

TENDENSER I MODERN FRANSK SKADESTÅNDSRÄTT

Bill W. Dufwa

1. Inledning

1. En rättsvetenskaplig författare som har skrivit en berömd handbok kan på sin ålders höst ställas inför ett känsligt avgörande. Till vem skall han överlåta uppgiften att föra verket vidare? Det finns i princip två möjligheter. Han kan värva den på området mindre kunnige i förhoppningen att denne i kraft av sina allmänna kvalifikationer skall kunna tillägna sig området och sedan föra facklan vidare in i nästa generation. Men han kan också föredra den erkände specialisten på området. Detta senare alternativ är dock inte det bekvämaste. Efterträdaren kan nämligen vilja ändra mycket i framställningen; han kanske inte ens vill acceptera de stora linjerna i denna. Och till skillnad mot vad som gäller i det förra fallet kan möjligheterna att "styra" en stark efterträdare normalt nästan uteslutas från början, i vart fall om man har att göra med en i det närmaste jämnstark efterträdare.

Den åstundan att vilja "styra" som det första alternativet ger är knappast värdigt en stor rättsvetenskapsman. Självfallet kräver valet av en expert mod och tro mera på själva saken än på den egna personen. Det var också det alternativ som valdes av Hein Kötz, när han lämnade stafettpippen, den lysande boken *Deliktsrecht*, vidare till Tysklands i dag kanske mest ansedda av landets unga skadeståndsexperter, Gerhard Wagner. Det var också det som valdes av Geneviève Viney när hon övervägde hur hon skulle göra med de två tunga delar i serien *le Traité de droit civil* som var av hennes hand och som angick skadeståndsrätten. Den första delen gällde väsentligen ansvarsförutsättningarna (1982),¹ den andra skadeståndsansvarets följder (1988).² Hon lät arvet förvaltas

¹ G. Viney, *Les obligations, la responsabilité : conditions. Généralités. Dommage. Causalité. Fait personnel. Fait des choses. Fait d'autrui*. Paris (*Traité de droit civil*).

² G. Viney, *La responsabilité: effets. Réparation en nature. Dommages et intérêts. Aménagements conventionnels et légaux de la réparation. Assurance de responsabilité*. Paris (*Traité de droit civil*). Viney är också ensam författare till en allmän introduktion till skadeståndsrätten: *Introduction à la responsabilité*, 2e édition, Paris (*Traité de droit civil*). Denna

av Patrice Jourdain. I dag föreligger båda verken i nya upplagor, det förra utgivet 1998,³ det senare 2001,⁴ med både Viney och Jourdain som författare.

De båda författarpär det här är fråga om kommer knappast att kunna uppnå det suveräna mästerskap i samarbete som så väl behärskades av de litterära adertonhundredratalsförfattarna Jules och Edmond Goncourt. Men jämförelsen är väl oförvägen. Bröderna Goncourt hade speciella möjligheter till samarbete vilka normalt inte finns för rättsvetenskapsmän i samverkan. Vad man hittills kunnat se har emellertid åtminstone Viney och Jourdain redan visat världen att deras samverkan blivit befruktande för båda och till stor nytta för fransk och internationell rättsvetenskap: Juridik med fyra händer kan bli en hörnsten.

2. Geneviève Viney är alltjämt den stora auktoriteten på den franska skadeståndsrättens område. Men även Jourdain är en auktoritet, ej minst respekterad för sina exakta och väl avvägda krönikor över fransk rättspraxis i *Revue trimestrielle de droit civil*.⁵ Och i sin nya roll som medarbetare till Viney vid utgivningen av hennes verk har han fått en särskild position i franskt rättsliv. Detta vill inte säga så litet om man betänker var man befinner sig. Ingen skadeståndsrätt i världen kommer i närheten av den franska. Här finns visionerna, debatten och djärvheten.⁶ Här finns den nära samverkan mellan domstolar och doktrin som är så hälsosam för skadeståndsrättens utveckling. Här byggs sköna kastell av regler och principer till ledning för en hel värld.

3. En till formatet mindre men innehållsrik bok över skadeståndsrättens principer författad av Jourdain och utgiven 2003⁷ har mot denna bak-

2 forts. bok täcker såväl den allmänna utvecklingen på området samt skadeståndsrättens förhållande till straffrätten och kontraktsrätten.

³ G. Viney & P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*. 2^e édition, Paris (Traité de droit civil).

⁴ G. Viney & P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*. 2^e édition, Paris (Traité de droit civil).

⁵ En särskilt ansvarsfull uppgift som lagts på Jourdains axlar är att följa utvecklingen i fransk rättspraxis såvitt avser skadeståndsrätten. Efter Georges Durry har han ansvaret för den systematiska och noggranna uppföljningen av denna rättstillämpning som äger rum i varje nummer av *Revue trimestrielle de droit civil*.

⁶ Det finns egentligen bara ett land som kommer Frankrike nära när det gäller djärvhet. Det är Norge. Allt det som den svenske skadeståndsjuristen beundrar i den norska skadeståndsrätten, exempelvis den oblyga utformningen av det strikta ansvaret, återfinns ofta i den franska skadeståndsrätten.

⁷ Patrice Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*. 6^e édition. Paris (Daloz) 2003 (ISBN 2 247 05320 3).

grund sitt särskilda intresse.⁸ Det är inte rättvist mot en författare att lägga för stor vikt vid en endast översiktlig framställning över skadeståndsrätten. Men boken har en sådan kvalitet att man i detta fall utan problem kan göra det. Med utgångspunkt i detta Jourdain's verk skall i fortsättningen några linjer i den moderna franska skadeståndsrättens utveckling belysas. Endast några principiellt sett viktigare spörsmål behandlas.

2. Culpaansvaret

4. I centrum för den del av Jourdain's verk som angår skadeståndsrättens kris och framtid,⁹ står den revision av skadeståndsrättens grunder som blev följden av det moderna samhällets nya betingelser och som särskilt framtvängde den ursinniga kritiken mot culparegeln. Jourdain själv delar på det hela taget denna kritik.

En huvudpunkt i den internationella vidräkningen med culparegeln var dess slumpartade resultat och den rättsosäkerhet som regeln är behäftad med. En annan var kostnaderna för att administrera ett system som byggde på regeln; att konstatera om skadeståndsskyldighet förelåg eller inte kräver ofta stora tids- och arbetskrävande insatser. Ett annat inslag i kritiken pekade indirekt mot lämpligheten av ett försäkringssystem. Regeln sades vidare sakna sociala inslag. Den tog varken hänsyn till den skadeståndsskyldiges betalningsförmåga eller den skadelidandes ersättningsbehov.¹⁰ Särskilt reglerna om medvållande, vilka kunde drabba den skadelidande hårt, kritiserades från social synpunkt. Ytterligare en punkt i kritiken gick ut på att culparegeln var onyanserad. Den tog inte hänsyn till sambandet mellan graden av vållande å ena sidan, skadans storlek å den andra. "En obetydlig försummelse av en flygtrafikledare kan leda till mångmiljonförluster, under det att en dödsmisshandling kanske inte medför skadeståndsskyldighet för mer än begravningskostnaderna."¹¹

⁸ Om bokens uppbyggnad kan helt kort sägas följande. Efter en kort inledning delas boken in i tre partier. Det första ger en översikt av rättsområdet. Det andra delen angår vad Jourdain kallar "källorna" ("les sources") och tar sikte på de traditionella grunderna för skadeståndsansvaret. Det sista partiet är inriktat på ersättningen eller, med författarens egna ord, reparationen av skadan. I varje del ingår kapitel och dessa delas i sin tur in i sektioner.

⁹ Bokens första avdelning, andra kapitlet, s. 16–24.

¹⁰ Från den tidiga europeiska diskussionen, se B. W. Dufwa, Kontinental skadeståndsdiskussion, Ur Festskrift till Erland Strömbäck 1995 s. 86 f. Se vidare dens., Vår komplicerade skadeståndsrätt och framtiden, SvJT 1979 s. 499 ff, passim.

¹¹ Så uttrycktes saken i det svenska lagstiftningsarbetet, se proposition 1972:5 s. 86.

5. Jourdain's kritik mot culparegeln överensstämmer inte men har att göra med just denna sista del av den internationella kritiken. Culpabegreppet, hävdar han, kom att undergå en "deformering". Även obetydliga fel eller försummelser uppfattades som skadeståndsgrundande. Med denna kritik ansluter sig författaren till André Tunc's berömda kritik som gick ut på att man borde göra skillnad mellan fel ("faute") och misstag ("erreurs"); endast de förra var värda en skadeståndssanktion.

Vilket föredöme, utbrister Jourdain, ger rättsregler som ålägger skadegörare ansvar för fel som inte existerar? Många delar säkert denna kritik mot en förkonstlad rättstillämpning. Mot "fingerad" culpa har många rättsvetenskapsmän reagerat med samma indignation som de litterära författarna i slutet av 1700-talet gjorde när de i realismens namn kritiserade det preciosa språket eller när de, ett sekel senare, nu i naturalismens namn, gick till storms mot den affekterade stilen. Skillnaden är dock att den rättsvetenskapliga förståelsen har förtjänster. Ersättning från en ansvarsförsäkring kan utfalla när culpa väl anses föreligga.

Ett sådant resultat kan visserligen också uppnås genom att strikt ansvar i stället åläggs. Men det finns domstolar i världen för vilka detta är ett otillåtet eller i vart fall svårt steg. I många situationer kan då en onaturlig culpa vara bättre än inget skadestånd alls.

Hur som helst var Tunc's kritik mera inriktad på medvållandebegreppet.¹² Den kom härigenom att mera gälla en särskild del av culpabegreppet. Här kom också den största framgången. I Frankrike såväl som i Sverige gick rättsutvecklingen åt ett och samma håll: möjligheten att jämka skadeståndet vid medvållande till personskada minskade starkt.

6. Enligt Jourdain kom de franska domstolarnas hantering av culpabegreppet att medföra en "reky" av culpaansvaret till förmån för olika typer av skärpt ansvar. Hit hör rättsutvecklingen såvitt avser ansvaret för saker ("gardeansvaret", se 5 nedan) samt beträffande säkerhetsförpliktelser, miljöskador, trafikskador och patientskador.¹³ Samma utveckling mot ett strängare ansvar på vissa områden kan spåras i andra länder, inte minst de europeiska, men det är knappast culpabegrettets deformering som ligger bakom, snarare en allmän misstro mot culpaansvaret. Och om man väl accepterar det strikta ansvaret vilket väl de flesta gör så kan

¹² Med Tunc's egna ord: "Toute la science juridique et toute la pratique juridique concentrent leur attention sur la victime – et non pas pour elle, mais contre elle. La victime "en faute": voilà l'être anti-social, voilà celui d'où vient tout le mal!" Orden återfinns i Tunc's artikel *Accidents de la circulation. Faute ou risque?* Dalloz, 1982. C. XVI men också i verket *Jalons. Dits et écrit d'André Tunc*, Paris 1991 s. 212. Jfr B. W. Dufwa, SvJT 1984 s. 478 ff, särskilt s. 480.

¹³ Se Jourdain, a.a. s. 18.

man tycka att culpabegreppets deformering ändock till sist kom att fylla en funktion.

7. Hela denna utveckling har emellertid inte medfört culparegelns undergång, ett öde som många kanske förväntade sig i början av den stora jakten. Tvärtom har culparegeln visat sig stå emot det enorma trycket. Den måste fortfarande anses vara huvudregeln över hela världen i det skadeståndsrättsliga regelsystemet. Man kan säga att i denna förståelse till överlevnad ligger någonting mer än bara att överleva. Det finns ett behov av denna mest traditionella av alla kärnor i systemet. Det går tydligen inte bara att göra sig av med den fullständigt.

3. Försäkring

8. Jourdain har synpunkter på försäkringens betydelse i sammanhanget, vilka är både originella och djärva. Det är inte många skadeståndsrättsliga författare som med sådan kraft vågar understryka att det slutligen inte är den skadeståndsskyldige som måste betala, när en försäkring griper in. Det är försäkringsbolaget. Förvandlad till en försäkringsfråga blir, menar han, skadeståndsrätten "tömd" på sin mening och är knappast längre användbar till annat ändamål än att utpeka det försäkringsbolag som skall betala. De kollektiva ersättningssystemen blir med Jourdains ögon ett hot mot själva skadeståndsrätten.¹⁴ Och vad har den skadelidande för glädje av försäkringen när skadeståndsansvaret bortfaller av någon anledning? I realiteten, menar Jourdain, kan det bli fråga om att ärendet sysselsätter en dyrbar juristavdelning vars arbete ofta ger upphov till dröjsmål med utbetalning av ersättningen. Härmed är han inne på kritiken mot hela skadeståndsrätten, ej blott culparegeln.

9. Liksom Viney företräder han en pluralistisk skadeståndsrätt. I såväl socialförsäkringen som privatförsäkringen ser Jourdain starka utvecklingsmöjligheter. När det gäller privatförsäkringen föredrar Jourdain skadelidarförsäkringen framför ansvarsförsäkringen. Jourdain ger här viktiga besked om sin syn på skadeståndsrättens beroende av försäkring.

10. Flera rättsvetenskapsmän i världen omfattar denna kärlek till skadelidarförsäkringen på bekostnad av ansvarsförsäkringen. Den kännetecknar

¹⁴ Se titeln till Section 2 till Kapitel II (s. 20): "La menace des systèmes d'indemnisation collective".

också motiven till den svenska skadeståndslagen. Redan den anknytning till skadeståndsrätten som ansvarsförsäkringen förutsätter anses innebära en ofullkomlighet (se under 4 ovan). Det brukar också understrykas att ansvarsförsäkringens villkor är behäftade med många undantag vilka gör att skadeståndsansvaret över huvud ej aktualiseras för försäkringsbolaget. Och om premiesättningen brukar sägas att den sker utan hänsyn till vare sig den enskilde försäkringstagarens förmåga att bära kostnaderna eller storleken av de ersättningsbelopp som tillkommer honom, om han själv råkar ut för en skada.¹⁵

4. En "ren" skadeståndsrätt

11. Jourdain ser fram emot en "ren" skadeståndsrätt. Den blir möjlig när en allmän olycksfallsersättningsrätt ("un droit des accidents") har skapats. Då kan skadeståndsrätten stiga ur de skuggor som nu omger henne och återgå till sin ursprungliga preventiva funktion. Det blir fråga om en slags reträtt till de moraliska källorna. Förmodligen ser Jourdain häri dess "räddning".

12. På denna punkt kan man emellertid se utvecklingen med andra ögon. Skadeståndsrätten i sin helhet kanske, som Jourdain tror, till stor del försvinner en dag. Men den kommer då att kunna stanna kvar, ehuru inbyggd i de nya ersättningssystemen. Så har i varje fall utvecklingen blivit i Sverige. Det är å andra sidan knappast rättvist att jämföra Sverige med andra länder i detta sammanhang. Skadeståndsrätten har i det svenska systemet kunnat bibehållas i en utsträckning som inte kan vara lika lätt att genomföra i alla andra länder. De nya ersättningssystemen, exempelvis trafik- och patientförsäkringarna, bygger på att en mycket stor del av ersättningen redan har lämnats till den skadelidande och därför kan dras av från skadeståndet (framförallt ersättning från socialförsäkringen). Det blir då lättare att anknyta till skadeståndsrätten inom dessa svenska system; den för skadeståndsrätten viktiga principen om full ersättning anses upprätthållen här, låt vara att det egentligen inte är "här" som "full" ersättning utgår utan med hjälp av andra källor.

¹⁵ Prop. 1972:5 s. 89.

5. Gardeansvaret

13. Ingenting har förhäxat omvärldens skadeståndsexperter så som artikel 1384 första stycket Code civil, där lagstiftaren infört en bestämmelse innebärande strikt ansvar för skador orakade av saker. Vad franska jurister från början och under nära nog ett sekel i enlighet med lagstiftarens andemening uppfattade som en inledning till två bestämmelser om strikt ansvar – för djur (art. 1385) och byggnader (art. 1386) – tolkades i ett berömt rättsfall 1896 av la Cour de cassation i stället som grunden för ett allmänt strikt ansvar för saker man har i sin vård ("gardeansvaret").¹⁶ 1930 tillämpade domstolen samma grund för ansvar på skada orsakad av motorfordon i följd av trafik.¹⁷ I rättspraxis preciserades i fortsättningen de närmare förutsättningarna för gardeansvaret. Särskilt uppmärksammas blev frågan om alla saker eller blott vissa skulle grunda ansvaret. Ansvaret blev i detta hänseende slutligen gränslöst. Såväl lös som fast egendom och både farliga och ofarliga saker omfattas av ansvaret. Inte ens den mänskliga kroppen kan helt och hållet betraktas som något annat än en sak. Cyklister och skidåkare som kolliderar med varandra riskerar att få kropparna uppfattade som saker för vilka gardeansvar inträder. Två typer av undantag finns dock. Saker som är underkastade speciella regler konsumerar gardeansvaret. Produkter såsom snö eller halka faller också utanför detta ansvar men minsta kontroll över dessa saker – såsom när man kastar en snöboll – kan medföra en tillämpning av gardeansvaret.

14. Försök att bemästra ansvaret mera handfast genom att säga att endast vissa saker kunde dra med sig gardeansvaret misslyckades sålunda i princip. Utvecklingen gick delvis åt samma håll när det gäller försök att begränsa ansvaret med hänsyn till det egentliga upphovet till att saken orsakat skadan. Det spelar ingen roll om detta upphov står att finna i saken själv eller på annat håll. Inte heller har det någon betydelse om saken hanterats av någon (som vid ett gevärsskott) eller inte (exempelvis exploderande värmepanna som i 1898 års rättsfall, se not 16). Gränsen mot culpaansvaret blev alltmer svår att upprätthålla; culparegeln sögs delvis upp av gardeansvaret. Icke desto mindre kom särskilda kausalitetsregler att utvecklas. Domstolarna kom att kräva att saken hade spelat en

¹⁶ Civ., 16 juin 1896, D. 1898, 1, 433 ; S. 1897, 1, 17. Detta rättsfall (arrêt Teffaine) gällde en värmepanna som hade exploderat i en bogserbåt och där skadat en arbetstagare ; arbetsgivaren blev strikt ansvarig för den personskada som orsakats av pannan som befunnit sig i hans vård ("garde") och som varit behäftad med en defekt. Se Jourdain a.a. s. 79.

¹⁷ L'arrêt Jand'heur avgjort i plenum den 13 februari 1930, Bull. civ. Ch. Réunies, nr 34.

”aktiv roll” (rôle actif) i skadan. På detta område räckte det inte att saken var en nödvändig betingelse för skadan. Det krävdes att den hade varit en adekvat orsak till skadan. Domstolarna presumerade sakens aktiva roll i sammanhanget då saken varit i rörelse och samtidigt varit i kontakt med ”skadans säte” (le siège du dommage): den skadelidandes kropp eller den skadade saken. De vägrade dock att principiellt begränsa ansvaret så att ansvar aldrig kunde inträda när saken varit orörlig.

15. ”Garde” har ansetts vara det förmodligen mest subtila av alla rättsliga begrepp i hela den franska rätten. Den vård som skall utövas av saken för att ansvar skall inträda kräver en kontroll över saken som inte är begränsad till en fysisk behärskning av densamma. Ägaren kan bli ansvarig även i fall där man med skandinaviskt språkbruk skulle säga att saken ”endast” varit i hans eller hennes besittning. För att undvika att ägaren blev ansvarig för skador orsakade av stulna saker infördes i rättspraxis dock krav på att han eller hon brukade saken, ”styrde” och kontrollerade den. Definitionen tillät att ansvaret vid stöld inte bara befriade ägaren från ansvar utan även placerade detta på tjuven. Den övervakning av saken som krävs preciserades närmare i ett rättsfall 1941 och innebar att den skulle vara reell, effektiv och konkret. Arbetstagaren kan visserligen ha kontroll över saken men denna är inte tillräcklig för att kunna utlösa ett gardeansvar, som i stället åvilar arbetsgivaren; annorlunda om arbetstagaren utanför tjänsten utnyttjar den för personliga ändamål. Krav på intellektuell utveckling hos den som har saken i sin vård uppställs inte. 1964 fastslogs att sinnessjuka kunde åläggas ansvar och tjugo år senare kom detsamma att gälla små barn (”l’infans”).

16. Vid oklarhet om vem som vid skadetillfället utövade kontrollen presumeras att ägaren fortsatt att utöva denna. Eftersom denne är bäst placerad för att ordna ett försäkringskydd framstår denna presumtion som fullt rimlig; den kan också ha preventiv effekt på ägarens handlande. Den måste emellertid förses med undantag för att bli realistisk. Besittningen till saken kan ha gått förlorad utan ägarens vetskap såsom exempelvis är fallet, när den blivit stulen. Den går då över på den som tagit besittningen till saken. En sådan övergång kan emellertid också ske frivilligt. Ägaren som lämnar bilen till en verkstad för reparation förlorar sålunda besittningen som i stället går över på reparatören. I dessa fall är besittningen, som man brukar säga, alternativ, ej kumulativ. Den kan emellertid också vara just kumulativ såsom när flera leker med en boll.¹⁸

¹⁸ Se Jourdain, i not 7 a. s. s. 83–85.

6. Ansvar för annans handlande

17. Det finns emellertid också en annan regel, Artikel 1384 första stycket Code civil, som också tänt eld i den franska skadeståndsdebatten och som liksom gardeansvaret speglar den tydliga tendensen att utvidga ansvaret. Den föreskriver att man svarar inte bara för den skada som man har orsakat genom sitt eget handlande men också för den som har orsakats av "handlande av de personer för vilka man bör svara" ("le fait des personnes dont on doit répondre"). Som synes är artikeln öppen. Den har emellertid försetts med flera preciserande tillägg varav framgår när ett ansvar för annans handlande ("le fait d'autrui") skall inträda. I åtta stycken begränsas ansvaret till olika kategorier. La Cour de cassation vägrade länge att utsträcka ansvaret utanför dessa kategorier. Men i ett avgörande 1991 bröt domstolen in pleno ("l'Assemblée plénière") med denna tradition. En psykiskt störd person hade orsakat skador till följd av en eldsvåda. Detta skedde när han var omhändertagen av en organisation som drev ett rehabiliteringscentrum där det tillåts honom att röra sig helt fritt på dagarna. Culpa hos någon kunde ej styrkas. Centret blev ansvarigt för denna skada. Motiveringen var att centret hade "accepterat bördan att organisera och ständigt kontrollera den psykiskt stördes sätt att leva."¹⁹ Domen uppfattades av de flesta så att domstolen härmed inte hade öppnat dörrarna för en allmän princip om ansvar för annans handlande i stil med tillämpningen av den regel som återfinns i samma bestämmelse och som innebär ett ansvar för skador orsakade av saker. Till en början drogs gränserna för detta avgörande så att det täckte ansvaret för anstalter, skolor, organisationer av olika slag som åtagit sig att ta hand om och leda myndigas och underårigas "levnadssätt". Ansvaret var socialt lätt att försvara eftersom det innebar ett skydd för en särskilt svag grupp och erinrade om föräldrars och ansvar för sina underåriga barn. 1995 tog la Cour de cassation emellertid ett steg som innebar något helt nytt. Art. 1384 första stycket tillämpades på idrottsarrangörers ansvar för skada tillfogad annan spelare av en medspelare i rugby. Domstolen använde ordalag som hämtats från 1995 års dom. Arrangören sades ha åtagit sig att "organisera, leda och kontrollera sina medlemmars verksamhet under idrottsutövning." Uppenbarligen var det inte längre fråga om att skydda en svag persongrupp. Jourdain menar att det i stället var fråga om farlig verksamhet.²⁰

¹⁹ "accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de cet handicapé". Jfr Jourdain, a.s. s. 108.

²⁰ A.a. s. 110.

18. La Cour de cassation stannade inte här. Domstolen gick vidare i ett fall, där arrangören av en uppvisning ålades ansvar för en skada som en tamburmajor orsakat en annan tamburmajor.²¹ Jourdain kritiserade avgörandet i en av sina rättsfallsöversikter i *Revue trimestrielle de droit civil*.²² Han menade att det gick för långt. Kritiken upprepas i boken.²³

7. Förhållandet till kontraktsrätten

19. Skadeståndsrättens förhållande till kontraktsrätten är en klassisk och komplicerad fråga. Utgångspunkten för diskussionen ligger i den motsättning som råder mellan de båda områdenas tillämpningsområden. Medan skadeståndsrätten är öppen och omspannande är kontraktsrätten begränsad till existensen av kontrakt. Eftersom det hör till sakens natur att ansvaret i kontraktsrätten normalt är strängare än i skadeståndsrätten är redan detta ofta ett skäl för den skadelidande att sträva efter en tillämpning av avtalsrättsliga regler i utomobligatoriska förhållanden. Omvänt kan det vara fördelaktigare för den skadelidande i ett kontraktsförhållande att åberopa de utomobligatoriska reglerna, exempelvis därför att preskriptionstiden här kan vara längre. Skall det då vara tillåtet att "hoppa" mellan de båda regelkomplexen och ha friheten att välja det som man finner bäst?

20. Utvecklingen har internationellt sett gått från en stel och traditionsbunden separation mellan de båda rättsområdena mot allt större nyansering. Utgångspunkten var att det måste göras en skillnad mellan de båda rättsområdena och att reglerna därför måste beakta denna olikhet. Omkring mitten av det förra århundradet började flera rättsvetenskapsmän finna att skillnaden mellan de båda var överdriven. Till dessa hörde Bertil Bengtsson som i en omfattande undersökning med starka komparativa inslag gav klara besked om rättsläget.²⁴ Skadeståndslagens författare tog fasta på Bengtssons resultat och lät lagen täcka även avtalsförhållanden. Detta blev dock endast huvudprincipen. Det var inte tänkt att lagen skulle tillämpas när speciell lagstiftning, avtal eller de kon-

²¹ Civ. 1985, arrêt no 23.

²² Se Jourdain, *Revue trimestrielle de droit civil* 2000 s. 425 f.

²³ Jourdain, i not 7 a.a. s. 45.

²⁴ B. Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden: I. Den skadeståndsrättsliga bakgrunden, II. Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden. Försäkringsskyddet.

traktsrättsliga reglerna själva lade hinder i vägen härför. Lagens första paragraf utformades med hänsyn härtill.²⁵

21. Det finns knappast något land där spørsmålet har diskuterats mer intensivt än i Frankrike.²⁶ I doktrinen framträder i slutet av 1800-talet två läror som står emot varandra. Den ena lancerades av Charles Saintelette 1884,²⁷ den andra av J. Grandmoulin 1892.²⁸ Den förre lade grunden till meningen att skadeståndsrätt och kontraktsrätt var två helt skilda företeelser ("la thèse de la dualité"), medan den senare gick rakt häremot och hävdade att de båda regelsystemen i själva verket var av samma natur och att de därför hörde ihop och borde behandlas härefter ("la thèse de l'unité"). Några årtionden in på 1900-talet nyanseras bilden och en tredje lära framträder på flera håll i doktrinen ("la thèse intermédiaire"). Utgångspunkten för detta tredje synsätt är att det finns en skillnad. Denna är emellertid inte så kategorisk som hos Saintelette. I stället understryks att det finns många likheter mellan de utomobligatoriska och de kontraktuella rättsområdena. De båda kompletterar varandra. Det är fel att systematiskt ställa de båda mot varandra. Det är de utomobligatoriska som härskar över hela området utom i fall där kontraktuella regler och grundsatser gäller; så långt överensstämmer synsättet med den svenska skadeståndslagens ståndpunkt. Medan lärorna om "la dualité" och "l'unité" i enlighet med tidens synsätt utformats mera abstrakt och filosofiskt kom "la thèse intermédiaire" mera att vara inriktad på gällande rätt.

22. Den mer nyanserade tredje ståndpunkten kom att bli vanlig utanför Frankrike. Den hade framträtt redan i den schweiziska obligationsrättsliga lagstiftningen från 1911.²⁹ Men i kärnfrågan, den som gäller om den

²⁵ 1 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207) lyder sålunda: "I denna lag meddelande bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden."

²⁶ Se till det följande särskilt G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 2^e éd. Paris 1995, s. 275–452.

²⁷ C. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*. Bruxelles 1884.

²⁸ J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*. Rennes 1892 (Thèse).

²⁹ Se art. 99 st 3, där det föreskrivs att de skadeståndsrättsliga reglerna skall tillämpas analogiskt på effekterna av kontraktuell culpa så att det inte återstår mer än några skillnader, mer teoretiska än praktiska, mellan dessa båda ansvarssystem ("il ne reste plus que quelques différences, plus théoriques que pratiques, entre ces deux régimes de responsabilité.")

skadelidande skall ha frihet att välja mellan regelsystemen eller inte blev det valfriheten som triumferade i de flesta länder. Så blev det exempelvis i Schweiz, Tyskland, Grekland, Italien och Storbritannien. Under 70-talet infördes samma valfrihet i flera tidigare öststater, exempelvis Polen och Tjeckoslovakien. Utanför Europa står exempelvis USA och Japan för frihetsalternativet.

23. Trots denna internationella utveckling vägrar de flesta franska rättsvetenskapsmännen att släppa den utgångspunkt för diskussionen som Sainctelettes "thèse de dualité" gav uttryck för. Den skadelidande har inte rätt att välja mellan ersättningssystemen. Denna ståndpunkt delas av domstolarna. Det råder förbud mot att kumulera ersättningsanspråken ("non-cumul"). Det finns emellertid tydliga tecken i dag på en ny tendens. Domstolarna har i viss utsträckning och på eget direktiv släppt förbudet mot "cumul" när det gäller professionsansvaret mot klienter. Lagstiftaren har gått vidare i detta spår och undgått hela frågan genom att införa speciella typer av professionsansvar. Men den stora förändringen har kommit genom två lagstiftningar vilka kom att gå som mäktiga orgelstötar genom den franska skadeståndsrätten: produktansvarsdirektivet från 1985 och den franska trafikskadelagen från samma år. Varje skillnad mellan avtalsförhållanden och utomobligatoriska förhållanden har här i allt väsentligt upphävts. I doktrinen framträder också önskemålet att det skapas en "droit commun" som är så stor och enhetlig att de skillnader som existerar mellan skadeståndsrätt och kontraktsrätt minskar i betydelse. Tendensen i fransk rätt är sålunda att låta distinktionen mellan dessa båda rättsområden förlora i vikt för att i stället ersättas av en annan uppdelning, nämligen den mellan en "allmän" skadeståndsrätt, täckande både utomobligatoriska och kontraktuella regler, och en "speciell" sådan avseende antingen den ena eller den andra typen av regler.³⁰

8. Skadebegreppet och prevention

24. I en artikel 1999 hävdade en fransk rättsvetenskapsman, Catherine Thiboerge, att den franska och internationella skadeståndsrätten kommit in i en ny utvecklingsfas.³¹ Det handlade om en brytning med traditio-

³⁰ Se särskilt G. Viney, Introduction à la responsabilité, i not 2 a.a. s. 450 ff.

³¹ C. Thiboerge, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?), Revue trimestrielle de droit civil 1999 s. 561-584.

nell skadeståndsrätt i tre avseenden. Först och främst i tiden; det är inte längre det förgångna som står i centrum utan framtiden. För det andra i rummet; den moderna tekniken har undanröjt alla geografiska gränser för skador. För det tredje genom den mänskliga relationen; vi förbinds med kommande ännu ej ens födda generationer. Det var fråga om en utvidgning och fördjupning av en av skadeståndets funktioner, preventionen. Medan den tidigare varit inriktad på att förhindra olika slag av antisociala handlingssätt är det nu fråga om att förhindra skadorna som sådana, inte minst de stora och allvarliga, kanske oundvikliga, exempelvis miljöskadorna. "Principen om skadeförebyggande åtgärder" ("le principe de précaution") blir namnet på denna nya typ av prevention. Ett viktigt inslag i dessa idéer är att denna princip är så viktig att man ibland måste förbise att det inte går att styrka förekomsten av en skada. Liknande tankar har utvecklats på annat håll i fransk doktrin.³² Vissa avgöranden i fransk rättspraxis tycks också ge stöd för dem. Men andra, som följande, går åt andra hållet. En jordägare gjorde gällande att hans granne i strid mot en administrativ förordning hade låtit bygga två jaktposter på mindre än 300 meters håll från de som fanns på hans egen angränsande mark och ville att dessa skulle rivas. Frågan blev föremål för domstolsprövning. I underrätt och hovrätt segrade jordägaren. Ett av jordägaren samtidigt framställt yrkande om skadestånd föll däremot på hälleberget. Grannens jaktposter ansågs inte ha stört jordägaren när denne utnyttjade sina egna. När grannen i la Cour de cassation yrkade upphävning av rivningsbeslutet återopade han den motsägelse som förelåg i att talan om rivning godkänns trots att ingen skada ("préjudice") var styrkt, att ingen störning överstigit var som var normalt för omgivningen samt att härjämte varje orsaksförhållande mellan en kränkning av förordningen och en skada förelåg. La Cour de cassation gick honom till mötes i en dom meddelad av domstolen år 2003.³³ Om skadestånd inte kan utdömas därför att det saknas en skada kan inte heller rivning beslutas. Genom att inte acceptera denna sanning hade domstolarna motsagt sig själva och indirekt kränkt artikel 1382 Code civil, den franska skadeståndsrättens huvudregel vilken i sammanhanget tydligen ansågs ha en mer allmän karaktär: ett beslut om rivning, en naturaluppfyllelse, förutsatte att det förelåg en skada.

³² Se särskilt M. Boutonnet, *Le principe de précaution et la responsabilité civile*, thèse Orléans 2003.

³³ Civ. 2^e, 18 déc. 2003, *Laclau Lacrouts c/ Larroude*, arrêt no 1794 FS-P+B, Bull. civ. No 405.

25. Jourdain kritiserar den uppfattning som hävdats av Thiboerge och menar att den går för långt. Det krävs alltid en skada för att ett skadestånd skall kunna utdömas och detta styrks enligt honom av 2003 års rättsfall. Kravet på skada är uppfyllt redan när en klarlagd risk rättfärdigar att mått och steg vidtas för att eliminera möjligheten att risken realiserar. Skadan ligger sålunda i de kostnader som blir nödvändiga genom riskens förekomst. Det går inte att här hävda att skadebegreppet har eliminerats. Detsamma gäller fall där efter ett ingripande, exempelvis rivningen i nämnda rättsfall, den som drabbats av beslutet ålagts en förpliktelse att förhålla sig på ett visst sätt; skulle denna inte uppfyllas består skadan i kostnaderna för att återställa läget.³⁴ Skadan kan enligt Jourdain slutligen också som i miljöskaderätten bestå i fruktan för att en skada skall realiseras.³⁵

9. Europeiseringen

26. Någon särskild uppmärksamhet ägnar inte Jourdain den europeisering av skadeståndsrätten som pågår i den formen att flera grupper i Europa i dag ägnar sig åt att försöka finna allmänna och gemensamma regler och principer för en europeisk skadeståndsrätt. Det finns en och annan fransk rättsvetenskapsman på civilrättsområdet som i dag är positiv till denna utveckling, framför allt naturligtvis de få som deltar i arbetet såsom Béatrice Fauvarque Causson³⁶ och Olivier Moreteau.³⁷ Men de flesta är emot den. I detta avseende är den tystnad i frågan som råder i Jourdain verk typiskt för dagsläget i Frankrike.

27. Det finns säkert flera orsaker till de franska skadeståndsjuristernas mindre intresse för europeiseringen. Den tyska dominansen i de pågå-

³⁴ Se vidare härom G. Viney & P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, Paris 2001, nr 29 ff och 34 ff (i *Revue trimestrielle de droit civil* 2004 s. 295 (se nästa not) hänvisar Jourdain av förbiseende till ett annat verk av honom själv och G. Viney, nämligen det som antecknats i not 2 ovan).

³⁵ Jfr P. Jourdain, *Le préjudice demeure une condition de la responsabilité civile*, *Revue trimestrielle de droit civil* 2004 s. 294 f.

³⁶ Verksam vid Université Sorbonne-Assas, Paris II. Se B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen ?*, *Revue trimestrielle civile* 2004 s. 463–480. Hennes budskap är att man måste ge europeiseringen tid. Fauvarque-Cosson arbetar inom Christian von Bars stora europeiska civilrättsprojekt, se om detta i a.a.

³⁷ Verksam vid Université Jean Moulin Lyon III. Moreteau deltar i European Tort Law Group, om detta arbete se B. W. Dufwa, *Rättsstridighet och det europeiska harmoniseringsarbetet i skadeståndsrätt*, *Ur Festskrift till Ulf K. Nordenson*, 1999 s. 90–92.

ende strävandena kan kännas svår att gå till mötes; tysk skadeståndsrätt kan lätt upplevas som tung, abstrakt och konservativ i jämförelse med den betydligt mer pragmatiskt inriktade egna skadeståndsrätten. En annan kan vara att man inte vill gå över ån efter vatten. I utlandets ögon har Frankrike länge varit och är en stormakt på skadeståndsrättens område och redan att släppa denna ledarposition kan kännas föga meningsfullt; man vet vad man har men inte hur det blir.

28. Men samtidigt har de franska juristerna blivit smärtsamt medvetna om att något håller på att hända och att de i slutänden riskerar att bli "överkörda" om de inte på ett mer verkningsfullt sätt deltar i det arbete som pågår i de fristående och oberoende grupper vilka skapar principer för en europeisk civilrätt.³⁸ Som ett första steg i denna riktning har förslagens förändringar i den del av Code civil som angår förmögenhetsrätten. Åtskilliga av dessa föreslagna nya bestämmelser, vilka ligger i det franska justitiedepartementet, gäller skadeståndsrätten. Granskar man dessa skall man emellertid finna att det i allt väsentligt är fråga om en lagstiftning av de regler som skapats av rättspraxis och som härigenom kanske blir lättillgängligare för utländska jurister. I förhållande till europeiseringen saknar man dock en mer driven anpassning, en utsträckt hand. På annat sätt kan man knappast förklara att det komplicerade och svårbehärskade gardeansvaret (se 5 ovan) har bibehållits i förslaget. Att införa ett sådant ansvar i principer för en europeisk skadeståndsrätt förefaller nämligen uteslutet.

10. Avslutande anmärkningar

29. Frankrike har länge varit hårt pressat av ekonomiska och utrikespolitiska problem och realiteter. År 2006 verkar landet mer skakat än kanske någonsin. Det undergår samtidigt en självrannsakan utan motstycke och på alla nivåer. Sommaren 2004 hade Le Figaro en lång artikelserie med titeln "Vad innebär det att vara fransman i dag?" Många av bidragen gav uttryck för kränkt stolthet och högt buret huvud men också för självkritik. En professor hävdade: "Vi tycker inte om den verkliga världen, rörlig, oförutsed, förvånande, diversifierad. Vi tycker inte om det som rör sig, vi tycker inte om tvivlet. Våra handlingar är reaktioner ("reactions"),

³⁸ Jfr Fauvarque-Cosson, a.a. s. 463 där det i början av andra halvåret 2004 påpekas att den franska doktrinen "nyligen" lämnat sin reserverade hållning och att uppvaknandet har varit både sent och brutalt.

inte skapelser ("créations").³⁹ En motsvarande inställning på det rättsliga området skulle kunna tänkas ha att göra med den känsla av belåtenhet som den i stort sett oförstörda världsberömda franska civillagen, Code civil, i sin helhet kan ge den franske juristen efter sina mer än tvåhundra år. För skadeståndsrättens del blir hållningen dock en omöjlighet. Skadeståndsrätt *är* förändring.

30. Den franske filosofen Maurice Blondel säger att framtiden "inte förutses, den förbereds."⁴⁰ I en annan artikel i nämnda serie anslöt sig författaren till detta tema och skrev att Frankrike var ett land som var sjukt i sin brist på framtidsforskning.⁴¹ Han underströk vikten av att de franska reformerna integrerades i en global och hållbar vision. Man borde som i Skandinavien arbeta för en "permanent tanke, utarbetad i grunden."⁴² Även andra författare i artikelserien underströk behovet av en mer breddad internationalisering. I förhållande till europeiseringen är en anpassning dessvärre inte bara nödvändig för den franska skadeståndsrättens del. Ingen europeisk skadeståndsrätt förtjänar namnet eller kommer ens att fungera utan att de franska rättsreglerna på ett rimligt sätt har fått smälta in i och påverka helheten.

³⁹ D. Hervouet, Halte au narcissisme mélancolique ! Le Figaro den 9 juli 2004 s. 12.

⁴⁰ "L'avenir ne se prévoit pas, il se prépare."

⁴¹ J-L. Guigou, Un pays malade de son manque de prospective. Le Figaro den 5 juli 2004 s. 11.

⁴² "Comme dans les pays scandinaves, il faut opter pour une réflexion permanente élaborée 'à la base' ..."