

Ersättningsrättens hypotetiska prov

av Mårten Schultz



Mårten Schultz
marten.schultz@juridicum.su.se

Litet märkligt är det ändå, när man tänker på det, att så många av ersättningsrättens centrala bedömningar utgår från tankeexperiment. Närmare bestämt så är det många bedömningar som utgår från en speciell typ av tankeexperiment, det hypotetiska provet.

Vad är ett hypotetiskt prov? Ett hypotetiskt prov kan kanske beskrivas som en tankeprocess där en identifierad bild av verkligheten – inte nödvändigtvis en ”sann” bild av verkligheten – jämförs med en medvetet fiktiv bild av verkligheten. Den fiktiva bilden av verkligheten återspeglar i tankeexperimentet till exempel en händelseutveckling

som inte inträffat men som enligt bedömaren kunde ha inträffat, eller borde ha inträffat.¹ Sådana hypotetiska prov utförs under ett flertal skadeståndsrättsliga begrepp vid bedömning av ansvar och liknande hypotetiska prov sker i övriga ersättningsrätten. Här skall jag efter en inledande exposé över några olika typer av hypotetiska prov i ersättningsrätten diskutera två typer av invändningar som riktats mot användandet av sådana prov i skadeståndsrätten för att därefter skissera två konkreta metodologiska förslag för hur hypotetiska prov lämpligen kan utföras.

I. Hypotetiska prov vid olika bedömningar

I.1 Hypotetiska prov vid orsaksbedömningar

Det som man kanske först kommer att tänka på är de hypotetiska prov som vi utför inom ramen för orsaksbedömningen. När vi frågar oss om skadan skulle ha inträffat även om den vårdslösa handlingen inte utförts, så jämför vi vad vi anser är en korrekt bild av verkligheten vid en viss tidpunkt med en bild av verkligheten som vi vet inte är sann men som vi

tänker oss skulle ha kunnat inträffa. Det här kan ta sig litet olika uttryck.

Enligt den klassiska formuleringen av orsakskravet – att det är ett krav på att den ansvarsgrundande faktorn var en nödvändig faktor (betingelse eller villkor) för skadan – så utförs den konkreta bedömningen i form av ett hypotetiskt prov: Hade skadan inträffat även i frånvaro av den ansvarsgrundande faktorn?

Mårten Schultz är docent, jur. dr. Forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law, finansierad av Torsten och Ragnar Söderbergs stiftelser.

I angloamerikansk rätt är det just detta prov som ses som själva grundbulten i kausalitetsanalysen och många gånger ligger fokuseringen i analysen på detta prov, benämmt ”the but-for test”. I nordisk rätt har denna uppfattning brukat diskuteras i termer av ”betingelseläran”.

Även enligt den alternativa kausalitetsteori, som jag i ett annat sammanhang propagerat för, kan hypotetiska prov utföras för att bedöma huruvida orsakssamband föreligger.

1.2 Hypotetiska prov vid skadevärdering

Hypotetiska resonemang förekommer i andra sammanhang än vid orsaksprövningen. Generellt kan man säga att *alla resonemang som utgår från differensbedömningar* innefattar hypotetiska prov. Ibland hänförs dessa bedömningar till den s.k. differensläran.

Differensläran är omstridd och har väl främst betydelse för skadebestämnings- och skadeberäkningsargumentationen, men det förekommer att den karakteriseras som en orsakslära.² Läran fick en genomgripande svensk analys i Strahls expropriationsrättsliga avhandling.³ Differensläran har diskuterats vid olika slags ansvars- och ersättningsrättsliga frågeställningar, som vid skadeståndsansvar, expropriationsersättningar och även i obligationsrätten.⁴

Grundtanken i läran ligger nära det hypotetiska provet som följer av det faktiska kausalitetskravet enligt betingelseläran: Vid bedömningen av ersättningsskyldighet frågar man vilken situation den drabbade hade befunnit sig i om skadan inte hade inträffat, varefter den situationen jämförs med den faktiska situationen, efter skadan. Ersättningen kan då beräknas som differensen mellan den skadelidandes ekonomiska läge i den faktiska och den tänkta situationen.

Vid *skadevärderingen* görs ofta en differensbedömning av skillnaden mellan det tillstånd

som den skadelidande skulle ha befunnit sig i om hon inte skadades och det tillstånd hon faktiskt, vid den aktuella tidpunkten, befinner sig i. (Här är det viktigt att notera att differensbedömningen skall göras med ett hypotetiskt scenario vid samma tidpunkt som det verkliga scenariot. Skadevärderingen skall med andra ord inte ske utifrån en jämförelse med hur den skadelidande hade det vid en tidpunkt innan skadan inträffade, utan med hur hon hypotetiskt skulle ha haft det vid samma tidpunkt som utgör jämförelsen.)

1.3 Hypotetiska prov vid skadeståndsberäkning

Även vid *skadeståndsberäkningen* görs ofta hypotetiska prov. Faktum är att det hypotetiska provet här kommer till klart uttryck i vissa av skadeståndslagens beräkningsregler. Ett tydligt exempel är den något svårlästa bestämmelsen om beräkning av skadestånd för inkomstförlust i 5 kap. 1 § skadeståndslagen som lyder:

”Ersättning för inkomstförlust motsvarar skillnaden mellan den inkomst som den skadelidande skulle ha kunnat uppbära, om han icke hade skadats, och den inkomst som han trots skadan har eller borde ha uppnått eller som han kan beräknas komma att uppnå genom sådant arbete som motsvarar hans krafter och färdigheter och som rimligen kan begäras av honom med hänsyn till tidigare utbildning och verksamhet, omskolning eller annan liknande åtgärd samt ålder, bosättningsförhållanden och därmed jämförliga omständigheter.”

Här finns det således ett uttryckligt lagstöd för att utföra hypotetiska prov.

1.4 Hypotetiska prov vid culpabedömningen

Också vid culpabedömningen görs ibland hypotetiska prov. Bedömaren jämför därvid beteendet hos den påstådda skadevållaren med en hypotetisk persons beteende, t.ex. så kan bedömningen utföras så att en svarandes handling jämförs med ett beteende hos en ”normalt aktsam person”. (Vem nu än det är.)

1.5 Reflektioner

Det här kan vara en för förevarande artikels syfte tillräcklig överblick av hypotetiska prov inom olika delar av den skadeståndsrättsliga bedömningen. Hypotetiska prov kan förekomma även i andra sammanhang. Denna översikt över olika typer av hypotetiska prov i skadeståndsrätten har ofta motsvarigheter inom andra ersättningsystem. Orsaksbedömningar, skadevärderingar och -beräkningar måste göras även i försäkringsorienterade ersättningsystem.

Detta visar att hypotetiska prov är av central betydelse för de ersättningsrättsliga bedömningarna. Samtidigt, vill jag påstå, har det i hög grad varit oklart hur dessa centrala bedömningar skall förstås och hur de skall utföras. Denna artikel försöker delvis råda bot på denna brist. De exempel som jag kommer att ge på hypotetiska prov nedan kommer främst att utgå från orsaksbedömningens prov, men de överväganden som härmed aktualiseras är relevanta även för de andra bedömningar där de hypotetiska proven spelar en viktig roll.⁵

2. Hypotetiska prov som problemställning

2.1 Allmänt

Det hypotetiska provet innebär att bedömaren måste göra ett antagande om en alternativ värld, en värld där en eller flera faktorer som inträffade i verkligheten tänks bort, och däref-

ter göra en jämförelse mellan den alternativa, fiktiva världen och verkligheten.⁶ Ett annat sätt att uttrycka detta på är att bedömaren måste göra ett kontrafaktiskt påstående. Ett exempel på detta kan vara ett orsaksresonemang av typen att om inte *a* (eller: *a & b & n*) hade inträffat så hade *X* inträffat (eller, kanske, *X inte inträffat*).

Den här typen av resonemang har uppfattats som innebärandes ett generellt problem, inom juridiken såväl som utanför.⁷ Två aspekter av problemet kan identifieras. Den första aspekten är mest förknippad med orsaksanalysen och innebär att det hypotetiska provet medför att det inte går att tala om objektiva eller faktiska bedömningar när bedömningarna görs på detta sätt: Det hypotetiska inslaget gör förment faktiska bedömningar normativa eller värderande. Den andra aspekten är mer allmän, får man väl säga, och innebär att det hypotetiska provet medför att bedömningen blir oförutsebar – kanske till och med indeterministisk – och att det hypotetiska inslaget öppnar upp för manipulationer. I botten så ligger bakom båda dessa invändningar en oro för att *det metodologiska greppet att blanda in konstaterade osanningar i analysen medför risker*.

2.2 Hypotetiska bedömningar omöjliggör en objektiv inställning (till orsakskravet)

En aspekt av problematiken är att de hypotetiska proven kan antas göra de rättsliga bedömningarnas objektivitet, en objektivitet som vi i vart fall ibland strävar emot, till en chimär. Tydligast har denna aspekt av problematiken kommit till uttryck i *orsakssammanhang*.⁸

Orsaksbedömningen i skadeståndsrätten är enligt den allmänna uppfattningen en faktisk eller empirisk bedömning.⁹ En faktisk eller en empirisk bedömning är en bedömning som syftar till att undersöka vad som har hänt. ”Vad som har hänt” innebär en inställning att

det finns vissa ”saker” som händer i världen och att omdömen om dessa kan vara sanna eller falska beroende på den verklighet som omdömet relaterar till.

Det här betraktar jag som en ren common sense-uppfattning som i och för sig kan ifrågasättas ur ett filosofiskt perspektiv, ibland i alla fall, men som vi i praktiken, i våra vardagliga liv, tar för given. Och där här är, påstår jag, den vanligaste synen på orsaksbedömningar i skadeståndsrätten (och i andra rättsliga discipliner): Orsaksbedömningar kan vara sanna eller falska och sanningsvärdet bestäms av hur bedömningen korresponderar mot företeelser som inte låter sig påverkas i sak av normer eller vad vi anser om dem. Kort sagt: Orsaksbedömningar är sanna eller falska beroende på om samband faktiskt har förelegat eller inte. Det här låter mer invecklat än vad det är. I praktiken är det denna uppfattning som präglar svensk rätt, om än den oftast tas för given utan alltför mycket filosofisk eftertanke.

Vad är då problemet med denna uppfattning? Jo, genom att orsaksbedömningen kräver antaganden om vad som skulle (eller kunde) ha hänt om något annat hade hänt än vad som faktiskt hände så kan det hävdas att kausalitetsbedömningen de facto inte kan anses som en faktisk eller empirisk bedömning. Vissa författare har således hävdats att det är lämpligare att formulera frågeställningen positivt än negativt och att på så vis undvika det hypotetiska provet.¹⁰ En vanligare attityd har varit mindre konstruktiv och nöjt sig med att kritisera kausalitetskravet utifrån just det hypotetiska provet.¹¹

Vad är det då som uppfattas som ett problem? Problemet brukar anses vara att en bedömning utifrån ett hypotetiskt prov är så öppen att den oundvikligen leder till att ”icke-faktiska” element förs in i bedömningen, vilket således medför att den faktiska orsaksbedömningen inte är så faktisk.¹² Om frågan är huruvida den skadelidande hade drabbats av

sjukdom även i frånvaron av den ansvarsgrundande faktorn så kan ett hypotetiskt prov ställas upp på ett sätt så att det alltid går att erhålla det svar som ”önskas”.

Jag har i ett annat sammanhang presenterat ett ganska omfattande försvar för uppfattningen att orsaksbedömningar i skadeståndsrätten kan vara och bör förstås som faktiska eller empiriska (eller, om man så vill, objektiva) bedömningar.¹³ Men det grundläggande problemet med att det hypotetiska provet kan underminera orsaksbedömningens faktiska karaktär kvarstår och bör tas på allvar. Kan vi i ett hypotetiskt prov introducera alla möjliga mer eller mindre fantastiska faktorer så påverkar det orsakskriteriets speciella legitimitet, vilken delvis står att finna just i att det är av objektivt slag. Nedan skall jag därför presentera några metodologiska förslag på begränsningar för hur det hypotetiska provet kan formuleras.

2.3 Hypotetiska inslag gör en bedömning indeterministisk

Vissa har dragit slutsatsen att bedömningar som sker med stöd av hypotetiska prov är *indeterministiska*.¹⁴ En indeterministisk bedömning är en bedömning som inte kan förutses, där utkomsten av bedömningen är oförutsebar. Förutsebarhet är ett centralt rättsstatligt intresse, konstaterade Högsta domstolen nyligen i ett viktigt avgörande, även på skadeståndsrättens område.¹⁵ Är bedömningen indeterministisk så är den alltså inte bara svår-förutsebar, utan *helt* oförutsebar. Och om så är fallet har vi alltså ett problem, i beaktande av den grundläggande rättsstatliga princip som HD nyligen givit klart uttryck för (och som vi i allmänhet tagit mer eller mindre för given även tidigare).

Min uppfattning är att det hypotetiska provet *inte* gör en bedömning indeterministisk. Till att börja med så sker inga skadeståndsrättsliga bedömningar i ett normativt eller

socialt vakuum. En inramning föreligger genom den rättsliga, sociala och psykologiska kontext inom vilken det hypotetiska provet företas. Detta påverkar och begränsar formuleringen av det hypotetiska provet. En bedömare, främst av intresse är väl härvid domstolens bedömning, kommer således att vara bunden av den processuella ramen för prövningen, av common sense-antaganden om vad som är rimligt men även av sociala konventioner. Det innebär till exempel att domstolen i allmänhet inte kommer att föra in element som imaginära agenter i det hypotetiska provet. Påståenden av slaget att ”en X kunde ha dykt upp och knivhuggit käranden om inte svaranden gjort det” kommer inte att tillmätas någon vikt i en sådan kontext.

Redan genom denna inramning av de hypotetiska proven, oavsett om det är ett hypotetiskt prov i en culpabedömning, en orsaksbedömning eller en skadeståndsberäkning, gör att påståendet att hypotetiska prov för in indeterminism i analysen framstår som överdrivet och kanske direkt felaktigt. Genom att bedömningarna ramas in av dessa olika faktorer, som – även om vi kanske inte kan sätta dem på pränt – vi alla i allmänhet känner till så blir bedömningarna inte helt oförutsebara. De kommer ofta att vara svårförutsebara och det kommer fortfarande vara så att domstolarnas utförande av hypotetiska prov i enskilda fall ibland överraskar oss. Men i många fall, de flesta fall som domstolarna avgör utan att särskilt mycket till teoretisk analys fördras, så kommer vi att kunna anticipera utgången. Indeterminismtesen framstår som missriktad.

3. Ett förslag på hur hypotetiska prov kan utföras

3.1 Behov av metodologiska restriktioner?

En invändning mot de hypotetiska proven som sammanhänger med de föregående kan vara att sådana inslag gör den rättsliga analysen mer osäker, utan att för den skull analysen kanske blir helt indeterministisk. Genom att föra in inslag i en bedömning som vi vet är falska så kan bedömningen styras eller manipuleras beroende på vilka svar som bedömaren av några skäl eftersträvar.

I en sådan farhåga ligger nog en allmän skepsis mot att argumentationen använder sig av kontrafaktiska påståenden, att det finns något *per se* suspekt med att kända osanningar används i analysen. Bakom detta ligger nog i sin tur en tanke om att en metod som använder sig av falska jämförelseobjekt leder till osäkerhet och oförutsebarhet. Det kan därför finnas anledning att så gott det nu låter sig göras försöka att finna några metodologiska kriterier för hur hypotetiska prov bör formuleras. Sådana metodologiska krav kan bidra till en ökad förutsebarhet i systemet.

3.2 Ett grundläggande metodologiskt krav

Finns det då något positivt förslag för hur man bör gå tillväga för att företa det hypotetiska provet? Min uppfattning är att Tony Honoré kommer ganska nära ett lämpligt metodologiskt förslag i sin analys av hypotetiska prov i *orsaksbedömningen* (även om det inte är helt klart om Honoré här menar att bedömningen faktiskt sker enligt dessa linjer, eller om den borde ske enligt dessa linjer, eller båda).¹⁶ Denna tanke låter sig dessutom ganska väl översättas till allmänna metodologiska termer, av betydelse även för andra hypotetiska prov än orsaksbedömningens.

Kriterium 1: Ett grundläggande metodologiskt krav är att vi i konstruktionen av den hypotetiska jämförelsen skall sträva efter att formulera en *situation som ligger så nära verkligheten som möjligt*.

Den alternativa, hypotetiska ”värld” som fungerar som jämförelse bör t.ex. inte inkludera helt nya faktorer eller agenter. Ibland måste vi avvika litet mer från den verkliga bilden, men som en slags presumtion kan man kanske tänka sig att den hypotetiska jämförelsen inte skall inkludera faktorer som överraskar eller framstår som oväntade.

3.3 Ett andra metodologiskt krav

Som ett ytterligare krav kan ställas upp att jämförelseobjektet skall formuleras med beaktande av tidsaspekten. Detta krav aktualiseras främst vid skadebestämning och skadeberäkning och har inte samma relevans för orsaksprövningen.

Kriterium 2: Om vi skall göra en jämförelse mellan faktiska faktorn A och hypotetiska faktorn B, så skall vi vara noga med att i jämförelsen sätta A och B till samma tidpunkt.

Anledningen till detta kriterium är att det i vissa fall kan vara frestande att jämföra ett tillstånd A med ett tillstånd B, där A är det verkliga tillstånd som föreligger vid bedömningens utförande medan B är en bild av hur det låg till vid en tidigare tidpunkt, t.ex. precis innan den ansvarsgrundande händelsen inträffade. Men som en utgångspunkt bör det hypotetiska provet sträva efter att sätta den fiktiva jämförelsen till samma tidpunkt som den verkliga faktorn. Anledningen till det är förhoppningsvis uppenbar. Om vi till exempel jämför en skadelidandes verkliga situation vid T1 med hennes situation vid T så undgår vi möjligheten att beakta de positiva eller negativa effekter som hade kunnat inträffa mellan T och T1 och som måste beaktas för att målet om full ersättning skall kunna uppnås.

4. Variationer på det metodologiska temat

Vi kan applicera dessa metodologiska krav på några av de situationer som ovan beskrevs.

4.1 Orsaksbedömningens hypotetiska prov

Konkret kan det första metodologiska kriteriet, som stipulerade att den hypotetiska jämförelsen skall ligga så nära verkligheten som möjligt, innebära att ett första steg i en orsaksbedömning kan vara att i den hypotetiskt konstruerade verkligheten *eliminera den ansvarsgrundande faktorn*. Många gånger kan det räcka för att ge en hållbar ram åt bedömningen. Den ansvarsgrundande handlingen tänks bort ur ekvationen. Vad skulle effekten ha blivit om utsläppet från X aldrig hade skett – jämfört med vad som i verkligheten inträffat?

Men det här kan inte vara rätt approach i alla situationer. I vissa fall så måste vi ersätta den eliminerade faktorn med något annat för att inte den fiktiva jämförelsen skall bli märklig. Vid culpabedömningar så måste ibland bedömningen nyanseras på så sätt att det är just den aspekt av svarandens beteende som gjorde beteendet vårdslöst som i det hypotetiska provet ersätts med det närmast till hands liggande rättsenliga beteendet.¹⁷ (Vid rent strikt ansvar blir bedömningen emellertid anorlunda.¹⁸)

Det här är en praktiskt användbar modell för hur ett hypotetiskt prov kan sättas upp i orsaksprövningar. Om svaranden som cyklat vårdslöst varit inblandad i en olycka där käranden skadats skall alltså jämförelsen i det hypotetiska provet göras med en värld där allting är exakt likadant som i verkligheten med undantag för att cyklisten inte cyklat vårdslöst. Det här fordrar emellertid en ganska finkornig bild av situationen. Vad var det mer precist som medförde att cyklistens framfart anses vårdslös? Säg att det var att cyklis-

ten inte iakttagit högerregeln i en korsning. Bedömningen skall då utgå från de verkliga omständigheterna med det enda undantaget att cyklisten faktiskt iakttagit högerregeln i den aktuella situationen. Det betydelsefulla är här att det hypotetiska provet inte skall tillåtas inkludera helt oväntade faktorer. Ett hypotetiskt prov bör således i allmänhet inte inkludera fiktiva agenter – säg en hypotetisk person X som cyklade samtidigt cyklisten i vårt tidigare exempel. Det är sådana spekulativa hypotetiska resonemang som kriteriet främst syftar till att utesluta.

Att på detta sätt göra bedömningar av vad som hade hänt i frånvaron av en viss faktor innebär inte att orsaksbedömningen går från att vara empirisk till att bli normativ. En bedömning av vem som hade varit statsminister 1 mars 1986 om inte Olof Palme hade blivit mördad (den 28 februari 1986) är *inte* en normativ bedömning.

Även i orsakssituationer kan det andra metodologiska kriteriet vara betydelsefullt. Den temporala aspekten kan aktualiseras just genom att det är den culpösa aspekten av svarandens agerande som skall prövas mot ett hypotetiskt förlopp. Det är med andra ord händelseutvecklingen som tog sin början vid just den tidpunkten som kan forma utgångspunkten för jämförelsekonstruktionen och faktorer som inträffade tidigare bör inte tillmätas betydelse för det hypotetiska jämförelseobjektets framställan.

4.2 Skadevärderingens hypotetiska prov

Den metodologiska grundsats som formulerades ovan kan tas som utgångspunkt även vid andra slags hypotetiska resonemang. Vid skadevärderingen görs enligt ett differenssynsätt en bedömning av skillnaden mellan den situation som den skadelidande befinner sig i och den situation som hon hade funnit sig i, om det inte varit för den ansvarsgrundande händelsen. I prövningen av skillnaden

mellan den faktiska utvecklingen och den hypotetiska utvecklingen så bör vi försöka formulera den hypotetiska prövningen så nära den verkliga som möjligt. I realiteten så måste vi naturligtvis beakta att den skadelidande kanske hade anledning att räkna med en ändrad livssituation etc. – kanske räknade hon med en löneökning eller ett bättre arbete i den framtid som spolierades av den skadeståndsgrundande händelsen – och sådana faktorer måste kunna beaktas i det hypotetiska provet. I praktiken blir det nog ofta en fråga om vad bevisrättsligt skall krävas för att den skadelidande skall göra påståenden om den alternativa händelseutvecklingen tillräckligt troliga för att beaktas. Men inställningen till de hypotetiska provens karaktär kan vara betydelsefulla för synen på hur bevisreglerna skall formuleras.

Vi kan således även här som en utgångspunkt tänka oss att den alternativa, icke-faktiska händelseutvecklingen bör ligga så nära den faktiska utvecklingen som möjligt, givet de faktiska omständigheter som rådde innan ansvarsgrunden inträffade. Att den skadelidande anför att hon skulle ha kunnat spela på V75 och då skulle ha vunnit pengar om hon inte blivit skadad kan i allmänhet inte tillmätas särskilt stor betydelse. Det är en oväntad och överraskande utveckling, som det i allmänhet inte finns anledning att beakta. Ibland kan det finnas särskilda anledningar att se annorlunda på situationen, men det är i sådana fall just undantag.

Vidare skall bedömningen av skadan också beakta tidsaspekten: Om den verkliga faktorn specificeras utifrån hur den yttrar sig vid T1 så skall även den hypotetiska faktorn specificeras såsom den rimligen kunde antas ha tett sig vid T1. Detta är viktigt. Det kan nämligen framstå som att det är rimligt att jämföra situationen omkring tiden för skadans inträffande med den verkliga situationen där skadan är av viss omfattning. Men det kan ju vara så att det finns en händelseutveckling som var

väntad vid tiden för den ansvarsgrundande handlingen och som bör beaktas. Säg att A, som var en höginkomsttagare, utsattes för en ersättningsgrundande händelse H vid T, som B svarar för. En längre tid efteråt vid T1 utlöses skadan – en sjukdom – och A blir heltidssjukskriven. Under tiden har A hunnit gå i pension och tjänar betydligt mindre. Skadan skall bestämmas utifrån en jämförelse mellan A:s situation vid T1 som den faktiskt är jämfört med hur den hade varit om inte H inträffat.

4.3 Skadeståndsberäkningens hypotetiska prov

Liknande tankar kan aktualiseras vid skadeståndsberäkningen. Om vi skall göra en bedömning av hur mycket ersättning som skall utgå för inkomstförlust bör vi i första hand skissera ett alternativt scenario som ligger så nära verkligheten som möjligt. I allmänhet så kan en jämförelse göras med den situation som faktiskt föreligger vid bedömningen och den situation som gällde innan den ansvarsgrundande handlingen inträffade. Men, och detta är betydelsefullt, härvid bör också tas i beaktande den utveckling som rimligen kunde antas ha skett mellan tidpunkten för den ansvarsgrundande händelsen och bedömnings-tidpunkten. Vilka beviskrav som härvid skall gälla har varit föremål för diskussion.¹⁹

4.4 Culpabedömningens hypotetiska resonemang

Även vid culpabedömningen kan de metodologiska kriterierna som här beskrivits rama in bedömningen, även om det kan framstå mer banalt i dessa fall. Om domstolen frågar sig om A var vårdslös när hon cyklade på B, kan en metod för att utföra bedömningen vara att jämföra A:s agerande med hur en aktsam X skulle ha agerat. Och i en sådan prövning skall X vara en så verklig person som möjligt, vars

beteende inte är överraskande skickligt eller oskickligt, i beaktande av den tidpunkt när bedömningen görs.

5. Slutsatser

Ersättningsrättens bedömningar medför ofta hypotetiska prov av olika slag. Det är ingenting som vi skulle kunna undvika, även om vi hade velat det. Det är dessutom inte säkert att vi vill undvika dem. De kritiska argument som framförts mot hypotetiska resonemang är överdrivna. Hypotetiska resonemang gör inte nödvändigtvis en faktiskt, eller objektiv, bedömning till en normativ eller värderande bedömning. Och hypotetiska resonemang gör inte bedömningarna helt indeterministiska eller oförutsebara.

Det finns emellertid en kärna i kritiken mot de hypotetiska resonemangen som kan vara värd att ta på allvar, nämligen att det finns en risk att sådana resonemang lättare låter sig manipuleras eller påverkas av ovidkommande faktorer. Här har jag föreslagit två hållpunkter som skulle kunna motverka dessa risker. Ett krav kan vara att vi i konstruktionen av jämförelsen skall sträva efter att formulera en situation som ligger så nära verkligheten som möjligt. Ett andra krav är att vi måste vara lyhörda för den temporala aspekten i vårt formulerande av det hypotetiska jämförelseobjektet. Dessa två metodologiska förslag löser knappast alla de hypotetiska provens svårigheter men kan, hoppas jag, utgöra en första ansats mot en säkrare – och mer förutsebar! – skadeståndsrättslig analys.

Noter

¹ Det finns likheter mellan det hypotetiska provets resonemang och den typen av argument som främst inom filosofin brukar diskuteras som "counterfactual": "Om fladdermöss hade

- varit döva så hade de jagat på dagtid”. Det intressanta med kontrafaktiska påståenden är att vi *vet* att de är falska, som i försatsen av fladder-mössexemplet.
- 2 Olika innebörder som differensläran kan ges diskuteras i Aleksander Peczenik, *Causes and Damages*, Lund 1979, s. 128 f.
 - 3 Se Ivar Strahl, *Expropriationsersättningen*, i *Fyra expropriationsrättsliga uppsatser*, Uppsala 1926, s. 149 ff, se främst s. 167 ff.
 - 4 Förutom ovan nämnda källor kan från obligationsrättsligt håll hänvisas främst till Jan Hellner, Richard Hager och Annina H. Persson, *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. Andra häftet. Allmänna ämnen*, 4 uppl., Stockholm 2006, s. 219 ff. Knut Rodhe, *Obligationsrätt*, Stockholm 1956, s. 467 ff. Ur skadeståndsrättslig doktrin kan nämnas till exempel Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid myndighetsutövning II*, Stockholm 1978, s. 78 ff., Bertil Bengtsson, *Ersättning vid offentliga ingrepp I*, Stockholm 1986, s. 147 ff., Bertil Bengtsson, *Ersättning vid offentliga ingrepp II*, Stockholm 1991, s. 226 ff., Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 7 uppl., Stockholm 2006, s. 356 f., Ulf Persson, *Skada och värde*, Lund 1953, passim, Marcus Radetzki, *Orsak och skada*, Stockholm 1998, s. 14 och 41, Marcus Radetzki, *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, Stockholm 2004, s. 17 ff och Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm, s. 278 ff. Se även Richard Hager, *Värderingsrätt*, Stockholm 1998, s. 215 ff. och passim.
 - 5 Jag bygger f.ö. en del av denna framställning på de reflektioner kring orsaksprövningens hypotetiska prov som jag gjorde i min doktorsavhandling, se Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, s. 245 ff.
 - 6 Se härvid Tony Honoré, *Necessary and Sufficient Conditions*, i David Owen (red.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 363 ff., på s. 370 ff. och Richard W. Wrights, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, i 73 *Iowa Law Review*, s. 1001 ff, s. 1039 ff. (1988).
 - 7 Se t.ex. Sören Häggkvist, *Thought Experiments in Philosophy*, Stockholm 1996, särskilt s. 19 ff. för exempel på detta från filosofiska diskussionen.
 - 8 Särskilt inflytelserika är argumenten i Wex S. Malone, *Ruminations on Cause-in-Fact*, 9 *Stanford Law Review*, s. 60 ff., särskilt på s. 67 f. (1956-1957).
 - 9 Se för en kritik mot denna tanke Mark Kelman, *The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory*, 63 *Chicago-Kent Law Review*, s. 579 ff. (1987).
 - 10 Det här har i nordisk litteratur särskilt framförts av Nils Nygaard, se Nils Nygaard, *Placing the Burden of Proof of a Hypothetical Cause*, 41 *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm 2001, s. 421 ff., särskilt s. 427 f., Nils Nygaard, *Årsaksspörsmål og årsakslærer i skadebotretten*, i *Rettsteori og Rettsliv*, Festskrift till Carsten Smith, Oslo 2002, s. 629 ff., på s. 630, Nils Nygaard, Ole Hagen och Siri Nome, *Årsak og bevis ved ansvar for skade*, Bergen – Oslo – Stavanger – Tromsø 1986, s. 25 f. Se även härvid Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5 uppl., Bergen 2000, s. 326 ff.
 - 11 Se Richard W. Wrights, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, i 73 *Iowa Law Review*, s. 1001 ff, s. 1039 ff. (1988) med hänvisningar till olika författare. Se även Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 *California Law Review*, s. 1735 ff., s. 1803 ff. (1985).
 - 12 Ett kraftfullt argument för denna tes återfinns hos E. Wayne Thode, *The Indefensible Use of the Hypothetical Case to Determine Cause in Fact*, 46 *Texas Law Review*, s. 423 ff. (1967-1968). Se för en motbild James A. Henderson, Jr., *A Defense of the Use of the Hypothetical Case to Resolve the Causation Issue – The Need for an Expanded, rather than Contracted, Analysis*, 47 *Texas Law Review*, s. 183 ff. (1968-69).
 - 13 Se Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 8.
 - 14 Se särskilt Wex S. Malone, *Ruminations on Cause-in-Fact*, 9 *Stanford Law Review*, s. 60 ff., särskilt på s. 67 f. (1956-1957).

¹⁵Se Högsta domstolens beslut 2007-10-29, i Ö 4869-06.

¹⁶Tony Honoré, Necessary and Sufficient Conditions, i David Owen (red.), The Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford 1995, s. 363 ff., på s. 371 ff

¹⁷Tony Honoré, Necessary and Sufficient Conditions, i David Owen (red.), The Philosophical Foundations of Tort Law, Oxford 1995, s. 363 ff.

¹⁸Här är jag inte säker på att det går att ställa upp någon allmän rekommendation för hur det hypotetiska provet kan ställas upp. Som en allmän utgångspunkt kan nog det hypotetiska provet i situationer av rent strikt ansvar utgå från ett

alternativt scenario där den påstått orsakande faktorn tänks bort och ersätts med den närmast liggande alternativa verklighetsbeskrivningen. Många gånger kan nog i dessa fall den närmast liggande verklighetsbeskrivningen innebära att faktorn tänks bort utan att ersättas med en annan faktor. Säg att bostadsrättsföreningen A utfört sprängningar på en fastighet i Stockholm och att B en tid efteråt noterar sprickbildningar i sitt hus. Olika förklaringar till sprickbildningen framförs. Domstolen kan i ett sådant fall utgå från en hypotetisk värld där sprängningarna tänks bort helt och hållet.

¹⁹Se för ett exempel på hur dessa svårigheter kan behandlas NJA 2007 s. 461.