skall fyllas – med hjälp av privata försäkringsanordningar eller en ökad betydelse för skadeståndsrätten eller på något annat sätt – är svårt att säga. Troligt är dock att skadeståndsrätten kommer att få en ökad betydelse i framtiden.

Om skadeståndsrätten kommer att få denna ökade betydelse innebär detta också att vissa bevisfrågor blir intressanta, särskilt bevisningen om orsakssambandet. Det finns ett behov av att gå igenom vad som gäller i dessa frågor, för att utröna om dagens regler kan tillämpas även i framtiden. Jag skall här kortfattat försöka precisera vad som gäller idag i dessa hänseenden samt även något diskutera rättsläget de lege ferenda. Det sagda skall illustreras av den bedömning som gjorts av whiplashskador i praxis. En whiplashskada är ett exempel på en skadetyper som innebär åtskilliga bevisproblem.

Allmänt om sambandsfrågor

En kausalitetsfråga kan aldrig bedömas enligt en enhetlig mall utan är beroende av en mängd olika faktorer som ger olika situationer sin egen prägel. Vad är då egentligen en kausalitetsfråga? Den består av i huvudsak tre delar: en kauserande faktor (som består antingen av en handling eller en underlåtenhet att företa en handling), en effekt eller en

¹ Artikeln är baserad på en examenuppsats med samma namn, som skrevs vårterminen 1996 vid Stockholms universitet. Handledare var jur.kand. Marie-Louise Larsson. Mikael Trogisch arbetar f.n. som notarie vid Huddinge Tingsrätt.

skada och slutligen, ett samband mellan faktorn och effekten. Dessa tre delar är beroende av varandra i bevishänseende såtillvida att sannolikheten för sambandet är beroende av med vilken sannolikhet den kauserande faktorn och den uppkomna skadan förelegat i det enskilda fallet. Det är här således fråga om ett slags kedjebevisning, där kedjan aldrig är starkare än dess svagaste länk.

Bevisproblem angående olika sambandssituationer

Eftersom skadeståndsansvaret inte kan knytas till ett enhetligt orsaksbegrepp blir även bevisproblemen av skiftande karaktär. Det kan röra sig om olika typer av samband som aktualiseras i både verkliga och hypotetiska förlopp. Här skall kortfattat gås igenom vad som gäller i de olika situationerna.

Bevisproblem angående ett orsakssamband

a) Det är ovisst om en faktor verkat i det verkliga händelseförloppet och lett fram till den verkliga skadan.

Anders Agell¹ hävdar att HD i ett par rättsfall (bland annat NJA 1957 s. 489 och 1959 s. 57) velat upprätthålla kravet på ett styrkt samband mellan skadan och den påstådda skadegörande handlingen. ”Det måste emellertid observeras att även påstående om culpa underkändes i samtliga fall. Avgörandena ger därför inget besked i frågan huruvida HD skulle vara villig att sänka beviskravet vid klar vårdslöshet.”

b) Det kan också hävdas att en skada kunnat undvikas om skadegöraren handlat på ett annat sätt, enligt ett hypotetiskt händelseförlopp.

Ett typfall är en underlåtenhet att förta en skyddsåtgärd. I dessa fall kan svaranden framställa en rad tänkbara invändningar. Han kan t.ex. påstå att han faktiskt följt skyddsföreskriften. I detta fall föreligger heller inte någ-

ra bevissvårigheter. Annorlunda förhåller det sig om svaranden visserligen medger att han inte följt föreskriften men invänder att skadan skulle ha uppkommit även om han följt densamma. I detta fall måste alltså ett hypotetiskt förlopp bedömas och ett sänkt beviskrav kan vara motiverat.

I bland annat NJA 1953 s. 144 verkar domstolarna ha resonerat så, att om det enligt en allmän erfarenhetssats måste betraktas som farligt att underlåta att företa en viss skyddsåtgärd, så ger denna erfarenhetssats stöd för att skyddsåtgärden även i det enskilda fallet skulle ha motverkat olyckan. Agell² hävdar att bevisbördan för att skadan inte skulle ha inträffat enligt ett hypotetiskt händelseförlopp torde ha lagts på den skadelidande samtidigt som beviskravet är uppfyllt enligt en ”grov sannolikhetsvärdering”.

Till skillnad från de nyss nämnda fallen kan i en del situationer kunskaperna om vad som skulle kunna tänkas hända enligt ett hypotetiskt förlopp vara begränsade. Vi har då inte tillgång till någon allmän erfarenhetssats. Framför allt gäller detta frågor där juridiken i stor utsträckning är hänvisad till medicinska bedömningar och där läkarkåren står splittrad eller undrande till valet av en speciell behandlingsmetod. Agell³ menar att HD i dessa fall ställt upp ”ett högt krav på sannolikhet för att en behandlingsåtgärd i det hypotetiska förloppet skulle ha förebyggt skada” och t.ex. rättsfallet NJA 1952 s. 270 förefaller upprätthålla kravet på ett styrkt kausalitetssamband, men att man dock i praktiken nöjer sig med ”klar sannolikhetsövertikt”.

c) En annan situation är den då bevisproblemet gäller att avgöra vilken av två tänkbara skadeorsaker som orsakat en skada i det faktiska händelseförloppet. Man brukar tala om alternativa händelseförlopp.

I NJA 1977 s. 176 (dödsfall vid trafikolycka), 1981 s. 622 (sakskada på fiskar i fiskodling) och 1982 s. 421 (skador vid rönt-

genundersökning) har beviskravet formulerats så, att det skulle krävas en klar sannolikhetsövertikt för kärandens påstående för att denne skall ha ansetts presterat tillräcklig bevisning. I mål om försäkringsersättning har HD i NJA 1984 s. 501 I och II formulerat beviskravet så att försäkringstagaren "skall anses ha fullgjort sin beviskyldighet, om det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter framstår som mera antagligt att försäkringsfall föreligger än att så inte är fallet."⁴

Konkurrerande skadeorsaker

En svarande kan mot kärandens påstående invända att en skada ändå skulle ha uppkommit även om den skadegörande handlingen inte hade utförts (t.ex. genom en sjukdom). De båda skadeorsakerna kan i så fall sägas vara konkurrerande eller självständigt verkande i förhållande till varandra. I detta fall är det fråga om en situation där båda orsakerna verkat i det faktiska förloppet och vi behöver inte gå in på något hypotetiskt förlopp.

När vi talar om konkurrerande skadeorsaker får vi enligt Jan Hellner⁵ skilja mellan två situationer: dels den då båda faktorerna är förenade med vållande eller på annat sätt är ansvarsbärande och dels den då endast den ena orsaken kan sägas vara av denna karaktär, medan den andra är kasuell (t.ex. en sjukdom beroende på den skadelidandes egna anlag eller en utifrån kommande olyckshändelse). I den förra situationen skulle båda skadegörarna bli ansvariga, men i ett fall där den ena händelsen är kasuell är läget däremot mera osäkert. Enligt bland annat Agell⁶ kan ansvar inte åläggas i denna situation eftersom den ansvarsbärande faktorn inte varit en nödvändig betingelse för skadan. Det förefaller dock underligt att en skadegörare skulle gå fri i detta fall, då han skulle åläggas ansvar om det fanns en annan ansvarig skadegörare.

Om vi tänker oss en situation där det är ovisst om en skada eller en sjukdom utbrutit

på grund av ett skadefall eller den skadelidandes egna anlag är enligt Agell⁷ huvudsakligen två frågor av intresse, "nämligen dels i vad mån det inträffade skadefallet verkligen i det reala skeendet medverkat till den efterföljande sjukdomen, dels i vad mån de sjukliga anlagen i sig varit tillräckliga (i det verkliga och/eller hypotetiska förloppet) för att framkalla sjukdomen oberoende av olycksfallet. Hela situationen ses i så fall som en fråga om var för sig tillräckliga, konkurrerande skadeorsaker". Besvaras båda dessa frågor jakande, skulle enligt Agell något ansvar inte kunna åläggas den skadegörande medan enligt en annan uppfattning, den skadegörande och de sjukliga anlagen skulle göras solidariskt ansvariga, vilket torde innebära att skadeståndet jämkas.

I NJA 1992 s. 740 I och II (som båda aktualiserade konkurrerande skadeorsaker i samband med misshandel) har HD formulerat beviskravet så att det skall vara övervägande sannolikt att de aktuella besvärerna utlösts av den skadegörande handlingen, medan det vad gäller den skadelidandes egna anlag, ett krav på ett styrkt samband upprätthållits i målen.

Bevisproblem angående uppdelbara och icke uppdelbara skador

Om svarandens invändning mot kärandens påstående istället för att gälla två konkurrerande orsaker utgår från att de båda orsakerna föreligger komplementärt eller i samverkan åstadkommer ett resultat gäller följande: En situation såsom denna anses inte fria från ansvar enligt svensk rätt. Om t.ex. två personer gemensamt i samverkan misshandlar en tredje person blir båda ansvariga för hela skadan och hänsyn till t.ex. graden av vållande tas först vid en eventuell regressfördelning mellan de båda skadegörarna. Om en av dessa betingelser skulle vara kasuell eller utgöras av den skadelidandes egna känslighet innebär inte detta att skadegörarens ansvar reduceras utan han blir ansvarig för hela den

uppkomna skadan. Annorlunda förhåller det sig dock om skadan går att dela upp i flera klart avgränsade delar. Varje skadegörare blir då ansvarig endast för sin skada.

Problemet är att fastställa om en totalskada eller en av flera delskador orsakats av den ansvarsbärande betingelsen som verkat i det faktiska händelseförloppet. Den skadelidande har bevisbördan för den skada den påstådda skadegörande handlingen orsakat och därmed även för skadans omfattning. Enligt Agell⁸ kan dock inte beviskravet ställas alltför högt, eftersom denna typ av fall liknar de då HD sänkt beviskravet vid t.ex. alternativa händelseförlopp där det klarlagts att den skadelidande utsatts för skadlig påverkan. ”Såvida det inte finns särskild anledning antaga, att någon [annan faktor] verkat i det reala skeendet och orsakat en del av skadan, bör det normalt presumeras, att hela skadan orsakats av [den ansvarsbärande faktorn] som visats verka i det reala skeendet.”

Om det framstår som möjligt att en annan faktor medverkat i det faktiska händelseförloppet och därigenom framkallat en skada, eller en del av en skada, så försvagas dock den ovanstående presumtionen. För att denna andra faktor, om den är ansvarsbärande, skall medföra skadeståndsskyldighet måste det visas att den verkat i det faktiska händelseförloppet. Oavsett om denna faktor är ansvarsbärande eller kasuell, så skall om en sådan medverkan visas, en skönsmässig fördelning av totalskadan göras mellan de båda orsakerna.

Sammanfattning

När bevisproblemet rör en faktors medverkan i ett faktiskt händelseförlopp, uppstår i regel inte några svårigheter med avseende på bevisningen för den skadelidande och beviskravet på ett styrkt samband upprätthålls också. Så fort ett hypotetiskt förlopp kommer in i bilden, kan dock bevissvårigheterna vara betydande, och ett sänkt beviskrav är därför motiverat. Samma sak kan sägas gälla vid

alternativa och konkurrerande skadeorsaker t.ex. där inverkan av en annan faktor, som den skadelidandes egna känslighet, är oviss och svårbedömbär. I dessa fall har också ett sänkt beviskrav tillämpats av HD, men kravet har formulerats något olika för de olika typfallen. Vad gäller alternativa händelseförlopp har detta beskrivits som ett krav på ”klar sannolikhetsövertikt” och vid t.ex. konkurrerande skadeorsaker skall en faktors inverkan vara ”övervägande sannolik”.

De olika formuleringarna för de aktuella sambanden kan lätt leda till slutsatsen att också beviskraven varierar för dessa. Det är dock min mening att det endast är fråga om ett krav. Olika bevisproblem kräver olika formuleringar av beviskravet. Det kan också pekats på den orimlighet som ligger i att svaret skulle kunna styra den styrka på bevisningen som kändanden måste framlägga, genom att mot kändandens påstående framställa olika invändningar. Enligt min mening är det således idag endast fråga om sammanlagt två olika beviskrav vad gäller orsakssamband: styrkt och ett sänkt beviskrav (som kan formuleras på olika sätt).

Bedömningen av whiplashskador

Inledning

Något av det hittills sagda skall försöka exemplifieras med hjälp av den bedömning som gjorts av whiplashskador i praxis. Whiplashskador tillhör en av de skador där läkarvetenskapen inte är enig och därför ingen allmän erfarenhetssats är tillämplig.

Vad är en whiplashskada?

Whiplashskador tillhör gruppen ryggskador. En ryggpatient är i allmänhet sjukskriven ca 30 dagar och ca 80 % av den svenska befolkningen har någon gång under en längre period haft ryggbesvär. Generellt sett är förekomsten av ryggbesvär lika vanlig hos män som

hos kvinnor och inte koncentrerad till någon speciell yrkesgrupp. Vid den smärtanalys som görs vid undersökningar av patienter med dessa besvär fästes avseende främst vid tidpunkten för smärtans insättande, karaktären av insättandet, smärtans intensitet och det tidsmässiga förloppet.

Definitionen av vad som menas med termen whiplash är idag inte enhetlig. Termen kan användas för att beteckna själva skademekanismen, dvs. det sätt skadan uppkommit på, men när man talar om whiplash kan man också syfta på själva skadan i sig själv eller den konstellation av symptom som patienten uppvisar. Att termen är så vag och vidsträckt är förstås mycket förvirrande. The Quebec Task Force, som genomfört en större studie av personer som varit inblandade i trafikolyckor med whiplashtrauma, har föreslagit en begreppsbestämning som innebär att termen whiplash betecknar själva skademekanismen medan begreppet whiplashskada betecknar den skada som eventuellt uppstår på skelett och/eller mjukdelar till följd av en olycka. De kliniska manifestationer, dvs symptom, som kan uppkomma i samband med olyckan kallar man Whiplash-Associated-Disorders (WAD).

Det helt övervägande antalet whiplashskador som har studerats härrör från kollisioner mellan motorfordon, men besvär kan även uppkomma i samband med sportaktiviteter. Generellt kan sägas att whiplash, dvs. skademekanismen, är en acceleration-decelerationmekanism för energiöverföring till halsryggen. Med detta menas den rörelse huvudet företar då det först sätts i rörelse (accelerationen) och sedan bromsas upp (decelerationen) av bland annat musklerna och ledbanden i halsen. Vid t.ex. en kollision då en bil kör på en annan bil bakifrån, åker den skadelidandes huvud först bakåt och sedan framåt. Denna rörelse beror på huvudets stora tyngd i förhållande till halsryggens muskler och ligamentapparat, och orsakar de skador vi här talar. I

halsen finns en mängd olika strukturer som kan skadas vid t.ex. en kollision mellan två bilar. Dels kan själva skelettet skadas och dels de mjukdelar som återfinns i halsryggen. En annan tänkbar skada är den som uppkommer av hjärnans rörelse inne i kraniet vid kollisionen. Hjärnan, som flyter i en vätska i kraniet, har ytterst lite utrymme att röra sig på och vid en kollision är det möjligt att den stöter emot det hårda benet i skallen.

De symptom som uppkommer till följd av ett whiplashtrauma varierar för olika personer. Vanliga symptom är dock nacksmärtor, huvudvärk, domningar i armarna, kraftlöshet, svalgrubbningar, synförändringar m.m. Symptomen uppkommer i allmänhet inom en vecka. Skulle symptomen uppkomma en tid därefter är det stor risk att de inte har med den aktuella trafikolyckan att göra. I de allra flesta fallen (mer än 95 %) är skadan läkt och symptomen försvunna efter fyra till sex veckor. De patienter som har symptom efter mer än sex månader brukar sägas lida av kronisk whiplash. Dessa kroniska besvär föregås ofta av en längre eller kortare besvärsfri period. Eftersom dessa personer utgör en minoritet av det sammanlagda antalet fall är det viktigt att konstatera att det övervägande flertalet skadelidande faktiskt blir fria från sina besvär. Whiplashskadan kan för dem betraktas som en godartad skada.

Det stora problemet vad gäller bedömningen av whiplashskador är att överhuvudtaget upptäcka något organiskt underlag för skada. Det kan vara så att i den varierande symptombild framför allt de patienter som lider av s.k. kronisk whiplash uppvisar, psykiska komponenter kan var olika framträdande.

Vid de olika undersökningar som görs av patienter är det vanligt att dels inga fynd kan göras hos de patienter som klagat på besvär, dels att ett stort antal fynd kan göras hos patienter som inte lider av sådana besvär⁹ Smärtupplevelser är alltså i hög grad en subjektiv förnimmelse och smärta har i många fall

inte någon medicinskt påvisbar orsak. Undersökningsmetoderna är inte heller felfria.

På grund av att de undersökningar som gjorts för att finna en organförändring som skulle kunna påvisa en whiplashskada i de flesta fall varit fruktlösa, står läkarkåren splittrad i sin uppfattning om orsaken till symptomen vid framför allt kronisk whiplash. Svårigheten att kunna relatera besvären till den aktuella trafikolyckan är uppenbar, samtidigt som risken för att symptomen har andra, ofta psykiska orsaker är stor. Inte heller andra skadeorsaker kan uteslutas i många fall. Detta gör bedömningen av sambandet mellan olyckan och symptomen särskilt svårbevisbar i dessa fall.

Bedömningen i praxis

I min uppsats gås flera fall från trafikskadenämnden, tingsrätt och hovrätt igenom och analyseras¹⁰. Dessa fall aktualiserar alla problem med alternativa skadeorsaker. En sammanställning av dessa olika fall ger vid handen att det beviskrav som ställts upp, är ett krav på en klar sannolikhetsövertikt för karendens påstående. I och med detta har också bevisbördan för sambandet mellan de aktuella besvären och skadetillfället lagts på den skadelidande. Sambandsbedömningen vad gäller whiplashskador ansluter alltså till den bedömning som görs vid personskador i allmänhet.

Vidare gäller vid den särskilda bedömningen för whiplashskador, att besvär måste visas även i ett initialt skede, för att ett samband skall godtas även vad gäller senare besvär. En ovanligt lång besvärsfri period kan också försvåra för den skadelidande att få sitt påstående om samband godkänt av läkare och domstolar. Att den skadelidande haft besvär under olika tidsperioder efter olyckan, måste styrkas av denne och i detta fall gäller således inte någon bevislättnad. Det är därför av yttersta vikt att medicinsk dokumentation föreligger om besvären. Den skadelidandes egna

uppgifter räcker oftast inte för att beviskravet skall anses uppfyllt (om inte den skadelidande gör ett mycket trovärdigt intryck). Att den skadelidande haft ett arbete som utgjort en särskild risk för belastning på olika delar av rörelseapparaten, kan också innebära att ett samband inte accepteras. Däremot är inte den skadelidandes särskilda känslighet någon grund för att inte godkänna ett samband mellan olycka och besvär.

I övrigt tycks olika meningar föreligga mellan olika läkare, bland annat vilka sorters besvär som är typiska för en whiplashskada och om skillnaden mellan besvär orsakade av trauman och olika former av belastningsskador. I stort sett samma läkare förekommer i de olika fallen och ärendena och dessa uppvisar en varierande benägenhet att godkänna samband vid whiplashskador. Detta är givetvis självklart, men detta faktum innebär att en erfaren jurist alltid kan leta upp en sakkunnig som främjar just hans klients syn på sambandsfrågan. För att få en så materiellt ”riktig” dom som möjligt, spelar därför trovärdighetsbedömningen av de olika läkarna och deras utsagor en mycket viktig roll. Domstolarna i de aktuella fallen tycks, vid denna bedömning, fästa särskilt avseende dels vid en läkares meriter, hans titlar m.m, samt vilket underlag han använder som grund för sitt uttalande. Framför allt de behandlande läkarna har ansetts trovärdiga, samt när en läkares slutsats bygger på vetenskapligt bevisade fakta.

En väl fungerande kommunikation mellan läkare och jurister är således av fundamental betydelse i detta slags mål, eftersom den juridiska bedömningen i så stor utsträckning är beroende av den medicinska.

Problemen och framtiden

Utvecklingen och skadeståndets betydelse

Personskadorna åtnjöt redan vid tidpunkten för skadeståndslagens införande en särskild

förmånlig ställning ur ersättningshänseende. Trots införandet av den nya lagen framställdes i dess proposition¹¹ vissa tvivel om skadeståndets förmåga att ersätta dessa skador. Man ville skapa ett ersättningssystem byggt på ”social rättvisa och trygghet och som samtidigt leder till det mest rationella utnyttjandet av samhällets och enskildas resurser.”¹² Skadeståndsrätten ansågs inte lämplig för detta syfte och både ansvar byggt på culpa och det objektiva ansvaret kritiserades i propositionen. Man ville istället bygga upp ett ersättningssystem på grundval av försäkringar, och menade att ju mer dessa försäkringsanordningar byggdes ut, desto mindre betydelse skulle skadeståndsrätten få. Skadeståndets roll skulle vara underkastad försäkringens.

Den diskussion som förs i propositionen rör ett ämne som av bland annat Hellner¹³ har betecknats som ”the bathtub argument”. Varför skall t.ex. någon som halkar i sitt badkar ha mindre rätt till ersättning än den som skadas genom en kollision mellan två bilar? Utgår man, liksom i propositionen, ifrån att så många personskador som möjligt skall ersättas, kan det vara svårt att acceptera denna skillnad mellan olika typer av skador. Eftersom skadeståndsrätten bygger på principen om full ersättning, dvs att hela den skadelidandes förlust skall ersättas, kan av ekonomiska hänsyn alla inte få ersättning för sina förluster och vissa skador måste därför prioriteras.

Det är mot denna bakgrund vi måste se de stora försäkringssystem som vuxit fram, huvudsakligen efter skadeståndslagens tillkomst. Skadeståndet för personskada har kommit att bli en restpost för först och främst ideell skada. Under de senaste åren har det ekonomiska läget tvingat fram nedskärningar i det sociala välfärdssystemet och därigenom lämnat ett gap i ersättningssystemet. Samtidigt har personskadornas privilegierade ställning upprätthållits. Som det ser ut idag går utvecklingen mot att fler och fler skador av bland

annat psykisk natur kommer att vara ersättningsgilla¹⁴. Hur den faktiska utvecklingen kommer att gestalta sig, samt skadeståndets roll i denna, skall bli intressant att följa. Bevisning om och beviskrav för orsakssamband är här av särskilt intresse eftersom något orsakssamband inte behöver visas för att ersättning skall utgå ur den allmänna försäkringen.

Rättsskipning genom nämnder eller domstolar?

Vid bestämmandet av beviskravet för kausalsamband i mål om personskada är det av vikt att konstatera vem som skall formulera detta krav, en domstol eller en nämnd. Inom personskaderätten dominerar den utomrättsliga skaderegleringen och avsaknaden av vägledande och auktoritativa domstolsavgöranden är stor. Istället är det nämnderna som genom sina ställningstaganden i olika tillämpnings- och tolkningsfrågor kommit att, i mångt och mycket, styra rättsutvecklingen.

Kritik kan riktas mot denna utveckling. En nämnds avgörande kan t.ex. inte i traditionell mening överklagas samtidigt som den inte heller är föremål för den offentliga insyn som präglar t.ex. en domstolsförhandling. Nämndyttrandena är inte heller på samma sätt som en domstols dom tillgängliga för allmänheten¹⁵ och ett förfarande i en nämnd vilar inte, till skillnad från förfarandet i en domstol, på den kontradiktoriska principen. Den konfliktlösande funktion en nämnd har leder dock till en minskad arbetsbörda för domstolarna och detta innebär i sin tur minskade kostnader för samhället¹⁶. Samtidigt besitter en nämnd en sakkunskap inom sitt verksamhetsområde som kan vara svår att ersätta vid en ordning där mål om personskada endast prövas i allmän domstol.

Mot bakgrund av skadeståndets ökade betydelse, som diskuterades i det förra avsnittet, är det viktigt att vi får prejudikat i principiellt viktiga frågor. I detta hänseende åtnjuter HD:s

prejudicerande verksamhet en högre auktoritet än ett nämndyttrande. En mer framträdande roll för de allmänna domstolarna vad gäller den rättsskapande verksamheten är därför önskvärd. Samtidigt är ett domstolsförfarande dyrt i förhållande till handläggningen i en nämnd och principiellt viktiga ärenden förs därför kanske inte upp till en allmän domstol. Olika sätt för att underlätta i kostnadshänseende att föra upp dessa mål till allmän domstol har diskuterats. Till exempel har i SOU 1986:1¹⁷ föreslagits en motsvarande möjlighet som den i RB 56 kap 15§, som ger en tingsrätt möjlighet att hänskjuta en prejudikatfråga direkt till HD (den s.k. "hissen") även för rådgivande nämnder.

Relationen läkare - jurist

För att kunna diskutera hur högt beviskravet bör vara i mål om personskador är det också viktigt att beakta hur samarbetet mellan läkare och jurister fungerar i praktiken. Särskilt vad gäller svårbevisbara skador, t.ex. whiplashskador, är det av betydelse att kommunikationen mellan de båda yrkesgrupperna verkligen fungerar för att det föreliggande bevismaterialet skall kunna värderas på ett så korrekt sätt som möjligt.

En läkares uppgifter är dels att ställa en diagnos och hitta ett orsakssamband mellan olyckan och den uppkomna skadan, dels att behandla patienten. Dessa uppgifter kan komma i konflikt med varandra. En uppgift om att en patient lider av en viss allvarlig skada kan påverka dennes prognos i negativ riktning. När en läkare tar ställning till ett försäkringsärende genom att komma med ett försäkringsavgörande, som säger att patienten är arbetsoförmögen, kan detta för patienten ibland bli en självuppfyllande profetia som motverkar dennes tillfrisknande. Ett avslag av en begäran om försäkringsersättning kan å andra sidan också göra den skadelidande bitter. Allt detta måste en läkare ta hänsyn till. Medan juristen arbetar i en statisk situation,

där frågan om ersättning skall bedömas vid en viss tidpunkt, är läkarens arbetssituation av en mer *dynamisk* karaktär, där hänsyn måste tas till den fortsatta behandlingen av patienten. Kännedom om detta behövs för att juristen skall förstå läkarens arbetssituation.

Till grund för den juridiska bedömningen av orsakssambandet ligger ofta ett eller flera, läkarutlåtanden. Den som läser ett sådant utlåtande måste kunna särskilja vilken del av detsamma som utgör patientens egna subjektiva redogörelse för vad som hänt och vad som är objektivt registrerat av läkaren. Dessa två delar av intyget har ju helt olika bevisvärde. Ett intyg måste därför givetvis vara utformat så att juristen kan förstå vilken del som innehåller vad och vad läkaren menar. Kunskap hos läkaren om vad en jurist anser vara viktigt för den juridiska bevisningen är därför en fördel.

Många läkare tycker att jurister i många fall kan ställa frågor som är svåra att svara på ur medicinsk synvinkel. Det kan röra sig om frågor om ett visst samband föreligger eller om dess sannolikhet. Det kan vara så att juristerna, liksom läkarna, har en viss ovana att ibland uttrycka sig på sitt eget fikonspråk och det är därför av vikt att även juristerna talar och uttrycker sig på ett sätt som kan förstås utanför det egna skräet.

Juristen är en lekman på medicinens område och hjälp av sakkunniga experter är nödvändig, men det är ytterst han själv som skall bestämma om det föreligger ett sådant fall som ersättningsreglerna kräver. I Stockholms tingsrätts avgörande från 1988-10-05¹⁸ menade domstolen att de hade att avgöra kausaliteten utifrån en juridisk bedömning. "Härvid är det givetvis inte möjligt för tingsrätten med sin i sammanhanget obefintliga kompetens att avgöra, vilken av dessa diametralt motsatta ståndpunkter, som de i målet aktuella läkarna givet uttryck för, som har mest fog för sig"¹⁹. Mot denna bakgrund fann tingsrätten att kåranden inte lyckats förebringa till-

räcklig bevisning och käromålet ogillades därför.

Detta uttalande kan uppfattas på två sätt: Antingen kan det ha varit så att tingsrätten noggrant värderat de olika läkarnas ståndpunkter, men funnit att de olika meningarna har lika mycket fog för sig. Det skulle således föreligga 50 % sannolikhet för den ena meningen och 50 % för den andra. Att käromålet då ogillas är naturligt, eftersom bevisbördan lagts på den skadelidande och denne inte förebbringat tillräcklig bevisning för att beviskravet skulle anses uppfyllt. En annan möjlighet är att tingsrätten endast konstaterat att den har en bristande medicinsk kompetens och därför inte kan ta ställning till frågan. Om det senare var fallet här, måste jag kraftigt protestera mot målets utgång. I mål där sakkunnigbevisning förekommer har en domstol alltid bristande fackkunskap, men måste ändå alltid ta ställning och göra en trovärdighetsbedömning av de olika sakkunniga, som uttalat olika meningar, i målet. En domare måste alltid värdera den föreliggande bevisningen och konstatera om denna är tillräcklig för att käromålet skall kunna bifallas. Han har inte möjligheten att undandra sig fattandet av ett beslut med förevändningen att han saknar tillräcklig kompetens för att avgöra frågan.

Avslutande synpunkter

Idag gäller kravet på en klar sannolikhetsövervikt, vid bevisningen om orsakssamband vid alternativa händelseförlopp, generellt för alla sorters skador (person-, sak- och ren förmögenhetsskada). Dufwa²⁰ ifrågasätter om inte kravet på en klar sannolikhetsövervikt, som uppställdes i bland annat NJA 1982 s. 421, innebär en skärpning i förhållande till äldre rätt och att de skadelidandes rätt till skadestånd i detta mål var ”illusorisk”. ”Ingenting kan vara svårare att motbevisa än förekomsten av en okänd faktor”” Om den särskilda synen på personskador skall upprätt-

hållas är frågan om inte ett differentierat krav borde gälla för olika sorters skador. För personskadornas del skulle i så fall ett lägre krav än dagens vara aktuellt. Hur skulle ett sådant krav formuleras? Borde den s.k. överviktsprincipen tillämpas?

I detta sammanhang måste vi också hålla i minnet vad en kausalitetsfråga verkligen är. En sådan består, som nämnts, av tre delar: en kauserande faktor, en effekt och ett samband mellan dessa. Den fråga som här diskuterats är sambandsfrågan. Vid en diskussion om hur högt beviskrav som skall gälla vid bevisningen av ett samband, måste dock de övriga delarna tas med i bedömningen. Vad gäller whiplashskadornas bedömning ligger ett stort bevisproblem i att den skadelidande måste visa att besvär förelegat i ett initialt skede efter olyckan. I detta fall gäller inte någon bevislättnad. Om den skadelidande inte kan visa att sådana besvär föreligger, spelar bevislättningen i sambandsfrågan ingen roll. Vid bedömningen av andra sorters personskador kan andra bevisproblem uppstå, ofta beroende på hur mycket man vet om en skadetyper medicinskt. Att ange ett generellt beviskrav för alla sorters personskador kan därför te sig betänkligt och en genomgång av samtliga tre delar av kausalitetsfrågan bör ske vid bedömningen av varje skadetyper. I vissa fall kan en bevislättning vid t.ex. bevisningen om effekten vara motiverad (t.ex. för whiplashskadorna). Whiplashskadorna visar också hur viktigt det är att kommunikationen mellan läkare och jurister fungerar på ett tillfredsställande sätt för att det sänkta beviskravet skall få någon effekt i praktiken.

Vid bestämmandet av beviskravet måste också hänsyn till transaktionskostnaderna tas. Ett förfarande som är så billigt som möjligt för den skadelidande och samhället är önskvärt. Samtidigt måste nödvändiga prejudikat på området skapas av HD. Vi måste också ha i åtanke att skadeståndsrätten inte kan ersätta socialförsäkringens roll i det avseendet, att

alla personskador betraktas som likvärdiga ur ersättningssynpunkt. En utveckling av skadeståndsrätten innebär oundvikligen att vissa personskador prioriteras framför andra och hänsyn till detta måste också tas vid formuleringen av beviskraven. Strävan är, om propositionens målsättning skall följas, att ett så rättvist resultat som möjligt, i socialt hänseende, skall uppnås vid bedömningen av dessa frågor.

Noter

¹ Orsaksrekvisit och beviskrav i skadeståndsrätten ur Festskrift till Per-Olof Ekelöf, Stockholm 1972.

² aa sid 12.

³ aa sid 14

⁴ sid 506.

⁵ Skadeståndsrätt, femte upplagan, Stockholm 1995, sid 216.

⁶ aa sid.

⁷ aa sid 23.

⁸ aa sid 36.

⁹ Vad gäller t.ex. värdet av röntgenundersökningar vid ryggbesvär har man funnit att positiva fynd, dvs de fall då man funnit någon medicinsk orsak till besvären, gjordes i 60 % av alla de fall där personer som klagade på besvär röntgades.

Vid röntgenundersökningar av en kontrollgrupp patienter som inte klagade på sådana besvär gjordes liknande fynd i 50 % av fallen.

¹⁰ Se Trafikskadenämndens yttranden i anledning av Falu tingsrätts hemställan i mål T 186/1994, Stockholms tingsrätts hemställan i mål T 2-1744/94 och Stockholms tingsrätts hemställan i mål T 4-245-95 och Stockholms tingsrätts domar 1987-03-20, DT 46, T 8-302-84, 1988-10-05, DT 853, T 3-1409-83, 1994-09-12, DT 809, T 2-1218-91 samt Svea hovrätts domar 1989-02-17, DT 3, T 391/87, 1989-10-26, DT 80, T 1116/88, 1996-01-12, DT 2, T 1550/94.

¹¹ 1972:5 om ny skadeståndslag.

¹² sid 83 i propositionen.

¹³ aa sid 51.

¹⁴ se t.ex. NJA 1993 s. 41 I och II.

¹⁵ En förbättring i sistnämnda hänseende har dock skett genom den sedan någon tid utkomna samlingen "Rättsfall Försäkring och Skadestånd" som utges av Försäkringsbranschens Serviceaktiebolag.

¹⁶ se SOU 1995:33, sid 418.

¹⁷ sid 424.

¹⁸ DT 853, T 3 -1409-83.

¹⁹ sid 6 f.

²⁰ Flera skadeståndsskyldiga band I, Stockholm 1993, nr 2662 sid 1046 f.