



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Henrik Möller

Underlåtenhet

- objektiva ansvarsförutsättningar
i svensk skadeståndsrätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin: HT2016 period 2

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	8
FÖRKORTNINGAR	9
1 INLEDNING	10
1.1 Martin och verandan	10
1.2 Syfte och frågeställningar	10
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och perspektiv	13
1.4.1 Övergripande om uppsatsens metodval	13
1.4.2 Närmare om den rättsdogmatiska metoden och uppsatsens förhållningssätt till den	13
1.4.3 Uppsatsens tvärdisciplinära angreppssätt	15
1.5 Material	17
1.6 Forskningsläge	18
1.7 Terminologi	19
1.8 Disposition	21
2 DISTINKTIONEN MELLAN HANDLING OCH UNDERLÅTENHET	23
2.1 Inledande om distinktionsfrågan	23
2.2 Den lingvistiska grundproblematiken	24
2.3 Distinktionsfaktorer i juridisk doktrin	26
2.3.1 Fysiska rörelser	26
2.3.2 Positiv kontroll	27
2.4 Underlåtenhetens normativa implikationer	30
2.5 Rekonstruktion av teoriramen	32
3 OBJEKTIVA ANSVARSFÖRUTSÄTTNINGAR	36
3.1 Allmänt om objektiva ansvarsförutsättningar	36
3.2 Ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet	39
3.2.1 Rättsliga utgångspunkter	39

3.2.2	Handlingsplikten som ansvarsgrundande rättsfaktum. Reflektioner över taxonomin	43
4	PLIKTGRUNDANDE OMSTÄNDIGHETER	46
4.1	Lag eller annan författning	46
4.1.1	Allmänt om lagstadgade handlingsplikter	46
4.1.2	Konkretisering av den lagstadgade handlingsplikten	49
4.1.2.1	Fastställande av handlingspliktens räckvidd	49
4.1.2.2	Normskyddslärans tillämpning på handlingsplikter	52
4.1.3	Särskilt om vårdnadshavares ställning som övervakningsgarant	58
4.2	Avtalsförhållande	62
4.2.1	Allmänt om avtalsgrundade handlingsplikter	62
4.2.2	Avtalsgrundad handlingsplikt till förmån för tredje man	63
4.2.2.1	Inledande om problembilden	63
4.2.2.2	Gynnande tredjemansplikt	68
4.2.2.3	Handlingsplikt till skydd för allmänheten	69
4.3	Anknytning till särskild farokälla	71
4.3.1	Inledande anmärkningar	71
4.3.2	Allmänt om pliktgrunden	72
4.3.2.1	Skaderisker emanerande från personer	72
4.3.2.2	Skaderisker emanerande från egendom	74
4.3.3	Några särskilda problemställningar avseende pliktgrunden	76
4.4	Faroskapande handling	79
4.5	Rättsstridig underlåtenhet	81
4.5.1	Inledande anmärkningar	81
4.5.2	Den straffrättsliga pliktens skyddsändamål	82
4.5.3	Straffrättsliga utvidgningar av pliktgrunderna	84
4.5.3.1	Garantställning på grund av ”frivilligt åtagande”	84
4.5.3.2	Garantställning på grund av ”nära levnadsgemenskap”	87
5	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	89
5.1	Distinktionen mellan handling och underlåtenhet	89
5.2	Ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet	91
5.3	Pliktgrundande omständigheter	92
5.3.1	Allmänt om pliktgrunderna	92
5.3.2	Ett gränsöverskridande ansvarsbegrepp	94
5.3.3	Återkoppling till några anförda exempel	95
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	96
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	103

Summary

The general purpose of this research paper is to identify, systematise and problematise the objective criteria for liability in relation to omissions in Swedish tort law. In addition, the paper aims at constructing a theoretical framework around these criteria, with a further intention to analyse the legal-linguistic aspects of the issue. Hence, the paper is based on question formulations regarding the distinction between the notion of act as opposed to omission, the legal function of the general liability restriction in relation to such omissions, and the contents and delimitations of the conditions that give rise to a “duty to act” according to Swedish tort law.

In the introductory excursus, the distinction between act and omission is presented as a linguistic complex of problems with potential implications for the forthcoming liability issues. The analysis proves that the distinction is of great significance in tort law. In legal doctrine, this issue has been discussed on a particulate as opposed to structural level. I present two factors of significance for the issue of distinction, although the analysis proves that each model of explanation carries inherent weaknesses. This complex of problems is undeveloped in doctrine and court practice. Hence, no clear conclusions can be drawn from the study in this respect.

The analysis proves that the general liability restriction establishes a fundamental legal principle to the effect that causal omissions, as a main rule, do not generate any liability to pay damages, regardless of the intention and risk awareness of the tortfeasor. In my view, the fundamental distinction between objective and subjective liability criteria in tort law should be upheld with respect to omissions.

In summary, Swedish tort law acknowledges legal duties to act based on a statute, a contractual obligation, a factual connection to a source of danger, an earlier risk-generating act *or* the fact that an omission is unlawful. The analysis proves that these duties typically have been delimited by means of two methods in doctrine and court practice. The first method concerns the scope of the duty. This issue of interpretation is dealt with by applying general or contractual legal principles. The second method concerns the protected purposes of the duty. This issue is dealt with by applying the doctrine of protected interests and principles regarding extension of a duty to a third party. Moreover, the analysis identifies certain difficulties in assessment that typically arise when dealing with duties based solely on

factual circumstances. Since the Swedish Supreme Court has, in a number of cases involving such duties, allowed for the traditional negligence criteria to distinctively influence the objective assessment of the duty, a clear tendency to “shorten” the liability test in relation to such omissions can be noted in Swedish tort law.

In conclusion, the analysis unequivocally shows that an omission is a transboundary as well as multifaceted concept of responsibility, since the assessment of its merits in a tort law context often requires consideration of non-tort issues. In particular, the analysis reveals a complex relationship between tort law and criminal law in the legal field of omissions.

Sammanfattning

Det övergripande syftet med denna uppsats är att identifiera, systematisera och problematisera de objektiva förutsättningarna för underlåtenhetsansvar i svensk skadeståndsrätt. Avsikten är därtill att konstruera en teoriram kring dessa förutsättningar, med en ytterligare ambition att analysera de språkliga företeelser som bygger upp rätten på underlåtenhetsområdet. Uppsatsen utgår därför från frågeställningar rörande distinktionen mellan begreppen handling och underlåtenhet, den allmänna ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet och de pliktgrundande omständigheterna i skadeståndsrätten samt avgränsningen av dessa.

I uppsatsens inledande språkliga exkurs presenteras distinktionsfrågan som en lingvistisk problematik med potentiella implikationer för den vidare analysen av underlåtenhetsansvaret. Analysen visar att distinktionen mellan handling och underlåtenhet är central i skadeståndsrätten, och därtill att argumentationen rörande denna förts på en partikulär respektive strukturell nivå i den juridiska doktrinen. Jag redovisar två distinktionsfaktorer som kan vara till hjälp för att argumentera i frågan, men analysen visar också att respektive förklaringsmodell bär på inneboende svagheter. Problematiken är outvecklad och några säkrare slutsatser har jag inte kunnat dra.

Analysen visar att den allmänna ansvarsbegränsningen fastslår en central rättsprincip med innebörden att orsakanden av skada genom underlåtenhet som huvudregel inte är ansvarsgrundande, vilket dessutom gäller oavsett den underlåtandes avsikter och insikter om skaderisken. Enligt min mening finns, åtminstone på underlåtenhetsområdet, anledning att upprätthålla den grundläggande skadeståndsrättsliga distinktionen mellan objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningar.

En skadeståndsrättsligt sanktionerad handlingsplikt kan sammanfattningsvis grundas på bestämmelser i lag eller annan författning, ett avtalsförhållande, en särskild anknytning till en farokälla, en tidigare faroskapande handling eller den omständigheten att underlåtenheten är rättsstridig. Analysen visar att plikterna avgränsats genom tillämpning av två metoder i praxis och doktrin. Den första rör handlingspliktens ”räckvidd” och är en fråga om tolkning som företrädesvis får besvaras med tillämpning av allmänjuridiska eller avtalsrättsliga principer. Den andra rör pliktens skyddsändamål och får besvaras huvudsakligen med tillämpning av principer rörande normskydd eller pliktens verkan i förhållande till tredje man. Analysen identifierar

därutöver vissa bedömningssvårigheter som uppstår när plikten istället grundas på rent faktiska omständigheter. Eftersom HD i sådana fall låtit den objektiva bedömningen av handlingspliktens räckvidd tydligt influeras av culpabedömningens kriterier kan man här se tendenser till argumentativ förkortning av den skadeståndsrättsliga ansvarsprövningen.

Analysen visar sammantaget att underlåtenheten är ett *gränsöverskridande* och mångfacetterat ansvarsbegrepp, eftersom den skadeståndsrättsliga bedömningen av denna ofta innefattar ställningstaganden till rättsfrågor av icke-skadeståndsrättslig karaktär. I synnerhet blottlägger analysen ett komplicerat förhållande mellan skadeståndsrätten och straffrätten på underlåtenhetsområdet.

Förord

”Hvor ord svigter, taler musikken”

Hans Christian Andersen 1805-1875

Mitt intresse för frågor rörande underlåtenhet väcktes under straffrättskursen på juristprogrammets femte termin, när jag och några kursare fick i uppgift att hålla en redovisning om garantläran. För egen del följde jag upp arbetet med att skriva kandidatuppsats i ämnet. Inför examensarbetet hade jag läst en fördjupningskurs i skadeståndsrätt och fått tillfälle att reflektera över det faktum att de objektiva förutsättningarna för underlåtenhetsansvar är betydligt mindre utredda på detta rättsområde. Genom att konstruera en teoriram kring frågorna har jag förhoppningsvis lämnat ett bidrag till diskussionerna i rättslitteraturen.

Jag skulle ljuga om jag skrev att det kändes som att det var igår jag steg in i Pufendorfsalen för första gången. På fem år hinner nästan allt hända. Men när jag nu, åtminstone för den här gången, lämnar fakulteten är det ändå inte utan att det känns lite vemodigt. Det har varit roliga (men mödosamma) år fyllda av stora lärdomar och fantastiska människomöten. Jag är säker på att jag aldrig kommer att ångra att jag blev jurist.

Slutligen. Mamma och pappa. Tack för att ni, med kärlek och tro på min förmåga, helhjärtat stöttat mig genom utbildningen. Utan er hjälp hade det aldrig gått. Ett varmt tack också till övriga i släkten och till vänner utanför fakultetens väggar, som med stort engagemang följt mina studier. Tack till Emma, som med kärlek och stort tålamod lyssnat till alla mina resonemang. Nu är det min tur att lyssna till dina. Tack till alla underbara kursare som i tid och otid förgyllt vistelsen på fakulteten. Ingen nämnd; ingen glömd. Till sist ett stort tack till min handledare, universitetslektor Eva Lindell-Frantz, som inte bara kommit med värdefulla synpunkter och råd under detta arbetes gång utan också varit en stor källa till inspiration och entusiasm under övriga delar av utbildningen. Ett extra tack till lektor Christoffer Wong på straffrättskursen, som gav mig tillfälle att fördjupa mina kunskaper i underlåtenhetsämnet.

Så. Nu är det klart. Och nu börjar det.

Förkortningar

a.	anfört
a.a.	anfört arbete
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
art.	artikel
BFL	Bokföringslag (1999:1078)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
BSL	Brottskadlagen (2014:322)
cit.	citerad
f.	följande sida
ff.	följande sidor
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FL	Förvaltningslag (1986:223)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
hänv.	hänvisning
Ibid.	på samma ställe
JustR	justitieråd
kap.	kapitel
Kungl. Maj:t	Kunglig Majestät
kursiv.	kursivering
LVU	Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
MB	Miljöbalk (1998:808)
men.	mening
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OL	Ordningslag (1993:1617)
p.	punkt
PL	Polislag (1984:387)
prop.	proposition
red.	redaktör
RNL	Revisionslag (1999:1079)
s.	sida
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
st.	stycke
uppl.	upplaga
VL	Väglagen (1971:948)

1 Inledning

1.1 Martin och verandan

En osedvanligt kall vinter är Anna och Martin på besök i Annas föräldrahem på västkusten. Släkt och vänner har bjudits in till julfest. Det äts och dricks och stämningen är hög. Framåt småtimmarna går Martin och en gammal studiekamrat till honom ut på den träbelagda verandan för att prata minnen. Men verandan har frusit och blivit glashal, och så fort Martin sätter foten utanför dörren halkar han. Det vill sig inte bättre än att han slår i huvudet, tappar medvetandet och får en allvarlig hjärnskakning. Ambulans tillkallas och festen får en synnerligen tråkig avslutning.

Några veckor senare har Martin återhämtat sig från skadan. Han har enbart vaga minnen från kvällen. Anna anser att det var en olyckshändelse som berodde på naturens krafter. Annas pappa Jonas har sagt att vintern är sträng och att han själv hade halkat på verandan några dagar tidigare. Martin har börjat fundera på om det verkligen inte är någon som, åtminstone rent teoretiskt, skulle kunna ställas till svars för det inträffade. Borde inte Jamila, som nyss hade tagit en rökpaus på verandan, ha förvarnat honom om dess hala tillstånd? Kunde inte Jonas ha sandat den tidigare under kvällen?

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att *identifiera*, *systematisera* och *problematisera* de objektiva förutsättningarna för underlåtenhetsansvar i svensk skadeståndsrätt.

Att syftet är *identifierande* innebär att uppsatsen, med tillämpning av rättsdogmatisk metod,¹ avser att analysera innebörden av de objektiva förutsättningarna och de regler och principer som föregår och omger dem. Att syftet också är *systematiserande* innebär att avsikten är att konstruera en sammanhållen teoriram kring dessa förutsättningar samt begreppet underlåtenhet och dess tillämpning på skadeståndsrättens område. Att syftet därutöver är *problematiserande* innebär att framställningen inte enbart har rättsinterna ambitioner utan också anlägger ett vidare perspektiv, som söker förstå de bakomliggande språkliga företeelser som bygger upp rätten.

¹ Den rättsdogmatiska metoden förklaras i avsnitt 1.4.1 och 1.4.2 nedan.

För dessa ändamål styrs uppsatsens närmare innehåll av tre frågeställningar. De lyder som följer:

- Hur kan man argumentativt skilja underlåtenhet från handling i en skadeståndsrättslig ansvarsanalys?
- Vilken innebörd har den allmänna ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet?
- Vilka omständigheter kan grunda en skadeståndsrättsligt sanktionerad handlingsplikt, och hur kan en sådan plikt avgränsas?²

1.3 Avgränsningar

Uppsatsens karaktär av fördjupning innebär att den saknar en redogörelse för skadeståndsrättens grunder. Läsaren förutsätts således känna till rättsområdets grundläggande beståndsdelar. I avsnitt 3.1 nedan redogörs visserligen för skadeståndsrättens objektiva ansvarsförutsättningar, men knappast särskilt uttömmande utan snarare med avsikten att applicera underlåtenheten som rättslig företeelse på dessa. Inte heller definieras i denna uppsats elementära allmänjuridiska, förmögenhetsrättsliga eller ens skadeståndsrättsliga begrepp och företeelser såsom till exempel culpa eller principalansvar.

Som framgår av syftesformuleringen är uppsatsen avgränsad till *objektiva* ansvarsförutsättningar. Culpa- och adekvanskravet faller således utanför denna framställning. Åtminstone det förstnämnda av dessa krav torde dock inte sällan ändå bli av underordnad betydelse i underlåtenhetssammanhang.³ Till de objektiva ansvarsförutsättningarna får emellertid också anses höra det rena kausalitetskravet, det vill säga kravet på orsakssamband mellan underlåtenhet och skadeföljd. Denna, för underlåtenheten i allra högsta grad relevanta, fråga har fått ny aktualitet och blivit mycket uppmärksam i doktrinen efter HD:s rättsbildande (och kontroversiella) uttalanden i NJA 2013 s. 145. Den rättspraxis som följt i spåren efter avgörandet visar också att det sista ordet i denna fråga knappast är sagt. Som det träffande har uttryckts i doktrinen är emellertid enbart frågan om underlåtenhetens kausalitet ”av en räckvidd och svårighetsgrad som skulle kunna passa för en doktorsavhandling”,⁴ och följaktligen alltför omfattande för att ges en

² Frågeställningarnas härledning ur uppsatsens syfte utvecklas närmare i avsnitt 1.8 nedan.

³ Se avsnitt 2.4 nedan ang. underlåtenhetens normativa implikationer, och särskilt vid not 70 ang. HD:s nyliga bekräftande av desamma. Se också Andersson (2013c) s. 177.

⁴ Bengtsson (2016) s. 437.

tillfredsställande belysning i detta sammanhang. Frågan kommer därför inte att behandlas närmare i uppsatsen.⁵

För att uppsatsens omfång inte ska bli alldeles ohanterligt har jag valt att i princip inskränka framställningen till utomobligatorisk skadeståndsrätt. Denna avgränsning är även motiverad av tematiska skäl, eftersom handlingsplikter i rent inomobligatoriska förhållanden aktualiserar spørsmål som är artskilda från de som ska behandlas närmare i denna uppsats. Ett avtalsförhållande utgör dock en väsentlig grund för underlåtenhetsansvar i svensk skadeståndsrätt, och jag har därför ansett det nödvändigt att inkludera en allmän redogörelse för denna pliktgrund. Den närmare analysen kommer dock naturligt nog att inriktas på frågor som har att göra med gränsdragningen mot den utomobligatoriska skadeståndsrätten.⁶ Behandlingen är i dessa delar dessutom avgränsad till allmän avtalsrätt; kontraktsrättsliga plikter som följer av speciallagar på exempelvis köprättens område faller således helt utanför framställningen.⁷

Det bör noga framhållas att denna uppsats inte behandlar den närmast rättsfilosofiska frågan huruvida en ”allmän civilkuragelag”, det vill säga en plikt för alla och envar att vidta åtgärder till förhindrande av att andra människor skadas, lämpligen bör införas eller vad som rättfärdigar frånvaron av en sådan plikt i svensk straff- och skadeståndsrätt. Det är snarast denna fråga som är allra mest omskriven i rättslitteraturen gällande underlåtenhet. Som också uttryckts där är frågan ”extremt komplicerad”⁸, och en behandling av den faller även tematiskt utanför denna uppsats. Den betydelse, som frånvaron av en sådan allmän plikt får för den här förda diskursen gällande underlåtenhetsansvaret, berörs endast mycket kortfattat, där några hänvisningar till doktrinen behandling av densamma också görs.⁹

Redogörelsen för lagstadgade handlingsplikter i avsnitt 4.1.1 är med nödvändighet inte uttömmande, vilket beror på att omfattningen av dessa på framför allt förvaltningsrättens område är närmast oöverskådligt. Behandlingen i denna del inskränker sig i princip till sådana exempel som är

⁵ För framställningar om denna fråga kan i allmänhet hänvisas till Schultz (2007) s. 519 ff. och, ang. den senaste utvecklingen, till NJA 2013 s. 145 och NJA 2014 s. 272 samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 189 f., Heuman (2014) s. 357 ff., Nydrén (2013) s. 7 ff. och Andersson (2013a). Nämnda rättsfall NJA 2013 s. 145 ska behandlas även i denna uppsats, men då i ett annat sammanhang; se avsnitt 4.1.2.2.

⁶ Se särskilt avsnitt 4.2.2 och 4.3.1.

⁷ Dessa senare frågor har behandlats ingående av exempelvis Cervin (1960) och Ramberg (1993).

⁸ Schultz (2007) s. 569.

⁹ Se avsnitt 3.2.1 och särskilt noter 134-137.

av relevans för den närmare analysen av pliktgrunden i därpå följande avsnitt. Jag är självklart medveten om den risk för subjektivitet som därvid uppkommer.

Avslutningsvis ska nämnas att underrättsdomar av utrymmesskäl inte tas upp. Av samma skäl behandlar uppsatsen inte heller medvållandefrågor.

1.4 Metod och perspektiv

1.4.1 Övergripande om uppsatsens metodval

De valda frågeställningarna ska i första hand besvaras genom tillämpning av rättsdogmatisk metod. Innebörden av rätten på underlåtenhetsområdet ska alltså, ur ett *de lege lata*-perspektiv, undersökas och analyseras med hjälp av rättskällorna; i första hand lagar, förarbeten, rättsfall och litteratur.¹⁰

Den lagstadgade handlingspliktens skyddsintressen kommer i viss mån också att analyseras utifrån Europakonventionen och Europadomstolens praxis. I denna del kan uppsatsen sägas tillämpa en europarättslig metod; innebörden av gällande rätt ska alltså här sökas i dessa europarättsliga källor. Metoden tar sin utgångspunkt i principen om Europakonventionens företräde framför nationell rätt, varvid hänsyn måste tas till europarättens särdrag när källorna tolkas och tillämpas i en nationell kontext.¹¹ Att således även denna uppsats, som behandlar ett klassiskt svenskt skadeståndsrättsligt problem, inbegriper europarätt är mycket signifikativt för europeiseringens genomslag på nationell nivå.

1.4.2 Närmare om den rättsdogmatiska metoden och uppsatsens förhållningssätt till den

Rättsdogmatisk analys kan beskrivas som en analys eller rekonstruktion av de olika momenten i den ovan nämnda rättskälleläran så att slutresultatet får anses spegla innehållet i gällande rätt i något visst avseende.¹² Detta rekonstruktionsförfarande har ansetts vara rättsdogmatikens huvuduppgift.¹³ Ett sådant förfarande tar sig ofta (och så också i föreliggande uppsats)

¹⁰ Se i allmänhet Kleineman (2013) s. 21 ff.

¹¹ Jfr Reichel (2013) s. 110.

¹² Kleineman (2013) s. 26.

¹³ Jareborg (2004) s. 4.

uttryck i ett *systematiserande* av rätten.¹⁴ *Tolkning* av det valda materialet står allt som oftast i fokus för denna verksamhet; rättsdogmatiken kan således sägas utgöra en ”tolkningslära” på så sätt att det först gäller att fastställa en generell rättsregel och därefter att förklara densamma och dess relevans i ett visst sammanhang.¹⁵

När, som i denna uppsats, fråga är om en ansvarsdiskurs är det naturligt att tillämpningen av den rättsdogmatiska metoden inriktas på ansvarets *gränssområden* mot icke-ansvar. Uppsatsens analys av de pliktgrundande omständigheterna kommer således att sträva efter att definiera de centrala problemställningar som enligt min mening torde vara av relevans för att skilja de fall där ansvar kan tänkas från fall där ansvar troligen är uteslutet.

Att uppsatsen tillämpar en rättsdogmatisk metod innebär inte att framställningen är övervägande deskriptiv till sin karaktär. Med beaktande av att ämnet är outvecklat och rättsläget bitvis mycket oklart skulle ett sådant förhållningssätt i själva verket vara direkt kontraproduktivt. Det kan således inte bli tal om att indela framställningen i en deskriptiv och en analytisk del. Istället ska teoriramen konstrueras genom *fortlöpande egen analys* av det valda materialet i sådan omfattning att framställningens metodologiska förhållningssätt närmast kan betecknas som *rättsanalytiskt* snarare än rättsdogmatiskt.¹⁶ Härvid har jag, som brukligt, lagt stor vikt vid att mina egna slutsatser av materialet noga skiljs från andra författares.

I utvecklingen av syftesformuleringen ovan nämndes att uppsatsen även söker förstå de bakomliggande språkliga företeelser som bygger upp rätten. Framställningen kan därvid åtminstone i vissa delar, med en terminologi införd av Håkan Andersson, sägas anlägga ett *post-modernt perspektiv* på rättsdogmatiken.¹⁷ Andersson skriver under rubriken ”Rättsskapandet – tematiken kring struktur och konstruktion av rättens innebörd”, att man under de senaste tre eller fyra decennierna kunnat märka ett rättsdogmatiskt skifte i litteraturen, från frågor av karaktären ”vad” till spörsmålen kring ”hur”; istället för att söka fastslå ”vad” rätten objektivt är, fokuseras aktiviteten allt oftare på en analys av ”hur” rätten argumentativt *konstrueras* och hur man i enskilda fall skapar och legitimerar rättsliga lösningar.¹⁸

¹⁴ Se särskilt Peczenik (2005) s. 249 ff.

¹⁵ Kleineman (2013) s. 29.

¹⁶ Kleineman (2013) s. 24 med hänv.

¹⁷ Andersson (2013b) s. 343 ff.

¹⁸ Andersson (2013b) s. 346 f. Enligt Andersson handlar det om ett skifte ”från det förmenta upptäckandet av svar, till det konstruktiva sökandet efter rättsliga responser på frågor”.

Underlåtenhetsområdet lämpar sig väl för ett sådant ”konstruktivistiskt” förhållningssätt redan av den anledningen att den objektiva ansvarsanalysen i underlåtenhetsfall inriktas på ett sökande efter omständigheter (vare sig dessa är rättsliga eller rent faktiska) som kan grunda ”handlingsplikter” av olika slag.¹⁹

Jag har dock velat ytterligare anamma det post-moderna förhållningssättet genom att undersöka den oklara distinktionen mellan begreppen handling och underlåtenhet. Uppsatsens huvudtext inleds således med en exkurs som, ur en *språklig* synvinkel, avser att problematisera dessa begrepp och deras inbördes relation.²⁰ Enligt Andersson har post-moderna metodredskap på detta sätt ofta språkteoretiska drag; uppmärksamheten fästs till exempel på hur bruket av olika begrepp påverkar de juridiska resonemangen i olika riktningar.²¹ Min avsikt med denna exkurs är, återigen med Anderssons ord, att *dekonstruera* rättsfiguren underlåtenhet som ”fixerad och färdig entitet”, det vill säga att plocka isär rättsfiguren i dess språkliga beståndsdelar, för att därefter, med hjälp av teorier rörande distinktionen och underlåtenhetens normativa implikationer, *rekonstruera* densamma.²² Därigenom uppnås förhoppningsvis en ökad förståelse för underlåtenhetsspörsmålet inför uppsatsens mera centrala delar.

1.4.3 Uppsatsens tvärdisciplinära angreppssätt

Tvärdisciplinär forskning innebär ett överskridande av disciplinränsar i syfte att analysera fenomen eller begrepp på ett vetenskapsområde genom användning av teorier, begrepp eller förklaringsmodeller som utvecklats på ett annat.²³ Underlåtenhetsspörsmålet ska i denna uppsats angripas på just ett sådant tvärdisciplinärt sätt, genom att den *straffrättsliga* behandlingen av detsamma utnyttjas i den skadeståndsrättsliga ansvarsanalysen.

De svenska skadeståndsreglerna har i allmänhet ett historiskt mycket nära samband med straffrätten. Den svenska skadeståndsrätten har i själva verket utvecklats ur straffrätten; skadeståndet blev ingen självständig rättsföljd förrän i mitten av 1800-talet, men reglerna återfanns då fortfarande i strafflagen.²⁴ Häri ligger en stor del av förklaringen till att den svenska

¹⁹ Se vidare nedan i kap. 4.

²⁰ Se kap. 2 nedan.

²¹ Andersson (2013b) s. 347 f.

²² Ibid.

²³ Gräns (2013) s. 429.

²⁴ Hellner och Radetzki (2014a) s. 28 f.

skadeståndsrätten och straffrätten dels behandlas samfällt i flera praktiska hänseenden, exempelvis genom domstols prövning av enskilda anspråk i brottmål,²⁵ dels har gemensamt stora delar av disciplinernas *allmänna ansvarsläror* på ett sätt som ur ett internationellt perspektiv torde vara mindre vanligt.²⁶ Den teoretiska bedömningen av vissa rättsliga spørsmål (till exempel kausalitet och ansvarsbefriande omständigheter) sker alltså i princip på samma sätt i straffrätt och skadeståndsrätt.²⁷ Den objektiva bedömningen av underlåtenheter i jämförelse med handlingar är just ett sådant spørsmål. I doktrinen finner man således uttalanden av innebörden att en analys av det skadeståndsrättsliga underlåtenhetsansvaret skulle kunna överföras till en straffrättslig kontext utan omfattande modifikationer, eftersom samröret mellan den straff- och den skadeståndsrättsliga analysen här är tydligt.²⁸ Tidigare juridiska framställningar i ämnet har också anammat detta synsätt genom en sammanhållen behandling av straffrättens och skadeståndsrättens innebörd på underlåtenhetsområdet.²⁹

På underlåtenhetsområdet märks samröret mellan straff- och skadeståndsrätt främst på två sätt: dels gäller den allmänna ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet även på straffrättens område, dels har respektive doktrins behandling av pliktgrundande omständigheter i betydande mån överlappat. Jag har därför ansett det motiverat att i motsvarande avsnitt även redogöra för frågornas straffrättsliga behandling. Därtill kommer vissa straffrättsliga begrepp, som förklaras närmare när ansvarsanalysen nått dithän, att appliceras på den skadeståndsrättsliga analysen. Det sagda innebär inte att framställningen skulle vara *interdisciplinär* i den meningen att avsikten skulle vara att ”förena” dessa två discipliner till ett gemensamt synsätt på rättsfiguren underlåtenhet.³⁰ Förhållandet mellan skadeståndsrätten och straffrätten på underlåtenhetsområdet måste överhuvudtaget anses oklart. I skadeståndsrättslig doktrin finns, som vi ska se, exempel på att slutsatser i straffrättsliga HD-avgöranden avseende underlåtenhet ansetts kunna överföras till den skadeståndsrättsliga analysen utan vidare resonemang.³¹ Denna uppfattning skulle jag i någon mån vilja polemisera mot. Sambandet mellan skadeståndsrätten och straffrätten är inte på något sätt absolut; medan skadeståndsrätten bland annat syftar till att placera kostnader och fördela risker mellan parter är straffet en repressiv reaktion mot beteenden

²⁵ Se Friberg och Sunnqvist (2015) s. 123 ff. för en ingående genomgång av straffrättens och skadeståndsrättens gemensamma drag.

²⁶ Hellner och Radetzki (2014a) s. 29.

²⁷ Ibid.

²⁸ Schultz (2007) s. 514, särskilt fotnot 1092. Se också Hellner och Radetzki (2014a) s. 29.

²⁹ Se framför allt Sund (1989).

³⁰ Gräns (2013) s. 428.

³¹ Se nedan i avsnitt 4.2.2.3.

som av samhället betraktas som förkastliga.³² Enligt min mening måste de pliktgrundande omständigheterna sättas in i en skadeståndsrättslig teoriram i syfte att undersöka deras relevans för den här förda ansvarsdiskursen.

1.5 Material

I denna uppsats ska innebörden av rätten på underlåtenhetsområdet undersökas och analyseras med hjälp av de sedvanliga rättskällorna. Vad gäller *lagstiftning* är främst regelverket i skadeståndslagen (1972:207) av intresse, men hänvisning görs också till många speciallagar av relevans, exempelvis lagen (2007:1150) om tillsyn över hundar och katter, ordningslagen (1993:1617) och lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga. Osedvanligt få hänvisningar görs till *förfarbetena*, eftersom frågor rörande underlåtenhetsansvar sällan behandlats där. Ett undantag är avsnittet om vårdnadshavares tillsynsplikt, där förfarbetena refereras flitigt.

Rättsfall är av stor betydelse för analysen av underlåtenhetsansvarets gränser. Gällande det allmännas underlåtenhetsansvar kan här, för det första, särskilt nämnas det i skadeståndsrättsliga kretsar välkända ”badbryggefallet” NJA 1979 s. 179, där en person bröt nacken vid dykning i grunt vatten från en brygga vid en kommunal badplats. Stort utrymme ges också det i doktrin och media mycket uppmärksammade ”häktesfallet” NJA 2007 s. 891, där en intagen hängde sig i häktescellen efter att personalen underlåtit att ta ifrån honom livremmen, och ”Landskrona-fallet” NJA 2013 s. 145, där en trettonårig flicka som varit mycket illa i hemmet och inom psykvården brände ner ett varuhus i Landskrona. Gällande ansvaret för enskilda kan nämnas ”Securitas-fallet” NJA 2001 s. 711, där ett bevakningsföretag genom underlåtenhet vållade ett inbrott i ett bankvalv, och det straffrättsliga ”styvpappafallet” NJA 2013 s. 588, där en styvpappa underlät att ordna adekvat sjukhusvård åt sin sambos barn.

Ansvar för underlåtenhet har främst utvecklats genom diskussioner i juridisk *doktrin*. Åtskilliga hänvisningar görs till böcker och artiklar som behandlar ämnet. Härvid görs också vissa hänvisningar till dansk och norsk doktrin, där frågorna inte sällan behandlats och bedömts på liknande sätt. I kapitlet om distinktionen mellan handling och underlåtenhet refereras i stor utsträckning det appendix om underlåtenhet som finns i civilrättsprofessorn Mårten Schultz doktorsavhandling *Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig*

³² Se allmänt Andersson (2013c) s. 178 ff. samt Friberg och Sunnqvist (2015) s. 123 ff.

argumentation. I fördjupande syfte görs här också vissa hänvisningar till anglosaxisk litteratur, främst framställningar av civilrättsprofessorn Tony Honoré. Gällande konkretiseringen av den lagstadgade handlingsplikten används verk av civilrättsprofessorn Håkan Andersson flitigt, främst hans doktorsavhandling *Skyddsändamål och adekvans*. I motsvarande avsnitt om den avtalsgrundade handlingspliktens verkan i förhållande till tredje man nyttjas i stor utsträckning artiklar av Bertil Bengtsson, civilrättsprofessor och f.d. justitieråd. Verk av numera avlidna civilrättsprofessorerna och justitieråden Jan Hellner och Hjalmar Karlgren, främst deras respektive standardverk *Skadeståndsrätt*, refereras i mycket stor utsträckning i denna uppsats. Till stor nytta har också Lars-Göran Sunds doktorsavhandling *Tillsyn över barn* varit. När det gäller redogörelserna för ämnets behandling på straffrättens område är det straffrättsprofessorn Nils Jareborgs böcker som står i fokus, främst standardverket *Kriminalrättens grunder*, numera utgiven av Petter Asp och Magnus Ulväng, bägge straffrättsprofessorer och den förstnämnde numera även justitieråd.

1.6 Forskningsläge

Att ämnet underlåtenhet generellt har ägnats ganska liten uppmärksamhet på den svenska skadeståndsrättens område är knappast något kontroversiellt påstående. Även i straffrättsliga kretsar framhålls ibland att garantläran, som är det rättsliga instrument med vilket underlåtenhetsspörsmålet analyseras inom detta rättsområde, är påtagligt lös i sina konturer och därför också svårtillämpad. Det skulle bland annat göra åklagare mindre benägna att väcka åtal i fall som rör underlåtenhet.³³ Det största straffrättsliga bidraget till diskussionerna om ansvar för underlåtenhet har gjorts av Jareborg, som i sina ambitiösa straffrättsteoretiska verk utvecklat garantläran betydligt.³⁴

På skadeståndsrättens område saknas överhuvudtaget en sammanhållen och gemensam teoribildning att placera in underlåtenhetsfallen i. Vissa aspekter av ämnet har dock belysts i desto större utsträckning. Framför allt kausalitetsspörsmålet har diskuterats relativt flitigt i litteraturen efter HD:s nyliga utveckling av rättsläget. Ett viktigt arbete i detta sammanhang, som dock idag (på grund av den väg som HD slagit in på) torde vara av mindre relevans för en *de lege lata*-analys av kausalitetsfrågan, utgör det appendix som Mårten Schultz fogade till sin doktorsavhandling. I samma arbete analyserade Schultz, som ende författare i den skadeståndsrättsliga

³³ Se t.ex. Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 111.

³⁴ Se t.ex. Jareborg (1995) s. 118 ff.

doktrinen, distinktionen mellan begreppen handling och underlåtenhet samt frågan om underlåtenhetsbegreppets förhållande till handlingsbegreppet.

Medan diskussionerna avseende bland annat underlåtenhetens kausalitet således fått allt skarpare konturer, har utvecklingen av övriga objektiva förutsättningar för underlåtenhetsansvar snarast gått åt motsatt håll. Vid tiden för SkL:s tillkomst ägnade Hjalmar Karlgren flera sidor i sitt standardverk *Skadeståndsrätt* åt en behandling av de omständigheter som enligt honom kunde grunda en skadeståndsrättslig handlingsplikt. I sitt stora skadeståndsrättsliga arbete nöjde sig däremot Jan Hellner med att endast i korta ordalag behandla vissa pliktgrundande omständigheter. Någon vidareutveckling av Karlgrens och Hellners teorier och kategoriseringar i ljuset av ny rättspraxis har inte följt i deras spår. Istället kan läget på underlåtenhetsområdet nu sammanfattas så, att det föreligger flera ”lösa trådar” i olika skadeståndsrättsliga framställningar som inte i första hand behandlar underlåtenhetsspörsmålet. En sammanhållen analys saknas alltså i litteraturen. Mot denna bakgrund är ambitionen att, genom att sammanföra och dra slutsatser av det valda materialet, konstruera en teoriram kring underlåtenhetsfrågorna. Jag hoppas på detta sätt kunna bidra till rättsutvecklingen på området.

1.7 Terminologi

Det är inte alls självklart att den aspekt av mänskligt agerande som härfter ska analyseras i denna uppsats, nämligen det att ”inte göra någonting”, bör benämnas ”underlåtenhet”. Inom straffrätten är begreppsparet underlåtenhet respektive handling sedan länge det helt dominerande. På skadeståndsrättens område är begreppshanteringen emellertid mera splittrad. I doktrinen har begreppet ”passivitet” ibland använts för att beskriva företeelsen; bland andra av Hellner.³⁵ Mer eller mindre kvasirättsliga variationer av begreppen är också vanligt förekommande. Bengtsson har talat om ”ansvar för *ren* underlåtenhet”, varmed han torde avse en underlåtenhet som inte föregåtts av en faroskapande handling.³⁶ Eftersom ansvarsprövningen inriktas på den efterföljande underlåtenheten även i fall där en tidigare handling används för att göra underlåtenheten ansvarsgrundande,³⁷ finns dock enligt min mening ingen logisk anledning att anse sådana underlåtenheter mindre ”rena” än andra. Karlgren har beskrivit den allmänna ansvarsbegränsningen under

³⁵ Hellner och Radetzki (2014a) s. 104. Se även t.ex. Cervin (1960) s. 29 ff.

³⁶ Bengtsson (2016) s. 437.

³⁷ Se nedan i avsnitt 4.4.

rubriken ”kravet på positiv handling”,³⁸ där emellertid införandet av adjektivet ”positiv” knappast har någon rättslig betydelse; man laborerar inte med några ”negativa handlingar” i svensk skadeståndsrätt. När det i svensk skadeståndsrätt talas om ”passivitet” eller ”underlåtenhet” torde allt som oftast avses samma företeelse. Den inkoherenta begreppshandlingen försvårar emellertid förståelsen och gör ämnet onödigt svårtillgängligt.

I förevarande uppsats kommer jag att använda mig av begreppet underlåtenhet. Andra sätt att beskriva företeelsen ska i möjligaste mån undvikas. Anledningen är passivitetsbegreppets flertydighet. För att förstå hur detta begrepp förhåller sig till underlåtenhetsbegreppet kan vi med fördel vända oss till den norske straffrättsprofessorn Johannes Andenæs teorier. Andenæs har dragit en grundläggande skiljelinje mellan absolut och relativ passivitet, där den *absoluta passiviteten* skulle motsvara ett slags mänskligt ytterlighetstillstånd av total överksamhet ”som sjelden oppnås før enn i døden”.³⁹ En människa kan alltså mycket sällan sägas vara *helt* passiv. Den enda passivitet som är intressant ur rättslig synvinkel är den *relativa passiviteten*, det vill säga passivitet *i en viss riktning* eller *i ett visst hänseende*.⁴⁰ Denna relativa variant av passivitetsbegreppet är synonym med underlåtenhetsbegreppet. En underlåtenhet (eller en relativ passivitet) är alltså alltid en underlåtenhet *att göra något visst*, och detta ”något visst” är alltid en *viss handling*.⁴¹ En underlåtenhet är således inte, såsom ibland hävdats i kausalteoretiska diskussioner, ett ”ingenting”,⁴² utan en underlåtenhet är tvärtom något mycket reellt och konkret, nämligen *icke-vidtagandet av en viss handling*. Denna handling (eller dessa handlingar), som det hävdas att ett rättssubjekt underlåtit att vidta, måste på både straff- och skadeståndsrättens områden *preciserar* genom att det närmare anges (till exempel i en stämningsansökan eller gärningsbeskrivning) vilken eller vilka handlingar som subjektet borde ha vidtagit.⁴³

Underlåtenhetsbegreppet har alltså den fördelen att det på ett tydligt sätt fångar företeelsens relativa karaktär. Samtidigt som en förälder underlåtit att ordna adekvat vård åt sitt skadade barn kan denne nämligen ha varit aktiv i

³⁸ Karlgren (1972) s. 28. Se även Andersson (2013d) s. 42 f.

³⁹ Andenæs (1942) s. 1.

⁴⁰ Ibid. Se också Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 76.

⁴¹ Se t.ex. Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 76, Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 58, Andersson (2013c) s. 177 samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 105.

⁴² Underlåtenhetens kausalitet har av vissa skadeståndsteoretiker omöjligförklarats genom hänvisning till den latinska grundsatsen *ex nihilo nihil* (ingenting uppstår ur intet). En underlåtenhet skulle således vara ett ”ingenting” som inte kan orsaka något. Argumentet har av Schultz bemötts på samma sätt som förespråkas i denna uppsats; se dennes (2007) s. 514 med hänv.

⁴³ Se numera särskilt NJA 2013 s. 145, p. 38-40 i HD:s domskäl.

något annat hänseende; föräldern kanske lagade mat eller befann sig på jorden runt-resa.⁴⁴ Vad en person på detta sätt *faktiskt gör* är helt utan betydelse för frågan huruvida denne underlåter att vidta en viss handling. Underlåtenhetsbegreppet utgör också en naturlig inkörsport till vidare problematiseringar av ansvaret. Genom att fokus läggs på att det är en viss *handling* som har underlåtitits uppstår nämligen följdfrågor: hade personen en skyldighet att vidta handlingen? Om så; vad omfattade ”handlingsplikten” och till vilka rättsliga intressen sträckte den sig? Dessa frågor kommer att analyseras kontinuerligt genom uppsatsens gång.

1.8 Disposition

Uppsatsen är indelad i tre huvudkapitel, där kapitel två behandlar den första frågeställningen, kapitel tre den andra och så vidare. Som nämndes i metodavsnittet inleds uppsatsen med en språklig diskurs som avser att analysera distinktionen mellan begreppen handling och underlåtenhet. Eftersom en underlåtenhet som huvudregel inte är ansvarsgrundande enligt svensk skadeståndsrätt är frågan vad som utgör en handling respektive underlåtenhet grundläggande för analysen av ansvarsförutsättningarna. Den hithörande frågeställningen är därför motiverad med hänsyn till uppsatsens syfte. I kapitlet förklaras distinktionsfrågan som en lingvistisk problematik. Därefter analyseras några ”distinktionsfaktorer” som förespråkats i doktrinen. Underlåtenhetens normativa implikationer förklaras också. Sist vidareutvecklas materialet och vissa slutsatser dras.

I kapitel tre förs analysen vidare till ansvarsförutsättningarna. Här redogörs först kortfattat för skadeståndsrättens objektiva ansvarsförutsättningar, varvid underlåtenheten som rättslig företeelse appliceras på dessa, och därefter särskilt för innebörden av nyss nämnda ansvarsbegränsning avseende underlåtenhet. Sist förklaras kravet på handlingsplikt och läsaren förbereds för uppsatsens centrala kapitel genom att taxonomin av handlingspliktsgrundande omständigheter respektive garantterminologin introduceras.

Kapitel fyra är uppsatsens mest omfattande. Här utvecklas och analyseras fem pliktgrundande omständigheter i separata underavsnitt. Framställningen i dessa delar är, som nämndes i metodavsnittet, inriktad på frågor rörande

⁴⁴ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 76. Ett annat sätt att uttrycka saken är att en underlåtenhet inte är en ”Nichthandeln”, utan en ”Andershandeln”; se Andenæs (1942) s. 11 med hänv.

ansvarsgränsen. Störst uppmärksamhet ägnas pliktgrunderna lag och avtal. I avsnittet om den lagstadgade handlingsplikten behandlas vårdnadshavares övervakningsgarantställning särskilt.

I uppsatsens avslutande kapitel återkopplas till frågeställningarna och resultatet av arbetet sammanfattas i några slutsatser.

2 Distinktionen mellan handling och underlåtenhet

2.1 Inledande om distinktionsfrågan

En framställning om skadeståndsrättsligt underlåtenhetsansvar skulle naturligtvis gagnas om begreppet underlåtenhet kunde definieras på ett klart och rättsligt tillämpligt sätt. Vid en första anblick kan problemet verka illusoriskt; termerna handling respektive underlåtenhet utgör, som vi sett ovan, varandras motsatser, och att skilja dem åt kan väl därför inte förväntas välla några större problem. Frågan om distinktionen mellan handling och underlåtenhet är emellertid mångfacetterad och i själva verket mycket besvärlig.⁴⁵ Problematiken är inte på något sätt begränsad till abstrakta resonemang om underlåtenhetsansvarets gränser. Som Schultz tvärtom framhåller får distinktionen mellan handling och underlåtenhet betraktas som helt central i den skadeståndsrättsliga systematiken.⁴⁶ Den får mycket långtgående praktiska konsekvenser för ansvarsanalysen. En grundläggande regel i svensk skadeståndsrätt är nämligen att en underlåtenhet är ansvarsgrundande endast under vissa särskilda objektiva förutsättningar.⁴⁷ Innan man kan konstatera att underlåtenhetsansvar föreligger alternativt är uteslutet måste man därför oundvikligen fråga om det mänskliga agerande som bedöms överhuvudtaget bör klassificeras som en underlåtenhet.

Att det föreligger en betydande osäkerhet avseende innebörden av begreppen handling och underlåtenhet kan mot denna bakgrund kännas otillfredsställande. Eftersom distinktionen mellan dessa två termer är central i svensk skadeståndsrätt är det emellertid en osäkerhet vi måste leva med. Därmed är inte sagt att det skulle saknas applicerbara teorier eller andra rättsliga verktyg som kan användas för att problematisera distinktionen och förklara hur den *kan* göras. Några absoluta kriterier kan vi inte räkna med att

⁴⁵ För andra framställningar som berör denna problematik, se Hellner och Radetzki (2014a) s. 107 f., Boucht (2013) s. 989 ff. och Schultz (2007) s. 519 ff. och s. 536 ff.

⁴⁶ Schultz (2007) s. 536 med angivna exempel. Se även a.a. s. 548 f., där Schultz framhåller att distinktionen ”i realiteten [ligger] till grund för hela vår uppfattning om skillnaden mellan individuellt respektive kollektivt ansvar”. Schultz syftar möjligen på att distinktionen är ett nödvändigt verktyg för att motivera t.ex. varför de personer som enbart bevittnar och inte deltar i en misshandel ska privilegieras ansvarsmässigt. Hur detta skulle innebära att distinktionen ligger till grund för ”skillnaden mellan individuellt respektive kollektivt ansvar” tycks mig dock något oklart.

⁴⁷ NJA 2013 s. 145 p. 21-23. Se också Hellner och Radetzki (2014a) s. 105 och Schultz (2007) s. 518. Principen har varit gällande i nordisk rätt sedan mycket länge, se t.ex. Lundstedt (1935) s. 113, Ussing (1947) s. 242 f. och Karlgren (1972) s. 31.

finna, men vi kan åtminstone göra en ansats att formulera vissa hållpunkter som får tjäna som utgångspunkter för den fortsatta analysen av det skadeståndsrättsliga ansvaret.⁴⁸

2.2 Den lingvistiska grundproblematiken

Problemet att åstadkomma en tydlig gränsdragning mellan begreppen handling och underlåtenhet är i grunden lingvistiskt, eftersom det härrör från vår språkliga beskrivning av mänskligt beteende.⁴⁹ Ett enkelt introducerande exempel får tjäna som illustration. En badmästare som har i uppgift att bevaka en bassäng är inte på sin plats, vilket orsakar ett drunkningstillbud där ett barn skadas. Istället har badmästaren gått till personalrummet och fikat mitt i arbetspasset. Är badmästarens agerande rent skadeståndsrättsligt att betrakta som en handling eller som en underlåtenhet? Det beror på hur vi formulerar oss. Mest närliggande vore kanske att säga att badmästaren orsakat skadan genom att *underlåta* att hålla uppsikt över bassängen, men vi kan lika gärna anse att denne orsakat skadan genom att aktivt lämna sin plats och att denne därmed *handlade* på ett sätt som stod i strid med relevanta säkerhetsföreskrifter. På liknande sätt kan, med Hellners ord, den som *underlåter* att ha sina strålkastare tända vid bilkörning sägas vidta *handlingen* att köra bil med släckta strålkastare.⁵⁰

På detta sätt kan i princip allt mänskligt beteende analyseras i termer av både handling och underlåtenhet.⁵¹ En sådan tankeoperation kan utföras på

⁴⁸ Liknande resonemang finns hos Schultz (2007) s. 539 och 548 f.

⁴⁹ Schultz (2007) s. 522 f.

⁵⁰ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107 f. Problematiken är omnämnd också inom straffrätten, men är om möjligt ännu mindre omdebatterad och problematiserad där; se t.ex. resonemanget i Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 107 där det sägs att undantag från huvudregeln – nämligen att straffrättsligt underlåtenhetsansvar förutsätter garantställning – gäller i de fall då underlåtenheten ”kan sägas vara identisk med att göra något annat”, dvs. att vidta en handling. Enligt författarna skulle t.ex. det att förskingra egendom genom att underlåta att avskilja den ibland kunna vara detsamma som att vidta handlingen att åsidosätta sin redovisningsskyldighet, och den som underlåter att hälsa på någon kan ibland lika gärna sägas förolämpa denne, vilket då skulle utgöra en handling (se 5 kap. 3 § BrB). Författarna diskuterar emellertid inte var gränserna för sådana lingvistiska omskrivningar ska anses gå, och mig veterligen har ingen i den svenska straffrättsteoretiska debatten ännu försökt sig på att formulera några fastare hållpunkter för den bedömningen. Jfr dock Boucht (2013) s. 990, som helt allmänt anser att handlingsbrott är ”primära i den straffrättsliga systematiken” och därför ”bör tillgripas om detta är möjligt”. Att handlingsbrotten är ”primära” i den meningen att den stora majoriteten av straffrättsliga stadganden har utformats med främst dessa i åtanke råder det enighet om, se t.ex. Jareborg (1995) s. 122 f. Boucht verkar emellertid vara ensam i sin uppfattning att detta också bör medföra ett slags subsidiaritetsförhållande mellan termerna. Jag vill därför inte initiera någon diskussion om huruvida detsamma kan anses gälla i skadeståndsrätten.

⁵¹ Fischer (1992) s. 1339 och Schultz (2007) s. 520.

olika nivåer och resonemanget kan i princip föras hur långt som helst. Gränsen för vad som är rimligt sätts ytterst av det allmänna språkbruket; den som knuffar någon annan kan visserligen teoretiskt sägas *underlåta* att förhindra den relevanta nervimpulsens framfart genom kroppens signalsystem, men en sådan argumentation skulle nog framstå som opraktisk. Poängen är emellertid att det kan hävdas att den enda anledningen till att en sådan teoretisk beskrivning känns instinktivt otillfredsställande är att språket här erbjuder ett aktivt handlingsverb ("knuffa") som kan användas för att tydligt beskriva det mänskliga beteende som ska rättsligt bedömas. Huruvida något ska betraktas som en underlåtenhet är således ofta en fråga om val av språkligt uttryck snarare än om hur verkligheten rent faktiskt är beskaffad.⁵² Likaledes påverkas inte heller det faktiska händelseförloppet i ett visst fall av om vi väljer att beskriva ett beteende i termer av en handling eller underlåtenhet. En annan sak är att valet av formulering ibland kan indikera en värdering hos den som beskriver beteendet. Att till exempel säga "Patrik slutade inte prata" istället för "Patrik fortsatte att prata" indikerar kanske ett visst missnöje över Patriks envetenhet.⁵³

Ett annat och måhända mera praktiskt relevant sätt att problematisera distinktionen mellan handling och underlåtenhet är att omformulera en underlåtenhet genom att, med Schultz ordval, "lyfta blicken" och låta underlåtenheten ingå som moment i ett mera omfattande händelseförlopp.⁵⁴ Det i skadeståndsrättsliga kretsar klassiska fallet NJA 1979 s. 129 kan användas som illustration. En person skadades allvarligt vid dykning från en brygga vid en kommunal badplats. Skadeståndsansvar ålades kommunen för att den underlåtit att varna allmänheten för det grunda vattendjupet, till exempel genom utsättande av en skylt. Denna underlåtenhet kan dock också sägas utgöra del i ett mera omfattande aktivt handlande: den ansvariga myndigheten bedrev verksamheten vid badplatsen utan att vidta tillräckliga försiktighetsåtgärder för minskande av skaderisken. Ett sådant resonemang innebär ett urskiljande av de beståndsdelar i ett mänskligt beteende som tillsammans bildar en orsakskedja. Mycket ofta kan ett mänskligt beteende på detta sätt sägas innehålla både aktiva och passiva element, vilka tillsammans orsakar en skada.⁵⁵ Någon har till exempel tagit ett beslut och därefter underlåtit att förhindra dess följdverkningar. Ett exempel på en sådan situation ger det av Hellner populariserade och numera mycket

⁵² Hart och Honoré (1985) s. 138 och Schultz (2007) s. 521.

⁵³ Exemplet har hämtats från Honoré (1999) s. 48.

⁵⁴ Schultz (2007) s. 521.

⁵⁵ Se t.ex. Andersson (2013d) s. 42 f.

ålderstigna rättsfallet NJA 1935 s. 636, där en vaktmästare blev skadeståndsskyldig sedan han hållt vatten på en spann osläckt kalk och sedan underlåtit att hålla uppsikt över spannen, varefter några barn lekte med den så att kalklösningen exploderade. I dessa situationer uppstår också frågor om hur ansvarsanalysen påverkas av att underlåtenheten har föregåtts av ett aktivt handlande.⁵⁶

Med insikt om att det är våra språkliga konventioner som ger upphov till svårigheten att dra en gräns mellan begreppen handling och underlåtenhet kan vi föra resonemanget vidare och undersöka om det finns några hållpunkter att ta fasta på när vi rent faktiskt ska bedöma om ett mänskligt agerande ska betraktas som en handling eller som en underlåtenhet.

2.3 Distinktionsfaktorer i juridisk doktrin

2.3.1 Fysiska rörelser

Det är inte alla författare inom den skadeståndsrättsliga doktrinen som stillatigande accepterat att det skulle vara en omöjlig uppgift att formulera praktiskt gångbara hållpunkter för distinktionen mellan handling och underlåtenhet. En av de författare som argumenterat för en sådan möjlighet är Tony Honoré, som formulerat två kumulativa kriterier som enligt honom kan användas för att definiera begreppet handling. För att någon ska anses ha vidtagit en handling krävs enligt Honoré dels att personen rent fysiskt har rört sig på ett sätt som åtminstone ökat sannolikheten för följdens inträde, dels att endast denna rörelse, eller ett litet antal liknande rörelser, skulle ha resulterat i exakt samma följd.⁵⁷ Den som bevittnar en misshandel utan att hjälpa offret har således vidtagit en underlåtenhet, eftersom personen inte rört sig på ett sätt som ökat sannolikheten för följdens inträde. Det har däremot personen som utförde misshandeln gjort, liksom den som avlägsnar en sten bakom ett lastbilsdäck så att lastbilen sätts i rullning nedför en backe, varför dessa mänskliga ageranden enligt Honoré bör klassificeras som handlingar. Om någon ser att lastbilen är på väg nedför backen men (rent hypotetiskt) undviker att sätta tillbaka stenen bakom däcket har personen således vidtagit en underlåtenhet, eftersom agerandet inte uppfyller Honorés andra kriterium för en handling: det fanns vid tidpunkten

⁵⁶ Se närmare om denna fråga nedan i avsnitt 4.4.

⁵⁷ Honoré (1999) s. 51: "For an agent's conduct to be regarded as positive: (1) he must have moved in a way that was relevant to the outcome in the sense of causing it or raising the probability that it would occur, and (2) only that movement or a small number of closely related movements would have had the same outcome".

ett närmast oändligt antal andra kroppsliga rörelser som personen kunde ha utfört istället, och som även dessa skulle ha resulterat i exakt samma följd. Denne kunde ju exempelvis ha tagit en promenad eller ätit en glass medan lastbilen rullade nedför backen.⁵⁸ Med denna tankegång är det väl tveksamt om badmästarens agerande i exemplet i föregående avsnitt ska betraktas som en handling; denne har visserligen fysiskt rört på sig och rörelsen kan sägas ha ökat sannolikheten för följdens inträde, men flera andra typer av ageranden från badmästarens sida skulle rimligen ha resulterat i samma följd, till exempel om denne helt enkelt hade tittat åt ett annat håll.

Som Schultz konstaterat ger Honorés kriterier inte någon generell vägledning för bedömningen av distinktionen mellan handling och underlåtenhet, även om det kan hävdas att modellen träffar rätt i de flesta mer uppenbara fallen.⁵⁹ Jareborg anser likaledes att handlingsbegreppet är socialt i den meningen att det inte kan förklaras enbart med anatomiska eller fysiologiska termer; en handling är enligt Jareborg föremål för individens kontroll och beroende av dennes ”skäl, motiv, avsikter, föreställningar, böjelser, önskemål, osv”.⁶⁰ Det bör också betonas att Honorés kriterier uppenbarligen enbart avser *mänskliga* ageranden och således inte kan appliceras på till exempel ageranden av myndigheter eller företag, som ju inte kan röra sig rent fysiskt.⁶¹

2.3.2 Positiv kontroll

Schultz förespråkar användandet av Hellners kausalitetsbegrepp ”positiv kontroll” för att skilja mellan handling och underlåtenhet. Hellner analyserade i tidiga upplagor av standardverket Skadeståndsrätt kausalitetsspörsmålet med hjälp av detta begrepp; med hans terminologi har en person positiv kontroll över en händelseutveckling om denne kan frambringa den skadeståndsrättsligt relevanta följderna, och negativ kontroll om denne kan förhindra densamma från att inträda.⁶² Schultz anser att den positiva kontrollaspekten kan användas som ett verktyg för att förklara varför vissa mänskliga beteenden normalt betraktas som handlingar medan andra betraktas som underlåtenheter. Ju större positiv kontroll en person har

⁵⁸ Honoré (1999) s. 51.

⁵⁹ Schultz (2007) s. 541.

⁶⁰ Jareborg (1995) s. 52.

⁶¹ Möjligen skulle man kunna tänka sig att applicera teorin på en situation då en myndighetsperson fysiskt rört sig när denne till exempel skrev under ett dokument och därmed fattade ett beslut för myndighetens räkning, men resonemanget känns onekligen konstlat.

⁶² Se t.ex. Hellner (1973) s. 143 ff. och Schultz (2007) s. 543 f.

över ett händelseförlopp desto mer makt har denne att påverka effekten av sitt agerande, och ju större denna makt är desto självklarare skulle det enligt Schultz vara att benämna personens agerande som en handling.⁶³ Resonemanget kan illustreras med följande exempel. En person erbjuder sig att hålla upp en svängdörr för någon som är på väg att passera med en serveringsbricka med finporlin, men släpper avsiktligt dörren på vederbörande så att sakskada uppstår. Personen har utan tvekan haft stark positiv kontroll över händelseförloppet eftersom denne i princip helt kunnat kontrollera tidpunkten för följdens inträde. Det skulle därför finnas större anledning att betrakta agerandet som en handling snarare än en ”underlåtenhet att hålla svängdörren öppen”. Schultz själv illustrerar sitt resonemang med ett annat exempel: en hundägare släpper kopplet till sin hund, varpå denna skadar en annan hund. Som Schultz konstaterar har hundägaren i detta fall onekligen haft större positiv kontroll över händelseutvecklingen än till exempel i ett fall då en hund sliter sig från den plats där den är kopplad och orsakar samma skada till följd av att hundägaren knutit kopplet för löst. I detta senare fall har hundägaren visserligen haft viss kontroll; denne kunde ju exempelvis ha tillsett att kopplet blev ordentligt fastknutet, men kontrollen har enligt Schultz varit ”av mindre påtagligt slag” och agerandet skulle därför normalt vara att bedöma som en underlåtenhet, medan det att släppa kopplet skulle betraktas som en handling.⁶⁴

Vid en jämförelse mellan de två exemplen med svängdörren som släpps och hundägaren som släpper sitt koppel tycks det inte råda något tvivel om att porslinsförstörarens kontroll över händelseförloppet i de allra flesta fall skulle anses mera påtaglig än hundägarens, alldeles oavsett om hundägarens subjektiva avsikt med sitt agerande verkligen var att hunden skulle orsaka skada. Med Schultz resonemang skulle utgångspunkten i så fall vara att argumenten för att betrakta porslinsförstörarens agerande som en handling är starkare än argumenten för att betrakta hundägarens dito som en sådan. Anledningen är naturligtvis att den skadeståndsrättsliga följdens inträde i hundägarens fall även är beroende av ett mera oberäkneligt ”handlande”, nämligen hundens reaktion och förflyttning efter det att kopplet släppts. Vi

⁶³ Schultz (2007) s. 544 f. Vad däremot gäller den negativa kontrollaspekten anser Schultz att denna inte är till så stor vägledning i distinktionsfrågan. Medan benägenheten att kalla en persons agerande för handling ökar ju starkare positiv kontroll denne har över händelseutvecklingen, är det enligt Schultz inte plausibelt att en svensk domstol skulle vara mer benägen att betrakta agerandet som en underlåtenhet ju starkare negativ kontroll personen har; det skulle nog snarare vara ett argument för att agerandet ska betraktas som en handling, resonerar Schultz. Jag har i och för sig svårt att se varför detta skulle helt diskvalificera den negativa kontrollaspekten som en relevant faktor för distinktionen.

⁶⁴ Schultz (2007) s. 547.

kan jämföra med vårt tidigare anförda badmästarexempel; badmästaren har rimligen haft begränsad positiv kontroll över händelseförloppet eftersom följdens inträde var beroende av flera andra faktorer, till exempel den skadelidandes simkunnighet, och denne har därför inte i någon egentlig mening kunnat ”frambringa” den skadeståndsrättsliga följden. Schultz anser emellertid att kontrollaspekten kan vara belysande även i fall då orsakskedjan på detta sätt är mera komplicerad; begreppet positiv kontroll fångar enligt honom även in ”många andra situationer där inflytandet [över händelseförloppet] är mindre påtagligt, men där det ändå är en faktor för vilken svaranden är ansvarig, vilket ofta kan vara tillräckligt för att en handling ska anses föreligga”.⁶⁵ En viss ambivalens kan här märkas hos Schultz; han anser å ena sidan att kontrollbegreppet även fångar in ageranden som kännetecknas av att det kausala inflytandet är ”mindre påtagligt”, vilka då potentiellt skulle kunna vara att bedöma som handlingar, och förutsätter å andra sidan att agerandet att knyta ett hundkoppel för löst så att hunden sliter sig oftast kan klassificeras som en underlåtenhet, just för att den positiva kontrollen i det fallet varit ”av mindre påtagligt slag”.⁶⁶ Schultz argumentation gör tydligt att kontrollaspekten knappast kan tillhandahålla någon klar distinktion mellan begreppen handling och underlåtenhet. Den får istället användas för att argumentera för eller emot att en persons kontroll över ett händelseförlopp varit tillräckligt stark för att agerandet ska betraktas som en handling.

Vi kan också pröva kontrollaspektens lämplighet som distinktionsverktyg genom att applicera den på en modifierad version av badmästarexemplet. Vi kan till exempel tänka oss att skadan uppkommit till följd av att ett barn under ett bråk greppar tag i badmästarens plaststol och använder denna som tillhygge mot någon. Om vi ska tillämpa kontrollbegreppet för att i ett sådant fall av mellankommande handlande av tredje man avgöra om badmästarens agerande ska betraktas som en handling eller underlåtenhet, blir det uppenbart att detta test i praktiken kommer att utgöra en slags adekvansprövning. Bedömningen av skadevållarens möjligheter att

⁶⁵ Ibid. Schultz resonemang i denna del är enligt min mening något oklart. Han kan knappast mena att det ofta skulle vara tillräckligt för att en handling ska anses föreligga att den tilltänkta skadevållaren är objektivt och/eller subjektivt skadeståndsansvarig för sitt agerande; skadeståndsrätten är ju strukturerad på så sätt att vi inte kan besvara denna senare ansvarsfråga förrän vi rättsligt formulerat den tilltänkta skadevållarens agerande, till exempel i termer av en handling eller underlåtenhet. Rimligare är väl att tänka sig att Schultz med ”en faktor för vilken svaranden är ansvarig” helt enkelt menar att ett visst agerande, som utgör en faktor i en orsakskedja, tillgodoräknas den tilltänkta skadevållaren och inte någon annan person. Då kvarstår emellertid frågan om detta verkligen ska vara tillräckligt för att en handling ska anses föreligga, även i ett fall då det kausala inflytandet varit ”mindre påtagligt”.

⁶⁶ Ibid.

frambringa följden kommer i varje fall att tangera bedömningen av om följden varit helt slumpmässig eller oförutsebar. Om någon generell kritik ska riktas mot Schultz användning av kontrollbegreppet bör den således motiveras av systematiska skäl; det kan helt enkelt tyckas märkligt att distinktionen mellan handling och underlåtenhet skulle vara avhängig hur den slutliga orsakskedjan i ett enskilt fall kommer att se ut. Detta är ju ofta helt okänt för den som genom att agera sätter igång ett orsaksförlopp. Problematiken bottenar i att den positiva kontrollen kopplas till ”effekten” eller ”den skadeståndsrättsligt relevanta följden”.⁶⁷ Vår argumentation beträffande distinktionen skulle då i allra högsta grad påverkas av hur denna följd kom att te sig, trots att den påstådda skadevållarens agerande är identiskt i bägge versioner av badmästarexemplet.

2.4 Underlåtenhetens normativa implikationer

Här ska i korthet beröras en för underlåtenheten tydligt utmärkande egenskap som särskiljer dem från handlingar. Vi har redan sett att en underlåtenhet alltid är en underlåtenhet *att göra något visst*, och att detta *något visst* är en viss handling.⁶⁸ Som Schultz framhåller innebär detta att termen underlåtenhet är normativ till sin natur; att säga att någon underlät att göra något implicerar att detta ”något” också *borde ha gjorts*.⁶⁹ Redan konstaterandet att ett visst agerande utgör en underlåtenhet innefattar därför ett normativt ställningstagande, eftersom underlåtenheten måste sättas i relation till en viss påbjuden handling.⁷⁰ Det motsatta gäller inte när ett skadeståndsrättsligt relevant agerande konstateras utgöra en handling; då är ju frågan om handlingen *borde ha underlåtits* den centrala för hela ansvarsprövningen. När vi säger att hundägaren underlät att knyta kopplet tillräckligt hårt har vi således i samma andetag avslöjat att vi anser att det var förväntat att knyta kopplet på ett mera betryggande sätt. Detta så kallade *förväntansgrundlag* består av någon form av påbjudna normer.⁷¹ I hundägarens fall är normen rättslig, eftersom det följer av 1 § i lag (2007:1150) om tillsyn över hundar och katter att dessa ska hållas under

⁶⁷ Se formuleringen i Schultz (2007) s. 547.

⁶⁸ Se ovan i avsnitt 1.7.

⁶⁹ Schultz (2007) s. 520. Se även Andersson (2013c) s. 208 och Jareborg (1969) s. 96 ff.

⁷⁰ Detta synsätt har HD numera tydligt anammat i NJA 2013 s. 145, som nedan ska behandlas i anslutning till frågor rörande handlingspliktens skyddade intressen. HD uttalade, gällande beviskravet för kausalitet i underlåtenhetsfall, att det faktum att den skadelidande har att visa ett handlande som skulle ha förhindrat skadan medför att den objektiva bedömningen ”får normativa drag”; se p. 43 i HD:s domskäl.

⁷¹ Se t.ex. Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 77 och Jareborg (1995) s. 56.

sådan tillsyn som behövs för att förebygga att de orsakar skador, men normerna kan också bestå av sociala regler, sedvänjor, instruktioner eller helt enkelt moraliska föreställningar bland befolkningen.⁷²

Ett mycket tydligt sätt att illustrera underlåtenhetsbegreppets normativa implikationer är att föreställa sig ett *icke-normativt* konstaterande av att någon underlåtit att göra någonting. Som Andersson förklarar är ett sådant konstaterande fullkomligt ointressant ur rättslig synvinkel; det icke-normativa svaret på frågan vem som exempelvis underlät att stänga en dörr är ju att detta underläts av samtliga människor utom just den som stängde dörren.⁷³ För att vi ska kunna prata om en underlåtenhet på ett rättsligt relevant sätt krävs alltså att det har funnits en förväntan på den påstådda skadevällaren att vidta en viss underlåten handling.⁷⁴ Detta begreppsliga beroendeförhållande har i doktrinen beskrivits som att underlåtenheten ”parasiterar” på handlingen.⁷⁵ Trots underlåtenhetsbegreppets normativa implikationer bör det påpekas att ett normativt konstaterande av att ett agerande utgör en underlåtenhet inte nödvändigtvis behöver ”inkräkta” på ansvarsprövningen; ett påstående att något var påbjudet av en norm implicerar ju inte att den normen också var skadeståndsrättsligt relevant.⁷⁶

Av det sagda följer också att det inte är rättsligt relevant att tala om en underlåtenhet om den underlåtna handlingen var *omöjlig att vidta*, till exempel därför att den underlåtande personen var medvetslös eller befann sig på en annan plats än den skadelidande.⁷⁷ En annan sak är att det enligt straff- och skadeståndsrättsliga regler kan tänkas vara *oaktsamt att agera på ett sätt som medför att man hamnar ur stånd* att vidta denna handling.⁷⁸ Det är således inte uteslutet att en barnvakt som efter en sen utekväll somnar och därför inte kan förhindra att ett barn slår sönder ett föremål, kan ställas till svars för att ha vållat sakskadan genom handling.^{79, 80}

⁷² Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 77 och Andersson (2013c) s. 208. Jfr Nygaard (2007) s. 178 ff.

⁷³ Andersson (2013d) s. 42 not 65.

⁷⁴ Se också Jareborg (1969) s. 99, som träffande uttrycker att ett konstaterande att ”Du underlät att göra X” inbegriper ett visst mått av klander, vilket inte är sant för konstaterandet ”Du gjorde inte X”.

⁷⁵ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 76.

⁷⁶ Se t.ex. nedan i avsnitt 4.1.2.2 om den lagstadgade handlingspliktens skyddade intressen. Jfr Andersson (2013c) s. 177.

⁷⁷ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 144 f. och Andenæs (1942) s. 455 ff.

⁷⁸ Jfr Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 144 f.

⁷⁹ Det tål emellertid att påpekas att ansvar i många sådana fall kan tänkas vara uteslutet till följd av bristande adekvat kausalitet.

⁸⁰ Här bortses från fall då barnvakten kan vara att anse som arbetstagare enligt 4 kap. 1 § eller 6 kap. 5 § 3 p. SKL.

Schultz nöjer sig inte med att framhålla underlåtenhetens normativa natur, utan anser också att underlåtenhetsbegreppet har normativa implikationer på så sätt att det kan ses som ett moraliskt värderande uttryck för den påstådda skadevållarens inflytande över det kausala förloppet.⁸¹ Enligt Schultz är underlåtenhet en rättslig etikett som vi tenderar att sätta på ageranden som vi, ur normativ synvinkel, anser har varit ”av mindre viktigt slag” för händelseutvecklingen i ett enskilt fall.⁸² I vårt badmästarexempel skulle nog de flesta instinktivt tycka att badmästarens agerande borde betraktas som en underlåtenhet att hålla uppsikt över bassängen, och kanske är det just för att dennes agerande varit kausalt mindre viktigt än faktorer som till exempel barnets simförmåga. Resonemanget kan utgöra ett viktigt komplement till de distinktionsfaktorer som behandlats ovan, eftersom det tydliggör att rättspolitiska värderingar spelar en roll för hur distinktionen mellan handling och underlåtenhet görs.⁸³ Schultz reflekterar till och med över om underlåtenhetsbegreppet, helt oaktat dess eventuella roll i en normativ kausalitetsargumentation, kan fungera som en sorts ”skenargument” för rättspolitiska överväganden när det i övrigt synes egalt om ett agerande ska betraktas som handling eller underlåtenhet, men avfärdar resonemanget som otillfredsställande.⁸⁴

2.5 Rekonstruktion av teoriramen

Sammanfattningsvis kan konstateras att det saknas såväl allmänt vedertagna som rättsligt erkända definitioner av begreppen handling respektive underlåtenhet, varför någon tydlig distinktion mellan begreppen inte heller kan göras. Jag har emellertid tillhandahållit några hållpunkter som kan vara till hjälp för att avgränsa de båda begreppen från varandra.

Vid en närmare analys av de ovan berörda argumentationslinjerna framgår att distinktionsfrågan i själva verket kan sägas inbegripa två spørsmål. Den första frågan, som skulle kunna kallas *den partikulära*, kan formuleras så: under vilka förutsättningar är ett mänskligt agerande så beskaffat att det bör benämnas ”handling”? Här kan distinktionsfaktorerna ”fysiska rörelser” och ”positiv kontroll” vara till viss hjälp, men vi har också sett att dessa bär på inneboende svagheter. Möjligen kan den kategoriska slutsatsen dras, att ett mänskligt agerande som består i en fysisk rörelse *alltid* kan betraktas som en handling. När tvivel uppstår, till exempel då fråga är om ageranden av

⁸¹ Schultz (2007) s. 538 f.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Schultz (2007) s. 537.

juridiska personer, kan vi kanske ta hjälp av kontrollaspekten eller låta bedömningen bli mera skönsmässig. Det faktum att även en trivial fysisk rörelse, som i princip alltid benämns handling, utan svårigheter kan omformuleras till en underlåtenhet visar emellertid att vi i slutändan måste falla tillbaka på det allmänna språkbruket. Redogörelsen visar därtill att underlåtenhetsbegreppet är osjälvständigt; när vi slutit oss till att ett agerande utgör en handling korresponderar denna nödvändigtvis med underlåtenheten att vidta just denna handling. På det partikulära planet finns därför inget egentligt behov av att definiera begreppet underlåtenhet.

Den andra frågan, som skulle kunna kallas *den strukturella*, kan formuleras så: under vilka förutsättningar kan ett mänskligt agerande, som är så beskaffat att det bör benämnas "handling", även innefatta underlåtenheter som utgör del i ett med handlingen sammanhängande orsaksförlopp? Denna mera övergripande frågeställning rör således struktureringen av en skadeståndsrättsligt relevant händelseutveckling i aktiva och passiva element. Det inledningsvis anförda badmästarexemplet hör hit, liksom beskrivningen av kommunens agerande i "badbryggefallet" NJA 1979 s. 129. Om käranden i sin stämningsansökan lägger fokus på svarandens efterföljande underlåtenhet att inte avvärja följderna av sitt agerande kan det ju, som Schultz påpekar, tänkas att denna underlåtenhet inte kan grunda skadeståndsansvar ens om man beaktar att den föregåtts av en handling.⁸⁵ Fråga uppkommer då om skadelidanden i denna situation kan omformulera beskrivningen av händelseförloppet genom att "lyfta blicken" och till exempel hävda att skadevållarens agerande har bestått i en handling i kombination med underlåtna skyddsåtgärder.⁸⁶ Kan skadelidanden på detta sätt kringgå ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet?

På det diskuterade temat har Andersson uttalat att det ofta kan ses som godtyckligt huruvida man ska beskriva ett agerande som en "handling med beledsagande fel" eller som en "ren underlåtenhet att företa någon handling" och att man kan "via gestaltande val frammana bilden av en 'positiv handling' som innefattar vissa brister i säkerhetshänseende".⁸⁷ Även i övrig doktrin tycks det ha förutsatts att sådana omformuleringar i allmänhet kan göras.⁸⁸ Enligt Schultz kan en sådan omformulering dessutom medföra konsekvenser för culpabedömningen, till exempel genom att ett agerande som annars inte skulle ha betraktas som vårdslöst kanske som sin helhet

⁸⁵ Schultz (2007) s. 565.

⁸⁶ Se avsnitt 2.2 för några exempel. Jfr Boucht (2013) s. 985 ff.

⁸⁷ Andersson (2013d) s. 42 f. med hänv.

⁸⁸ Se t.ex. Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

anses vara det.⁸⁹ Andersson nämner rättsfallet NJA 1987 s. 710 som exempel på att en handling och en underlåtenhet ofta kan tematiseras kring samma riskfaktor. En kommun hyrde ut en lokal till ett musikband som valde att förvara sin utrustning där, varpå utrustningen stals. Kommunen hade för bandets talesperson felaktigt uppgett att lokalen var larmad (handling). HD fann att kommunen bort se till att dess befattningshavare, som lämnat den felaktiga uppgiften, var bättre instruerad (underlåtenhet). Kommunen blev skadeståndsskyldig.

Det är möjligt att kändens inkluderande av en underlåtenhet i en sammanhängande och mera omfattande handling i allmänhet accepteras av domstolarna, såvida omformuleringen inte strider mot språkbruket. Visst stöd för detta ger enligt min mening NJA 1989 s. 607, där polisen genomförde husrannsakan och grep husägaren, som fördes till polisstationen för förhör. Under dennes bortavaro stals pengar ur den olåsta villan. Husägaren krävde skadestånd av staten, i varje fall för polisens underlåtenhet att bevaka villan under förhörets gång. Av hovrättens dom, som fastställdes av HD, framgår att domstolen ansåg att frågan bland annat gällde huruvida polisen varit oaktsam ”genom att vid förrettningens avslutande utan att låsa lämna villan”. Agerandet formulerades alltså som en handling med underlåtna skyddsåtgärder snarare än som en underlåtenhet, och därefter övergick hovrätten till culpabedömningen utan att diskutera de objektiva ansvarsförutsättningarna.⁹⁰ Enligt min mening bör dock den viktiga processrättsliga iakttagelsen göras, att begreppen handling respektive underlåtenhet måste anses utgöra sådana ”rättsliga etiketter” som ingår i den grundläggande principen om *jura novit curia* och därför inte kan bli föremål för parternas fria disposition.⁹¹ Inte ens om parterna i ett dispositivt tvistemål skulle vara överens om att ett agerande ska betraktas som en handling torde domaren alltså i sin rättstillämpning vara bunden av deras uppfattning.⁹²

⁸⁹ Schultz (2007) s. 565.

⁹⁰ Visst stöd för att en sådan omformulering i allmänhet godtas kan också hämtas från ”gårdskarlsfallet” NJA 1935 s. 636, där underlåtenhetsbegreppet inte gagnas för att motivera skadeståndsansvaret utan kändens istället sätter gårdskarls agerande i ett större perspektiv: han ”lade [...] ett stycke osläckt kalk i en spann” samt ”ställde [...] ifrån sig spannen [...] och avlägsnade sig därpå”, varvid han enligt kändens ”genom sitt förfarande att lämna spannen [...] utan uppsikt” vållat skadan.

⁹¹ Westberg (2013) s. 345 f.

⁹² Gränsen mellan principen om *jura novit curia* och dispositionsprincipen kan emellertid i ett enskilt fall vara härfin; se t.ex. NJA 2010 s. 643 där HD gjorde bedömningen att en revisionsbyrå genom att underlåta att invända mot ett påstående från motparten erkänt sig vara rätt ansvarssubjekt för den aktuella talan. Jfr också anført exempel i Westberg (2013) s. 353.

Den uppgift att analysera distinktionsfrågan som jag i detta kapitel tagit mig an hade naturligtvis varit mera tacksam om resonemangen även kunde underbyggas genom att relevanta domar från HD konsulterades i jakten på svar. Det går emellertid knappast att finna något enda avgörande från en svensk överrätt där distinktionsfrågan är föremål för uttrycklig diskussion. Det är möjligen sant som Schultz skriver, att domstolar och andra praktiska rättstillämpare antagligen är ”någorlunda konsekventa och enhetliga” när det gäller att bedöma om ett agerande ska betraktas som handling eller underlåtenhet.⁹³ Schultz underbygger dock inte sitt påstående med empiri, och även om det sagda skulle hållas för sant är den konsensus som i så fall finns rörande distinktionsfrågan påfallande tyst, vilket betydligt försvårar analyser av rättsläget.

⁹³ Schultz (2007) s. 549.

3 Objektiva ansvarsförutsättningar

3.1 Allmänt om objektiva ansvarsförutsättningar

När ett mänskligt agerande som orsakat en skada har avgränsats och formulerats i termer av handling eller underlåtenhet är vanligen nästa steg i den skadeståndsrättsliga analysen att undersöka om de tillämpliga objektiva förutsättningarna för ansvar är uppfyllda. Dessa ansvarsförutsättningar kan kallas objektiva eftersom de är oberoende av subjektiva och individuella förhållanden på den påstådda skadevållarens sida, som exempelvis dennes personliga egenskaper och insikter om vad som inträffat.⁹⁴ Hundägaren i exemplet i föregående kapitel kan således inte bli skadeståndsskyldig om dessa objektiva ansvarsförutsättningar inte är för handen, och det gäller helt oavsett om dennes avsikt med att släppa kopplet verkligen var att hunden skulle orsaka skada. Denna systematik, där brister på ansvarsgrundlagets objektiva sida medför att subjektiva omständigheter saknar rättslig relevans trots att de ostridigt föreligger, känns igen från straffrätten.⁹⁵ Vad nu sagts innebär emellertid inte att bedömningen av de objektiva förutsättningarna helt skulle sakna subjektiva inslag; den traditionella uppdelningen av förutsättningarna i objektivt och subjektivt är framför allt rättstekniskt och pedagogiskt betingad, och det går inte att dra någon särskilt skarp gräns mellan ansvarsbegreppets båda sidor.⁹⁶

Till de objektiva ansvarsförutsättningarna hör för det första att en skada *i skadeståndsrättslig mening* har uppstått; en skada måste således för att vara ersättningsgill i princip kunna hänföras till någon av de i svensk skadeståndsrätt erkända skadetyperna, nämligen personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och kränkning samt följdskada till sådana skador.⁹⁷ Här är det emellertid på sin plats att notera den utvidgning av synen på skadetyperna som på senare år skett i den svenska ersättningsrätten. Även om den traditionella synen fortfarande är norm har vid flera tillfällen både

⁹⁴ Om objektiva ansvarsförutsättningar i skadeståndsrätten, se i allmänhet Hellner och Radetzki (2014a) s. 101-112.

⁹⁵ Se t.ex. Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 58.

⁹⁶ Jfr Hellner och Radetzki (2014a) s. 102.

⁹⁷ Om skadetyperna, se i allmänhet Hellner och Radetzki (2014a) s. 61 f., 74 ff. och 95 f. samt Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 67 ff., 71 f., 171 ff. och 380 f.

lagstiftaren och HD genom aktiv rättsbildning tillskapat nya skadetyper. Som exempel kan nämnas dels att ett barn som bevittnat ett brott som varit ägnat att skada tryggheten och tilliten i dennes förhållande till en närstående person numera kan ha rätt till brottsskadeersättning enligt 9 § BSL, dels att HD i NJA 2014 s. 323 tillerkände en person som felaktigt fått sitt svenska medborgarskap avregistrerat ideellt skadestånd utan stöd i lag, varvid HD uttalade att en sådan överträdelse av den enskildes rätt har ”skadeverkningar som inte låter sig värderas utifrån en allmän måttstock”.⁹⁸

I kravet på att skada uppstått ligger ingen principiell eller praktisk begränsning för underlåtenhetsfallen; underlåtenhet att agera på visst sätt kan teoretiskt ge upphov till samtliga nämnda skadetyper och gör också så i det praktiska rättslivet. En annan sak är att det går att formulera exempel på situationer där underlåtenheter typiskt sett kan orsaka vissa typer av skador. När fråga är om genom underlåtenhet orsakad person- eller sakskada är det påfallande ofta så att någon har underlåtit att ingripa i ”naturens gång”, vilket sedermera leder till att skada uppstår, som i vårt ovan anförda badmästarexempel. Andra exempel är att en reparatör underlåtit att ordentligt fästa en takplatta i ett köpcentrum, vilken därför faller ner och skadar en besökare, eller att en joggare hittar en medvetslös person i skogen men inte tillkallar hjälp, vilket leder till att personen avlider. Det kan emellertid också vara fallet att någon har underlåtit att hålla uppsikt över en person eller en sak som orsakar skada, till exempel ett barn eller en farlig maskin. När det gäller ren förmögenhetsskada aktualiseras ansvar för underlåtenhet i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden. Som exempel kan anföras att en revisor underlåtit att revidera en årsberättelse i enlighet med god redovisningssed, vilket vållar skada för en avtalspart. Även en kränkning kan bestå i en underlåtenhet att agera till skydd för någon. Exempelvis ett misshandelsbrott kan sålunda begås genom underlåtenhet; se t.ex. NJA 2003 s. 174 och NJA 2013 s. 588 där det är fråga om vårdnadshavares respektive styvförälders ansvar för misshandel på grund av underlåtenhet att ordna adekvat vård för barn som skadat sig. Sådana brott kan ofta anses innefatta en kränkning som uppfyller allvarlighetsrekvisitetet såsom det kommer till uttryck i 2 kap. 3 § SkL.⁹⁹

⁹⁸ Se p. 8 i domskälen. Se också NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 584, Bengtsson (2011) s. 605 ff. och nedan i avsnitt 4.1.2.2 ang. den närliggande frågan om skadestånd p.g.a. kränkning av den enskildes rättigheter enligt Europakonventionen.

⁹⁹ Se Friberg (2010) s. 128 f., som anför Svea HovR:s dom 2003-11-04 i mål nr. B 11096-02 som ett exempel på när en underlåtenhet ansetts medföra rätt till kränkingsersättning. I målet dömdes en polis för sin underlåtenhet att beordra sin hund att släppa bettet om en gripen person. Hovrätten uttalade gällande skadeståndsanspråket för kränkning att det faktum att ”misshandeln utövats av en polisman i tjänst [gör] att kränkningen blir desto allvarligare”.

Till de objektiva ansvarsförutsättningarna hör också att skadan tillfogats annan än den påstådda skadevällaren själv.¹⁰⁰ Hundägaren i föregående avsnitt blir således varken berättigad eller förpliktad att utge skadestånd för det fall hunden som kom till skada var dennes egen. Det sagda kan tyckas självklart, men frågan kompliceras ibland om den skadelidande är en juridisk person. Det kan till exempel tänkas att en person underlåter att skicka in en blankett till en statlig myndighet och därigenom vållar skada för ett aktiebolag där denne själv innehar samtliga aktier. Den hävdvunna uppfattningen i svensk rätt är att varje fysisk och juridisk person betraktas som en rättslig enhet för sig; skadan skulle därmed anses ha tillfogats annan än skadevällaren själv.¹⁰¹

Slutligen har i den skadeståndsrättsliga doktrinen anförts som en objektiv ansvarsförutsättning att den påstådda skadevällaren hade en ”plikt” att agera så att skada inte uppstod.^{102, 103} Detta krav får naturligtvis inte förväxlas med den subjektiva culpabedömningen; pliktbegreppet används istället på den objektiva sidan för att avgöra vilka ageranden som överhuvudtaget kan bli föremål för en skadeståndsrättslig ansvarsprövning. Nu är det väl i viss mån oklart vilken självständig funktion ett sådant pliktbegrepp egentligen kan fylla i skadeståndsrätten.¹⁰⁴ Huvudregeln är nämligen självklar: man får inte agera på ett sätt som tillfogar annan skada. Undantag från det sagda gäller för det första i fall då någon objektiv ansvarsfrihetsgrund är för handen, till exempel om någon i en nödvärnssituation tillfogar en skada.¹⁰⁵ För det andra gäller den grundläggande ansvarsbegränsningen i skadeståndsrätten, att en *underlåtenhet* kan grunda skadeståndsansvar endast under vissa särskilda objektiva förutsättningar.¹⁰⁶ Härnäst ska något sägas om denna ansvarsbegränsning som sådan. Därefter ska de omständigheter som anses kunna grunda en handlingsplikt behandlas närmare.

¹⁰⁰ Hellner och Radetzki (2014a) s. 102 f.

¹⁰¹ Se allmänt om denna fråga i Hellner och Radetzki (2014a) s. 103; jfr NJA 1964 s. 85. När det gäller sakskador görs bedömningen av om skadan tillfogats annan naturligen utifrån normer som hör till den allmänna sakrätten; se i allmänhet Millqvist (2011) s. 25 ff.

¹⁰² Hellner och Radetzki (2014a) s. 104.

¹⁰³ Till de objektiva ansvarsförutsättningarna hör naturligtvis också kausalitetskravet. Som nämndes inledningsvis ska emellertid underlåtenhetens kausalitet inte behandlas närmare i denna uppsats.

¹⁰⁴ Se diskussionen i Dufwa (1993) s. 849 ff. och vidare nedan i avsnitt 3.2.2.

¹⁰⁵ Se allmänt om objektiva ansvarsfrihetsgrunder i Hellner och Radetzki (2014a) s. 113 ff.

¹⁰⁶ Se t.ex. Hellner och Radetzki (2014a) s. 105 f., Strömbäck (2013) s. 53, Andersson (2013c) s. 207, Schultz (2007) s. 518 f., prop. 1972:5 s. 21 och SOU 2011:16.

3.2 Ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet

3.2.1 Rättsliga utgångspunkter

En grundläggande princip inom den svenska skadeståndsrätten likaväl som inom straffrätten är, som nyss sagts, att en underlåtenhet kan grunda skadeståndsansvar endast under vissa särskilda objektiva förutsättningar.¹⁰⁷ Annorlunda uttryckt är huvudregeln att endast handlingar kan föranleda skadeståndsskyldighet;¹⁰⁸ låt vara att undantagen från huvudregeln är så många att Karlgren en gång hävdade sig vara ”böjd att undra, om icke undantagen äro flera än huvudregeln!”.¹⁰⁹ Det till trots bildar denna ansvarsbegränsande princip rent systematiskt en utgångspunkt för denna framställning.¹¹⁰ Principen kan exemplifieras med att en person som finner ett dyrbart föremål på en allmän väg inte blir skadeståndsskyldig om denne underlåter att flytta föremålet och detta senare blir skadat. Annat gäller om det skulle vara personen själv som har placerat föremålet på vägen; det är således i skadeståndsrättslig mening en grundläggande skillnad mellan att till exempel underlåta en stänga en grind som man själv öppnat och att underlåta att stänga en grind som någon annan lämnat öppen.¹¹¹

Den fundamentala distinktionen i ansvarshänseende mellan handling och underlåtenhet framträder troligen uttryckligen för första gången i NJA 1971 s. 468, som rör en översvämningsskada på en privat fastighet som gränsade till ett kommunägt parkområde. HD anförde först att skadan ”icke berott på åtgöranden inom det kommunen tillhöriga område[t]”, vilket under omständigheterna får förstås som att domstolen menade att skadan inte orsakats av en *handling* för vilken kommunen svarade.¹¹² Därefter övergick HD till att pröva ”huruvida det likväl kan anses ha ålegat kommunen att vidtaga åtgärder till förhindrande av skadan”, dvs. om kommunen ändå kunde åläggas skadeståndsskyldighet för sin *underlåtenhet* att förhindra följdens inträde. HD:s slutsats blev att kommunen inte haft någon sådan handlingsplikt, eftersom det relevanta stadgandet i dåvarande byggnadslag om kommuns skyldighet att vidta åtgärder för vattenavrinning inte kunde

¹⁰⁷ För motsvarande princip inom straffrätten, se t.ex. Jareborg (1995) s. 118 ff.

¹⁰⁸ Hellner och Radetzki (2014b) s. 28.

¹⁰⁹ Karlgren (1972) s. 31. Se även Hellner och Radetzki (2014a) s. 105.

¹¹⁰ Liknande resonemang i Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 23.

¹¹¹ Hellner och Radetzki (2014a) s. 105.

¹¹² Som framgår av underinstansernas domar hade översvämningsskadan istället berott på en annan tomtägares markhöjande åtgärder, vilka hade åstadkommit att vattenavrinningen från ett sankområde hindrades.

anses omfatta anordningar till förhindrande av sådan vattenskada som drabbat husägaren.¹¹³

Särbehandlingen av underlåtenheter i ansvarshänseende brukar i svensk straffrätt beskrivas som att Sverige saknar en ”allmän civilkuragelag”, med vilket man då menar en lag som generellt ålägger medborgarna att vara verksamma för att hindra att människor utsätts för brott mot person.¹¹⁴ Beskrivningen är, i varje fall för personskadornas del, överförbar på skadeståndsrätten. Frågan huruvida Sverige ska införa någon form av allmän civilkuragelag har varit föremål för åtskilliga statliga utredningar under 1900-talet,¹¹⁵ men saken har naturligtvis också debatterats i media och juridisk doktrin. Sålunda anklagade till exempel författaren och journalisten Maciej Zaremba i en uppmärksammad tidskriftsartikel på 1990-talet det svenska rättssystemet för att ha ”ruttna moraliska rötter” och formulerade ett exempel med en affärsman med nyputsade skor som råkar gå förbi när ett spädbarn håller på att drunkna i en vattenpöl. Mannen rycker på axlarna och går därifrån medvetande om att han inte riskerar någon straff- eller skadeståndsrättslig sanktion för sin passivitet.¹¹⁶ Exemplet är onekligen cyniskt, och Zaremba fick mothugg från bland andra Ekstedt, som ansåg att kritiken var ett slag i luften från en som saknade insikt i det juridiska systemets funktioner,¹¹⁷ men det kan i varje fall användas för att tydliggöra att ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet verkligen har sin plats på ansvarsbegreppets *objektiva* sida. Det ställs således inga frågor om skadevållarens insikt om skaderisken eller dennes möjligheter att förhindra skadan; ansvar är enligt huvudregeln uteslutet oaktat att en räddningsåtgärd skulle ha krävt minimal ansträngning.¹¹⁸ När ansvarsbegränsningen ibland hävdas stå i strid med det ”allmänna rättsmedvetandet” är det inte sällan denna aspekt som står i fokus för argumentationen.¹¹⁹ Det är också på denna punkt som det svenska rättsläget skiljer sig från flera vanligtvis jämförbara rättssystem; norsk lag stadgar exempelvis straff för den som utan större fara eller uppoffring för sig själv och andra underlåter att hjälpa någon som befinner sig i uppenbar och överhängande livsfara.¹²⁰

¹¹³ Se vidare nedan i avsnitt 4.1.2.1, där HD:s ansvarsbefriande uttalande sätts in i en relevant teoriram avseende handlingspliktens räckvidd.

¹¹⁴ Se t.ex. SOU 1953:14 s. 143 och SOU 2011:16 s. 110. Jfr dock nedan i avsnitt 4.5.2 ang. den allmänna (men inskränkta) varningsplikten i lag (2003:778) om skydd mot olyckor.

¹¹⁵ Se den historiska genomgången i SOU 2011:16 s. 63-88.

¹¹⁶ Zaremba (1995/96) s. 26 ff.

¹¹⁷ Ekstedt (1997/98) s. 984 ff.

¹¹⁸ Se t.ex. Hellner och Radetzki (2014a) s. 105.

¹¹⁹ Se t.ex. SOU 1996:185 s. 27 och diskussionen i Abrahamsson (2011) s. 15 f.

¹²⁰ Det aktuella stadgandet finns i strafflagens 387 §. Se också Handlingspliktsutredningens komparativa utblick i SOU 2011:16 s. 45-62. Även Nygaard (2007) s. 185 f.

Nu har visserligen det ovan beskrivna rättsläget någon gång försiktigt ifrågasatts i doktrinen. I sin allra sista skadeståndsrättsliga framställning öppnade Hellner nämligen dörren för ett ”allmänt underlåtenhetsansvar”, fristående från den taxonomi av ansvars kategorier som ska behandlas i nästföljande kapitel. Hellner skrev således i sin ”introduktionsbok” i skadeståndsrätt:

Man kan dock inte utesluta, att om något fall skulle uppstå där omständigheterna talar starkt för en skyldighet att ingripa, domstolarna skulle anse sig oförhindrade att ålägga en sådan skyldighet. Ett exempel är att en person befinner sig i uppenbar livsfara och ett ingripande för att rädda honom skulle fordra mycket ringa ansträngning.¹²¹

Hellners uttalande är anmärkningsvärt och saknar stöd i övriga rättskällor.¹²² Särskilt intressant att notera är att Hellner aldrig inkluderade någon liknande reflektion i sin ”stora” bok i skadeståndsrätt. Schultz har mot denna bakgrund spekulerat i om Hellner möjligen påverkades av den allmänna debatten till att komma med en ”inlindad rättspolitisk rekommendation”.¹²³ Enligt min mening är det dock opåkallat att på detta sätt spekulera i de möjliga bevekelsegrunder som Hellner kan ha haft. Å *ena sidan* kan det konstateras att gällande svensk skadeståndsrätt av idag knappast ger stöd åt någon sådan ”allmän handlingsplikt” som Hellner åsyftar. Det tycks istället vara en grundmurad uppfattning att en sådan dramatisk rättsutveckling som Hellner antyder i så fall bör initieras av lagstiftaren.¹²⁴ Å *andra sidan* kan en sådan rättsutveckling knappast anses helt osannolik; särskilt inte med tanke på att HD under det senaste decenniet blivit allt aktivare i sin rättsskapande verksamhet.¹²⁵ Faktum kvarstår dock att Hellners uttalande inte kan läggas till grund för en beskrivning eller analys *de lege lata* av den svenska skadeståndsrättens innebörd på underlåtenhetsområdet av idag.

I straff- och skadeståndsrättslig doktrin görs ibland gällande att det skulle krävas långtgående extensiva tolkningar av straff- och ersättningsrättsliga regler om man ville ålägga medborgarna ett allmänt eller speciellt ansvar för underlåtenhet, och att detta i sin tur skulle resa betänkligheter från legalitetssynpunkt.¹²⁶ Förklaringen till ansvarsbegränsningen skulle således ligga i att ersättningsstadganden som till exempel 2 kap. 1 § SkL enbart tar

¹²¹ Hellner och Radetzki (2014b) s. 29. Jfr Schultz (2007) s. 566 f.

¹²² Schultz (2007) s. 568.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid. Jfr Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 107.

¹²⁵ Se ovan i avsnitt 3.1. Se, för en diskussion i doktrinen, även Wersäll (2014) och Wiklund (2014).

¹²⁶ Se t.ex. Norée (03/04).

sikte på orsakanden av skada genom handling. Detta är emellertid en missuppfattning.¹²⁷ Nyss konstaterade ansvarsbegränsning borde istället komma som en överraskning för den som studerar regleringarnas utformning. I exempelvis 2 kap. 1 § SkL sägs ju endast att den som av vårdslöshet vållar person- eller sakskada ska ersätta skadan. Skulle man komma till slutsatsen att affärsmannen i Zarembas exempel har orsakat spädbarnets död genom att underlåta att lyfta upp det ur dammen, måste det ligga nära till hands att också anse underlåtenheten culpös enligt en fri culpabedömning, med beaktande av bland annat skaderisken och möjligheterna att förebygga skadan. Den kausala underlåtenheten uppfyller alltså i och för sig rekvisiten i det tillämpliga ersättningsstadgandet. Ändå är skadeståndsansvar enligt huvudregeln uteslutet. Av det sagda följer att den ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet utgör en *extraordinär ansvarsbefriande omständighet* som inte framgår av lagtexten. Vad som saknas är enbart en inskränkande angivelse av de situationer där ansvar undantagsvis ansetts kunna komma ifråga.¹²⁸ Det är således fråga om ett slags reduktionsslut; under lagens ord faller egentligen *fler* underlåtenheter än de som anses kunna grunda ansvar.^{129, 130}

Här kan, avseende de skadeståndsrättsliga *ansvarstyperna*, inskjutas att den konstaterade ansvarsbegränsningen gäller ansvar för *egen* underlåtenhet.¹³¹ Att en underlåtenhet som huvudregel inte är ansvarsgrundande gäller därför när stadganden som exempelvis 2 kap. 1-3 §§ och 4 kap. 1 § SkL åberopas, men däremot inte när arbetsgivarens principalansvar enligt 3 kap. 1 § SkL eller andra liknande ansvarskonstruktioner görs gällande. För de objektiva ansvarsförutsättningarna i sådana fall är det således inte av betydelse om arbetstagarens agerande är att betrakta som en underlåtenhet; om denne kan anses ha vållat skadan är arbetsgivaren såsom principal även ansvarig för

¹²⁷ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 110.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ När en underlåtenhet är föremål för skadeståndsrättslig ansvarsanalys måste man dock givetvis, precis som när fråga är om en handling, i första hand fråga sig om underlåtenheten alls omfattas av den ersättningsregel man avser att tillämpa. Nu är detta emellertid sällan något problem i skadeståndsrätten, eftersom det står helt klart att man åtminstone teoretiskt kan "vålla", "åsamka" eller "orsaka" (etc.) skador genom underlåtenhet. Frågan är desto mera betydelsefull på straffrättens område, där man ju laborerar med en uppsjö av olika *brottsbeskrivningsverb* ("beröva", "tillfoga", "missbruka" etc.) och det således blir en särskild fråga om dessa begrepp även omfattar underlåtenhet; se allmänt Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 110 och 126 ff. Däremot kan liknande frågeställningar uppkomma på skadeståndsrättens område i de fall en ersättningsregel ställer särskilda krav på *sättet för skadans orsakande*. Ett exempel är regelverket i 32 kap. MB, vars tillämpning förutsätter att en skada uppkommit "genom" vissa speciella skadehändelser (se närmare i 3 §). Det kan ju till exempel svårligen tänkas att en skada genom "skakning" (p. 7) kan anses ha orsakats genom underlåtenhet.

¹³¹ Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 54 och 58.

sådana ageranden.¹³² I övrigt gäller dock ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet i princip *oavsett vilken subjektiv ansvarstyp som är tillämplig*. Att ett rättssubjekt i något avseende är ålagd exempelvis ett presumtions- eller strikt ansvar innebär således inte att ansvaret per automatik även omfattar underlåtenhet.¹³³ Det egna ansvarets stränghet är en omständighet som hör till den subjektiva bedömningen och därför inte kan påverka den objektiva ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet.

Ovanstående konstaterande om den svenska rättens till synes kategoriska innehåll på detta område väcker onekligen frågan vad som kan tänkas vara motiveringen till ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet. De möjliga förklaringsmodellerna och infallsvinklarna är otaliga, och någon behandling av dessa kan inte komma ifråga i detta sammanhang.¹³⁴ Sammanfattningsvis kan dock sägas att man antingen sökt rättfärdiga ansvarsbegränsningen med hänsyn till medborgarnas rätt till respekt för sin personliga integritet med mera,¹³⁵ eller anfört pragmatiska skäl, såsom rättssystemets effektivitet¹³⁶ och rättsreglernas förutsebarhet.¹³⁷

3.2.2 Handlingsplikten som ansvarsgrundande rättsfaktum. Reflektioner över taxonomin

De särskilda förutsättningar som anses motivera ett underlåtenhetsansvar i svensk skadeståndsrätt brukar i doktrinen beskrivas som att personen hade en ”handlingsplikt” baserad på vissa närmare angivna omständigheter.¹³⁸ Ett konstaterande av att någon hade en sådan plikt att handla har emellertid ingen självständig rättslig betydelse; pliktbegreppet fungerar enbart som en omskrivning av de situationer som i rättskällorna ansetts motivera ett underlåtenhetsansvar.¹³⁹ Man kan onekligen ifrågasätta vad det tjänar till att

¹³² Däremot kan agerandets karaktär av underlåtenhet naturligtvis påverka bedömningen av huruvida rekvisiten i ersättningsstadgandet är uppfyllda.

¹³³ Hellner och Radetzki (2014a) s. 97 f. Man kan dock iaktta, att när ansvaret på detta sätt är särskilt strängt eller annars återfinns i speciallag, ersättningsregeln ofta är knuten till en plikt att handla på visst sätt.

¹³⁴ För en sammanhållen redogörelse för de viktigaste förklaringsmodellerna hänvisas till Abrahamsson (2011) s. 3 ff.

¹³⁵ Se t.ex. Karlgrens tydliga ställningstagande i dennes (1972) s. 31, Hellner och Radetzki (2014a) s. 106, Sund (1989) s. 162 och diskussionen i Schultz (2007) s. 550 ff.

¹³⁶ Se t.ex. Landes och Posner (1978) s. 83 ff. och Schultz (2007) s. 554.

¹³⁷ Se t.ex. Karlgren (1972) s. 31 och Schultz (2007) s. 552 f.

¹³⁸ Hellner och Radetzki (2014a) s. 104 ff., Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 58, Andersson (2013c) s. 207 och Sund (1989) s. 162.

¹³⁹ Andersson har likaledes uttryckt att argumentationen vore ”tämligen cirkulär” om man nöjde sig med att konstatera att en underlåtenhet kunde föranleda ansvar därför att en handlingsplikt förelåg; se dennes (2013c) s. 207 f.

införa ännu ett rättstekniskt begrepp i ansvarsanalysen, särskilt när det, som kommer att framgå i nästföljande kapitel, stundtals är fortsatt mycket oklart vilka omständigheter som egentligen kan grunda ett ansvar för underlåtenhet i svensk skadeståndsrätt. Att handlingspliktsbegreppet skulle fylla en legitim funktion har också sedan länge varit ifrågasatt i doktrinen, där redan Thyrént uttalade att ”det är att skjuta frågan ett steg tillbaka eller snarare att föra den i cirkel”¹⁴⁰ och Lundstedt gick så långt som att betrakta hela denna pliktlära som ”fullkomligt meningslös”.¹⁴¹ Icke desto mindre fortsätter pliktbegreppet att begagnas i litteraturen. Man kan undra om förklaringen inte i första hand är historiskt betingad: när bedömningen av underlåtenhetsansvaret i äldre tid var mera skönsmässig fyllde pliktbegreppet en legitimerande funktion, men i takt med att konturerna kring detta ansvar blivit (åtminstone i viss mån) tydligare och olika kategorier av ansvarsgrundande omständigheter utbildats har det förlorat sin rättsliga funktion, varvid begreppet ändå ”hänger kvar” i praxis och litteratur. Enligt min mening är pliktbegreppets funktion numera enbart pedagogisk; det utgör en sammanfattande och övergripande (om än inte särskilt klagörande) benämning på de situationer där rättsordningen anser det motiverat att ålägga ett underlåtenhetsansvar. Den enda fråga som har någon reell betydelse ur rättslig synvinkel är emellertid *under vilka omständigheter* en sådan handlingsplikt anses motiverad i det enskilda fallet.

En central fråga är därtill hur de ansvarsgrundande omständigheterna bör systematiseras eller kategoriseras. Här kan man uppenbarligen tänka sig flera alternativ. I den svenska straffrätten analyseras underlåtenhetsansvaret på ett sinnrikt sätt med hjälp av en särskild lära, den s.k. *garantläran*.¹⁴² Huvudregeln är att underlåtenhetsansvar förutsätter att gärningspersonen vid brottstillfället befann sig i *garantställning* i förhållande till en viss person eller sak.¹⁴³ Garantställningarna indelas vanligen i de två huvudsakliga kategorierna skyddsgarantställning och övervakningsgarantställning. Den förstnämnda innebär en ställning som beskyddare i förhållande till sak eller person; i fokus står alltså den rättsliga eller faktiska relationen mellan gärningsperson och brottsoffer.¹⁴⁴ Ansvar för djurplågeri kan således aktualiseras om en djurägare underlåter att mata sitt djur, vilket beror på att ägaren är skyddsgarant för djuret. Den sistnämnda kategorin innebär istället

¹⁴⁰ Thyrént (1912) s. 18. Se också Andenæs (1942) s. 171 f.

¹⁴¹ Lundstedt (1921) s. 52. Se också Andenæs (1942) s. 172.

¹⁴² Läran, som har sitt ursprung i tysk teoribildning, lanserades av Strahl och har utvecklats av Jareborg; se SOU 2011:16 s. 18.

¹⁴³ Se t.ex. Strahl (1976) s. 319 ff.; Jareborg (1995) s. 121 ff.; Frände (2010) s. 67 f.; Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 106 ff. och NJA 2013 s. 588.

¹⁴⁴ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 112.

en ställning som övervakare i förhållande till en person eller sak som kan utgöra en fara för någon annan person eller sak; här ligger fokus istället på relationen mellan gärningspersonen och en annan person eller sak som orsakat skada för ett brottsoffer.¹⁴⁵ Ansvar för djurplågeri kan således återigen aktualiseras om en vårdnadshavare underlåter att förhindra att barnet det har vårdnaden över utövar våld mot ett djur, vilket beror på att vårdnadshavaren är övervakningsgarant för barnet. De närmare principerna för vilka personer som i olika situationer kan befinna sig i olika garantställningar har därefter kontinuerligt utvecklats i lag, praxis och doktrin, men rättsläget är ingalunda klart.

Garantläran och dess terminologi har inte vunnit tydligt insteg i den svenska skadeståndsrätten. Istället utbildades i skadeståndsrättslig doktrin tidigt olika *kategorier* av ansvarsgrundande omständigheter. Rättsfrågan blir då om en viss skadeståndsrättsligt relevant situation faller inom ramen för dessa kategorier, varvid underlåtenhetsansvar är uteslutet om så inte skulle anses vara fallet. Behandlingen av dessa ansvarskategorier har emellertid inte på något sätt varit enhetlig. Medan Karlgren verkar ha arbetat med fem kategorier,¹⁴⁶ har Hellner exempelvis nöjt sig med tre.¹⁴⁷ I övrig nordisk doktrin syns andra kategoriseringar.¹⁴⁸ Andersson har till sin framställning istället lånat den straffrättsliga terminologin.¹⁴⁹ Hellners val av taxonomi får dock, som på så många andra områden inom den svenska skadeståndsrätten, anses vara den mest väletablerade. Den får därför tjäna som en utgångspunkt för den fortsatta framställningen; en taxonomi som dock därifrån kommer att utvecklas och problematiseras betydligt. Jag ser också anledning att slå ett slag för den någorlunda tydliga teoribildning som garantläran innebär. Eftersom de ansvarsgrundande omständigheterna enligt de båda systemen överlappar kommer jag i det följande att nyttja garantterminologin där det är lämpligt. Vid en sådan inkorporering bör man dock, som Andersson gjort, anpassa denna terminologi till skadeståndsrätten så att garantställningarna inte föreligger i förhållande till vissa brottsoffer, utan i förhållande till vissa skaderisker. En skyddsgarantställning kan därför i den skadeståndsrättsliga kontexten sägas innebära en *anknytning till någon som utsätts för en risk*, medan en övervakningsgarantställning kan sägas innebära en *anknytning till denna specifikt utpekade riskfaktor*.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 115.

¹⁴⁶ Karlgren (1972) s. 32 ff.

¹⁴⁷ Hellner (1973) s. 55 f.; fortfarande lika i Hellner och Radetzki (2014a) s. 106 f.

¹⁴⁸ Se t.ex. Nygaard (2007) s. 183 ff. och Vinding Kruse (1964) s. 169 ff.

¹⁴⁹ Andersson (2013c) s. 208.

¹⁵⁰ Andersson (2013c) s. 208 f.

4 Pliktgrundande omständigheter

4.1 Lag eller annan författning

4.1.1 Allmänt om lagstadgade handlingsplikter

Att en skadeståndsrättsligt sanktionerad handlingsplikt kan följa av lagar eller förordningar som stiftats eller antagits av Sveriges riksdag eller regering är en självklarhet. När handlingsplikten på detta sätt framgår av en primär rättskälla har lagstiftaren själv identifierat och avgränsat den personkrets som kan komma i fråga för underlåtenhetsansvar. Som kommer att framgå kan emellertid skadeståndsrättsligt relevanta handlingsplikter även återfinnas i interna myndighetspublikationer såsom cirkulär och andra föreskrifter.¹⁵¹

När handlingsplikten följer av civilrättslig lagstiftning är det påfallande ofta fråga om legalkonstruktioner av övervakningsgarantställningar. Djur har därvid identifierats som en sådan riskfaktor som kan motivera att skadeståndsansvar åläggs för underlåtenhet att förhindra att dessa orsakar skada. Sålunda föreskrivs i 1 § lag (2007:1150) om tillsyn över hundar och katter att dessa ska hållas under sådan tillsyn som behövs för att förebygga att de orsakar skador, och i 1 § lag (1933:269) om ägofred att den som äger, underhåller eller nyttjar hemdjur (med vilket avses bland annat nötkreatur och hästar)¹⁵² är ”pliktig att medelst hägnad eller vallning eller på annat sätt hålla sådan vård om dem, att de ej olovligen inkomma å annans ägor”. Därtill bör nämnas att arbetsmiljölagstiftningen på olika sätt ålägger arbetsgivare att vidta åtgärder till förhindrande av skador; se till exempel 2 kap. 5 § AML som föreskriver att tekniska anordningar ska vara beskaffade samt placeras och brukas på sådant sätt att säkerhet ges mot olycksfall. Denna handlingsplikt kan, som Asp, Ulväng och Jareborg gjort,¹⁵³ placeras under rubriken övervakningsgarantställning, men det kan väl lika gärna anses att den rättsliga relation som anställningsavtalet ger upphov till innebär att den kan beskrivas som en skyddsgarantställning för arbetsgivaren gentemot arbetstagaren. Ytterligare särpräglade fall av

¹⁵¹ Se vidare nedan i avsnitt 4.1.2.2, vid not 189. Härefter kommer jag dock som ett sammanfattade begrepp begagna ”lagstadgad handlingsplikt”.

¹⁵² SOU 2003:116 s. 72.

¹⁵³ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 115.

civilrättsliga påbud är stadgandena i 4 kap. 2 § BFL och 5 § RNL om skyldigheten att fullgöra bokföring respektive revision på sätt som överensstämmer med god bokförings- respektive revisionsred.

I den civilrättsliga sfären av lagstadgade handlingsplikter får vi även insortera vårdnadshavares underlåtenhetsansvar gentemot sina barn. En vårdnadshavare som exempelvis vållar sitt barn skada genom att inte tillse att det får adekvat vård när det skadat sig kan således ådra sig straff och skadeståndsskyldighet för sin underlåtenhet.¹⁵⁴ Att vårdnadshavare på detta sätt alltid befinner sig i skyddsgarantställning i förhållande till barn som de har vårdnaden om brukar numera anses framgå direkt av 6 kap. 1-2 §§ FB, som dels slår fast att barn har vissa grundläggande behov, till exempel att de har rätt till omvårdnad och inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling, dels stadgar att det är barnets vårdnadshavare som har ansvaret för att tillse att dessa behov blir tillgodosedda. Även om handlingsplikten således numera kan anses lagfäst har vårdnadshavares underlåtenhetsansvar sedan mycket länge varit en självklarhet i svensk rätt.¹⁵⁵ I NJA 1930 s. 122 dömdes exempelvis en kvinna för vållande till annans död efter att ha underlåtit att ge sitt nyfödda barn tillräcklig omvårdnad. Vårdnadshavares handlingsplikter gentemot sina barn omfattar även dennes ställning som övervakningsgarant gentemot dessa. En vårdnadshavare som underlåter att förhindra att dennes barn orsakar skada för en tredje person kan således anses ha vållat skada i 2 kap. 1 § SkL:s mening och ådra sig skadeståndsskyldighet för sin underlåtenhet.¹⁵⁶ Denna aspekt av vårdnadshavares underlåtenhetsansvar har ådragit sig relativt stor uppmärksamhet från lagstiftnings- och rättstillämpningshåll och ska därför behandlas särskilt nedan.¹⁵⁷

Ett stort antal lagstadgade handlingsplikter i svensk rätt åvilar myndigheter och återfinns sedermera i den förvaltningsrättsliga lagstiftningen. Här bör inledningsvis nämnas att varje förvaltningsmyndighet har en grundläggande serviceskyldighet enligt 4 § FL; myndigheten ska i behövlig utsträckning lämna upplysningar, vägledning och råd till enskilda i frågor som rör dess verksamhet. Serviceskyldigheten kan bland annat aktualiseras om en enskild ger in en handling till myndigheten. I NJA 2013 s. 1210 ansåg HD att Försäkringskassan hade åsidosatt sin serviceskyldighet genom att underlåta att vidta någon åtgärd med anledning av att en person gett in en handling till

¹⁵⁴ Se t.ex. NJA 2003 s. 174 och NJA 2013 s. 588. Jfr Schultz (2007) s. 560 med hänv.

¹⁵⁵ Se särskilt NJA 2013 s. 588, där HD uttalade att det är en "självklar utgångspunkt" att vårdnadshavare befinner sig i skyddsgarantställning i förhållande till sina barn.

¹⁵⁶ Sund (1989) s. 34 samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 107 och 255 f.

¹⁵⁷ Se nedan i avsnitt 4.1.3.

myndigheten. Underlåtenheten ansågs utgöra fel eller försummelse vid myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § SkL och skadestånd utgick.¹⁵⁸ Många handlingsplikter som åvilar det allmänna finns också inskrivna i trafik- och väglagstiftningen; 26 § VL stadgar att väg ska hållas i ett för samfärdseln tillfredsställande skick, och enligt 2 § lag (1998:814) med särskilda bestämmelser om gatuhållning och skyltning åvilar handlingsplikten som utgångspunkt kommunen genom skyldighet att skotta snö, sanda m.m. Enligt 3 § i samma lag kan dock handlingsplikten i viss mån överlåtas till enskild fastighetsägare. Enligt 3 kap. 3 § OL har husägare därutöver skyldighet att till exempel avlägsna snö och is som kan falla ned från tak. I det straffrättsliga fallet NJA 2005 s. 372 uttalade HD att denna föreskrift får anses innebära att ägaren intar en garantställning som kan medföra ansvar för underlåtenhet.¹⁵⁹ En sådan ställning kan lämpligen beskrivas som en övervakningsgarantställning. Däremot får nog garantbegreppets funktion anses mer oklar när fråga är om myndigheters allmänna serviceskyldighet, som i det ovan berörda fallet NJA 2013 s. 1210.

Avslutningsvis bör nämnas vissa handlingsplikter som åvilar myndigheter i verksamheter som innefattar ett särskilt maktförhållande gentemot enskilda. Polismyndigheten har en skyldighet att verka för att förebygga brott och andra störningar, vilken följer av 2 § PL. Även för Kriminalvårdens personal finns ett flertal lagstadgade handlingsplikter; 4 kap. 2 § häkteslagen (2010:611) föreskriver till exempel att en intagen som huvudregel ska kroppsvisiteras för eftersökande av otillåtna föremål. Denna handlingsplikt blev föremål för bedömning i rättsfallet NJA 2007 s. 891, där en intagen hade hängt sig i sin livrem i häktescellen. Staten medgav försummelse vid myndighetsutövning genom underlåtenhet att visitera den intagne och avlägsna livremmen. HD hänvisade emellertid till vissa principer för bedömningen som utbildats i Europadomstolens praxis, och fann, med ett anmärkningsvärt och svårbegripligt resonemang, att skäl saknades att sanktionera statens försummelse med skadeståndsskyldighet. Vissa slutsatser som torde kunna dras av bedömningen ska behandlas närmare nedan.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Se allmänt om fallet i Bengtsson (2016) s. 440, där denne också nämner att fallet har intresse eftersom den skadeståndsgrundande underlåtenheten att lämna service utsträcktes jämfört med tidigare praxis.

¹⁵⁹ I målet hade emellertid husägaren överlåtit detta ansvar till en snöröjningsfirma enligt *avtal* med denna, vilket innebär att utgången även har relevans för denna pliktgrund; se särskilt nedan i avsnitt 4.2.2.3.

¹⁶⁰ Se nedan i avsnitt 4.1.2.2, vid not 191 och framåt.

Ovanstående redogörelse för några exempel på lagstadgade handlingsplikter åskådliggör det skadeståndsrättsliga underlåtenhetsansvarets speciella korrelation med övriga rättsområden. När ansvaret ska motiveras objektivt sker (åtminstone rättstekniskt men kanske inte alltid i det praktiska rättslivet) en sökning i annan lagstiftning efter plikter som passar in på omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan i och för sig vara oklart om ett sådant ”rättsligt beroendeförhållande” ska anses innebära att de civil- och förvaltningsrättsliga reglerna ”får skadeståndsrättsliga verkningar” eller om plikterna endast kan fungera som *argument* för att underlåtenheten är objektivt ansvarsgrundande.¹⁶¹ Det kan hur som helst tas för givet att en sådan korrelation mellan rättsområden som här beskrivits inte kan vara helt friktionsfri; även på det objektiva planet måste det finnas begränsningar i de ”skadeståndsrättsliga verkningarna” beroende på handlingspliktens närmare innebörd och de rättsliga intressen som normen är avsedd att skydda. Dessa aspekter ska, i syfte att klarlägga gränserna för den nu diskuterade ansvargrunden, behandlas härnäst.

4.1.2 Konkretisering av den lagstadgade handlingsplikten

4.1.2.1 Fastställande av handlingspliktens räckvidd

En första fråga som aktualiseras vid bedömningen av om en lagstadgad handlingsplikt kan läggas till grund för skadeståndsrättsligt ansvar för underlåtenhet rör handlingspliktens närmare innebörd eller ”räckvidd”.¹⁶² Rättsfrågan kan enkelt formuleras så: täcker den ifrågasatta handlingsregeln fullt ut den handling som det läggs någon till last att denne underlåtit att vidta? Endast om svaret är ja kan den lagstadgade handlingsplikten läggas till grund för det skadeståndsrättsliga underlåtenhetsansvar som prövas. Spörsmålet kan illustreras med ett förhållandevis enkelt exempel. Som ovan nämnts föreskriver 1 § i lag (2007:1150) om tillsyn över hundar och katter att dessa ska hållas under sådan tillsyn som behövs för att förebygga att de orsakar skador. Fastän det inte uttryckligen framgår av paragrafens lydelse gäller handlingsplikten uppenbarligen inte för utomstående personer eller andra som saknar varje rättsförhållande till djuret ifråga. Detta framgår exempelvis av en analogisk tolkning av stadgandet i ljustet av övriga påbud

¹⁶¹ Jfr uttalandet i SOU 2011:16 s. 21, där utredaren ansåg att den familjerättsliga regleringen medför direkta straffrättsliga verkningar. Se för motsatt uppfattning Strahl (1976) s. 322.

¹⁶² Andersson (2013c) s. 207 f., Schultz (2007) s. 562 f. samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 106.

som följer av lagen, till exempel 19 § som föreskriver att det strikta skadeståndsansvaret för skador som hund orsakat åvilar hundens *ägare eller innehavare*, men däremot inte andra personer.¹⁶³ Denna begränsning av handlingspliktens räckvidd innebär att ett skadeståndsrättsligt ansvar för utomståendes underlåtenhet att förhindra att en hund till exempel attackerar och skadar ett barn inte kan grundas på den lagstadgade tillsynsplikten i 1 § i nämnda lag. Därmed är emellertid inte sagt att underlåtenhetsansvar är uteslutet; det är ju möjligt att en handlingsplikt för ifrågavarande person kan grundas på någon annan omständighet än att plikten är lagstadgad, till exempel att denne genom avtal har åtagit sig att se efter djuret.¹⁶⁴ Exemplet kan jämföras med det ovan refererade fallet NJA 1971 s. 468, där HD fastslog att stadgandet i dåvarande byggnadslag inte omfattade vattenanordningar till förhindrande av den aktuella skadan.¹⁶⁵ Det ligger nära till hands att tolka domstolens uttalande som att kommunens handlingsplikt enbart omfattade sedvanliga brunns- och röranläggningar för avrinning, men däremot inte särskilda avledningsåtgärder vid kraftiga vattenflöden. HD motiverar dock inte sitt ställningstagande på något sätt.

Den inledande frågan om den lagstadgade handlingspliktens konkretisering är således ytterst en fråga om *lagtolkning*. Här står uppenbarligen de sedvanliga rättsdogmatiska tolkningsmetoderna till buds. Man kan således betrakta lagtexten ur *objektiv* synvinkel och söka utröna dess språkliga innebörd, eller tillämpa någon form av *subjektiv* tolkningsmetod, varvid förarbetena konsulteras i jakt på en precisering av plikten.¹⁶⁶ Ytterligare möjligheter är att använda *teleologisk* lagtolkning i syfte att fastställa lagens ändamål, varvid man ofta kan tillgripa någon form av *analogi* (se nyss anförda djurexempel) eller *motsatsslut* för att komma fram till en rimlig lösning på tolkningsproblemet.¹⁶⁷

Det torde vara ytterst sällsynt att handlingsplikten blivit så preciserad i lagen att man kan dra klara slutsatser rörande dess räckvidd redan genom att betrakta lagtexten i objektiv bemärkelse. Som Schultz påpekar är det till och med så, att lagstadgade handlingsregler ofta inte ger någon konkret vägledning alls för bedömningen av plikternas räckvidd; dessa är inte sällan så abstrakt eller allmänt formulerade att de i och för sig kan täcka de flesta

¹⁶³ Se prop. 2006/07:126 s. 62, där handlingspliktens räckvidd antyds genom att det sägs att den även omfattar ”den som mycket kortvarigt rastar en hund eller katt”.

¹⁶⁴ Se allmänt om denna pliktgrund nedan i avsnitt 4.2.

¹⁶⁵ Se om fallet ovan i avsnitt 3.2.1.

¹⁶⁶ Se allmänt Zetterström (2004) s. 81 f.

¹⁶⁷ Zetterström (2004) s. 82.

situationer.¹⁶⁸ Schultz anför som exempel Polismyndighetens ovan berörda skyldighet att verka för att förebygga brott och andra störningar.¹⁶⁹ Man kan fråga sig vad denna handlingsplikt egentligen innebär. Kan en patrullerande polis, som till exempel underlåter att förhindra att en person slår sönder en fönsterruta på stan, åtalas för skadegörelse och sedermera bli skyldig att ersätta ägaren för den genom underlåtenheten orsakade sakskadorna? I rättslitteraturen tycks råda enighet om att poliser inte i allmänhet befinner sig i en sådan garantställning gentemot medborgare (och inte heller gentemot varandra), att deras underlåtenhet att förhindra skadors uppkomst kan föranleda straff eller skadeståndsskyldighet. Istället är den hävdvunna uppfattningen att det krävs att det i en faktisk situation uppstått en preciserad skydds- eller övervakningsskyldighet i förhållande till *viss* person eller egendom.¹⁷⁰ Visst stöd för det sagda ger det straffrättsliga fallet NJA 1987 s. 655, där en person hade tvingats att åka med i en polisbuss utan att laga grund förelegat. Såväl bussföraren som de övriga polismännen fälldes till ansvar för olaga tvång. Gällande ansvaret för den polisman som inte haft ställning som förman uttalade HD att ”när en grupp poliser [...] tjänstgör gemensamt, måste [...] var och en av dem anses ha ett visst ansvar för vad som händer i gruppen. Även den som inte har befälsställning måste anses skyldig att ingripa, om han ser att någon annan i gruppen vidtar en uppenbart lagstridig åtgärd”. Utgången är naturligtvis den enda rimliga, men det är värt att notera att HD:s resonemang i princip är helt skönsmässigt. Den subjektiva lagtolkningen gav knappast något resultat; i förarbetena till polislagen sägs ingenting om den aktuella handlingspliktens räckvidd. I sådana situationer får domstolarna påtagligt ofta falla tillbaka på normativa bedömningar av vad som utgör en lämplig ordning.¹⁷¹ Det torde ändå gå att förklara utgången med att den särskilda *relationen* mellan polismännen ansågs motivera ett underlåtenhetsansvar.¹⁷² I den faktiska situationen befann sig polismännen således i övervakningsgarantställning i förhållande till varandra. Gällande polisens ställning som skyddsgarant har Schultz på motsvarande sätt tänkt sig följande situation. En kioskägare som drabbats av återkommande skadegörelse vänder sig till polisen och upplyser om att det är samma grupp personer som krossar fönsterrutorna varje lördagskväll i samband med den lokala fotbollsklubbens hemmamatcher. Denne blir över telefon tillsagd av polisen att inte oroa sig, eftersom en polisman kommer att

¹⁶⁸ Schultz (2007) s. 562.

¹⁶⁹ Schultz (2007) s. 562.

¹⁷⁰ Ibid. Jfr även Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 114 och Andenæs (1974) s. 153.

¹⁷¹ Jfr Schultz (2007) s. 563 och NJA 2013 s. 1210, där HD anförde att bedömningen av omfattningen av Försäkringskassans plikt bl.a. skulle ske med hänsyn till den enskildes behov av hjälp och myndighetens resurs- och arbetssituation; se p. 20 i HD:s domskäl.

¹⁷² Schultz (2007) s. 563. Jfr Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113 och NJA 2013 s. 588, som ska kommenteras särskilt i avsnitt 4.5.3.1 och 4.5.3.2 nedan.

titta till kiosken under nästa match. Så sker emellertid inte, och kiosken blir återigen vandaliserad. Här anser Schultz att skadeståndsansvar för polisens underlåtenhet att förhindra sakskadorna ”kanske” kan komma ifråga, vilket han synes stödja på den omständigheten att det till följd av telefonsamtalet uppkommit en ”särskild relation” (eller ett avtalsliknande förhållande) mellan kioskägaren och polisen.¹⁷³

Schultz resonemang får enligt honom själv ses som ett försök till förklaring av handlingspliktens åläggande i det särskilda fallet snarare än en generell och fullständigt underbyggd tes.¹⁷⁴ Pliktresonemang baserade på rättsliga och faktiska relationer mellan de inblandade personerna är emellertid, som ska ses nedan, inte främmande för diskussioner om underlåtenhetsansvarets gränser i svensk rätt.¹⁷⁵ Åtminstone vad gäller myndigheters ansvar för underlåtenhet anser jag att särskilda kontakter med enskilda, vilka gett upphov till en förtroenderelation, utgör omständigheter som ofta torde kunna påverka tolkningen av en lagstadgad och generellt utformad handlingsplikt i utvidgande riktning. Att skadeståndsrättsligt relevanta handlingsplikter ofta är vagt formulerade i lagen får i vilket fall, särskilt med hänsyn till att de utgör påbud som ställer rättsliga krav på enskilda medborgare, anses problematiskt från förutsebarhetssynpunkt.

4.1.2.2 Normskyddslärans tillämpning på handlingsplikter

Trots att man kan sluta sig till att en lagstadgad handlingsplikt omfattar den handling som en person underlåtit att vidta, är det inte alltid klart att underlåtenheten ska anses objektivt ansvarsgrundande. Särskilt när det gäller myndigheters handlingsplikter av olika slag får *normskyddsläran* stor relevans som ansvarsbegränsande faktor.¹⁷⁶ Läran, som anses ha fått sitt definitiva erkännande i svensk skadeståndsrätt i och med justitierådet Nordensons särskilda yttrande i NJA 1976 s. 458,¹⁷⁷ kan sägas utgöra en metod för att avgöra vilka situationer som faller utanför en bestämmelses skyddsnorm och därför inte kan grunda ersättningsrätt.¹⁷⁸

Lärans praktiska funktion kom till tydligt uttryck i NJA 2013 s. 145. En 13-årig flicka, som av Landskrona kommun omhändertagits med stöd av LVU,

¹⁷³ Schultz (2007) s. 562 f.

¹⁷⁴ Schultz (2007) s. 563 not 1167.

¹⁷⁵ Se nedan i avsnitt 4.2 och 4.5.3.2.

¹⁷⁶ Hellner och Radetzki (2014a) s. 106, Andersson (1993) s. 366 ff. och densammas (2013c) s. 214 f.

¹⁷⁷ Hellner och Radetzki (2014a) s. 201. Se även Andersson (1993) s. 136 ff. för en genomgång av den svenska skadeståndsrättens successiva acceptans av normskyddsläran.

¹⁷⁸ Hellner och Radetzki (2014a) s. 201.

placerades av socialnämnden tillfälligtvis hemma hos sin alkoholiserade mamma. Flickan, som på grund av våld och alkohol i hemmet varit illa under hela sin barndom och hade en historik av pyromani och rymningar, gick med mammans tillåtelse (i strid med socialnämndens instruktioner) ut ensam och anlade då en brand som ödelade två varuhus i Landskrona. Försäkringsbolagen, som utgett ersättning till de skadelidande, krävde regressvis skadestånd av kommunen för dess bristande uppsikt över flickan. Den första frågan som domstolarna tog ställning till var om socialnämndens placeringsbeslut *i sig* kunde grunda skadeståndsansvar. HD tog utgångspunkt i socialnämndens skyldigheter avseende beredande av vård och anförde, med hänvisning till förarbetena, att regleringen i LVU inte ”primärt” avser att tillgodose ett samhällsskydd; istället är det barnets bästa som avgör vilka vårdinsatser som ska göras.¹⁷⁹ Enligt HD kan tredje mans intresse inte beaktas på ett från barnets behov så fristående sätt, att ett oaktsamt vidtagande av en vårdåtgärd kan grunda skadeståndsansvar gentemot tredje man.¹⁸⁰ Normskyddet innebar däremot inget problem när HD därefter i andra hand frågade sig om kommunen ådragit sig skadeståndsskyldighet genom socialnämndens *underlåtenhet* att hålla tillräcklig uppsikt över flickan *sedan beslutet om placeringen väl fattats*. Här hänvisade HD till 11 § 4 st. LVU, som stadgar att socialnämnden ska ha uppsikt över barnet under vårdtiden.¹⁸¹ Enligt förarbetena ska nämnden då vidta de åtgärder som krävs för att hindra att barnet skadar sig själv *eller andra*.¹⁸² HD konkluderade mot bakgrund av detta, och med hänsyn till att socialnämndens skyldigheter enligt LVU kan sägas ”komplettera” vårdnadshavarens grundläggande uppsiktsplikt, att socialnämnden *även i tredje mans intresse* har en uppsiktsplikt över ett barn som omhändertagits med stöd av LVU.¹⁸³

Behandlingen av normskyddsfrågan i NJA 2013 s. 145 sker, som framgår av ovanstående analys och (om än något kryptiskt) även av HD:s domskäl, stegvis. HD delar upp socialnämndens agerande enligt LVU i en handlings- och en underlåtenhetsaspekt och undersöker var för sig om dessa ska anses ha skadeståndsrättslig relevans enligt normskyddsläran. HD:s resonemang visar på ett tydligt sätt att normskyddsläran kan vara tillämplig när en myndighets agerande betecknas som en handling såväl som när den betecknas som en underlåtenhet att handla på visst sätt. När agerandet består i en underlåtenhet att fullgöra en lagstadgad handlingsplikt, vilket är det

¹⁷⁹ Se p. 18 i HD:s domskäl och prop. 1979/80:1 s. 499 f. och 583.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Se p. 28 i HD:s domskäl.

¹⁸² Prop. 1979/80:1 s. 596.

¹⁸³ Se den sammanfattande slutsatsen i p. 31 i HD:s domskäl.

som intresserar i detta sammanhang, kan rättsfrågan uppenbarligen formuleras så: har handlingsföreskriften till syfte att skydda enskilda skadeståndsintressen?¹⁸⁴ Ett nekande svar utesluter underlåtenhetsansvar redan på det objektiva planet. Formuleras frågan så, kan utgången i det ovan refererade rättsfallet enkelt förklaras med att socialnämndens plikt att hålla uppsikt över barnet även syftade till att skydda utomståendes intressen. Huruvida en lagstadgad handlingsföreskrift har detta syfte är emellertid inte sällan oklart. Som Hellner och Radetzki noterat beror detta ibland på att ingen ställde frågan när författningen tillkom.¹⁸⁵ De ovan refererade förarbetena till LVU får ses som ett ovanligt fall av tydlighet; här finns en diskussion kring vilka verkningar regleringen får inom andra rättsområden. Vid införandet av 4 § FL, som berörts ovan, ställdes frågan av Lagrådet.¹⁸⁶ Den besvarades av HD i NJA 2013 s. 1210 där domstolen, om än implicit, bekräftade att förvaltningsmyndighets allmänna skyldighet att lämna upplysningar, vägledning och råd har skadeståndsrättslig relevans.

Det måste noteras att det faktum att en handlingsplikt är uppställd i någon form av skadeförhindrande syfte inte garanterar att en underlåtenhet att fullgöra plikten är skadeståndgrundande.¹⁸⁷ Relevansfrågan aktualiseras särskilt i fråga om *interna instruktioner*, varvid det gäller att avgöra om en handlingsplikt verkligen bara avser interna angelägenheter hos ett rättssubjekt eller om den sträcker sig till ett skydd även för utomstående. När handlingsplikten finns på det offentliga området får man fråga sig om den avser att tjäna allmänna samhällsintressen såsom ordning, säkerhet och effektivitet eller om också privata intressen värnas. Andersson har iakttagit en skala där underlåtenhet att följa *övergripande handlingsrutiner* sällan ger rätt till skadestånd, medan *direkta handlingsdirektiv för konkreta situationer* oftare kan anses ha skadeståndsrättslig relevans.¹⁸⁸ En sådan uppdelning är säkert tänkbar ur ett principiellt perspektiv, men det finns flera exempel i praxis där den utgjort en otillräcklig förklaringsmodell. I det uppmärksammade fallet NJA 1983 s. 3 hade det ryska fartyget Tsesis gått på grund i Östersjön. Behörig befattningshavare på Sjöfartsverket hade underlåtit att rapportera grundet enligt myndighetens instruktion. När rederiet väckte skadeståndstalan invände staten att det rörde sig om en intern reglering av övergripande handlägningsrutiner för mätningar. HD fann dock att ett av de primära syftena med föreskrifterna varit att säkerställa att

¹⁸⁴ Hellner och Radetzki (2014a) s. 83 f. och 416 ff., särskilt vid not 44.

¹⁸⁵ Hellner och Radetzki (2014a) s. 416.

¹⁸⁶ Prop. 1985/86:80 s. 110 f.

¹⁸⁷ Se till det följande Andersson (1993) s. 365 ff. och densamma (2013c) s. 214 med hänv.

¹⁸⁸ Andersson (1993) s. 369 ff.

åtgärder till förebyggande av just sådana sjöolyckor som Tsesis råkade ut för blev vidtagna.¹⁸⁹ Även interna handlingsplikter kan alltså ha relevans i förhållande till utomstående. I NJA 1953 s. 191 å andra sidan, där en bilist hade krockat med en rälsbuss, invände bilisten att föraren av rälsbussen varit medvållande till skadan eftersom denne överskridit SJ:s hastighetsgräns. HD konkluderade emellertid att bestämmelsen hade tillkommit ”uteslutande i SJ:s och dess trafikanters intresse”, varför överträdelsen inte kunde ligga till grund för medvållande. Handlingsplikten var här påtagligt direkt och konkret, men ändå inte skadeståndsrättsligt relevant i förhållande till utomstående.¹⁹⁰

Undantagsvis kan till och med en handlingsplikt, som uppställts i syfte att förebygga just den typ av skada som inträffat i ett enskilt fall, anses sakna skadeståndsrättslig relevans. Det är i detta sammanhang som det tidigare nämnda, mycket kontroversiella rättsfallet NJA 2007 s. 891 bör behandlas. En intagen hängde sig i sin livrem i häktescellen, och frågan var om staten skulle anses skadeståndsskyldig för häktespersonalens underlåtenhet att visitera denne och avlägsna livremmen. HD anförde först att frågan i vad mån en överträdelse av den aktuella lagstadgade handlingsplikten skulle medföra skadeståndsansvar borde bedömas i ljuset av de krav som Europakonventionen ställer.¹⁹¹ Europadomstolen har utvecklat en praxis som innebär att staten i vissa fall kan ha en positiv förpliktelse att se till att individers rätt till livet enligt art. 2 i konventionen skyddas också i förhållande till dem själva, till exempel att vidta åtgärder för att förhindra att frihetsberövade personer skadar sig själva.¹⁹² Avgörande har då ansetts vara att myndigheten visste eller borde ha vetat att det fanns en ”verklig och omedelbar risk” att den intagne skulle försöka skada sig själv, och att myndigheten trots det inte vidtagit de förebyggande åtgärder som rimligen kunde förväntas av den.¹⁹³ Efter att ha redovisat denna praxis konstaterade HD dels att det förelåg ett erforderligt orsakssamband mellan försummelsen och skadan, dels att den aktuella lagstadgade handlingsplikten uppställts just i syfte att undvika att en intagen har tillgång till föremål som denne kan använda för att skada sig själv. Därefter yttrade HD följande:

Detta kan emellertid inte anses tillräckligt för att skadeståndsskyldighet skall uppkomma (jfr Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, 7 uppl. 2006, s. 87). För skadeståndsansvar bör, i enlighet med det synsätt som framgår av

¹⁸⁹ Se även Andersson (1993) s. 371.

¹⁹⁰ Andersson (1993) s. 371, densamma (2013c) s. 200 f., Hellner och Radetzki (2014a) s. 111 och JustR Bomgrens särskilda yttrande i NJA 1962 s. 799.

¹⁹¹ Se även Andersson (2013c) s. 200.

¹⁹² Danelius (2015) s. 69 f. med anmärkta avgöranden från Europadomstolen.

¹⁹³ Ibid.

Europadomstolens domar, dessutom krävas att myndigheten visste eller borde ha vetat att det fanns en verklig och omedelbar risk att den intagne skulle försöka skada sig själv och att myndigheten trots det inte vidtagit de åtgärder som rimligen kunde förväntas av den [...].

Eftersom det framgick av förhör med häktesläkaren och av den återopade journalanteckningen att den intagne inte bedömdes ha suicidtankar vid tillfället, ansåg HD inte visat att staten genom kriminalvården borde ha insett den verkliga och omedelbara risken för att denne skulle ta sitt liv.¹⁹⁴ Talan ogillades således.

HD:s domskäl har i doktrinen beskrivits som ”mycket dunkla”¹⁹⁵ och de har även i övrigt blivit synnerligen omdiskuterade.¹⁹⁶ En tolkning av avgörandet kan enligt Andersson omedelbart avfärdas som olämplig, nämligen att HD:s resonemang skulle kunna tas till intäkt för att Europakonventionen kan inverka negativt på en individs talan enligt det egna landets rättsordning.¹⁹⁷ Ovanstående citat skulle kunna tolkas som att HD tillämpade en strängare standard för culpabedömningen än den som följer av svensk skadeståndsrätt; med tanke på HD:s ordval kan det till och med sägas att denna tolkning egentligen ligger allra närmast till hands. Den är emellertid inte desto mindre orimlig: konventionen etablerar en europeisk *minimistandard*, och med Anderssons ord får ett återopande av dess rättigheter ”aldrig – absolut aldrig någonsin!” försämra en individs talan enligt det egna landets rättsordning.¹⁹⁸ En sådan tolkning av domen skulle dessutom stå i klar strid med HD:s egen praxis.¹⁹⁹ Att HD skulle ha tillfälligtvis ”glömt bort” denna fundamentala prioritetsordning när man tolkade handlingsplikten på ett

¹⁹⁴ Andersson (2013c) s. 201.

¹⁹⁵ Hellner och Radetzki (2014a) s. 418 not 46.

¹⁹⁶ Se bl.a. Flodin (2008) s. 329 ff., Andersson (2013c) s. 202 ff. och not 2100, som kallar domskälen ”problematiska”, Schultz (2011) s. 1005 f., som kallar domen ”svårbegriplig” och HD:s resonemang ”besynnerligt” och Bengtsson (2010) s. 759 f., som poängterar att skälen formulerades av revisionssekreteraren och ”inte [är] alldeles lättolkade”.

¹⁹⁷ Andersson (2013c) s. 202 ff.

¹⁹⁸ Andersson (2013c) s. 203.

¹⁹⁹ Ibid. Se särskilt NJA 2005 s. 726, där en taxiförare hade fått sin taxilegitimation indragen p.g.a. att han dömts till fängelse för rån. Han överklagade domen och friades i hovrätten mer än ett år senare, varpå han krävde skadestånd av staten p.g.a. hovrättens långsamma handläggning. Staten invände att handläggningstiden i varje fall hade hållit sig inom ramen för vad som utgör ”skäligen tid” vid tillämpning av art. 6 i Europakonventionen ang. rätten till rättvis rättegång, och att hovrättens dröjsmål ”med den utgångspunkten” inte heller kunde utgöra fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL. HD ogillade visserligen käromålet, men genom domstolens formulering, att tiden ”inte [var] tillräckligt lång för att innebära en kränkning av Europakonventionens krav på prövning inom skäligen tid *eller för att annars kunna läggas till grund för ersättning i enlighet med [kärandens] yrkanden*” (dvs. ersättningsyrkanden grundade på SkL; min kursiv.) får det anses stå klart att HD behandlade Europakonventionens rättighetsstadgande som en miniminorm, och att en negativ utgång avseende 3 kap. 2 § SkL inte per automatik följer av en negativ prövning enligt konventionen. Se om detta fall Andersson (2013c) s. 205 och 655 ff.

fördragskonformt sätt är således inte troligt, men hur ska domstolens resonemang i så fall förstås? Enligt flera författare i den skadeståndsrättsliga doktrinen ligger svaret i HD:s litteraturhänvisning (se citatet).²⁰⁰ På angivet ställe hade nämligen Hellner, på ett närmast synskt sätt, i tidiga upplagor av sitt standardverk *Skadeståndsrätt* anfört (som ett hypotetiskt exempel!) att häktespersonal har en plikt att ta ifrån en intagen dennes livrem, men att den intagnes anhöriga likväl inte kan få skadestånd om detta underlåts och den intagne hänger sig med hjälp av livremmen. Detta skulle således vara ett exempel på ett fall där riskförverkligandet av den skadelidandes *egna psykiska egenskaper* inte anses kunna övervältras på skadevällaren, trots att den underlåtna plikten uppställts i syfte att förhindra just sådan skada som inträffat. Den lagstadgade plikten anses med andra ord, trots sitt ostridigt skadeförebyggande syfte, inte skydda ett skadeståndsrättsligt relevant intresse, eftersom självmord är ett sådant handlande som typiskt sett *helt emanerar från den skadelidandes eget riskområde*.²⁰¹ Det kan naturligtvis inte garanteras att det verkligen var detta HD menade när man hänvisade till Hellners uttalande. Jag instämmer emellertid i Anderssons uppfattning, att denna tolkning är ett sätt att inordna domen i en koherent skadeståndsrättslig teoribildning.²⁰² Jag vill till och med hävda att det kanske är det enda sättet; alternativet är i princip att underkänna HD:s domskäl som representerande en fullständigt felaktig rättstillämpning. Med denna tolkning är HD:s hänvisning till Hellner således ett extremt exempel på auktoritetsargument; HD har inte bara behandlat Hellners uppfattning som en rättskälla, utan dessutom ansett sig inte behöva närmare motivera sitt ställningstagande.

När HD avslutningsvis anför att det för skadeståndsansvar bör krävas att myndigheten borde ha vetat att det fanns en verklig och omedelbar risk att den intagne skulle försöka skada sig själv, har HD således redan (om än på ett mycket subtillt sätt) konkluderat att skadeståndsansvar är uteslutet enligt svensk rätt. Att HD därefter prövar om Europadomstolens kriterier är uppfyllda beror alltså på att ett konstaterande av att underlåtenheten utgjorde en kränkning av den intagnes rätt till liv enligt konventionen skulle ha ”trumfat” den ansvarsbegränsning som den svenska normskyddsläran innebär, och medfört skadeståndsansvar för staten på europarättslig grund.

Vilka slutsatser av det sagda kan dras för den här förda diskursen om normskyddslärans tillämpning på handlingsplikter? Det enda som säkert kan sägas är att en objektiv bedömning av huruvida handlingsplikten avser att

²⁰⁰ Se t.ex. Andersson (2013c) s. 200 f. och 214 ff. och Bengtsson (2010) s. 760.

²⁰¹ Andersson (2013c) s. 215 ff. samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 202.

²⁰² Andersson (2013c) s. 218.

skydda tredje mans skadeståndssintresse är avgörande för frågan om pliktens skadeståndsrättsliga relevans. Hur bedömningen i praktiken görs tycks skilja sig påtagligt från fall till fall, och inte ens ett konstaterande av att plikten haft ett visst skadeförebyggande syfte räcker för att sluta sig till att en underlåtenhet att fullgöra plikten är objektivt ansvarsgrundande. Skulle underlåtenheten anses utgöra en kränkning av den skadelidandes rättigheter enligt Europakonventionen får dock resonemang om handlingspliktens skadeståndsrättsliga relevans ge vika. Som en ytterligare pliktgrundande omständighet kan vi således benämna statens underlåtenhetsansvar på europarättslig grund.

4.1.3 Särskilt om vårdnadshavares ställning som övervakningsgarant

Ovan har nämnts att vårdnadshavares handlingsplikter gentemot sina barn omfattar dennes ställning som övervakningsgarant på så sätt att en vårdnadshavare som underlåter att förhindra att dennes barn orsakar skada för tredje man kan anses ha vållat skada i 2 kap. 1 § SkL:s mening och ådra sig skadeståndsskyldighet för sin underlåtenhet.²⁰³ Handlingsplikten är numera även markerad i 6 kap. 2 § 2 st. 3 men. FB; en erinran som införts i preventivt syfte att ”hos vårdnadshavare inskräpa det ansvar de har för sina barns handlande”,²⁰⁴ vilket dock (vid tiden för lagändringen) var principiellt felaktigt eftersom det här behandlade ansvaret inte är ett principalansvar utan, som sagt, ett ansvar för vårdnadshavarens egen culpösa underlåtenhet att förhindra barnets handlande. Lagrummet stadgar att vårdnadshavaren ”i syfte att hindra att barnet orsakar skada för någon annan” ska svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas. Man kan således anse att vårdnadshavarens familjerättsliga uppsiktsplikt har fått skadeståndsrättsliga verkningar. Som annars måste dock handlingsplikten konkretiseras genom undersökande av dess närmare innebörd och räckvidd. Fundamentalt är att underlåtenhetsansvar förutsätter att vårdnadshavaren brustit i sin skyldighet att ge barnet ”vägledning”, som det heter i propositionen, i en *konkret situation*; något allmänt ansvar för bristfällig uppfostran är alltså inte avsett.²⁰⁵ Handlingspliktens närmare innebörd har preciserats i förarbetena. De konkreta åtgärder som en vårdnadshavare i skadeförhindrande syfte är skyldig att vidta skiljer sig naturligtvis åt beroende på barnets ålder och mognad. I propositionen sägs att medan små

²⁰³ Se ovan i avsnitt 4.1.1.

²⁰⁴ Prop. 1993/94:57 s. 3 f.

²⁰⁵ A. prop. s. 20.

och mycket små barn i princip kräver ständig passning, är lämpliga åtgärder för att söka förebygga äldre barns skadehandlande till exempel råd och förmaningar.²⁰⁶ Gällande tonåringar krävs att vårdnadshavaren ger barnet vägledning och aktivt bestämmer gränserna för barnets frihet; dessutom omfattar plikten konkreta förebyggande åtgärder om vårdnadshavaren har anledning misstänka att barnet företar sig något som kan medföra skada eller använder ett farligt föremål.²⁰⁷ Om det inte kan begäras att vårdnadshavaren själv ingriper eller barnet i övrigt inte rättar sig efter de gränser som vårdnadshavaren sätter, bör denne vidta andra lämpliga åtgärder, exempelvis söka hjälp hos de sociala myndigheterna.²⁰⁸

Att vårdnadshavares ställning som övervakningsgarant innebär ett ansvar för egen underlåtenhet som således får bedömas enligt 2 kap. SkL, medför att ansvaret är begränsat enligt allmänna regler om culpa, kausalitet och adekvans.²⁰⁹ Det krävs således att ett vidtagande av de konkreta åtgärder som hade uppfyllt vårdnadshavarens handlingsplikt skulle ha förhindrat skadans inträde på ett adekvat sätt; vårdnadshavarens förhållningssätt måste dessutom anses culpöst.²¹⁰ Dessa krav medför onekligen betydande hinder mot att ålägga vårdnadshavare skadeståndsskyldighet på grund av bristande tillsyn över sina barn; svårigheter som möjligen var en anledning till den lagändring som genomfördes 2010, då vårdnadshavares ansvar för sina barns skadevållande skärptes betydligt.²¹¹ Numera gäller enligt 3 kap. 5 § SkL att föräldrar som är vårdnadshavare har ett strikt principalansvar för person-, sak- och kränknings-skador som barnet vållar genom brott.²¹² Ett

²⁰⁶ A. prop. s. 25 f.

²⁰⁷ A. prop. s. 26.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Prop. 2009/10:142 s. 14.

²¹⁰ Se vidare Hellner och Radetzki (2014a) s. 255 ff. och den mycket omfattande genomgången i Sund (1989), särskilt avsnitt 4.3.

²¹¹ Syftet med lagändringen var huvudsakligen preventivt; att minska ungdomsbrottslighet genom att ge föräldrar ”tydliga incitament” att förbättra insynen i sina barns liv och reagera på antisociala beteendemönster, se prop. 2009/10:142 s. 23. Redan i propositionen restes emellertid tvivel kring lagändringens preventiva effekter; se t.ex. s. 20 f. För en mycket kritisk framställning, se Schultz (2010) och då särskilt s. 206, där Schultz skriver att regleringen ”utgör ett radikalt fränsteg från det civilrättsliga ansvaret [sic] grundläggande värderingar och att det därtill ”saknar [...] stöd i en övertygande rättspolitisk argumentation eller empiriska observationer”.

²¹² Även valet att begagna principalansvarskonstruktionen har ifrågasatts kraftigt av Schultz; se dennes (2010) s. 200 där den (enligt min mening mycket relevanta) iakttagelsen görs, att konstruktionen bygger på tanken om handlingsdirigerande effekter i situationer där ansvaret endast indirekt kan påverka vårdnadshavarens handlande. Skolplikten förhindrar ju vårdnadshavaren från att fullständigt hindra sina barn från att begå brott, och att det strikta ansvaret skulle göra vårdnadshavaren så motiverad av risken för att bli skadeståndsskyldig att denne förändrar sin grundinställning till barnuppfostran anser Schultz (enligt min mening med rätta) vara en orimlig förväntan. Regleringens ändamål får därför sägas bygga på falska premisser.

sådant ansvar kan vid första påseende framstå som en form av strikt underlåtenhetsansvar; om vårdnadshavaren underlåter att förhindra att dennes barn vållar skada genom brott inträder skadeståndsskyldigheten per automatik. Ovanstående analys av underlåtenhetsbegreppet visar dock med önskvärd tydlighet att det inte är meningsfullt att benämna detta strikta ansvar som ett underlåtenhetsansvar.²¹³ För att vårdnadshavarens ansvar ska inträda krävs ju inte ens att det varit moraliskt förväntat att denne skulle förhindra barnets skadegörande handlande; skadeståndsansvar inträder även om vårdnadshavaren vid skadetillfället av någon anledning skulle befinna sig på jorden runt-resa och därför inte ha praktisk möjlighet att vidta förebyggande åtgärder. Något kausalitetskrav mellan vårdnadshavarens förebyggande (men underlåtna) åtgärder och barnets agerande finns således inte.²¹⁴ Därutöver ska nämnas att ansvaret är beloppsmässigt begränsat och föremål för vissa särskilda jämningsmöjligheter, vilket innebär att en skadelidande fortsatt kan vilja begagna sig av vårdnadshavarens ställning som övervakningsgarant för att kunna göra denne ansvarig för egen culpös underlåtenhet.²¹⁵

En, åtminstone ur teoretisk synvinkel, intressant aspekt av vårdnadshavarens övervakningsgarantställning är det straffrättsliga stadgandet 23 kap. 6 § 3 st. BrB,²¹⁶ som under vissa förutsättningar ålägger ”förälder eller annan uppfostrare eller förmyndare”, dvs. inte enbart vårdnadshavare, att hindra att den som står under dennes vård eller lydnad begår vissa allvarliga brott. Fastän frågan inte berörs i förarbeten eller praxis bör man kunna utgå från att stadgandet är skadeståndsrättsligt relevant.²¹⁷ I förarbetena till nyss behandlade lagändring har dock (vilket faktiskt är så obegripligt att det måste bero på förbiseende) utan vidare antagits att en begränsning i stadgandets skadeståndsrättsliga verkningar ändå gäller. Där sägs nämligen, med hänvisning till 2 kap. 6 § SkL, att skada som uppkommer till följd av brott mot straffbestämmelsen inte automatiskt omfattas av vårdnadshavarens skadeståndsansvar, utan att det krävs att denne på annan grund kan anses skadeståndsskyldig, till exempel på grund av att denne anses ha orsakat skada enligt 2 kap. SkL genom underlåtenhet att förhindra barnets handlande.²¹⁸ Faktum är dock att 2 kap. 6 § SkL inte uppställer någon begränsning i detta hänseende; stadgandet avser endast underlåtenhet att

²¹³ Se ovan i avsnitt 2.4 ang. underlåtenhetens normativa implikationer.

²¹⁴ Prop. 2009/10:142 s. 27 ff.

²¹⁵ Detta ansvar kvarstår således i oförändrat skick och kan fortfarande göras gällande; se prop. 2009/10:142 s. 23 och Hellner och Radetzki (2014a) s. 255.

²¹⁶ Observera att stadgandet fanns i paragrafens 2 st. fram till år 2016.

²¹⁷ Jfr Schultz (2007) s. 560 f.

²¹⁸ Se prop. 2009/10:142 s. 18.

avslöja brott enligt 23 kap. 6 § 1 st., vilket rent straffrättsligt är något helt annat än förälders underlåtenhet att förhindra barns brott enligt 3 st.²¹⁹ I detta avseende är alltså propositionens beskrivning av rättslaget i och för sig rakt av felaktig. Nu torde dock stadgandet i 23 kap. 6 § 3 st. BrB ändå få begränsad skadeståndsrättslig betydelse, vilket inte minst beror på att de straffrättsliga objektiva ansvarsförutsättningarna är betydligt strängare än de skadeståndsrättsliga. Det tydligaste exemplet är att ordet ”brott” i 23 kap. 6 § 3 st. BrB avser ett agerande som uppfyller samtliga brottsrekvisit, vilket innebär att bristande uppsåt eller culpa *hos barnet* innebär att föräldrarnas straffrättsliga underlåtenhetsansvar (åtminstone enligt detta stadgande) inte kan göras gällande.²²⁰ Vid en teoretiskt korrekt rättslig behandling av ett fall, där en vårdnadshavare underlåter att förhindra att dennes barn håller gift i en persons dryck, när vårdnadshavaren *men inte barnet* förstår att giftet är farligt, bör alltså vårdnadshavarens straffrättsliga ansvar enligt nämnda paragraf vara uteslutet till följd av barnets bristande uppsåt.²²¹ Vårdnadshavaren bör däremot kunna bli skadeståndsskyldig för sin culpösa underlåtenhet enligt 2 kap. 1 § SkL; en utgång som knappast torde vara lätt att förklara för en oinvigd.

²¹⁹ Se om dessa frågor Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 117 f., 121 f. och 452 f. samt Holmqvist m.fl. (2013), kommentaren till 23 kap. 6 § BrB, s. 1 ff.

²²⁰ Se t.ex. Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 117 ff.

²²¹ Nu hävdar visserligen Asp, Ulväng och Jareborg att svensk straffrätt även innehåller en *allmän oskriven regel* om vårdnadshavares m.fl. övervakningsgarantställning, som skulle kunna tillämpas om rekvisiten i 23 kap. 6 § 3 st. BrB inte är till fullo uppfyllda; se deras (2013) s. 119 f. Uppfattningen baseras närmast på att författarna anser det orimligt att barnets bristande culpa ska frånta föräldern dennes underlåtenhetsansvar i det nyss anförda exemplet. Det är naturligtvis sant, men faktum kvarstår att det helt saknas stöd i rättspraxis och övrig doktrin för en sådan utvidgning av underlåtenhetsansvaret, vilket författarna själva vidgår (a.a. s. 117). Uppfattningen får därför enligt min mening närmast ses som ett argument *de lege ferenda*. Jfr nedan i avsnitt 4.3.2.1, vid not 266.

4.2 Avtalsförhållande

4.2.1 Allmänt om avtalsgrundade handlingsplikt

Avtal innehåller mycket ofta handlingsplikter av olika slag. Underlåtenhet att fullgöra en sådan plikt kan få skadeståndsrättslig relevans genom att underlåtenheten anses utgöra ett avtalsbrott som ger rätt till skadestånd; ett avtalsförhållande är således ytterligare en omständighet som kan grunda underlåtenhetsansvar.²²² Fundamentet för avtalets pliktgrundande funktion är utan tvekan den befogade tillit eller det ”förtroendeförhållande” som avtalet ger upphov till. Avtalsrätten bygger på de grundläggande principerna om *pacta sunt servanda* och löftesbundenhet, vilka här tar sig uttryck i en skyldighet att fullgöra de handlingsplikter som följer av avtalet.²²³ På avtalsrättens område står man således påtagligt främmande för den allmänna ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet.²²⁴

Avtalsgrundade handlingsplikter finns naturligtvis i otaliga former beroende på avtals utformning och karaktär. När plikterna på vanligt sätt gäller mellan avtalsparterna hör detta ämne till den inomobligatoriska skadeståndsrätten i strikt mening, och en närmare genomgång av sådana plikt faller utanför denna framställning.²²⁵ Ett par grundläggande exempel bör dock anföras till belysning av ansvarsgrunden. En husägare som ska åka på utlandssemester avtalar med sin granne att denne ska övervaka huset under bortavaron. Grannen följer emellertid inte instruktionerna utan åker själv på semester. Under tiden drabbas huset av återkommande inbrott. Under förutsättning att kausalitet mellan underlåtenheten och sakskadan kan bevisas (vilket beroende på omständigheterna kan vara nog så svårt) bör underlåtenheten anses objektivt ansvarsgrundande. Genom avtalet kan grannen sägas inta en ställning som övervakningsgarant i förhållande till den aktuella skaderisken. På motsvarande sätt bör en person som avtalar med en förälder om att vara barnvakt kunna bli skadeståndsskyldig om denne underlåter att förhindra att barnet till exempel slår sönder en föräldern tillhörig porslinsvas.

²²² Karlgren (1972) s. 34, Hellner och Radetzki (2014a) s. 107, Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 58 f. samt Schultz (2007) s. 518 och 569.

²²³ Se i allmänhet Taxell (1987) s. 35 och Lehrberg (2006) s. 70.

²²⁴ Se t.ex. Karlgren (1972) s. 34.

²²⁵ Se ovan i avsnitt 1.3. Frågorna har behandlats av bland andra Cervin (1960), Ramberg (1993), Holm (2004) och Hellner, Hager och Persson (2011).

Även en avtalsgrundad handlingsplikt måste konkretiseras genom att dess räckvidd fastställs (vilka skadeförebyggande åtgärder omfattades av barnvaktens handlingsplikt?) och de intressen som regleringen avser att skydda undersöks (var det måhända enbart i syfte att förhindra att brevlådan blev överfull som grannen åtog sig att hålla ett vakande öga på huset?). Härvid har man att tolka avtalet enligt sedvanliga tolkningsregler, och då måste man räkna med att avtalet ofta anses innefatta även handlingsplikter som inte uttryckligen framgår av det, till exempel underförstådda garantier eller olika former av ”biförpliktelser” som då anses utgöra rättsfakta för underlåtenhetsansvar.²²⁶ Ett exempel utgör fallet NJA 1932 s. 457, där en hyresgäst halkade på en isbeläggning runt en vattenkran på fastighetens innergård. Rådhusrätten, vars dom fastställdes av HD, ansåg (med en förvisso intetsägande motivering) att det hade ålegat hyresvärden att tillse att hyresgästerna kunde ta sig fram på innergården utan fara för liv eller hälsa, till exempel genom att vidta åtgärder såsom upphuggning eller sandning kring vattenkranen. Trots att någon sådan handlingsplikt för hyresvärden inte stod inskriven i hyresavtalet, och trots att åtgärder mot isbildning under många år vidtagits av hyresgästerna på eget initiativ, blev hyresvärden skadeståndsskyldig.²²⁷

Klart är också att handlingsplikter av vitt skilda slag kan uppstå mellan avtalsparterna i prekontraktuella förhållanden.²²⁸ Detta ämne får emellertid anses höra till den inomobligatoriska skadeståndsrätten och faller därför utanför denna framställning. I det följande ska istället behandlas vissa frågor som har att göra med gränsdragningen mot den utomobligatoriska skadeståndsrätten och som rör den avtalsgrundade pliktens relevans i förhållande till tredje man.

4.2.2 Avtalsgrundad handlingsplikt till förmån för tredje man

4.2.2.1 Inledande om problembilden

Ovan nämndes att en barnvaks underlåtenhet att förhindra att barnet som denne fått i uppdrag att ha uppsikt över skadar *uppdragsgivarens* egendom torde vara objektivt ansvarsgrundande. Den fråga som ska behandlas i detta avsnitt kan tydliggöras genom att exemplet modifieras så att den skadade egendomen istället tillhör en *utomstående tredje person*, som inte på något

²²⁶ Karlgren (1972) s. 34. Om dessa frågor se särskilt Holm (2004) s. 113 ff.

²²⁷ Se Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

²²⁸ Holm (2004) s. 86 ff.

sätt står i avtalsförhållande till barnvakten. Vi kan exempelvis tänka oss att barnvakten underlåter att vidta tillräckliga åtgärder för att förhindra att barnet sparkar boll ute på gatan, varvid ett av grannens fönster krossas av en snedträff. Kan en sådan utomstående skadelidande C (grannen) till förmån för eget skadeståndsintresse åberopa den handlingsplikt som skadevällaren A (barnvakten) åtagit sig i avtalsförhållandet med B (föräldern)?²²⁹

Frågan rör således utsträckningen av den avtalsgrundade handlingsplikten till utomobligatoriska intressen. Den har därmed onekligen stark beröring med den i rättspraxis och doktrin välkända frågan om utomobligatoriska anspråk vid kedjevisa avtal. För underlåtenhetsansvarets del blev denna fråga aktuell i NJA 2001 s. 711, där Gotabankens kontor i Alby utsattes för inbrott och flera hundra bankfack länsades på bankkundernas egendom. Försäkringsbolaget Wasa betalade ut ersättning till kunderna och krävde regressvis skadestånd av bevakningsföretaget Securitas. Underinstanserna fann att inbrottet möjliggjorts genom att Securitas agerat grovt vårdslöst vid utförandet av det bevakningsavtal som gällde mellan företaget och banken. Prövningen i HD aktualiserade invecklade försäkringsrättsliga frågor, men gällde också frågan huruvida försäkringsbolaget kunde utöva regress genom att *inträda i bankfackskundernas rätt till skadestånd av Securitas*. HD kom således att ”bakvägen” pröva kundernas hypotetiska skadeståndsanspråk gentemot deras medkontrahents medkontrahent. Domstolen fastslog först att, i enlighet med huvudregeln i svensk skadeståndsrätt, en sådan talan inte skulle ha kunnat föras på inomobligatorisk grund.²³⁰ Därefter avslutade HD sina domskäl med följande korta och föga belysande uttalande:

Inte heller är omständigheterna sådana att bankfackskunderna skulle ha kunnat göra gällande ett utomobligatoriskt anspråk gentemot Securitas.

²²⁹ Det kan diskuteras om i ett fall som det beskrivna ett ansvarsutkrävande av barnvakten skulle vara det enda sättet för grannen att få ersättning för sakskadan på rättslig väg. Som tidigare nämnts omfattar vårdnadshavarens strikta ansvar enligt 3 kap. 5 § SkL enbart skada som barnet vållar genom brott, och det kan ju inte alls tas för givet att barnets handlande är brottsligt. Samtidigt kan vårdnadshavarens egen övervakningsgarantställning knappast göras gällande; dennes underlåtenhetsansvar enligt 2 kap. 1 § SkL är ju uteslutet redan av den anledningen att denne inte var närvarande och således inte kunde vidta några skadeförebyggande åtgärder (bristande kausalitet). Den enda alternativa möjligheten torde därför vara att göra gällande att barnvakten är att anse som vårdnadshavarens arbetstagare enligt 3 kap. 1 § och 6 kap. 5 § 3 p. SkL, och att den senare därför har ett principalansvar för barnvakten.

²³⁰ I svensk inomobligatorisk skadeståndsrätt gäller ju som bekant ett förbud mot sådana s.k. ”hoppande regresser”; för att en avtalspart ska kunna rikta ett *kontraktuellt* anspråk mot sin motparts kontraktsmedhjälpare krävs antingen stöd för sådan direktkravs rätt i lag eller att ett tredjemansavtal (varvid tredje man getts en självständig rätt) kan läsas in i överenskommelsen. Se om dessa frågor t.ex. Munukka (2014) s. 177 med hänv. och vidare nedan i avsnitt 4.2.2.2.

Bevakningsföretaget gick således fritt från regressansvar. HD:s avslutande uttalande har i doktrinen tolkats som gällande förutsättningarna för det skadeståndsrättsliga underlåtenhetsansvaret.²³¹ HD tycks alltså ha tillämpat den huvudregel som konstaterats tidigare i denna uppsats, nämligen att skadeståndsansvar i utomobligatoriska förhållanden förutsätter handling.²³² I sin avtalslösa relation till bankkunderna har Securitas tydligen jämställts med en utomstående som inte varit skyldig att ingripa för att hindra den hotande skadan.²³³ Med Nydréns ord hade bevakningsföretaget *i förhållande till tredje man* lika lite skyldighet att vidta skadeförhindrande åtgärder ”som den förbipasserande nattvandrararen som blir vittne till ett nattligt överfall”.^{234, 235} Den plikt att vidta åtgärder till förebyggande av inbrott, som Securitas åtagit sig i sitt avtalsförhållande med banken, har således inte ansetts kunna utsträckas till att skydda tredje mans skadeståndsintresse. Med denna tolkning kan utgången ses som ett utflöde av principen om *avtalsverkningarnas subjektiva begränsning*; ett avtal, med de plikter som följer av det, berättigar och förpliktar som huvudregel enbart avtalsparterna och ingen annan.²³⁶ HD tycks således ha dragit en skarp gräns mellan det inomobligatoriska och det utomobligatoriska underlåtenhetsansvaret.²³⁷ Om den här förespråkade tolkningen accepteras är dessutom ytterligare en viktig slutsats av avgörandet att formuleringen av ett agerande i termer av en handling eller underlåtenhet kan påverkas av avtalsstrukturen i ett enskilt fall. I avtalsförhållandet mellan Securitas och banken hade det säkerligen ingen särskild betydelse om Securitas agerande betraktades som en handling eller underlåtenhet; agerandet kunde lika gärna ses som en underlåtenhet att fullgöra vissa i bevakningsavtalet närmare statuerade ”plikter” som ett grovt vårdslöst utförande av uppdraget i sin helhet. I förhållande till de ”utomstående” bankfackskunderna kunde emellertid agerandet tydligen bara betraktas som en sedvanlig ”underlåtenhet att förhindra skada”, vilket gjorde att problemställningen kunde argumentativt placeras inom den här tecknade diskursramen gällande ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet.

HD:s resonemang är knappast invändningsfritt, vilket jag återkommer till. Här ska endast noteras att utgången torde framstå som nästintill obegriplig i

²³¹ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107 samt Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 58 f.

²³² Bengtsson (2004) s. 829 f. Se avsnitt 3.2.1 ovan.

²³³ Bengtsson (2004) s. 830.

²³⁴ Nydrén (2007/08) s. 704. Beskrivningen känns igen från andra exempel i denna uppsats; se ovan i avsnitt 3.2.1.

²³⁵ Det bör noteras att Nydrén, enligt sin egen utsago, vid tiden för tvisten var chefsjurist hos bevakningsföretagets ansvarsförsäkringsbolag (se asterisken på s. 700). Man kan således inte utgå från att han nedtecknat sina rättsliga slutsatser med en fullkomligt opartisk penna.

²³⁶ Se t.ex. Hellner, Hager och Persson (2011) s. 129 samt Zackariasson (1999) s. 121.

²³⁷ Holm (2004) s. 111.

allmänhetens ögon, eftersom en underlåtenhet som ostridigt var grovt vårdslös inte kunde göras gällande av de som närmast kunde förväntas bli lidande av den.²³⁸ Invändningsfri är emellertid inte heller den tolkning av uttalandet som nyss redogjorts för. Det kan, även med beaktande av att den stöds av ett flertal författare med betydande auktoritet, tyckas som en väl långtgående slutsats att HD med sin kryptiska formulering avsåg den objektiva ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet. Det är emellertid mycket svårt att finna andra hållbara förklaringar till HD:s uttalande. I doktrinen har visserligen, vid sidan av det faktum att bevakningsföretagets agerande i förhållande till tredje man beskrevs som en underlåtenhet, som förklaring till utgången även framhållits att Securitas *culpa inte förelåg i förhållande till bankkunderna* utan enbart i avtalsförhållandet med banken.²³⁹ Enligt min mening torde dock även en sådan argumentation i praktiken ta sikte på frågan om handlingsnormens skyddade intressen, på så sätt att Securitas underlåtenhet inte utgjorde ett åsidosättande av någon ”allmängiltig aktsamhetsnorm” och därför inte kunde ligga till grund för en normbunden culpabedömning.²⁴⁰ För att domstolen avsåg den objektiva ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet snarare än den subjektiva culpabedömningen talar enligt min mening också det sätt på vilket HD formulerade sig: bankkunderna kunde ju tydligen inte ens ”göra gällande” ett utomobligatoriskt ansvar. Det tyder enligt min mening på att HD ansåg att de bristande förutsättningarna förelåg på ansvarsbegreppets *objektiva* sida.

Om utgången i Securitas-fallet beror på begränsningar i den avtalsgrundade handlingspliktens skyddade intressen, kan fallet inte åberopas till stöd för en allmängiltig princip av innebörd att kedjevisa avtal skulle helt utesluta utomobligatoriska skadeståndsanspråk. HD har också i NJA 2014 s. 760, där det skadevållande agerandet inte beskrevs som en underlåtenhet utan som en handling, bekräftat att om en part i främre ledet av en kontraktskedja åsamkas en sakskada, kan denne på utomobligatorisk grund vända sig direkt mot ett bakre led som vårdslöst orsakat skadan, *såvida inte något annat följer av särskilda rättsregler eller principer eller föranleds av avtal*.²⁴¹ HD:s uttalanden i det fallet klargjorde mot denna bakgrund inte hur man ska se på ansvarsbefrielsen i Securitas-fallet. I tillägg till domskälen anförde justitierådet Lindskog enbart i förbifarten att det var ”osäkert” vilka

²³⁸ Bengtsson (2004) s. 830.

²³⁹ Se Nydrén (2007/08) s. 704, Johansson (2010) s. 287 och Munukka (2015/16) s. 418.

²⁴⁰ Jfr Nydrén (2007/08) s. 704. Se Hellner och Radetzki (2014a) s. 200 ff. och Andersson (1993) s. 386 om normskyddslärans tillämplighet på de subjektiva ansvarsförutsättningarna.

²⁴¹ Se p. 12 i HD:s domskäl.

slutsatser som kunde dras av detta.²⁴² Securitas-fallet åberopades dock till stöd för att det inte finns någon *allmän* rättsprincip av innebörd att en kontraktskedja hindrar utomobligatoriska anspråk mot ett bakre led.²⁴³ Såväl HD:s uttalanden i 2014 års fall som de analyser som gjorts i doktrinen föranleder alltså slutsatsen att utgången i Securitas-fallet har ansetts bero på speciella omständigheter.

I väntan på ett klargörande från HD:s sida får det därför antas att ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet, eller kanske snarare begränsningarna i en avtalsgrundad handlingsplikts utsträckning till tredje man, utgör en sådan ”särskild rättsprincip” som innebär undantag från den huvudregel som HD fastslog i 2014 års fall.²⁴⁴ Om det skadevållande agerandet betraktas som en underlåtenhet att fullgöra en avtalsgrundad handlingsplikt, kan det således inte utan vidare antas att denna plikt kan åberopas till förmån för en skadelidande som inte står i avtalsförhållande till skadevållaren. Därmed är inte sagt att en avtalsgrundad handlingsplikt *aldrig* skulle grunda utomobligatoriskt underlåtenhetsansvar. Som Bengtsson och Strömbäck samt Hellner och Radetzki framhållit får det dock anses oklart under vilka närmare förutsättningar som en avtalsgrundad plikt kan grunda sådant ansvar.²⁴⁵ Således anser den sistnämnda å ena sidan att den som åtagit sig vård om barn, exempelvis en barnvakt, genom försummelse i vården ”torde” kunna ådra sig skadeståndsskyldighet för skada som barnet åsamkar tredje man, men å andra sidan att det till följd av utgången i Securitas-fallet måste anses osäkert vad som närmare bestämt egentligen krävs för att ett avtal ska medföra en handlingsplikt på vilken också tredje man kan grunda skadeståndsrätt.²⁴⁶

Trots osäkerheten ska i det följande, med hjälp av uttalanden i praxis och doktrin, tecknas vissa grundlinjer för problematiken och anföras några exempel på fall där underlåtenhetsansvar gentemot tredje man åtminstone inte torde vara uteslutet.

²⁴² Se p. 8 i Lindskogs tillägg, som i sig är åtminstone fyra gånger så långt som HD:s domskäl.

²⁴³ Se p. 11-12 i HD:s domskäl.

²⁴⁴ Jfr Munukka (2015/16) s. 428.

²⁴⁵ Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 58 f. med hänv. samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

²⁴⁶ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

4.2.2.2 Gynnande tredjemansplikt

Helt klart är till en början att en underlåten handlingsplikt kan grunda skadeståndsansvar gentemot tredje man om det av avtalet framgår att tredje man fått en självständig rätt gentemot den förpliktade parten, det vill säga då fråga i praktiken är om ett så kallat gynnande tredjemansavtal.²⁴⁷ Att parterna i ett avtal på detta sätt kan komma överens om vad som ska gälla i fråga om möjligheten för tredje man att vända sig mot endera av dem bekräftades av HD i nyss nämnda NJA 2014 s. 760.²⁴⁸ Frågan huruvida tredje man fått en sådan rätt måste besvaras utifrån sedvanliga principer för avtalstolkning, varvid avtalets syfte tydligen intar en särställning som tolkningsdatum. Enligt rättspraxis krävs nämligen bevis om att parterna avsett att tredje man ska få en självständig rätt att åberopa avtalsinnehållet, och det är den tredje mannen som har bevisbördan för detta.²⁴⁹ Enligt vad HD uttalade i NJA 2005 s. 142 kan det emellertid räcka att denne gör sin rätt sannolik. Munukka har ifrågasatt den enligt honom ”efterhängsna uppfattningen” att avtalsparterna måste gemensamt åsyfta en rättighet för tredje man. Istället borde det, åtminstone då det enbart är den ena parten som förpliktar sig, enligt honom vara tillräckligt att denna part har åsyftat att skapa en självständig rätt för tredje man.²⁵⁰ Som han själv uppmärksammar har emellertid HD uttryckt sig på motsatt sätt. I NJA 2013 s. 491 anförde domstolen således att tredje mans självständiga rätt förutsätter att båda avtalsparterna avsett detta.²⁵¹

Det krävs alltså inte att det av avtalet uttryckligen framgår att det syftar till att tredje man ska ges en självständig rätt; det räcker att en sådan avsikt kan intolkas.²⁵² Enligt Adlercreutz och Gorton har man att räkna med att vissa avtalssituationer har en sådan karaktär att detta syfte kan presumeras; till exempel vid avtal om annans försörjning genom försäkring eller på annat sätt.²⁵³ Om någon kritik ska riktas mot HD:s avgörande i Securitas-fallet bör den lämpligen framföras i denna kontext. Bengtsson anser således att bevakningsföretagets åtagande gentemot banken rimligen borde ha tolkats som ett åtagande också gentemot bankfackskunderna, det vill säga som en avtalsgrundad handlingsplikt ”till förmån för tredje man”. Det borde enligt

²⁴⁷ Adlercreutz och Gorton (2011) s. 152 ff., Munukka (2014) s. 167 f. samt Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 59 not 16.

²⁴⁸ HD:s domskäl, p. 10.

²⁴⁹ Se särskilt NJA 1956 s. 209 samt Adlercreutz och Gorton (2011) s. 153.

²⁵⁰ Munukka (2015/16) s. 417 och densammes (2014) s. 167 in fine.

²⁵¹ Munukka (2014) s. 168.

²⁵² Se särskilt NJA 2005 s. 142.

²⁵³ Adlercreutz och Gorton (2011) s. 153. Någon sådan presumption torde dock (ännu) inte ha tillämpats av HD i något fall.

honom åtminstone ha varit en naturlig följd av bevakningen ”att Securitas hade en handlingsplikt till skydd för all egendom i lokalen”.²⁵⁴

Jag instämmer i stort i Bengtssons uppfattning, men vill samtidigt framhålla att hans avslutande påstående, att Securitas skyddsplikt borde ha ansetts omfatta även bankfackskundernas egendom, knappast ens torde ha ifrågasatts i tvisten. Istället anslöt problemställningen till de frågor rörande handlingspliktens skyddade intressen som behandlats tidigare i denna uppsats, nämligen om plikten även kunde åberopas av tredje man till förmån för eget skadeståndsintresse. Avgörande för frågan huruvida plikten var en sådan ”tredjemansplikt” var således om tredje man (det vill säga försäkringsbolaget som inträtt i bankfackskundernas rätt) hade gjort sannolikt att Securitas och banken i sitt avtalsförhållande avsett att bankfackskunderna skulle få en självständig rätt att åberopa Securitas handlingsplikt. Denna frågeställning aktualiserar andra omständigheter och argument. Enligt min mening är ett starkt argument för att HD borde ha tolkat in ett sådant syfte i avtalet mellan bevakningsföretaget och banken, att avtalet i praktiken innebar att Securitas övertog bankens bevakningsansvar. Som Bengtsson också noterat hade ju banken såsom depositarie en vårdplikt beträffande kundernas egendom.²⁵⁵ Det måste vid avtalsslutet med banken ha varit helt uppenbart för Securitas att värdefull kundegendom skulle komma att förvaras i bankfacken. Det hade utan tvekan varit rimligt att tolka överenskommelsen som innebärande att Securitas istället för banken nu ansvarade för bevakningen gentemot bankfackskunderna, och att de därför kunde göra gällande handlingsplikten till förmån för eget intresse.

4.2.2.3 Handlingsplikt till skydd för allmänheten

En variant av den ovan behandlade tredjemansplikten är den avtalsgrundade handlingsplikt till skydd för ”allmänheten” som förutsatts i svensk skadeståndsrättslig doktrin. Det straffrättsliga fallet NJA 2005 s. 372 brukar anföras till stöd för en sådan plikt.²⁵⁶ En fastighetsägare slöt här avtal med ett bolag om att detta skulle sköta snö- och isröjning från taken till dennes fastigheter i centrala Stockholm. Fastighetsägaren hade således utnyttjat den möjlighet att genom avtal överlåta ansvaret för sådana åtgärder till någon annan, som står denne till buds enligt 3 kap. 3 § 3 st. OL. Företrädaren för bolaget underlät emellertid både att vidta en tillräckligt noggrann besiktning och att tillse att gångbanan nedanför spärrades av. Ett stort isblock rasade

²⁵⁴ Bengtsson (2004) s. 829 f. Se också Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 121.

²⁵⁵ Bengtsson (2004) s. 830.

²⁵⁶ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107 samt Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 59 not 15.

ner från taket och dödade en gångtrafikanter. HD ansåg att företrädaren för bolaget genom avtalet hade åtagit sig en besiktnings- och röjningsplikt och att han därför befann sig i en sådan övervakningsgarantställning att hans underlåtenhet att röja eller åtminstone varna allmänheten för risken kunde medföra ansvar för vållande till annans död.

Bengtsson och Radetzki anser, tydligen med hänsyn enbart till ovanstående fall, att den som i ett avtalsförhållande åtar sig en handlingsplikt till skydd för "allmänheten" kan ådra sig skadeståndsskyldighet gentemot tredje man för underlåtenhet att fullgöra denna.²⁵⁷ Det måste emellertid betonas att NJA 2005 s. 372 är ett rent straffrättsligt fall. Även om brottet vållande till annans död i regel också skyddar enskilda skadeståndsintressen,²⁵⁸ tolkades handlingsplikten naturligtvis här i en straffrättslig kontext, med tillhörande krav på straffvärdhet och brottsbeskrivningsenlighet.²⁵⁹ Att HD ansåg underlåtenheten uppfylla brottsrekvisiten och kravet på garantställning kan enligt min mening inte tas till intäkt för att en underlåtenhet att fullgöra en handlingsplikt "till skydd för allmänheten" skulle grunda skadeståndsansvar i en rent skadeståndsrättslig kontext.²⁶⁰ Ändå har Bengtsson och Radetzki utan vidare resonemang dragit just denna slutsats. Enligt min mening måste den avtalsgrundade handlingsplikt som företaget åtog sig istället sättas in i den skadeståndsrättsliga teoriram som konstruerats ovan.

Plikten får således tolkas enligt vanliga principer. Det starkaste argumentet för att en avtalsgrundad handlingsplikt till skydd för "allmänheten" även skulle grunda skadeståndsansvar tycks därvid vara att när plikten *syftar till att skydda en obestämd krets av utomstående personer* ("allmänheten"), gör sig avtalsverkningarnas subjektiva begränsning inte gällande med samma kraft. Den avgörande skillnaden mot Securitas-fallet skulle därmed vara att den avtalsgrundade handlingsplikt som det var fråga om där snarare var en plikt till förmån för *viss* tredje man, (även om HD nu i och för sig inte instämde) nämligen de specifika bankfackskunder som var avtalsparter till banken. Inte heller denna argumentation träffar emellertid alldeles rätt. Varken Bengtsson eller Radetzki har lagt någon vikt vid att handlingsplikten i snöskottningsfallet var lagstadgad och därtill även straffsanktionerad. Det måste betraktas som osäkert om utgången verkligen kan appliceras på ett

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Se 5 kap. 2 § SkL och NJA 2006 s. 738. Se även Bengtsson och Strömbäck (2014) s. 283 f.

²⁵⁹ Se allmänt NJA 2013 s. 588, p. 9 i HD:s domskäl samt Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 110 och 126 ff.

²⁶⁰ Jfr nedan i avsnitt 4.5.2 och 4.5.3.

fall som saknar sådana aspekter.²⁶¹ Det får mot denna bakgrund likaledes anses oklart om en utomstående skadelidande till förmån för eget skadeståndsansvar kan åberopa den handlingsplikt som exempelvis en barnvakt åtagit sig i avtalsförhållandet med barnets förälder. Ett jakande svar tycks dock möta vissa argumentativa hinder inom ramen för båda de diskurser gällande tredjemansplikter och handlingsplikter till skydd för allmänheten som behandlats ovan.

4.3 Anknytning till särskild farokälla

4.3.1 Inledande anmärkningar

Mot bakgrund av den relativa restriktivitet som tycks råda på området för den avtalsgrundade handlingspliktens verkan för tredje man kan man undra, om man inte skulle nå större framgång genom att tona ner det avtalsrättsliga inslaget i ansvarsanalysen. I själva verket tycks det som att ju längre bort man kommer från ett regelrätt avtal, desto mindre anledning finns att anse avtalsverkningsansvaret subjektivt begränsning lägga hinder i vägen för ett underlåtenhetsansvar.²⁶² I straffrättslig doktrin har på underlåtenhetsområdet utvecklats ett särskilt begrepp kallat ”frivilligt åtagande”.²⁶³ Denna pliktgrund skulle vara frikopplad från avtalsrätten på så sätt att det inte skulle vara nödvändigt att ta ställning till om ett giltigt avtal föreligger. I praxis och doktrin har ansvarsbegreppet främst använts som argument för att ålägga olika *skyddsgarantställningar*. Som ska framgå nedan får det dock anses oklart hur dessa uttalanden förhåller sig till skadeståndsrätten.²⁶⁴

²⁶¹ Värt att notera är att Schultz ställt precis denna fråga i sin avhandling, dvs. *efter* 2005 års fall; se dennes (2007) s. 569. Schultz skriver: ”I andra situationer kan handlingsplikten vara mer svårbedömd. Kan till exempel ett företag som i avtal med en fastighetsägare åtagit sig att röja snö från hustaket bli skadeståndsskyldig gentemot tredjeman [sic] som skadas till följd av fallande is om snöröjning inte skett?”. Schultz hänvisar varken till 2005 års fall eller till Bengtssons och Radetzkis uttalanden ang. detta, och man får nog utgå från att Schultz under utarbetandet av sin avhandling olyckligtvis missat att frågan nyss behandlats i en straffrättslig kontext. Schultz tveksamhet kan dock sägas ha viss skadeståndsrättslig relevans även idag, eftersom det, som nyss sagts, är oklart huruvida HD:s slutsatser i 2005 års fall kan överföras till en rent skadeståndsrättslig kontext.

²⁶² Jfr Schultz (2007) s. 566 f., som ställt frågan om inte *andra etiska normer än avtal*, åtminstone någorlunda fasta sådana, skulle kunna grunda en handlingsplikt. Han anför exemplet att en domare såsom enda vuxen närvarar vid en ishockeymatch mellan två pojklag. En spelare skadas allvarligt men domaren vill hem så fort som möjligt och underlåter att avbryta spelet. Ska ansvar anses uteslutet enbart av den anledningen att det är en underlåtenhet som läggs domaren till last? Det saknas stöd i doktrin och praxis för att andra etiska regler än avtal skulle kunna grunda en handlingsplikt, och Schultz uppfattning får ses som ett argument *de lege ferenda*.

²⁶³ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113.

²⁶⁴ Se nedan i avsnitt 4.5.3.1.

Desto klarare är att *övervakningsgarantställningar*, enligt såväl straff- som skadeståndsrättslig praxis och doktrin, ansetts kunna grundas på andra omständigheter än lag och avtal; närmast faktiska omständigheter som kan samlas under benämningen ”anknytning till farokälla”.²⁶⁵ Denna pliktgrund ska härefter behandlas närmare.

4.3.2 Allmänt om pliktgrunden

4.3.2.1 Skaderisker emanerande från personer

En första fråga är om andra omständigheter än lag och avtal skulle kunna grunda ansvar för underlåtenhet att avvärja skaderisker som emanerar från *personer*. I straffrättslig praxis och doktrin har man traditionellt varit återhållsam med ett erkänna sådana övervakningsgarantställningar. Ansvar anses i allmänhet förutsätta lagstöd, såsom vårdnadshavares ansvar att förhindra barns skadegörande handlande.^{266, 267} Den straffrättsliga oviljan mot att ålägga ansvar för underlåtenhet att förhindra annans handlande kan knappast förklaras med hänsyn till den grundläggande principen i svensk straffrätt, att man enbart ansvarar för sitt eget beteende. Det tål nämligen att ännu en gång betonas att en ställning som övervakningsgarant inte innebär någon form av ”vikarierande ansvar” för annans handlande, utan ett ansvar för egen kausal underlåtenhet att förhindra följderna av detta. Likaledes är det övervakningsgarantens underlåtenhet som är föremål för skuld- och kausalitetsprövningen.²⁶⁸

Ovan konstaterade motstånd är inte lika synbar på skadeståndsrättens område. I skadeståndsrättslig doktrin har gjorts gällande att den som har ”i sin vård” ett barn eller en psykiskt sjuk person, har en skadeståndsrättslig plikt att undanröja risker som kan uppstå för annan.²⁶⁹ Åtminstone gällande övervakningsgarantställning i förhållande till *barn* har HD bekräftat att detta får anses vara innebörden av gällande rätt. I det tidigare berörda NJA 2013 s. 145 uttalade HD gällande ansvaret för underlåtenhet, att uppsiktsplikten

²⁶⁵ Se numera NJA 2013 s. 145 p. 21, där HD nyttjat i princip samma terminologi.

²⁶⁶ Se särskilt ovan i avsnitt 4.1.3. Asp, Ulväng och Jareborg har visserligen framhållit andra ”tänkbara” övervakningsrelationer som enligt dem skulle kunna medföra ansvar, men de vidgår också att det är ”tämmligen oklart” huruvida denna uppfattning är att betrakta som erkänd i svensk rätt; se desamma (2013) s. 117 och jfr ovan i not 221, där det framhölls att författarnas uppfattning närmast får ses som ett argument *de lege ferenda*.

²⁶⁷ Se dock Sund (1989) s. 29 och 31, som (tydligt *de lege lata*) anser att en styvförälder som bor tillsammans med ett barn har ett straffrättsligt ansvar att förhindra barnets skadegörande handlande. Sund tycks vara ensam om sin uppfattning.

²⁶⁸ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 117.

²⁶⁹ Se t.ex. Karlgren (1972) s. 35 f., Sund (1989) s. 163 f. samt Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 23.

avseende barn inte är begränsad till vårdnadshavare, utan att även andra som ”fått hand om” ett barn eller ”finns i ett barns närhet” kan ha en sådan plikt. Här hänvisade HD till NJA 1984 s. 764, där ett sjuårigt barn på ett fritidshem allvarligt skadade ögat på en jämnårig med ett snickarverktyg och kommunen ålades skadeståndsansvar för personalens otillräckliga tillsyn. Därefter uttalade HD:

Frågan i vad mån en sådan plikt alls föreligger, och hur långtgående den i så fall är, får bedömas med utgångspunkt i *arten och graden av anknytning och närhet samt faresituationen som sådan* (min kursivering).²⁷⁰

Mot bakgrund av HD:s generella uttalande får det numera anses stå klart att en ställning som övervakningsgarant i förhållande till ett barn kan grunda skadeståndsansvar gentemot utomstående på andra grunder än lag och avtal; närmast en särskild riskanknytning baserad på faktiska omständigheter. HD uttalade också *obiter dicta* att ”det får antas” att en sådan anknytning även till andra än barn kan medföra en tillfällig eller varaktig uppsiktsplikt, exempelvis till en hemmavarande make som drabbats av sjukdom som trubbat av omdömet.²⁷¹ Med hänsyn till dess tydliga *obiter*-karaktär får räckvidden av detta uttalande ändå anses oklar.²⁷² Jag anser dock att domstolens formulering i varje fall utgör stöd för slutsatsen att en *barnvakt* gentemot utomstående har ett skadeståndsrättsligt ansvar för underlåtenhet att förhindra barnets skadegörande handlande. Ett sådant ansvar synes alltså kunna grundas på att barnvakten till följd av sitt faktiska handlande fått en sådan ”anknytning till farokällan” att denne intar en ställning som övervakare i förhållande till barnet. Eftersom ansvaret inte grundas på ett regelrätt avtalsförhållande skulle man då inte behöva oro sig för ett eventuellt avtals begränsade räckvidd i förhållande till tredje man. Några säkra slutsatser kan emellertid inte dras härvidlag. Så pass mycket är dock klart, att den bild av möjligheterna att ålägga ansvar för barns skadegörande handlande, som efter HD:s restriktiva bedömning i Securitas-fallet på sina håll framförts i doktrinen,²⁷³ inte längre kan antas överensstämma med gällande rätt.

²⁷⁰ HD:s domskäl, p. 27.

²⁷¹ HD:s domskäl, p. 23.

²⁷² Liknande resonemang i Bengtsson (2016) s. 437.

²⁷³ Se särskilt Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

4.3.2.2 Skaderisker emanerande från egendom

Därefter är frågan om andra omständigheter än lag och avtal skulle kunna grunda ansvar för underlåtenhet att avvärja risker som emanerar från *egendom*. Möjligheterna att ålägga sådant underlåtenhetsansvar har i såväl straff- som skadeståndsrättslig praxis och doktrin ansetts större än möjligheterna att anse underlåtenheter att förhindra personers handlande ansvarsgrundande. På straffrättens område gäller enligt Asp, Ulväng och Jareborg att den som enligt bland annat ”instruktion, arbetsfördelning, åtagande eller gängse uppfattning” har att svara för att en ”bestående anordning” är i nöjaktigt skick, får anses vara skyldig att avhjälpa brister eller åtminstone varna för befintliga skaderisker.²⁷⁴ Något kryptiskt uttalar författarna därefter att hus, rum, restauranger och trädgårdar emellertid ”inte i sig” är några farokällor, och att ”ingen är såsom ansvarig för dem skyldig att förhindra vad som pågår där”. Däremot kan det bland annat vara brottsligt att underlåta att skotta snö från tak eller hålla en hiss i funktionsdugligt skick om man kan räkna med att någon kommer att bruka den.²⁷⁵ Författarnas uttalanden får enligt min mening förstås som att uttrycket ”bestående anordning” i och för sig ska uppfattas i sin vidaste bemärkelse. Även en trottoar eller ett hus utgör således en bestående anordning, men eftersom dessa inte i sig kan anses utgöra farokällor krävs, för att underlåtenhetsansvar ska inträda, att brukandet av dessa på grund av särskilda omständigheter innefattar en risk. Den som till exempel anordnar en fest i sitt hus skulle alltså inte i allmänhet ha något ansvar för vad som sker under festen, men däremot står denne i övervakningsgarantställning till huset i den meningen att denne kan bli ansvarig för sin underlåtenhet att till exempel ordentligt fästa en takplatta som faller ner och skadar en av gästerna.

Inom skadeståndsrätten har i praxis och doktrin likaledes ansetts att den som äger, besitter eller driver anläggningar, byggnader, maskiner, djur eller andra farokällor har en plikt att vidta åtgärder för att minska skaderisker som härrör från dessa saker.²⁷⁶ En förutsättning skulle vara att anläggningen upplåtits för allmänhetens bruk.²⁷⁷ Detta ansvar skulle då vara fristående från eventuella påvisbara avtalsförhållanden och istället kunna grundas på en särskild anknytning till skaderisken. Således gäller enligt Hellner och

²⁷⁴ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 115 f.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Karlgren (1972) s. 34 ff., Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 23 och Sund (1989) s. 163 f. Mycket märkligt är enligt min mening att Hellner aldrig inkluderat en redogörelse för denna pliktgrund, som måste anses erkänd i svensk rätt, i sin stora bok i skadeståndsrätt.

²⁷⁷ Karlgren (1972) s. 34 och Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 23. Se diskussionen om uttrycket ”allmänheten” strax nedan.

Radetzki att en butiksägare är skyldig att vidta åtgärder så att inte besökare drabbas av skada, och att denna plikt föreligger inte bara gentemot den som gör inköp i butiken (och till vilken det därför finns ett avtalsförhållande) utan till varje besökare.²⁷⁸ Några exempel ur praxis bör anföras. Ett sådant är NJA 1987 s. 222, där en skidåkare skadade sig när han åkte utanför det pistade området på Trillevallens skidanläggning. Ägarna av hotellet som drev skidanläggningen ålades skadeståndsansvar för sin underlåtenhet att, exempelvis genom utsättande av varningskäppar, tydligare markera den fara som olycksområdet utgjorde. Av HD:s domskäl framgår att åläggandet av handlingsplikten kopplades till det faktum att området hade ”upplåtits för utförsåkning” av svaranden. Ytterligare ett exempel är NJA 1976 s. 196, där en gående halkade på en isfläck på området för en bensinstation och krävde skadestånd av det bensinbolag som bedrev verksamhet där. Isfläcken hade sannolikt uppkommit genom att någon annan spillt vatten. Bolaget invände att den skadade inte varit kund vid skadans inträffande och att bolaget därför inte hade något underlåtenhetsansvar gentemot denne. Tingsrätten, vars dom fastställdes av HD, ogillade invändningen och yttrade att oavsett vem som var snöröjnings- eller renhållningsansvarig i stort på den av bensinbolaget disponerade marken, det måste anses ha ålegat bolaget att hålla rent vid distributionspumparna.²⁷⁹ Utgången i det klassiska badbryggefallet NJA 1979 s. 129, som refererats tidigare i denna uppsats,²⁸⁰ torde likaledes kunna förklaras med att den kommunala nämnden ”drev” badplatsen och upplåt ”anläggningen” till allmänhetens försorg. Denna drift ansågs följaktligen innefatta vissa plikter att förhindra skada för besökare.

En särskild fråga är hur det av Karlgren och Bengtsson förfäktade kravet på att anläggningen ska ha upplåtits till ”allmänheten” bör förstås. I avsnitt 4.2.2.3 ovan har uttrycket ”allmänheten”, men då i samband med diskursen om avtalsgrundade pliktens verkan i förhållande till tredje man och baserat på en jämförelse mellan utgången i ”isblocks-fallet” NJA 2005 s. 372 och HD:s ansvarsbefriande uttalande i ”Securitas-fallet” NJA 2001 s. 711, getts innebörden ”obestämd krets av utomstående personer”, med betoning på obestämdheten. Ovan anmärkta rättsfall visar dock enligt min mening att uttrycket inte kan förstås på detta inskränkta sätt när frågan istället gäller en anknytning till en särskild farokälla. I ”skidanläggningsfallet” NJA 1987 s. 222 var ju den utsatta personkretsen, till skillnad från i ”isblocks-fallet”, inte helt obestämd. För plikter grundade på en anknytning till en farokälla ligger

²⁷⁸ Hellner och Radetzki (2014b) s. 29.

²⁷⁹ Talan ogillades dock på grund av att det inte ansågs styrkt att isfläcken uppkommit så lång tid före olyckan att någon culpa låg bolagets företrädare till last. Se även Hellner och Radetzki (2014a) s. 109.

²⁸⁰ Se ovan i avsnitt 2.2.

det, enligt min mening, närmare till hands att anse uttrycket ”allmänheten” åtminstone omfatta en krets av utomstående personer vars närmare sammansättning den underlåtande inte har något direkt inflytande över. En ytterligare fråga, som dessutom torde ha ganska stora ”vardagsjuridiska” implikationer, är om uttrycket ”allmänheten” i denna kontext även ska anses omfatta situationer där personkretsen tvärtom är mera *bestämd* eller den underlåtande annars har ett direkt inflytande över dess sammansättning. Ska pliktgrunden anknytning till farokälla på grund av upplåtelse av denna till ”allmänheten”, i en rent skadeståndsrättslig kontext ges den i straffrätten förespråkade innebörden att även exempelvis en *privatperson*, som bjuder in ett bestämt antal närstående personer till en fest i sitt hus, har en plikt att avvärja skaderisker förknippade med denna ”farokälla”?²⁸¹ Min uppfattning är att inget i den skadeståndsrättsliga pliktdiskurs som presenteras i denna uppsats lägger hinder i vägen för en sådan långtgående slutsats, men rättsläget är oklart.

Samtliga ovan anförda exempel ur praxis har det gemensamt att domstolarna inte såsom särskilda rättsfrågor behandlat eventuella avtalsförhållanden eller äganderätter som grund för underlåtenhetsansvaret. Handlingsplikten tycks istället mera övergripande ha baserats på att den underlåtande haft en viss anknytning till farokällan. Det kan dock betraktas som säkert att en sådan anknytning inte kan vara hur svag som helst för att medföra ansvar. När en handlingsplikt grundas på andra omständigheter än lag och avtal uppstår även i övrigt vissa bedömningssvårigheter som är förknippade med det faktum att handlingsplikten inte på vanligt sätt kan tolkas och avgränsas. I det följande ska anmärkas några särskilda problem som torde uppkomma när en handlingsplikt på detta sätt inte baseras på lag eller avtal utan på en mera generell ”anknytning” till en farokälla. Eftersom problemställningarna ägnats mycket liten uppmärksamhet i praxis och doktrin kan det inte bli fråga om något mera än ett anmärkande av dessa.

4.3.3 Några särskilda problemställningar avseende pliktgrunden

Att grunda en handlingsplikt på en lagbestämmelse eller ett avtal har, som framgått i denna uppsats, den fördelen att bestämmelsen eller avtalet kan *tolkas* i syfte att klarlägga handlingspliktens räckvidd och skyddade intressen. För dessa ändamål finns, som också framgått, en någorlunda

²⁸¹ Se också exemplet avseende träverandan i avsnitt 1.1 och återkopplingen i avsnitt 5.3.3.

konkret teoriram att placera in handlingsplikten i. Det är inte möjligt när plikten istället grundas på något så abstrakt som en ”anknytning” till en risk eller farokälla. En sådan anknytning säger ju inte alls något om vilka skadeförebyggande åtgärder som den förpliktade förväntades vidta. Man måste därför söka andra sätt att konkretisera handlingsplikten. Åtgärderna måste naturligtvis bli beroende av farokällans karaktär. Studerar man praxis kan man emellertid också iaktta en tendens att låta denna fråga sammanfalla med culpabedömningen av underlåtenheten. I det ovan refererade NJA 1987 s. 222 uttalade HD att det knappast är möjligt att exakt ange vilka skadeförebyggande åtgärder som ska komma i fråga. Enligt HD skulle den saken bedömas ”med utgångspunkt i föreliggande särskilda omständigheter varvid de inom branschen vedertagna säkerhetsreglerna och där i övrigt rådande praxis kan tjäna som vägledning”. Resonemanget påminner onekligen om en *normbunden culpabedömning*.²⁸² Sådana handlingsnormer torde däremot ha saknats i badbryggefallet NJA 1979 s. 129, där HD istället tycks ha kopplat ihop frågan om pliktens räckvidd med den *fria culpabedömningen*. HD ansåg, med hänsyn till den sannolika skadans typ och omfattning, att det hade ålegat kommunen att sätta ut skyltar för att varna allmänheten för det grunda vattendjupet; en sådan åtgärd beskrevs som enkel och föga kostnadskrävande. HD har också i nyss behandlade NJA 2013 s. 145 bekräftat det sagda; av betydelse för pliktens omfattning är enligt domstolen ”risken för farans förverkligande, de möjliga skadornas storlek samt problem med och kostnader för de skademotverkande åtgärder som står till buds”.²⁸³ Uppenbarligen kan man här tala om att prövningen av underlåtenhetsansvaret i dessa avseenden ofta innehåller tendenser till ”förkortning”. Culpabedömningen blir marginaliserad eftersom liknande kriterier är av betydelse redan för frågan om handlingspliktens räckvidd.²⁸⁴

Med frågan om handlingspliktens skyddade intressen sammanhänger frågan om avgränsning av skaderisken. Om en handlingsplikt till exempel grundas på att någon driver en matvarubutik måste det preciseras vilka risker som denne har en plikt att avvärja. Skadan måste bero på ett realiserande av just dessa risker. Risken måste rimligen ha någon form av koppling till verksamhetens karaktär och inte bero på helt tillfälliga omständigheter. Möjligen kan man här dra en parallell till doktrinen om ”begränsning till den typiska faran” vid rent strikt ansvar för farlig verksamhet.²⁸⁵ Med Hellners ord brukar till exempel sägas att den som driver en farlig fabrik

²⁸² Se allmänt Hellner och Radetzki (2014a) s. 123 ff.

²⁸³ HD:s domskäl, p. 21.

²⁸⁴ Andersson (2013c) s. 176 f.

²⁸⁵ Se allmänt Hellner och Radetzki (2014a) s. 165 ff.

inte har rent strikt ansvar för att en person misshandlas i lokalerna; denna skaderisk saknar koppling till den typiska faran som utgör anledningen till att verksamheten är att betrakta som farlig.²⁸⁶ Av samma anledning bör underlåtenhetsansvar vara uteslutet. I övrigt får det dock anses olämpligt att applicera resonemang rörande rent strikt ansvar för farlig verksamhet på den här behandlade pliktgrunden. Ovan har ju framgått att ett ansvar för underlåtenhet att avvärja risker som emanerar från egendom kan åläggas även om anläggningen, maskinen eller farokällan i fråga *inte till sin natur* kan betraktas som farlig.

Att grunda en handlingsplikt på en lagbestämmelse eller ett avtal har också den fördelen att bestämmelsen eller avtalet oftast utpekar de förpliktade rättssubjekten. En betydande svårighet när det gäller den här behandlade pliktgrunden är att den inte närmare kan ge svar på *vilket* rättssubjekt som är det förpliktade. Problemet handlar inte om någon slags identifikationsfråga av typen härledning av skadeståndsansvar från juridisk till fysisk person, utan om den grundläggande frågan vilka fysiska eller juridiska personer som i olika situationer ska anses ha en ansvarsgrundande anknytning till den aktuella farokällan. Begreppet ”anknytning till farokälla”, som jag här använt som en samlande benämning på de situationer som diskuterats i praxis och doktrin, är naturligtvis i sig ganska oklart. I praxis finns exempel på att handlingsplikten grundats på att någon ”äger”, ”disponerar”, ”besitter”, ”driver”, eller ”innehar” (etc.) den aktuella farokällan. Så mycket tycks klart, att anknytningen till farokällan inte alltid måste baseras på rättsliga omständigheter utan att dessa även kan vara rent faktiska. Det tydligaste exemplet på detta är plikten att förhindra barns skadegörande handlande. Huruvida någon har en sådan plikt ska enligt HD bedömas utifrån ”arten och graden av anknytning och närhet samt faresituationen som sådan”; kriterier som i sanning är ganska intetsägande. Gällande frågan om handlingspliktens placering i fall då saken inte kan bedömas utifrån lagbestämmelser eller avtal har Hellner och Radetzki likaledes intetsägande uttryckt, att den får avgöras ”på allmänna grunder”.²⁸⁷ Någon övrig praxis som belyser frågan i skadeståndsrättsligt hänseende tycks inte finnas.

²⁸⁶ Hellner och Radetzki (2014a) s. 167 f. Jfr Bengtsson, Ullman och Unger (2009) s. 23.

²⁸⁷ Hellner och Radetzki (2014a) s. 109.

4.4 Faroskapande handling

I straff- och skadeståndsrättslig praxis och doktrin har, som en ”slasktratt” för underlåtenhetsansvar, anförts att den som *genom handling framkallar en fara* har en plikt att avvärja denna.²⁸⁸ När denna grund tillämpas bör således distinktionen mellan handling och underlåtenhet få avgörande betydelse. Ett ofta anført exempel är att någon har grävt en grop (vilket då skulle utgöra en handling) för att utföra ett arbete, men underlåtit att vidta säkerhetsåtgärder till förhindrande av att någon faller i den.²⁸⁹ Sund har istället anført exemplet att en person lägger sina tändstickor på ett bord i en lägenhet där det finns ett litet barn, men underlåter att plocka undan dessa när denne lämnar rummet.²⁹⁰ Underlåtenheten är då objektivt ansvarsgrundande. Som Jareborg påpekat har det, åtminstone på straffrättens område, i äldre doktrin ibland ifrågasatts att man på detta sätt har en plikt att aktivt förhindra följderna av sitt eget handlande.²⁹¹ Tvärtom tycks det som att en sådan plikt borde vara helt okontroversiell; det är ju här inte längre fråga om ett ansvar att förhindra följderna av någon annans handlande, utan istället om en sorts övervakningsgarantställning ”i förhållande till sig själv”, och om det är någons handlande man är ansvarig för så är det väl ens eget.²⁹² Det kan i varje fall inte råda någon tvekan om pliktgrundens förenlighet med gällande skadeståndsrätt.

Den nu diskuterade pliktgrunden är naturligtvis bara av intresse om vi inte kan anse att redan den handling som igångsatt kausalförloppet har orsakat följden på ett skadeståndsgrundande sätt.²⁹³ I exempelvis badbryggefallet skulle det möjligen vara väl långsökt att hävda att redan kommunens agerande att sätta upp bryggan skulle ha orsakat skadeföljden på ett vårdslöst och adekvat kausalt sätt. Uppsättandet initierade emellertid en skaderisk som kommunen därför hade en plikt att avvärja. I doktrinen har i princip konsekvent framhållits att ansvar förutsätter att faran ska ha ”framkallats”. Det ansvarsgrundande momentet skulle alltså vara att en handling har *initierat* en skaderisk; att någon har intervenerat i ett skadeförlopp och vidtagit en handling som *ökat* en risk som av andra skäl redan förelåg tycks således inte vara tillräckligt för att grunda ansvar för underlåtenhet. I avsaknad av relevant rättspraxis kan man dock inte vara helt

²⁸⁸ Se t.ex. Karlgren (1972) s. 33 f., Hellner och Radetzki (2014a) s. 107, Schultz (2007) s. 563 ff. samt Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 122 ff.

²⁸⁹ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

²⁹⁰ Sund (1989) s. 164.

²⁹¹ Jareborg (1995) s. 125.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Karlgren (1972) s. 34 f. samt Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 123.

säker på denna sak. I övrigt saknas uttalanden i praxis som närmare belyser pliktgrunden. Man torde dock till att börja med kunna konstatera att ansvar förutsätter att den skaderisk som realiserats genom följden måste vara någon av just de risker som någon genom sitt handlande anses ha framkallat. Bedömningen kan inte alltid vara helt enkel, eftersom en handling ibland kan sägas ge upphov till risker för många olika typer av skadeföljder. Gårdskarlen i NJA 1935 s. 636, som hanterade en spann med en farlig kalklösning och därefter underlät att hålla uppsikt över den, kan genom sitt handlande anses ha initierat flera olika skaderisker, och under angivna förhållanden måste en av dessa risker anses vara just den som realiserades i fallet, nämligen att barn kunde komma till skada vid lek med spannen. När pliktgrunden inte är aktuell synes detta främst ha att göra med att ett mellankommande handlande av en annan person varit en förutsättning för följdens inträde. Däremot finns inget rättskällestödd för att ansvar skulle kräva något särskilt *tidssamband* mellan handlingen och underlåtenheten. Badbryggefallet ger tvärtom visst stöd för att även en handling som ligger mycket långt bak i tiden kan (naturligtvis under förutsättning att den risk, som handlingen framkallat, kan anses ha realiserats genom skadeföljden) ge upphov till underlåtenhetsansvar. Här finns anledning att poängtera att förhållandet mellan handlingen och underlåtenheten inte är en fråga om adekvans. Det är i dessa fall enbart underlåtenheten som är föremål för kausalitets- och culpaprövningen; den bakomliggande handlingen används enbart på den objektiva sidan av ansvarsprövningen.

I straffrättslig doktrin återfinns en diskussion kring huruvida det tidigare handlande som ger upphov till underlåtenhetsansvar måste vara rättsstridigt i och för sig. Jareborg, som anser att så måste vara fallet, anför exemplet att en person som tillverkar bilar vet att vissa av dessa kommer att krocka och orsaka person- och saksador.²⁹⁴ Genom att tillverka bilarna har denne i någon mening orsakat skadorna. Biltillverkaren kan emellertid ändå inte åläggas straffrättsligt ansvar för sin senare underlåtenhet att förhindra dessa följder, eftersom varken handlingen eller underlåtenheten utgör en ”otillåten gärning”; risktagandet är av sådan karaktär att det är tillåtet ”för alla och envar”, och det gäller alldeles oavsett biltillverkarens subjektiva insikter och avsikter.²⁹⁵ Inte heller den som genom hela livet bjuder sin ”vän” på cigaretter *i syfte* att denne ska dö i lungcancer kan således dömas för mord genom handling eller underlåtenhet, och det gäller oaktat att brottsrekvisiten i och för sig mycket väl kan tänkas vara uppfyllda. Enligt Jareborg måste därför krävas att den handling, som vid tillämpning av den här behandlade

²⁹⁴ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 124.

²⁹⁵ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 146 ff.

pliktgrunden gör underlåtenheten ansvarsgrundande, utgör en ”otillåten gärning”.²⁹⁶ På skadeståndsrättens område har däremot förutsatts att den handling som framkallat en fara i och för sig kan vara helt klanderfri.²⁹⁷ Ett sådant exempel är rättsfallet med gårdskarlen; att hantera spannen på det sätt som denne gjorde kan knappast anses klandervärd i och för sig. Att en biltillverkare inte kan bli ansvarig för sin underlåtenhet att förhindra skadeföljder som i och för sig är förutsebara måste emellertid anses gälla även på skadeståndsrättens område. Här får ansvarsfriheten istället grundas på social adekvans eller bristande normskydd.²⁹⁸

4.5 Rättsstridig underlåtenhet

4.5.1 Inledande anmärkningar

I uppsatsens metodavsnitt betonades det nära samröret mellan straff- och skadeståndsrätten på underlåtenhetsområdet.²⁹⁹ Gällande de pliktgrundande omständigheterna är samröret reellt på så sätt att en underlåtenhet som *utgör brott* som huvudregel även medför skadeståndsskyldighet. Det sagda följer av den allmänna principen om skadeståndsrättens accessoriska förhållande till straffrätten.³⁰⁰ De straffrättsliga reglerna i brottsbalken kommer alltså att ange en nedersta gräns för vilka ageranden som är tillåtna eller otillåtna i skadeståndsrättsligt hänseende. Denna ”rättsstridighetsprincip”³⁰¹ blir av stor betydelse när det yrkas straff för brott mot person och brottsoffret samtidigt kräver skadestånd. Om straffyrkandet ogillas, ogillas nämligen också skadeståndsyrkandet utan att någon särskild bedömning görs.³⁰² Man kunde exempelvis tycka att i de fall uppsåt krävs för straffansvar och åtalet ogillas just p.g.a. bristande uppsåt, domstolen i princip borde pröva om inte i varje fall skadeståndsskyldighet ska inträda p.g.a. gärningspersonens (eventuella) oaktsamhet. Någon sådan särskild prövning görs emellertid inte.³⁰³ Att en *brottlig* underlåtenhet som huvudregel grundar rätt till skadestånd innebär också att det bör vara möjligt att i en skadeståndsrättslig kontext argumentera för underlåtenhetsansvar genom att anföra att

²⁹⁶ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 124.

²⁹⁷ Se särskilt Karlgren (1972) s. 34 samt Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

²⁹⁸ Jfr Hellner och Radetzki (2014a) s. 200 f.

²⁹⁹ Se ovan i avsnitt 1.4.3.

³⁰⁰ Hellner och Radetzki (2014a) s. 63 f.

³⁰¹ Begreppet ”rättsstridig” används här endast som en sammanfattande benämning. Avsikten är alltså inte att göra ett ställningstagande i den mycket omtvistade frågan om rättsstridighetsbegreppets funktion och plats i svensk skadeståndsrätt.

³⁰² Hellner och Radetzki (2014a) s. 64.

³⁰³ Ibid.

underlåtenheten utgör brott enligt de straffrättsliga förutsättningarna för detta. Det sagda innebär att skadeståndsrättens accessoriska förhållande till straffrätten får betraktas som en omständighet som *i sig* kan grunda skadeståndsansvar för underlåtenhet. Som en sista pliktgrund kan vi således behandla den omständigheten att underlåtenheten utgör brott.

Ett konstaterande av att en underlåtenhet utgör brott förutsätter naturligtvis att de straffrättsliga objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningarna är uppfyllda. Därutöver krävs att man kan anse att gärningspersonen vid brottstillfället intog en garantställning. Som framgått genom uppsatsens gång finns en stor överensstämmelse mellan straff- och skadeståndsrättens behandlingar av de pliktgrundande omständigheterna, men den är inte absolut. I syfte att göra framställningen fullständig finns anledning att avslutningsvis, i detta avsnitt, beröra det ”straffrättsliga överskott” som härvid finns. Först bör emellertid kortfattat redogöras för undantaget från den ovan konstaterade huvudregeln avseende brottsliga underlåtenheters skadeståndsrättsliga relevans.

4.5.2 Den straffrättsliga pliktens skyddsändamål

Inte ens ett konstaterande att en underlåtenhet är brottslig innebär att man per automatik kan sluta sig till att skadeståndsskyldighet föreligger. I själva verket är det särskilt när fråga är om straffrättsliga handlingsplikter som man måste vara uppmärksam på att normerna kan ha uppställts av helt andra skäl än att skydda skadeståndsrättsliga intressen.³⁰⁴ Vi finner alltså här ett viktigt tillämpningsområde för normskyddsläran, som på annat ställe i denna uppsats behandlats beträffande andra lagstadgade handlingsplikter.

När skadeståndsrättsligt underlåtenhetsansvar grundas på en straffrättslig handlingsplikt är det essentiellt att notera att den *skadeståndsrättsliga* bedömningen alltid måste befatta sig med argumentationen kring det *ändamålsenliga ersättandet*, varvid straffstadgandets syfte och brottets inverkan på skadeförloppet påverkar bedömningen av pliktens skyddade intressen.³⁰⁵ Som en utgångspunkt brukar anföras prövningen av huruvida den skadelidande har ställning som målsägande i brottmålet, men frågan är

³⁰⁴ Se allmänt Hellner och Radetzki (2014a) s. 83 ff. ang. dessa intressefrågor.

³⁰⁵ Andersson (2013c) s. 178 ff.

inte ensamt utslagsgivande.³⁰⁶ Ett exempel som ofta anförts i doktrinen är kopplat till straffstadgandets syfte och rör smuggling: den som exempelvis underlåter att lämna korrekta uppgifter vid tullbehandling kan dömas för smugglingsbrott, men den konkurrent som förlorar kunder till följd av att smugglaren kan sälja sina varor billigare har inte rätt till skadestånd för ren förmögenhetsskada trots att smuglingen utgör brott.³⁰⁷ Förklaringen är att smugglingsreglerna inte avser att skydda utomståendes ekonomiska intressen, utan att upprätthålla statens kontroll över in- och utförsel av varor. Handlingsplikten saknar således skadeståndsrättslig relevans.

I detta sammanhang bör också det straffsanktionerade stadgandet i 2 kap. 1 § i lag (2003:778) om skydd mot olyckor behandlas. Enskilda åläggs där en plikt att varna och vid behov tillkalla hjälp om de får kännedom om en olycka som innebär fara för någons liv eller allvarlig fara för någons hälsa eller för miljön. Vid första påseende kan tyckas att detta stadgande borde tillintetgöra ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet och kravet på garantställning för underlåtenhetsansvar. Så är emellertid inte fallet vare sig straff- eller skadeståndsrättsligt. Stadgandet har för det första begränsat intresse i rent straffrättsligt hänseende redan av den anledningen att plikten enbart är en plikt att *varna* och *tillkalla hjälp*; straffansvar åläggs alltså inte för att gärningspersonen skulle ha *orsakat* den brottsbeskrivningsenliga följden genom underlåtenhet.³⁰⁸ Så är ju däremot, som numera borde vara bekant, fallet när till exempel en vårdnadshavare såsom skyddsgarant för sina barn åläggs straffansvar för misshandel för att ha underlåtit att ordna adekvat sjukhusvård för dem.³⁰⁹ Därutöver gäller plikten enbart vid ”olyckor”. I motiven är man visserligen noga med att framhålla att uttrycket inte bara omfattar händelser som beror på företeelser i naturen, men som exempel på olyckor nämns bland annat bränder, översvämningar och utsläpp av skadliga ämnen.³¹⁰ Det är alltså inte fråga om någon allmän plikt att ingripa mot annans brottsliga handlande.³¹¹ Dessa omständigheter påverkar underlåtenhetens straffvärde negativt; den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot det aktuella stadgandet kan, enligt 10 kap. 3 § i lagen, enbart dömas till böter, och i ringa fall ska överhuvudtaget inte dömas till ansvar. Åtal väcks därför ytterst sällan.

³⁰⁶ Heuman (1973) s. 43 ff. och 146 ff., Lernestedt (2003) s. 127 ff. samt Kleineman (2010) s. 298 ff.

³⁰⁷ Hellner och Radetzki (2014a) s. 83 och Peczenik (1979) s. 300.

³⁰⁸ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 127.

³⁰⁹ Se ovan i avsnitt 4.1.3.

³¹⁰ Prop. 1985/86:170 s. 62 och prop. 2002/03:119 s. 101.

³¹¹ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 127.

Även fränsett de straffrättsliga tillämpningsbegränsningar som konstaterats ovan får man anse, att nämnda plikt är av litet intresse ur skadeståndsrättslig synvinkel. För det första har i doktrinen ifrågasatts om stadgandet ens är skadeståndsrättsligt relevant. Hellner och Radetzki anser sålunda att det är oklart om bestämmelsen är avsedd att skydda ett sådant intresse att brott däremot kan föranleda skadeståndsskyldighet.³¹² Härvid kan åtminstone noteras att plikten återfinns i en förvaltningsrättslig lagstiftning som i första hand avser att reglera den statliga och kommunala räddningstjänstens organisation. Propositionen överlåter i princip ställningstagandet rörande handlingspliktens eventuella skadeståndsrättsliga relevans till den praktiska rättstillämpningen;³¹³ mig veterligen har frågan ännu inte behandlats i rättspraxis. För det andra får det faktum, att stadgandet enbart ålägger en plikt att varna och vid behov tillkalla hjälp, anses innebära att ett eventuellt skadeståndsansvar baserat på detta ofta skulle vara begränsat till den del som en (redan befintlig) skada kan anses ha "förvärrats" genom att plikten underläts.

4.5.3 Straffrättsliga utvidgningar av pliktgrunderna

4.5.3.1 *Garantställning på grund av "frivilligt åtagande"*

Ovan nämndes, på tal om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning, att det på straffrättens område har utvecklats en särskild pliktgrund kallad frivilligt åtagande.³¹⁴ Avtalsförhållandet som pliktgrundande omständighet och den avtalsgrundade handlingspliktens eventuella utsträckning till "tredje man" utgör inga straffrättsligt relevanta frågeställningar. På straffrättens område är man, vilket också är helt naturligt, principiellt ointresserad av eventuella civilrättsliga hinder mot ett utvidgat underlåtenhetsansvar. I doktrinen har således gjorts gällande att det för bedömningen av plikten inte har så stor betydelse om det föreligger ett giltigt avtal eller inte.³¹⁵ Ovan har framgått att även skadeståndsrättsliga handlingsplikter ibland ansetts kunna grundas på faktiska omständigheter, men det har då varit fråga om *övervakningsgarantställningar* baserade på en anknytning till en viss risk eller farokälla.³¹⁶ Här är det istället fråga om *skyddsgarantställningar* och pliktgrundens kvalitativa kriterier i sådana fall.

³¹² Hellner och Radetzki (2014a) s. 105.

³¹³ Prop. 1985/86:170 s. 50 f.

³¹⁴ Se ovan i avsnitt 4.3.1.

³¹⁵ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113.

³¹⁶ Se avsnitt 4.3.2.

Den omständighet som skulle motivera ett underlåtenhetsansvar i dessa situationer är enligt Jareborg att en person *genom sitt agerande rent faktiskt har intagit en roll som beskyddare i förhållande till person eller sak*, och att andra personer i förlitan på detta kan ha utsatt sig för risker eller avstått från att vidta skyddsåtgärder.³¹⁷ Man finner alltså här, på straffrättens område, ett resonemang som nära ansluter till den skadeståndsrättsliga bedömningen av en helt annan fråga, nämligen den ”befogade tilliten” vid ersättning för ren förmögenhetsskada i så kallade kvasikontraktuella förhållanden.³¹⁸ Denna pliktgrund skulle vara praktiskt taget frikopplad från avtalsrätten på så sätt att det inte skulle vara nödvändigt att ta ställning till huruvida ett giltigt avtal föreligger.³¹⁹ Asp, Ulväng och Jareborg tycks i första hand ha kopplat pliktgrunden till vissa specifika yrkeskategorier; de nämner bland annat fjällguider, läkare och badvakter som tänkbara för ett underlåtenhetsansvar på denna grund.³²⁰ En badvakt skulle alltså ha en straffrättsligt sanktionerad plikt att förhindra skada för badgästerna redan på grund av att denne, genom exempelvis sin klädsel eller sitt beteende, inför dessa agerar och framstår som en beskyddare.

Begreppet frivilligt åtagande har emellertid främst utvecklats i anslutning till ansvarsfrågor rörande *vård av barn*. Redan Thyréns gjorde gällande att en straffsanktionerad ”vårdnadsplikt” kunde uppstå om någon omhändertog ett hittebarn. Däremot skulle enligt Thyréns inte blotta samvaron med ett barn kunna grunda en sådan plikt.³²¹ I NJA 2013 s. 588 stod en styvpappa, som var sambo med barnets mamma tillika vårdnadshavare, åtalad för grov misshandel för att ha skållat barnets hand. Underinstanserna fann inte ställt bortom rimligt tvivel att barnets brännskada hade orsakats på detta sätt. Frågan blev därför om styvpappan kunde dömas för misshandel för att ha underlåtit att tillkalla sjukvårdspersonal eller annars ordna vård för barnet. I sin friande dom uttalade HD bland annat att underlåtenhetsansvar kunde uppkomma om någon åtagit sig att ansvara för ett barn ”under en kortare eller längre tid”, men att styvpappan inte kunde anses ha ”uttryckligen eller underförstått” åtagit sig ett sådant ansvar. Av HD:s ordval att döma grundades bedömningen härvid på att barnets mamma hade varit hemma och försökt trösta barnet när det hade ont. Uttalandet har i doktrinen tolkats *e contrario* som innebärande att om en styvförälder till ett barn vistas ensam med barnet (möjligen med samtycke från barnets vårdnadshavare), denne

³¹⁷ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113.

³¹⁸ Se allmänt Hellner och Radetzki (2014a) s. 70 ff. och NJA 1987 s. 692.

³¹⁹ Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113.

³²⁰ Ibid. med hänv.

³²¹ Thyréns (1912) s. 21 ff.

därigenom underförstått åtagit sig att ansvara för barnets skydd på ett straffrättsligt relevant sätt.³²²

I enlighet med vad som sagts beträffande skadeståndsrättens förhållande till straffrätten får det anses, att en skadeståndsrättsligt relevant handlingsplikt kan grundas på nyss anförda omständigheter om de straffrättsliga objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningarna härför är uppfyllda. Skulle så inte vara fallet kan man fundera över om den ovan berörda, från avtalsrätten praktiskt taget fristående, straffrättsliga begreppsbildningen även kan anses äga giltighet i en rent skadeståndsrättslig kontext. Det finns visst stöd i doktrinen för en sådan utvidgning av det skadeståndsrättsliga ansvaret i förhållanden som närmast kan beskrivas som kvasikontraktuella. Det skulle således i vissa fall vara tillräckligt att man kunde ”framkonstruera en [...] anknytning till kontraktsrätten”³²³ eller konstatera förekomsten av ett ”kontraktsrättsligt inslag”³²⁴ i situationen, för att betänkligheterna mot att ålägga ett ansvar för underlåtenhet skulle minska betydligt. Hellner har på liknande sätt vidgått att plikter kan finnas ”även där avtalsmomentet är ganska svagt utvecklat”.³²⁵ Den närmare rättsliga innebörden av dessa uttalanden får, i avsaknad av relevant skadeståndsrättslig praxis, anses oklar. Åtminstone för sak- och förmögenhetsskador kan frågeställningen dock inte anses sakna skadeståndsrättslig relevans. Det är intressant att notera att käranden i Securitas-fallet inriktade sin argumentation på frågan huruvida bankfackskunderna satte sin ”befogade tillit” till att Securitas bevakade valvet. Möjligen kan man, med tillämpning av Jareborgs straffrättsliga teori, anse att Securitas tidigare faktiska agerande i praktiken innebar att företaget intog en roll som beskyddare i förhållande till egendomen, vilken i sig motiverade ett underlåtenhetsansvar. Man får dock ge svarandesidan rätt i det att tillitsresonemanget i och för sig var en fiktion; avtalet mellan banken och bankfackskunderna reglerade inte på något sätt bevakningen, och de flesta kunder reflekterade antagligen inte över frågan. I något fall, där invecklade kontraktskedjor som i Securitas-fallet inte föreligger, kan problemet dock ställas på sin spets. Man kan exempelvis tänka sig att en person får i sin vård annans egendom, vilken på något sätt måste underhållas för att inte förlora sitt värde. Mottagaren underlåter detta. Ska plikten anses avhängig frågan om ett eventuellt depositionsavtal är avtalsrättsligt giltigt, eller kan ett utomobligatoriskt ansvar för underlåtenhet grundas på att mottagaren rent faktiskt fått egendomen i sin vård?

³²² Se t.ex. Larsson (2013/14) s. 658 och Sjögren (2014) s. 182 ff.

³²³ Karlgren (1972) s. 34.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Hellner och Radetzki (2014a) s. 107.

4.5.3.2 Garantställning på grund av ”nära levnads- gemenskap”

I straffrättslig praxis och doktrin har ansetts att en skyddsgarantställning kan ha sin grund i en mänsklig relation som av Jareborg beskrivits i termer av en ”nära levnads-gemenskap”.³²⁶ En straffrättsligt relevant handlingsplikt skulle alltså kunna grundas enbart på den faktiska omständigheten att två personer har en ”nära relation” till varandra. Det är mycket oklart hur stor den aktuella personkretsen egentligen är, och domstolsavgöranden beträffande pliktgrunden, som får anses ganska diffus, är sällsynta. Asp, Ulväng och Jareborg har anfört att en rättslig relation ”troligen varken är tillräcklig eller nödvändig”.³²⁷ De har ansett att en sådan skyddsgarantställning exempelvis skulle kunna uppkomma för föräldrar i relation till sina barn, barn i relation till sina (ålderstigna) föräldrar, makar och syskon i relation till varandra och personer i en särskild farogemenskap, som till exempel deltagarna i en forskningsexpedition.³²⁸ HD har i NJA 2013 s. 588, som refererades i föregående avsnitt, lämnat ett första rättsbildande bidrag till diskussionerna om pliktgrunden nära levnads-gemenskap. Åklagaren gjorde gällande att styvpappan fick anses befinna sig i skyddsgarantställning för barnet även på grund av att han fått en nära relation till det. Av utredningen framgick bland annat att han hade bott med barnet och dess mamma i ungefär ett halvår före händelsen och ibland hämtat barnet på förskolan. HD fastslog en ny rättsregel: för att en straffrättslig skyddsgarantställning ska inträda på grund av nära levnads-gemenskap med ett barn krävs att personen har *en sådan nära relation till barnet och en sådan ställning i förhållande till barnet att han eller hon kan sägas delta i och rent faktiskt ha inflytande över barnets omvårdnad och fostran*. Enligt HD gav utredningen inte stöd för att styvpappan haft en sådan relation eller ställning i förhållande till barnet.³²⁹ HD utvecklade inte bedömningskriterierna något mera, varför rättsfallet ger upphov till fler frågor än det ger svar.³³⁰ En fråga rör boendetidens betydelse för bedömningen av handlingsplikten. Hade det gjort någon skillnad om tiden varit ett år istället för ett halvår? En annan fråga är hur den mänskliga relationen som ger upphov till en skyddsgarantställning ska bestämmas. En tredje fråga är hur plikten ska konkretiseras när det är en sådan relation som utgör det pliktgrundande momentet.³³¹

³²⁶ Jareborg (1995) s. 132. Se även Asp, Ulväng och Jareborg (2013) s. 113.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ HD:s domskäl, p. 11 och 15.

³³⁰ Se till följande frågeställningar Larsson (2013/14) s. 656 f.

³³¹ Jfr ovan i avsnitt 4.3.3.

Frågan kan ställas om ovan berörda straffrättsliga pliktgrund även kan anses äga giltighet i en rent skadeståndsrättslig kontext. Att så skulle vara fallet saknar dock i princip stöd i skadeståndsrättslig praxis och doktrin. Den av HD fastslagna rättsregeln får visserligen anses uppvisa stora likheter med samma domstols uttalande i det skadeståndsrättsliga fallet NJA 2013 s. 145 (som refererats ovan),³³² att frågan huruvida en handlingsplikt föreligger och hur långtgående den i så fall är får bedömas med hänsyn till bland annat ”arten och graden av anknytning”. I det fallet var det dock fråga om en övervakningsgarantställning på grund av anknytning till en farokälla; inte en skyddsgarantställning på grund av anknytning till en viss person. Trots osäkerheten torde avslutningsvis kunna sägas att HD, genom uttalandena i de två rättsfallen avgjorda 2013, på både straff- och skadeståndsrättens område synes ha utvidgat de pliktgrundande omständigheterna, i varje fall vad gäller garantställningar i förhållande till barn. Framtiden får utvisa om den sålunda initierade rättsutvecklingen även kommer att påverka ansvaret för underlåtenhet i generellt hänseende.

³³² Se ovan i avsnitt 4.3.2.1.

5 Sammanfattande slutsatser

5.1 Distinktionen mellan handling och underlåtenhet

Uppsatsen inleddes med en språklig exkurs som avsåg att problematisera distinktionen mellan handling och underlåtenhet. Där presenterades frågan som en lingvistisk problematik med potentiella implikationer för den vidare analysen av underlåtenhetsansvaret. Oavsett vilken betydelse frågan kan tänkas få för utgången i ett enskilt fall visar undersökningen, till att börja med, att distinktionen mellan handling och underlåtenhet är helt central i skadeståndsrätten. Om det inte drogs en grundläggande skiljelinje mellan dessa två sätt att orsaka skada skulle det till exempel vara mycket svårt att motivera varför en person, som stillatigande ser på när någon annan håller på att drunkna, enligt huvudregeln inte kan åläggas skadeståndsansvar. Distinktionen i sig kan således inte avfärdas som en icke-fråga. Svårigheten ligger däremot i att fastställa de teoretiska hållpunkterna för den praktiska bedömningen därav.

När det gäller distinktionens närmare innebörd har analysen av uttalandena i doktrinen visat att argumentationen i själva verket har förts på två nivåer. För att belysa detta faktum har jag, som närmare framgår i avsnitt 2.5, infört en egen terminologi. De distinktionsfaktorer som förespråkats av Honoré respektive Schultz tar sikte på vad jag kallar den *partikulära* frågan, som snarare handlar om *definitionen av begreppet handling* än förhållandet mellan handling och underlåtenhet. Honorés och Schultz teorier söker alltså urskilja handlingens kännetecken. En *underlåtenhet* är, som analysen visat, inget annat än det normativa icke-vidtagandet av en viss handling. På det partikulära planet är således den enda relevanta frågan under vilka närmare förutsättningar ett mänskligt agerande är så beskaffat att det bör benämnas ”handling”. Med hänsyn till den stora inverkan ett konstaterande av att ett agerande utgör en underlåtenhet har för den fortsatta ansvarsanalysen, får denna frågeställning betraktas som en av ”hundratusenkronorsfrågorna” i svensk skadeståndsteori. Jag har redovisat två distinktionsfaktorer som kan vara till hjälp för argumentationen, men analysen har också visat att respektive förklaringsmodell bär på vissa inneboende svagheter. Enligt min mening utgör varken Honorés eller Schultz teorier praktiskt tillämpbara lösningar på problematiken, vilket dock inte heller var förväntat. Min avsikt har enbart varit att, i fördjupande syfte, presentera problematiken och några argumentationslinjer som förespråkats i doktrinen.

Distinktionsfrågan inbegriper emellertid också en annan aspekt, som jag kallat den *strukturella*, vars betydelse främst Andersson och Schultz lyft fram. Här är frågan snarare hur en rättsligt relevant händelseutveckling bör *struktureras i aktiva och passiva element* som tillsammans orsakat en skada. När man konstaterat att ett visst agerande utgör en handling, har man att fråga sig om handlingen även ska anses innefatta eventuella efterföljande underlåtenheter som utgör del i ett med handlingen sammanhängande orsaksförlopp, eller om dessa istället ska utskiljas och bli föremål för rättslig argumentation beträffande ansvarsbegränsningen och de pliktgrundande omständigheterna. Ett typexempel är polisens agerande i NJA 1989 s. 607, som refererats i avsnitt 2.5. Det kunde både beskrivas som en underlåtenhet att låsa villan och som en mera omfattande handling i kombination med en underlåten skyddsåtgärd; att lämna villan utan att förvissa sig om att den säkrades mot obehöriga intrång. Får valet någon betydelse för den fortsatta ansvarsprövningen? Till att börja med kan konstateras, att de rättsfall som analyserats i denna uppsats inte ger stöd för slutsatsen att en skadelidande skulle kunna undgå ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet genom att omformulera skadevållarens agerande på detta sätt. Domstolen har att göra en självständig bedömning av agerandets klassificering. I ”Landskronafallet” NJA 2013 s. 145 tycks denna bedömning ha blivit differentierad på grund av att handlingen i sig inte ansågs ansvarsgrundande till följd av bristande normskydd. Huruvida, och i så fall på vilket sätt, formuleringen av skadevållarens agerande i övrigt kan antas påverka ansvarsprövningen har jag inte lyckats utröna. I många fall kan frågeställningen inte förväntas få praktisk relevans för den objektiva delen av ansvarsprövningen, eftersom underlåtenheter som på detta sätt följer i handlingens spår ändå grundar skadeståndsansvar enligt pliktgrunden ”faroskapande handling”. Däremot kan formuleringen möjligen i något fall påverka den *subjektiva* delen av ansvarsprövningen, men i enlighet med avgränsningarna har jag inte angripit denna fråga. Den tecknade problembilden kan enligt min mening ändå utgöra en grund för vidare studier i ämnet.

5.2 Ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet

Den allmänna ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet fastslår en central rättsprincip med innebörden att en underlåtenhet som huvudregel inte är ansvarsgrundande. Denna huvudregel gäller inom skadeståndsrätten likaväl som på straffrättens område. 2 kap. 1 § i lagen (2003:778) om skydd mot olyckor kan visserligen sägas stadga en allmän straffrättslig plikt att vara verksam till förhindrande av att vissa skaderisker realiserar, men dels har stadgandet en mycket liten betydelse rent straffrättsligt; dels kan det, som undersökningen också visat, ifrågasättas om detta överhuvudtaget får skadeståndsrättsliga verkningar. Därutöver bör särskilt framhållas att detta stadgande specifikt gäller underlåtenhet att varna och tillkalla hjälp sedan en olycka väl inträffat; det som läggs en person till last är alltså inte att denne skulle ha kausalt *orsakat* en skada genom underlåtenhet. Häri ligger kärnan i ansvarsbegränsningen och särbehandlingen av underlåtenheter; *orsakanden* av skada genom underlåtenhet är enligt huvudregeln inte ansvarsgrundande. En person som underlåter att kasta en livboj till någon som håller på att drunkna kan alltså i princip inte ådra sig straff- eller skadeståndsskyldighet för att ha orsakat personens död genom underlåtenhet, trots att kravet på adekvat kausalitet i och för sig kan vara uppfyllt i många sådana fall.

Att ansvarsbegränsningen har sin plats på ansvarsprövningens *objektiva* sida tycks, att döma av den stora majoriteten av uttalanden i doktrin och praxis, vara klart. Att nyss nämnda underlåtenhet att kasta livbojen i vattnet inte är ansvarsgrundande gäller alltså helt oavsett den underlåtandes avsikter och insikter om skaderisken. Inte ens om underlåtenheten är *uppsåtlig* kan den (återigen enligt huvudregeln) grunda skadeståndsansvar; detta enligt devisen att en brist på ansvarsbegreppets objektiva sida inte läks av ett subjektivt överskott. Analysen visar att även rättsfrågorna rörande de pliktgrundande omständigheterna nästan uteslutande innefattar *objektiva* ställningstaganden; det ställs exempelvis frågor rörande en avtalsgrundad plikts räckvidd i förhållande till tredje man och huruvida vissa faktiska omständigheter medför en anknytning till en viss farokälla. Enligt min mening finns det således, åtminstone på underlåtenhetsområdet, anledning att upprätthålla den skadeståndsrättsliga distinktionen mellan objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningar. Däremot visar analysen att den omständigheten, att en färemotverkande åtgärd skulle ha varit lätt att vidta, åtminstone i något fall tycks kunna påverka bedömningen av *omfattningen* av en handlingsplikt sedan en sådan plikt väl konstaterats (se avsnitt 4.3.3).

5.3 Pliktgrundande omständigheter

5.3.1 Allmänt om pliktgrundarna

I denna uppsats har de pliktgrundande omständigheterna i skadeståndsrätten indelats i fem kategorier. Med detta synsätt kan en skadeståndsrättsligt sanktionerad handlingsplikt grundas på bestämmelser i lag eller annan författning, ett avtalsförhållande, en särskild anknytning till en farokälla, en tidigare faroskapande handling eller den omständigheten att underlåtenheten är rättsstridig. De pliktgrundande situationerna kan, med utnyttjande av garantterminologin, indelas i de två kategorierna skyddsgarant- respektive övervakningsgarantställning, där den förstnämnda kan sägas innebära en anknytning till en viss person som utsätts för en risk, och den sistnämnda en anknytning till denna specifikt utpekade riskfaktor. Undersökningen visar att lagstadgade plikter kan ge upphov till bägge typer av garantställningar. Två exempel med skadeståndsrättsliga konsekvenser är vårdnadshavares plikt att tillgodose barnets grundläggande behov respektive plikt att söka förhindra att barnet orsakar skada för en tredje person. Detsamma gäller avtalsgrundande handlingsplikter; en person kan exempelvis genom avtal åta sig att sörja för en persons beskydd eller åta sig att övervaka egendom för sin avtalspart. Det får antas att även en handlingsplikt grundad på en tidigare faroskapande handling kan ge upphov till bägge typer av garantställningar. När det däremot gäller den pliktgrund som jag i denna uppsats benämnt ”anknytning till farokälla”, det vill säga en riskanknytning baserad på vissa rent faktiska omständigheter, har den i skadeståndsrättslig praxis och doktrin utnyttjats för att ålägga övervakningsgarantställningar. Det får anses oklart om sådana faktiska omständigheter kan ge upphov till en ställning som skyddsgarant i en rent skadeståndsrättslig kontext (se avsnitt 4.3.1 och 4.5.3.1).

Analysen visar att skadeståndsrättsliga handlingsplikter avgränsats genom tillämpning av två diskursiva metoder i praxis och doktrin. Den första rör handlingspliktens närmare innebörd eller ”*räckvidd*”; frågan är här om den handlingsregel (i lag, avtal eller grundad på någon annan omständighet) som hävdas vara tillämplig i ett enskilt fall, överhuvudtaget omfattar den handling som det görs gällande att skadevällaren underlåtit att vidta, eller om påbudet i själva verket inte sträcker sig dithän. Om det görs gällande att en kommun orsakat en översvämningsskada genom underlåtenhet att fullgöra en lagstadgad handlingsplikt, kan exempelvis frågan bli om denna plikt omfattade de underlåtna åtgärderna eller enbart ålade kommunen allmänna skyldigheter i fråga om vatten och avlopp. Denna inledande fråga

rörande *konkretiseringen* av handlingsplikten är en fråga om *tolkning*. När plikten är lagstadgad respektive avtalsgrundad får konkretiseringsfrågan således besvaras med tillämpning av allmänjuridiska principer rörande lagtolkning respektive avtalsrättsliga principer rörande avtalstolkning.

Analysen visar att den andra metoden för avgränsning av en handlingsplikt rör pliktens *skyddsändamål*. Åtminstone när det gäller lagstadgade och avtalsgrundade handlingsplikter måste man således ta ställning till, inte bara om den aktuella plikten omfattar den underlåtna handlingen, utan också om plikten *skyddar det rättsliga intresse* som överträtts av underlåtenheten. Denna bedömning innefattar ofta ställningstaganden till mycket invecklade rättsfrågor. När det gäller lagstadgade plikter får man, med tillämpning av normskyddsläran i objektiv bemärkelse, fråga sig om handlingsföreskriften syftar till att skydda enskilda skadeståndsintressen. Gällande ansvarsgränsen i sådana fall visar analysen å ena sidan att en utgångspunkt för bedömningen är handlingspliktens eventuella skadeförhindrande syfte, men å andra sidan att en plikt (åtminstone någon gång) kan anses sakna skadeståndsrättslig relevans trots att den otvivelaktigt syftar till att förebygga just den typ av skada som inträffat i ett enskilt fall (se avsnitt 4.1.2.2). Även avtalsgrundade plikter aktualiserar liknande frågor om skyddsändamål, som får inordnas i den avtalsrättsliga teoribildningen rörande avtalets utsträckning till tredje mans utomobligatoriska intresse. I denna fråga tycks HD i ”Securitas-fallet” NJA 2001 s. 711 ha intagit en restriktiv hållning, men analysen visar också att HD:s slutsatser kan ifrågasättas och dessutom knappast kan tillmätas någon allmängiltighet.

Vad som nu sagts om avgränsningen av handlingsplikter har tagit sikte på lagstadgade och avtalsgrundade plikter. När det däremot gäller plikter grundade på rent faktiska omständigheter, till exempel en anknytning till en person som utgör en fara för omgivningen, uppstår bedömningssvårigheter eftersom det inte finns något naturligt sätt att avgränsa dessa plikter. En lagstadgad eller avtalsgrundad handlingsplikt kan alltid *tolkas* i syfte att fastställa dess räckvidd och skyddade intressen. För dessa ändamål finns, som uppsatsen visat, en någorlunda konkret teoribildning att applicera på problematiken. När det pliktgrundande momentet består i något mera abstrakt (kanske till och med en mänsklig relation; se avsnitt 4.5.3.2) kan bedömningen inte inordnas i en koherent skadeståndsrättslig teoribildning. I dessa fall måste bedömningen med nödvändighet bli kasuistiskt präglad. Analysen visar emellertid även att HD i några sådana fall låtit bedömningen av pliktens räckvidd influeras av culpabedömningens objektiverade kriterier. När det pliktgrundande momentet inte är av rättslig beskaffenhet utan

snarare något rent faktiskt, kan alltså märkas en benägenhet att tillmäta omständigheter som riskens storlek och kostnaderna för skadeförhindrande åtgärder betydelse redan på den objektiva sidan av ansvarsprövningen (se avsnitt 4.3.3). Här kan man uppenbarligen, för underlåtenhetsansvarets del, se tendenser till *förkortning* av den skadeståndsrättsliga ansvarsprövningen. I dessa fall sammanfaller den objektiva bedömningen av handlingspliktens räckvidd, åtminstone i vissa avseenden, med culpabedömningen.

5.3.2 Ett gränsöverskridande ansvarsbegrepp

Den slutsatsen kan sammanfattningsvis dras, att underlåtenheten är ett synnerligen *gränsöverskridande* ansvarsbegrepp. Av central betydelse för den skadeståndsrättsliga ansvarsprövningen av en underlåtenhet är den eventuella handlingspliktens inriktning och omfattning. Denna bedömning innefattar ofta ställningstaganden till en mängd rättsfrågor som egentligen inte är av skadeståndsrättslig karaktär utan exempelvis allmänjuridiska, avtalsrättsliga eller familjerättsliga. Denna aspekt gör enligt min mening att underlåtenheten som ansvarsbegrepp får en unik och mångfacetterad karaktär bland övriga objektiva ansvarsförutsättningar i skadeståndsrätten.

Även om uppsatsen inte har haft något komparativt syfte blottlägger analysen dessutom ett *komplikerat förhållande mellan skadeståndsrätten och straffrätten* på underlåtenhetsområdet. Här kan i första hand framhållas att ansvarsbegränsningen har samma innebörd på bägge rättsområden och att det får betraktas som en särskild skadeståndsrättslig pliktgrund att underlåtenheten är rättsstridig. När det gäller pliktgrunderna i övrigt har uppsatsen emellertid därtill uppmärksammat några, enligt min mening typiska, skillnader rättsområdena emellan. I skadeståndsrättslig praxis och doktrin möter man ett visst motstånd mot att ålägga skyddsgarantställningar på andra grunder än lag och avtal. På straffrättens område har, under begreppen ”frivilligt åtagande” och ”nära levnadsgemenskap”, insorterats vissa skyddsgarantställningar som ansetts ansvarsgrundande oberoende av eventuella avtalsförhållanden. Det är naturligtvis inte förvånande att den straffrättsliga underlåtenhetsdiskursen inte ansett sig bunden av civilrättsliga principer. En viss rörelse bort från de traditionella pliktgrunderna lag och avtal märks visserligen också i skadeståndsrätten, men här tycks denna utvidgning av underlåtenhetsansvaret ännu bara ha fått genomslag för övervakningsgarantställningarnas del.

5.3.3 Återkoppling till några anförda exempel

Jag ska här avslutningsvis, på tal om de pliktgrundande omständigheterna, återknyta till några situationsbaserade exempel som anförts i uppsatsen. I avsnitt 1.1 ställdes frågan om Martin, som halkat på en frusen träveranda, skulle ha fog för något skadeståndsanspråk mot fastighetsägaren alternativt en annan festdeltagare. Av vad som ovan sagts om ansvarsbegränsningen avseende underlåtenhet och de pliktgrundande omständigheterna får anses följa, att *festdeltagaren* knappast kan åläggas något skadeståndsansvar för sin underlåtenhet att varna Martin; åtminstone inte så länge underlåtenheten inte är rättsstridig. En betydligt intressantare fråga är om *fastighetsägarens* underlåtenhet att sanda skulle kunna vara objektivt ansvarsgrundande. Han har i egenskap av sådan haft en särskild anknytning till huset, vars brukande vid det aktuella tillfället innefattade en skaderisk. I avsnitt 4.3.2.2 har diskuterats om denna pliktgrund ska ges den långtgående innebörden att även en privatperson, som bjuder in ett antal närstående personer till en fest i sitt hus, har en plikt att avvärja risker förknippade med denna ”farokälla”.

I kapitel 2 anfördes genomgående ett exempel med en *badmästare* som orsakat ett drunkningstillbud genom att inte befinna sig på sin plats vid bassängkanten. Under förutsättning att badmästarens agerande är att betrakta som en underlåtenhet torde ansvarsfrågan i första hand få inplaceras i diskursen rörande avtalsgrundade handlingsplikters verkan i förhållande till tredje man. Således har badmästaren rimligen i föreskrifterna för sin anställning åtagit sig en plikt att ha uppsikt över badgästerna, varvid frågan blir om plikten också kan åberopas av dessa i en skadeståndsrättslig kontext. Av analysen framgår att undantag från avtalsverkningarnas subjektiva begränsning ansetts gälla i fall då den avtalsgrundade plikten åtagits ”till skydd för allmänheten”. I avsnitt 4.2.2.3 har jag emellertid gett uttrycket ”allmänheten” den innebörden att plikten ska ha åtagits till skydd för en helt *obestämd personkrets*, vilket baserats på en jämförelse mellan ”Securitas-fallet” NJA 2001 s. 711 och ”isblocks-fallet” NJA 2005 s. 372. Det får mot denna bakgrund anses tveksamt om badgästerna utgör en sådan ”allmänhet”. En annan möjlighet är att, i linje med den straffrättsteoretiska diskursen om ”frivilligt åtagande”, argumentera för att badmästarens tidigare faktiska beteende, klädsel etc. gett upphov till en befogad tillit hos badgästerna, och att badmästaren därför befunnit sig i skyddsgarantställning (se avsnitt 4.5.3.1). En tredje möjlighet är att argumentera för att badmästarens lämnande av sin plats utgör en handling som gett upphov till en skaderisk, vilken denne haft en plikt att senare avvärja (se avsnitt 4.4).

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1953:14 Förslag till brottsbalk

SOU 1996:185 Straffansvarets gränser. Del I

SOU 2003:116 Betesrätt vid fäbodsbruk

SOU 2011:16 Allmän skyldighet att hjälpa nödställda?

Propositioner

Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1979/80:1 Om socialtjänsten

Prop. 1985/86:80 Om ny förvaltningslag

Prop. 1985/86:170 Om räddningstjänstlag, m.m.

Prop. 1993/94:57 Vårdnadshavares skadeståndsansvar

Prop. 2002/03:119 Reformerad räddningstjänstlagstiftning

Prop. 2006/07:126 Tillsyn över hundar och katter

Prop. 2009/10:142 Ett skärpt skadeståndsansvar för vårdnadshavare

Litteratur

Abrahamsson, Olle, ”Är civilkurage något att lagstifta om?”, I: *Svensk Juristtidning* 2011 s. 1-17

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 13:e uppl., Juristförlaget, Lund, 2011

Andenæs, Johannes, *Straffbar unnlåtelse*, Johan Grundt Tanum, Oslo, 1942

Andenæs, Johannes, *Alminnelig strafferett*, 2:a uppl., Universitetsforlaget, Oslo, 1974

Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans*, Iustus Förlag, Uppsala, 1993

Andersson, Håkan, ”Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten”, I: *Juridisk metodlära* (red. Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro), Studentlitteratur, Lund, 2013 (cit. 2013b)

Andersson, Håkan, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Iustus Förlag, Uppsala, 2013 (cit. 2013c)

Andersson, Håkan, *Gränsproblem i skadeståndsrätten*, Iustus Förlag, Uppsala, 2013 (cit. 2013d)

Asp, Petter; Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, 2:a uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2013

Bengtsson, Bertil, ”Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2001-2003”, I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 829-844

Bengtsson, Bertil; Ullman, Harald och Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, Jure Förlag, Stockholm, 2009

Bengtsson, Bertil, ”Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2007-2009”, I: *Svensk Juristtidning* 2010 s. 753-770

Bengtsson, Bertil, ”Skadestånd vid brott mot regeringsformen?”, I: *Svensk Juristtidning* 2011 s. 605-629

Bengtsson, Bertil och Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen. En kommentar m.m.*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Visby, 2014

Bengtsson, Bertil, ”Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013-2015”, I: *Svensk Juristtidning* 2016 s. 433-453

Boucht, Johan, ”Om straffrättslig oaktsamhetsbedömning vid frivillig verksamhet förknippad med förhöjd risk”, I: *Svensk Juristtidning* 2013 s. 985-1016

Cervin, Ulf, *Om passivitet inom civilrätten*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Lund, 1960

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Dufwa, Bill W., *Flera skadeståndsskyldiga. Del II*, Juristförlaget, Stockholm, 1993

Ekstedt, Olle, ”Journalismen och rätten”, I: *Juridisk Tidskrift* nr. 4 1997/98 s. 984-1007

Fischer, David, “Causation in Fact in Omission Cases”, I: *Utah Law Review* 1992 s. 1335-1384

Flodin, Jonny, ”Skyddat intresse och Europakonventionen”, I: *Nordisk försäkringstidskrift* nr. 4 2008 s. 329-336

Friberg, Sandra, *Kränkningersättning. Skadestånd för kränkning genom brott*, Iustus Förlag, Uppsala, 2010

Friberg, Sandra och Sunnqvist, Martin, “Crime and tort in Sweden”, I: *Comparing Tort and Crime: Learning from across and within Legal Systems* (red. Matthew Dyson), Cambridge University Press, Cambridge, 2015

Frände, Dan, *Straffbelagt beteende*, Forum Iuris, Helsingfors, 2010

Gräns, Minna, ”Användningen av andra vetenskaper”, I: *Juridisk metodlära* (red. Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro), Studentlitteratur, Lund, 2013

Hart, H. L. A. och Honoré, Tony, *Causation in the law*, 2:a uppl., Oxford University Press, New York, 1985

Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt*, 2:a uppl., Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1973

Hellner, Jan; Hager, Richard och Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Visby, 2011

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014 (cit. 2014a)

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätten. En introduktion*, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Visby, 2014 (cit. 2014b)

Heuman, Lars, *Målsägande*, Norstedts Förlag, Stockholm, 1973

Heuman, Lars, ”Sammanblandning av bevisfrågor och rättsfrågor vid underlåtenhetsansvar”, I: *Svensk Juristtidning* 2014 s. 357-386

Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Linköpings universitet, Linköping, 2004

Holmqvist, Lena; Leijonhufvud, Madeleine; Träskman, Per Ole och Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken. En kommentar. Del II*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Honoré, Tony, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, London, 1999

Jareborg, Nils, *Handling och uppsåt: en undersökning rörande doluslärans underlag*, Norstedts Förlag, Stockholm, 1969

Jareborg, Nils, *Straffrättens gärningslära*, Norstedts Juridik, Malmö, 1995

Jareborg, Nils, ”Rättsdogmatik som vetenskap”, I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1-10

Johansson, Svante O., ”Direktkrav i senare tids tillämpning”, I: *Festskrift till Torgny Håstad* (red. Lambertz, Göran; Lindskog, Stefan och Möller, Mikael), Iustus Förlag, Uppsala, 2010

Karlgren, Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, 5:e uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1972

Kleineman, Jan, ”Ren förmögenhetsskada – den fortsatta rättsutvecklingen”, I: *Festskrift till Gertrud Lennander* (red. Gernandt, Johan; Kleineman, Jan och Lindskog, Stefan), Jure Förlag, Stockholm, 2010

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, I: *Juridisk metodlära* (red. Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro), Studentlitteratur, Lund, 2013

Landes, William M. och Posner, Richard A., "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism", I: *7 Journal of Legal Studies* 1978 nr. 83

Larsson, Frida, "Styvföräldrars garantansvar", I: *Juridisk Tidskrift* nr. 3 2013/14 s. 651-662

Lehrberg, Bert, *Avtalsrättens grundelement*, 2:a uppl., Jure Förlag, Stockholm, 2006

Lernestedt, Claes, *Kriminalisering: problem och principer*, Iustus Förlag, Uppsala, 2003

Lundstedt, Vilhelm, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. Del II. Till frågan om rätten och samhället*, L. Norblads Bokhandel, Uppsala, 1921

Lundstedt, Vilhelm, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. Grundlinjer i skadeståndsrätten. Del 1. Culparegeln*, L. Norblads Bokhandel, Uppsala, 1935

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder*, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Visby, 2011

Munukka, Jori, "Ansvarsbegränsningar och anspråk mot motparts kontraktshjälpare", I: *Stockholm Centre for Commercial Law. Årsbok V* (red. Carlson, Caroline; Verständig, Aron och Schultz, Mårten), Jure Förlag, Mölnlycke, 2014

Munukka, Jori, "Utomobligatoriska anspråk mot avtalsparts kontraktshjälpare och mot avtalspart", I: *Juridisk Tidskrift* nr. 2 2015/16 s. 410-428

Norée, Annika, "Underlåtenhet inget brott utan stöd i lag", I: *Juridisk Tidskrift* nr. 4 2003/04 s. 976-990

Nydrén, Birger, "Underentreprenör har liknande ansvar mot byggherren, som generalentreprenörens anställda", I: *Juridisk Tidskrift* nr. 3 2007/08 s. 700-710

Nydrén, Birger, ”Landskrona-domen av Högsta domstolen – ett skadeståndsrättsligt landmärke”, I: *Ny Juridik* nr. 2 2013 s. 7-26

Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6:e uppl., Universitetsforlaget, Bergen, 2007

Peczenik, Aleksander, *Causes and damages*, Studentlitteratur, Lund, 1979

Peczenik, Aleksander, ”Juridikens allmänna läror”, I: *Svensk Juristtidning* 2005 s. 249-272

Ramberg (Hultmark), Christina, *Upplyningsplikt vid ingående av avtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1993

Reichel, Jane, ”EU-rättslig metod”, I: *Juridisk metodlära* (red. Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro), Studentlitteratur, Lund, 2013

Schultz, Mårten, *Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, Jure Förlag, Stockholm, 2007

Schultz, Mårten, ”Föräldrars ansvar för barns brott”, I: *Svensk Juristtidning* 2010 s. 195-206

Schultz, Mårten, ”Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten”, I: *Svensk Juristtidning* 2011 s. 989-1018

Sjögren, Anders, ”Högsta domstolen prövar garantläran”, I: *Svensk Juristtidning* 2014 s. 170-184

Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Lund, 1976

Strömbäck, Erland, *Skadestånd i skola och privatliv*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Sund, Lars-Göran, *Tillsyn över barn. En studie i föräldrarätt, skadeståndsrätt och straffrätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 1989

Taxell, Lars Erik, *Avtalsrättens normer: några riktlinjer*, Åbo akademiska förlag, Åbo, 1987

Thyrén, Johan C. W., *Principerna för en strafflagsreform. Del II. Brottsbegreppets objektiva sida*, Gleerupska universitetsbokhandeln, Lund, 1912

Ussing, Henry, *Erstatningsret*, Gads forlag, Köpenhamn, 1947

Vinding Kruse, Anders, *Erstatningsretten. I Del. Ansvarsgrundlaget*, Juristförbundets Forlag, Köpenhamn, 1964

Wersäll, Fredrik, ”En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, I: *Svensk Juristtidning* 2014 s. 1-8

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Visby, 2013

Wiklund, Ola, ”Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?”, I: *Svensk Juristtidning* 2014 s. 335-347

Zackariasson, Laila, *Direktkrav: om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Iustus Förlag, Uppsala, 1999

Zetterström, Stefan, *Juridiken och dess arbetsätt – en introduktion*, Iustus Förlag, Uppsala, 2004

Elektroniska källor

Andersson, Håkan, ”Bristande tillsyn över riskbenägna personer – några reflektioner kring riskabla risk-, åtgärds-, proportionalitets-, integritets- och bevisproblem”, publicerad den 17 april 2013, hämtad på *Infotorg Juridik* den 28 december 2016 (cit. 2013a)

Zaremba, Maciej, ”Orättens rötter”, publicerad i *Moderna Tider* 1995/96, hämtad på <https://zaremba.wordpress.com/2009/04/14/orattens-rotter/> den 4 november 2016

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1930 s. 122

NJA 1932 s. 457

NJA 1935 s. 636

NJA 1953 s. 191

NJA 1956 s. 209

NJA 1962 s. 799

NJA 1964 s. 85

NJA 1971 s. 468

NJA 1976 s. 196

NJA 1976 s. 458

NJA 1979 s. 179

NJA 1983 s. 3

NJA 1984 s. 764

NJA 1987 s. 222

NJA 1987 s. 655

NJA 1987 s. 692

NJA 1987 s. 710

NJA 1989 s. 607

NJA 2001 s. 711

NJA 2003 s. 174

NJA 2005 s. 142

NJA 2005 s. 372

NJA 2005 s. 462

NJA 2005 s. 726

NJA 2006 s. 738

NJA 2007 s. 584

NJA 2007 s. 891

NJA 2010 s. 643

NJA 2013 s. 145

NJA 2013 s. 491

NJA 2013 s. 588

NJA 2013 s. 1210

NJA 2014 s. 272

NJA 2014 s. 323

NJA 2014 s. 760

Hovrätterna

Svea hovrätts dom av den 4 november 2003 i mål nr. B 11096-02