

Regeringskansliet  
(Socialdepartementet)  
103 33 Stockholm

## **Remiss: Förslag till lag om ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall (Ds 2017:6)**

### **Allmänt**

De grundläggande reglerna om det allmännas ansvar finns i skadeståndslagen (1972:207). Det allmännas ansvar vilar i dessa delar på culparegeln; det krävs fel eller försummelse vid myndighetsutövning eller fel eller försummelse, samt särskilda skäl, vid viss informationsgivning. Skadeståndslagens regler kompletteras av speciella regler för vissa situationer. Det gäller framför allt i situationer där skadeståndslagen av olika anledningar anses ge alltför begränsade möjligheter att erhålla ersättning. Specialskadeståndsrättens reglering syftar alltså ofta till att utöka ansvaret, t.ex. på så sätt att det inte krävs fel eller försummelse. Ett sådant rent strikt ansvar gäller således enligt den s.k. frihetsberövandelagen (1998:714).

Genom Högsta domstolens rättsbildande verksamhet har staten även ett ansvar vid överträdelse av Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (1994:1219; Europakonventionen).<sup>1</sup> Det samma gäller för kommuner, enligt ett avgörande från 2009.<sup>2</sup> HD har härvid genom flera rättsfall klargjort att Europakonventionen i sin helhet kan användas som en självständig ansvarsgrund i svensk skadeståndsrätt.<sup>3</sup> Vidare har HD i två avgöranden konstaterat att även Regeringsformens rättigheter kan användas för att ålägga staten ett skadeståndsansvar.<sup>4</sup>

Promemorians förslag utgår ifrån – även om det inte sägs uttryckligen – att skadeståndsrättens normer inte ger ett tillräckligt skydd för de personer som har drabbats av steriliseringskravet i den dåvarande könstillhörighetslagen (1972:119; dessa

<sup>1</sup> Den materiella rättsutvecklingen inleddes med NJA 2005 s. 462. Högsta domstolen förkortas nedan ”HD”.

<sup>2</sup> NJA 2009 s. 464.

<sup>3</sup> HD har framhållit att Europakonventionen därtill kan användas vid tolkningen av nationella normer. Se NJA 2007 s. 295, där domstolen tydligt beskriver en trestegsmodell enligt vilken ett anspråk i första hand ska prövas enligt ”vanliga” nationella regler – i första hand skadeståndslagens regler, i andra hand genom en fördragskonform tolkning av de nationella reglerna och i tredje hand utan särskilt lagstöd i den mån Europakonventionen så fordrar.

<sup>4</sup> NJA 2014 s. 323 och NJA 2014 s. 332.

skadelidande benämns nedan ”de steriliserade”). Det förslag till en särskild ersättningslagstiftning som promemorian presenterar har därmed likheter med andra speciella ersättningslösningar av ex gratia-karaktär som staten satt upp under senare tid, senast i fallet med de s.k. vanvårdade barnen.<sup>5</sup>

Juridiska fakultetsnämnden *tillstyrker* förslaget, men framför följande synpunkter.

### **Begreppet lidande**

I den allmänna skadeståndsrätten har begreppet ”lidande” kommit att mer eller mindre fasas ut. Rent ideell skada, sådan ideell skada som saknar samband med någon annan inträffad skada (t.ex. en personskada) har fått beteckningen *kränkning*. Kränkningensbegreppet har utvecklats delvis som en reaktion mot lidandebegreppet. Tanken är att en kränkning är en mer objektiv konstruktion än lidande, som betecknar den subjektiva upplevelsen hos den drabbade. Som en beteckning för rent ideell skada finns lidandebegreppet kvar i 7 § frihetsberövandelagen. HD har emellertid gjort klart att ersättningsens bestämmande enligt frihetsberövandelagen ska utgå från det objektiva synsätt som präglar kränkningensersättningarna enligt 2 kap. 3 § skadeståndslagen.

Den ideella delen av personskadorna som ersätts inom ramen för sveda och värk-punkten, skadeståndslagen 5 kap. 1 § 3 p., beskrivs ibland som fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur (sveda och värk) resp. av bestående art (lyte och stadigvarande men), men i detta sammanhang är uttrycket ”lidande” synbarligen mer av en beskrivning än ett självständigt juridiskt begrepp.

Den ex gratia-liknande ersättning som föreslås i promemorian har kopplingar till såväl den ideella personskadeersättningen, den förlorade förmågan till fortplantning, som kränkningen, störningen av den personliga integriteten. Frågan är då vilket begrepp som bäst fångar in det centrala i den föreslagna ersättningen. Ersättningen är schabloniserad och helt enhetlig – samma ersättning för alla (promemorian, s. 61 f.) – och ska vila på rent objektiva överväganden. Enligt fakultetsnämnden ligger kränkningsetiketten närmast syftet med ersättningen.

### **Skadeståndsmöjligheterna är inte uttömda**

Staten har en allmän möjlighet att utge ex gratia-ersättning utan särskilt lagstöd.<sup>6</sup> Beslut om sådan ersättning kan ske när det finns ömmande skäl som talar för ersättning men det inte går att finna stöd för en sådan i skadeståndsreglerna, antingen p.g.a. de materiella reglerna eller p.g.a. att preskription inträffat.<sup>7</sup> På samma sätt har de särskilda ersättningslösningar som konstruerats genom lagstiftning åtminstone delvis motiverats.

När det gäller de steriliserade har skadeståndsreglerna inte prövats i domstol. Anspråk har framförts till Justitiekanslern (JK).<sup>8</sup> JK avslog anspråken med motiveringen att det inte fanns någon rättslig grund för skadeståndsansvar i vare sig Europakonventionen eller andra regler.<sup>9</sup> Saken har som sagt däremot inte, såvitt framgår, prövats i domstol. Promemorian innehåller inte heller någon egen bedömning av om ett sådant anspråk

---

<sup>5</sup> Lag (2012:633) om ersättning på grund av övergrepp eller försummelser i samhällsvården av barn och unga i vissa fall (ersättningslagen). Promemorian tar upp ersättningslagen och andra liknande lagar och andra åtgärder på s. 24 ff. Se vidare Sandra Friberg, Kränkningensersättning, Uppsala 2010, s. 734 ff. med utförliga referenser.

<sup>6</sup> Se Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 325.

<sup>7</sup> Bengtsson framhåller att ex gratia-ersättningsmöjligheten används oftare i det förra fallet, när reglerna anses otillräckliga, snarare än vid preskription, se a.a.s. 327.

<sup>8</sup> Promemorian beskriver ärendet på s. 18 ff.

<sup>9</sup> Beslut 17 juni 2014, diariennr. 4243-13-40 m.fl.

skulle kunna ha framgång, trots JK:s beslut. Att en sådan prövning inte har skett behöver, enligt fakultetsnämnden, inte utgöra något hinder mot den ersättningslösning som föreslås, men det kan finnas skäl att reflektera över saken i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

### **Problemet med ideella ad hoc-ersättningar (inkommensurabilitet)**

Promemorian betonar i flera sammanhang att en ersättning av det här slaget aldrig till fullo kan kompensera den skadelidande för det hen drabbats av. Det är ett välkänt problem, i litteraturen understundom kallat för ett *inkommensurabilitetsproblem*.<sup>10</sup> Inkommensurabilitet betyder, ungefär, fundamental oöversättlighet. En ideell skada i formen av en kränkning eller ett lidande kan inte översättas till ekonomiska termer, enligt denna tanke. Det är i grunden omöjligt.<sup>11</sup> En möjlig konsekvens av ett sådant synsätt är att inte ersätta sådana ideella skador som inte på ett naturligt sätt kan uttryckas i termer av kronor och ören alls.<sup>12</sup>

I Sverige (och andra länder) har man dock valt att ändå ersätta dessa ideella skador, men – eftersom det inte går att sätta en ”korrekt” summa pengar på skador av detta slag – med en schabloniserad ersättning. Schablonerna skiljer således de ekonomiska och de ideella skadorna åt. En ekonomisk skada ersätts med en ekonomisk ersättning som räknas ut genom att skadan värderas genom att ekonomiskt jämföra den situation den skadelidande befinner sig i vid värderingstillfället med den situation hon skulle ha varit i om den ansvarsgrundande händelsen inte inträffat. En ideell skada ersätts genom schabloner, understundom sammanfattade i tabellform (t.ex. vid trafikskadeersättning).

Schablonersättningar för ideella skador vilar (delvis) på antagandet att det inte går att hitta adekvata ekonomiska modeller för att beräkna skadans värde i det enskilda fallet.<sup>13</sup> Detta talar för att hålla sig strikt till schabloner samt att hålla sig med så få schabloner som möjligt. En avvikelser från en schablon, eller utvecklandet av en ny schablon utifrån t.ex. en mer finkornig beskrivning av vilka händelser som kan upphov till en rätt till ersättning, underminerar schablonens roll i systemet. Om det går att göra en ersättningsrättsligt relevant distinktion mellan olika typer av lidande, eller olika kränkningar, bör ersättningen alltid utgå från en beräkning av det faktiska lidandet eller den faktiska kränkningen i det enskilda fallet.

Dessa iakttagelser leder fram till en reflektion kring promemorians ställningstaganden vad gäller beloppet (avsnitt 4.4). Efter att ha konstaterat svårigheterna med att sätta ett ekonomiskt värde på lidande görs en genomgång av olika ad hoc-ersättningslösningar från de senaste decennierna. Härvid finns det särskilt två ersättningslösningar som är av intresse som jämförelse: Ersättning till tvångssteriliserade i vissa fall (som beskrivs i promemorian, 2.6.5.) och ersättningen till de s.k. vanvårdade barnen (som beskrivs i promemorian, 2.6.3.) Promemorian landar i att den närmaste jämförelsen är de tidigare

---

<sup>10</sup> Se Karl Dahlstrand, *Ersättning och upprättelse*, Lund 2012, kap. 6.6. och *passim*, Sandra Friberg, *Kränkningersättning*, Uppsala 2010, kap. 13 och Mårten Schultz, *Kränkning*, Stockholm 2008, kap. 3.

<sup>11</sup> Detta innebär också att den kompenstationstanke som är en grundtanke i ersättningsystemet inte har samma ställning – skadeståndet får i dessa sammanhang en delvis annan funktion, vilket noteras i promemorian, s. 67.

<sup>12</sup> Ideella skador kan understundom ”ekonomiseras”. Ett exempel på det är NJA 1995 s. 249 där staten begärde ersättning för skada som uppkommit genom att fridlysta järvdjur dödats vid tjuvjakt.

<sup>13</sup> Det finns även andra argument för schabloner som inte har samma tyngd i denna kontext som i situationer av löpande skadereglering, t.ex. vid bedömningar av trafikskadeersättningar, men som ändå kan ha viss betydelse. Schabloner kan således främja en snabb och effektiv reglering, se Jan Kleineman och Ola Schönning, *Ökad användning av schabloner i personskaderegleringen – ett förslag*, Rapport till Whiplashkommissionen, 15 mars 2005, s. 4 f.

steriliseringsfallen och föreslår därför en ersättning om 225 000 kr, vilket är 25 000 kr lägre än vad som utgick inom ramen för Ersättningsnämndens arbete.

Utredningens ställningstagande härvidlag är förståeligt. I båda fallen rör det sig om just steriliseringar och det finns även andra likheter mellan situationerna. Samtidigt är det problematiskt att resonera på det sätt som promemorian gör i denna del, när skillnaderna mellan de två jämförelseobjekten diskuteras i ersättningsrättsliga termer. Det ger intryck av att det går att ekonomiskt hitta rationella grunder för att särskilja mellan olika kränkningar.

Ett annat förhållningssätt hade varit att utgå från den senaste nedlagda schablonen, de 250 000 kr som utgick till de som barn eller unga utsattes för övergrepp eller försummelser i samhällsvården, även i dessa fall. Beloppet kan då beskrivas som den schablon som staten använder sig av i de särskilt kvalificerade situationer där det anses finnas skäl för en speciell ersättningslösning av ex gratia-slag, men där det inte finns möjlighet att beräkna ersättningen i det enskilda fallet. Med detta synsätt etableras således en enhetlig schablon för statliga ad hoc-ersättningar för ideell skada.

Att hålla sig till en enhetlig schablon även för olikartade situationer är i linje med de principiella utgångspunkterna för bestämmande av kränkingsersättning som ovan skisserats och som gör sig gällande med särskild tyngd i dessa ex gratia-fall där de närmare omständigheterna kring den enskilda skadelidandes situation har en än mer underordnad betydelse än vid kränkingsersättning till brottsoffer. Att sträva mot ett enhetligt belopp kan därtill ha fördelar ur hanteringssynvinkel, men också pedagogiska fördelar, för eventuella framtida situationer.