

LARRY AND THE LAW

Av pseudonymen Joel Reynolds

“No good deeds go unpunished”, har varit ett bärande tema för den på flera sätt unika komediserien ”Curb Your Enthusiasm” (”Samma Lugnt Larry”), som med handkameror och i huvudsak improviserad dialog kretsar kring skaparen Larry David och dennes tillvaro i Los Angeles, så som den artat sig efter Davids exempellösa framgångar som medskapare av alla tiders rekordhumorserie ”Seinfeld”. Inte bara Larry David utan även t ex komikern och David’s vän sedan barnsben Richard Lewis med flera andra mer eller mindre gamla Hollywood-rävar framträder i serien som sig själva, under eget namn, i ett milt regisserat gränsland mellan berörda parter faktiska och fiktiva existenser i Santa Monica med omnejd. Som bekant för de som haft tillfälle att ta del av serien hamnar huvudpersonen i princip uteslutande, trots just oftast de bästa intentioner, i olika typer av sociala härdsmältor, gärna föranledda av mer eller mindre obstinata och oförenliga hållningar inför delikata frågor kring såväl skrivna som oskrivna samhälleliga regler, etikett och konventioner. Faktum är att avsnitten är så späckade med dylika frågor, att den för den minsta juridiskt intresserade bakom lapidariskt eggande titlar som ”The Thong”, ”The Rat-Dog” och ”The Lefty-Call” erbjuder ett verkligt smörgåsbord av såväl fundamentala som kvalificerade juridiska problem. Det är emellertid mer sällan som det i serien blir tillfälle till försök till några mer grundliga juridiska analyser, något som under-tecknad i spänd väntan på nästa säsong (av HBO utlovad färdig under 2009) funnit det oemotståndligt att här istället i någon mån söka närma sig. Följande riktar sig i första rummet till läsare redan bekanta med ifrågavarande serie med en entusiasm för juridiska frågor, och kommer inte återge mycket mer av berörda avsnitt än nödvändigt för behandlingen av de här utvalda ämnena. Det rör sig om reflektioner utan anspråk på någon uttömmande fullständighet, och syftar framförallt till att ge en jämförande skiss mellan gällande svensk och amerikansk rätt, vett och etikett i förhållande till situationer såsom att få fel skor tillbaka efter bowlingrundan, när ens advokat opåkallat ägnar dyr tid åt att läsa ens manus, i vad mån tandhygienister har tystnadsplikt, och vad man egentligen skall behöva stå ut med på Halloween för att inför hotet om ”trick” inte ha givit ut godis, med mera. Om nedanstående bara till någon del kan bidra till att kasta ljus över dessa frågor, och samtidigt till äventyrs erbjuda en nöjsam läsning, är syftet redan uppnått.

FEL SKOR

Dammet efter den första säsongens pilot-avsnitt ”The Pant’s-Tent” har knappt hunnit lägga sig förrän tittaren i nästa avsnitt ”Ted and Mary” får ta del av

en utsökt garderobsincident, av klassiskt snitt: när Larry efter bowlingrundan med Ted Danson och dennes fiktiva fru Mary lämnar tillbaka sina hyrda bowling skor till bowlinghallsföreståndaren för att få tillbaka sina egna (vilka senare skall visa sig vara av modell "Campers", med en karaktäristisk "bubblig" sula - i följande avsnitt "Porno Gil" blir de av den upprörda värdinnan refererade till som Larry's "fucking little soccer shoes"), lämnar bowlinghallsföreståndaren tillbaka ett för Larry helt obekant par tämligen sunkiga sneakers. Vid påpekandet av detta faktum kan bowlinghallsföreståndaren till sist konstatera att en annan person tagit Larrys skor - ett som sagt klassiskt fall av förväxlat depositum, inför vilket en svensk tittare osökt torde komma att tänka på det gamla HD-fallet kring herr Bardack och Sjubbskinnpälsen på Berns; NJA 1874 s. 591, där herr Bardack hävdade att han tillhandahållits fel sjubbskinnpäls från garderobiär Erikssons son (ehuru Eriksson själv stod som svarande part i målet). En viktig skillnad mellan Bernsfallet från 1874 och aktuella bowlinghallsfall är förvisso att i det senare bowlinghallsföreståndaren tillika skogarderobiären alltså till sist vidgår att fel depositum utlämnats, emedan detta i det förra fallet in i det sista bestreds av garderobiär Eriksson på Berns. För Larry löses saken så att bowlinghallsföreståndaren uppmärksammar Larry på när den person som tagit Larrys skor ånyo inträffar vid bowlinghallen, som vid en konfrontation förbluffad och utan några egentliga protester återlämnar dem till dess rätte ägare. Men frågan har ändå redan hunnit inställa sig utan att i sig ha fått ett svar: vad gäller då deponenten (Larry/herr Bardack) inför depositarien (bowlinghallsföreståndaren/herr Eriksson) hävdar att fel depositum (skor/sjubbskinnpäls) utlämnats? För svensk rätt äger här 1874 års sjubbskinnpälsfall fortfarande relevans. En första fråga att besvara, och där sjubbskinnpälsfallets prejudikatsvärde idag framförallt ligger, är frågan om bevisbördans placering och beviskravets nivå - vem av deponenten respektive depositarien skall inledningsvis styrka sitt påstående avseende tillhandahållet depositum, och till vilken grad? Såsom professor em. Robert Boman påpekat i sitt memorandum för sjubbskinnpälsfallet i "Rättsfall att minnas", till vilken undertecknad här för övrigt knappast har anspråk på att tillägga något (skulle då i så fall möjligen vara det förtydligandet att sjubbskinnpäls avser den gulaktigt gråa pälsen med svarta stickelhår från sjubben eller tvättbjörnen, *Procyon lotor*, förekommande i Nordamerikas skogsområden och något mera lågbent än dess följaktligen relativt högbenta släkting krabbtvättbjörnen eller aguaran, *Procyon cancrivorus*, som istället gärna ses smaskande krabbor i Sydamerikas kusttrakter, tillsammans med det faktum att etablissemanget ifråga inte handlar om Berns salonger, utan det schweizeri, såsom fordom konditori med spritutskänkning kallades med hänvisning till denna företeelses schweiziska rötter, som Heinrich Robert Berns, född i Stockholm av tyska föräldrar, redan 1854 öppnat vid den nyligen anlagda Berzelii park. 1874 hade samme Berns

förvisso sedan 11 år tillbaka hunnit skapa sina enastående salonger i en tomt brevid schweizeriet, och hade samma år glasat in den övre sommarverandan – som i slutet av 1980-talet förstördes av den nuvarande vidrigheten i glas och stål. Salongerna i motsats till schweizeriet står i alla fall om än vandaliserade kvar, och det är väl inte bara i förhållande till nuvarande alkohollagstiftning som ett schweizeri skulle vara en anakronism per definition i Stockholm idag. Ack ja.) så reglerades den saken år 1874 i den äldre rättegångsbalken (ÄRB) genom en generell bevisbörderegeln i dess 17 kap 33 § med lydelsen: ”Käranden åligger sitt käromål att lagligen bevisa; eller vare svaranden fri. Vänder svaranden någon omständighet före, att sig där med värja; bör ock han med bevis den styrka.” En strikt tillämpning av denna regel i bowlinghallen skulle alltså innebära att deponenten, för det fall att bowlinghallsföreståndaren står på sig, skulle ha bevisbördan för sitt påstående om att han utfått fel skor. Nu är emellertid ÄRB 17 kap 33 § upphävd sedan nästan 70 år, och fältet är öppet för en alternativ bevisbördeplacering. Och det är här som HD:s resonemang i sjubbskinnsfallet alltså blir av intresse: skulle Hovrättens dom i detta mål tillämpas prejudicerande på vårt bowlinghallsfall skulle allt hänga på om deponenten kunde styrka att han inlämnat ett annat par skor än de tillhandahållna. Hovrätten ogillade alltså nämligen Bardacks talan på den grunden att han inte styrkt att han inlämnat en annan sjubbskinnspar än den han fått av Erikssons son. HD upphävde emellertid Hovrättens dom och tilldömde herr Bardack ersättning för dennes påstått förlorade päls när svaranden garderobiären Eriksson *inte visat att den tillhandahållna pälsen var densamma som den som lämnats in*. Helt i strid med ÄRB:s gamla generella bevisbörderegeln kan tyckas, men formellt var det ändå i sin ordning då HD valde att uppfatta Erikssons påstående som en invändning för vilken alltså Eriksson hade bevisbördan, och inte ett rent förnekande av ett moment i grunden för käromålet. Såsom Boman påpekat torde HD:s resonemang ha grundat sig i en instinkt om var bevisbördan i dylika fall rimligen måste ligga med beaktande av de därav praktiska konsekvenserna: det kan inte vara rimligt att den som går på lokal och lämnar in tillhörigheter i garderoben och sedan får fel tillbaka skall lagligen bevisa att han lämnat in något annat.

ÄRB 17 kap 33 § är nu som sagt upphävd och precis hur en depositaries påstående om att denne visst lämnat tillbaka rätt depositum skall klassificeras - som ett förnekande eller en invändning - är inte längre avgörande för bevisbördans placering i dylika fall. HD:s avgörande i sjubbskinnsfallet ger emellertid stöd för den teori som vill lägga bevisbördan på depositarien med bl a hänsyn till att detta understödjer depositariers vårdnadsplikt och i någon mån torde bidra till att garderobiärer i allmänhet söker hålla god ordning och undvika förväxlingar. (Det kan här tilläggas att depositariers mer eller min-

dre goda ordning och vårdnadsplikt numera bedöms allt efter den allmänna culparegeln, och inte som tidigare enligt den gamla romerkrättsliga principen om *diligentia quam in suis*, alltså efter hur depositarien vårdade sina egna tillhörigheter). Som Boman menar skulle emellertid depositariens bevisbörda kunna anses uppfylld redan när denne gjort *sannolikt* att rätt depositum återlämnats. Detta torde kunna vara tillräckligt för att kunna värja sig mot bedrägligt kärande deponenter och i praktiken är det väl tänkbart att bevisbördan övervältras i och med att deponentens kontramärke (vanligen i form av lätt flexibel plastbricka eller, som i bowlinghallsfallet, själva de förhyrda skorna med motsvarande nummer för det fack där deponentens egna under nyttjandetiden istället väntar) stämmer med den galges - eller bowlinghallsskofack - från vilken depositum återlämnats. Skulle så vara fallet torde deponenten behöva hoppas på betygande vittnesmål.


Sammanfattningsvis skulle NJA 1874 s. 591 med bl a prof. Bomans kommentarer ge stöd för att bowlinghallsföreståndaren vid en förväxlingfråga av denna typ har den initiala bevisbördan av att göra sannolikt att han tillhandahållit rätt skor. Den bowlinghallsskogarderobiär som kan visa att de tillhandahållna skorna tagits från det fack vars nummer överensstämmer med numret på de återlämnade förhyrda bowlingsskorna, bör antagligen anses ha lyckats vältra över bevisbördan på deponenten. I detta fall torde deponenten behöva hoppas på att denne bowlat med personer tillräckligt uppmärksamma på vilka skor denne kommit till bowlinghallen i. I annat fall torde deponenten få vänja sig vid tanken på att gå i fel skor!¹

Återstår så frågan om vad den person som helt fräckt för egen del tog de felaktigt utlämnade skorna kan anses ha gjort sig skyldig till? Någon besittningsrubbnings kan det inte vara fråga om; skorna var av ägaren anförtrodda i annans vård varvid ägaren inte anses vara i besittning av demsamma. Vi rör oss här istället i gränstrakterna mellan bedrägeri och olovligt förfogande, med likheter i fallet SvJT 1976 rf s. 14. Frågan är huruvida personen som tog skorna förmedlat

1 För vidare läsning: Om Sjubbskinnsfället – Boman, i Rättsfall att Minnas, 1999, s. 11-15, Sidenbladh, i SvJT 1969 s. 778, Hasselrot, Handelsbalken IV, 2 uppl., 1911, s. 72 f. Om när uttrycket "vårda som sitt eget" försköts från *diligentia quam in suis* till den allmänna culparegeln – Rodhe, Obligationsrätt, 1956, s. 322 f. med hänvisningar. Om skillnaden mellan förnekande och invändning i bevisbördehänseende – Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3 uppl., 1878, s. 157, Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess, 2 uppl., 1838, s. 173 ff., Olivecrona, Beviskyldigheten och den materiella rätten, 1930, s. 16 ff. Om frågor om bevisbördan för culpa vid skada på deponerat gods – Bengtsson, i Särskilda avtalstyper I, 1971, s. 88 ff.

ett vilseledande budskap till bowlinghallsföreståndaren och härigenom förmått denne till dispositionen (vi kan utan tvekan förutsätta att de fina ”Campers” personen fick istället för sina sunkiga sneakers inneburit en förmögenhetsöverföring). Då t ex någon av misstag överfört pengar till en annans konto, och denne senare lyfter beloppet, har HD i två fall (NJA 1947 s. 8 och NJA 1994 s. 480) klargjort att detta inte kan utgöra ett bedrägeri mot banken – banken har inte vilseletts till dispositionen eftersom medlen faktiskt funnits på kontot (och det är ju också tänkbart att mottagaren gentemot betalaren faktiskt vunnit rätt till denna misstagsbetalning, enligt möjligheterna till undantag från huvudregeln om återbetalning). Om nu bowlinghallsföreståndaren gav den första personen fel skor, därför att de av bowlinghallsföreståndaren ställts i fel fack, kan man då med stöd av dessa fall utesluta att bowlinghallsföreståndaren vilseletts till dispositionen? Nej, inte utan vidare – bowlingspelarens tillgodohavande hos bowlinghallsföreståndaren utgörs naturligtvis av just de skor han inlämnat till förvar, och inte de som råkar stå i det fack bowlinghallsföreståndaren arrangerat för sin egen ordnings skull. Frågan blir om personens agerande utgör ett rent utnyttjande av bowlinghallsföreståndarens villfarelse, eller ett vilseledande i sig. I äldre praxis och litteratur har man varit benägen att i viss utsträckning bedöma utnyttjande av villfarelse som bedrägeri. Så är emellertid idag inte fallet – straffrättskommittén ansåg t ex att det var att gå för långt att som i vissa andra länders strafflagar uttryckligen jämställa ett utnyttjande av villfarelse med ett framkallande av sådan (NJA II 1942 s. 386 f.). Brottskonstruktionen och legalitetsgrundsatsen medger inte att den tilltalade döms för bedrägeri, när *det enda* som kan läggas denne till last är att han utnyttjat någon annans villfarelse och alltså inte i övrigt förmedlat ett vilseledande budskap och härigenom förmått offret till dispositionen. I bemälda Hovrättsmål hade en bankkassörska vid växling av pengar av misstag lämnat en bankkund 31.982 kr istället för 3.182 kr. Tingsrätten dömde bankkunden för bedrägeri med motiveringen att han haft en plikt att upplysa om misstaget och genom att underlåta detta gjort sig skyldig till ett vilseledande. Två ledamöter av Hovrätten instämde i denna bedömning. De två som bestämde Hovrättens dom menade emellertid att det inte kunde anses styrkt att han redan vid utkvitteringen av beloppet uppmärksammat felaktigheten. Något vilseledande kunde det därför inte vara fråga om och Hovrätten dömde mannen istället för det aktuella sekundärbrottet olovligt förfogande. I de senare kommentarerna till fallet har utgången ansetts stödja att den som vid en utbetalning av misstag erhåller ett allt för stort belopp försiktigtvis inte bör anses ha förstärkt utbetalaren i dennes villfarelse, såvida inte mottagaren på något särskilt sätt givit utbetalaren anledning att tro att beloppet var riktigt. In dubio pro mitio alltså, då det ju just oftast torde vara vanskligt att avgöra huruvida mottagaren redan vid utkvitteringen uppmärksammat felaktigheten. Om detta skall ses som avgörande

– mottagarens medvetenhet av felaktigheten vid själva emottagandet, får vår aktuella bowlingspelare utan tvekan finna sig i att betraktas som bedragare, då han omöjligen kan ha misstagit sig på att skorna inte tillhörde honom (personen i fråga hävdar förvisso för Larry när denne konfronterar honom för att få tillbaka sina skor, att han inte förstod vad bowlinghallsföreståndaren tänkte när han gav honom fel skor, och verkar ha blivit så nöjd med de han fick att han kanske inbillade sig att fick de av bowlinghallen som ett slags pris eller dylikt. Det är väl emellertid ett sådant försvar som skulle behöva kombineras med någon form av läkarintyg för att kunna vinna gehör). Å andra sidan kan bedrägeriansvar vid blotta medvetenheten om felaktigheten hos bowlingspelaren kännas svårt att förena med att ett rent utnyttjande av villfarelse inte kan utgöra bedrägeri. Flera kommentarer till bemälda hovrättsfall har betonat att det avgörande framförallt måste vara huruvida den utbetalande/utlämnande efter vilseledande påverkan medvetet underlåtit att återkräva beloppet/saken. Offret skall alltså med andra ord på något vis försäkrats om att utbetalningen/utlämnandet var riktigt. Att anse ett tyst emottagande i ond tro som en sådan vilseledande försäkran är möjligt att gå för långt. Som brottsbalkskommentaren rekommenderar torde ansvar för olovligt förfogande här vara att föredra, och vår bowlingspelare torde alltså kunna komma undan med detta, om än med minsta möjliga marginal.²

Vid fall av fel skor i bowlinghallen står vi alltså säkert med ena foten i Berns garderob 1874, och med den andra straffrättsligt säkert antagligen först i ett framtida avgörande. I vilka skor vi går hem i är ju sedan som sagt en annan fråga. Vad till sist gäller amerikansk rätt på området, så får det anstå tills nästa gång. Casual Friday har redan börjat nu... 

2 För vidare läsning: SvJT 1976 rf s. 14 – Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman, Wennberg, Brottsbalken, en kommentar, del I, 2002, s. 9:16 f., Wennberg, Förskingring, 1977, s. 156 f., Löfmark i SvJT 1985 s. 350, Jareborg, Brotten h. 2, 1986, s. 199 f., Skorup i SvJT 1976 s. 727. Om felbetalningsfall – Wallén i Festskrift till Johs. Andeneas, 1982, s. 385 ff.