
ARTIKLAR

CIVILRÄTTSTEORIER

– SÄRSKILT OM SKADESTÅNDSTEORIER

Av Mårten Schultz¹

I. INLEDNING

Under de senaste decennierna har en växande skara akademiker i civilrättsfacket världen över ägnat sig åt omfattande teoribygnen. Rättsvetenskapen har förstås konstruerat teorier i tusentals år. Men betoningen ligger här på *stora* teorier: övergripande teoretiska konstruktioner som läggs fram med anspråk på att utgöra en fullständig förklaring av det som ska förklaras, ofta med ett särskilt intresse för vad, innerst inne, civilrätten är.²

Ur ett svenskt perspektiv kan dessa teorier därmed närmast jämföras med sådana rättsteorier som primärt behandlas inom ämnet allmän rättslära. Det kan vara sådana teorier som försöker besvara frågor som ”Vad är rätt?”, ”Vad är en rättskälla?” och ”Vad gör en norm bindande?”. Till skillnad från «vanliga» rättsteorier har de teorier som ska behandlas här inte ambitionen att förklara rätten eller regelverket i sin helhet. Istället är undersökningsobjektet *lokalt*. Undersökningsobjektet är skadeståndsrätten eller i vissa fall civilrätten eller privaträtten.³ På engelska, som är det språk som dominerar fältet, används ofta uttrycket *private law theory*.⁴ Jag använder i denna text översättningen

¹ Mårten Schultz, professor i civilrätt på Stocholms universitet.

² Kenneth Abraham och George White beskriver det som att skadeståndsteoretiker under denna tid ändrade fokus från deskriptiva beskrivningar av hur rätten fungerade eller hur den borde fungera till skadeståndsrättens *natur*, K. S. Abraham och G. E. White, *The Inward Turn and the Future of Tort Theory*, *Journal of Tort Law* 2021, s. 1 ff., på s. 4. De som är skeptiska mot tanken på stora teorier talar om universella teorier, andra om ”kosmiska” teorier – båda uttrycken används för att uttrycka kritik mot tanken på övergripande civilrättsteorier av det här slaget – vilket återspeglar ambitionsnivån bakom åtminstone vissa av teoribyggena. James Goudkamp och John Murphy, *The Failure of Universal Theories of Tort Law*, *22 Legal Theory*, s. 1 ff. (2016) och Nathan B. Oman, *The Temptation of Cosmic Law Theory in Private Law*, *66 The American Journal of Jurisprudence*, s. 395 ff. (2021) (recension av Nicholas J. McBride, *The Humanity of Private Law*, pt. 1, Oxford 2019 och pt. 2, Oxford 2020).

³ Det är inte ovanligt att det finns en glidning mellan vad en författare påstår att en teori omfattar och vad hon/han mer konkret argumenterar för att den omfattar. Det kanske tydligaste exemplet är Ernest J. Weinribs teori om ”privaträtt” som behandlar f.f.a. allmän förmögenhetsrätt (särskilt skadeståndsrätt) och som inte nämner t.ex. konsumenträtt med ett ord, se Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Boston, Mass. 1995.

⁴ Litteraturen har blivit oöverskådlig. Några antologier från senare tid är Hanoch Dagan och Benjamin C. Zipursky (red.), *Research Handbook on Private Law Theory*, Cheltenham/Northampton Mass. 2020; Simone Degeling, Michael Crawford och Nicholas Tiverios (red.), *Justifying*

civilrättsteori. Under senare tid har detta emellanåt ersatts av etiketten *new private law theory*.⁵

Mina exempel kommer att tas primärt från skadeståndsrättens område, med några få avstickare till andra discipliner. Titeln på denna uppsats är därmed litet missvisande eftersom jag inte skriver något om fastighetsrättsteori eller skuldebrevsrättsteori. Jag har valt denna rubrik eftersom de dominerande framställningarna ofta uttryckligen har ambitionen att täcka bredare områden, även om de ofta hämtat sina exempel från skadeståndsrätten. Jag har dock försökt att genom underrubriken förtydliga min emfas – det är med något undantag skadeståndsrättsteorierna som får stå för exemplifieringen.

1.1 DISPOSITION

Efter inledningen görs några korta vetenskapsteoretiska nedslag som ett underlag för den fortsatta presentationen. Därefter följer ett avsnitt om civilrättsteorins utveckling, från tidiga framställningar om korrektiv rättvisa, över rättighets-teorier till det nu troligen mest diskuterade temat, rättsmedelsteorier (*civil recourse theory*). Efter det sammanfattas några gemensamma hållpunkter i de olika förklaringsmodellerna. Den sista delen består av några reflektioner kring värdet av sådan här teoribildning utifrån ett svenskt och nordiskt perspektiv.

1.2 AVGRÄNSNINGAR

Det finns många andra typer av civilrättsteorier än de som kommer att behandlas här. Rättsekonomiska teorier kommer inte att tas upp annat än som en kontrast till de inriktningar som ska behandlas. Kritisk teori (*critical law theory*) faller utanför framställningen.⁶ Inte heller kommer i vid mening post-moderna teorier behandlas.⁷

Private Rights, Oxford 2020, Andrew S. Gold, John C.P. Goldberg, Daniel Kelly, Emily Sherwin och Henry Smith (red.), The Oxford Handbook of the New Private Law, Oxford 2021, Stefan Grundmann, Hans-W Micklitz and Moritz Renner, New Private Law Theory – A Pluralist Approach, Cambridge 2021, Paul B. Miller och John Oberdiek (red.), Civil Wrongs and Justice in Private Law, Oxford 2020.

5 T.ex. Stefan Grundmann, Hans-W Micklitz and Moritz Renner, New Private Law Theory – A Pluralist Approach, Cambridge 2021 och Andrew S. Gold, John C.P. Goldberg, Daniel Kelly, Emily Sherwin and Henry Smith (red.), The Oxford Handbook of the New Private Law, Oxford 2021.

6 Kritisk rättsteori rymmer olika, ofta brokiga, perspektiv. En gedigen samling med centrala texter i fyra volymer är Costas Douzinas och Colin Perrin, Critical Legal Theory, London 2012. Karolina Stenlund har, för att ta ett exempel från senare tid, inslag av kritisk rättsteori i sin undersökning av rättighetsargument i skadeståndsrätten, se Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021.

7 Med postmoderna teorier avser jag t.ex. genusorienterade (f.f.a. feministiska) perspektiv, liksom kritisk rasteori eller queerteori. En klassisk om än nu något ålderstigen introduktion är Gary Minda, Postmodern Legal Movements, New York N.Y. 1996. Mig veterligen finns det fortfarande inte några rättsvetenskapliga framställningar som på ett mer genomgripande sätt appli-

Något förvånande har den våg av rättighetsinfluerade teorier som ska tas upp inte fört med sig någon större renässans för naturrättsligt tänkande.⁸ Det finns emellertid vissa forskare som arbetar med dessa frågor utifrån ett uttalat naturrättsligt perspektiv.⁹ Dessa kommer dock inte heller att beröras här i någon större utsträckning.

2. VETENSKAPSTEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER

2.1 HISTORISKA, PRESKRPTIVA, DESKRPTIVA OCH INTERPRETATIVA TEORIER

Civilrättsteorier av det slag som jag tar sikte på fokuserar på att *förklara*. Vad avses med en förklaring? En inflytelserik taxonomi skiljer mellan fyra typer av förklarande teorier: historiska, preskriptiva, deskriptiva och interpretativa teorier.¹⁰

En historisk förklaring beskriver rätten genom historiska observationer. En lagregel förklaras utifrån iakttagelser kring lagstiftningsprocessen, tidigare lagstiftning som ersattes, etc. Ur ett svenskt perspektiv påminner detta om sådana förklaringar som tar sikte på *rättsutveckling*, vilket åtminstone studenter från Stockholm förknippar med begreppet *rättsgenetik*. Fokus i detta perspektiv är just förändringar i *rätten* men historiska förhållningssätt kan även inkludera andra iakttagelser, t.ex. hur olika institutioner eller personer påverkat rättens utveckling.¹¹

cerat dessa synsätt i allmän civilrätt i svensk rättsvetenskap. Några genusorienterade/feministiska pionjärsverk är Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 *Journal of Legal Education*, s. 3 ff.; ds. *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 *Cornell Law Review*, s. 575 ff.; ds. *Teaching Torts as if Gender Matters: Intentional Torts*, 2 *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, s. 115 ff. (1994); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 *University of Pennsylvania Law Review*, s. 463 ff. (1998); Lucinda Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Torts Class*, 1 *Yale Journal of Law & Feminism*, s. 41 ff. (1989). En samtida handboksöverblick över fältet är Sarah L. Swan, *Tort Law and Feminism*, i; Deborah L. Brake, Martha Chamallas & Verna L. Williams (red.), *Oxford Handbook on Feminism and Law in the U.S.*, Oxford 2023, kap. 36. Critical race-perspektiv togs tidigt upp i Richard Delgado, *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets and Name Calling*, 17 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, s. 133 ff. (1982).

8 Jfr. Nathan B. Oman, *The Temptation of Cosmic Private Law Theory*, 66 *The American Journal of Jurisprudence*, s. 395 ff. (2021), s. 395 ("To be sure, natural law theorists have turned their attention to private law topics, but until recently there have been few efforts to provide natural law synthesis of private law theory.") Omans artikel är en recension av Nicholas J. McBride, *The Humanity of Private Law*, I, Oxford 2019 och ds. *The Humanity of Private Law*, II, Oxford 2020. McBrides böcker är ett undantag från Omans spaning.

9 Se Nicholas J. McBride, *The Humanity of Private Law*, I, Oxford 2019 och ds. *The Humanity of Private Law*, II, Oxford 2020. McBride (i likhet med de flesta i senare tids naturrättsteori) tar sitt avstamp i John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980.

10 Stephen Smith, *Contract Theory*, Oxford 2004, I.1.

11 Ett metaperspektiv är att förklara utvecklingen av rättshistoriska metoder utifrån hur olika rättshistoriker förhållit sig till dem. Se för ett sådant perspektiv Adam Croon, *Rättshistoria*,

En preskriptiv (ibland kallad normativ) förklaring beskriver hur rätten idealt borde vara konstruerad utifrån ett ställningstagande för en målsättning. Sådana målsättningar kan vara att främja en positiv klimatutveckling, öka mänskliga fri- och rättigheter eller jämställdhet. Mest omtalade är förmodligen preskriptiva rättsekonomiska förklaringar. Rätten borde främja ekonomisk effektivitet och om den inte gör det inom ett visst område borde den ändras. Förklaringar av det här slaget hör till kategorin ”normativ rättsekonomi”.¹²

En deskriptiv förklaring beskriver rätten som den är vid ett givet tillfälle genom iakttagelser i rättskällor. Förklaringar av det här slaget fokuserar på rätten som den ser ut vid ett visst tillfälle – ofta ”nu” – utan inslag av hur eller varför rätten konstruerats på detta sätt, eller värderingar av om huruvida det är bra eller dåligt. Deskriptiva förklaringar är t.ex. sådana förklaringar som advokater i allmänhet använder sig av när de försöker beskriva ett rättsläge på ett visst område för sina klienter, men det är även detta perspektiv som dominerar läroböcker, åtminstone läroböcker av mer översiktligt slag.

Det är emellertid den fjärde typen av förklaring, interpretativa förklaringar, som dominerar i *private law theory*.¹³ Interpretativa teorier förklarar rättsliga fenomen genom att skärskåda rättsliga fenomenens innebörd och hur de hänger ihop.¹⁴ Det som skiljer interpretativa teorier från deskriptiva är att de förra ”går djupare” och strävar efter att förstå rättsliga fenomenens *mening*. Interpretativa förklaringar bygger på deskriptiva redogörelser. Deskriptiva redogörelser ger den data som den interpretativa förklaringen försöker ge ett sammanhang till. En deskriptiv förklaring kan återge hur regeln om ersättning för sakskada är formulerad och hur den tillämpas av domstolarna. Därefter kan en interpretativ förklaring försöka förstå dessa deskriptiva iakttagelser och ge dem ett djupare teoretiskt

rättsdogmatik och rättens föränderlighet, SvJT 2021, s. 750 ff. För två olika historiska perspektiv på skadeståndsrätten med sikte på inflytandet av institutioner och personer, se Paul Mitchell (red.), *The Impact of Institutions and Professions on Legal Development*, Cambridge 2014 och Karolina Stenlund, *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*, Uppsala 2021, kap. 4.

12 Se för en jämförelse mellan olika rättsekonomiska metoder Francesco Parisi, *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*, 18 *European Journal of Law and Economics*, s. 259 ff. (2004).

13 Det här är ett perspektiv som förknippas med Ronald Dworkin, se särskilt *A Matter of Principle*, Boston, Mass. 1985. Den version som har haft störst betydelse i civilrättsteoretiska sammanhang är Stephen Smith, *Contract Theory*, Oxford 2004, kap. 1. Det finns dock undantag med författare som explicit tar avstånd från det interpretativa perspektivet, Adam Slavny, *Wrongs, Harms and Compensation*, Oxford 2023, kap. 2 och passim.

14 “Interpretive legal theory is nothing more (or less) than the attempt to understand legal concepts in terms of their meaning”, Allan Beever och Charles Rickett, *Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer*, 68 *Modern Law Review*, s. 320 ff. på s. 328 (2005).

sammanhang.¹⁵ Det djupare teoretiska sammanhanget är i dessa förklaringar inte externa, som i de preskriptiva förklaringarna, utan strävar efter intern koherens – om än, som vi ska, emellanåt med stöd av andra discipliner, f.f.a. moralfilosofin. En skillnad med preskriptiva tolkningar är att när de interpretativa förklaringarna tar in moralfilosofiska idéer, eller andra infallsvinklar, så är det inte för att anlägga ett externt perspektiv utan för att på ett djupare plan förstå det en praktiskt verksam och kunnig jurist redan utgår från, även om denna jurist inte använder samma ord för vad hon gör.

2.2 INTERNA OCH EXTERNA TEORIER

Föregående resonemang hänger samman med en distinktion mellan internt och externt hållna förklaringar. En intern teori omfattar idén att en förklaring bör överensstämma med ”the internal points of view”.¹⁶ Detta innebär att förklaringen av ett rättsligt fenomen bör framstå som rimlig och adekvat för de jurister som arbetar med denna typ av rätt, antingen som rättstillämpare eller forskare.

Detta synsätt kontrasterar mot teorier som utgår från ett externt perspektiv. Det tydligaste exemplet på teorier som utgår från ett externt perspektiv är behavioristiska angreppssätt, t.ex. sådana sociologiska förklaringar som enbart ägnar sig åt observationer av frekvenser: ”60 % av alla vårdnadstvister slutar med att modern utses till ensam vårdnadshavare”.¹⁷ I sammanhanget av nya civilrättsteorier är det dock oftare rättsekonomiska perspektiv som används som kontrasterande exempel. Jag återkommer till detta nedan.

3. SKADESTÅNDSTEORIER

3.1 INLEDNING

Det finns olika sätt att klassificera de civilrättsteorier som utgör temat för denna uppsats. Jag har valt att systematisera dem i tre kategorier: rättviseteorier, rättighetsteorier och rättsmedelsteorier.¹⁸ Det här är en taxonomi som ur ett angloamerikanskt perspektiv kan framstå som originell, men som jag tror kan

¹⁵ Ett uttryck för denna tanke, som inspirerat exemplet, är ett tillägg av JustR Lindskog i NJA 2011 s. 576, som kommenteras i Mårten Schultz, ”Vid sakskada handlar det ytterst om egendomsskyddet”, Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018.

¹⁶ Uttrycket förknippas med Herbert Hart. Se f.f.a. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. uppl., Oxford 1994, s. 89. Diskussionen förs i den senare delen av avsnitt V 2.

¹⁷ Jfr. Scott J. Shapiro, *What is the internal point of view?*, 75 *Fordham Law Review*, s. 1157 ff., på s. 1158 (2006). Citatet är ett påhittat exempel för att illustrera poängen.

¹⁸ När John C.P. Goldberg gjorde ett försök att strukturera skadeståndsteorier redan 2003 så landade han i 20 olika kategorier (med subkategorier), John C.P. Goldberg, *Twentieth-Century Tort Theory*, 91 *Georgia Law Journal*, s. 513 ff. (2003).

underlätta för en nordisk läsare.¹⁹ Det bör dock framhållas tydligt att även om jag använder tre olika rubriker så handlar det s.a.s. om grenar på samma träd.²⁰ Innan jag går in på de olika varianterna kan det vara hjälpsamt med en bakgrund.

3.2 BAKGRUND

De stora moderna teorierna om skadeståndsrätt – och annan privaträtt – inleddes med rättsekonomiska teorier. På skadeståndsrättens område var pionjärverket Guido Calabresis *The Costs of Accidents*.²¹ I retrospektiv har detta verk kommit att framstå som något av en anomali. Som titeln signalerar tar Calabresi sikte enbart på en del av skadeståndsrätten – olyckshändelser, f.f.a. trafikolyckor. Calabresi använde nationalekonomiska modeller för att förklara hur kostnaderna för sådana skador placerades och kunde placeras. Hans undersökning gav svallvågor över hela världen. Svenska jurister engagerade i arbetet med att bygga en välfärdsstat såg en anförvant i Calabresi.²² På sätt och vis blev Calabresi en symbol för en socialliberal syn på rätten.

Efter Calabresis milstolpe publicerade Richard Posner artikeln *A Theory of Negligence* som blev startpunkten för det mest framgångsrika rättsekonomiska författarskapet på civilrättens område.²³ Inflytandet av Posners författarskap kan inte överskattas.²⁴ Hos Posner står tanken om förmögenhetsmaximering i cen-

19 Så väldigt originell är inte kategoriseringen, i alla fall inte för engelska läsare. Samma uppdelning görs i Andrew Dyson, James Goudkamp och Frederick Wilmot-Smith, *Defences in Tort*, Oxford 2015, kap. 1.

20 Etiketterna spretar. Stephen Perry använder brett rubriken rättighetsbaserade teorier, "rights based theories" för samtliga perspektiv som refererar till "such notions as corrective justice, rights, duty, responsibility, fairness, reciprocity, non-instrumentalism and deontology", Stephen Perry, *Torts, Rights and Risks*, i John Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014, s. 38. Möjligen är det enda som förenar alla dessa perspektiv – som för en nordisk jurist dessutom blandar ihop teoretiska djupare begrepp med juridiska begrepp som hör till rättstillämpningens vardag (som rättighet eller plikt) – att de kontrasteras mot ekonomiska teorier, jfr. John Oberdieck, *It's Something Personal*, i Paul B. Miller och John Oberdieck, *Civil Wrongs and Justice in Private Law*, Oxford 2020, s. 301, n. 1.

21 Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, New Haven Ct. 1970. Calabresi har kopplingar till Sverige och har deltagit i diskussionen om den s.k. svenska eller nordiska modellen (som kort kan beskrivas som ett ersättningsrättsligt synsätt som tar ett helhetsgrepp på samhällets hantering av skador, särskilt personskador, utifrån skadeståndsrätt, försäkringsrätt och socialförsäkringsrätt). 1986 hade *The American Journal of Comparative Law* ett specialnummer om "the Swedish alternative" med Jan Hellner, Carl Oldertz och Guido Calabresi, 34 *The American Journal of Comparative Law*, s. 613 ff. (1986). Calabresi blev hedersdoktor vid juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 1993.

22 Se för en spänstig beskrivning av utvecklingen, dock utan särskilt fokus på rättsekonomin, Karolina Stenlund, *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*, Uppsala 2021, avsnitt 4.6–4.7 och passim.

23 Richard Posner, *A Theory of Negligence*, i *Journal of Legal Studies*, s. 29 ff. (1972).

24 Cass Sunstein har beskrivit Posner som "Leader of a legal revolution", se Cass Sunstein,

trum.²⁵ Rättsordningen i allmänhet och civilrätten i synnerhet har utvecklats i ett strävande mot att maximera samhällets ekonomiska välbefinnande. I grunden av Posners teori finns en utilitaristisk filosofi – även om han själv halvhjärtat hävdar att den är förenlig med olika normativa grundvalar.²⁶

Den civilrättsteori som står i fokus här växte i hög grad fram som en reaktion på rättsekonomin. Utgångspunkten var att rättsekonomiska förklaringar missade något essentiellt – framför allt rättvise-, skälighets- eller moralaspekter – av den juridiska verkligheten.²⁷

Sådana perspektiv har alltid förekommit som ett förklarande och rättfärdigande raster i civilrätten – och rötterna kan härledas åtminstone tillbaka till Aristoteles Den Nikomakiska Etiken (som jag återvänder till nedan). Under 1970- och 1980-talen fick emellertid dessa tankar vind i seglen genom att allmänna rättvise teorier uppgraderades i allmän samhällsdebatt, särskilt i moralfilosofin, framför allt genom John Rawls författarskap.²⁸

Den första generationen rättvise teoretiker, som lade grunden för vad som nu kallas för privaträttsteorier, var George P. Fletcher, Jules L. Coleman och Ernest J. Weinrib samt i viss mån Richard Epstein. Fletcher skrev tidigt en viktig uppsats där han beskrev två fundamentalt olika synsätt på skadeståndsrätten, där det ena framhöll ”fairness” och det andra ”utility”.²⁹ Det senare fångar in olika utilitaristiska synsätt, vilket här inkluderar rättsekonomiska synsätt, medan det tidigare – och detta var mer av en nyhet – tog sitt avstamp i moraliska rättvise tankar. Fletcher var tydligt inspirerad av Rawls. Epstein som skrev ett flertal uppsatser om skadeståndsrätts teori, den mest kända A Theory of Strict Liability, var tydligt inspirerad av den nyliberala filosofen Robert Nozick.³⁰ Det innebär att både socialliberala och libertarianska rättvise teorier fick rättsvetenskapliga avtryck.

Richard Posner, leader of a legal revolution, Bloomberg 2 september, 2017, tillgänglig på <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-09-03/richard-posner-leader-of-a-legal-revolution>.

25 Se t.ex. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass. 1990, s. 353.

26 Richard Posner, *Wealth Maximization and Tort Law*, i David Owen (red.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 99 ff.

27 Utvecklingen beskrivs i David Owen, *Why Philosophy Matters to Tort Law*, i David Owen (red.) *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 1 ff. Denna bakgrund kan vara en förklaring till att teoribildningen inte haft så mycket genomslag i Norden. Rättsekonomin har inte varit lika framgångsrik i våra länder som i USA, Tyskland eller Nederländerna.

28 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass. 1971.

29 George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 *Harvard Law Review*, s. 537 ff. (1972).

30 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974.

Det var emellertid Coleman och Weinrib som blev viktigast i denna process.³¹ Coleman riktade in sig på att rättsekonomiska teorier, enligt hans mening, misslyckades som förklaringar av skadeståndsrättens bilaterala struktur.³² Han utvecklade istället en teori som fokuserade på de strukturella egenskaperna i de vanligaste skadeståndsrättsliga relationerna, där någon begär ersättning från en person som hon menar har orsakat henne en skada genom att inte tillräckligt ta hänsyn till risken för att sådan skada kunde uppkomma.³³ Weinrib delade Colemans kritiska syn på rättsekonomiska förklaringar men lägger mer emphasis på att problemet är att dessa utgår från ett instrumentalistiskt synsätt – att juridiska fenomen bör förklaras med en begreppsapparat som inte är internjuridisk.³⁴ Istället intar Weinrib ett extremt formalistiskt perspektiv – civilrätten har ingen annan funktion än att vara civilrätt.

3.3 KORREKTIV RÄTTVISA

3.3.1 INLEDNING

Både Coleman och Weinrib gick i bräschen för teorier om korrektiv rättvisa.³⁵ Dessa teorier växte som sagt i hög grad fram som en reaktion mot ekonomiska teorier om rätten.³⁶ I sin första fas utgjordes de ekonomiska teorierna f.f.a. av förklaringar av varför rätten ordnats på det sätt den ordnats; det var med andra ord *förklarande* teorier. (Senare teoribildning lade mer fokus på vad vi skulle kalla för *de lege ferenda*-resonemang – i detta sammanhang ofta betecknad som normativ teori.)

De som invände mot de ekonomiska förklaringarna ansåg att dessa inte tillräckligt beaktade rättens moraliska karaktär. En korrektiv rättviseförklaring av rätten utgår från en moralfilosofisk teori (eller modell) och visar hur de rättsliga fenomen som undersöks kan kopplas till den moraliska teorin. Den första vägen av sådana teorier fokuserade på rättvisa, i en särskild form: korrektiv rättvisa.

31 Se Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Mass. 1992, Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. 1995 och ds. *Corrective Justice*, Oxford 2012. Det finns en översiktlig introduktion till Coleman och Weinrib i min avhandling *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3.

32 En tidig artikel av Coleman är en recension av Landes och Posners *The Economic Structure of Tort Law* och Shavells *Economic Analysis of Accident Law*, se Jules L. Coleman, *The Structure of Tort Law*, 97 *Yale Law Journal*, s. 1233 ff. (1988).

33 Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Mass. 1992. Boken innehåller även ett kapitel (11) om strikt ansvar.

34 Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford 1995.

35 I Sverige tror jag att det fortfarande bara är min avhandling som på ett mer utförligt sätt tar upp dessa författarskap, Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3.

36 Enligt vissa dominerar idag korrektiv rättviseperspektiv debatten. "The position [korrektiv rättvisa] has been at the forefront of tort theory for about 30 years now, either in the affirmative form in which it emerged, or as the subject of criticism.", Kenneth Abraham and George White, *The Inward Turn and the Future of Tort Theory*, 14 *Journal of Tort Law*, s. 245 ff., på s. 251 (2021).

3.3.2 BAKGRUNDEN

Uttrycket ”korrektiv rättvisa” kommer från Aristoteles Den nikomachiska etiken.³⁷ Aristoteles behandling fokuserar på olika *former* för rättvisa, den beskriver olika rättvisestrukturer.³⁸ Rättviseuttrycket tar i detta sammanhang inte sikte på något materiellt, vad som är bra eller dåligt. Syftet är istället formellt – att kategorisera.

Aristoteles definierar således två kategorier. Den första kategorin, distributiv rättvisa, tar sikte på hur fördelningen av nyttigheter etc. i ett samhälle bör se ut.³⁹ Ett annat uttryck som i vart fall delvis antas ta sikte på samma sak är ”fördelande” rättvisa. Den andra kategorin, korrektiv rättvisa, behandlar hur störningar i den ordning som etablerats ska rättas till. Denna kategori ges ibland andra etiketter som ”restorativ”, ”interaktiv” eller ”kompenserande” rättvisa.⁴⁰

Karakteristiskt för kategorin korrektiv rättvisa är att den behandlar relationer mellan två parter.⁴¹ Under korrektiv rättvisa faller de anspråk en individ, ”offret”, kan framföra gentemot en annan individ för att denna på något sätt stört den fördelning av rättigheter eller nyttigheter som rådde innan störningen.⁴² I terminologin av rättsliga discipliner är det framför allt skadeståndskrav och vissa liknande anspråk (t.ex. krav på ersättning för s.k. obehörig vinst) som brukar beskrivas i termer av korrektiv rättvisa.

37 Aristoteles, Den nikomachiska etiken, Göteborg 2004.

38 Ordet form har en speciell innebörd i Aristoteles metafysiska begreppsvärld, men här använder jag det i ordets vardagliga bemärkelse.

39 Här måste framhållas att det kan handla om fördelning av väldigt olika typer av ”nyttigheter” – det behöver inte handla om egendom i snäv bemärkelse utan kan även röra rättigheter, etc. John Finnis har karakteriserat distributiv rättvisa som den kategori inom vilken behandlas ”problems of distributing resources, opportunities, profits and advantages, roles and offices, responsibilities, taxes and burdens” i en grupp eller ett samhälle, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, s. 166. Jag gissar att uttrycket distributiv rättvisa av många idag förknippas med skattefinansierade kollektiva system och transfereringar, och det är också denna förståelse av uttrycket som jag nedan kommer att fokusera på, men i någon mening måste all rättviseanalys utgå från distributiva premisser vare sig man i det lägger “åt var och en efter behov”-värderingar i den marxistiska traditionen eller en tanke om legitima historiska fångskedjor som Robert Nozick.

40 Uttrycket interaktiv rättvisa förknippas i civilrättsanalysen framför allt med Richard W. Wright, se Richard W. Wright, *Substantive Corrective Justice*, 77 *Iowa Law Review*, s. 625 ff. (1992); *Right, Justice, and Tort Law*, i David Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 159 ff.; samt *The Principles of Justice*, 75 *Notre Dame Law Review*, s. 1859 ff. (2000).

41 Se t. ex. George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York 1996, s. 80. Jag återkommer till detta strax nedan.

42 ”Domaren återställer jämvikten och handlar, som om en linje var delad i olika stora delar och han tog bort det avsnitt, varmed den större delen överskrider halva linjen och lade den till den mindre delen.” Aristoteles, Den nikomachiska etiken, Göteborg 2004, s. 135. Rättvisediskussionen i Den nikomachiska etiken förs delvis i termer hämtade från matematiken.

Kategorin distributiv rättvisa, å andra sidan, har bäring på kollektiv av individer. De krav som en individ kan ställa på att få vissa grundläggande nyttigheter tillgodosedda av ett kollektiv, samhället, faller inom kategorin distributiv rättvisa. I denna kategori faller således, för att uttrycka det i de mer konkreta juridiska disciplinernas rubriker, socialförsäkringsjuridiska frågor om rätten till sjukvård eller ekonomiskt understöd under en sjukdoms- eller rehabiliteringstid men också brottsskadeersättning.

3.3.3 MODERNA RÄTTVISETEORIER

Aristoteles formulering av rättvisebegreppet är startpunkten för de rättviseteorier som formulerades för att förklara i första hand ansvarsrätten, särskilt skadeståndsrätten.⁴³ Teorier om korrektiv rättvisa vilar på tanken att rättsordningen innehåller normer om skadeståndsansvar som ett medel för att korrigera en orättvisa som någon utsatt en annan för.⁴⁴

Teorin utgår från att det tillstånd av fördelning av rättigheter och nyttigheter som rådde innan den ansvarsgrundande händelsen var moraliskt legitim.⁴⁵ När någon bryter mot detta jämviktsläge på ett sätt som skadar någon annan uppkommer en skyldighet att ställa saken till rätta. Denna skyldighet motsvarar en rättighet för den som drabbats av orättvisan och en motsvarande skyldighet för den som skapade den. Uppfattningen att skyldigheten och rättigheten emanerar ur samma orättvisa kallas ibland för korrelativitetensidén.⁴⁶

43 Dock inte bara skadeståndsrätten. Ernest J. Weinrib, som varit en av de dominerande författarna i den första generationen av privaträttsliga rättviseteoriker, har bredare perspektiv, se Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford 2012.

44 "Corrective justice is the idea that liability rectifies the injustice inflicted by one person on another", Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 *The University of Toronto Law Journal*, s. 349 ff., på s. 349 (2002).

45 I praktiken är denna premiss ofta tveksam och i vissa fall ohållbar, t.ex. när någons privilegierade och av rättsordningen skyddade position vilar på historiska orättvisor. Det kanske bästa exemplet är situationer där någons ekonomiska position kan härledas till slaveri, vilket har givit upphov till en stor diskussion f.f.a. i USA om s.k. "reparations" som innebär att de ekonomiska effekterna som fortfarande följer av slaveriet bör korrigeras genom omfattande skadestånd. En klassisk plaidoyer för sådana ersättningar är Boris I Bittker, *The Case for Black Reparations*, Boston, Mass. 2003. (Omtryck av förstaupplagan från 1973.) Korrektiv rättvisa har i detta sammanhang använts på ett annat sätt, nämligen som ett argument för att ersättning ska utgå till slaveriets ättlingar. Se t.ex. Adrienne D. Davis, *Corrective Justice and Reparations for Slavery*, 34 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, s. 329 ff. (2021). Diskussionen har dock ofta förts utifrån obehörig vinst-argument snarare än skadeståndargument. Se för olika artiklar på temat 84 *Boston University Law Review*, s. 1135 ff. (2004) (texter från ett symposium om "the jurisprudence of slavery reparation").

46 Se Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 *Theoretical Inquiries L. s.* 107 ff (2001) och allmänt, ds. *The Idea of Private Law* (1995).

Kärnan i de korrekтива rättviseteorier som utvecklats för privaträtten är att den som på ett ansvarsgrundande sätt orsakar någon en skada har en skyldighet att reparera skadan. Det här kan låta som att jag bara radar upp de centrala rekvisiten för skadeståndsansvar enligt svensk rätt och klistrar på en rättviseetikett. Men uttrycken ansvar, skada och kausalitet är i detta sammanhang *moraliska* begrepp – inte juridiska. Den skyldighet att reparera som uppkommer i en sådan här situation är alltså en moralisk förpliktelse. Rättssystemet innehåller juridiska inkarnationer av de moraliska begreppen eftersom systemet har konstruerats – medvetet eller omedvetet – för att återspegla moraliska uppfattningar.

För att en moralisk teori av det här slaget ska få någon precision krävs det uppfattningar om vad som i en moralisk ansvarsmodell grundar ansvar, vad som är en skada och vad som avses med kausalitet. Det behövs vidare en uppfattning om vad det innebär att kräva ”reparation”. När det gäller ansvarsgrund och skada har flera författare tolkat dessa begrepp i termer av rättigheter och skyldigheter i kantiansk mening.⁴⁷ Skadebegreppen som används i rättsliga sammanhang vilar på en tanke om skydd för grundläggande rättigheter och ansvarsgrunden vilar på en korresponderande tanke om skyldigheten att respektera andras rättigheter.

Korrektiv rättvisa tar sikte på relationer mellan två aktörer: den vars rättighet överträtts och den som överträtt den. Även om fler personer är inblandade, t.ex. i en situation där någon skadat många genom att släppa ut ett miljögift som påverkar flera lantbruk, så är det den bilaterala relationen mellan varje enskild skadevällare och skadelidande som en rättviseförklaring tar sikte på. Det innebär vidare att korrektiv rättviseteori, när den används som en förklaringsmodell för praktisk juridik, sätter det faktiska orsakskravet i centrum.⁴⁸ Det är kopplingen mellan varje enskild skadelidande och skadevällaren som är nyckeln till ansvaret.

Argument om att skadeståndsrätten eller andra rättsliga discipliner kan – i likhet med de två rättsekonomiska perspektiv som beskrevs i inledningen – förstås i termer av korrektiv rättvisa kan antingen ta sikte på förklaringar eller på rättfärdigande/reformerande. Rättviseargument av det här slaget förklarar, enligt dess företrädare, på ett djupare plan varför rättsordningen innehåller normer om skadestånd och/eller varför dessa normer ser ut som de gör. Argument om korrektiv rättvisa kan också framföras som normativa påståenden: rättsordningen borde innehålla normer om skadestånd som ser ut på ett visst sätt eftersom det är normativt ”bra”.

47 Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Mass. 1992 och Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. 1995, kap. 4.

48 Jag tar upp detta i min doktorsavhandling, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3.

Rättsekonomer rörde sig tidigare ofta på båda dessa plan, men verkar numer ha dragits mer mot normativ teori – åtminstone i skadeståndsrättsliga sammanhang i common law-rättsordningar. Den korrekativa rättviseteorin och dess efterföljare har dragits snarare i den andra riktningen. Den som förordar att skadeståndsrätten kan förklaras i termer av skydd för rättvisa, rättigheter eller rättsmedel behöver inte för den skull anse vare sig att det är bra att det finns ett skydd för rättvisa, rättigheter eller rättsmedel – även om de flesta som skriver om dessa saker förmodligen anser att det på något plan är önskvärt med ett skydd för dessa värden. Däremot har flera författare i detta fält ifrågasatt om det är önskvärt att en rättsordning över huvud taget innehåller regler om skadeståndsrätt.⁴⁹ Det är i och för sig svårt att tänka sig en modern västerländsk rättsordning som helt skulle avskaffa skadeståndssystemet, men en mindre drastisk version av denna idé – att *personskadeståndsrätten* skulle avskaffas till förmån för skatte- eller försäkringsfinansierade ersättningssystem – har förekommit i diskussionen i mer än ett halvsekel. Dessa tankar skulle inte nödvändigtvis stå i strid med en teori om korrektiv rättvisa. Ett system där personskador endast ersätts genom kollektivt finansierade ersättningslösningar kan inte förklaras med korrektiv rättvisa, utan snarare med distributiva rättviseargument. Sådana system skulle dock inte betraktas som skadeståndsrättsliga i normal bemärkelse och därför underminerar de inte förklaringen att skadeståndsrätten bäst förklaras med korrektiv rättvisa.

Under senare tid har korrektiv rättviseteori som en civilrättsteori i en vetenskaplig bemärkelse fallit tillbaka. Det beror på olika saker. En faktor är att i angloamerikansk civilrätt har perspektivet kommit att betraktas som en närmast banal beståndsdel av rättssystemet i dess konkreta uttryck.⁵⁰ Teorin tillför inte så mycket. Korrektiv rättvisa är en del av gällande rätt och rättviseterminologin är integrerad i den vokabulär som används även i rättstillämpningen. Ett exempel är att när Kanadas högsta domstol 2007 tog sig an ett obehörig vinst-tema och skrev ”[r]estitution is a tool of corrective justice”.⁵¹

49 Se Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge, Mass. 1992, kap. 9. En modernare version av denna uppfattning är att en rättsordning har en skyldighet att tillhandahålla något verktyg för den vars moraliska rättigheter överträds i utbyte mot att den förbjuder vissa former av privat ansvarsutkrävande (hämnad). Det verktyget skulle kunna vara en rätt att kräva skadestånd. Se för en kritisk genomgång, Sandy Steel, *The Moral Necessity of Tort Law – the Fairness Argument*, 41 *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 192 ff. (2021).

50 John Gardner uttryckte det på följande sätt: “any complete explanation of tort law [...] cannot but invoke considerations of corrective justice”, John Gardner, *What is Tort Law For? Del I. The Place of Corrective Justice*, 30 *Law and Philosophy*, s. 1 ff., på s. 6 (2011).

51 *Kingstreet Investments v. New Brunswick (Department of Finance)*, 1 SCR 3, st. 32 (2007). Se för en analys Ernest J. Weinrib, *Correctively Unjust Enrichment*, i Robert Chambers, Charles Mitchell och James Penner (red.), *Philosophical Foundations of The Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2010, s. 31.

Korrektiv rättviseteori är på sätt och vis ett offer för sin egen framgång. Förklaringen blev det som skulle förklaras.

3.4 RÄTTIGHETSTEORIER

I korrektiv rättviseteori spelar rättigheter en central roll, även om den närmare innebörden av denna roll skiljer sig åt mellan olika uttolkningar. Icke desto mindre är det en aristotelisk rättviseföreställning som utgör kärnan; det är ett rättvisebegrepp som utgör fundamentet för förklaringen av rätten. Andra förklaringsmodeller har istället rättighetsbegreppet som startpunkt. Grundtanken är att rättsliga fenomen – normer och läror – kan förklaras genom rättighetsargument.

Ordet rättighet används på olika sätt i rättsliga sammanhang. Ibland används ordet som en beskrivning för vilken som helst position eller status som skyddas av rättsordningen. Ibland används det mer inskränkt som en beskrivning av immaterialrättsliga normer. I detta sammanhang ska rättighet förstås i bemärkelsen mänskliga fri- och rättigheter.

Rättigheter har en speciell roll i ett rättssystem. Rättssystem består av normer som inordnas i ett hierarkiskt system. En enkel beskrivning av dessa normer är att högst upp i normkedjan finns grundlagsnormer, under dessa normer i lag, därefter föreskrifter, etc. I en sådan hierarki hör kodifierade rättighetsnormer i allmänhet till den högsta nivån i normkedjan, bland de konstitutionella normerna.⁵² En central funktion med rättighetsnormer är att de ska ge enskilda en möjlighet att skydda sig mot överträdelser av rättigheter även när dessa har stöd i, eller kanske till och med påbjuds, av lag. Detta möjliggörs genom att tilldela dem status som en högre typ av lag, på grundlagsnivå. (En mer långtgående position är att mänskliga rättigheter inte bara är en högre typ av lag i juridisk mening, utan att de är *naturrättsligt* grundade.)⁵³

52 I svensk rätt gäller det för rättighetskatalogen i 2 kap. regeringsformen och för rättighetsnormerna i yttrandefrihetsgrundlagarna. Det gäller däremot inte för Europakonventionen och barnkonventionen som är "vanliga" lagar.

53 Förhållandet mellan naturrätt och lagstiftad rätt kompliceras av att Europakonventionens inledning, som ingår i den bilaga som fogats till SFS 1994:1219 – lagen som införlivar Europakonventionen – i sig har en naturrättslig utgångspunkt: konventionen erkänner – inte skapar – "those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world". Karolina Stenlund beskriver det som att den som i en domstol hänför sig till en rättighet som ett normativt argument dels grundar sin talan på en rättslig lagstadgad norm, dels på en "utomrättslig normativ kraft", Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021, s. 30.

Rättigheter i denna senare bemärkelse har fått mycket större betydelse i svensk civilrätt under de senaste decennierna. Genom en serie avgöranden från år 2005 och framåt utvecklades grundläggande rättigheter, som de kommer till uttryck i Europakonventionen, till en självständig ansvarsgrund för det allmänna.⁵⁴ 2013 utsträckte HD denna praxis till att även omfatta regeringsformens rättighetsregler.⁵⁵ Rättighetsskadestånden har därefter reglerats genom paragrafen 3 kap. 4 § skadeståndslagen (1972:207).⁵⁶ Ämnet har under senare tid varit föremål för betydande rättsvetenskapligt intresse.⁵⁷

Mot denna bakgrund kan det konstateras att en rättighetsteori på åtminstone skadeståndsrättens område är förenlig med traditionella, rättsdogmatiska metoder. Rättighetsargument hör numer till samma juridiska verktygslåda som

54 De viktigaste domarna är NJA 2005 s. 462, där staten hade ett skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen för att inte ha uppfyllt kraven på en rättvis rättegång och NJA 2009 s. 463, där HD konstaterade att även en kommun kan ådra sig ansvar på konventionsgrund. Det finns inte något avgörande rörande en region eller ett kommunalförbund (jfr. 3 kap 1 § 2 st. skadeståndslagen) men det finns ingen anledning att tro att något annat gäller för dessa personer än för kommuner. Konventionsansvaret omfattar däremot inte privaträttsliga rättssubjekt – s.k. direkt horisontell effekt, NJA 2007 s. 747 och NJA 2015 s. 899.

55 NJA 2013 s. 323 och NJA 2013 s. 332.

56 Se ang. lagregeln Bertil Bengtsson, Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen, SvJT 2018 s. 93 ff.

57 Se Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021 och – mer översiktligt – Bertil Bengtsson, Rättighetsansvar, Stockholm 2022. Se för några olika författares infallsvinklar om Europakonventionsansvaret, skrivna vid olika tidpunkter i rättsutvecklingen Håkan Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2013, s. 544 ff.; Percy Bratt och Jan Södergren, Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet, ERT 2000, s. 407 ff.; Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010/11, s. 821 ff.; Iain Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna, SvJT 2006, s. 553 ff.; Johanna Chamberlain, Integritet och skadestånd, Uppsala 2020, s. 171 ff.; Clarence Crafoord, Inhemsk gottgörelse för kränkning av Europakonventionen, ERT 2001, s. 519 ff.; Sandra Friberg, Kränkningersättning, Uppsala 2010, s. 497 ff.; Stellan Gärde och Lisa Nyström, Rättsgrunder för skadestånd vid kränkning, Stockholm 2016; Sabina Hellborg, Diskrimineringsansvar, Uppsala 2018, s. 63 ff. 392 ff.; Jan Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling, JT 2008/09, s. 546 ff.; Philip Mielnicki, Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?, JT 2008-09, s. 357 ff.; Märten Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten: Rättighetsargument, SvJT 2011, s. 989 ff.; Wiweka Warnling-Nerep, Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare företeelse?, JT 2004-05, s. 170 ff.; Karin Wistrand, Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar – några utvecklingslinjer, SvJT 2019, s. 103 ff.; Karin Åhman, Skadestånd p.g.a. konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare?, JT 2005/06, s. 424 ff. Se för några kommentarer på utvecklingen när det gäller regeringsformen, Bertil Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen?, SvJT 2011 s. 605 ff.; ds. Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431 ff.; Clarence Crafoord, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd, SvJT 2009 s. 1062 ff. För jämförelser, se även Martin Mörk och Magnus Hermansson, En enhetlig skadeståndsordning vid överträdelser av grundläggande rättigheter, SvJT 2014 s. 507 ff.

culparegeln eller skadebegränsningsplikten och kan undersökas och förklaras på samma eller i alla fall liknande sätt. Det är dock inte en sådan metod som gör att det jag kallar rättighetsteorier passar in i det här sammanhanget. Det är istället försök att ge djupare förklaringar åt fenomenen i ”vanlig” juridik – i den argumentation som domstolarna använder för att döma på visst sätt och som parter och deras ombud använder för att förmå domstolar att döma på visst sätt – som är mitt fokus. Även sådana förklaringar kan emellertid framföras på olika nivåer.

En nivå som ligger rättsdogmatiken nära – och vissa betraktar den nog som rättsdogmatik – är att förklara rättsliga fenomen i ytstrukturen med stöd av juridiska normer i kodifierade rättighetskataloger. Justitierådet Stefan Lindskog var exempelvis inne på något sådant i ett särskilt tillägg i en dom om ersättning för sakskada. Lindskog beskrev det som att ersättningsrätten i detta sammanhang har sin bas i egendomsskyddet.⁵⁸ Personskada ersätts för att det finns mänskliga rättigheter som skyddar den fysiska och psykiska integriteten, sakskada och ren förmögenhetsskada för att egendomsvärden har ett rättighetsskydd och rent ideella skador för att olika ideella värden – som integriteten eller rätten att inte diskrimineras – har ett skydd.

I engelsk rätt är den mest inflytelserika framställningen Robert Stevens, *Torts and Rights*, som var en av de mest omdiskuterade civilrättsteoretiska monografierna under en period för ungefär femton år sedan.⁵⁹ Den övergripande idén är att skadeståndsrätt tillhandahåller sekundära rättigheter som ett remedium för att tillhandahålla rättsmedel mot intrång i primära rättigheter.

Mer typiskt för rättighetsteorier av det slag som här är av intresse är att de bygger en förklaringsram på en rättighetsuppfattning som ligger djupare än de ”vanliga” (nationella) lagar som uttrycker den. Det behöver inte innebära att de är naturrättsliga, i en s.a.s. ontologisk bemärkelse.⁶⁰ Men det innebär att tolkningen av de regler, principer och begrepp som ska förklaras görs i ett antagande av att det finns underliggande mer allmänna och ofta gränsöverskridande normer.⁶¹ Detta

58 NJA 2011 s. 576. ”Kostnaden ersätts endast i den mån den har behövts för ett effektivt återställande. Vad det innebär är en normativ fråga, vars svar beror på dels skyddssyftet med den regel vars överträdelse utlöser ansvar (vid sakskada handlar det med mitt synsätt ytterst om egendomsskyddet [...]).” Se för reflektioner Mårten Schultz, *Vid sakskada handlar det ytterst om egendomsskyddet*, i *Festskrift till Stefan Lindskog*, Stockholm 2018, s. 627 ff.

59 Robert Stevens, *Torts and Rights*, Oxford 2009.

60 Med detta avser jag sådana naturrättsliga uppfattningar som menar att det finns värden som existerar helt självständigt från sociala och samhällsliga praktiker.

61 Tanken om allmänna rättighetsnormer förutsätter inte att dessa normer är universellt giltiga. Det förekommer t.ex. rättighetskataloger som skyddar särskilda befolkningsgrupper. Det är emellertid inte ovanligt att rättigheter antas ha universell tillämpning, som FN:s Universal Declaration of Human Rights från 1948.

är, för anknyta till de olika typer av förklaringar som ovan beskrivits, således ett utflöde av den interpretativa synen. Fenomen i rättens ytstruktur förklaras utifrån fundamentala normer, men dessa normer är inte externa utan interna; det är rättsliga normer men på en annan nivå än de som uttrycks i paragrafer.

3.5 RÄTTSMEDELSTEORIER

Ordet rättsmedel tar sikte på de juridiska verktyg som en rättsordning tillhandahåller för den som vill ta strid för sina rättigheter eller på andra sätt vill få rättsordningens hjälp med att nå ett visst resultat. Ett skadestånd är en form av rättsmedel och, åtminstone i relationer mellan enskilda, det kanske viktigaste rättsmedlet, men det är inte det enda.

Vissa teorier som har vuxit ur den korrektiva rättvisetraditionen fokuserar på tillgången till just det rättsmedel som skadeståndet innebär, snarare än på att något skadestånd faktiskt utgår eller ens utkrävs.⁶² Det finns här alltså en koppling mellan materiell rättvisa och processuell rättvisa – tillgången till juridiska verktyg och att domstolarna svarar på aktioner som använder dessa verktyg.

Om någon stjälar min cykel har jag rätt till skadestånd från tjuven. Men det som är viktigt och som förtjänar en förklaring – enligt detta perspektiv – är inte att jag faktiskt kräver eller får pengar från tjuven. Det som är viktigt är att rättsordningen ger mig ett verktyg för det fall jag vill agera mot tjuven.⁶³ Det kan finnas många skäl som talar för att jag inte vill det. Tjuven kanske är en familjemedlem som har hamnat i missbruk och stal cykeln för att köpa narkotika. Eller så kanske jag värderar förlusten av cykeln lägre än värdet av den tid det skulle ta mig att vidta rättsliga åtgärder. Eller så har redan mina studenter, som tyckte synd om mig eftersom jag inte längre kan cykla till föreläsningar, gjort en insamling som har genererat mer pengar än vad cykeln var värd. Det kan finnas många anledningar till att jag inte använder det rättsmedel som rättsordningen tillhandahåller. Det viktiga är att jag har *tillgång* till ett rättsmedel för det fall jag skulle vilja göra något åt kränkningen av min egendomsrätt.

Den viktigaste teorin om rättsmedel kallas på engelska för civil recourse-teorin och har utvecklats genom en lång rad texter av John C.P. Goldberg och Benjamin C. Zipursky, antingen var för sig eller tillsammans. Den har nu fått ett sammanfattande uttryck i boken *Recognizing Wrongs* (2020).⁶⁴ Civil recourse-teorin

62 Om förhållandet mellan de olika perspektiven, se Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 *Georgia Law Review*, s. 695 ff. (2003).

63 Man skulle ur ett svenskt konventionsskadeståndsperspektiv kunna säga att detta perspektiv betonar betydelsen av art. 13 Europakonventionen framför betydelsen av de materiella rättigheter vars överträdelse kan utlösa ett ansvar.

64 John C. P. Goldberg och Benjamin C. Zipurskys *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Mass. 2020.

bygger på tanken om korrektiv rättvisa men vänder sig mot hur denna tradition ser på sanktioner (och andra remedier). Goldberg och Zipursky utgår, liksom korrektiva rättviseperspektiv, från en relation mellan två parter, där ena parten kräver upprättelse från den andra parten som anklagas för att ha kränkt den första personens rättighet. Detta är i linje med hur skadeståndsprocesser ser ut i praktiken. I verkligheten anlägger inte domstolarna, menar de, några övergripande samhälleliga perspektiv som medför att kostnaden för skada allokeras på ett sätt som kan antas leda till samhällsnytta.⁶⁵ I linje med vad som ovan framhållits fokuserar dock Goldberg och Zipursky inte på reparationen som sådan. De fokuserar istället på att rättsordningen ger den vars rättigheter kränkts ett verktyg att kräva upprättelse, som backas upp av användningen av den offentliga tvångsmakten. Goldberg och Zipursky kontrasterar sin uppfattning mot korrektiv rättviseteori även på andra sätt. De förhåller sig till andra former av skadeståndsrättsliga rättsföljder (som inte har samma ställning i svensk rätt), som ”injunctive relief” (förelägganden) och ”punitive damages” (besträffande skadestånd). Vidare anför de den välkända insikten – i svensk rätt främst diskuterad i samband med rent ideella skada – att en summa pengar inte kan ”korrigera” en skada och att ett fokus på tillgången till rättsmedel bättre återspeglar vad det är som s.a.s. egentligen händer i den skadeståndsrättsliga disciplinen.⁶⁶

4. CIVILRÄTTSTEORIER: NÅGRA GEMENSAMMA TEMAN

Det finns ingen enskild förenande tanke mellan de olika teorier som ovan skisserats. Det finns ingen gemensam metod.⁶⁷ Det finns däremot gemensamma teman. Det kan nu finnas skäl att försöka fånga in dessa gemensamma teman för att ge struktur åt en beskrivning av en teoribildning som jag inser är tämligen abstrakt och ”fluffig”.

65 I svensk HD-praxis finns det i och för sig avgöranden som delvis beaktar sådana perspektiv. Ett exempel är NJA 1991 s. 720 där HD fann att innehavare av en fjärrvärmeanläggning skulle ha ett strikt ansvar eftersom det kunde leda till att kostnaden för skador kunde pulvreras, antingen genom att den fördelades på kollektivet av nyttjare av anläggningen eller genom att innehavaren kunde teckna en billig försäkring. Dessutom antog HD att ett rent strikt ansvar kunde stimulera till ett ökat säkerhetsarbete.

66 Jfr. Gregory Keating, *Irreparable Injury and the Limits of Tort Law*, i: Paul B. Miller och John Oberdiek (red.), *Oxford Studies in Private Law Theory* Vol. II, Oxford 2023, s. 185 ff.

67 Andrew S. Gold har dock föreslagit att ett förenande drag är att de utgår från “the internal point of view”, se Andrew S. Gold, *Internal and External Perspectives: On Methodology in the New Private Law*, i Andrew S. Gold, John C.P. Goldberg, Daniel Kelly, Emily Sherwin och Henry Smith (red.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford 2021, kap. 1. (“A thread that runs throughout New Private Law theory is an interest in the internal point of view that is combined with an interest in empirical research, functional analysis, or the practical effects of legal doctrine.”) Se även Paul B. Miller och Jeffrey A. Pojanowski, *The Internal Point of View in Private Law*, 67 *American Journal of Jurisprudence*, s. 247 ff. (2022).

4.1 SKEPSIS MOT INSTRUMENTALISM

Ett gemensamt drag som redan fått ett visst utrymme här är en historisk förankring i perspektiv som vuxit fram i opposition mot sådana instrumentella uppfattningar som kännetecknar den amerikanska rättsrealismen (Oliver Wendell Holmes) och efterföljande instrumentalistiska skolbildningar, f.f.a. rättsekonomin.⁶⁸ Rättsekonomiska förklaringar syftar till att förklara rättsliga fenomen utifrån ekonomiska grundantaganden, t.ex. om effektivitet.⁶⁹ En sådan förklaring kan vara att culparegeln har utvecklats genom domstolspraxis på ett visst sätt eftersom domare medvetet eller omedvetet formulerat regelns innebörd på ett sätt som balanserar intresset av handlingsfrihet mot intresset av att inte bli skadad utifrån samhällsekonomiska effektivitetshänsyn. Ett konkret exempel kan vara att en högsta domstol i ett rättsbildande avgörande placerar risken för en viss risk, säg: risk för ekonomisk skada till följd av rådgivning, på den som billigast kan försäkra sig mot risken. De civilrättsteorier som tas upp här prioriterar alltså förklaringar som *inte* relaterar undersökningsobjektet till ”externa” värden som effektivitet.⁷⁰ Rätten kan således förklaras utifrån internrättsliga utgångspunkter utan kopplingar till vad den leder till eller vilka intressen den

68 Det har sagts om den kanske allra mest inflytelserika framställningen i denna nya våg, John C. P. Goldbergs och Benjamin C. Zipurskys *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Mass. 2020, som framställningsmässigt vinnlägger sig om att vara för något och inte emot, icke desto mindre i första hand ska förstås som kritik mot rättsekonomiska förhållningssätt, se Catherine M. Sharkey, *Modern Torts: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, 134 *Harvard Law Review*, s. 1423 ff., på s. 1425 (2021). (*Recognizing Wrongs* är “first and foremost, a sustained critique of the law-and-economics, deterrence-focused view of tort law, rather than (as [Goldberg & Zipursky] set forth) the affirmative case for the “wrongs and redress” account of tort law.”) Se vidare för en djuplodande analys av förhållandet mellan den amerikanska rättsrealismen och civilrättsteori Hanoch Dagan, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford 2013.

69 Det finns två olika centrala rättsekonomiska infallsvinklar. Richard Posners teorier sätter Kaldor-Hicks effektivitetsprincip i centrum. Enligt denna princip är en åtgärd – t.ex. ett beslut eller en dom – motiverad om den leder till en ekonomisk nettovinst för ett samhälle efter avdrag för kostnader och förluster, oavsett hur vinsterna fördelas. Den klassiska framställningen är William M. Landes & Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Boston, Mass. 1987. Posners perspektiv, som brukar betraktas som ”höger” (libertarianskt), har dominerat. Den som först använde ekonomiska argument i skadeståndsteoretiska sammanhang på ett mer sammanhållet sätt, Guido Calabresi, var däremot präglad av välfärdsstatsideal, se *The Costs of Accidents*, New Haven Ct. 1970. Calabresi verkar ha fått ett uppsving i en ny generation skadeståndsforskare, se t.ex. Catherine M. Sharkey, *Modern Torts: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, 134 *Harvard Law Review*, s. 1423 ff. (2021). (Skandinaviska läsare som inte närmare följer USA:s högsta domstol kan finna intresse i Sharkeys redogörelser för hur Calabresi blivit en vattendelare i domstolen mellan domare, som i svenska medier behandlas som hörandes till samma läger eftersom de nominerats av Donald Trump.)

70 Ernest J. Weinrib har gjort en berömd jämförelse: “Explaining love in terms of extrinsic ends is necessarily a mistake, because love does not shine in our lives with the borrowed light of an extrinsic end.”, Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. 1995, s. 6. Han menar att det ligger till på samma sätt med skadeståndsrätten.

främjar. Det innebär att förklaringar inom dessa teorier prioriterar interpretativa perspektiv framför instrumentella.⁷¹ Dessa teorier har som sagts mer specifikt utvecklats i direkt opposition till rättsekonomin, särskilt Richard Posners rätts-ekonomiska uppfattningar.⁷² Denna inställning av att vara i opposition har understundom varit en källa till raljans.⁷³

4.2 TEORIBYGGEN

Ett annat gemensamt drag, om man närmar sig ämnet utifrån ett nordiskt håll, är att teorierna i hög grad är teoretiska, inte sällan väldigt teoretiska.⁷⁴ Det finns en betydande överlappning mellan dessa sfärer och de som tidigare oftare etiketterades som skadeståndsfilosofier.⁷⁵ Vid amerikanska universitet rymms dessa perspektiv inom ramen för behandling av materiella civilrättsämnen – de kan

71 En utveckling har skett under senare tid. Den starka anti-instrumentalistiska syn som präglade vissa tidiga författarskap – tydligast kanske hos Ernest J. Weinrib (Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. 1995) – har idag i vissa sammanhang ersatts av en mer öppen syn, se Andrew S. Gold m.fl., Introduction, i Andrew S. Gold, John C.P. Goldberg, Daniel Kelly, Emily Sherwin and Henry Smith (red.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, Oxford 2021, s. xv. Vissa författare karakteriserar den nya civilrättsteorin som ett perspektiv som utgör ett tredje alternativ till instrumentalism och formalism, se Felipe Jiménez, *Understanding Private Law*, i: Thilo Kuntz and Paul B. Miller (red.), *Methodology in Private Law Theory*, Oxford 2024, s. 75 ff.

72 Posner har utvecklat sina tankar i ett stort antal texter, se t.ex. Richard A. Posner, *The Economics of Private Law*, Cheltenham 2011, del 2. Forskare som kommer från ett "kritiskt" håll har framhållit att även om rättsekonomin betraktas som huvudmotståndare till t.ex. korrektiv rättsvisa så är de båda skolorna inte några politiska motpoler; jfr. Martha Chamallas, *Critical Torts Theory and the Measure of Injury*, NYU Press blog 9 oktober 2009, tillgänglig på <https://www.fromthesquare.org/critical-torts-theory-and-the-measure-of-injury/>.

73 John Gardner skrev i en av sina sist publicerade uppsatser: "For the best part of fifty years, theoretical reflection on the law of torts has been afflicted by a schism between 'economic' and 'moral' approaches. More than an affliction, the schism has become an obsession among many who place themselves on the 'moral' side. On the 'moral' side, many write with embarrassing defensiveness as if their main task were to see off the economic threat. Those on the 'economic' side who react at all tend to react condescendingly. As this cartoon suggests, the economists hold greater cultural sway, and this lends them a certain swagger in their work that their adversaries generally lack.", John Gardner, *Tort Law and its Theory*, i J. Tasioulas (red.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, Cambridge 2020, s. 352 ff., på s. 352.

74 Detta har emellanåt varit en måltavla för kritik, se t.ex. John Murphys skepsis mot teoretiska förklaringar som betonar koherens, *Contemporary Tort Theory and Tort Law's Evolution*, 32 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, s. 413 ff. (2019). Goldberg och Zipursky frågar sig i en artikel varför så mycket skadeståndsteori är filosofisk, John C. P. Goldberg och Benjamin C. Zipursky, *The Place of Philosophy in Private Law Scholarship*, i Thilo Kuntz och Paul B. Miller (red.), *Methodology in Private Law Theory*, Oxford 2024, s. 277 ff.

75 Det var Jan Hellner som först använde detta uttryck på svenska, se senaste upplagan av Hellners/Radetzki's lärobok: Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 12 uppl., Stockholm 2023, s. 45 f. Två centrala antologier är David Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995 och John Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014.

ingå i utbildningen för juridikstudenter som läser avtalsrätt, skadeståndsrätt och sakrätt. För en nordisk betraktare framstår civilrättsteorierna i hög grad som sådana rättsteorier som tas upp i just rättsteori, i Sverige primärt inom ramen för den allmänna rättsläran. Det hänger samman med att flera av de mest inflytelserika författarna i fältet är filosofer eller rättsfilosofer och författarskapen i hög utsträckning har präglats av filosofin. En generell tendens är att civilrättsteorierna med åren blivit alltmer tekniska och svårtillgängliga för jurister (och andra) som inte själva är verksamma inom paradigmet.⁷⁶

4.3 FOKUS PÅ GRUNDBEGREPPEN

Ett tredje gemensamt drag är att dessa civilrättsteorier ofta präglas av ett skärskådande av civilrättsliga grundbegrepp. Med ”skärskådande” menar jag att fokus ligger på undersökningar av hur begreppen ska förstås på djupet, utifrån hur de används i rättsordningen.

Det är framför allt just *grundbegreppen* som underkastas sådan analys. I nordisk skadeståndsrätt skulle – om man håller sig till skadeståndsrätten – det primärt vara culpa-, kausalitets- och skadebegreppen samt kanske adekvans och normskyddsbegreppen. I angloamerikansk rätt blir undersökningsobjekten begrepp som ”wrong” och ”duty of care”. Dessa teman är inte lika självklara i en nordisk kontext.

Detta fokus innebär att ”mindre” principer ofta inte omfattas av teoribyggena. Vilka dessa mindre principer är beror på vilken rättsordning som man utgår från. Ur ett svenskt perspektiv skulle det kunna vara regeln om vårdnadshavares ansvar för barns brott, men även jämkningsreglerna i 3 kap. 6 § och 6 kap. 2 § skadeståndslagen. I en angloamerikansk kontext kan det vara mindre vanliga typer av ”actions”, t.ex. den i många rättsordningar – men inte alla – avskaffade kategorin ”alienation of affection” (som tar sikte på när någon kräver skadestånd från en person som har påverkat hans/hennes äktenskap negativt) eller ”injunctions” (förelägganden av olika slag).

5. REFLEKTIONER

5.1 INLEDNING

Denna presentation av de civilrättsteorier, eller nya civilrättsteorier, som kommit att dominera vid många angloamerikanska lärosäten ger inte mer än konturer av en teoribildning. Det finns icke desto mindre skäl att avsluta med några

⁷⁶ Många författare vinnlägger sig dock om att framställa sina uppfattningar på ett så enkelt sätt som möjligt. Ett bra exempel är John C. P. Goldberg och Benjamin C. Zipursky, *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Mass. 2020.

övergripande reflektioner utifrån ett svenskt och nordiskt perspektiv. Jag använder i detta avsnitt uttrycket ”nordisk” när jag skriver om perspektiv som gäller för de nordiska rättsordningarna i stort och ”svensk” när det är just svenska förhållanden som avses.

5.2 CIVILRÄTTSTEORIER OCH NORDISK RÄTTSVETENSKAPLIG KULTUR

I de nordiska länderna finns inte samma historia av stora, vetenskapliga teorier om civilrätt som i angloamerikanska rättsordningar, framför allt USA. Det hänger nog delvis samman med att rättsvetenskapen i de nordiska länderna har betydligt närmare kontakt med den praktiska juridiken än i många andra länder. Många rättsvetenskapligt verksamma författare betraktar inte sin uppgift som väsensskild de uppgifter som utförs av domare och lagstiftare. En utredning siktar ofta på att kartlägga gällande rätt med ambitionen att ge en neutral och rättvisande bild av hur ett rättsläge bäst kan förstås för de som är yrkesverksamma inom fältet. Det är inte helt olikt en SOU.

Det är dessutom så att det inte är ovanligt att rättsvetenskapligt verksamma jurister engageras i praktiska juridiska sammanhang: universitetsanställda deltar i lagstiftningsarbetet, skriver utlåtanden, tjänstgör som domare eller skiljemän eller får uppdrag av myndigheter. De nordiska rättsordningarna befolkas av förhållandevis få jurister, som roterar i olika funktioner. Det minskar distansen mellan akademien och rättstillämpningen men även rättsbildningen. Forskaren i rättsvetenskapen är inte en extern observatör av det som sker i lagstiftningen och rättstillämpningen utan en del av en större rättslig gemenskap, till skillnad från forskaren i konstvetenskap eller statsvetenskap som utifrån vetenskapliga teorier förklarar det som ska förklaras. Jag menar naturligtvis inte att det är samma sak att ägna sig åt rättsvetenskap som att döma – eller att det är rättsvetenskap att skriva något motsvarande en dom. Vad jag menar är att många rättsvetenskapligt aktiva har ena foten i den verklighet som deras forskning förklarar och att de kunskaper det medför gör att behovet av övergripande filosofiskt influerade teorier inte uppfattas som lika stort.

I vår vetenskapskultur är det svårare för stora teorier att få fäste.⁷⁷ Rättsekonomin har aldrig haft något genomgripande inflytande över rättsvetenskapen i allmän civilrätt i de nordiska länderna – även om det förekommit en del försök.⁷⁸

⁷⁷ Ett tydligt exempel på en närmast motsatt inställning till det som beskrivs i denna uppsats är Håkan Anderssons författarskap. Han inleder sin stora trilogi om skadeståndsrätten med att beskriva att hans drivande idé är ”närläsningar av de små berättelserna”, Håkan Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, 1.1.

⁷⁸ Se för ett exempel från senare tid Rasmus Østergreen, *Retsøkonomi i juridisk argumentation ”revisited”*, 135 *TfR* s. 187 ff. (2022) och Tone Ognedal och Endre Stavang (red.), *Jus och samfunnsøkonomi*, Privlus 216, Oslo 2021.

I andra discipliner har inflytandet varit större. Eftersom sådana civilrättsteorier som tagits upp här i hög grad formerats i motstånd till rättsekonomin är det inte så förvånande att de inte tilldragit sig något större intresse i Norden.

5.3 CIVILRÄTTSTEORIER FÖRKLARINGSVÄRDE I OLIKA RÄTTSTRADITIONER

Den typ av forskning som tagits upp här har som sagts först vuxit fram i angloamerikansk rättsvetenskap. Formuleringen ”angloamerikansk rättsvetenskap” och inte ”common law” är inte oproblematiske. En invändning är att de dominerande teoriernas funktion har olika förklaringsvärde i olika angloamerikanska rättsordningar. Även om den uttalade ambitionsnivån är att förklara common law så träffar teorierna sämre på engelsk eller australisk rätt än på USA:s rättsordningar, har det hävdats.⁷⁹

Det har vidare förekommit en intern kritik framför allt i England om att denna teoribildning har ett annat problem, nämligen att den inte träffar på den skadeståndsrätt som regleras genom lagstiftning – vilket är en allt större del.⁸⁰ Denna kritik stämmer så till vida att de författare som dominerar fältet oftast intresserar sig för ”common law torts” snarare än skadeståndsrätten i stort. Ett vanligt angreppssätt är att utifrån teoretiska premisser närläsa ”ledande” prejudikat och använda dessa observationer för att testa teorin. Om de ledande civilrättsteoriernas förklaringsvärde på denna grund kan ifrågasättas när det gäller Australien och Kanada kan det även finnas anledning att vara skeptisk kring vad de kan tillföra för de nordiska rättsordningarna.

Det kan i vart fall konstateras att angloamerikanska teorier som syftar till att finna moraliska förklaringar för civilrättens, särskilt skadeståndsrättens, grundläggande begrepp inte kan överföras till en svensk eller nordisk kontext utan att modifieras. Orsaks- och skadebegreppen behöver inte vara så olika och egentligen inte heller ansvarsavgränsningsprinciper som adekvans eller motsvarande (proximate cause/foreseeability/remoteness of damage). Det är framför allt duty of care-begreppet och kopplingen till ansvarsgrunden och metoden som skiljer de nordiska rättsordningarna från de angloamerikanska.

En mer djuplodande svårighet framträder om man betraktar undersökningsobjektet inte som skadeståndsrättsligt utan som ersättningsrättsligt. Ersättnings-

⁷⁹ Se James Goudkamp och John Murphy, *The Failure of Universal Theories of Tort Law*, 21 *Legal Theory*, s. 47 ff. (2015), som tar upp tre civilrättsteoretiska författarskap (Ernest J. Weinrib, Robert Stephens och Richard Posners) och applicerar deras uppfattningar på iakttagelser från fyra olika rättsordningar. Goudkamps och Murphys slutsats är att samtliga dessa misslyckas som övergripande förklaringsmodeller.

⁸⁰ Se James Goudkamp och John Murphy, *Tort Statutes and Tort Theories*, 131 *Law Quarterly Review*, s. 133 ff. (2015).

rätten som övergripande perspektiv – ett perspektiv som inkluderar inte bara skadeståndsrätten utan även ersättningslösningar i privat- och socialförsäkring – har fallit tillbaka under senare tid. Det är icke desto mindre en truism att rättssystemet kring ersättningar har byggts upp utifrån ersättningsrättsliga synsätt utifrån samhälleliga ambitioner att hantera allokering av risk och kostnader för skador på lämpliga aktörer: ibland skadevällaren, ibland försäkringstagarkollektiv eller det allmänna.

De individualistiskt hållna teorier som diskuterats här har ett begränsat förklaringsvärde i ett ersättningsrättsligt sammanhang. Men det behöver inte vara ett problem. Det finns inget som säger att en förklaring av rättsordningens hantering av skadelidande måste fokusera på ersättningen istället för ansvaret. Det är forskarens val att definiera sitt objekt. Dessa förklaringsobjekt är inte ersättningsystemet i stort utan just det individuella ansvaret.⁸¹

5.4 ANPASSAS UNDERSÖKNINGSOBJEKTET EFTER TEORIN?

Ett typiskt förhållningssätt hos de författare som är verksamma i det civilrätts-teoretiska fältet är att fokusera på allmänna teman. I skadeståndsrätten är objektet för förklaringen den allmänna skadeståndsrätten och på att konstruera förklaringar av centrala juridiska begrepp så som de används i vissa utvalda rättskällor utifrån moraliska begrepp. Det görs på ett sätt som får det som förklaras att framstå som moraliskt i linje med hur rättssystemets ”insiders” förstår meningen med det de ägnar sig åt om de skrapar på ytan.

Som ovan beskrivits fokuserar civilrättsteorier på att ge förklaringar av de centrala begreppen. Det innebär att undantag från huvudregler ofta får begränsat utrymme. Ett sådant undantag som har stor praktisk betydelse, både i svensk och angloamerikansk rätt, har härvid en särskild position i debatten. Redan den första generationens civilrättsteoretiker – korrektiva rättviseteoretiker – kritiserades för att deras förklaringar inte gav tillräckligt utrymme för andra ansvarsformer än culpaansvar.⁸² Vissa av de som omfattades av denna kritik konstaterade helt enkelt att strikt ansvar inte hade med korrektiv rättvisa att göra – och därmed snävas området för teorin in i förhållande till hur väl den passar med verkligheten.⁸³ Mer moderna framställningar strävar överlag efter att omfatta även strikt ansvar.⁸⁴ Men det finns fortfarande – för att uttrycka det svepande –

81 Se för en diskussion kring denna typ av teorier och ersättningsrättsliga lösningar, Adam Slavny, *Wrongs, Harms and Compensation*, Oxford 2023.

82 George P. Fletcher var väldigt kritisk mot hur Jules L. Coleman hanterade strikt ansvar i *Risks and Wrongs*, se George P. Fletcher, *Corrective Justice for Moderns*, 106 *Harvard Law Review*, s. 1658 ff., på s. 1661 ff. (1993).

83 Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford 1995, s. 177.

84 Som två exempel på monografier från senare år som behandlar olika ansvarsformer kan tas

ett intryck av att teorin får styra undersökningsobjektet. De stora teorierna fokuserar på de centrala ansvarsförutsättningarna vilket gör rent strikt ansvar till ett randfenomen, bortom den ”riktiga” skadeståndsrätten. Ur ett svenskt perspektiv, med ett stort antal lagar som innehåller regler om rent strikt ansvar för allt från säkerhetsbrister i produkter, hundar som bits och kraschande flygplan, framstår inte rent strikt ansvar som ett apart inslag i disciplinen, även om det förvisso är ett undantag från huvudregeln.

Normer som inte hör till disciplinens centrala läror och principer riskerar alltså att hamna utanför dessa övergripande förklaringar. Som ytterligare exempel kan ur ett svenskt perspektiv tas de brottsofferersättningar som tillkommit genom lagstiftarinitiativ, såväl kränkningsersättningen som den särskilda anhörig-ersättningen, som framstår som anomalier i de tolkningsmodeller som ovanstående teorier erbjuder.⁸⁵

6. SAMMANFATTANDE IAKTTAGELSER

”Civilrättsteorier”, eller ”nya civilrättsteorier”, har klivit fram som det mest framgångsrika teoretiska perspektivet på civilrätten i angloamerikansk teori under senare tid, särskilt i USA. Dessa teorier har anspråk på att ge övergripande förklaringar av antingen civilrätten i stort, eller av civilrättsliga underdiscipliner – framför allt skadeståndsrätten och avtalsrätten. I denna text har fokus legat på skadeståndsrätten.

I denna artikel har jag presenterat några grunddrag som är gemensamma för dessa teorier, som är delvis brokiga. De utgår från ett insidesperspektiv – de försöker förklara rättssystemet på ett sätt som personer verksamma i systemet kan finna plausibelt. Samtidigt siktar förklaringarna in sig på en djupare nivå än traditionella rättsdogmatiska förklaringar – de försöker se vilka normativa mönster som regler och principer i rättens ytstruktur vilar på. De strävar efter, i likhet med hur vetenskapsideal historiskt ofta uppfattats när det gäller naturvetenskapen, *stora* förklaringar: ambitionen är att förklara skadeståndsrätten som disciplin, inte att förklara varför exempelvis 28 § växellagen är konstruerad som den är. Ett gemensamt drag är att dessa teorier mer eller mindre har sin bakgrund i förklaringsmodeller av rätten som kopplar rättsregler till idéer om rättvisa, framför allt Aristoteles idé om korrektiv rättvisa. Dessa har i sin tur vuxit fram i opposition mot instrumentalistiska teorier – särskilt

John C. P. Goldbergs och Benjamin C. Zipurskys *Recognizing Wrongs*, Cambridge, Mass. 2020 och Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Cambridge, Mass. 2016.

85 Ang. utvecklingen, se Märten Schultz, *Ideell skada i skadeståndslagen: särskilt om särskild anhörig ersättning*, *Skadeståndslagen 50 år*, Uppsala 2023, s. 241 ff.

rättseconomiska – som beskriver rättsliga fenomen utifrån externa mål, som samhällsnytta eller effektivitet.

I slutet av uppsatsen diskuteras vissa svårigheter, bl.a. med att föra över en teoribildning som har sin utgångspunkt i framför allt engelsk och amerikansk rätt till en nordisk eller svensk kontext. En anledning till att inte så många nordiska rättsvetenskapare involverats i arbetet med dessa teorier kan vara den vetenskapskultur som präglar de juridiska fakulteterna. Det finns ingen tradition av sådana här övergripande stora förklaringsmodeller i Norden, i vart fall inte någon stark tradition. Vår rättskultur kan av olika skäl vara mindre mottaglig för dessa impulser än andra länders. Det kan finnas fler skäl till att det här inte är perspektiv som framstår som attraktiva för svenska forskare, men det kan ändå finnas skäl att hålla ögonen på utvecklingen.

