

35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad?

Av hovrättsassessor ROBERTH NORDH

1. Inledning

Det moderna samhällets teknologiska struktur, vetenskapliga landvinningar osv. har fört stora delar av industrivärldens befolkning in i en tid av hög levnadsstandard i materiellt hänseende. Massproduktion, massdistribution och masskonsumtion har emellertid också ökat risken för att människor och deras egendom skadas av miljöfarliga utsläpp, felaktiga produkter och andra skadekällor. Varor med hög teknisk utvecklingsgrad — och i deras kölvatten, billigare och oftast kvalitetsmässigt sämre kopior — samt komplicerade tillverkningsprocesser medverkar till att många skador är svårutredda och ibland även svårupptäckta. Främst är det fastställandet av orsaksfaktor och kausalsamband som medför problem, men också skadans omfattning och värdering kan vara besvärligt att bedöma.

I den senare frågan har domstolarna — och den beviskyldige parten — hjälp av 35:5 RB, som ger rätten möjlighet att i vissa fall uppskatta skadan till skäligt belopp, om full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras. Lagrummet, dess tolkning, tillämpning och funktion har utförligt och inträngande analyserats av Per Henrik Lindblom i den nyligen utkomna Festskrift till Bertil Bengtsson under rubriken Tradition, precision och schablon — om förenklad beräkning av skadestånd i process.¹ Som framgår av uppsatsen kan det anläggas flera synpunkter på hur stadgandet närmare bör förstås. Denna artikel är ett försök att ge ett något annorlunda svar på frågan om vilket mandat paragrafen ger rätten än det Lindblom ger uttryck för.

En diskussion om innebörden av 35:5 RB för att söka fastslå det handlingsutrymme — och den handlingsplikt² — stadgandet lämnar domstolen kräver oundgängligen användandet av flera processuella termer, vars mångtydighet och svårdefinierbarhet är själv-

¹ Se angående andra författare som diskuterat 35:5 RB, Lindblom i Festskrift till Bengtsson, 1993, s. 325 not 21.

² Som Lindblom (a. a. s. 328 ff.) närmare utvecklar ger paragrafens fakultativa utformning domstolen endast en skenbar valfrihet. Märk dock att lagrummet inte anses befria part från att presentera den utredning som skäligen kan åstadkommas (NJA II 1943 s. 449). Frågan är hur rätten skall förfara om det finns sådan utredning att tillgå, men bedömer att utredningen inte är att jämföras med full bevisning?

klara för en processualist. Vi övriga konstaterar att begreppen är outgrundliga, men trots allt fungerar bra att använda. Vilken betydelse termerna ges här skall jag kort beskriva i nästa avsnitt (2), som också innehåller en kort bakgrundsteckning till de följande partierna. Därefter behandlas den närmare innebörden av 35:5 p. 1 RB, med inriktning på vad som menas med att rätten får uppskatta en skada till skäligt belopp (3). Avslutningen (4) är kort, frågvis och svarslös.

2. Bakgrund

Terminologi

Ett centralt spörsmål i Lindbloms uppsats är om skälighetsupp-skattningen enligt 35:5 RB skall betraktas som en rättsfråga eller en sakfråga. Med sakfråga menas vanligen det som har med bevisningen i målet att göra, medan övrigt hänförs till rättsfrågan.³ Ett annat viktigt begreppspar är rättsfaktum och bevisfaktum. Skillnaden häremellan är av stor betydelse vid tillämpningen av rättegångsbalken, även om ingen av termerna återfinns i lagtexten. Där talas endast om omständigheter, ibland närmare angett som "omständigheter som åberopas till stöd för talan" och liknande. I förarbetena skiljer man mellan omedelbart och medelbart relevanta omständigheter.⁴ De förra utmärks av att de har en rättsföljd knuten till sig, medan de senare endast har betydelse som bevis för en omständighet av det förra slaget. Med Ekelöfs terminologi betecknas här de förra rättsfakta och de senare bevisfakta.⁵ Ibland består ett rättsfaktum av flera omständigheter, som tillsammans men inte var för sig kan leda till att en viss rättsföljd inträder.⁶ Även om det kan synas något oegentligt används här begreppet rättsfaktum både med avseende på det s. k. komplexa rättsfaktumet och på de fakta som konstituerar detta.

Att skilja mellan rättsfakta och bevisfakta är, som nämnts, av stor vikt för en riktig tillämpning av rättegångsbalkens bestämmelser. Reglerna om taleändring (13:3 RB), dispositionsprincipen (17:3

³ Jfr Ekelöf & Boman, Rättegång I, 1990, s. 36. Också bevisfrågor innefattar dock rättsfrågor, t. ex. när det gäller att ta ställning till bevisbörda och beviskrav. I Bergström-Håstad-Lindblom-Rylander, Juridikens termer, 1993, förklaras rättsfråga som "fråga om den rent rättsliga bedömningen av de faktiska omständigheterna i ett mål" och sakfråga som "frågan om de faktiska omständigheterna i ett mål, bevisfråga". För en utförlig studie av begreppen, se B. Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, 1987.

⁴ Se t. ex. NJA II 1943 s. 204.

⁵ Ekelöf & Boman, Rättegång I, 1990, s. 32.

⁶ Ett exempel härpå är "vårdslöshet". Att en bilist färdats i 100 km/tim i dimma och mörker på en våt och hal vägbanan är omständigheter som tillsammans kan konstituera att föraren anses ha handlat vårdslöst. Var och en av dessa omständigheter är i sig inte nog för att vårdslöshet skall anses föreligga och är inte heller bevis för vårdslösheten (däremot kan t. ex. konstaterandet av dimma ha bevisvärde för att vägbanan var våt); jfr Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 13.

RB) osv. liksom bevisbörderegler gäller endast rättsfakta. Parternas och domstolens frihet att handskas med bevisfakta är större. Gränsdragningen mellan rättsfakta och bevisfakta är av stor, för att inte säga avgörande, betydelse för den åsikt om hur 35:5 RB bör uppfattas som förs fram här. Det bör dock framhållas att det som sägs fortsättningsvis inte ger något svar på vilka riktlinjer, instrument, tillvägagångssätt osv. som domstolen bör använda sig av för att särskilja den ena faktumkategorien från den andra (men möjligen en antydning om hur frågan kan bedömas vid uppskattning av skada).

Närmare om problemets avgränsning

35:5 p. 1 RB lyder:

”Om det är fråga om uppskattning av en inträffad skada och full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras, får rätten uppskatta skadan till skäligt belopp.”

Lagrummet ger upphov till flera spörsmål, men föremålet för diskussionen här är innebörden av de fem sista orden. För att nå fram dit måste man dock först ta sig igenom de två första raderna och besvara de frågor som dessa 25 ord ger upphov till. Det finns skäl att ägna detta några inledande ord.

Lokutionen ”uppskattning av en inträffad skada” tar sikte på skadans omfattning och dess värdering.⁷ Lagrummets tillämpning förutsätter alltså att domstolen redan konstaterat att det föreligger en skada. Gränsdragningen mellan denna prövning och fastställandet av skadans omfattning synes dock inte alltid helt klar. Är det en prövning av förekomsten av skada eller skadans omfattning när rätten tar ställning till om en person lidit en inkomstförlust bestående i förlorad arbetsinkomst, semesterersättning och pension?⁸

Endast om prövningen anses röra skadans omfattning (eller värdering) kan part komma i åtnjutande av den bevislindring som 35:5 RB erbjuder. Visserligen kan det tänkas att domstolen finner att omständigheterna i målet föranleder en sänkning av beviskraven, oberoende av detta lagrum. Full bevisning brukar t. ex. inte krävas om orsakssamband mellan ett visst handlande och en skada i fall som rör besvärliga tekniska eller andra vetenskapliga förhållanden.⁹ Det måste dock kännas tryggare för en part att kunna luta

⁷ NJA II 1943 s. 449.

⁸ E. Danielsson, Skadeståndsrättsliga spörsmål, Försäkringsjuridiska Föreningens publikation nr 10, 1953, s. 5 ff., synes hävda att 35:5 RB inte åsyftar skada i betydelsen en fysisk förändring; en åsikt som, enligt vad som framgår nedan, jag inte delar.

⁹ Se bl. a. NJA 1977 s. 176, 1981 s. 622 och 1982 s. 421.

sig mot en uttrycklig i lag given bevisregel än att behöva spekulera i domstolens vilja att därutöver frångå normala beviskrav.

35:5 RB utgår vidare från att någon har bevisbördan för skadans omfattning och värde. Regeln förutsätter ju för sin tillämpning att det inte går eller är förenat med alltför stora svårigheter att föra full bevisning i detta hänseende.¹⁰ Däremot säger stadgandet inget om det beviskrav som uttrycket full bevisning implicerar. Allmänt omfattade bevisprinciper får dock anses innebära att den som har bevisbördan för ett faktum skall styrka det.¹¹

Med dessa förutsättningar för handen är det dags att gå över till att diskutera vad som ligger i uttrycket att rätten får ”uppskatta skadan till skäligt belopp”. Är det fråga om att domstolen ges möjlighet att företa en skälighetsuppskattning av skadeståndet? Eller är betydelsen av stadgandet inte alls den som dess lydelse synes ge vid handen? Är det inte skadan utan något annat vars skälighet rätten skall bedöma?

3. Skälighetsregeln i 35:5 RB

Tolkad efter ordalagen torde 35:5 p. 1 RB kunna förstås så, att rätten skall göra en beloppsmässig skälighetsuppskattning av en inträffad skada. Domstolen ges en möjlighet att efter fritt skön bestämma den ersättning en skadelidande skall ha, när bevissvårigheter omöjliggör en uppskattning grundad på sedvanliga bevisregler. Det är dock inte fråga om en skälighetsbedömning i den meningen att rätten får bestämma ersättningen efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheter hänförliga till den skadelidandes och skadevällarens personliga och ekonomiska förhållanden, efter graden av vållande och dylikt. Uppskattningen skall avse full ersättning för skadan, före eventuell jämkning.¹²

Är 35:5 RB att uppfatta på det sättet har jag svårt att invända mot Lindbloms argumentering för att skälighetsbedömningen skall behandlas som en rättsfråga. Det ter sig främmande att påstå att uppskattningen av skäligt belopp är en sakfråga. Skäligheten vore i sistnämnda fall det rättsfaktum som är föremål för parternas bevisning. Men går existensen eller icke-existensen av vad som är skäligt att bevisa? Kan en skälighetsbedömning vara sann eller falsk? Det

¹⁰ Den s. k. överviktsprincipen går enligt min mening inte att förena med en regel om lättnad från kravet på full bevisning, eftersom det då redan från början är tillräckligt med minsta möjliga sannolikhetsövervikt för att rätten skall anse ett faktum bevisat. En bevislättnad innebär i sådant fall att rätten skulle lägga ett faktum, vars existens är mindre sannolik än dess icke-existens, till grund för sin bedömning; jfr Lindblom, a. a. s. 334 f.

¹¹ Jfr Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 62 samt Processkommissionens betänkande SOU 1926:32 s. 261.

¹² Jfr NJA II 1943 s. 449.

ligger nära till hands att svara nej på båda dessa frågor. Skälighetsbedömningen innefattar en rättslig bedömning som skiljer den från verksamheten att fastställa existensen eller icke-existensen av ett visst sakförhållande.

Det finns emellertid skäl att fråga om 35:5 RB över huvud taget åsyftar en skälighetsbedömning av det slag som här berörs. Är det inte möjligt att läsa stadgandet så, att det ger endast en anvisning till rätten om att beviskravet får sättas lägre än vad som gäller i normalfallet? Att skälighetsbedömningen, om man alls bör använda denna term, avser fastställandet av beviskravets höjd?¹³ För ett sådant ställningstagande kan anföras följande.

35 kap. RB handlar om bevisning i allmänhet. Det kan tyckas strida mot balkens systematik att det i det sammanhanget skulle finnas infört en regel om rätt för domstolen att avgöra frågan om uppskattning av skada som en rättsfråga om vad som är skäligt belopp i stället för som en bevisfråga. I vart fall får det anses ligga närmare till hands att tolka innebörden av 35:5 RB som hänförlig endast till bevisningen.¹⁴

Som framgår nedan stämmer en sådan tolkning av 35:5 RB bäst överens med indelningen av sakförhållandena i rätts- och bevisfakta i de fall en bevislindring inte är påkallad, dvs. när det är möjligt att förebringa full bevisning om skadans omfattning och värdering. Lagrummets betydelse kommer därmed att hänföra sig till frågan om vilken sannolikhet som krävs för att en omständighets existens eller icke-existens skall anses bevisad och riskerar inte att leda till att rättsfakta görs till bevisfakta eller tvärtom. Att utföra sådana förvandlingsnummer kan inte vara en sak för bevislindringsregler.

Såvitt jag kan bedöma är det när full bevisning är möjlig att prestera just omfattningen och värdet av den inträffade skadan som är rättsfakta. Skadans omfattning och värde är sakförhållanden som skall bevisas och till vilka den av käranden påstådda rättsföljden är knuten.¹⁵

¹³ Detta behöver inte stå i strid med uppfattningen att regler om (bevisbörda och) beviskrav bör vara av generell karaktär och tillämpas lika i mål av samma typslag, jfr Lindblom a. a. s. 343. 35:5 RB kan således anses ge uttryck för en bevislindring av samma art som i praxis tillämpas för vissa typer av skadefall, jfr not 9 ovan.

¹⁴ Om jag förstått Lindblom rätt menar han att lagrummet reglerar båda spörsmålen, se a. a. s. 324 "Skälighetsuppskattningar grundade på regler om *bevislättnad*, som t. ex. den ovan berörda bestämmelsen i Rättegångsbalken 35:5." och s. 330 "skall alltså bevislättningen enligt RB 35:5 'flyttas ner' och avse de *rättsfakta* som skälighetsbedömningen bygger på", varvid skäligheten är lika med vad som är skäligt belopp. Men märk också s. 331 "Därefter återstår att företa bedömningen av vad som är skäligt mot bakgrund av detta bevismaterial. Detta är en rättsfråga, om än av speciellt slag eftersom ren regeltillämpning inte aktualiseras."

¹⁵ I förarbetena (NJA II 1943 s. 449) talas om "utredning *angående* skadans omfattning" och "bevisning *rörande* skadans värdering" (kursiverat här).

Att så är fallet vad gäller skadans *omfattning* torde knappast vara stridigt. Oavsett om skadan innefattar en fysisk förändring eller är av rent ekonomiskt slag, rör det sig om sakförhållanden vars existens eller icke-existens kan fastställas av domstolen efter sedvanlig bevisprövning. En personskada består (eller består inte) i ett benbrott, förlorad syn eller hörsel och har (eller har inte) lett till en viss inkomstförlust, sjukvårdskostnad osv. Att ta ställning till en rättsfråga blir aktuellt först när det gäller att fastställa huruvida den bevisade skadan, utgiften m. m. är ersättningsgill, att den faller under t. ex. den rättsliga beteckningen sjukvårdskostnad.¹⁶

Däremot är det mindre uppenbart att skadans *värdering* rör ett sakförhållande. Det kan vara svårt att hävda att en värdering är sann eller falsk.¹⁷ Emellertid är det inte frågan om att domstolen skall göra en självständig, fri, oförbehållsam uppskattning av en skadas värde. Skadeståndslagen innehåller bestämmelser om hur ersättningen för skada skall bestämmas, grundade på allmänna skadeståndsrättsliga principer. Värderingen blir en fråga om att fastställa kostnaden för återanskaffning eller reparation av ett skadat föremål, att beräkna sjukvårdskostnad och inkomstförlust vid personskada osv. Ersättningsposter som sveda och värk samt olägenheter i övrigt kan visserligen inte hänföras direkt till kostnader av motsvarande slag. I dessa fall har emellertid domstolen tillgång till schablonbelopp och andra standardiserade beräkningsmetoder, som tjänar som anvisning vid skadeberäkningen.

Accepterar man att det i normalfallet, när full bevisning är möjlig att prestera, är skadans omfattning och värde som skall bevisas leder uppfattningen att 35:5 RB ger rätten möjlighet att fritt uppskatta ett skäligen skadestånd till en förändrad syn på och kategorisering av processmaterialet. En sådan tolkning innebär ju att uppskattningen av skadan inte längre är en sakfråga utan en rättsfråga. I stället för att konstatera existensen av skadans omfattning och värde (att pröva om den skadelidande styrkt den påstådda återanskaffningskostnaden, inkomstförlusten osv.) skall domstolen genom en rättslig bedömning av andra fakta uppskatta skadan till ett skäligen belopp.

Rättsfakta kommer således att vara de andra omständigheter än skadans omfattning och värde som skälighetsbedömningen grundas på.¹⁸ Vilka dessa sakförhållanden är verkar dock oklart. 35:5 RB

¹⁶ En annan sak är att domstolen dessutom har att ta ställning i en rättsfråga när den prövar vilket beviskrav som skall gälla, dvs. när den, enligt vad som hävdas här, utför skälighetsbedömningen enligt 35:5 RB.

¹⁷ Jfr ovan s. 85 och Lindblom a. a. s. 27 not 26.

¹⁸ Jfr i not 14 a. a. om att bevislättningen enligt RB 35:5 "flyttas ner" och avser de *rättsfakta* som skälighetsbedömningen bygger på.

ger inget besked i frågan. Inte heller kan man av de materiellrättsliga reglerna utläsa något om vad som är rättsfaktum. Anledningen till att 35:5 RB blir tillämplig är ju att full bevisning om rekvisiten i den tillämpliga materiella rättsregeln (ersättningsposterna inkomstförlust, anskaffningskostnad osv.) inte kan presteras. Det är skäligheten av dessa poster som utgör själva rättsfrågan.

Ett godtagande av 35:5 RB som en skälighetsregel i egentlig mening tycks därför förutsätta att man betraktar skäligheten som en sakfråga, att det vilar på part att bevisa vilket som är ett skäligt belopp. Detta synsätt har visserligen förkastats ovan, som stridande mot grundsatsen att en sakfråga skall röra ett förhållande som kan vara sant eller falskt. Låt oss emellertid för en stund bortse från det och godta skäligheten som rättsfaktum. Man uppnår då enhetlighet med hur förhållandet är när 35:5 RB inte behöver tillgripas, förutsatt att skälighetsbedömningen avser samma förhållande som skall styrkas när full bevisning kan förebringas.

Lagrummet kan då tolkas så, att skäligheten inte behöver styrkas utan att det räcker med en lägre grad av sannolikhet för att rätten skall uppskatta skadan till ett visst belopp. Emellertid vinner man inget med att på detta sätt laborera med en beloppsmässig skälighetsuppskattning av skadan. Samma resultat uppnås på ett enklare och systematiskt mer enhetligt sätt, om man begränsar betydelsen av 35:5 RB till att avse enbart frågan om beviskravets storlek. I båda alternativen är det fråga om att rätten skall grunda sitt avgörande på den inkomstförlust, reparationskostnad osv. som domstolen finner bevisad med den grad av sannolikhet som rätten med användande av 35:5 RB ställt upp som beviskrav.

Det ovan sagda ger en teoretisk bas för påståendet att den skälighetsprövning som kommer i fråga bör avse beviskravets storlek, var någonstans på sannolikhetsskalan bevisbördepunkten skall placeras.¹⁹ Frågan är om detta står sig vid en praktisk tillämpning. Resonemanget skall därför prövas på ett konstruerat och ett verkligt fall.

Bilägaren A lyckas styrka att föraren B varit ensam vållande till en trafikolycka och att denne därför är ersättningsskyldig för skador på A:s bil. Att bilen skadats vid olyckstillfället är ostridigt. Däremot är parterna oense om skadornas omfattning. A påstår att vänster framskärm och motorhuvud demolerats och måste bytas ut. B å sin sida menar att skadorna på bilen inskränker sig till en mindre plåtskada.

Fall 1: Olyckan iaktogs av flera vittnen, varav en är pressfotograf. A åberopar som bevisning beträffande skadans omfattning egna iakttagelser, vittnesuppgifter och fotografier. B åberopar som bevisning egna iakttagelser av skadans omfattning och ett expertutlåtande över vilka skador

¹⁹ Beträffande termen bevisbördepunkt, se Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 58.

som normalt kan påräknas vid kollisioner under särskilt angivna förutsättningar.

Fall 2: Vittnesuppgifter och fotografier saknas. A:s bil har dessutom stulits kort efter olyckstillfället och inte återfunnits. I övrigt är bevisningen densamma som i fall 1.

Det finns i *fall 1* inga hinder för A att förebbringa full bevisning om skadan. De av A själv och av vittnen gjorda iakttagelserna samt vad som framgår av fotografierna är bevisfakta för att bilen skadats i den omfattning som A påstår i målet. Av B åberopade egna iakttagelser och innehållet i expertutlåtandet är motbevisning,²⁰ som syftar till att minska sannolikheten för att skadorna varit de av A påstådda. Domstolens uppgift är att värdera bevisningen och därefter bestämma om A på grundval av denna lyckats styrka att skadan haft den omfattning som denne grundat sitt yrkande på. Rätten är i det sammanhanget fri att värdera bevisfakta för och emot existensen av ett rättsfaktum, utan avseende på vilken av parterna som tagit initiativ till bevisningens införande i målet. Det finns alltså inget som hindrar att domstolen använder sig av A:s egna iakttagelser som bevis för att skadan varit mindre allvarlig än denne gjort gällande.

I *fall 2* är förhållandena annorlunda. Här föreligger klara svårigheter för A att prestera utredning angående skadans omfattning.²¹ Domstolen bör då med användande av 35:5 RB sänka det beviskrav som ställs på A. Förutsatt att "full bevisning" är lika med beviskravet styrkt/visat kan domstolen nöja sig med att kräva att A gör skadans omfattning antaglig eller sannolik.²² Ekelöf synes mena att den väsentliga innebörden av lagrummet är att käranden (dvs. den skadelidande) åtminstone måste göra skadan antaglig.²³ Enligt Fitger innefattar skälighetsbedömningen i princip ett krav på åtminstone någon form av sannolikhetsövertikt.²⁴ Det finns emellertid inga skäl att binda rätten vid ett visst beviskrav. Tvärtom är det just fastställandet av beviskravets styrka som skälighetsbedömningen enligt lagrummet bör avse. Vilken grad av sannolikhet för skadans omfattning som skall krävas får avgöras med

²⁰ Jfr Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 18 f.

²¹ I motiven sägs att 35:5 kan tillämpas då "med hänsyn till skadans natur utredning angående skadans omfattning icke kan förebringas". I förevarande fall beror bevissvårigheterna inte på skadans natur, utan på att den bevisskyldige, A, inte har tillgång till det skadade föremålet. Det framstår som orimligt att lagrummet inte skulle vara tillämpligt också i detta fall, särskilt som dess ordalydelse inte lägger något hinder i vägen. Motivuttalandena skall säkert inte heller läsas som en uttömmande beskrivning av när en bevislindring kan komma i fråga.

²² Beviskraven anknyter till det av Ekelöf uppställda schemat, se Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 56.

²³ Ekelöf & Boman, a. a. s. 108.

²⁴ Fitger, Rättegångsbalken II s. 35:61.

hänsyn till den typ av skadefall som målet rör.²⁵ I det sammanhanget bör allmänt gälla att ju större utredningssvårigheterna är desto lägre sannolikhet kan rätten nöja sig med för att lägga den skadelidandes påstående till grund för sitt avgörande. Det bör dock alltid krävas någon sannolikhetsövertikt för existensen av det faktum rätten grundar sitt avgörande på.²⁶

Domstolen kommer i de fall som det här är fråga om alltid att finna ett sakförhållande (skadans omfattning eller värde), vars existens är mer sannolik än dess icke-existens. Har det väl konstaterats att en skada inträffat måste denna vara av i vart fall någon omfattning, som ligger mellan den skadelidandes påstående och den skadeståndsskyldiges inställning. Bevisbördans placering medför därvid att rätten skall bortse från sakförhållanden vars existens är lika sannolika som dess icke-existens. Någon tillämpning av överviktsprincipen är det således inte fråga om, även om domstolen kan nöja sig med minsta möjliga sannolikhetsövertikt.²⁷

Låt oss nu jämföra detta med utfallet om 35:5 RB anses ge uttryck för en skälighetsbedömning i beloppsmässigt hänseende, dvs. inte rörande beviskravets storlek utan angående vad som är ett "skäligt belopp".

Är skäligheten att betrakta som en rättsfråga måste det finnas något annat än skadans omfattning som utgör rättsfaktum. En rättsfråga kan inte vara föremål för bevisning eller avgöras med bevisbörderegler. Det blir i stället de omständigheter som domstolen bygger skälighetsbedömningen på som får tjänstgöra som rättsfakta. I vårt exempel (fall 2) består utredningen om skadans omfattning av parternas egna iakttagelser och innehållet i ett av B åberopat expertutlåtande. Rättsfakta skulle således vara dels iakttagelser av skadan och dels gängse skador vid kollisioner av motsvarande slag. Bevisfakta avseende förstnämnda rättsfakta torde inriktas på frågan om tillförlitligheten hos A:s respektive B:s iakttagelser och beträffande det senare rättsfaktumet en jämförelse mellan de faktiska förhållandena vid olyckstillfället och de premisser som slutsatsen i expertutlåtandet grundas på.

²⁵ Däremot bör det inte komma ifråga att låta beviskravets storlek variera inom typkategorien beroende på omständigheter i det särskilda fallet, jfr ovan not 13.

²⁶ Möjligen menar inte heller Ekelöf och Fitger mer med sina uttalanden än att den nedre gränsen för bevislättningen går vid en sannolikhetsövertikt, att 35:5 RB inte kan föranleda att rätten grundar sitt avgörande på ett osannolikt rättsfaktum eller att bevisbördan flyttas över till motparten.

²⁷ I motsats till Lindblom (a. a. bl. a. s. 329) anser jag således att det också vid en tillämpning av 35:5 RB kan bli tal om att ogilla på bevisbördan, i den mening att domstolen låter en avsaknad av sannolikhetsövertikt gå ut över den skadelidande. Något ogillande av talan är det emellertid inte fråga om, utan endast ett bifall i mindre mån av den skadelidandes talan, enligt principen *majus includit minus*.

Som synes förvandlas det som tidigare var rättsfakta till rättsfrågor, bevisfakta till rättsfakta och hjälpfakta till bevisfakta. Regler om åberopsbörda, bevisbörda, taleändring osv. hänförs till andra omständigheter än då skadans omfattning är att bedöma utan tillämpning av 35:5 RB, dvs. när full bevisning kan förebringas utan svårighet. Konsekvenserna av detta kan bli långtgående. Antag t. ex. att rätten menar att innehållet i expertutlåtandet jämfört med förhållandena vid kollisionstillfället talar för att skadorna är mer omfattande än som framgår av utlåtandet, att utlåtandet t. o. m. gör A:s påstående antagligt. Med den tillämpning av 35:5 RB som förespråkats ovan är det inga problem för domstolen att väga in detta i sin bedömning av skadornas omfattning. Bevisfakta får tolkas till nackdel för den som åberopat bevisningen. Är däremot "gängse skador" ett rättsfaktum måste domstolen bortse från sin slutsats därom, eftersom faktumet åberopats av B, inte av A.²⁸

Behandlas å andra sidan skäligheten som en sakfråga behåller de olika omständigheterna i målet sin egenskap av rättsfakta, bevisfakta och hjälpfakta. Skäligheten skall bevisas, men beviskravet sätts lägre än styrkt. Något motiv för att arbeta med en sådan särskild skälighetsbedömning — vid sidan av fastställandet av beviskravet — är som påpekats tidigare dock svårt att se. Skälighetsresonemanget framstår, i motsats till när uppskattningen av skäligt belopp anses vara en rättsfråga, som en teoretisk överbyggnad med enda syftet att anpassa användandet av paragrafen till dess ordalydelse, att rätten får "uppskatta skadan till skäligt belopp".

Tillämpning av 35:5 RB har aktualiserats flera gånger av HD, även om det mer sällan förekommer att rättsfall refereras på den frågan. Det har inte funnits tid eller möjlighet att göra en närmare analys av lagrummets behandling i rättspraxis. Jag får leva med risken att en sådan genomgång kan fullständigt kasta omkull de tankegångar som redovisas här.

Låt oss emellertid se hur resonemanget står sig i en skadeståndssituation, där rätts- och bevisfakta inte är lika tydligt urskiljbara som i exemplet ovan. Sålunda anses 35:5 RB vara tillämplig också när det helt saknas kausal bevisning.²⁹ Talar möjligen detta särskilt för att domstolen skall göra en skälighetsbedömning av skadeståndets storlek och inte enbart bestämma beviskravets storlek? För saknas det utredning finns det väl ingen bevisning att lägga till grund för avgörandet?

²⁸ Däremot kan man tänka sig att domstolen kan använda sig av expertutlåtandet som bevisfaktum för att A:s iakttagelse av skadans omfattning är riktig.

²⁹ Se Fitger, a. a. s. 35–61. Jfr också NJA II 1943 s. 449 där det sägs att paragrafen kan tillämpas när utredning angående skadans omfattning "icke kan förebringas".

Som åskådningsexempel kan användas NJA 1973 s. 723. Målet gällde bl. a. skadestånd till följd av intrång i rätt till släktnamn. Kärandena påstod som grund för sin talan att de lidit ideell skada genom intrånget och att skadeståndets storlek ”bör motsvara rimlig gottgörelse för de obehag som namnrättshavarna åsamkats genom att annan utan tillstånd lägger beslag på hans släktnamn.” Häremot invände svaranden bl. a. att förfångsrekvisitet kräver att namnligheten medfört ekonomisk skada, vanryktande eller annat men eller åtminstone att förväxling har skett samt att sådant förfång ”inte ens påstås i målet”.

HD konstaterade att intrång förelåg, att detta länt kärandena till förfång och att svaranden var skyldig att ersätta den skada som förfånget innebar, samt uttalade vidare: ”I avsaknad av utredning om skadans omfattning får envar av dem anses gottgjord med ett jämlikt 35 kap. 5 § RB skäligt befunnet belopp”. Den skada HD haft att uppskatta måste vara det obehag som kärandena haft av namnintrånget. Det kan rimligen inte vara beträffande annat än omfattningen av detta obehag som HD ansett att det saknats utredning i målet.

Vore bestämningen av skadans — dvs. obehagens — omfattning att se som en rättsfråga borde det framgå av domen vilka omständigheter HD grundat sin uppskattning på. Dessa omständigheter är ju att se som rättsfakta, som måste åberopas och bevisas av part. Exempel på sådana rättsfakta är de av svaranden uppgivna förhållandena ekonomisk skada, vanryktande eller annat men eller förväxling. Märk emellertid att svaranden särskilt påtalat att kärandena inte påstått något i det hänseendet. HD kommenterar inte detta, utan konstaterar att det föreligger en förväxlingsrisk och att svarandens användning av namnet får anses ha inneburit förfång för kärandena. Det får enligt min bedömning betraktas som mindre sannolikt att HD grundat sitt avgörande på rättsfakta som inte åberopats av part.

Låt oss jämföra detta med hur resultatet blir om man betraktar avgörandet utifrån synsättet att HD använt 35:5 RB endast för att fastställa beviskravets storlek. Rättsfaktum är då lika med den skada (det obehag) kärandena lidit och rätten skulle med stöd av lagrummet kunna sänka beviskraven för obehagens omfattning till lägsta möjliga sannolikhetsövertikt.³⁰

³⁰ Kärandena synes visserligen inte ha närmare preciserat obehagens omfattning. Genom att värdera obehagen till 10 000 kr per person har de dock gett en anvisning om obehagens storlek. Detta innebär visserligen en sammanblandning av skadans omfattning och dess värdering, som inte är invändningsfri. I vilken mån det bör godtas att talan läggs upp på det sättet är emellertid en annan fråga.

Men kräver inte en sådan tillämpning av 35:5 RB att det finns i målet åberopad utredning, bevisfakta, att tillgå? Inte nödvändigtvis, såvitt jag förstår. Och i vart fall är det ingen förutsättning att bevisningen förs in i målet av den skadelidande.³¹ Sålunda kan bevis temat, dvs. obehagens omfattning, ha en viss ursprungssannolikhet. Det kan också tänkas att domstolen kan stöda sig på allmänna erfarenhetssatser, intuition, sunt förnuft osv.³² Så torde väl de flesta t. ex. uppfatta obehaget som mer kännbart om namnintrånget skett av ett företag som bedriver sedestötande verksamhet än av ett företag som tillverkar samhällsnyttiga produkter.

Det är svårt att tänka sig att en domstol kan stå helt utan referenspunkter att bedöma sannolikheten av en påstådd skadas omfattning utifrån. Den skadelidande måste själv haft något att utgå ifrån när han eller hon bestämt sin talan. Det framstår dessutom som märkligt att domstolen skulle kunna konstatera förekomsten av skada utan att anse det antagligt att skadan har någon omfattning. Det måste väl, för att anknyta till rättsfallet, vara mer sannolikt att obehaget yttrat sig på något sätt än inget sätt alls och att obehaget har något ekonomiskt värde? En annan sak är att bevisbörderegeln normalt föranleder domstolen att uppskatta skadan som mindre omfattande ju magrare underlag domstolen har tillgång till.³³

Mot detta kan hävdas att det visst kan tänkas fall där domstolen helt saknar bevisfakta och därför är nödsakad att göra en skälighetsbedömning av skadeståndet. Men vad grundar sig då skäligheten på? Vad är rättsfakta i målet? Och vem har åberopat dessa och gjort dem antagliga?

4. Avslutande anmärkningar

Att domstolen enligt 35:5 RB får "uppskatta skadan till skäligt belopp" kan uppfattas som att lagrummet ger rätten möjlighet — och skyldighet — att företa en i egentlig mening uppskattning av ett skäligt skadestånd.³⁴

³¹ 17:3 RB begränsar endast rättens möjlighet att använda rättsfakta, som inte åberopats av part. Bevisfakta får rätten fritt utnyttja för och emot den part som åberopat dem. Vidare kan enligt 35:6 RB rätten själv ta initiativ till att bevisning förs in i målet, dock med viss inskränkning i dispositiva mål.

³² Bevisvärderingen torde då med nödvändighet få ske enligt den s. k. temametoden. Överhuvudtaget torde väl så vara fallet när det saknas kausal bevisning (vilket som nämnts inte är något hinder mot tillämpning av 35:5 RB). Helt säker på detta är jag dock inte.

³³ HD fann i det berörda rättsfallet att skadeståndet skulle bestämmas till 1 000 kr, medan kårandena hade yrkat 10 000 kr.

³⁴ Förutom till Lindblom a. a. kan här hänvisas till Bengtsson i Festskrift till Hellner, 1984, s. 84, Nordenson i Festskrift till Hellner, 1984, s. 409 f. och Rodhe, Obligations-

Men medför inte detta att vad som är en sakfråga när full bevisning är möjlig att förebringa blir en rättsfråga vid tillämpning av 35:5 RB? Att bevisfakta blir till rättsfakta och hjälpfakta förvandlas till bevisfakta? Och hur skall parterna veta vilka fakta de måste åberopa? Skall domstolen på förhand upplysa dem om att 35:5 RB kan komma att tillämpas? Eller bör käranden för säkerhets skull åberopa svarandens bevisfakta som egna rättsfakta och vice versa?

Hur skall rättspraxis tolkas? Hur har domstolen bedömt skadans omfattning eller värde när den ansett att det helt saknats utredning som underlag? Har domstolen betraktat skadans uppskattning som en rättsfråga? På vilka av part åberopade rättsfakta har skäligheten då grundats?

Finns det hållbara skäl för att betrakta ”skäligt belopp” enligt 35:5 RB på samma sätt som när domstolen skall bestämma ett ”skäligt pris” enligt köplagen? Eller ligger det närmare till hands att jämställa bevisregeln med det slag av bevislindring som medges vid t.ex. svårutredda kausalsamband?

Det går inte att bortse från att 35:5 RB, i enlighet med sin ordalydelse, lägger på rätten att göra en skälighetsbedömning. Inte heller föreligger skäl att betrakta skälighetsbedömningen som annat än en rättsfråga. Det ovan sagda har dock förhoppningsvis i någon mån visat att rättsfrågan kan begränsas till att avse fastställandet av beviskravets storlek, utan att man därigenom inskränker på stadgandets funktion att underlätta för skadelidande att erhålla kompensation i fall då det är klarlagt att det föreligger en ersättningsgill skada.³⁵ Rättsfrågan bör kanske inte formuleras som ”Vilket är ett skäligt belopp?” utan lyda: *Vilket beviskrav skall rätten skäligen sätta i stället för full bevisning?*

rätt, 1956, s. 469 f. Den senare synes inte främmande för att ge lagrummet en materiell betydelse genom att domstolen får väga in andra omständigheter än dem som hänför sig till skadans omfattning och värdering; jfr häremot Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 108 och Fitger, Rättegångsbalken II s. 35:61.

³⁵ Möjligen är det på detta sätt man bör tolka Ekelöfs uttalande att ”den väsentliga innebörden av 35:5 p. 1 måste därför anses vara, att även *en svag bevisning för skadans omfattning och värde är tillräcklig.*” (Ekelöf & Boman, Rättegång IV, 1992, s. 108) och Persson: ”Formuleringen av stadgandet och ett kortfattat motivuttalande om dess innebörd tyda dock icke på annat än en avsikt att underlätta bevisningen.” (Skada och värde, 1953, s. 328.)