



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Sverker

Inte ett frivilligt val
– Statens skadeståndsansvar till följd av
tvångssteriliseringarna av transsexuella

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: HT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	9
2 2 KAP. RF OCH EKMR	10
2.1 2 kap. RF – Grundläggande fri- och rättigheter	10
2.1.1 Allmänt	10
2.1.2 Närmare om skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i 2 kap. 6 § RF	10
2.2 EKMR	11
2.2.1 EKMR:s ställning i svensk rätt	11
2.2.2 Artikel 8 EKMR – rätt till skydd för privat- och familjeliv	13
2.2.3 Artikel 14 EKMR – diskrimineringsförbud	14
3 STERILISERINGSKRAVET I KÖNSTILLHÖRIGHETSLAGEN	15
3.1 Kraven för ändrad könstillhörighet	15
3.2 Steriliseringskravet	16
3.2.1 Motiven bakom införandet av kravet	16
3.2.2 Kravets innebörd	16
3.3 Steriliseringskrav och mänskliga rättigheter	17
3.3.1 Europadomstolen	17
3.3.2 Rapporter från FN, Europarådet och Socialstyrelsen	18
3.4 Kammarrättens dom i mål nr. 1968-12	20
3.5 Tvångssterilisering?	21
3.5.1 Samtycke till skada som ansvarsfrihetsgrund i skadeståndsrätten	21
3.5.2 Har steriliseringarna varit påtvingade?	22

4	DET ALLMÄNNAS ANSVAR ENLIGT 3 KAP. 2 § SKL	23
4.1	Allmänt	23
4.2	Myndighetsutövning	23
4.3	Fel eller försummelse	25
4.3.1	Allmänt om culpabedomningen	25
4.3.2	Culpabedomningen när lagstiftningen i sig strider mot grundlag eller EKMR	26
4.3.3	Culpabedomningen vid felaktig rättstillämpning	27
4.3.4	Culpabedomningen när EKMR överträts	29
4.4	Taleförbudet i 3 kap. 7 § SkL	30
4.5	Preskription	30
5	STATENS SKADESTÅNDSANSVAR VID ÖVERTRÄDELSER AV EKMR	32
5.1	Staternas skyldighet att gottgöra konventionsöverträdelser på nationell nivå	32
5.1.1	Artikel 13 EKMR – rätten till ett effektivt rättsmedel	32
5.1.2	Krav på möjlighet till skadestånd?	33
5.1.3	Artikel 41 EKMR – Europadomstolens möjlighet att döma ut skadestånd	34
5.1.4	Samspel mellan prövningen på nationell nivå och Europadomstolens prövning?	34
5.2	Skadestånd vid överträdelser av EKMR i svensk rätt före 2005	35
5.3	Ett första steg i HD	36
5.4	Genombrottet i svensk praxis	36
5.4.1	NJA 2005 s. 462	36
5.4.2	NJA 2007 s. 295	37
5.4.3	NJA 2007 s. 584	38
5.5	Den fortsatta utvecklingen	38
5.5.1	Ett steg bakåt?	38
5.5.2	Tillbaka till den tidigare utvecklingen	39
5.5.3	Sammanfattning av rättsläget	41
5.6	När är staten skyldig att ekonomiskt ersätta en konventionsöverträdelse?	41
5.7	SOU 2010:87 – Förslag till lagstiftning	42
6	STATENS SKADESTÅNDSANSVAR VID ÖVERTRÄDELSER AV 2 KAP. RF	44
6.1	Inledning	44
6.2	Skadestånd grundat på 3 kap. 2 § SkL	44
6.3	Skadestånd grundat på 2 kap. RF	45
6.3.1	Argument för och emot en möjlighet till skadestånd	45
6.3.2	Kan HD:s praxis om skadestånd vid överträdelser av EKMR tillämpas på 2 kap. RF?	46
6.3.3	Innebörden av ett utvidgat ansvar	47
6.3.4	Mål T 5516-12 – Blake Pettersson-målet	48

7 ANALYS	49
7.1 Inledning	49
7.2 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångssteriliserade enligt 3 kap. 2 § SKL?	49
7.2.1 Skada orsakad genom handling eller passivitet	49
7.2.2 Fel eller försummelse i myndighetsutövning	51
7.2.3 Slutsats	55
7.3 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångssteriliserade grundat direkt på EKMR?	56
7.3.1 Är kravet på effektivt rättsmedel uppfyllt?	56
7.3.2 Slutsats	57
7.4 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångssteriliserade grundat direkt på 2 kap. RF?	58
7.5 Sammanfattande kommentarer	60
7.6 En rättspolitiskt lämplig lösning?	60
BILAGA	63
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	70

Summary

Until the 1st of July 2013, one of the requirements according to Swedish law to change gender identification was that the applicant had to be sterilised or by other reasons remain permanently infertile. The requirement was abolished after a ruling from the Administrative Court of Appeal, which stated that the requirement violated both the ECHR and Chapter 2 of the Instrument of Government. The question now is whether the state may be liable to pay damages to those who have been forced to undergo sterilisation, partly for personal injury and partly for the non-pecuniary damage caused from the violation of the ECHR and the Instrument of Government. The liability may be based on the introduction, the failure to abolish, or the application of the requirement.

The traditional view in Swedish law has been that individuals cannot base a claim on the ECHR or the Instrument of Government. To meet the requirements of Article 13 of the ECHR the Supreme Court in the 2000s developed the possibility to impose liability without legal basis for violations of the ECHR. However, whether liability can be imposed when Chapter 2 of the Instrument of Government has been violated is still unclear.

The conclusion of the thesis is that the State is liable mainly for the failure to abolish the sterilisation requirement. The State has failed in its obligation to guarantee the human rights in the Instrument of Government and the ECHR. The State is also partly responsible for the fact that the authorities have applied the requirement, instead of examining whether the requirement was compatible with the Instrument of Government and the ECHR. Basing the liability on the introduction of the requirement is more difficult, as negligence of the State cannot be ascertained. If the claim is based on the failure to abolish the requirement, the claim is likely not to be statute barred. As the requirement has been abrogated, the claim will not be constrained by the prohibition in Chapter 3, Section 7 of the Tort Liability Act.

Whether non-pecuniary damages should be ruled or not depends on the requirements of Article 13 of the ECHR. The mere finding of a violation, or the fact that damages probably will be given for the personal injury under Chapter 3, Section 2 of the Tort Liability Act, cannot remedy the non-pecuniary damage. The non-pecuniary damage cannot be compensated based on the Tort Liability Act, and remedies will therefore be given directly based on the ECHR. It would probably not been possible to rule on remedies directly based on the Chapter 2 of the Instrument of Government.

Even though the Supreme Court has developed a way to redress violations of the ECHR, it is evident that legislation in this area is desirable. Only through a well-functioning scheme for remedies and interplay between the different systems safeguarding human rights can the protection for human rights get full impact under Swedish law.

Sammanfattning

Tidigare var ett av kraven enligt den svenska rättsordningen för ändrad könstillhörighet att den sökande var steriliserad eller av annan orsak saknade fortplantningsförmåga. Steriliseringskravet upphävdes i juli 2013 efter att Kammarrätten fastställt att kravet stred mot både 2 kap. RF och EKMR och därför inte skulle tillämpas. Frågan är nu om staten kan anses vara skadeståndsskyldig gentemot de som tvingats sterilisera sig, dels för personskadan, dels för den ideella skada som kränkningen av 2 kap. RF och EKMR inneburit. Ansvaret kan grundas på införandet, underlåtenheten att upphäva eller tillämpningen av steriliseringskravet.

Den traditionella uppfattningen i svensk rätt har varit att enskilda inte kan grunda ett skadeståndskrav på 2 kap. RF eller EKMR. För att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR utvecklade HD under 2000-talet en möjlighet att döma ut skadestånd utan stöd i lag när EKMR överträtts. Om skadestånd nu även kan utdömas utan lagstöd när 2 kap. RF åsidosatts är dock oklart.

Uppsatsens slutsats är att staten gjort sig skyldig till fel eller försummelse i myndighetsutövning främst genom att inte upphäva steriliseringskravet. Staten har därigenom brutit i sin skyldighet att tillförsäkra enskilda ett tillräckligt skydd för rättigheterna i 2 kap. RF och EKMR. Staten har även ett visst ansvar för att myndigheterna underlåtit att pröva steriliseringskravets förenlighet med grundlagen och EKMR. Att grunda ansvaret på kravets införande blir dock problematiskt, då det inte kan fastslås att statens införande av kravet har varit culpöst. Grundas ansvaret på underlåtenheten att upphäva steriliseringskravet lär rätten till skadestånd inte ha preskriberats. Då kravet nu har upphävts aktualiseras inte heller taleförbudet i 3 kap. 7 § SkL.

Om ersättning ska utgå för den rent ideella skadan beror på om det krävs för att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR. Den rent ideella skadan är av så allvarlig art att den inte kan anses gottgjord enbart genom att kränkningen erkänns eller genom den ersättning som kan utgå för personskadan enligt 3 kap. 2 § SkL. Eftersom någon brottslig handling inte föreligger kan kränkningen inte ersättas enligt SkL, varför skadestånd utgår direkt grundat på EKMR. Troligtvis hade skadestånd inte kunnat utgå direkt grundat på 2 kap. RF.

Även om en möjlighet till skadestånd vid överträdelser av EKMR har utvecklats i praxis är det tydligt att lagstiftning på området behövs. Bara genom väl fungerande ersättningsmöjligheter och ett samspel mellan rättighetssystemen kan rättighetsskyddet få fullt genomslag i svensk rätt.

Förord

Ett oerhört stort tack till min handledare Eva Lindell-Frantz för värdefulla synpunkter och diskussioner kring både uppsatsens ämne och utformning samt för stor flexibilitet och tillgänglighet i handledningen. Alla studenter borde få ha en handledare som dig.

Ett tack riktas även till min kära syster som hjälpt mig med korrekturläsning och mycket annat och till Tove för korrekturläsning av uppsatsen i sista stund. Slutligen, tack Poya för att du alltid står ut med mitt ältande.

Anna Sverker
Lund, december 2013.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
ECHR	the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
EKMR	Den europeiska konventionen (4 november 1950) om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
ERT	Europarättslig tidskrift
Frihetsberövandelagen	Lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JK	Justitiekanslern
JT	Juridisk Tidskrift
JP	Juridisk Publikation
Könstillhörighetslagen	Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen (1974:152)
RFSL	Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas och transpersoners rättigheter
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

År 1972 införde Sverige, som första land i världen, en möjlighet för personer att byta juridiskt kön. Detta innebär att en person kan få fastställt att hen har en annan könstillhörighet än den som framgår av folkbokföringen.¹ För att få ändra könstillhörighet uppställs i könstillhörighetslagens första paragraf ett antal krav. Lagen har aldrig uppställt ett villkor på att den sökande för ändring av könstillhörighet måste ha genomgått könskorrigering kirurgi eller liknande. Fram till den 1 juli 2013 fanns dock i lagens 1 § 5 p. ett krav på att personen som ville ändra könstillhörighet var tvungen att vara steriliserad eller av annan orsak sakna fortplantningsförmåga. Steriliseringskravet blev under 2000-talet alltmer ifrågasatt och i december 2012 fastslog Kammarrätten att kravet stred mot 2 kap. 6 § RF samt mot Artikel 8 och 14 EKMR och därför inte skulle tillämpas.² Den 1 juli 2013 upphörde lagbestämmelsen att gälla.³

Över hundra av de personer som tvingats sterilisera sig för att tillåtas att byta könstillhörighet har nu, med hjälp av RFSL, framställt ett skadeståndsanspråk mot staten. De sökande vill ha ersättning dels för den personskada de lidit av steriliseringen, dels för den kränkning som överträdelsen av deras rättigheter enligt EKMR och RF inneburit.⁴

Situationen aktualiserar ett antal frågor kring vilka möjligheter enskilda, vars rättigheter enligt RF och EKMR har kränkts, har att rikta ersättningsanspråk mot staten. En överträdelse av 2 kap. RF eller EKMR kan utgöra fel eller försummelse i myndighetsutövning i den mening som avses i 3 kap. 2 § SkL. För att en kränkning ska ersättas enligt SkL krävs dock att denna orsakats genom särskilda brott. Frågan är därför om enskilda istället kan grunda skadeståndsanspråk direkt på fri- och rättighetsbestämmelserna i 2 kap. RF eller EKMR. Traditionellt har detta inte ansetts möjligt i svensk rätt, men genom ett antal rättsfall från HD har praxis vad gäller skadestånd vid överträdelser av EKMR kommit att ändras.⁵ Frågan är om denna praxisändring även påverkat enskildas möjligheter att rikta skadeståndsanspråk mot staten direkt på grundval av 2 kap. RF.

¹ Prop. 2011/12:142 s.19; Prop. 2012/13:107 s.9.

² Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1968-12, dom den 19 december 2012.

³ Prop. 2012/13:107.

⁴ http://app.rfsl.se/apa/19/public_files/JK_ansokan.pdf. Länk senast besökt 19 dec. 2013. Sökandeombudet har beviljats anstånd med kompletteringar till den 22 december. Under förutsättning att ytterligare anstånd inte begärs räknar JK med att avgöra ärendena i början av 2014. Karin Annikas Persson, Justitiekanslern, mail 17 december 2013, se Bilaga.

⁵ Ex. NJA 2005 s. 462; NJA 2007 s. 295; NJA 2007 s. 584. Se Kapitel 5.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att utreda om staten enligt gällande rätt kan anses vara skyldig att utge skadestånd till de personer som steriliserats för att tillmötesgå kravet i 1 § 5 p. könstillhörighetslagen. Syftet är också att kort resonera kring en rättspolitiskt lämplig lösning avseende enskildas möjligheter att utkräva skadestånd av staten vid överträdelser av fri- och rättighetsbestämmelserna i RF och EKMR.

För att besvara syftet används följande frågeställningar:

1. Kan staten bli skadeståndsskyldig mot de personer som steriliserats för att uppfylla kravet i 1 § 5 p. könstillhörighetslagen enligt 3 kap. 2 § SkL?

a) Utgör kravet på sterilisering myndighetsutövning i den mening som avses i 3 kap. 2 § SkL?

b) Innebär införandet, underlåtenheten att upphäva eller tillämpningen av steriliseringskravet i strid med EKMR och 2 kap. RF att rekvisitet fel eller försummelse i 3 kap. 2 § SkL är uppfyllt?

2. Kan staten bli skadeståndsskyldig mot de personer som steriliserats för att uppfylla kravet i 1 § 5 p. könstillhörighetslagen direkt på grundval av EKMR och/eller 2 kap. RF?

1.3 Avgränsningar

Grundantagandet i uppsatsen är att steriliseringskravet innebär en kränkning av 2 kap. 6 § RF samt Artikel 8 och 14 EKMR. Någon djupgående diskussion kring riktigheten av Kammarrättens dom kommer därför inte att föras. Då Kammarrättens dom inte har prejudikatsverkan framförs dock argument som talar för att domen kan sägas avspegla gällande rätt. Vad gäller själva rättighetsbestämmelserna i 2 kap. RF och EKMR kommer 2 kap. 6 § RF, Artikel 8, 13, 14 och 41 EKMR, vilka är de för syftet relevanta bestämmelserna, att diskuteras övergripande. I övrigt berörs bestämmelserna i 2 kap. RF och EKMR i princip inte. Läsaren förutsätts ha grundläggande kunskaper i skadeståndsrätt, varför endast de bestämmelser i SkL som är relevanta för syftet kommer att diskuteras.

Uppsatsen utgår från att skadeståndskraven mot staten grundar sig på två skadetyper. Den första typen är personskada på grund av steriliseringen, vilken enligt 5 kap. 1 § SkL inkluderar ersättning för både ekonomisk och ideell skada. Den andra skadetyper är kränkning, det vill säga den rent ideella skada som överträdelserna av 2 kap. RF och EKMR innebär. Någon vidare diskussion kring de båda skadebegreppens innebörd förs inte. Uppsatsen är vidare avgränsad till att inte behandla beräkning av skadeståndet. Inte heller diskuteras adekvat kausalitet i någon större utsträckning. Frågan om preskription är relevant för syftet på så sätt att den är avgörande

för om skadestånd överhuvudtaget ska kunna utgå. Preskriptionsfrågan hade dock kunnat fylla mer än en uppsats och kommer endast att beröras kort.

Som angetts syftar uppsatsen till att utreda om staten enligt gällande rätt kan vara skyldig att utge skadestånd till de personer som steriliserats för att tillmötesgå kravet i könstillhörighetslagen. Frågan om staten bör utge skadestånd *ex gratia* berörs således inte. Därför förs inte heller någon djupgående diskussion och jämförelse med den ersättningslagstiftning som infördes till följd av tvångssteriliseringarna i Sverige på 1930-1970-talen.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används främst en klassisk rättsdogmatisk metod. Detta innebär att utgångspunkt tas i de befintliga rättskällorna för att fastställa vilka rättsregler som finns samt precisera dessas innehåll, *de lege lata*. Rättsdogmatiken tar även sikte på att fastslå vilka rättskällor som bör skapas av lagstiftaren, *de lege ferenda*. Centralt i rättsdogmatiken är rättskällevärdet. I rättskällevärdet skiljs mellan auktoritativa rättskällor, vartill räknas lag, förarbeten samt prejudikat, och supplerande (icke-auktoritativa) rättskällor, exempelvis doktrin.⁶ I uppsatsen används både auktoritativa och icke-auktoritativa rättskällor. Eftersom uppsatsens syfte är att fastställa gällande rätt är valet av en rättsdogmatisk metod naturligt.

Då uppsatsen även inkluderar frågor om EKMR används konventionstext samt Europadomstolens praxis för att tolka EKMR. I artiklarna 31 och 32 i Wienkonventionen om traktaträtten finns allmänna principer för tolkning av internationella traktater. Enligt Artikel 31 ska främst ordalydelsen tillmätas betydelse, dock ska bestämmelsen även läsas i sitt sammanhang och i ljuset av dess syfte. Vid tolkning av EKMR är det av vikt att tolkningen sker så att konflikter inte uppstår mellan konventionens artiklar. Konventionen ska tolkas så att den som helhet får en rimlig innebörd.⁷

Som nämnts syftar uppsatsen även till att diskutera kring en rättspolitiskt lämplig lösning om hur de olika rättighetssystemen bör samspela gällande enskildas möjligheter att framställa skadeståndskrav när rättigheterna har kränkts. Här används rättspolitiska argument och analyser. En rättspolitisk argumentation kan bland annat ifrågasätta lagstiftningens utgångspunkter, grundläggande drag och dess konsekvenser. För att ge klarhet och auktoritet åt analysen är det viktigt att analysen *de lege lata* och *de lege ferenda* hålls åtskilda.⁸

Till grund för uppsatsen ligger en rad rättsfall från HD, främst rörande möjligheten för enskilda att erhålla skadestånd när EKMR överträtts.⁹

⁶ Lehrberg, 2010, s.83, 87ff, 167.

⁷ Danelius, 2012, s.50.

⁸ Sandgren, 2007, s.62.

⁹ Exempelvis NJA 2005 s. 462; NJA 2007 s. 295; NJA 2007 s. 584.

Utöver NJA-fall nämns även ett notisfall, samt mål nr. T 5180-11 som avgjordes i oktober 2013 och som i december 2013 ännu inte fått något NJA-nummer. Notisfall har inte lika starkt rättskällevärde som NJA-fall och används här endast vid ett tillfälle och då för att bekräfta HD:s tidigare praxis.¹⁰ Central för uppsatsen är också Kammarrättens dom 1968-12, vilken fastslog att steriliseringskravet stred mot 2 kap. 6 § RF samt mot Artikel 8 och 14 EKMR. Andra källor åberopas till stöd för att domen kan sägas ge uttryck för innehållet i gällande rätt. Även rapporter och resolutioner från organ för mänskliga rättigheter, bl.a. Europarådet, används. Detta material kan sägas utgöra soft law, och är inte bindande utan kompletterar de formella rättskällorna.¹¹ För uppgifter kring hur många som ansökt om ändring av könstillhörighet har mailkontakt förts med Tuija Keränen på Socialstyrelsens Rättsliga Råd. Mailen finns som bilaga till uppsatsen.

Med anledning av utvecklingen i praxis tillsattes år 2009 *Utredningen om det allmännas ansvar enligt Europakonventionen*, vars uppdrag var att föreslå en lagreglering av de fall där Artikel 13 EKMR kräver att en enskild, vars rättigheter åsidosatts, ska kunna framställa skadeståndsanspråk. Utöver utredningens betänkande SOU 2010:87 används i uppsatsen även ytterligare källor så som lag- och konventionstext samt förarbeten till bland annat SkL, könstillhörighetslagen, RF och inkorporeringen av EKMR.

Den specifika frågan om de transsexuellas möjlighet till skadestånd har inte diskuterats i juridisk doktrin. Frågan om enskildas möjligheter att utkräva skadestånd vid kränkningar av EKMR har dock diskuterats flitigt, främst i en mängd artiklar av såväl teoretiker, bl.a. Håkan Andersson, Iain Cameron och Mårten Schultz, som praktiker, främst Clarence Crafoord¹² och Jan Södergren¹³. Generellt kan sägas att teoretikerna har manat till en mer försiktig tolkning av möjligheten till skadestånd, medan praktikerna förordat en mer utvidgad rätt. I uppsatsen används artiklar som representerar båda åsiktsinriktningarna. I litteraturen berörs frågan bl.a. av Håkan Andersson i *Ansvarsproblemet i skadeståndsrätten*. Frågan om enskildas möjligheter att yrka skadestånd av staten vid kränkningar av 2 kap. RF har inte diskuterats i samma utsträckning, men berörs i ett antal artiklar, exempelvis av Clarence Crafoord i SvJT 2009 s.1062 och Bertil Bengtsson i SvJT 2011 s.605. HD meddelade i mars 2013 prövningstillstånd i ett mål där frågan ska prövas.¹⁴

I uppsatsen används även annan litteratur, exempelvis standardverk på skadeståndsrättens område, huvudsakligen Hellner och Radetzkis *Skadeståndsrätt*, Bengtssons *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, och Bengtsson och Strömbäcks *Skadeståndslagen – en kommentar*. Rörande EKMR används främst Danelius *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*.

¹⁰ Lehrberg, 2010, s.148.

¹¹ Dixon, 2013, s.52.

¹² VD på Centrum för Rättvisa. Bl.a. ombud i *Blake-fallet* som diskuteras i Kap. 6.

¹³ Advokat på Lewis & Partners Advokatbyrå AB.

¹⁴ HD mål nr. T 5516-12.

Med *Kammarrättens dom* avses i uppsatsen domen i mål nr. 1968-12, och med *Kammarrätten* Kammarrätten i Stockholm, om något annat inte anges. När det i uppsatsen uttrycks att *myndigheterna* tillämpat steriliseringskravet avses med *myndigheterna* främst Socialstyrelsen. I uppsatsen används även det könsneutrala pronomenet *hen* i de situationer då en persons könstillhörighet är okänd, irrelevant eller då en person inte vill definiera sig som varken man eller kvinna.¹⁵

1.5 Disposition

Kapitel två redogör kort för EKMR och 2 kap. RF, främst för Artikel 8 och 14 EKMR samt 2 kap. 6 § RF. I kapitel tre beskrivs könstillhörighetslagen och då främst steriliseringskravet samt motiven till införandet av kravet. Här behandlas även steriliseringskravets förenlighet med mänskliga rättigheter och Kammarrättsdomen från december 2012. I kapitlet diskuteras även om steriliseringarna kan anses påtvingade eller om de steriliserade samtyckt till ingreppen samt vad detta har för betydelse för skadeståndsansvaret.

I kapitel fyra redovisas statens skadeståndsansvar enligt 3 kap. 2 § SkL. Här diskuteras om en överträdelse av EKMR och 2 kap. RF innebär att fel eller försummelse i 3 kap. 2 § SkL:s mening föreligger. Vidare analyseras om steriliseringskravet utgör myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § SkL. Även talförbudet i 3 kap. 7 § SkL samt frågan om preskription diskuteras kort och appliceras på steriliseringsfallen.

I uppsatsens femte kapitel behandlas statens skadeståndsskyldighet vid överträdelser av EKMR. Här redovisas Artikel 13 EKMR om rätten till effektiva rättsmedel, som är av stor betydelse på det skadeståndsrättsliga området, samt konventionsstaternas skyldighet att gottgöra överträdelser av konventionen på nationell nivå. Även Europadomstolens möjlighet att döma ut skadestånd i Artikel 41 EKMR redovisas. Efter att den traditionella uppfattningen i svensk rätt berörts, diskuteras utvecklingen i HD:s praxis under 2000-talet samt vilken betydelse de olika rättsfallen har för bedömningen i steriliseringsfallen. Femte kapitlet redogör även för betänkandet *Skadestånd och Europakonventionen* som publicerades 2010. I kapitel sex diskuteras statens skadeståndsskyldighet vid överträdelser av 2 kap. RF. Här undersöks först om skadestånd kan utgå enligt 3 kap. 2 § SkL när 2 kap. RF överträts, för att sedan analysera om skadestånd kan grundas direkt på 2 kap. RF. Slutligen redovisas fallet som beviljats prövningstillstånd i HD där frågan är aktuell.

Uppsatsens frågeställningar besvaras till viss del löpande under uppsatsen, dock förs den huvudsakliga analysen i uppsatsens sjunde kapitel där frågeställningarna diskuteras och utvärderas mer utförligt. Här appliceras gällande rätt, som redogjorts i den deskriptiva delen, på steriliseringsfallen. I kapitel sju följer även ett kort rättspolitiskt resonemang.

¹⁵ För mer om pronomenet *hen*, se www.språkrådet.se/16336. Besökt senast 19 dec. 2013.

2 2 kap. RF och EKMR

2.1 2 kap. RF – Grundläggande fri- och rättigheter

2.1.1 Allmänt

Långt in på 1900-talet fanns i de svenska grundlagarna ingen omfattande reglering för medborgerliga och mänskliga fri- och rättigheter. Rättighetsdeklarationen i 16 § i 1809 års regeringsform saknade egentlig betydelse för lagstiftning och tillämpades i princip aldrig i praktiken. Regler om mänskliga fri- och rättigheter fanns även i då gällande TF samt i regleringen om offentlighetsprincipen. En förklaring till varför rättighetsfrågan negligenterades var att svensk rätt länge influerades av Uppsalaskolan, vilken ansåg att juridiskt osanktionerade rättigheter inte kunde existera.¹⁶ När 1974 års RF infördes skapades till slut ett kapitel för grundläggande fri- och rättigheter. Kapitlet var dock inte särskilt omfattande och kom att utvidgas ett antal gånger, nu senast i samband med grundlagsreformen år 2010.¹⁷

Rättighetsskyddet i 2 kap. RF gäller gentemot det allmänna, vilket innebär att staten i egenskap av lagstiftare, men också i sitt praktiska agerande, är bunden av reglerna. Även andra offentlighetsrättsliga subjekt, framför allt kommuner, ingår i det allmänna.¹⁸ Förutsättningarna för att begränsa vissa av kapitlets fri- och rättigheter regleras i 2 kap. 20-25 §§ RF. Bland annat kan skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF inskränkas. Begränsningen måste ske genom lag och får endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får vidare inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett begränsningen och får inte hota den fria åsiktsbildningen. Inte heller får begränsningen göras uteslutande på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.¹⁹

2.1.2 Närmare om skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp i 2 kap. 6 § RF

I 2 kap. 6 § RF stadgas enskildas skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp.²⁰ Med kroppsligt ingrepp avses framför allt våld mot kroppen, även

¹⁶ Bernitz, 2010/11, s.821ff.

¹⁷ Bull och Sterzel, 2013, s.61. Se SFS 1976:871; 1979:933; 1994:1468; 2010:1408.

¹⁸ Bull och Sterzel, 2013, s.62.

¹⁹ 2 kap. 20-21 §§ RF.

²⁰ Nuvarande lydelse av 2 kap. 6 § RF trädde i kraft 1 januari 2011 (SFS 2010:1408). Härigenom infördes skydd för den personliga integriteten, samt en utvidgning av skyddet i 2 kap. 6 § RF att omfatta *var och en*, och inte bara svenska medborgare. För bedömningen i steriliseringsfallen har ändringen därmed inte någon väsentlig betydelse.

relativt mildt våld. Även kirurgiska operationer, läkarundersökningar och mindre ingrepp som exempelvis blodprovstagning omfattas.²¹ Sterilisering och kastrering är kroppsliga ingrepp av det grövre slaget och faller under bestämmelsen.²² När en läkarundersökning utgör en förutsättning för att erhålla en förmån, exempelvis en anställning, torde detta inte ses som ett tvångsmässigt ingrepp.²³ Enbart faktiskt vidtagna åtgärder kan klassas som kroppsliga ingrepp. Psykisk påverkan kan anses vara ett kroppsligt ingrepp om den är så djupgående att den anses som misshandel enligt 3 kap. BrB.²⁴

Ett ingrepp måste vara påtvingat för att vara otillåtet under 2 kap. 6 § RF. Här avses inte enbart fysiskt påtvingade ingrepp utan också andra fall där ingreppet skett ofrivilligt. Enskilda samtycker i vissa situationer till ingrepp för att ett underliggande hot finns hos den agerande myndigheten. För att grundlagsskyddet inte ska kunna kringgå bör dessa situationer bedömas som att ett giltigt samtycke saknas. I de fall där det är oklart om åtgärden varit frivillig får hänsyn tas till den konkreta situationen samt vilken information den enskilde fått och vilka möjligheter hen därför har haft att fatta ett informerat beslut. Det är viktigt att undvika att enskilda frivilligt avstår från rättigheterna, även om varje avstående inte kan anses ogiltigt.²⁵

Sterilisering är ett kroppsligt ingrepp i den mening som avses i 2 kap. 6 § RF. För att steriliseringarna av de som ansökt om juridiskt könsbyte ska ha stridit mot 2 kap. 6 § RF krävs dock att steriliseringarna varit påtvingade. Ingreppen har inte varit påtvingade i fysisk mening, men har varit ett krav för att få tillgång till en förmån eller rättighet, varför steriliseringarna kan anses påtvingade. Motivet bakom införandet av steriliseringskravet var att lagstiftaren ville undvika att individer som bytt juridiskt kön efter förändringen fick barn baserat på den tidigare könstillhörigheten.²⁶ Dessa skäl kan inte anses vara godtagbara i ett demokratiskt samhälle och steriliseringskravet har därmed inte utgjort en tillåten inskränkning av 2 kap. 6 § RF.²⁷

2.2 EKMR

2.2.1 EKMR:s ställning i svensk rätt

Efter andra världskriget togs olika initiativ på det internationella planet för att genom olika överenskommelser binda staterna vid att erkänna och respektera mänskliga fri- och rättigheter. Ett viktigt steg mot ett utvidgat rättighetsskydd var EKMR, som utarbetades inom ramen för Europarådet, öppnades för undertecknande i november 1950 och trädde i kraft den 3

²¹ Bull och Sterzel, 2013, s.76.

²² Prop. 2002/03:50 s.97.

²³ SOU 1975:75 s.358.

²⁴ Prop. 1975/76:209 s.147. Se bilagan ”Skydd för kroppslig integritet” i SOU 1975:75 (s.358-362) för en exemplifiering av föreskrifter om tvångsmässiga kroppsliga ingrepp.

²⁵ Bull och Sterzel, 2013, s.77.

²⁶ Prop. 1972:6 s.49f.

²⁷ En djupare diskussion om steriliseringskravet samt frågan om tvång följer i Kapitel 3.

september 1953. EKMR undertecknades av Sverige den 28 november 1950 och ratificerades den 4 februari 1952. Det dröjde dock fram till 1966 innan Sverige erkände Europadomstolens kompetens.²⁸ I förarbetena som föregick ratifikationen gjordes inte några särskilda överväganden i fråga om konventionens status i svensk rätt.²⁹ I praxis utvecklades principer som innebar att EKMR inte var direkt tillämplig svensk rätt, men att svensk lag så långt som möjligt skulle tolkas i överensstämmelse med konventionen.³⁰

Även om EKMR fram till 1995 inte utgjorde inhemsk lag var Sverige folkrättsligt bundet att följa konventionen och den fick ändå viss betydelse i lagstiftningsarbete och rättstillämpning. Avgöranden mot Sverige i Europadomstolen föranledde förändringar i svensk lagstiftning och Lagrådet yttrade sig i flera fall över tilltänkt lagstiftning utifrån konventionens krav.³¹ Trots detta förorsakade det problem att EKMR inte var direkt tillämplig i den svenska rättsskipningen och därför inkorporerades EKMR år 1995 i svensk rätt.³² Ett av regeringens argument för en inkorporering var att skyddet för konventionens fri- och rättigheter fullt ut skulle komma till uttryck i svensk rätt. I motiven anfördes att det ankommer på lagstiftaren att se till att den svenska rätten överensstämmer med EKMR. Därtill infördes en regel i 2 kap. 23 § RF enligt vilken lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av EKMR.³³ Regeln gör inte att EKMR i sig ges grundlagsstatus, men att brott mot EKMR är grundlagsstridiga. Bestämmelsen kan i enskilda fall få betydelse i samband med lagprövning enligt 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF. Dock bör de rättstillämpande organen undvika att hamna i situationer som kräver lagprövning och istället tolka svensk rätt så att den inte kommer i konflikt med konventionens bestämmelser.³⁴

Lagar som infördes innan dåvarande 2 kap. 23 § RF träffas inte av förbudet. Uppstår en konflikt mellan EKMR och vanlig lag ska denna enligt motiven istället lösas med allmänna principer för konflikthantering. *Lex posterior*-principen, enligt vilken nyare lag går före äldre lag, gör att EKMR ges företräde. Dock måste även *lex specialis*, att en specialregel har företräde framför en allmänt hållen regel oavsett reglernas inbördes ålder, beaktas. Detta kan därmed leda till att en konventionsstridig bestämmelse ges företräde. Sådana situationer ska dock motverkas dels av Lagrådets granskning av hur lagförslag förhåller sig till EKMR, dels av den noggranna svenska lagstiftningsprocessen i övrigt.³⁵ I praxis har domstolarna i många fall istället prövat frågan som en lagprövningssituation, vilket kan sägas ha givit EKMR en något starkare ställning konstitutionellt sett än vad som avsetts. Samtidigt har de begränsningar som gällde fram till 2011 i 11 kap. 14 § RF, om att en lagregel var tvungen att vara uppenbart grundlagsstridig för att

²⁸ Prop 1993/94:117 s.10f.

²⁹ Jfr. Prop 1951:165.

³⁰ Danelius, 2012, s.37. Se bl.a. NJA 1973 s. 423; NJA 1981 s. 1205; NJA 1989 s. 131.

³¹ Prop. 1993/94:117 s.11f.

³² SFS 1994:1219.

³³ Prop 1993/94:117 s.35f. Regeln i 2 kap. 23 § RF återfinns sedan 2011 i 2 kap. 19 § RF.

³⁴ Bull och Sterzel, 2013, s.95.

³⁵ Prop. 1993/94:117 s.37f.

kunna underkännas av en domstol, fått genomslag även i dessa fall.³⁶

Steriliseringskravet infördes innan inkorporeringen av EKMR år 1995, vilket gör att det inte kan angripas direkt med stöd av 2 kap. 19 § RF. Många steriliseringar utfördes också innan EKMR inkorporerades i svensk rätt. Sverige var dock dessförinnan folkrättsligt bundet att följa konventionen. Att en överträdelse av EKMR skett innan konventionen utgjorde nationell rätt saknar enligt praxis betydelse för bedömningen av om skadestånd vid överträdelser ska utgå.³⁷

Sverige är enligt Artikel 46 EKMR endast skyldig att rätta sig efter Europadomstolens domar i de mål där svenska staten är part. Dock utgör domstolens praxis ett underlag för de inhemska domstolarnas tolkning och tillämpning av EKMR. Staterna är även enligt Artikel 1 EKMR skyldiga att garantera konventionens rättigheter. Detta ger uttryck för att Sverige är skyldiga att följa den utveckling av EKMR som Europadomstolens praxis ger uttryck för.³⁸ Även om Sverige inte blivit fällda i Europadomstolen rörande steriliseringskravet är staten skyldig att se till att nationell rätt överensstämmer med EKMR och Europadomstolens praxis.

2.2.2 Artikel 8 EKMR – rätt till skydd för privat- och familjeliv

I Artikel 8 EKMR föreskrivs var och ens rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, hem och korrespondens. Staten har en negativ skyldighet att inte göra ingrepp i de skyddade rättigheterna. Här omfattas både generella inskränkningar och ingrepp mot enskilda individer. Därtill har staten en positiv skyldighet att vidta åtgärder för att skydda den enskildas privata sfär, både från ingrepp från offentliga rättssubjekt samt från andra enskilda. Staten kan därmed bryta mot Artikel 8 EKMR genom att tillåta en befintlig situation utan att agera, eller genom att inte tillförsäkra ett fullgott skydd för rättigheterna. Staten kan då bli ansvarig även om övergreppet utförts av en enskild person som staten i och för sig inte ansvarar för. Även om staten inte kan åläggas att vidta alltför långtgående åtgärder kan normalt sett krävas att lagar och förordningar utfärdas som ger ett tillräckligt skydd och att staten övervakar att myndigheterna följer dessa.³⁹

Undantagsvis kan staten, genom lag, göra inskränkningar i Artikel 8 EKMR. Den inskränkande lagen måste vara tillgänglig för allmänheten och tillräckligt preciserad så att dess tillämpning kan förutses.⁴⁰ Vidare måste ingreppet ha gjorts med hänsyn till vissa särskilda intressen och vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Nödvändigt innebär att det finns ett

³⁶ Bull och Sterzel, 2013, s.96. Se ex. RÅ 1997 ref. 6; RÅ 2001 ref. 56; RÅ 2009 ref. 94 och NJA 2010 s. 168.

³⁷ Se ex. NJA 2007 s. 584.

³⁸ Cameron, 2011, s. 47f. Även SOU 2010:103 s.496.

³⁹ Danelius, 2012, s.346f.

⁴⁰ The Sunday Times mot Storbritannien, dom 26 april 1979, p.49.

angeläget samhälleligt behov och ska inte ses som likställt med oundvikligt. Vid bedömningen av om åtgärden är proportionerlig ges staterna en viss bedömningsmarginal, en *margin of appreciation*. Europadomstolen har dock alltid behörighet att bedöma inskränkningens tillåtlighet.⁴¹

Europadomstolen har vid flera tillfällen påpekat att begreppet privatliv inte är lämpligt eller möjligt att uttömmande definiera. Rättighetens omfång har därför formats främst i rättspraxis. Bland annat omfattas en persons fysiska och personliga integritet, sexuella läggning, könsidentitet och sexualliv.⁴² Även delar av en individs fysiska och sociala identitet kan omfattas.⁴³

Europadomstolen har fastslagit att Artikel 8 EKMR omfattar en rätt att få ett juridiskt könsbyte rättsligt erkänt,⁴⁴ men har ännu inte fastställt att ett krav på sterilisering för ändrad könstillhörighet strider mot Artikel 8 EKMR. Området kring rättsligt erkännande av juridiskt könsbyte är dock ett område inom vilket domstolens praxis ständigt utvecklas. Kammarrätten fann i mål nr. 1968-12 att steriliseringskravet stred mot Artikel 8 EKMR och att kraven för en giltig inskränkning inte var uppfyllda.⁴⁵

2.2.3 Artikel 14 EKMR – diskrimineringsförbud

Enligt Artikel 14 EKMR ska åtnjutandet av konventionens fri- och rättigheter säkerställas utan att åtskillnad görs exempelvis på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, nationell minoritetstillhörighet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Som framgår av artikelns ordalydelse är uppräknningen inte uttömmande.⁴⁶ Av Europadomstolens praxis följer att transsexualism är en skyddad diskrimineringsgrund.⁴⁷ Artikel 14 EKMR förbjuder enbart diskriminering avseende konventionens fri- och rättigheter. Bestämmelsen har således ingen självständig betydelse utan tillämpas tillsammans med konventionens övriga fri- och rättigheter.⁴⁸ Konventionens något bristande diskrimineringskydd stärks av det tolfte tilläggsprotokollet som garanterar ett generellt diskrimineringsförbud. Dock har protokollet inte ratificerats av alla medlemsstater, vilket gör att EKMR inte kan garantera ett generellt diskrimineringsförbud.⁴⁹

⁴¹ Danelius, 2012, s.351.

⁴² Pretty mot Storbritannien, dom 29 april 2002, p.61; X och Y mot Nederländerna, dom 26 mars 1985, p.22.

⁴³ Mikulić mot Kroatien, dom 7 februari 2002, p.53.

⁴⁴ Christine Goodwin mot Storbritannien, dom 11 juli 2002.

⁴⁵ Se Kap. 3 om domen och om steriliseringskravets förenlighet med EKMR och 2 kap. RF.

⁴⁶ Engel m.fl. mot Nederländerna, dom 8 juni 1976, p.72.

⁴⁷ Ex. PV mot Spanien, dom 30 november 2010, p.30.

⁴⁸ Ex. Rasmussen mot Danmark, dom 28 november 1984, p.29.

⁴⁹ Harris m.fl., 2009, s.577.

3 Steriliseringskravet i könstillhörighetslagen

3.1 Kraven för ändrad könstillhörighet

Skälet att Sverige införde en möjlighet för transsexuella att byta juridiskt kön var att frågan aktualiserats i flera fall genom att personer ansökt om att få byta namn till namn som främst bars av det andra könet och/eller ansökt om ändrad anteckning om kön i kyrkobokföringen.⁵⁰ Lagstiftaren anförde att redan terapeutiska skäl talade för att möjliggöra att den transsexuellas registrerade kön överensstämmer med det upplevda könet, men betonade att starka skäl skulle föreligga för att en ändring skulle kunna ske.⁵¹

I 1 § könstillhörighetslagen uppställs kraven för att en person ska få byta könstillhörighet. Enligt första punkten krävs att personen *sedan en lång tid* upplevt att hen tillhör det andra könet. Fram till 1 januari 2013 krävdes att personen *sedan ungdomen* upplevt sig tillhöra det andra könet. Kravet omformulerades då det inte förelåg skäl att förhindra de som kommit till insikt om sin transsexualitet i äldre ålder från att kunna byta juridiskt kön. Enligt 1 § 2 p. krävs att personen *sedan en tid* uppträtt i enlighet med den upplevda könsidentiteten. Innebörden av detta krav varierar beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, men betyder ofta att personen ska ha uppträtt i enlighet med det upplevda könet exempelvis i familjen, på arbetsplatsen och ute i samhället, en s.k. Real Life Experience.⁵² Fram till den 1 januari 2013 var kravet att personen sedan en *avsevärd* tid uppträtt i enlighet med denna könsidentitet. I 1972 års motiv konstaterades att kortare tid än ett år inte torde kunna godtas.⁵³ Fortfarande lär ett år ofta vara den tid som tillämpas.⁵⁴ Vidare måste personen enligt 1 § 3 p. *antas komma att leva* i könsidentiteten även i framtiden. Begreppet könsidentitet ersatte från och med 1 januari 2013 termen könsroll, bland annat för att termen ansågs mer lämplig då den hänvisar till den egna upplevelsen snarare än till samhällets förväntningar.⁵⁵ Det sista kravet är att sökanden ska ha fyllt 18 år.⁵⁶

En ansökan om ändring av könstillhörighet prövas av Socialstyrelsen.⁵⁷ Fastställs en ny könstillhörighet ändras personnumret samt registreringen av kön i folkbokföringen. Sedan lagen infördes har totalt cirka 1100 personer ansökt om juridiskt könsbyte. Ett fåtal ansökningar per år har avslagits, då

⁵⁰ SOU 1968:28 s.14.

⁵¹ Prop. 1972:6 s.16-19, 46.

⁵² Prop. 2011/12:142 s.33.

⁵³ Prop 1972:6 s.57.

⁵⁴ Prop 2011/12:142 s.33f.

⁵⁵ Prop 2011/12:142 s.34.

⁵⁶ 1 § 4 p. könstillhörighetslagen. Frågan om åldersgränsen ska sänkas bereds under 2013 i Regeringskansliet, prop. 2012/13:107 s.18.

⁵⁷ 5 § könstillhörighetslagen.

villkoren inte varit uppfyllda.⁵⁸ Efter Kammarrättens dom i december 2012 som fastslog att steriliseringskravet stred mot 2 kap. RF och EKMR och inte skulle tillämpas, upphörde Rättsliga rådet att tillämpa kravet. Runt 963 personer har dessförinnan drabbats av steriliseringskravet.⁵⁹

Något krav på könskorrigering för ändrad könstillhörighet har aldrig uppställts. I förarbetena anfördes att den avgörande betydelsen skulle tillmätas den psykosociala faktorn och inte anatomiska förändringar. Enligt de sakkunniga talade dock tvekan att genomföra anatomiska förändringar för att den psykosexuella inriktningen inte var uppenbar.⁶⁰

3.2 Steriliseringskravet

3.2.1 Motiven bakom införandet av kravet

Fram till 1 juli 2013 fanns i lagens 1 § 5 p. ett krav på att den sökande för att få ändra könstillhörighet var tvungen att ha steriliserats eller av annan orsak sakna fortplantningsförmåga. I motiven anfördes att utan ett krav på sterilisering kunde det inte uteslutas att den som bytt juridiskt kön efter förändringen fick egna barn. Dock ifrågasattes om kravet var nödvändigt, då det *"torde kunna betraktas som praktiskt taget uteslutet att en transsexuell person efter att ha fått ändrad könsregistrering skulle av fri vilja inleda ett sexuellt förhållande med någon som hör till samma officiella kön som han själv. Risker för ett faderskap resp. en graviditet torde därför, även om sterilitet inte föreligger, vara utomordentligt liten"*⁶¹. Det betonades även att sterilisering är ett allvarligt och inte helt riskfritt ingrepp. Trots detta infördes ett steriliseringskrav, då det ansågs nödvändigt att eliminera den risk för förvirring i släktskapsförhållandena som skulle uppstå om en person som bytt könstillhörighet skulle få egna barn grundat på det tidigare könet.⁶²

3.2.2 Kravets innebörd

Är fortplantningsförmågan inte upphävd av naturliga skäl kan den upphävas genom sterilisering eller kastrering. Sterilisering utgör ett kirurgiskt ingrepp och innebär för män att sädesledarna skärs av så att spermier från testiklarna inte kan passera. På kvinnor blockeras passagen genom äggledarna så att spermier inte kan nå äggcellerna. Ingreppet inverkar inte på könsdriften.⁶³ I steriliseringslagen (1975:680) regleras sterilisering som inte omfattar kastrering och som inte utförs som en del av behandling av en kroppslig

⁵⁸ Prop. 2011/12:142 s.17f, 22. Email från Tuija Keränen, Rättsliga Rådet, Socialstyrelsen, 4 nov 2013. Se Bilaga.

⁵⁹ Email från Tuija Keränen, Rättsliga Rådet, Socialstyrelsen, 4-5 nov 2013. Se Bilaga.

⁶⁰ Prop. 1972:6 s.19, 48.

⁶¹ Prop. 1972:6 s.49f. Detta tydliga uttryck för heteronormativitet diskuteras ej närmre här.

⁶² Prop. 1972:6 s.49f.

⁶³ Prop. 1975:18 s.10; Prop. 2012/13:107 s.9f.

sjukdom.⁶⁴ En vidsträckt definition av sterilisering omfattar även kastrering, vilket innebär att könskörtlarna tas bort eller sätts ur funktion. Ingreppet kan bland annat medföra väsentlig ändring av könsdriften.⁶⁵ Kemisk kastrering innebär att testosteronhalten sänks genom läkemedel.⁶⁶ Sådan kastrering behöver inte vara permanent och lär därför inte ha varit tillräcklig för att uppfylla kravet på att varaktigt sakna fortplantningsförmåga.⁶⁷

Den medicinska utvecklingen har möjliggjort lagring av könsceller, vilka sedan kan användas vid provrörsbefruktning eller insemination och resultera i en graviditet. Något oklart var om steriliseringskravet även innebar att den sökande inte fick ha sparat könsceller.⁶⁸ I ett fall från Kammarrätten i Stockholm tolkades steriliseringskravet till att även omfatta ett sådant förbud. Bakgrunden var att Rättsliga rådet avslagit en persons begäran om fastställelse av könstillhörighet, tillstånd till ingrepp i könsorganen samt borttagande av könskörtlarna, med hänvisning till att personen sparat sperma och att dennes fortplantningsförmåga därför inte var upphävd. Kammarrätten anförde att ett könsbyte föregås av noggranna överväganden och att den som byter kön avser att definitivt leva i den nya könsrollen. Det ansågs därför inte förenligt med lagstiftningens syfte att den som bytt kön ändå, med hjälp av medicinsk teknik, kan bli biologisk förälder till ett barn grundat på den tidigare könstillhörigheten.⁶⁹

3.3 Steriliseringskrav och mänskliga rättigheter

3.3.1 Europadomstolen

Europadomstolen har ännu inte prövat om ett krav på sterilisering för ändrad könstillhörighet strider mot EKMR. Utvecklingen i praxis visar dock på ett allt starkare skydd för transsexuellas rättigheter. Från att domstolen i flera fall, med hänvisning till staternas *margin of appreciation*, funnit att staterna inte enligt Artikel 8 EKMR var skyldiga att uppta en person som genomgått könsbyte under sitt nya kön i personregistret,⁷⁰ ändrade domstolen sin praxis och fastslog att Artikel 8 EKMR innefattar en rätt att få den ändrade könstillhörigheten rättsligt erkänd.⁷¹

⁶⁴ 1 § steriliseringslagen.

⁶⁵ Prop 1975:18 s.10. Fram till 31 dec. 2012 fanns Lag 1944:133 om kastrering. Lagen var ej tillämplig i fråga om ingrepp som gjordes efter tillstånd enligt könstillhörighetslagen.

⁶⁶ Prop. 2011/12:142 s.63. Bl.a. förekommer inom rättspsykiatrisk vård kemisk kastrering på sexualbrottslingar för att minska återfallsrisken.

⁶⁷ SOU 2007:16 s.117.

⁶⁸ SOU 2007:16 s.177f.

⁶⁹ Kammarrätten i Stockholms dom den 30 mars 2005 i mål nr 3413-04. Domen är sekretessbelagd. En sammanfattning av domstolens slutsatser finns i SOU 2007:16 s.178.

⁷⁰ Ex. Rees mot Storbritannien, dom 17 oktober 1986; Cossey mot Storbritannien, dom 27 september 1990.

⁷¹ Ex. Goodwin mot Storbritannien, dom 11 juli 2002; B mot Frankrike, dom 25 mars 1992; I mot Storbritannien, dom 11 juli 2002.

I *Roetzheim mot Tyskland*⁷² från 1997 fann kommissionen⁷³, i ett beslut om talan skulle tas upp till prövning eller inte, att den tyska lagstiftningen, vilken för byte av juridiskt kön bland annat krävde att sökanden genomgått könskorrigering kirurgi samt saknade fortplantningsförmåga, inte var oförenlig med Artikel 8 EKMR. Kommissionen konstaterade med hänsyn till "*the remaining uncertainty as to the essential nature of transsexualism and the extremely complex legal situations which result therefrom*"⁷⁴ att Tyskland, genom att erbjuda pre-operativt transsexuella en möjlighet till namnbyte och post-operativt transsexuella en möjlighet till byte av könstillhörighet, hade vidtagit lämpliga rättsliga åtgärder på området. Ansökan avvisades därför som uppenbart ogrundad.

Området kring rättsligt erkännande av ändrad könstillhörighet utvecklas ständigt i Europadomstolens praxis. *Roetzheim mot Tyskland* kan därför inte utan vidare läggas till grund för att ett steriliseringskrav är förenligt med Artikel 8 EKMR. Efter kommissionens avvisningsbeslut har Europadomstolen i flera fall fastslagit transsexuellas rätt att få en ändrad könstillhörighet rättsligt erkänd. I väntan på prövning i Europadomstolen är även ett fall där den inhemska domstolen vägrade låta den sökande genomgå en könsbytesoperation då hon inte uppfyllde det lagstadgade kravet på att först ha diagnostiserats som permanent infertil.⁷⁵

Europadomstolen har prövat flera fall rörande tvångssterilisering av romska kvinnor i samband med förlossning. I samtliga fall betonade domstolen att sterilisering som utförs utan den enskildas informerade samtycke strider mot kraven på respekt för mänsklig frihet och integritet, samt att sterilisering generellt inte kan anses som ett livsnödvärdigt medicinskt ingrepp. Även om vissa skäl anförts för steriliseringarna hade personalen agerat utan respekt för kvinnornas rätt till självbestämmande. Vid bedömningen tog domstolen även hänsyn till ingreppets art, omständigheterna, de sökandes ålder och att de tillhörde en utsatt grupp. Domstolen fann i samtliga fall att steriliseringarna stred mot Artikel 3 EKMR.⁷⁶ Domstolen fann även i ett par av fallen att Artikel 8 EKMR hade kränkts, då Slovakien misslyckats att skapa regler som gav ett tillräckligt skydd för individers privat- och familjeliv.⁷⁷

3.3.2 Rapporter från FN, Europarådet och Socialstyrelsen

Sterilisering som krav för juridiskt könsbyte har diskuterats i flera olika forum för mänskliga rättigheter. 2007 presenterades Yogyakartapriinciperna

⁷² *Roetzheim mot Tyskland*, kommissionens mål nr. 31177/96, beslut 23 oktober 1997.

⁷³ Kommissionen var ett förberedande organ till Europadomstolen som upphörde den 1 november 1998, se vidare Taylor, 2005, s.17.

⁷⁴ *Roetzheim mot Tyskland*, s.5.

⁷⁵ *Y.Y. mot Turkiet*, mål nummer 14793/08, kommunicerat 31 mars 2010.

⁷⁶ *V.C. mot Slovakien*, dom 8 november 2011, pp.106-120; *N.B. mot Slovakien*, dom 12 juni 2012, pp.74-81; *I.G. m.fl. mot Slovakien*, dom 13 november 2012. pp.120-126.

⁷⁷ *V.C. mot Slovakien*, pp.144-155; *I.G. m.fl. mot Slovakien*, pp.144-146.

i FN:s råd för mänskliga rättigheter. I inledningen till principerna uttrycks att dessa speglar gällande rätt avseende frågor om sexuell läggning och könsidentitet inom skyddet för mänskliga rättigheter samt bekräftar den internationella standard som alla länder måste uppfylla. I princip tre stadgas att ingen ska tvingas genomgå medicinska processer, exempelvis sterilisering, som ett krav för erkännande av könsidentitet i lagens mening. Även FN:s specialrapportör mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, har rekommenderat alla stater att upphäva lagar som innebär ofrivillig sterilisering av transsexuella.⁷⁸

Europarådets kommissionär för mänskliga rättigheter, Thomas Hammarberg, har uttryckt att ett steriliseringskrav tydligt strider mot individens fysiska integritet. Hammarberg oroas över att transpersoner är den enda gruppen i Europa som är föremål för lagligt föreskriven, statligt påtvingad och genomdriven sterilisering. Konventionsstaterna rekommenderas att överge krav på sterilisering och annan medicinsk behandling som villkor för fastställelse av den önskade könsidentiteten.⁷⁹

Både Europarådets ministerråd och parlamentariska församling har uppmanat staterna att ta bort kränkande krav för ändring av könstillhörighet, samt att försäkra transsexuellas rätt att få den önskade könstillhörigheten fastställd utan att behöva genomgå sterilisering eller andra medicinska ingrepp.⁸⁰

Socialstyrelsen publicerade i juni 2010 en rapport i vilken bland annat föreslogs att steriliseringskravet skulle tas bort och att transsexuella skulle tillåtas att frysa ner könsceller på samma villkor som andra patientgrupper. Enligt Socialstyrelsen kan steriliseringskravet ses ur flera perspektiv. Ett perspektiv är att individen väljer att byta juridiskt kön och då väljer att följa lagens krav. Ett annat perspektiv är att se kravet i ljuset av att det infördes när det fortfarande pågick tvångssteriliseringar i Sverige. Socialstyrelsen betonar vikten av respekt för patientens självbestämmande och integritet och hänvisar även till Yogyakartaprinciperna samt till ovan nämnda rapport av Europarådets kommissionär för mänskliga rättigheter.⁸¹

Även om Europadomstolen ännu inte tagit ställning till om sterilisering som villkor för ändrad könstillhörighet strider mot Artikel 8 EKMR finns alltså mycket som talar i den riktningen.

⁷⁸ A/HRC/22/53 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1 februari 2013, s.19, pp. 78-79, s.23, p.88.

⁷⁹ Council of Europe, Commissioner for human rights, 2009, s.19, 44.

⁸⁰ Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers, p. 20; Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly, p.16.11.2. Även Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on social affairs, health and sustainable development, Doc. 13215 Report, 28 maj 2013, s.1, s.13, pp.46-49, i vilken anförs att påtvingad sterilisering utgör ett allvarligt brott mot mänskliga rättigheter. Det svenska steriliseringskravet tas upp som ex.

⁸¹ Socialstyrelsen, 2010, s. 28f.

3.4 Kammarrättens dom i mål nr. 1968-12

Bakgrunden till Kammarrättens dom i mål 1968-12 var att Socialstyrelsen avslagit N.N.:s ansökan om fastställelse av ändrad könstillhörighet, detta då N.N. återtagit sin ansökan om sterilisering och därför inte uppfyllde steriliseringskravet. N.N. yrkade i första hand att Förvaltningsrätten skulle upphäva beslutet och fastställa den ändrade könstillhörigheten. N.N. hävdade att steriliseringskravet inte var ett frivilligt ingrepp och att det stred mot Artikel 8 EKMR och 2 kap. 6 § RF. Förvaltningsrätten konstaterade att steriliseringskravet utgjorde ett påtvingat kroppsligt ingrepp eftersom det för rättsligt erkännande av en ny könstillhörighet krävdes att sökanden genomgick ett sådant ingrepp. Lagens krav stred därför mot rätten till privatliv enligt Artikel 8 EKMR. Förvaltningsrätten menade att EKMR borde ges företräde framför bestämmelsen i könstillhörighetslagen.⁸²

Socialstyrelsen överklagade och yrkade att Kammarrätten skulle fastställa Socialstyrelsens beslut. Kammarrätten anförde att frågan i målet var om steriliseringskravet var förenligt med 2 kap. 6 § RF samt Artikel 8 och 14 EKMR. Kammarrätten noterade att Artikel 8 EKMR medför en rätt att få en ändrad könstillhörighet rättsligt erkänd, men att Europadomstolen ännu inte prövat frågan om ett krav på medicinsk behandling eller ingrepp för rättsligt erkännande av könstillhörigheten är förenligt med konventionen.⁸³

Kammarrätten redovisade därefter motiven bakom steriliseringskravet och noterade att det inte framkommit några ytterligare skäl, än de som ges i lagens förarbeten, för att upprätthålla kravet. Enligt kammarrätten innebar begreppet påtvingat kroppsligt ingrepp mer än påtvingat i den bemärkelsen att den enskilde inte kan förhindra ingreppet. Kammarrätten menade att ett ingrepp i regel också är att anse som påtvingat om ingreppet är ett villkor för att få del av en förmån eller rättighet. Sterilisering utgör ett mycket ingripande och oåterkalleligt ingrepp för den enskilde. Med hänsyn till ingreppets art och värderingarna i dagens samhälle fann kammarrätten det svårt att rättfärdiga steriliseringskravet enbart med hänsyn till att det ska råda ordning och reda i släktskapsförhållandena. Kravet att genomgå ingreppet kunde inte heller anses vila på frivillig grund. Domstolen menade därför att steriliseringskravet innebar ett integritetskränkande ingrepp i strid med Artikel 8 EKMR och 2 kap. 6 § RF. Enligt kammarrätten innebar uppställandet av ett så ingripande krav enbart för en viss grupp dessutom att steriliseringskravet stred mot diskrimineringsförbudet i Artikel 14 EKMR. Kammarrätten konstaterade att inga grunder för steriliseringskravet hade framkommit som uppfyllde kraven på saklighet och proportionalitet. Steriliseringskravet kunde därför inte anses som en tillåten inskränkning i de aktuella bestämmelserna och skulle följaktligen inte tillämpas i målet.⁸⁴ Domen överklagades inte och vann laga kraft i januari 2013.

⁸² Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 45723-10, 9 mars 2012, s.2, 10f. Noteras kan att Socialstyrelsen avstod från att yttra sig samt att rättsens ordförande var skiljaktig i målet.

⁸³ Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1968-12, 19 december 2012, s.4f.

⁸⁴ Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1968-12, 19 december 2012, s.5ff.

3.5 Tvångssterilisering?

3.5.1 Samtycke till skada som ansvarsfrihetsgrund i skadeståndsrätten

Vissa omständigheter utesluter skadeståndsansvar enligt culparegeln, då de anses rättfärdiga att skada tillfogas. En klassisk ansvarsfrihetsgrund är samtycke, med vilket då främst avses ett uttryckligt medgivande att lida en bestämd skada.⁸⁵ Det måste därför analyseras inte bara om steriliseringarna varit påtvingade enligt 2 kap. 6 § RF utan även om de transsexuella samtyckt till skadan och om detta utesluter skadeståndsansvar.

En gärning som begås med samtycke från den mot vilken gärningen riktas utgör enligt 24 kap. 7 § BrB endast ett brott om gärningen med hänsyn till den skada, kränkning eller fara som den medför, dess syfte och övriga omständigheter, är oförsvarlig. Är en handling straffri på grund av samtycke kan inte heller skadestånd utgå. I vissa fall brister dock sambandet mellan straff och skadestånd och skadestånd kan utgå även om straff är uteslutet.⁸⁶

Samtycke till sakskada utgör nästan alltid en grund för ansvarsfrihet. Vad gäller samtycke som ansvarsfrihetsgrund vid personskada måste dock en viss gränsdragning göras. Samtycke lär aldrig utesluta ansvar vid mord eller dråp. Förutsättningarna för ansvarsfrihet vid misshandel är mer otydliga. Som huvudregel inträder ansvarsfrihet inte vid allvarligare skador. I vissa situationer kan dock ansvarsfrihet uppkomma även för kroppsskador som inte är ringa, exempelvis om gärningen har ett godtagbart syfte. För att samtycket ska vara ansvarsbefriande krävs att samtycket är frivilligt samt att den som lämnat samtycket insett innebörden av detta samt varit behörig att förfoga över det aktuella intresset.⁸⁷

Ibland framgår av omständigheterna att ett underförstått samtycke har lämnats. Avgörande blir då samtyckets räckvidd samt hur långt rättsordningen godtar att samtycket blir giltigt.⁸⁸

Det kan också diskuteras om ett medvetet risktagande kan medföra ansvarsfrihet. Vad gäller personskada lär ansvarsfrihet vid medvetet risktagande strida mot SkL. Endast i extrema fall kan ansvarsfrihet eventuellt bli aktuell, exempelvis om risktagandet ingått som ett spänningsmoment i den skadelidandes handlande.⁸⁹

⁸⁵ Hellner och Radetzki, 2010, s.119, 123.

⁸⁶ Hellner och Radetzki, 2010, s.123.

⁸⁷ NJA 1997 s. 636, s. 642. I NJA 1997 s. 636 befriade föräldrars samtycke till omskärelse av små pojkar från straff- och skadeståndsansvar för den som utfört ingreppen.

⁸⁸ Hellner och Radetzki, 2010, s.124.

⁸⁹ Hellner och Radetzki, 2010, s.124f.

3.5.2 Har steriliseringarna varit påtvingade?

I SOU 2000:20, vilken rör tvångssteriliseringarna i Sverige mellan 1935 och 1975, analyseras frågan om sterilisering som tvång. Utredningen konstaterar att en person kan uppleva en situation som tvångsmässig medan den som utför åtgärden inte delar denna uppfattning. Sterilisering som uppställs som villkor för utskrivning från anstalt eller institution, abort, äktenskap och som villkor för att erhålla vissa statliga bidrag är enligt utredningen exempel på steriliseringar som illustrerar begreppet tvång, ett administrativt tvång. När de genomfördes ansågs sådana steriliseringar som frivilliga eftersom de enskilda ansågs ha en valmöjlighet. Enligt synsättet i vår tid är dock dessa situationer tvångsliknande, då de enskilda saknat reella valmöjligheter.⁹⁰

För individer som anser sig tillhöra ett annat kön än det juridiska är ändring av könstillhörigheten inte ett val och steriliseringen blir därför ett tvång för att få den upplevda könsidentiteten erkänd. Som Socialstyrelsen poängterat måste steriliseringskravet ses i ljuset av att det infördes under en tid då det fortfarande pågick tvångssteriliseringar i Sverige.⁹¹ Fram till år 1976 steriliserades ett stort antal människor i Sverige med stöd av då gällande steriliseringslagstiftning.⁹² 1941 års steriliseringslag byggde i princip på frivillighet. I efterhand har dock konstaterats att många av steriliseringarna i själva verket varit påtvingade.⁹³ Att steriliseringskravet måste ses i ljuset av detta innebär alltså att sterilisering som på ytan kan verka frivillig i realiteten kan vara påtvingad. Det måste även påpekas att det främst är vissa utsatta grupper som varit föremål för sterilisering. Ur detta perspektiv synes ett steriliseringskrav för just transsexuella inte längre särskilt frivilligt.

Sterilisering som villkor för att få gifta sig kan alltså utgöra ett tvång. Precis som vid könstillhörighetsbyte kan anses att individen kunde valt att undgå sterilisering genom att inte gifta sig. Ur ett annat perspektiv kan giftermål betraktas som en rättighet. Om det då krävs sterilisering för att få tillgång till rättigheten, måste detta ses som tvång. Frågan om steriliseringarna av transsexuella måste bedömas i ljuset av detta resonemang. Enligt Europadomstolens praxis har personer rätt att få en ändrad könsidentitet rättsligt erkänd.⁹⁴ Villkoras tillgången till denna rättighet av sterilisering, bör det anses påtvingat. Enligt Kammarrätten var steriliseringarna inte frivilliga då de utgjorde ett villkor för att få del av en förmån eller rättighet. Mot bakgrund av detta och med hänvisning till vad som i övrigt konstaterats, är slutsatsen att steriliseringarna av transsexuella utgjort tvångssterilisering. Med andra ord föreligger inte heller ett giltigt samtycke som kan grunda ansvarsfrihet för staten.

⁹⁰ SOU 2000:20 s.29, 33.

⁹¹ Socialstyrelsen, 2010, s.29.

⁹² Lagen (1934:171) om sterilisering av vissa sinnessjuka, sinnesslöa eller andra som lida av rubbad själsverksamhet och Lagen (1941:282) om sterilisering.

⁹³ SOU 1999:2 s.14f.

⁹⁴ Christine Goodwin mot Storbritannien, 11 juli 2002.

4 Det allmännas ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL

4.1 Allmänt

En viktig nyhet när SkL infördes år 1972 var reglerna om det allmännas skadeståndsansvar för fel och försummelse vid myndighetsutövning. Länge gällde dock särskilda begränsningar i ansvaret.⁹⁵ Efter att dessa upphävts har betydelsen av det allmännas ansvar ökat. Statens ansvar vid utövandet av privaträttslig verksamhet faller under reglerna om ansvar för eget vållande i 2 kap. 1-2 §§ SkL samt om principalansvar i 3 kap. 1 § SkL.⁹⁶ Ansvaret enligt 3 kap. 2 § SkL omfattar utöver person- och saksador även rena förmögenhetsskador. Det allmänna svarar enligt 3 kap. 2 § 2 p. SkL också för kränkningar genom sådana brott som anges i 2 kap. 3 § SkL, om de begåtts vid myndighetsutövning och fel eller försummelse föreligger. Vid tillämpningen av 3 kap. 2 § SkL särskiljs inte ansvar för anställdas vållande och ansvar för vållande av personer i organställning.⁹⁷

4.2 Myndighetsutövning

Ett avgörande rekvisit i 3 kap. 2 § SkL är att felet eller försummelsen ska ha skett *vid myndighetsutövning*. Med myndighetsutövning avses beslut och åtgärder av det allmänna som är ett uttryck för samhällets rätt att utöva makt över medborgarna. När en myndighet bestämmer över enskildas rättigheter eller skyldigheter eller utövar tvång mot medborgarna är det alltså fråga om myndighetsutövning.⁹⁸ Att lagtexten stadgar *vid myndighetsutövning* gör att beslut eller åtgärder som endast är ett led i myndighetsutövningen, men som kan få rättsliga konsekvenser för den enskilde, inkluderas. Likaså kan andra handlingar som står i ett mycket nära tidsmässigt och funktionellt samband med myndighetsutövningen omfattas.⁹⁹

Myndighetsutövning kan även föreligga när förmånliga rättsverkningar

⁹⁵ Främst den s.k. standardregeln i 3 kap. 3 § SkL, enligt vilken det allmänna endast var skadeståndsskyldig om de krav som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål skäligen kan ställas på dess utövning åsidosatts, samt passivitetsregeln i 3 kap. 4 § SkL enligt vilken skadestånd kunde nedsättas eller bortfalla om den skadelidande varit passiv.

⁹⁶ Hellner och Radetzki, 2010, s.441f. I prop. 1972:5 s.533 uttalades att det allmännas ansvar för skada vid utövning av offentlig myndighet uttömmande regleras i 3 kap. 2 § SkL. När skada uppkommit genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning är bestämmelsen tillämplig, oavsett vem som vållat skadan. Detta uttalande har tolkats som att en skadeståndstalan mot det allmänna som grundar sig på beslut eller liknande vilket avser myndighetsutövning ska prövas enligt 3 kap. 2 § SkL, oavsett om käranden i första hand grundat sin talan på 2 kap. 1 § SkL (se ex. hovrätten i NJA 2013 s. 145, s. 187).

⁹⁷ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.96.

⁹⁸ Prop. 1989/90:42 s.10.

⁹⁹ Prop. 1972:5 s.502.

inträder för den enskilde. Den enskilde måste exempelvis rörande tillstånd eller ekonomiska förmåner vända sig till det allmänna för att få del av dessa rättigheter och blir då beroende av att gällande regler tillämpas korrekt. Även här rör det sig om maktutövning från det allmännas sida. Just den enskildes beroendeställning är ett säreget inslag i den del av den offentliga verksamheten som rör myndighetsutövning.¹⁰⁰

Faktisk verksamhet som inte omfattar ett tvång mot den enskilde brukar inte ses som myndighetsutövning. De flesta åtgärder inom sjukvården hör hit.¹⁰¹ Även om sterilisering som krav för ändrad könstillhörighet kan ses som frivillig vård, hänvisas till vad som ovan anförts om att steriliseringarna bör ses som påtvingade. Ärenden om ändring av könstillhörighet bör också ses som myndighetsutövning för att den enskilde måste uppfylla vissa krav och intar en beroendeställning gentemot det allmänna.

Då steriliseringskravet stått i strid med EKMR är det av stor betydelse att antagandet av lagstiftning utgör myndighetsutövning.¹⁰² Även underlåtenhet att fatta beslut eller vidta åtgärder kan vara myndighetsutövning.¹⁰³ En underlåtenhet att införa lagstiftning så att resultatet blir att Sverige saknar ett effektivt skydd för rättigheterna i EKMR kan därmed utgöra fel eller försummelse vid myndighetsutövning.¹⁰⁴ Följaktligen kan det allmänna bli skadeståndsskyldig på grund av fel vid lagstiftning.¹⁰⁵

Att staten kan göras ansvarig för lagstiftningsfel eller underlåtenhet att lagstifta är av stor vikt för bedömningen i steriliseringsfallen. Det kan argumenteras för att staten kan bli ansvarig dels för att kravet infördes men dels också för att staten underlåtit att upphäva kravet. Huvudregeln i svensk rätt är att det utanför avtalsförhållanden krävs aktivt handlande för skadeståndsansvar. Undantagssituationerna där passivitet grundar ansvar är dock många. Kortfattat kan sägas att om en plikt att handla föreligger, kan underlåtenhet att agera medföra skadeståndsansvar. En sådan plikt kan exempelvis föreligga på grund av lag, eller för den som aktivt skapat en fara.¹⁰⁶ Artikel 8 EKMR innefattar en skyldighet för staten att vidta åtgärder för att skydda enskildas rättigheter enligt artikeln. Staten är dessutom, som anfördes när EKMR inkorporerades, skyldig att se till att nationell rätt är förenlig med EKMR. Därför bör statens underlåtenhet att agera, trots tecken på att steriliseringskravet stått i strid med 2 kap. RF och EKMR, utgöra en sådan underlåtenhet som kan grunda skadeståndsansvar, även om denna plikt inte är uttryckligt lagstadgad.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Prop. 1972:5 s.498f.

¹⁰¹ Bengtsson, 1996, s.44. Ex. på vad som utgör myndighetsutövning, se prop. 1972:5 s.499ff.

¹⁰² NJA 2001 s. 210.

¹⁰³ Prop. 1972:5 s.500.

¹⁰⁴ Lambertz, 2006, s.700f. Även SOU 2010:87 s.302. Att lagstiftaren skulle undgå ansvar genom att avstå från att införa en regel till skydd för ex. en mänsklig rättighet, men kunna bli skadeståndsskyldig om en otillräcklig regel införs, vore märkligt. Lambertz, 2006, s.701.

¹⁰⁵ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.103. Obs. talförbudet i 3 kap. 7 § SkL, se Kap. 4.4.

¹⁰⁶ Hellner och Radetzki, s.111f.

¹⁰⁷ Jfr. Ds 2007:10 s.67f; Lambertz, 2006, s.701f.

För skadeståndsansvar krävs även att skadan träffat ett intresse som skyddas av den åsidosatta handlingsnormen.¹⁰⁸ Även om 2 kap. RF uttryckts vara riktlinjer för de rättstillämpande myndigheterna lär ändamålet i 2 kap. RF och EKMR vara att upprätthålla ett skydd för individers mänskliga rättigheter.

4.3 Fel eller försummelse

4.3.1 Allmänt om culpabedömningen

Ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL förutsätter som SkL i övrigt vållande, alltså fel eller försummelse. Culpabedömningen är objektiv och avgörande blir därför om culpaparels handlingsnormer objektivt sett åsidosatts. Ansvar uppstår även när det inte går att peka ut vem som varit oaktsam inom myndigheten, s.k. anonyma fel.¹⁰⁹ Statens ansvar omfattar också kumulerade fel. Detta innebär att flera funktionärer, vars enskilda misstag inte kan anses culpösa, sammantaget kan ha agerat på ett sätt som innebär ett oacceptabelt fel.¹¹⁰

Culpabedömningen skiljer sig, på grund av den särskilda situationen vid myndighetsutövning, från den vid privata subjekts ansvar. Myndigheternas maktposition och den enskildes beroendeställning motiverar särskilda aktsamhetskrav från det allmännas sida. Dock måste hänsyn tas till myndigheternas arbetsbörda och ibland otillräckliga resurser samt till att tjänstemännen ofta måste fatta brådskande beslut i komplexa ärenden och följa komplicerade verksamhetsföreskrifter. Det finns alltså skäl som talar både för en strängare och för en mildare culpabedömning.¹¹¹ Även om culpabedömningen i viss mån skiljer sig från den övriga enligt SkL har HD uttalat att culpanivån vid bedömningen i 3 kap. 2 § SkL i princip inte avviker från vad som gäller allmänt vid oaktsamhetsansvar enligt SkL.¹¹²

Fel eller försummelse kan föreligga när en myndighet har underlåtit att meddela ett beslut eller vidta en åtgärd i strid med gällande föreskrifter.¹¹³ Beror ett felaktigt myndighetsbeslut på förbiseendet av en lagregel ansvarar det allmänna troligtvis även om felet skulle anses försvarligt. Detsamma lär gälla om en juridisk instans helt åsidosätter ett tydligt och obesträtt prejudikat.¹¹⁴ Varje prejudikatavvikelse utgör dock inte fel eller försummelse. Har domstolen anfört rimliga skäl till varför ett prejudikat bör

¹⁰⁸ Prop. 1972:5 s.512.

¹⁰⁹ Prop. 1972:5 s.497.

¹¹⁰ Prop. 1989/90:42 s.15.

¹¹¹ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.106.

¹¹² HD mål nr. T 5180-11, 18 oktober 2013, särskilt tillägg, p.13. Johnny Herres särskilda tillägg, till vilket samtliga ledamöter instämde, rörde aktsamhetsnivån vid det allmännas ansvar.

¹¹³ Prop. 1972:5 s.500.

¹¹⁴ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.108.

frångås bör skadeståndsskyldighet inte uppkomma, detta för att utrymme måste lämnas för domstolarnas rättsskapande verksamhet.¹¹⁵

4.3.2 Culpabedömningen när lagstiftningen i sig strider mot grundlag eller EKMR

Vad gäller steriliseringsfallen kan hävdas att staten är skadeståndsansvarig för att lagstiftningen i sig varit felaktig eller för att kravet tillämpats. Ansvar kan också uppstå för att staten underlåtit att upphäva regeln. Bedömningen av myndigheters tillämpning av en rättsstridig regel hänger ihop med själva utfärdandet av regeln. Initialt ska därför undersökas hur culpabedömningen ska göras när lagstiftning i sig strider mot grundlag eller EKMR.

Även om 2 kap. 19 § RF stadgar att lagar inte får stiftas i strid med EKMR kan situationen uppstå att en lag anses strida mot konventionen. Detta kan exempelvis ske på grund av utveckling i praxis om vad som anses utgöra en konventionsöverträdelse. Finns tillräckligt stöd för att en lag har tillämpas i strid med EKMR kan staten därför bli skadeståndsskyldig. EKMR ger dock inte en generell rätt till lagprövning, vilket gör att påstådda fel som grundas på lagens utformning enbart kan grunda skadestånd om lagen i ett konkret fall har tillämpats på ett sätt som resulterat i en kränkning av EKMR.^{116, 117}

Frågan om ansvar för felaktig lagstiftning, då i strid med RF, har i huvudsak enbart prövats i NJA 2001 s. 210. Bakgrunden var att regeringen genom en förordning hade bemyndigat den finsk-svenska gränsälvskommissionen att föreskriva begränsningar och förbud rörande fisket inom Torne älvs fiskeområde. I ett åtal för brott mot fiskeförbudet fann dock HD att föreskrifterna inte fick tillämpas, då regeringen vid bemyndigandet åsidosatt vissa krav vid normgivningen enligt 10 kap. 5 § RF, och att detta fel var uppenbart enligt 11 kap. 14 § RF.¹¹⁸ Med stöd av 3 kap. 2 § SkL yrkade därefter några av de berörda fiskarna skadestånd av staten. HD anförde att normbeslut utgör myndighetsutövning och att staten var skyldig att ersätta den skada som kärandena kunde ha lidit till följd av det felaktiga beslutet.¹¹⁹

I NJA 2001 s. 210 förelåg uppenbart felaktig lagstiftning och det kan därför diskuteras om det för skadeståndsansvar krävs att felet är *uppenbart*. När fallet avgjordes krävdes enligt 11 kap. 14 § RF att en föreskrift *uppenbart* stred mot grundlag för att kunna åsidosättas av domstolar eller andra myndigheter. Det kan då anses konsekvent att samma krav ställdes för att staten skulle vara skadeståndsskyldig på grund av tillämpning av den

¹¹⁵ NJA 1994 s. 194, s. 203.

¹¹⁶ SOU 2010:87 s.322.

¹¹⁷ Även om 2 kap. 19 § RF riktas till lagstiftaren möjliggör 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF för domstolar och myndigheter att underlåta att tillämpa en föreskrift som strider mot EKMR. Holmberg m.fl., 2012, kommentar till 2 kap. 19 § RF.

¹¹⁸ NJA 1996 s. 370.

¹¹⁹ NJA 2001 s. 210. Skadeståndstalan ogillades dock slutligen av HD, då ingen skada ansågs ha uppkommit till följd av felet, NJA 2010 s. 8.

felaktiga regeln samt att detsamma skulle gälla vid underlåtenhet att lagstifta i enlighet med EKMR.¹²⁰ Uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF togs dock bort 1 januari 2011. Ska 11 kap. 14 § RF utgöra en riktlinje för bedömningen av om skadestånd ska utgå på grund av felaktig lagstiftning kan därmed inte längre krävas att felet är uppenbart. Som redovisas nedan har traditionellt ansetts att rättstillämpning måste vara uppenbart felaktig för att grunda skadeståndsansvar. Det kan därför påstås att samma krav ska gälla vid lagstiftningsfel. Dock har uppenbarhetskravet ifrågasatts och torde inte längre äga samma giltighet. Det kan också hävdas att högre krav bör ställas på lagstiftaren än på de myndigheter som tillämpar reglerna. Att en lagregel nu kan och ska åsidosättas om denna strider mot grundlag eller annan högre norm gör att en rimlig lösning är att skadestånd för bedömningar som gjorts efter den 1 januari 2011 kan utgå även om felet inte är uppenbart. En underlåtenhet att lagstifta i enlighet med EKMR, eller att upprätthålla en lagstiftning i strid med EKMR, bör alltså kunna grunda skadeståndsansvar för staten även om felet inte är uppenbart.

Felaktig lagstiftning måste ha föranlett konkreta myndighetsåtgärder eller beslut för den enskilde för att kunna grunda skadeståndsansvar.¹²¹ Den enskilde har också bevisbördan för att påvisa skada och det hypotetiska kausalförloppet, det vill säga att skadan inte hade uppkommit om lagen överensstämde med den högre normen.¹²² Steriliseringskravet har föranlett konkreta åtgärder gentemot de enskilda och detta krav är alltså uppfyllt.

4.3.3 Culpabedömningen vid felaktig rättstillämpning

I steriliseringsfallen kan statens culpa även bestå i tillämpningen av steriliseringskravet. Felet skulle då vara att myndigheterna underlåtit att göra en normprövning enligt 12 kap. 10 § RF eller 11 kap. 14 § RF och istället tillämpat regeln trots att den stått i strid med EKMR och 2 kap. RF.¹²³

Möjligheten och skyldigheten för domstolar och offentliga organ att åsidosätta föreskrifter som strider mot grundlag eller högre norm följer av 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § RF.¹²⁴ Normprövningen har även kommit att omfatta svensk rättskonformitet med folkrättsliga regelverk, främst EKMR.¹²⁵ Fram till 1 januari 2011 reglerades lagprövningsrätten för både domstolar och offentliga organ i 11 kap. 14 § RF och då krävdes att felet var uppenbart för att en föreskrift beslutad av riksdag eller regering skulle

¹²⁰ Ds. 2007:10 s.67f. Se även Lambertz, 2006, s.703ff.

¹²¹ NJA 2010 s. 8.

¹²² Andersson, 2013, s.428-431.

¹²³ Jfr. Södergren, 2009, s.82f.

¹²⁴ Med offentligt organ avses förvaltningsmyndigheter samt andra myndigheter som utövar förvaltningsuppgifter. Holmberg m.fl., 2012, kommentar till 12 kap. 10 § RF.

¹²⁵ Prop. 2009/10:80 s.141. Tillämpas EKMR som en integrerad del av EU-rätten ska EKMR även på denna grund sättas före svensk lag, se Crafoord, 2007, s.862.

kunna åsidosättas.¹²⁶ Från flera håll ifrågasattes uppenbarhetskravets förenlighet med EKMR, vilket var en av anledningarna till att kravet slopades.¹²⁷ Myndigheterna har underlåtit att göra en normprövning och istället fortsatt att tillämpa steriliseringskravet. Frågan blir därför vad som krävs för att felaktig rättstillämpning ska vara culpös.

Ofta är det inte skadeståndsgrundande att följa lagen och en myndighets icke-prövande av en överordnad norm är inte alltid culpöst.¹²⁸ Det kan hävdas att tillämpningen av en rättsstridig regel enbart är culpös om rättsstridigheten är relativt klar eller rentav uppenbar. I så fall kan dock redan utfärdandet av regeln utgöra fel eller försummelse.¹²⁹

I motiven till SkL anfördes att rättstillämpning endast då den är uppenbart oriktig torde utgöra fel eller försummelse.^{130,131} I flera fall har även HD uttalat det inte räcker att myndigheters bedömning i rätts- och bevisfrågor kan ifrågasättas, utan det krävs att bedömningen är *uppenbart oriktig*, eller att en bestämmelse *helt förbisetts*, för att bedömningen ska vara culpös.¹³² I mål nr. T 5180-11 från oktober 2013 anförde dock HD att motiven inte stipulerar en förhöjd culpitröskel, utan endast uttrycker att förutsättningar för skadeståndsansvar rent faktiskt ofta enbart föreligger om tillämpningen varit uppenbart oriktig. Enligt HD kan culpa föreligga utan att rättstillämpningen isolerat sett varit uppenbart oriktig. Istället ska en helhetsbedömning göras, vari skäl kan finnas att ställa skilda krav på olika myndigheter.¹³³

Europadomstolen har antytt att uppenbarhetskravet vid felaktig rättstillämpning är för begränsat för att utgöra ett effektivt rättsmedel enligt Artikel 13 EKMR.¹³⁴ I NJA 2007 s. 862 uttalade även HD att begränsningen om uppenbar felaktighet, till följd av kraven i Artikel 13 EKMR, inte kunde upprätthållas när ett fel eller en försummelse innebär en överträdelse av EKMR.¹³⁵ HD har nu dock understrukit att det generellt sett inte krävs att bedömningen isolerat sett är uppenbart oriktig för att skadeståndsansvar ska uppkomma. HD fann också att bedömningen blir densamma oavsett om det är en konventionsrättighet eller annan rättighet som överträtts.¹³⁶

¹²⁶ Kort innebar uppenbarhetsrekvisitet att en lag skulle respekteras om en grundlagsenlig tolkning av bestämmelsen var möjlig, se t.ex. KU 1978/79:39 s.13; NJA 1992 s. 337.

¹²⁷ Prop. 2009/10:80 s.146f.

¹²⁸ Andersson, 2013, s.423.

¹²⁹ Södergren, 2009, s.83.

¹³⁰ Prop. 1972:5 s.518.

¹³¹ Obs. två skilda frågor. En lag var tidigare tvungen att vara uppenbart grundlagsstridig för att kunna åsidosättas och rättstillämpning uppenbart felaktig för att vara culpös.

¹³² NJA 1994 s. 194; NJA 1994 s. 654; NJA 2002 s. 88; NJA 2003 s. 285; NJA 2007 s. 862; NJA 2010 s. 27; NJA 2010 s. 112; NJA 2010 s. 363; NJA 2010 s. 577; NJA 2011 s. 411.

¹³³ HD mål nr. T 5180-11, p.34, särsk. tillägg p.8, 10.

¹³⁴ Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB mot Sverige, 16 september 2003.

¹³⁵ Se även Crafoord, 2007, s.876; Bengtsson, 2013, s.143. Av annan åsikt synes Lambertz vara, se Lambertz, 2006, s.706f. Dock skrevs artikeln innan NJA 2007 s. 862.

¹³⁶ HD mål nr. T 5180-11, p.33.

Tydligt är att det är svårt att skilja frågan om skadan orsakats av tillämpningen av regeln från den om skadan orsakats av regeln i sig. Det kan därför anföras att det borde sakna betydelse för bedömningen om felet beror på felaktig rättstillämpning, eller på att lagen i sig strider mot EKMR, och att situationerna ska bedömas på samma sätt.¹³⁷ Vad som borde bedömas är den sammantagna effekten av att lagstiftningen varit felaktig och att den sedan tillämpats i enskilda fall.¹³⁸ Slutsatsen blir att både införandet av, underlåtenheten att upphäva, samt tillämpningen av steriliseringskravet, kan utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § SkL.

4.3.4 Culpabedömningen när EKMR överträtts

I mål nr. T 5180-11 noterade HD att EKMR påverkar de krav som ställs på myndighetsutövningen och att kravet på konventionskonform tolkning kan medföra att nationella rättsprinciper stramas upp eller modifieras. Dock anförde HD att vid prövning enligt 3 kap. 2 § SkL föreligger i botten samma culpanorm oavsett vilken typ av fel eller försummelse som hävdas. Att det rör sig om en konventionskränkning saknar därmed betydelse, samma aktsamhetskrav ställs för konventionsrättigheter som för andra rättigheter.¹³⁹

Kraven på fördragskonform tolkning kan i vissa fall medföra en strängare culpabedömning.¹⁴⁰ Frågan är dock om en kränkning av EKMR automatiskt innebär fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL. För detta talar att EKMR inte innehåller någon culpabestämmelse och att Europadomstolen kan döma ut skadestånd utan att culpa föreligger.¹⁴¹ HD har även i flera fall dömt ut ideellt skadestånd direkt grundat på EKMR och då ansett det tillräckligt att fastslå att EKMR överträtts utan att diskutera frågan om culpa. Yrkas skadestånd direkt på EKMR lär culpa alltså inte krävas.¹⁴² I NJA 2005 s. 462 prövades dock frågan om culpa enligt 3 kap. 2 § SkL efter att en konventionskränkning redan fastlagts. Detta talar för att det inte finns någon automatik mellan brott mot EKMR och ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL.¹⁴³

Frågan är om ett culpakrav i 3 kap. 2 § SkL även när EKMR överträtts strider mot Artikel 13 EKMR om rätten till effektiva rättsmedel. Europadomstolen har funnit att den finska regleringen, som krävde bland annat vållande för ansvar vid dröjsmål med att hålla rättegång inom skälig tid, inte uppfyllde Artikel 13 EKMR.¹⁴⁴ HD:s uttalanden om att förarbeten, praxis

¹³⁷ SOU 2010:87 s.321.

¹³⁸ Södergren, 2009, s.83.

¹³⁹ HD mål nr. T 5180-11, p.33. Leder överträdelsen ej till ansvar enl. SkL kan den enskilde dock ha rätt till fortsatt prövning enl. Artikel 13 EKMR där andra aspekter kan göras gällande.

¹⁴⁰ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.99.

¹⁴¹ Lambertz, 2006, s.706. Se om Artikel 13 och 41 i Kapitel 5.1.

¹⁴² Bengtsson, 2013, s.143. Se ex. NJA 2007 s. 584 och NJA 2007 s. 295. Se Kapitel 5.3.

¹⁴³ Lambertz, 2006, s.706.

¹⁴⁴ Kangasluoma mot Finland, dom 20 januari 2004. Den svenska regeln är dock utformad något annorlunda än den finska.

och doktrin kan frångås vid en fördragskonform tolkning gör att culpabedömningen enligt 3 kap. 2 § SkL när konventionen kränkts får en särskild innebörd vilket borde räcka för att uppfylla EKMR:s krav.¹⁴⁵ Ett culpakrav i 3 kap. 2 § SkL även när EKMR överträtts lär därför inte strida mot konventionen. En fördragskonform tolkning leder ofta till att det anses culpöst av det allmänna att inte leva upp till den standard som Europadomstolens praxis ger uttryck för.¹⁴⁶ De flesta överträdelser av EKMR utgör därmed även fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL.¹⁴⁷

4.4 Taleförbudet i 3 kap. 7 § SkL

Av 3 kap. 7 § SkL följer att en talan enligt 3 kap. 2 § SkL inte får föras med anledning av beslut av riksdagen, regeringen, HD eller HFD, om beslutet inte har ändrats eller upphävts. Förbudet utgör ett processhinder, det vill säga att talan då inte alls kan tas upp vid domstol.¹⁴⁸ Med att beslutet upphävts eller ändrats avses dels då så skett efter utnyttjandet av ett särskilt rättsmedel, dels då riksdagen självmant ändrat ett felaktigt beslut.¹⁴⁹ Har en domstol underkänt en föreskrift som grundlagsstridig enligt 11 kap. 14 § RF kan skadeståndstalan föras på grund av felet.¹⁵⁰ Sedan ett lagstiftningsfel rättats kan den som lidit skada av felet väcka talan enligt 3 kap. 2 § SkL.¹⁵¹ 3 kap. 7 § SkL gäller endast talan grundad på 3 kap. 2 § SkL, varför en talan direkt grundad på EKMR eller EU-rätten inte torde träffas av förbudet.^{152,153}

Steriliseringskravet upphävdes den 1 juli 2013. Vidare tillämpas inte taleförbudet om skadeståndstalan grundas direkt på EKMR, vilket åberopas som en grund i steriliseringsfallen. Taleförbudet hindrar därmed inte en skadeståndstalan från de som steriliserats till följd av steriliseringskravet.

4.5 Preskription

För skadeståndskrav grundade på SkL gäller reglerna om allmän preskriptionstid i 2 § preskriptionslagen (1981:130), enligt vilken en fordran preskriberas tio år efter dess tillkomst om inte preskriptionen dessförinnan avbryts. Ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv hade det naturliga varit att anse att skadeståndsfordran uppkom vid den tidpunkt då den kan göras gällande, vilket i steriliseringsfallen hade varit när kravet på sterilisering

¹⁴⁵ Ds 2007:10 s.65f.

¹⁴⁶ Andersson, 2005, s.2.

¹⁴⁷ SOU 2010:87 s.303. Även Bengtsson, 2013, s.143.

¹⁴⁸ Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.138.

¹⁴⁹ Prop. 1972:5 s.543.

¹⁵⁰ NJA 2000 s. 637.

¹⁵¹ Lambertz, 2006, s.701. Av 3 kap. 10 § SkL följer att talan väcks i HD.

¹⁵² Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.141. Jfr. NJA 2003 s. 217; NJA 2004 s. 662; NJA 2007 s. 584.

¹⁵³ En dom av Europa- eller EU-domstolen att ett regeringsbeslut strider mot EKMR eller EU-rätten torde kunna ses som ett upphävande, se Bengtsson och Strömbäck, 2011, s.141.

upphävdes eller vid tidpunkten för Kammarrättens dom.¹⁵⁴ Enligt gällande rätt anses dock den skadegörande handlingen vara utgångspunkten för skadeståndsfordrans tillkomst och därmed startpunkten för preskriptionsfristen. Ett skadeståndsanspråk kan alltså ha preskriberats innan någon skada har uppkommit.¹⁵⁵ För skador som orsakats genom underlåtenhet, eller genom handlande som pågått under längre tid, börjar preskriptionstiden löpa då skadeförebyggande åtgärder senast kunde eller borde vidtagits.¹⁵⁶

Enligt SOU 2010:87 saknas skäl att tillämpa en annan preskriptionsfrist än den normalt gällande för anspråk grundade på EKMR. Utredningen menar att anspråk som dröjer mer än tio år från den skadegörande handlingen lär sakna praktisk betydelse.¹⁵⁷

Utredningen diskuterar dock inte vad som gäller för skadeståndsanspråk som grundas på lagstiftningsfel. Även om taleförbudet inte lär tillämpas när talan grundas direkt på EKMR, hindras en skadeståndstalan grundad på 3 kap. 2 § SkL av förbudet i 3 kap. 7 § SkL innan lagen har upphävts. Detta innebär att när det blir möjligt att framställa skadeståndsanspråk har anspråket i många fall redan preskriberats. Problemet kring preskription av skadeståndsfordringar som grundar sig på lagstiftningsfel har inte uppmärksamats av lagstiftaren.

Ett alternativ är att fall då den svenska ordningen inte levt upp till EKMR:s krav skulle kunna klassas som systemfel.¹⁵⁸ En tänkbar lösning vore att preskriptionstiden för krav som grundar sig på sådana systemfel börjar löpa när lagstiftningen upphävdes.

Anses den skadegörande handlingen i steriliseringsfallen vara tillämpningen av steriliseringskravet, det vill säga steriliseringsingreppet, är många av kraven på skadestånd preskriberade. Det kan ifrågasättas om detta är förenligt med Artikel 13 EKMR. Europadomstolen har dock konstaterat att det inte finns någon generell europeisk standard vad gäller preskriptionstider, varken för preskriptionstidens längd eller för när preskriptionstiden börjar löpa. Staterna har därmed en betydande bedömningsmarginal att bestämma detta.¹⁵⁹ Istället kan därför argumenteras för att den skadegörande handlingen är statens underlåtenhet att upphäva kravet. Preskriptionstiden börjar då löpa från det att skadeförebyggande åtgärder senast kunde eller borde vidtagits och skadeståndsanspråken har då inte preskriberats.

¹⁵⁴ Jfr. Schultz, 2010/11, s.872.

¹⁵⁵ Prop. 1979/80:119 s.39ff.

¹⁵⁶ SOU 2010:87 s.428.

¹⁵⁷ SOU 2010:87 s.428. Om SOU 2010:87, se Kap. 5.7.

¹⁵⁸ Jfr. Lindgren, s.57f. Ex. på sådana systemfel: fallen med Neurosedyn-barnen, tvångssteriliseringarna under 1930-1970-talen, de HIV-smittade samt barnhemsbarnen.

¹⁵⁹ Stubbings m.fl. mot Storbritannien, dom 22 oktober 1996, pp.54-55.

5 Statens skadeståndsansvar vid överträdelser av EKMR

5.1 Staternas skyldighet att gottgöra konventionsöverträdelser på nationell nivå

5.1.1 Artikel 13 EKMR – rätten till ett effektivt rättsmedel

Även om Europadomstolen har till uppgift att garantera efterlevnaden av EKMR är konventionens principiella utgångspunkt att rättighetskränkningar främst ska rättas till på nationell nivå. Detta är ett uttryck för den så kallade subsidiaritetsprincipen, som bland annat framgår av Artikel 1 EKMR, enligt vilken konventionsstaterna åtar sig att garantera konventionens rättigheter. Principen uttrycks även i Artikel 35 EKMR, vilken stadgar att ett mål endast får upptas i Europadomstolen efter att de nationella rättsmedlen uttömts.¹⁶⁰

Staternas skyldighet att garantera en effektiv inhemsk implementering av EKMR faller under den s.k. effektivitetsprincipen.¹⁶¹ Både effektivitets- och subsidiaritetsprincipen kommer till uttryck i Artikel 13 EKMR, av vilken följer att en enskild, som på rimliga grunder påstår att dennes rättigheter enligt konventionen kränkts, ska ha tillgång till ett effektivt nationellt rättsmedel för att få påståendet prövat. Den enskilde ska även, om skäl finns därtill, kunna erhålla rättelse eller gottgörelse.¹⁶² Artikel 13 EKMR kompletterar därmed konventionens materiella rättigheter i Artikel 2-12 genom att kräva att det ska finnas effektiva rättsmedel när dessa påstås ha kränkts. Artikel 13 EKMR har med tiden tillmätts allt större betydelse, bland annat på grund av Europadomstolens ökade arbetsbörda och staternas misslyckanden att uppfylla konventionens krav på nationell nivå.^{163,164}

Omfattningen av staternas förpliktelser enligt Artikel 13 EKMR varierar beroende på vilken typ av anspråk det är fråga om. Staterna har en viss valfrihet gällande valet av rättsmedel samt för hur överträdelser avhjälps.¹⁶⁵ Vidare kan flera rättsmedel ihop uppfylla artikelns krav.¹⁶⁶ Rättsmedlet

¹⁶⁰ Danelius, 2012, s.505.

¹⁶¹ Crafoord, 2001, s.524.

¹⁶² Klass m.fl. mot Tyskland, dom 6 september 1978, ex. p.34, 64; Silver m.fl. mot Storbritannien, dom 25 mars 1983, p.113.

¹⁶³ SOU 2010:87 s.153f.

¹⁶⁴ Diskussionen om gottgörelse på nationell nivå tog ny fart efter domen i *Kudla mot Polen* (26 oktober 2000), enligt vilken stater som inte tillhandahåller effektiva rättsmedel mot långsam handläggning utöver brott mot Artikel 6 även kan bryta mot Artikel 13 EKMR.

¹⁶⁵ Ex. *Kudla mot Polen*, p.157; *Kaya mot Turkiet*, dom 19 februari 1998, p.106; *Ilhan mot Turkiet*, dom 27 juni 2000, p.97.

¹⁶⁶ *Chahal mot Storbritannien*, 15 november 1996, p.145; *Silver m.fl. mot Storbritannien*, p.113; *Leander mot Sverige*, dom 26 mars 1987, p.77.

måste vara praktiskt möjligt att använda samt ge en tillfredsställande prövning av klagomålet.¹⁶⁷ Den dom eller det beslut som rättsmedlet leder till måste även kunna verkställas. Givetvis fordras inte att prövningen leder till framgång för den klagande. Inte heller krävs domstolsprövning utan även administrativa rättsmedel kan vara tillräckliga.¹⁶⁸ Vidare är staterna inte skyldiga att tillhandahålla en möjlighet för enskilda att generellt pröva en lags förenlighet med konventionen.¹⁶⁹

En enskild som åtnjutit effektiva nationella rättsmedel förlorar enligt Artikel 34 EKMR sin offerstatus, med andra ord sin klagorätt inför Europadomstolen. För att klagorätten ska bortfalla krävs att de nationella myndigheterna erkänt, åtminstone i sak, en konventionskränkning. Rättelsen eller gottgörelsen som utgetts måste också vara adekvat och tillräcklig.¹⁷⁰

5.1.2 Krav på möjlighet till skadestånd?

Staterna har stor valfrihet vid uppfyllandet av kraven i Artikel 13 EKMR. Gottgörelse kan exempelvis i brottmål ske genom påföljds lindring.¹⁷¹ Något explicit krav på att skadestånd ska kunna utgå i vissa fall kan inte utläsas av Artikel 13 EKMR. Frånvaron av andra rättsmedel kan dock göra att skadestånd är den enda möjligheten att uppfylla artikelns krav.¹⁷²

Av Europadomstolens praxis följer dock att i vissa fall ska i princip en möjlighet till skadestånd, både ekonomiskt och ideellt, finnas. Detta gäller främst vid kränkningar av rätten till liv och tortyrförbudet i Artikel 2 och 3 EKMR, som anses vara konventionens mest fundamentala bestämmelser.¹⁷³ I *T.P. och K.M. mot Storbritannien*, som rörde Artikel 8 EKMR, uttalade domstolen sig mer allmänt och anförde att när skäl finns därtill, ska som del av alternativen till gottgörelse finnas en möjlighet till ekonomiskt och ideellt skadestånd.¹⁷⁴ I doktrinen har fallet tolkats på olika sätt. En del har menat att det i det inhemska systemet, när skäl finns därtill, ska finnas en möjlighet till ideell ersättning vid alla överträdelser av EKMR.¹⁷⁵ Andra har istället hävdat att kravet på möjlighet till ideell ersättning enbart gäller vissa typer av mål och att fallet måste ses i ljuset av att det gällde tvångsomhändertagande av barn, det vill säga ett fall där en rätt till skadestånd som enbart avsåg ekonomisk skada skulle ha varit verkningslös.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Ilhan mot Turkiet, p.97.

¹⁶⁸ Ex. Kudla mot Polen, p.157. Se även Danelius, 2012, s.506ff.

¹⁶⁹ A m.fl. mot Storbritannien, dom 19 februari 2009, p.135; James m.fl. mot Storbritannien, dom 21 februari 1986, p.85. Jfr Kapitel 4.3.2.

¹⁷⁰ Scordino mot Italien, dom 29 mars 2006, pp.178-181, 193.

¹⁷¹ Ex. NJA 2003 s. 414, NJA 2011 s. 386.

¹⁷² SOU 2010:87 s.167.

¹⁷³ Z m.fl. mot Storbritannien, dom 10 maj 2001, p.109; Keenan mot Storbritannien, dom 3 april 2001, p.130; Paul och Audrey Edwards mot Storbritannien, dom 14 mars 2002, p.97; Bubbins mot Storbritannien, dom 17 mars 2005, p.171.

¹⁷⁴ T.P. och K.M. mot Storbritannien, dom 10 maj 2001, p.107.

¹⁷⁵ Ex. Crafoord, 2001, s.524.

¹⁷⁶ Andersson, 2005, s.3.

5.1.3 Artikel 41 EKMR – Europadomstolens möjlighet att döma ut skadestånd

Europadomstolen kan enligt Artikel 41 EKMR tillerkänna gottgörelse till enskilda som lidit skada vid konventionsöverträdelser. Enligt Artikel 35 EKMR ska dock primärt de nationella rättsmedlen uttömmas, vilket antyder att ersättningsvägar bör finnas i de nationella systemen. Om de nationella rättsmedlen endast medger att gottgörelse lämnas till viss del blir Artikel 41 EKMR tillämplig.¹⁷⁷

Europadomstolen har möjlighet att döma ut ersättning för både ekonomisk och ideell skada. Dock innebär gottgörelse inte alltid att skadestånd utges, utan domstolen har ibland ansett att fastställandet av överträdelser har utgjort tillräcklig gottgörelse, särskilt för ideella skador.¹⁷⁸ Vid prövningen av om gottgörelse är nödvändigt gör domstolen en skälighetsbedömning med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Av stor betydelse är den kränkta rättighetens karaktär, omfattning och allvar. Den kränktes agerande och enskilda förhållanden påverkar också bedömningen.¹⁷⁹

Det är svårt att fastslå generella principer för när Europadomstolen förpliktat stater att utge skadestånd. Detta är delvis en följd av att Europadomstolens domskrivningsteknik ofta är utpräglad kasuistisk, vilket innebär att domstolen avhåller sig från att ge generell vägledning eller tolkning av ett begrepp, och främst prövar omständigheterna i det enskilda fallet. Europadomstolens uttalanden angående skadestånd är därför ofta av icke-principiell natur.¹⁸⁰ För att domstolen ska döma ut gottgörelse krävs dock bland annat ett preciserat yrkande och ett orsakssamband mellan konventionsbrottet och den påstådda skadan.¹⁸¹

5.1.4 Samspel mellan prövningen på nationell nivå och Europadomstolens prövning?

Den materiella prövningen på nationell nivå måste, för att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR, i princip vara lika vidsträckt som den som Europadomstolen hade gjort om prövningen legat hos denna.¹⁸² Vissa har hävdad att Europadomstolens principer om gottgörelse även ska tillämpas på nationell nivå och att svenska domstolar är bundna av, eller åtminstone ska söka vägledning i, Europadomstolens praxis om när skadestånd ska dömas ut.¹⁸³

¹⁷⁷ Andersson, 2005, s.1.

¹⁷⁸ Hatton m.fl. mot Storbritannien, dom 8 juli 2003, p.148; Benthem mot Nederländerna, dom 23 oktober 1985, p.46; Brugger mot Österrike, dom 26 januari 2006, p.31; Osinger mot Österrike, dom 24 mars 2005, p.58; Bakker mot Österrike, dom 10 april 2003, p.36; Abrahamian mot Österrike, dom 10 april 2008, p.33.

¹⁷⁹ Crafoord, 2001, s.540.

¹⁸⁰ Bratt och Södergren, 2000, s.411.

¹⁸¹ SOU 2010:87 s.186f.

¹⁸² SOU 2010:87 s.163.

¹⁸³ Crafoord, 2001, s.520; Bratt och Södergren, 2000, s.420.

Det har hävdats att om staterna inte i det inhemska systemet gottgör överträdelser i enlighet med Europadomstolens praxis så tillämpas inte EKMR i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen.¹⁸⁴ Andra har däremot påpekat att situationen där Europadomstolen tillämpar Artikel 41 EKMR måste skiljas från den där nationella domstolar tillämpar Artikel 13 EKMR. Att Europadomstolen fastslagit att skadestånd ska utgå enligt Artikel 41 EKMR kan då inte automatiskt läggas till grund för att en nationell domstol i ett liknande fall ska döma ut skadestånd.¹⁸⁵

5.2 Skadestånd vid överträdelser av EKMR i svensk rätt före 2005

Frågan om hur svenska domstolar skulle pröva skadeståndskrav till följd av konventionsöverträdelser var länge föremål för debatt i doktrinen. Vissa hävdade att den enskilde hade rätt att få frågan om skadestånd prövad direkt i svensk domstol och att en avsaknad av denna möjlighet utgjorde ett brott mot Artikel 13 EKMR.¹⁸⁶ Det anfördes att SkL:s utformning möjliggjorde att skadestånd vid överträdelser av EKMR dömdes ut direkt i svensk domstol och att skadestånd kunde utdömas baserat på en fördragskonform tolkning av SkL. Nationella domstolars möjlighet att utge skadestånd när EKMR kränkts ansågs följa av effektivitets- och subsidiaritetsprincipen.¹⁸⁷ Det framhölls vidare att det vore orimligt, och sannolikt ett brott mot Artikel 13 EKMR, att en enskild vars rättigheter ostridigt överträtts skulle tvingas vända sig till Europadomstolen för att få gottgörelse.¹⁸⁸

Andra var mer restriktiva och i flera fall avvisades anspråk grundade på EKMR av det skälet att det ansågs att en enskild vid svensk domstol inte kunde kräva skadestånd enbart på den grunden att staten brutit mot konventionen och att endast Europadomstolen kunde pröva en sådan talan.¹⁸⁹ Dåvarande JK, Göran Lambertz, menade att det sannolikt inte var möjligt att få skadestånd direkt på grundval av EKMR i svensk domstol och att denna begränsning inte utgjorde ett brott mot Artikel 13 EKMR.¹⁹⁰

En rad avgöranden från HD under 2000-talet kom dock att förändra rättsläget rörande enskildas möjligheter att vid konventionsöverträdelser framställa skadeståndsanspråk i svensk domstol.¹⁹¹

¹⁸⁴ Crafoord, 2001, s.546.

¹⁸⁵ Cameron, 2006, s.567.

¹⁸⁶ Bratt och Södergren, 2000, ex. s.414ff, 419ff; Södergren, 2004/05, ex. s.763.

¹⁸⁷ Crafoord, 2001, ex. s.545ff.

¹⁸⁸ Crafoord, 2005, s.16f.

¹⁸⁹ Ex. Svea hovrätt, mål nr. Ö 2943-00, 17 april 2001; mål nr. T 1509-02, 8 oktober 2002.

¹⁹⁰ Lambertz, 2004/05, s.9, 18.

¹⁹¹ Bl.a. NJA 2005 s. 462; NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584. Se kapitel 5.3.

5.3 Ett första steg i HD

I början av 2000-talet började HD att försiktigt diskutera statens ansvar vid överträdelse av EKMR. Rättsfallen är här av vikt då de var det första steget i den utveckling som komma skulle.¹⁹² I NJA 2003 s. 217, som rörde en påstådd överträdelse av Artikel 6 EKMR, framhöll HD att i vissa fall måste frågan om ekonomisk gottgörelse kunna prövas för att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR. HD anförde att en skadeståndstalan mot staten kan föras med stöd av SkL. Enligt traktaträttsliga principer ska dessa regler då om möjligt tolkas fördragskonformt, vilket kan resultera i att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kan upprätthållas. HD diskuterade även om ett skadeståndskrav skulle kunna prövas grundat på EKMR för det fall ersättning inte kan utgå enligt SkL. Frågan i HD var dock endast om målet kunde tas upp till prövning eller inte. HD fann att talan skulle prövas i sak och återförvisade målet till tingsrätten.

I NJA 2003 s. 414 konstaterade HD, med hänvisning till Europadomstolens praxis, att ett effektivt rättsmedel inte behöver ge möjlighet till ekonomisk gottgörelse, utan kan i brottmål under vissa förutsättningar exempelvis bestå i att målets utgång ändras till den tilltalades förmån. Den tilltalade i målet hade därför, då Artikel 6.1 EKMR hade överträtts, rätt till påföljds lindring.

5.4 Genombrottet i svensk praxis

5.4.1 NJA 2005 s. 462

Genombrottet vad gäller möjligheten till skadestånd när EKMR överträtts kom genom HD:s dom i NJA 2005 s. 462. Frågan i målet var om käranden hade rätt till ekonomiskt och ideellt skadestånd av staten på grund av att brottsmisstankarna som riktats mot honom inte hade prövats inom skälig tid.

HD fann att Artikel 6.1 EKMR hade kränkts. Därefter framhöll HD att Artikel 13 EKMR inte ger någon omedelbar rätt till gottgörelse utan endast utgör en förpliktelse för staten att tillhandahålla effektiva rättsmedel. Rättsmedlet kan utformas på olika sätt och behöver inte resultera i ekonomisk gottgörelse utan kan bestå exempelvis av påföljds lindring. HD anförde därefter att skadeståndstalan primärt ska prövas enligt SkL som då, i den mån som EKMR ger skäl därtill, ska tolkas fördragskonformt. Detta innebär att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kan upprätthållas. HD fann att det oacceptabla dröjsmålet utgjorde fel eller försummelse i myndighetsutövning och utdömde därför ersättning för inkomstförlust enligt 3 kap. 2 § SkL.

¹⁹² Även NJA 2004 s. 662, vari HD fann att EES-avtalet utgjorde en självständig grund för statens skyldighet att ersätta skador som drabbat enskilda till följd av statens överträdelse av skyldigheterna enligt EES-avtalet. Domen är intressant för att HD skapade en grund för att utan uttryckligt lagstöd döma ut skadestånd.

HD fann att den ideella skadan inte kunde ersättas enligt SkL, då något sådant brott som krävs enligt 2 kap. 3 § SkL inte förelåg. HD diskuterade därför om ideellt skadestånd kunde dömas ut direkt grundat på EKMR och noterade att Europadomstolen normalt dömer ut ideell ersättning när Artikel 6.1 EKMR överträts. Skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel skulle kunna anses tillgodosedd genom möjligheten att erhålla ersättning för inkomstförlust till följd av överträdelsen. HD fann dock att det måste beaktas att i vissa fall saknas det grund för att utdöma ekonomiskt skadestånd och att det i vissa situationer inte heller finns andra effektiva rättsmedel. Ställs den skadelidande då utan rättsmedel kan det innebära ett konventionsbrott. HD noterade att svensk rätt varit restriktiv med att döma ut ideellt skadestånd vid kränkningar av rättigheter eller liknande och att det för sådan ersättning brukar fordras lagstöd. Att lagstöd brukar krävas grundas dock inte på någon lagregel, konstaterade HD. Mot bakgrund av Europadomstolens praxis fann HD att övervägande skäl talade för att det vid överträdelser av Artikel 6.1 EKMR även skulle vara möjligt för svensk domstol att döma ut ideellt skadestånd. Vid prövningen av sådana anspråk anförde HD att utgångspunkt ska tas i Europadomstolens praxis, även om någon skyldighet inte finns att följa denna. Käranden tilldömdes alltså ideellt skadestånd direkt på grundval av EKMR samt ekonomiskt skadestånd med stöd av 3 kap. 2 § SkL.

För bedömningen av de transsexuellas möjligheter till framgång i sin skadeståndstalan är NJA 2005 s. 462, utöver möjligheten till ideellt skadestånd utan lagstöd, också av betydelse då det visar att skadestånd enligt 3 kap. 2 § SkL och direkt grundat på EKMR kan utges parallellt. I steriliseringsfallen yrkas skadestånd dels för personskadan enligt 3 kap. 2 § SkL, dels för rättighetskränkningen baserat på EKMR. NJA 2005 s. 462 visar att det, trots att ersättning erhållits enligt 3 kap. 2 § SkL, är möjligt att erhålla ersättning för den ideella skadan som kränkningen av EKMR utgör. Detta är av stor vikt för den kommande analysen.

5.4.2 NJA 2007 s. 295

Den princip gällande utdömandet av ideellt skadestånd vid överträdelser av EKMR som HD slog fast i NJA 2005 s. 462 utvidgades genom NJA 2007 s. 295 till att avse även överträdelser av Artikel 5 EKMR om rätten till frihet och säkerhet. Frågan i fallet var om skadestånd kunde dömas ut direkt grundat på EKMR för det fall SkL eller frihetsberövandelagen inte medgav att full ersättning utgick enligt konventionens principer. HD noterade att varken Artikel 13 eller Artikel 5.5 EKMR, som stadgar en rätt till skadestånd, automatiskt ger rätt till skadestånd. Dock, menade HD, måste den princip om skadestånd som fastlagts i NJA 2005 s. 462 även gälla vid överträdelser av Artikel 5 EKMR. HD fann att i den mån Sveriges förpliktelser enligt Artikel 5.5. EKMR inte kan uppfyllas genom en fördragskonform tillämpning av nationell rätt får domstolen istället döma ut skadestånd utan särskilt lagstöd.

5.4.3 NJA 2007 s. 584

HD fann i NJA 2007 s. 584 att skäl saknades att begränsa principerna från NJA 2005 s. 462 och NJA 2007 s. 295 till att enbart gälla Artikel 5 och 6 EKMR och dömde i fallet ut skadestånd grundat på EKMR vid en överträdelse av Artikel 8 EKMR.

I fallet hade polismyndigheten, på grund av misstanke om sexuella övergrepp, beslutat om läkarundersökning av tre barn, utan stöd i lag. Familjen yrkade därför på ekonomiskt och ideellt skadestånd av staten. HD fann att undersökningen utgjort ett ingrepp i rätten till privatliv i Artikel 8 EKMR och att det inte, bland annat eftersom beslutet saknade stöd i lag, kunde anses rättfärdigat enligt Artikel 8.2 EKMR.

HD fann att ideellt skadestånd i fallet inte kunde utgå enligt SkL. På frågan om ideellt skadestånd kunde utges grundat på EKMR anförde HD att skäl saknades att begränsa tillämpligheten av den princip som fastslagits i NJA 2005 s. 462 och NJA 2007 s. 295 till att enbart gälla överträdelser av Artikel 5 och 6 EKMR. Principen innebär att i den mån Sverige är skyldigt att gottgöra överträdelser av EKMR genom en rätt till skadestånd och denna skyldighet inte kan uppfyllas ens genom en fördragskonform tolkning av nationell rätt, får förpliktelsen fullgöras genom att skadestånd utdöms utan särskilt stöd i lag. HD noterade att Europadomstolen i *TP och KM mot Storbritannien* anförde att Artikel 13 EKMR, i tillämpliga fall, kräver att det ska finnas en möjlighet till ideellt och ekonomiskt skadestånd när EKMR har överträtts. Dock krävs inte alltid att skadestånd utges utan gottgörelse kan ske på annat sätt. Enligt HD kunde familjen inte anses gottgjord enbart genom att det av domskäl skulle framgå att EKMR överträtts. Familjen tilldömdes därför ideellt skadestånd.

Fallet är av vikt främst för att möjligheten till skadestånd vid överträdelser av EKMR härigenom utvidgades till att gälla samtliga rättigheter i EKMR. NJA 2007 s. 584 har här även betydelse då det gällde överträdelse av samma artikel som i steriliseringsfallen. Diskussionen om gottgörelse när Artikel 8 EKMR åsidosatts är därför av värde för den kommande analysen.

5.5 Den fortsatta utvecklingen

5.5.1 Ett steg bakåt?

I NJA 2007 s. 862 fann HD att staten inte var skadeståndsskyldig för att RegR underlåtit att kommunicera en rättsprövningsansökan till tillståndshavarna innan den upphävde ett tillståndsbeslut för två bolag att bland annat bedriva bergtäkt. HD menade att underlåtenheten inte varit uppenbart oriktig och att fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL därmed inte förelåg. HD noterade att begränsningen att bedömningen ska ha varit uppenbart oriktig inte kan upprätthållas om ett fel eller en försummelse innefattar en

överträdelse av EKMR. Det intresse som EKMR skyddade låg dock enligt HD inte till grund för bolagets talan. Två justitieråd var skiljaktiga och menade att underlåtenheten stred mot Artikel 6 EKMR och att det därför inte krävdes att bedömningen varit uppenbart felaktig för att grunda ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL. Utgången i målet har kritiserats i doktrinen.¹⁹³

I NJA 2007 s. 891 ogillade HD en talan om skadeståndsansvar för staten till följd av att en häktad man hängt sig med en livrem som häktespersonalen, i strid med gällande föreskrifter, försummat att ta ifrån honom. Fallet gällde inte ett skadeståndskrav grundat direkt på EKMR utan ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL. HD anförde att frågan om överträdelser av handlingsföreskrifter kan medföra ansvar enligt SkL skulle bedömas i ljuset av EKMR, i detta fall Artikel 2 om rätten till liv. HD fann att ett erforderligt orsakssamband mellan försummelsen och dödsfallet förelåg. Mot bakgrund av de krav som uppställts i Europadomstolens praxis om staters ansvar vid överträdelser av handlingsföreskrifter, samt skyldigheten att vidta åtgärder för att skydda liv avseende frihetsberövade personer, fann dock HD att det inte visats att kriminalvården borde ha insett att det fanns en verklig och omedelbar risk för självmord. Statens försummelse ledde därför inte till skadeståndsansvar.

Domen i NJA 2007 s. 891 är anmärkningsvärd då EKMR och Europadomstolens praxis vanligen används för att stärka den skadelidandes position och inte, som i fallet, för att begränsa ersättningsmöjligheterna.¹⁹⁴ NJA 2007 s. 862 och 2007 s. 891 är viktiga då de belyser att utvecklingen sedan 2005 inte varit spikrak. HD:s bedömning har ibland varit mer restriktiv och återopandet av EKMR är inte ett givet framgångsrecept, något som måste beaktas vid analysen om de steriliserades skadeståndstalan.¹⁹⁵

5.5.2 Tillbaka till den tidigare utvecklingen

HD har på senare tid i en rad avgöranden bekräftat att som allmän princip nu gäller att i den mån Sverige till följd av Artikel 13 EKMR är skyldig att gottgöra överträdelser av EKMR genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse inte kan fullgöras genom att nationell rätt tolkas fördragskonformt, får skadestånd dömas ut utan stöd i lag.¹⁹⁶

Både i NJA 2012 s. 211 och NJA 2012 s. 1038 har HD diskuterat EKMR:s dubbla betydelse som nationell lag och statsrättsligt instrument.¹⁹⁷ I NJA

¹⁹³ Ex. Kleineman, 2008/09, s.562f; Warnling-Nerep, 2007/08 s. 940f.

¹⁹⁴ Schultz, 2011, s.1005f.

¹⁹⁵ Ett annat ex. på HD:s ibland restriktiva inställning är NJA 2007 s. 747, vari fastslogs att privaträttsliga subjekt inte kan åläggas betala skadestånd med direkt tillämpning av EKMR.

¹⁹⁶ Ex. NJA 2009 N 70; NJA 2010 s. 363; NJA 2012 s. 211; NJA 2012 s. 1038. I NJA 2009 s. 463 fastslog HD att även en kommun kan göras skadeståndsskyldig när EKMR kränkts.

¹⁹⁷ I NJA 2012 s. 1038 (I) uttalades att som statsrättsligt instrument får EKMR betydelse för domstolarna främst i frågan om svensk rätt strider mot EKMR. Det har ansetts att om det finns klart stöd för att lag/praxis är oförenlig med EKMR, och en konventionskonform tolkning inte räcker för att uppfylla konventionens krav, kan denna åsidosättas. Vid bedömningen av om EKMR kränkts och när det därför finns en rätt till ett effektivt

2012 s.211 anförde HD att när skadestånd utdöms utan lagstöd vid en rättighetskränkning är det en rättsföljd som grundas på nationell rätt i det avseendet att det inte är fråga om att tillämpa EKMR. HD menade att det istället handlar om att rättighetskränkningen utgör en skadeståndsrättslig ansvarsgrund, även om EKMR är direkt tillämplig i frågan om det föreligger en rättighetskränkning och att statens skadeståndsansvar tillsammans med andra rättsmedel ska uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR.¹⁹⁸

Vidare fann Europadomstolen i *Eskilsson mot Sverige*¹⁹⁹ att HD:s praxis rörande ersättning vid konventionskränkningar i kombination med JK:s praxis måste anses utgöra ett effektivt rättsmedel. Målet kan därmed åberopas till stöd för att Sverige nu uppfyller kraven i Artikel 13 EKMR.²⁰⁰

HD har också upprepat att skadeståndsansvar inte utlöses automatiskt för att en kränkning föreligger och att först om andra rättsmedel inte kan väga upp kränkningen finns ett utrymme för att döma ut ett ideellt skadestånd. Vidare måste skadan vara av viss storlek för att rätt till ersättning ska föreligga.²⁰¹

I mål nr. T 5180-11 gjorde HD viktiga uttalanden om kraven för att ideell ersättning ska utgå vid en konventionskränkning. Efter att karendens rätt till ekonomiskt, men inte ideellt, skadestånd enligt SkL fastslagits diskuterade HD om rätt till gottgörelse för den ideella skadan förelåg baserat på EKMR. Avgörande var då enligt HD kränkningens allvar, vilket bestäms utifrån de negativa känslor av förnedring, ringaktande, utsatthet eller liknande som överträdelsen typiskt sett är ägnad att framkalla. Även vid valet av rättsmedel ska utgångspunkt tas i kränkningens allvar. Väsentligt är vad som torde ge adekvat och tillräcklig upprättelse. HD fann att kränkningen varit av mindre allvarlig art och att det sammantaget därför var tillräckligt att erkänna kränkningen som gottgörelse för den ideella skadan.²⁰²

HD har alltså på senare tid, utöver att bekräfta tidigare praxis, även gjort viktiga uttalanden om ansvarsgrunden vid överträdelser samt kring vad som är avgörande för att skadestånd ska utgå. HD:s kommentar i NJA 2012 s. 211 (I), om att rättighetskränkningen utgör en skadeståndsrättslig ansvarsgrund, är intressant därför att det kan tala för att det väsentliga för ansvaret är att en rättighet kränkts, inte att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR. Att HD inte specificerar att det är konventionskränkningen som utgör skadeståndsrättslig ansvarsgrund, utan rättighetskränkningen, leder till att resonemanget möjligtvis kan läggas till grund för att skadestånd skulle kunna utgå utan lagstöd även när rättigheterna i 2 kap. RF har åsidosatts.

HD:s diskussion om när ideellt skadestånd ska utgå baserat på EKMR även

rättsmedel menade HD att det rör sig om en tillämpning av EKMR som svensk lag och att domstolarna ska göra en egen bedömning av artiklarnas innebörd. Utöver vissa särskilda krav på rättsmedlet är nationell rätt bestämmande för rättsmedelssystemet, menade HD.

¹⁹⁸ NJA 2012 s. 211 (I) p.9. Jfr NJA 2012 s. 1038 (I) p.16 och HD:s mål nr. T 5180-11 p.17.

¹⁹⁹ *Eskilsson mot Sverige*, beslut 24 januari 2012.

²⁰⁰ NJA 2012 s. 211 (I) pp.11-13.

²⁰¹ NJA 2012 s. 211 (I) pp.24-26. Se även HD:s mål nr. T 5180-11 pp.16-18.

²⁰² HD:s mål nr. T 5180-11, pp.58-59, 68-69.

när ekonomiskt skadestånd utdömts enligt 3 kap. 2 § SkL är av stor vikt för analysen av de steriliserades skadeståndstalan, där ersättning för personskadan kan yrkas enligt 3 kap. 2 § SkL, medan ideellt skadestånd för rättighetskränkningen grundas direkt på EKMR (eller RF). Av praxis följer att ideellt skadestånd grundat på EKMR kan utgå även om ekonomiskt skadestånd utdömts enligt 3 kap. 2 § SkL. Att ekonomiskt skadestånd dömts ut lär dock minska domstolarnas benägenhet att döma ut ideellt skadestånd, bland annat då ersättningen enligt 3 kap. 2 § SkL kan hävdas utgöra ett tillräckligt rättsmedel enligt Artikel 13 EKMR. HD:s senare praxis ger viktig vägledning framför allt för bedömningen av om staten är skyldig att utge ideellt skadestånd till de steriliserade. Fallen är givetvis också av värde för att bedöma anspråket enligt 3 kap. 2 § SkL.

5.5.3 Sammanfattning av rättsläget

När det krävs för att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR kan skadestånd vid överträdelse av EKMR utgå utan lagstöd direkt grundat på EKMR och utan krav på culpa. HD:s prövning kan sammanfattas på följande sätt. I första hand ska talan prövas enligt SkL eller skadeståndsrättslig speciallagstiftning. Om skadestånd vid en traditionell bedömning är uteslutet ska de nationella reglerna, i den mån EKMR så kräver, tolkas fördragskonformt, vilket innebär att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kan upprätthållas. Ger inte heller en fördragskonform tolkning grund för att uppfylla konventionens krav får skadestånd dömas ut utan stöd i lag. HD:s praxis har främst rört när SkL inte medger rätt till ideell ersättning.

EKMR kan därmed utgöra en fristående skadestandsgrund, dock innebär en överträdelse av EKMR inte en automatisk rätt till skadestånd. I första hand ska kränkningen gottgöras inom den process där den uppstått. Primärt ska undersökas om överträdelsen kan gottgöras på annat sätt än genom skadestånd, exempelvis genom påföljds lindring eller ett erkännande av överträdelsen. Först om andra gottgörelser inte är tillräckliga för att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR ska skadestånd utgå. Vid prövningen av anspråk om gottgörelse bör utgångspunkt tas i Europadomstolens praxis, även om någon skyldighet inte finns att följa denna. Till följd av NJA 2007 s. 584 och efterföljande praxis lär skadeståndsansvar för staten grundat på EKMR vara möjligt beträffande överträdelse av samtliga konventionsrättigheter.

5.6 När är staten skyldig att ekonomiskt ersätta en konventionsöverträdelse?

När det allmänna överträtt eller underlåtit att uppfylla kraven i EKMR finns möjlighet gällande samtliga rättigheter att väcka talan om skadestånd. Följdfrågan är om det går att dra några generella slutsatser om när staten är skyldig att ekonomiskt ersätta den vars konventionsrättigheter åsidosatts.

EKMR stadgar, bortsett från vad som anges i Artikel 5.5 EKMR om skadestånd vid brott mot Artikel 5, inget krav på att skadestånd ska utgå i vissa situationer. Frånvaron av andra rättsmedel eller faktumet att en avsedd gottgörelse saknat effekt kan dock medföra att skadestånd är statens enda möjlighet att uppfylla kraven i Artikel 13 EKMR. Att Europadomstolen utdömt skadestånd i ett fall innebär inte automatiskt att svensk domstol måste utge ersättning för en liknande överträdelse. Den konventionsrättsliga grunden för att döma ut skadestånd är Artikel 13 EKMR, varför frågan om skadestånd bör besvaras med utgångspunkt i vilka effektiva rättsmedel som i övrigt funnits tillgängliga för den enskilde. Har andra materiella eller processuella rättsmedel inte varit tillgängliga, eller tillräckligt effektiva, bör skadestånd komma i fråga om det i övrigt bedöms befogat.²⁰³

Vid bedömningen av om skadestånd ska utgå bör hänsyn tas till vilken rättighet som kränkts. Inofficiellt anses vissa rättigheter vara av högre rang och kan därför antyda för vilka överträdelser som skadestånd alltid bör utgå. Vid överträdelser av Artikel 2-4 EKMR om rätten till liv, förbud mot tortyr och slaveri, har skadestånd ansetts givet. Även vid överträdelser av Artikel 5, om frihetsinskränkning, och Artikel 7 om legalitetsprincipen, krävs ofta att skadestånd utges. Kränkningar av Artikel 6 EKMR kräver många gånger skadestånd, men kan ibland kompenseras på annat sätt. Överträdelser av Artikel 8 EKMR kräver ofta, men inte alltid, att skadestånd utgår.²⁰⁴

Av stor vikt för bedömningen av om ideell ersättning ska utgå är kränkningens allvar, vilket bestäms utifrån de negativa känslor, exempelvis förnedring, utsatthet eller liknande, som kränkningen typiskt sett orsakar. Kränkningens allvar får också betydelse vid valet av rättsmedel, vari avgörande vikt fästs vid vad som synes ge den enskilde en adekvat och tillräcklig upprättelse.²⁰⁵

Det är med andra ord svårt att uttala exakt i vilka fall som staten är skyldig att utge skadestånd vid konventionsöverträdelser. En överträdelse innebär inte en automatisk rätt till ideellt skadestånd, utan hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet samt till övriga tillgängliga rättsmedel. Ofta blir dock skadestånd det enda möjliga effektiva rättsmedlet.

5.7 SOU 2010:87 – Förslag till lagstiftning

Mot bakgrund av utvecklingen i rättspraxis under 2000-talet tillsattes i maj 2009 en utredning vars huvuduppdrag var att analysera och därefter lämna ett lagförslag gällande de fall där Artikel 13 EKMR kräver att skadestånd ska kunna lämnas till den vars konventionsrättigheter överträts.²⁰⁶

²⁰³ SOU 2010:87 s.296, 334f.

²⁰⁴ Andersson, 2011, s.6.

²⁰⁵ HD:s mål nr. T 5180-11 pp.58-59.

²⁰⁶ SOU 2010:87 s.15.

I betänkandet föreslås en ny regel i SkL om skadestånd vid överträdelse av EKMR. En sådan lagstiftning betonar enligt utredningen subsidiaritetsprincipen och minskar incitamentet för enskilda att vända sig till Europadomstolen. Även om möjligheten till ideellt skadestånd vid konventionskränkningar utvidgats genom HD:s praxis finns ett behov av att rättsläget klargörs, menar utredningen. Utredningen konstaterar att någon allmän rätt till skadestånd inte kan härledas ur Artikel 13 EKMR och att staterna har stor valfrihet vid uppfyllandet av åtagandena enligt artikeln.²⁰⁷

I lagförslaget uppställs ett krav på att det ska vara nödvändigt att gottgöra överträdelsen genom skadestånd. Härigenom tydliggörs att skadestånd inte är den primära gottgörelsen vid konventionsöverträdelse. Med andra ord krävs en bedömning av om andra rättsmedel funnits tillgängliga och om de varit effektiva i den mening som avses i Artikel 13 EKMR. Kravet på nödvändighet innebär enligt utredningen att om ersättning utgått enligt annan lagstiftning medför detta generellt sett att kravet på tillhandahållandet av effektiva rättsmedel är uppfyllt. Har ekonomiskt skadestånd dömts ut med stöd av den nyskapade regeln eller 3 kap. 2 § SkL menar utredningen att behovet av att utge ideell ersättning för "annan skada" i vissa fall kan vara mindre. Om överträdelsen inte gottgjorts tillräckligt eller vid vissa överträdelse av Artikel 2 och 3 EKMR kan ytterligare gottgörelse i form av skadestånd krävas även om andra rättsmedel funnits tillgängliga eller tagits i anspråk. Avgörande för om skadestånd ska utgå är om så krävs enligt Artikel 13 EKMR eller av konventionen i övrigt. Även övriga allmänna skadeståndsrättsliga principer, exempelvis rörande adekvat kausalitet och påvisad skada, är tillämpliga, om inte annat följer uttryckligen av EKMR.²⁰⁸

Den av utredningen föreslagna lagregeln i nya 3 kap. 3 § SkL lyder:

”Staten eller en kommun ska ersätta

- 1. personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och skada som avses i 2 kap. 3 §, om skadan uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har överträtts från statens eller kommunens sida, och*
- 2. annan skada som uppkommit till följd av en sådan rättighetsöverträdelse.*

Skadestånd enligt första stycket ska endast utgå om det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.”²⁰⁹

Det finns med andra ord flera skillnader mellan den föreslagna regeln och 3 kap. 2 § SkL. En skillnad är att prövningen enligt den föreslagna regeln ska ske direkt utifrån en konventionsrättslig ansvarsgrund. Frågan om det allmännas skadeståndsskyldighet ska då besvaras med utgångspunkt i EKMR och Europadomstolens praxis. Uppgiften för rättstillämparen är att bedöma om en skadeståndsgrundande överträdelse av EKMR har skett, utan att pröva om fel eller försummelse förekommit vid myndighetsutövning.²¹⁰

²⁰⁷ SOU 2010:87 s.16ff, 281ff.

²⁰⁸ SOU 2010:87 s.21.

²⁰⁹ SOU 2010:87 s.53. Någon proposition har i december 2013 inte kommit. Utredningen lämnade även flera andra lagförslag, bl.a. gällande beräkning av skadeståndet.

²¹⁰ Erman, 2011, s.196; SOU 2010:87 s.347f.

6 Statens skadeståndsansvar vid överträdelser av 2 kap. RF

6.1 Inledning

RF saknar bestämmelser om skadestånd vid överträdelser av rättigheterna i 2 kap RF. Traditionellt har inställningen i svensk rätt varit att grundlagen främst utgör spelregler för riksdag och regering, varför det inte ansetts möjligt för enskilda att erhålla skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF.²¹¹

Mot bakgrund av utvecklingen i praxis rörande skadestånd vid överträdelser av EKMR är det av intresse att undersöka om skadestånd nu kan utgå också när 2 kap. RF åsidosatts. Frågan är här aktuell då Kammarrätten i mål 1968-12 fann att steriliseringskravet stred mot 2 kap. 6 § RF. De transsexuellas skadeståndstalan grundas därmed både på 3 kap. 2 § SkL, EKMR och på 2 kap. RF. HD meddelade även i mars 2013 prövningstillstånd i ett mål där huvudfrågan är om enskilda kan erhålla skadestånd när 2 kap. RF överträts.

Sedan 2011 krävs enligt 11 kap. 14 § RF inte längre att en föreskrift är uppenbart grundlagsstridig för att den ska kunna underkännas av en domstol. Den ökade möjligheten att underkänna grundlagsstridig lagstiftning kan leda till att frågan om skadestånd när sådan lagstiftning tillämpats får en ökad betydelse.²¹²

6.2 Skadestånd grundat på 3 kap. 2 § SkL

När överträdelser av 2 kap. RF åberopas som grund för ansvar enligt 3 kap. 2 § SkL behöver domstolarna inte, till skillnad från vad som gäller vid överträdelser av EKMR, tolka reglerna i SkL fördragskonformt. Likväl innebär även överträdelser av 2 kap. RF ofta fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL. Strider en lagregel mot 2 kap. RF föreligger i många fall culpa från lagstiftarens sida. Även myndighetsåtgärder grundade på grundlagsstridig lagstiftning, eller en myndighets åsidosättande av 2 kap. RF, lär kunna medföra skadeståndsansvar. Har klara avsteg gjorts från en rättighetsregel finns skäl att tala om en culpapresumtion.²¹³ Har handlandet inneburit

²¹¹ Crafoord, 2009, s.1062.

²¹² Bengtsson, 2011, s.606.

²¹³ Bengtsson återger inte vad ett ”klart avsteg” innebär. Är det ostridigt att en rättighet åsidosatts torde detta onekligen vara ett klart avsteg. Beror frågan om överträdelse på en proportionalitetsbedömning är inte lika enkelt att tala om ett klart avsteg. Även i 2 kap. RF torde en informell rangordning finnas. Har en oinskränkbar rättighet åsidosatts torde detta vara allvarligare än om en inskränkbar rättighet överträts. Vad som är ett klart avsteg bör bero på en bedömning av om det är tydligt att en rättighetsregel överträts eller ej.

en risk för individers fysiska eller personliga integritet blir culpabedömningen strängare än om det enbart medfört fara för materiella skador.²¹⁴

En överträdelse av förbudet i 2 kap. 19 § RF om att lagstifta i strid med EKMR kan grunda skadeståndsansvar för staten.²¹⁵ För skadestånd krävs att den skadelidande på grund av den rättsstridiga lagen utsatts för ett konkret myndighetsbeslut som riktats direkt mot denne eller en avgränsad grupp.²¹⁶

En överträdelse av 2 kap. RF, både när en lag strider mot 2 kap. RF, eller när en myndighet åsidosatt rättigheterna, innebär ofta fel eller försummelse enligt 3 kap. 2 § SkL. Resultatet av culpabedömningen vid överträdelser av 2 kap. RF blir därför i många fall densamma som när EKMR överträts.

6.3 Skadestånd grundat på 2 kap. RF

6.3.1 Argument för och emot en möjlighet till skadestånd

Skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF kan således i vissa fall utgå enligt 3 kap. 2 § SkL. Dock orsakar rättighetskränkningar oftast ideella snarare än ekonomiska skador. En effektiv påföljd vid överträdelser skulle därför vara en möjlighet till ideellt skadestånd liknande den som finns när EKMR överträts.²¹⁷ HD verkar inte ha uteslutit möjligheten att använda skadestånd som sanktion vid grundlagsöverträdelser.²¹⁸ I förarbetena till SkL betonades vikten av att inte utforma lagstiftningen på ett sätt som försvårar en kontinuerlig utveckling av rätten. Utgångspunkten var istället att lagfästa vissa huvudprinciper samtidigt som det lämnades åt domstolarna att fylla ut ofullständigheter i lagen.²¹⁹ Den svenska skadeståndsrätten hindrar därmed inte att rätten till skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF utvecklas.²²⁰

Ett annat argument för att skadestånd bör kunna utgå när 2 kap. RF kränkts grundas på principen att när en skada drabbat ett intresse som skyddas av den handlingsnorm som åsidosatts, utgör det en grund för skadeståndsansvar. Dock måste då visas att 2 kap. RF är avsedd att skydda enskilda medborgare.²²¹ Ursprungstanken var ju att rättigheterna främst utgjorde riktlinjer för de normgivande organen.²²² Vid inkorporeringen av EKMR anfördes dock att 2 kap. RF och EKMR skulle fungera kumulativt och att den enskilde därför skulle kunna åberopa den regel som gav starkast

²¹⁴ Bengtsson, 2011, s.609, 614. Notera dock talförbudet i 3 kap. 7 § SkL, se Kapitel 4.4.

²¹⁵ Bengtsson, 2011, s.619.

²¹⁶ NJA 2010 s. 8. Notera talförbudet i 3 kap. 7 § SkL om talan grundas på 3 kap. 2 § SkL.

²¹⁷ Bengtsson, 2011, s.612.

²¹⁸ Bull och Sterzel, 2013, s.45. Jfr. NJA 2010 s. 8, som dock rörde ett normgivningsfel.

²¹⁹ Prop. 1972:5 s.100.

²²⁰ Se ex. Crafoord, 2009, s.1063.

²²¹ Crafoord, 2009, s.1063.

²²² Prop. 1973:90 s.198.

skydd.²²³ 2 kap. RF beskrevs också i utredningen om personlig integritet från 2008 som ett skydd för den enskilde gentemot det allmänna.²²⁴ Detta kan anföras till stöd för tesen att 2 kap. RF kan åberopas av medborgarna i praktiken.²²⁵ Grundlagsutredningen betonade vikten av 2 kap. RF:s fulla genomslag i rättstillämpningen.²²⁶ Ett sådant genomslag verkar avlägset om rättighetskränkningar inte kan följas av sanktioner, då främst skadestånd.²²⁷

Många av bestämmelserna i 2 kap. RF är dock mindre lämpliga att ligga till grund för skadeståndsansvar. Vid tillämpning av rättigheterna måste hänsyn tas till att det allmännas intressen ibland tar över de enskildas. Principen om proportionalitet vid myndigheters ingrepp i enskildas rättigheter får stor betydelse vid avvägningarna i 2 kap. RF. Skilda meningar om vad som är proportionellt kan då innebära problem vid en skadeståndsbedömning.²²⁸

6.3.2 Kan HD:s praxis om skadestånd vid överträdelser av EKMR tillämpas på 2 kap. RF?

Det tyngsta argumentet för en skadeståndsmöjlighet när 2 kap. RF överträts lär vara att en sådan möjlighet finns när EKMR åsidosatts. Att EKMR och 2 kap. RF och EKMR delvis skyddar samma rättigheter gör att det kan anses inkonsekvent att skyddet för 2 kap. RF är sämre än det för EKMR, och att HD:s praxis om skadestånd vid kränkningar av EKMR därför bör kunna tillämpas även när 2 kap. RF överträts.²²⁹ Det har hävdats att det närmast strider mot det allmänna rättsmedvetandet att en skadeståndsmöjlighet skulle finnas vid kränkningar av rättigheter i EKMR, EU-, och EES-rätten, men inte av de rättigheter som har getts grundlagsstatus.²³⁰

Att 2 kap. RF, till skillnad från EKMR, inte utformades för att tillämpas av domstolarna är ett skäl som talar emot att principerna om skadestånd vid överträdelser av EKMR även kan tillämpas när 2 kap. RF överträts.²³¹ Skillnaderna i rättighetssystemens utformning har framförts som skäl till varför en reform om skadeståndsansvar när 2 kap. RF överträts skulle vara svår genomförd. Frågan har inte heller debatterats i samma utsträckning som den gjorts gällande överträdelser av EKMR och någon statlig utredning har inte analyserat problemet.²³²

En betydande skillnad mellan 2 kap. RF och EKMR är regleringen om effektiva rättsmedel i Artikel 13 EKMR. Att HD skapade en möjlighet till

²²³ Prop. 1993/94:117 s.39.

²²⁴ SOU 2008:3 s.96.

²²⁵ Crafoord, 2009, s.1064.

²²⁶ SOU 2008:125 s.380.

²²⁷ Crafoord, 2009, s.1067.

²²⁸ Bengtsson, 2011, s.621. Dock föreligger svårigheten med en proportionalitetsbedömning ofta även vid tillämpning av EKMR.

²²⁹ Bengtsson, 2011, s.606.

²³⁰ Crafoord, 2009, s.1067.

²³¹ Crafoord, 2009, s.1063.

²³² Bengtsson, 2011, s.606.

ideellt skadestånd vid överträdelser av EKMR berodde inte på rättighets- eller rättviseargument, utan på att Sverige annars skulle riskera att bryta mot Artikel 13 EKMR. Någon motsvarande regel till Artikel 13 EKMR finns inte i RF eller svensk rätt i övrigt. Att en skadeståndsmöjlighet när 2 kap. RF överträtts saknas strider inte mot någon ytterligare lagregel, så som avsaknad av möjlighet till skadestånd vid brott mot EKMR kan göra.

Införandet av en skadeståndsmöjlighet när EKMR åsidosatts har aktualiserat nya frågeställningar i svensk skadeståndsrätt. Huvudfrågan vid prövningen är om en rättighet kränkts under sådana omständigheter att det motiverar skadeståndsansvar. Fokus ligger således på den skadelidande och inte heller uppställs något culpakrav. Detta rättighetstänk saknar motsvarighet i traditionell svensk skadeståndsrätt.²³³ Historiskt har svensk rätt också intagit en restriktiv inställning till möjligheten att döma ut ideellt skadestånd vid kränkningar av rättigheter och liknande. Denna restriktivitet har nu luckrats upp genom HD:s praxis, men att utvidga området för ideellt skadestånd ytterligare skulle innebära en betydande förändring av svensk rätt. En sådan utvidgning kan vålla problem vid rättstillämpningen, bland annat då rättigheterna inte är skrivna för att vid överträdelser kunna medföra en rätt till skadestånd. När EKMR överträtts kan också vägledning sökas i Europadomstolens samt HD:s praxis. Vad gäller överträdelser av 2 kap. RF saknas sådan praxis och praxisen rörande EKMR kan inte tillämpas direkt då rättigheternas utformning samt inskränkingsmöjligheter skiljer sig åt.²³⁴

Skillnaderna i rättighetssystemens utformning tillsammans med frånvaron i RF av en rätt till effektiva rättsmedel gör att det inte per automatik kan antas att gällande praxis om ideellt skadestånd utan lagstöd vid kränkningar av EKMR också kan tillämpas när 2 kap. RF åsidosatts.

6.3.3 Innebörden av ett utvidgat ansvar

Införs en skadeståndsmöjlighet när 2 kap. åsidosatts kan diskuteras hur ett sådant ansvar skulle se ut. En fråga är om förslaget om att skadestånd endast ska utgå om det är nödvändigt, likt det som föreslås i SOU 2010:87, ska tillämpas också på en regel om skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF. Ett nödvändighetskrav bör inte krävas, då bakgrunden till att ett sådant krav föreslagits gälla för EKMR beror på att Artikel 13 EKMR även öppnar för användandet av andra rättsmedel. Det har dock föreslagits att det för ett eventuellt skadeståndsansvar vid överträdelser av 2 kap. RF bör krävas att den enskilde orsakats väsentligt lidande, detta för att motverka att enskilda kan föra skadeståndstalan vid varje motgång av mindre betydelse.²³⁵

Som anförts hindras skadeståndsanspråk grundade direkt på EKMR inte av taleförbudet i 3 kap. 7 § SkL. Införs en möjlighet till skadestånd direkt

²³³ Bortsett möjligtvis från diskussionen om möjlighet till ersättning vid expropriativa förfoganden i 2 kap. 15 § RF. Se Bengtsson, 2011, s.608.

²³⁴ Bengtsson, 2011, s.608, 612, 622.

²³⁵ Bengtsson, 2011, s.610f, 623f.

grundat på 2 kap. RF grundas inte heller denna talan på 3 kap. 2 § SkL, och hindras därmed inte av taleförbudet. Detta skulle innebära en avsevärd skärpning av det allmännas ansvar. Vid en utvidgning av möjligheten till ideellt skadestånd riskerar JK och domstolarna att belastas med en mängd svårbedömda skadeståndskrav av en ny karaktär. En skadeståndsmöjlighet baserad på 2 kap. RF skulle också innebära att den skadelidande i vissa fall kan grunda sitt anspråk mot staten på tre grunder; 2 kap. RF, EKMR och 3 kap. 2 § SkL, vilket kan leda till problem vid samordningen av reglerna.²³⁶

Slutsatsen är att det är svårt att bedöma vad en möjlighet till skadestånd direkt grundad på 2 kap. RF skulle innebära. Skälen varför enskilda givits en möjlighet att utkräva skadestånd utan lagstöd vid överträdelse av EKMR är kravet på effektiva rättsmedel. Detta krav finns inte i svensk nationell rätt. Även om det verkar orimligt att en enskild vid överträdelse av EKMR, men inte vid rättigheterna i 2 kap. RF, kan erhålla skadestånd är frågan inte enkel. Tydligt är att det krävs en ordentlig utredning och debatt i frågan.

6.3.4 Mål T 5516-12 – Blake Pettersson-målet

HD meddelade i mars 2013 prövningstillstånd i ett mål rörande statens skadeståndsansvar vid en erkänd överträdelse av 2 kap. RF. B.P. hade i ett beslut av Skatteverket frångått sitt svenska medborgarskap, vilket RegR i RÅ 2006 nr 73 fann strida mot bland annat skyddet för medborgarskap i 2 kap. 7 § RF. B.P. yrkade därför att staten skulle utge ideellt skadestånd. Som grund för talan åberopade B.P. tillämpning av 2 kap. 7 § RF alternativt i kombination med en analog tillämpning av EU-, EES- och EKMR-rätten. Som alternativ grund åberopades principen om rätt till skadestånd när en skada drabbat ett intresse som skyddas av den åsidosatta handlingsnormen. B.P. hävdade även att EKMR hade kränkts. Staten medgav att 2 kap. 7 § RF åsidosatts men att skadeståndsanspråk inte kan grundas direkt på 2 kap. RF.

Tingsrätten ogillade talan efter att bland annat ha funnit att en utvidgning av den praxis som gäller ideellt skadestånd vid överträdelse av EKMR till att även omfatta 2 kap. RF skulle ha långtgående konsekvenser, varför det var en fråga för lagstiftaren.

Hovrätten anförde att en generell rätt till ersättning när 2 kap. RF överträtts saknas. Vidare noterades att svensk rätt varit restriktiv med att utge ideellt skadestånd vid rättighetskränkningar och att sådant skadestånd kräver stöd i lag. Enligt hovrätten saknades stöd i praxis för att den utvidgning som skett rörande skadestånd vid överträdelse av EKMR även ska gälla när 2 kap. RF åsidosatts, varför skadestånd inte kunde utgå grundat på 2 kap. 7 § RF. Inte heller fann hovrätten att EKMR hade kränkts och således ogillades talan.

Nu återstår för HD att avgöra om enskilda kan utfå skadestånd utan lagstöd när 2 kap. RF kränkts. Som framgått är ett klagande på området önskvärt.

²³⁶ Bengtsson, 2011, s.611, 625f.

7 Analys

7.1 Inledning

För att få ändra könstillhörighet har sammanlagt runt 1000 personer tvingats sterilisera sig för att uppfylla det tidigare kravet i könstillhörighetslagen. Steriliseringskravet grundades på en normativ bild av kön och familjebildning och inte på hälsoaspekter eller andra medicinska skäl. Steriliseringar av transsexuella genomfördes fram till dess att Kammarrätten i december 2012 fastställde att kravet stred mot mänskliga rättigheter. Flera organ för mänskliga rättigheter hade dessförinnan under lång tid rekommenderat stater att överge krav på sterilisering för ändrad könstillhörighet, varför det är ytterst förvånande är att Sverige upprätthöll steriliseringskravet fram till 2013.

Att en del av de personer, som tvingats genomgå sterilisering, nu kräver ersättning från staten är inte överraskande. Återigen betonas dock att uppsatsens analys syftar till att utreda huruvida staten enligt gällande rätt kan vara *skyldig* att utge skadestånd, inte om staten oberoende av detta *bör* utge skadestånd *ex gratia*.

7.2 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångssteriliserade enligt 3 kap. 2 § SkL?

7.2.1 Skada orsakad genom handling eller passivitet

För att skadeståndsansvar ska föreligga måste först en skada konstateras. I detta fall aktualiseras flera skadetyper. Tydligt är att steriliseringen har resulterat i en personskada bestående av fysisk invaliditet och psykiskt lidande. Ersättning för personskada omfattar ersättning för ekonomisk skada men även för ideell skada i form av sveda och värk och lyte och men, vilket är den ersättning som främst är aktuellt här. Utöver personskadan utgör själva överträdelsen av EKMR och 2 kap. RF en rent ideell skada. I detta fall föreligger inget sådant brott som krävs för att en kränkning ska ersättas enligt SkL. Skadeståndsansvar under 3 kap. 2 § SkL aktualiseras därmed endast för personskadan.

För skadeståndsskyldighet måste också en aktiv handling eller ansvarsgrundande passivitet hos staten kunna pekats ut.²³⁷ Flera omständigheter kan

²³⁷ Då det fastlagts att steriliseringarna varit påtvingade är en invändning om att staten inte orsakat skadan, för att de transsexuella frivilligt valt att undergå steriliseringen, inte giltig.

åberopas som grund för statens ansvar, nämligen införandet av, tillämpningen av eller underlåtenheten att upphäva steriliseringskravet.

Den första grunden att ta ställning till är om staten är ansvarig för att ha stiftat en lag som, av allt att döma, har stridit mot EKMR och 2 kap. RF. Vid skadeståndsanspråk som baserar sig på själva utformningen av lagen krävs att lagen i ett konkret fall tillämpats på ett sätt som resulterat i en konventionskränkning, vilket bör anses vara uppfyllt i detta fall. Steriliseringskravet infördes innan 2 kap. RF fanns och innan EKMR var inkorporerad i svensk rätt. Därmed fanns då inte heller bestämmelsen om att en lag inte får stiftas i strid med EKMR. Sverige var dock fortfarande folkrättsligt bundet att följa konventionen. Frågan är då om steriliseringskravet stred mot EKMR när det infördes? När Sverige införde möjligheten att byta juridiskt kön var det som första land i världen. Redan detta talar för att EKMR år 1972 inte utgjorde något hinder mot ett steriliseringskrav. Först i slutet av 1990-talet och början av 2000-talet konstaterade Europadomstolen att en persons fysiska och sexuella integritet, samt rätten att få ett könsbyte rättsligt erkänt, omfattas av EKMR. Innan dess ansågs staterna ha en vid bedömningsmarginal i frågor om erkännande av ändrad köns-tillhörighet. Kommissionen avvisade så sent som 1997 en enskilds talan mot den tyska regleringen om juridiskt könsbyte, vilken bland annat krävde att sökanden genomgått könskorrigering kirurgi samt saknade fortplantningsförmåga, och menade att denna lag inte var oförenlig med Artikel 8 EKMR. Utifrån detta perspektiv blir slutsatsen att steriliseringskravet antagligen inte stred mot EKMR när det infördes. Denna slutsats grundas dock på antagandet att mänskliga rättigheter varierar i tid och rum.

Diskussionen blir med andra ord helt beroende på vilket synsätt på rättigheter som anläggs. Snarare än att mänskliga rättigheter är relativa och varierar i tid och rum kan istället hävdas att mänskliga rättigheter existerar oberoende av de skiftande värderingarna i samhället. På så sätt kan inte sägas att rättigheterna uppkom vid en viss tidpunkt, utan de har en självständig existens och påverkas inte av vilka lagar eller värderingar som för stunden gäller. Oavsett om människor i en tid anser ett agerande som acceptabelt och förenligt med mänskliga rättigheter kan således i ett senare skede fastslås att en lag eller ett handlande alltid har stridit mot mänskliga rättigheter. Huruvida steriliseringskravet stred mot EKMR när det infördes blir därmed beroende av vilket rättsfilosofiskt perspektiv frågeställningen besvaras utifrån. Inställningen att rättigheterna inte är relativa utan existerar oberoende av värderingarna i samhället stämmer väl överens med diskussionen om sterilisering som tvång i utredningarna om tvångssteriliseringarna i Sverige mellan 1935-1975 som i uppsatsen delvis legat till grund för slutsatsen att steriliseringarna av transsexuella har varit påtvingade. Däri anfördes, som här flera gånger upprepats, att steriliseringar kan anses påtvingade även om de i den tid de genomfördes ansågs vara frivilliga. Slutsatsen blir därmed att steriliseringskravet ända sedan det infördes har stridit mot EKMR. Dock måste för ansvar fortfarande fastställas att införandet av kravet också kan anses ha varit culpöst, vilket diskuteras i nästa avsnitt.

Nästa omständighet som kan åberopas som grund för skadeståndsansvar är att staten underlåtit att upphäva steriliseringskravet och därigenom orsakat fortsatta skador. Som framgått i avsnitt 4.2 utgör statens underlåtenhet att tillförsäkra enskilda ett tillfredsställande skydd för rättigheterna i 2 kap. och EKMR en sådan passivitet som kan vara skadeståndsgrundande.

Den tredje omständigheten som kan åberopas som grund för statens skadeståndsansvar är att myndigheterna aktivt har tillämpat steriliseringskravet. Myndigheterna har därmed försummat sin skyldighet att genom lagprövningsrätten i 12 kap. 10 § RF underlåta att tillämpa en bestämmelse som står i strid med grundlagen eller EKMR.

Kort måste också beröras att för skadeståndsansvar krävs ett adekvat orsakssamband mellan handlingen eller underlåtenheten att handla och skadan. Steriliseringsingreppet har orsakat fysiska och psykiska skador. Uppkomsten av sådana skador vid ett steriliseringsingrepp är förutsägbart. Att adekvat kausalitet föreligger mellan steriliseringsingreppet och personskadan är därmed påtagligt. Vidare måste ett adekvat orsakssamband konstateras mellan kränkningen av EKMR och 2 kap. RF och den rent ideella skadan. Att både EKMR och 2 kap. RF kränkts har orsakat betydande känslor av förnedring, maktlöshet och frustration. De negativa känslor som uppstått till följd av steriliseringen kan till stor del tillskrivas att lagkravet stått i strid med mänskliga rättigheter. Det är också förutsägbart att kränkningar av grundlagsstadgade rättigheter och EKMR orsakar sådana skador. Skadorna som här har uppstått är förutsägbara, adekvata och direkta följder av det i könstillhörighetslagen uppställda steriliseringskravet.

7.2.2 Fel eller försummelse i myndighetsutövning

För skadeståndsansvar måste även fastställas att antingen statens införande, underlåtenhet att upphäva eller dess tillämpning av steriliseringskravet har utgjort fel eller försummelse i myndighetsutövning. Antagandet av lagstiftning, och även underlåtenhet att lagstifta, utgör myndighetsutövning. Vid ansökan om könstillhörighetsändring uppställer staten en rad villkor. Den enskilde hamnar därmed i ett beroendeförhållande gentemot det allmänna och måste kunna förlita sig på att myndigheterna tillämpar gällande lagar och föreskrifter korrekt. Att statens agerande, eller underlåtenhet att agera, skett i myndighetsutövning är därmed tydligt.

Synsättet att mänskliga rättigheter inte varierar i tid och rum gör att steriliseringskravet var oförenligt med EKMR redan när det infördes. Dock måste också fastställas att införandet av kravet har varit culpöst. Även om det inte behöver vara uppenbart att antagandet av en lag strider mot EKMR för att ansvar ska uppkomma så måste en gräns dras någonstans. Staten har inte ignorerat eller frångått Europadomstolens praxis. Inte heller lär frågor om steriliseringskrav för ändrad könstillhörighet i någon nämnvärd omfattning ha diskuterats i andra forum för mänskliga rättigheter när kravet

infördes. Att frågan om sterilisering som krav för ändrad könstillhörighet vid tidpunkten för dess införande inte varit föremål för diskussion varken i Europadomstolen eller i andra forum för mänskliga rättigheter gör att det blir svårt att hävda att fel eller försummelse åligger staten på denna grund.

Nästa fråga är om det varit försumligt av staten att inte upphäva steriliseringskravet. Staten har en skyldighet att garantera enskildas mänskliga rättigheter och se till att lagstiftning stämmer överens med 2 kap. RF och EKMR. Staten har sedan relativt lång tid, även om frågan specifikt inte avgjorts av Europadomstolen, fått indikationer på att steriliseringskravet strider mot EKMR och 2 kap. RF. Många av slutsatserna i utredningarna om tvångssteriliseringarna i Sverige under 1930-1970-talen, särskilt kring sterilisering som tvång, kan tydligt appliceras på steriliseringarna av transsexuella. Att staten trots det underlät att åtminstone utreda steriliseringskravets existens kan därför ifrågasättas. År 2002 fastslog Europadomstolen enskildas rätt att få en ändrad könstillhörighet rättsligt erkänd. Flera företrädare för mänskliga rättigheter har under 2000-talet understrukit att ett steriliseringskrav strider mot mänskliga rättigheter. Trots det kom kravet inte att upphävas förrän en enskild drivit frågan till domstol. Kravet på sterilisering har inneburit genomgripande konsekvenser för de enskilda som träffats av kravet. Att staten underlåtit att kontrollera att en sådan för enskilda både fysiskt och psykiskt ingripande lagstiftning stämmer överens med 2 kap. RF och EKMR är anmärkningsvärt, i synnerhet eftersom att det inte fanns några medicinska eller andra starka skäl att upprätthålla kravet.

De enskildas beroendeställning och de ingripande konsekvenser som myndighetsutövningen har haft talar i detta fall för en strängare culpabedömning. En strängare culpabedömning bör göras när individers fysiska integritet skadats genom ett agerande. För att ett ingrepp som sterilisering ska kunna rättfärdigas bör krävas att det finns tydliga skäl som motiverar varför ingreppet skulle vara nödvändigt. Några sådana skäl har inte presenterats. Förhållandet att staten inte har uppmärksammat att steriliseringskravet stred mot mänskliga rättigheter i kombination med de svaga skäl som åberopats till stöd för att upprätthålla kravet, gör att statens underlåtenhet att agera bör anses vara culpöst. Med hänvisning till vad som anförts under kapitel 4.3.2 kan troligtvis inte heller krävas att lagstiftningen uppenbart strider mot 2 kap. RF och EKMR för att skadestånd ska kunna utgå, varför eventuella invändningar härom inte heller får genomslag.

Nästa fråga är om myndigheterna agerat försumligt när de tillämpat steriliseringskravet. Att 2 kap. RF och EKMR överträtts innebär normalt sett, men inte per automatik, att fel eller försummelse föreligger. Även om det primärt åligger lagstiftaren att se till att lagstiftning överensstämmer med grundlag och EKMR har myndigheterna inte bara möjlighet utan även skyldighet att pröva föreskrifters förenlighet med 2 kap. RF och EKMR. Som anförts i kapitel 4.3.3 räcker att rättstillämpningen varit felaktig för att ansvar ska kunna komma i fråga. Dock gällde innan 2011 ett uppenbarhetskrav för att en myndighet skulle kunna åsidosätta en föreskrift av riksdag eller regering. Alltså, för att myndigheterna ska ha haft möjlighet och

skyldighet att inte tillämpa kravet måste det, för bedömningar innan 2011, varit uppenbart att kravet stred mot 2 kap. RF och EKMR. Vid bedömningen i efterhand måste dock myndigheternas rättstillämpning inte isolerat sett varit uppenbart felaktig för att myndigheterna ska kunna bli ansvariga för att ha tillämpat kravet. Denna analys blir minst sagt komplicerad och det är sannolikt ytterligare ett skäl varför det länge ansetts, och av många fortfarande anses, att ett uppenbarhetskrav gäller även i frågan om skadeståndsskyldighet.

Myndigheterna har, trots att de måste ha haft viss insikt om att kravet stred mot 2 kap. RF och EKMR, inte prövat steriliseringskravets förenlighet med rättighetsstadgandena. Det har inte funnits praxis från Europadomstolen som uttryckligen har förbjudit ett steriliseringskrav, men en diskussion om sterilisering som tvång fördes i både propositioner och utredningar under 90-talet, något myndigheterna måste varit väl medvetna om. Frågan om sterilisering har också uppmärksammats i andra forum för mänskliga rättigheter, något som bland annat framgår av Socialstyrelsens egen rapport från juni 2010. Det är av stor vikt att myndigheterna utnyttjar sin möjlighet och skyldighet till lagprövning särskilt när det rör lagregler som innebär ingripande konsekvenser för den enskilde. Enskilda måste kunna förlita sig på att myndigheter, särskilt vid myndighetsutövning som har sådana betydande konsekvenser, kontrollerar att dess rättstillämpning står i överensstämmelse med grundlagen och EKMR. Även om myndigheterna inte har åsidosatt någon praxis från Europadomstolen har enskilda kunnat förvänta sig ett annat agerande. Den återstående frågan blir om denna försummelse når upp till den nivå som krävs för att skadeståndsansvar ska föreligga för den av allt att döma felaktiga rättstillämpningen. Det kan ifrågasättas om det har varit uppenbart för myndigheterna att steriliseringskravet stred mot 2 kap. RF och EKMR. Efter att uppenbarhetsrekvisitet togs bort bör dock kunna anses, mot bakgrund av vad som anförts ovan, att myndigheterna har agerat försumligt när de fortsatt att tillämpa steriliseringskravet. Mera tveksamt är om så var fallet när uppenbarhetsrekvisitet fortfarande gällde. Den felaktiga rättstillämpningen har dessförinnan därför inte nått upp till den nivå som krävs för att försummelse ska föreligga, med eller utan ett ytterligare krav på uppenbarhet.

I sammanhanget bör framhållas att om tillämpningen av kravet ska anses vara den skadegörande handlingen kommer många av kraven att ha preskriberats. Ur den skadelidandes perspektiv är det därför mera förmånligt att primärt grunda anspråket på underlåtenheten att upphäva kravet. Grundas anspråken på underlåtenheten att agera bör rätten till skadestånd inte ha preskriberats och inte heller lär det för ansvar krävas att det varit uppenbart att lagen stått i strid med RF och EKMR.

En aspekt som måste analyseras och som anknyter till vad som anförts ovan om statens ansvar för införandet av steriliseringskravet är från vilken tidpunkt som statens underlåtenhet att upphäva lagen skulle kunna anses culpös. Frågan måste också diskuteras för att kunna avgöra om och från vilken tidpunkt som tillämpningen av kravet kan ha varit försumlig. Även

om det nu i efterhand argumenteras för att steriliseringskravet sedan det infördes har stridit mot mänskliga rättigheter kan inte bortses från att Europadomstolen inte förrän 1992 konstaterade en överträdelse av Artikel 8 EKMR vad gäller erkännandet av transsexuellas rättigheter, och att det vägledande avgörandet, i vilket domstolen för första gången enhälligt fastslog transsexuellas rätt att få en ändrad könstillhörighet rättsligt erkänd, kom 2002. Att konventionsstaterna dessförinnan givits en vidsträckt *margin of appreciation* på området kan inte ignoreras. Vidare presenterades ovan redovisade rapporter samt principer rörande steriliseringskravets förenlighet med mänskliga rättigheter inte förrän under 2000-talet. Omfattningen av transsexuellas rättigheter är ett område som konstant utvecklas och ett område inom vilket Europadomstolen ständigt modifierar sin praxis. Frågor som tangerar steriliseringskravets tillåtlighet uppmärksammades inte särskilt förrän i slutet av 1990-talet och början av 2000-talet. I brist på tydlig praxis från Europadomstolen, samt avsaknad av diskussion i andra forum för mänskliga rättigheter om vad som gällde tidigare, blir det svårt att innan denna tid ålägga staten ett skadeståndsansvar för att ha inte ha upphävt, eller för att ha tillämpat, steriliseringskravet.

Med utgångspunkt i samma resonemang som ovan har steriliseringskravet stridit mot 2 kap. 6 § RF sedan skyddet infördes 1974. Inte heller har kraven för en giltig inskränkning i 2 kap. RF varit uppfyllda. Avgörande blir återigen från ungefär vilken tidpunkt som statens underlåtenhet att upphäva kravet, för att det stod i strid med 2 kap. 6 § RF, kan anses culpös.

När 1941 års steriliseringslag upphävdes och den nuvarande steriliseringslagen infördes betonades att sterilisering endast skulle få utföras för att tillgodose den enskildes intressen och att möjligheten för det allmänna att ta initiativ till sterilisering därför helt skulle avskaffas. Även om regeringen inte, så som i samband med den ersättningslagstiftning som sedermera infördes i slutet av 1990-talet, uttryckte att sterilisering som villkor för en rättighet är tvångsmässig, betonades att sterilisering ska vara frivillig.²³⁸ Motiven till steriliseringskravet stämmer inte särskilt väl överens med att sterilisering enbart får företas för att tillgodose den enskildes intressen. Mot bakgrund av detta kan det därför anses något märkligt att regeringen vid införandet av den nya steriliseringslagen inte ens berörde steriliseringskravet i könstillhörighetslagen och om det verkligen rörde sig om frivillig sterilisering. Att därmed hävda att det från denna tidpunkt varit culpöst av staten att inte upphäva lagen är inte lika enkelt. Oberoende av om ett krav på *uppenbarhet* eller inte krävs så bör en viss nivå krävas för att statens underlåtenhet ska anses culpös. Att sterilisering även då steriliseringskravet infördes måste ansetts vara ett kroppsligt ingrepp är ostridigt. Det avgörande är åter igen frågan om frivillighet. Ofrånkomligt är att könsbyte på denna tid av många ansågs, och fortfarande anses, vara ett frivilligt val.

Att staten inte utredde, och slutligen upphävde, steriliseringskravet efter utredningarna om tvångssterilisering som genomfördes på slutet av 1990-

²³⁸ Jfr. Prop. 1975:18 s.1.

talet borde kunna ses som culpöst. Dock innebär inte detta att passiviteten att upphäva lagen inte bör anses som culpös redan innan, men någon exakt tidpunkt är svår att ange. Omständigheten att det allmännas överträdelse av 2 kap. RF ofta även innebär fel eller försummelse i myndighetsutövning kan inte frångås. Ett stort ansvar bör åligga staten för att kontrollera att lagar som uppställer kroppsliga ingrepp som villkor för en administrativ förändring verkligen är förenliga med grundlagens rättighetsstadganden. Staten kan vad gäller grundlagsskyddet inte invänta praxis från Europa- eller EU-domstolen utan bör aktivt se till att rättighetsskyddet upprätthålls. Underlåtenheten att inte upphäva steriliseringskravet skulle därför kunna anses som försumlig långt innan slutet av 1990-talet, kanske till och med från det att staten, i samband med införandet av 1975 års steriliseringslag, tydligt uttryckt att sterilisering ska bygga på frivillighet. Slutsatsen, vilken kanske är något djärv, är därför att statens underlåtenhet att upphäva steriliseringskravet kan ha varit culpös nästan sedan slutet av 1970-talet.

7.2.3 Slutsats

Skadeståndsansvar grundat på 3 kap. 2 § SkL kan i detta fall endast uppkomma för personskadan och då grundat antingen på införandet, upprätthållandet eller tillämpningen av steriliseringskravet. Att hävda ansvar för staten grundat på införandet av kravet har visat sig bli problematiskt eftersom det är svårt att hävda att culpa på statens sida föreligger för införandet.

Med tiden borde det stått klart för staten att steriliseringskravet stred mot 2 kap. RF och EKMR. Staten har brustit i sin förpliktelse att se till att svensk rätt överensstämmer med 2 kap. RF och EKMR. Underlåtenheten att upphäva steriliseringskravet utgör fel eller försummelse från lagstiftarens sida.

Även myndigheterna har, liksom lagstiftaren, fått klara tecken om att steriliseringskravet stridit mot 2 kap. RF och EKMR och borde till följd av detta underlåtit att tillämpa kravet. Dock gällde tidigare ett krav på att en lag, för att kunna åsidosättas av myndigheter, skulle vara uppenbart grundlagsstridig. Då så entydigt inte är fallet här kan bli svårt att hävda att myndigheterna för bedömningar som gjorts innan 2011, när de fortsatt tillämpa steriliseringskravet, gjort sig skyldig till sådan felaktig rättstillämpning som utgör fel eller försummelse i myndighetsutövning.

På grund av preskriptionsskäl bör också statens ansvar på grund av underlåtenheten att upphäva steriliseringskravet vara det som främst betonas som grund för skadeståndsansvar. Skadorna som uppkommit är adekvata och direkta följder av statens agerande. Sammanfattningsvis innebär detta att staten, baserat på 3 kap. 2 § SkL, främst på grund av sin underlåtenhet att upphäva steriliseringskravet, kan bli skadeståndsskyldig för personskadorna.

7.3 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångsteriliserade grundat direkt på EKMR?

7.3.1 Är kravet på effektivt rättsmedel uppfyllt?

Skadeståndsanspråk vid överträdelser av EKMR ska först prövas enligt SkL. Om skadestånd inte ens efter en fördragskonform tolkning kan utgå enligt SkL kan, om det krävs för att uppfylla Artikel 13 EKMR, skadestånd dömas ut utan stöd i lag. Ovan har konstaterats att ersättning för personskadan troligtvis kan utgå enligt 3 kap. 2 § SkL. Här kommer därför enbart att prövas om skadestånd för kränkningen, för vilken ersättning inte kan utgå enligt SkL, kan utgå direkt grundat på EKMR.²³⁹

Om skadestånd ska utgå för kränkningen, som överträdelsen av EKMR innebär, beror på om Artikel 13 EKMR kan anses kräva att ytterligare ersättning utges, utöver den ersättning som kan utgå enligt 3 kap. 2 § SkL.

Av HD:s praxis följer att det vid det allmännas kränkningar av EKMR vid samtliga artiklar finns en möjlighet till skadestånd. En överträdelse av EKMR innebär dock inte automatiskt att skadestånd ska utges. I detta fall är tydligt att gottgörelse i form av påföljds lindring eller liknande inte är aktuellt. Skadan har redan uppkommit och kan inte heller upphävas eller förminska. Det handlar därför om att kompensera för den skada som uppstått. Detta kan ske genom att det av domskäl tydligt erkänns att en överträdelse har skett eller genom att ytterligare skadestånd döms ut.

Förhållandet att steriliseringskravets förenlighet med EKMR inte avgjorts av Europadomstolen gör att vägledning om skadestånd ska utgå inte kan sökas i domstolens praxis. För att besvara frågan om skadestånd ska dömas ut tas utgångspunkt i vilka effektiva rättsmedel som i övrigt funnits tillgängliga för den enskilde. Det kan hävdas att de steriliserade, genom att ersättning troligtvis kan dömas ut enligt 3 kap. 2 § SkL, på så sätt blivit tillräckligt kompenserade även för kränkningen och att Artikel 13 EKMR därigenom uppfyllts. Mot detta kan invändas att den fysiska skada som tillfogats de enskilda genom steriliseringsingreppet enbart är en begränsad del av kränkningen. Kränkningen som orsakats genom att mänskliga rättigheter, skyddade i både grundlag och EKMR, systematiskt överträts genom ett lagstadgat krav på sterilisering, bör inte kunna anses kompenserad genom att ersättning döms ut för den procent medicinsk invaliditet som steriliseringsingreppet orsakat.

Av stor vikt vid bedömningen för om skadestånd ska utgå när EKMR åsido-

²³⁹ Notera att om skadestånd för personskadan inte hade kunnat utgå enligt 3 kap. 2 § SkL kan många av principerna nedan för ersättning för den ideella skadan också appliceras på personskadan. Att grunda talan direkt på EKMR även för personskadan hade på många sätt varit betydligt enklare i och med att det då inte hade funnits något krav på culpa.

satts är kränkningens allvar, vilket bestäms utifrån de negativa känslor av exempelvis förnedring, utsatthet eller liknande som rättighetsöverträdelsen typiskt sett förorsakar. Bedömningen är dock fortfarande objektiv. Det är nästan givet att negativa känslor uppkommer när staten i myndighetsutövning bestämmer över enskildas kroppsliga integritet. Även om många av de som bytt juridiskt kön också valt att genomgå kirurgiska ingrepp och därigenom förlorat fortplantningsförmågan har alla inte velat detta. Oavsett av vilka skäl den enskilde väljer att göra könskorrigering plastisk, eller avstå från detta, ska staten inte påtvinga någon ett kroppsligt ingrepp som förutsättning för en administrativ förändring. Att det dessutom saknats rimliga skäl till varför denna grupp genomgått en sådan betydande och systematisk kränkning av mänskliga rättigheter gör att kränkningen blir extra allvarlig. I praxis har också steriliseringskravet omfattat ett förbud mot att spara könsceller. Återigen lyser statens syn på normen för familjebildning igenom. Otivelaktigt lär ytterligare känslor av förnedring och utsatthet uppstå när den egna gruppen dessutom är den enda som inte tillåts att spara könsceller. Ytterligare ett argument för att skadestånd för mer än själva personskadan bör utgå är att både Artikel 8 och 14 EKMR har överträtts.

I NJA 2007 s. 584, som också rörde en överträdelse av Artikel 8 EKMR, ansågs det inte tillräckligt att kompensera kränkningen enbart genom att konstatera att en överträdelse hade skett. Dock hade ekonomiskt skadestånd då inte utgått. I NJA 2005 s. 462, som gällde Artikel 6 EKMR, utgick däremot ideellt skadestånd för själva konventionskränkningen även om ekonomiskt skadestånd dömts ut enligt 3 kap. 2 § SkL. I HD:s mål nr. T 5180-11 ansågs kränkningen inte ha varit särskilt betydande och ett konstaterande av att en överträdelse skett bedömdes vara tillräckligt. Dock handlade överträdelsen i det fallet om att en butiksinnehavare felaktigt påförts miljöskattavgift. I steriliseringsfallen rör det sig inte om ett beslut i ett enskilt fall, utan om ett lagstadgat krav som stått i strid med EKMR. Inte bara har lagen i enskilda fall tillämpats på ett sätt som strider mot EKMR, utan lagen i sig har stridit mot EKMR. Det faktum att både lagstiftaren har underlåtit att upphäva lagen och att myndigheterna aktivt tillämpat kravet gör kränkningen än mer betydande. Det rör sig dessutom om ett ingrepp i individens fysiska integritet, varför det hela måste ses som mer allvarligt.

Bedöms frågan om skadestånd enligt den regel som föreslås i SOU 2010:87 krävs, för att ersättning ska utgå, att det är nödvändigt för att gottgöra för överträdelsen. Behovet av att utge skadestånd för en rent ideell skada är mindre om skadestånd enligt 3 kap. 2 § SkL utgetts. Ytterligare skadestånd kan dock utgå om det krävs enligt Artikel 13 EKMR för att skadan ska bli fullt kompenserad. Resonemanget blir därför liknande det som förts ovan.

7.3.2 Slutsats

Huruvida skadestånd ska dömas ut för den rent ideella skadan beror på om det krävs enligt Artikel 13 EKMR. Generella principer saknas för i vilka fall

skadestånd ska dömas ut. Vägledning kan inte heller sökas i Europadomstolens praxis, då frågan om steriliseringskrav än så länge inte varit uppe till prövning. Vid bedömningen av om skadestånd ska utgå tas utgångspunkt i hur allvarlig kränkningen är. Här har framförts en rad skäl vilka visar på kränkningens allvar och leder till slutsatsen att ytterligare skadestånd därför bör utgå. Först och främst är överträdelsen av extra allvarlig art för att den utgjort ett ingrepp i individens fysiska integritet. Att det saknats rimliga skäl till att upprätthålla kravet förstärker individernas känslor av förnedring och utsatthet. Kränkningens allvar stärks också av att konventionsrättigheterna systematiskt åsidosatts av staten i egenskap av både lagstiftare och rättstillämpare. Kravet har dessutom riktat sig mot en utsatt grupp och därigenom innefattat en överträdelse av både Artikel 8 och 14 EKMR. Sammantaget är slutsatsen att överträdelsen av konventionen, enligt min mening, har varit av så pass allvarlig art att den inte kan anses kompenseras enbart genom det skadestånd som kan utgå enligt 3 kap. 2 § SkL. Inte heller kan överträdelsen anses kompenseras genom ett erkännande av att en konventionskränkning skett. Därför bör skadestånd utgå för den rent ideella skadan som konventionsöverträdelsen i sig utgör. Sådant skadestånd utgår utan stöd i lag, direkt baserat på EKMR.

7.4 Kan staten bli skadeståndsskyldig gentemot de tvångssteriliserade grundat direkt på 2 kap. RF?

Enligt analysen ovan bör de transsexuella som steriliserats under köns-tillhörighetslagen ha rätt till skadestånd för personskadan, grundat på 3 kap. 2 § SkL, samt rätt till ersättning för den rent ideella skadan, grundat direkt på EKMR. Det kan därför anses överflödigt att därefter analysera om skadestånd skulle kunna utgå direkt på 2 kap. RF. Denna frågeställning är ändå principiellt intressant. I steriliseringsfallen har både 2 kap. RF och EKMR åsidosatts. Frågan blir därför om kränkningen berättigar till dubbel ideell ersättning.²⁴⁰ En grundläggande skadeståndsrättslig princip är att samma skada inte kan ersättas två gånger. Gränsen för vad som utgör samma skada, och om och när denna kompenseras, blir dock svårare att dra när det gäller en ideell skada. Enbart att två rättighetssystem har överträtts kan inte automatiskt innebära att det är exakt samma skada. Att en handling eller underlåtenhet att handla inneburit en kränkning av både 2 kap. RF och EKMR är inte sällsynt. I steriliseringsfallen överlappar 2 kap. 6 § RF och Artikel 8 EKMR varandra, även om utformningen av bestämmelserna skiljer sig åt. Det är därför inte rimligt att dubbel ideell ersättning skulle utgå för att både 2 kap. RF och EKMR har överträtts. Att både 2 kap. RF och EKMR har åsidosatts är dock ytterligare ett argument för att skadestånd bör utgå för den rent ideella skadan. Frågan att besvara blir istället om skadestånd skulle kunna utgå direkt grundat på 2 kap. RF om det hade

²⁴⁰ Skadeståndsberäkningen ligger utanför uppsatsen men frågan är i viss mån intressant.

konstaterats att skadestånd inte skulle utgå på grundval av EKMR, alternativt om en överträdelse av EKMR inte hade förelegat.

Som framgått har frågan om skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF inte diskuteras i närheten av den omfattning som skett vad gäller EKMR. Det i dagsläget gällande synsättet i doktrin och praxis är att skadestånd troligtvis inte kan utgå. Från vissa håll har dock hävdats att en möjlighet till skadestånd finns. Då området ständigt utvecklas kan inte med säkerhet sägas vad svaret på frågan är. Flera argument talar för en möjlighet till skadestånd när 2 kap. RF har åsidosatts, framför allt att en sådan möjlighet finns vid överträdelser av EKMR samt att rättighetskyddet annars inte får fullt genomslag i rättstillämpningen. En rättighet som vid överträdelser inte leder till någon påföljd kan tyckas något verkningslös. Vad som talar emot en rätt till skadestånd är bland annat att bestämmelserna i 2 kap. RF, till skillnad från EKMR, inte är utformade med syfte att vid överträdelser kunna föranleda ansvar. Ett annat motargument är att huvudprincipen måste vara att skadestånd ska utgå när det finns lagstöd därför. Att fortsätta att utveckla en rätt till skadestånd i praxis kan leda till problem bland annat vad gäller förutsebarhet i rättstillämpningen. Det lämpligaste är därför att en utredning tillsätts i frågan och därigenom blir en uppgift för lagstiftaren att hantera.

Alternativt kanske HD genom Blake-fallet skapar en rätt till skadestånd utan stöd i lag även vid överträdelser av 2 kap. RF. En sådan rätt är som sagt välkommen, då det är orimligt att överträdelser av grundlagsskyddade rättigheter är de enda som inte kan ge upphov till skadeståndsansvar. Det finns dock en risk att HD lägger betoningen på vad som här tidigare poängterats, nämligen att 2 kap. RF saknar en motsvarighet till Artikel 13 EKMR. Även om det är fullt rimligt att skadestånd ska dömas ut även vid överträdelser av 2 kap. RF riskerar Sverige inte att fällas i exempelvis Europadomstolen om en skadeståndsmöjlighet inte finns. Både HD:s praxis och SOU 2010:87 fokuserar på att avgörande för om skadestånd ska utgå är om Artikel 13 EKMR kräver detta. Artikel 13 EKMR är inte tillämplig vad gäller överträdelser av 2 kap. RF och inte heller finns någon motsvarande bestämmelse i RF eller svensk rätt i övrigt. Risken finns därför att HD kommer att fokusera på denna aspekt i sitt avgörande, istället för att föra generella rättviseresonemang om att skadestånd rimligtvis bör kunna utgå vid överträdelser av 2 kap. RF.

Det finns flera argument som talar för att de individer som steriliserats till följd av steriliseringskravet i könstillhörighetslagen skulle kunna utfå skadestånd baserat på RF. Det finns dock också flera tunga argument som talar emot detta, främst att en sådan rätt i nuläget inte har något stöd i praxis. Slutsatsen är att ett entydigt svar inte kan ges på den tredje frågan. Ur ett rättighetsperspektiv kan önskas att svaret på frågan var att skadestånd kan utgå, men den lagtekniska utformningen av rättighetsbestämmelserna i 2 kap. RF samt avsaknaden av en motsvarande bestämmelse till Artikel 13 EKMR gör att situationen är osäker och svaret på frågan likaså. Sannolikt kan de transsexuella därför inte utfå skadestånd direkt baserat på 2 kap. RF.

7.5 Sammanfattande kommentarer

Tydligt är att i takt med att skyddet för mänskliga rättigheter ökat och hamnat allt mer i fokus har i allt större utsträckning också lagstiftnings och rättstillämpnings komparabilitet med rättighetsskyddet ifrågasatts. Detta är precis vad som hände med steriliseringskravet i könstillhörighetslagen. Steriliseringarna har varit påtvingade, bland annat för att de ställts som krav för tillgång till en förmån som staten tillhandahåller. Enligt den modell som HD utvecklat i praxis ska skadeståndsanspråken först prövas enligt 3 kap. 2 § SkL. Framför allt statens underlåtenhet att upphäva steriliseringskravet har utgjort fel eller försummelse i myndighetsutövning. Att myndigheterna försummat sin skyldighet till normprövning och istället fortsatt att tillämpa steriliseringskravet har också, efter det att uppenbarhetsrekvisitet slopats år 2011, utgjort fel eller försummelse i myndighetsutövning. Ersättning kan därför, främst på grund av statens underlåtenhet att upphäva steriliseringskravet, utgå för de personskador som uppkommit till följd av steriliseringarna. De rent ideella skador som uppstått genom att EKMR kränkts kan inte anses tillräckligt kompenserade genom att ersättning kan utgå enligt 3 kap. 2 § SkL och kan inte heller anses gottgjorda enbart genom ett erkännande av kränkningen. Ytterligare skadestånd för de rent ideella skadorna bör därför utdömas direkt på grundval av EKMR. Att RF har kränkts berättigar inte till ytterligare skadestånd. Det är också ovisst om skadestånd direkt på grundval av RF skulle kunna utdömas för det fall skadestånd enligt EKMR inte hade kunnat utgå.

En avgörande fråga för om skadestånd ska utgå som endast berörts kortfattat i uppsatsen är om anspråken ska anses preskriberade. Svaret på denna fråga blir helt beroende av när preskriptionstiden ska anses börja löpa. Börjar preskriptionen löpa från tiden för steriliseringsingreppen är vissa anspråk preskriberade. Ses istället underlåtenheten att upphäva kravet som startpunkten för preskriptionstiden är anspråken inte preskriberade.

7.6 En rättspolitiskt lämplig lösning?

Historiskt sett har svensk rätt varit restriktiv med att döma ut skadestånd för ideella skador. För att sådan ersättning ska kunna utgå har det ansetts krävas stöd i lag. Sveriges åtaganden enligt EKMR har dock gjort att HD varit tvungen att utveckla en möjlighet för enskilda att erhålla skadestånd utan lagstöd när EKMR överträts. Även om HD:s modell för prövning av skadeståndsanspråken är relativt tydlig, vore en lagstiftning på området önskvärd. En sådan reglering måste även ha en viss retroaktiv verkan, så att krav på grund av rättighetsöverträdelser, som ännu inte kan anses preskriberade, kan prövas och eventuellt gottgöras. Alternativet är att rätten till skadestånd vid rättighetsöverträdelser fortsätter att utvecklas i praxis, något som traditionellt varit främmande i svensk skadeståndsrätt. I svensk rätt läggs betydande vikt vid motiven bakom lagstiftningen och tydliga förarbeten skulle här vara till stor hjälp både för rättstillämparen och för

enskilda. En lagstiftning skulle bland annat förenkla för enskilda att förutse hur och om en överträdelse av rättigheterna ska kompenseras. Även om det givetvis inte är möjligt att i en lag uttömmande reglera vilka situationer som bör berättiga till skadestånd kan typsituationer, eller särskilda faktorer, som bör ge rätt till skadestånd, enklare exemplifieras i förarbeten.

Mänskliga rättigheter garanteras enskilda i Sverige genom en mängd olika rättighetssystem. Fokus i uppsatsen har legat på 2 kap. RF och EKMR. Det är påtagligt att skyddet för och utvecklingen av rättigheterna i 2 kap. RF har hamnat på efterkälken jämfört med EKMR. HD har i ett tiotal fall under 2000-talet behandlat frågan om överträdelser av EKMR. Hur överträdelser av 2 kap. RF ska kompenseras har däremot inte varit aktuellt i ett enda fall i HD. Att en möjlighet till skadestånd finns vid överträdelser av EKMR men inte vid 2 kap. RF gör att skyddet enligt 2 kap. RF i viss mån blir mindre effektivt. En konsekvens blir att enskilda enträget måste försöka tolka in att en rättighet omfattas av EKMR, för att inte utelämnas till att enbart skyddas av 2 kap. RF. I många fall skyddas en rättighet både i EKMR och 2 kap. RF, men det finns flera rättigheter som enbart skyddas av 2 kap. RF, något som aktualiserats bland annat i Blake-fallet. För att rättighetsskyddet fullt ut ska få genomslag i rättstillämpningen måste överträdelser av samtliga rättigheter kunna sanktioneras. I vissa fall är det möjligt att gottgörelse ges i form av påföljds lindring eller liknande, men i många fall är skadestånd det enda sättet att kompensera den drabbade som i realiteten är möjlig. Med det sagt uttrycks inte en åsikt att en överträdelse av 2 kap. RF, eller EKMR, automatiskt ska resultera i skadestånd, men möjligheten till skadestånd eller annan gottgörelse måste finnas för att rättighetsskyddet inte ska tappa i trovärdighet. Vad som också skulle kunna vara en fördel om lagstiftaren skapade en rätt till skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF vore att i en sådan lagstiftning kunde större fokus läggas på rättighetshänsyn och rättspolitiska argument, än på de krav och begränsningar som EKMR ställer.

Som framgått bör en rätt till skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF skapas. Så som utformningen av 2 kap. RF ser ut idag är dock det lämpligaste alternativet att detta blir en fråga för lagstiftaren och inte för en utveckling i praxis. Detta handlar bland annat om att det rör sig om en ytterligare utvidgning av det allmännas ansvar och det inte är lämpligt att svensk rätt fortsätter att utveckla en rätt till skadestånd som utgår utan lagstöd. Skapas en rätt till skadestånd vid överträdelser av 2 kap. RF kan enskilda i vissa fall grunda ett skadeståndsanspråk både på 3 kap. 2 § SkL, EKMR och 2 kap. RF. Frågan är då hur en sådan talan ska samordnas. Ska talan prövas enligt 2 kap. RF först, innan den prövas enligt EKMR? Att först pröva talan enligt grundlagen vore ett sätt att uppnå målet att mänskliga rättigheter så långt som möjligt ska implementeras i det nationella systemet och att rättighetskränkningar ska hanteras i de nationella rättsordningarna. En sådan prioriteringsordning gör att grundlagens vikt understryks och det betonar också att EKMR ses som ett komplement till grundlagens rättighetsskydd. Som Bengtsson påpekat skulle en sådan ordning också stämma väl överens med den föreslagna regeln i SOU 2010:87, enligt vilken ersättning

enligt EKMR ska utgå endast om det är nödvändigt.²⁴¹ Som sagt uppkommer många viktiga frågeställningar angående hur de olika systemen vid överträdelse ska samordnas, varför detta måste utredas noggrant av lagstiftaren. Ett välutvecklat ersättningssystem vid överträdelse av EKMR, och 2 kap. RF, skulle också kunna minska arbetsbelastningen för Europadomstolen som då istället skulle kunna fokusera på avgöranden av större vikt och kanske därigenom kunna ge en något större vägledning för när skadestånd bör utgå.

På sikt kan ett utvecklat samspel mellan 2 kap. RF och EKMR också göra att EKMR i allt större utsträckning får ett eget innehåll i svensk rätt. Svenska domstolar kan då i större grad än vad som sker idag se och utveckla EKMR som ett nationellt instrument och bara se till Europadomstolens praxis som en lägsta skyddsnivå. Ju mer nationaliserad EKMR blir, desto större genomslag får rättighetsskyddet i praktiken.

Oavsett *hur* en lagstiftning utformas är det primära *att* en lagstiftning utformas. Svensk skadeståndsrätt bör i första hand utvecklas genom lagstiftning och en lagstiftning på området förstärker dessutom vikten av ett skydd för mänskliga rättigheter. Bara genom en tydlig lagstiftning av hur överträdelse av mänskliga rättigheter ska kompenseras kan de olika rättighetssystemen bäst samspela och fullt ut få genomslag i svensk rätt.

²⁴¹ Bengtsson, 2011, s.626.

Bilaga

Mailkorrespondens med Tuija Keränen, Rättsliga rådet, Socialstyrelsen.



Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Ansökningar ändring av könstillhörighet

Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com> 1 november 2013 11:43
Till: "Keränen, Tuija" <tuija.keranen@socialstyrelsen.se>

Hej Tuija,
Jag skriver mitt examensarbete på juristprogrammet vid Lunds universitet om det tidigare steriliseringskravet i könstillhörighetslagen och har tidigare varit i kontakt med dig angående antalet ansökningar som inkom till rättsliga rådet 2011-2013 om könsbyte.

Jag undrar nu om du har någon uppgift på hur många totalt som har ansökt sedan 1972, och hur många som har nekats och skälen till att de nekats?

De siffror jag hittat återfinns i olika propositioner, främst Prop. 2011/12:142. Den siffran som återges där är 861 st ansökningar mellan 1972 och 2011. Sedan fick jag uppgiften om 60 ansökningar 2012 och 118 ansökningar 2013 (fram till 25 september) av dig.

I prop. 2011/12:142 står det: "nästan alla ansökningar vann bifall". Det står dock ingen vidare förklaring till varför vissa har nekats och hur många som nekades. (Jag antar att skälet varför ansökningar nekats är för att villkoren inte varit uppfyllda.) Hade dock varit av stort värde om du kunde hjälpa mig med vart jag kan hitta en uppgift om hur många ansökningar som nekats sedan 1972 och varför.

Tack på förhand,

Mvh
Anna Sverker

2013-12-10

Gmail - Ansökningar ändring av könstillhörighet



Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Ansökningar ändring av könstillhörighet

Keränen, Tuija <tuija.keranen@socialstyrelsen.se> 4 november 2013 15:44
Till: Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Hej Igen Annal

Här kommer statistik gällande könskorrigeringar på ansökningar som inkommit åren **1992-2013**.

1992-16 (1 avslag)
1993-21 (1 avslag)
1994-14
1995-16 (2 avslag)
1996-17
1997-16
1998-13
1999-25 (2 avslag)
2000-22 (1 avslag)
2001-27
2002-37 (1 avslag)
2003-26
2004-33
2005-48 (2 avslag)
2006-58
2007-46
2008-39
2009-64 (1 avslag)
2010-75 (4 avslag)
2011-51
2012-60
2013-136 (fram till dagens datum) Ingen statistik på avslag klart

2013-12-10

Gmail - Ansökningar ändring av könstillhörighet

Anledning till avslag är att villkoren inte varit uppfyllda.

Med vänlig hälsning: Tuija Keränen
Rättsliga rådet
Socialstyrelsen



Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Ansökningar ändring av könstillhörighet

Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

4 november 2013 16:02

Till: "Keränen, Tuija" <tuija.keranen@socialstyrelsen.se>

Jag har en sista fråga bara, hur många ansökningar av de som inkommit 2013 inkom innan 1 juli 2013 dvs innan steriliseringskravet formellt sett upphävdes? Tillämpade Rättsliga rådet steriliseringskravet efter Kammarrättens dom i mål 1968-12 från december 2012?

Stort tack igen!
Mvh
Anna Sverker

Keränen, Tuija <tuija.keranen@socialstyrelsen.se>

5 november 2013 12:55

Till: Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Hej!

I dagsläget har vi ingen statistik på fråga 1.

Svar på fråga 2 är Nej.

Med vänlig hälsning: Tuija

Mailkorrespondens med Karin Annikas Persson, Justitiekanslern.

Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

17 december 2013 10:56

Till: Karin Annikas Persson <KarinAnnikas.Persson@justitiekanslern.se>

Hej igen,
Jag är nu i slutfasen och ska lämna in mitt examensarbete om steriliseringskravet i könstillhörighetslagen, och jag tänkte i uppsatsen nämna när ärendet hos JK planerar att avgöras, så ville bara en sista gång kolla om det finns någon prognos för när ärendet ska avgöras? Förstår att det inte går att ge någon exakt prognos, men antar att det inte blir under 2013 utan snarare i början av 2014?

Tack på förhand,

Mvh
Anna Sverker

Den 4 november 2013 12:56 skrev Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>:

[Citerad text är dold]

Karin Annikas Persson <KarinAnnikas.Persson@justitiekanslern.se>

17 december 2013 11:03

Till: Anna Sverker <anna.sverker@gmail.com>

Hej,

Eftersom sökandeombudet har beviljats ytterligare anstånd med kompletteringar till den 22 december kommer ärendena inte att kunna avgöras under innevarande år. Under förutsättning att ytterligare anstånd inte begärs räknar vi med att avgöra ärendena i början av 2014.

Med vänlig hälsning

Karin Annikas Persson

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds 2007:10	Skadeståndsfrågor vid kränkning
KU 1978/79:39	Konstitutionsutskottets betänkande med anledning av propositionen 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.
Prop. 1951:165	Sveriges anslutning till Europakonventionen
Prop. 1972:5	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.
Prop. 1972:6	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om fastställande av könstillhörighet i vissa fall, m.m
Prop. 1973:90	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
Prop. 1975:18	Regeringens proposition med förslag till steriliseringslag, m.m.
Prop. 1975/76:209	om ändring i regeringsformen
Prop. 1979/80:119	om preskriptionslag, m.m.
Prop. 1989/90:42	om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen
Prop. 1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 2002/03:50	Etikprövning av forskning
Prop. 2009/10:80	En reformerad grundlag
Prop. 2011/12:142	Ändrad könstillhörighet
Prop. 2012/13:107	Upphävande av kravet på sterilisering för ändrad könstillhörighet
SOU 1968:28	Intersexuellas könstillhörighet

SOU 1975:75	Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen.
SOU 1999:2	Steriliseringsfrågor i Sverige 1935-1975 – ekonomisk ersättning
SOU 2000:20	Steriliseringsfrågan i Sverige 1935 – 1975 – Historisk belysning - Kartläggning – Intervjuer
SOU 2007:16	Ändrad könstillhörighet – förslag till ny lag
SOU 2008:3	Skyddet för den personliga integriteten – bedömningar och förslag
SOU 2008:125	En reformerad grundlag
SOU 2010:87	Skadestånd och Europakonventionen
SOU 2010:103	Särskilda spaningsmetoder

Litteratur

Andersson, Håkan, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Iustus, Uppsala, 2013.

Andersson, Håkan, *Den svenska EKMR-skadeståndsrätten (I) – lagregleringen, ansvarsförutsättningarna och ramverket för skadeståndsdiskussionen*, Pointlex InfoTorg Juridik, 22 juli 2011.

Andersson, Håkan, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndsgrund*, Pointlex InfoTorg Juridik, 21 juni 2005.

Bengtsson, Bertil, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1996.

Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen?*, SvJT 2011 s.605-629.

Bengtsson, Bertil och Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen - En kommentar*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Bengtsson, Bertil, *Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära?*, JP 1/2013 s.137-150.

Bernitz, Ulf, *Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, JT Nr 4. 2010/11 s.821-845.

Bratt, Percy och Södergren, Jan, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet – "Bringing rights home"*, ERT 3/2000, s.407-426.

Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, 6 uppl., Iustus, Uppsala, 2011.

Cameron, Iain, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s.553-588.

Crafoord, Clarence, *Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 4/2001, s.519-547.

Crafoord, Clarence, *Mot genombrott eller sammanbrott?*, ERT 1/2005, s.13-19.

Crafoord, Clarence, *Normprövning och Europakonventionen*, SvJT 2007 s.862-881.

Crafoord, Clarence, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009 s.1062-1068.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Dixon, Martin, *Textbook on International Law*, 7 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2013.

Erman, Anna, *Skadestånd och Europakonventionen – betänkande av Utredningen om det allmännas ansvar enligt Europakonventionen*, SvJT 2011 s.189-201.

Harris, David J., O'Boyle, Michael, Bates, Edward och Warbrick, Colin, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2009.

Hellner, Jan och Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne och Regner, Göran, *Grundlagarna* (1 jan. 2012, Zeteo).

Kleineman, Jan, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling*, JT Nr 3 2008/09 s.546-563.

Lambertz, Göran, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, JT Nr 1 2004/05 s.3-24.

Lambertz, Göran, ”Skadestånd vid fel av lagstiftaren”. I: Tiberg, Hugo (red.) *Essays on Tort, Insurance, Law, and Society in Honour of Bill W. Dufwa volume II*, s.695-721, Jure Förlag AB, Stockholm, 2006.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6 uppl., IBA, Uppsala, 2010.

Lindgren, Tove, *Kan skadeståndsfordringar på grund av kränkningar av rättigheter i Europakonventionen preskriberas?*, JP 1/2012 s.43-64.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2007.

Schultz, Mårten, *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten*, SvJT 2011 s.989-1018.

Schultz, Mårten, *Skadeståndsfordrans uppkomst*, JT Nr 4. 2010/11, s.870-879.

Södergren, Jan, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT Nr 3 2004/05 s.762-775.

Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? – domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt*, Iustus, Uppsala, 2009.

Taylor, *Freedom of Religion – UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

Warnling-Nerep, Wiweka, *Skadeståndsgrundande fel av RegR att ej kommunicera ansökan om rättsprövning?*, JT Nr 4 2007/08 s.931-941.

Övrigt

Council of Europe, Commissioner for human rights, Issue paper: *Human rights and gender identity*, 2009.

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on social affairs, health and sustainable development, Doc. 13215 Report, *Putting an end to coerced sterilisations and castrations*, 28 maj 2013.

Council of Europe, *Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, 31 mars 2010.

Council of Europe, *Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly – Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, 29 april 2010.

FN:s generalförsamling, A/HRC/22/53, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 1 februari 2013.

Karin Annikas Persson, Justitiekanslern, Email 17 december 2013 (*se Bilaga*).

RFSL:s ansökan om skadestånd till JK
http://app.rfsl.se/apa/19/public_files/JK_ansokan.pdf, länk senast besökt den 9 december 2013.

Socialstyrelsen, *”Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar – Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd”*, juni 2010.

Språkrådet, Om pronomenet hen, <http://www.språkrådet.se/16336>, 7 maj 2013. Länk besökt senast den 9 december 2013.

Tuija Keränen, Rättsliga Rådet, Socialstyrelsen, Email 4-5 november 2013 (*se Bilaga*).

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1973 s. 423

NJA 1981 s. 1205

NJA 1989 s. 131

NJA 1992 s. 337

NJA 1994 s. 194

NJA 1994 s. 654

NJA 1996 s. 370

NJA 1997 s. 636

NJA 2000 s. 637

NJA 2001 s. 210

NJA 2002 s. 88

NJA 2003 s. 217

NJA 2003 s. 285

NJA 2003 s. 414

NJA 2004 s. 662

NJA 2005 s. 462

NJA 2007 s. 295

NJA 2007 s. 584

NJA 2007 s. 747

NJA 2007 s. 862

NJA 2009 s. 463

NJA 2010 s. 8

NJA 2010 s. 27

NJA 2010 s. 112

NJA 2010 s. 168

NJA 2010 s. 363

NJA 2010 s. 577

NJA 2011 s. 386

NJA 2011 s. 411

NJA 2012 s. 211

NJA 2012 s. 1038

NJA 2013 s. 145

NJA 2009 N 70

Högsta domstolen, mål nr. T 5516-12, 21 mars 2013

Högsta domstolen, mål nr. T 5180-11, 18 oktober 2013

Högsta förvaltningsdomstolen/Regeringsrätten

RÅ 1997 ref. 6

RÅ 2001 ref. 56

RÅ 2009 ref. 94

Underrätter:

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 45723-10, 9 mars 2012.

Kammarrätten i Stockholms, mål nr. 3413-04, dom den 30 mars 2005.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 1968-12, dom den 19 december 2012.

Svea hovrätt, mål nr. Ö 2943-00, beslut 17 april 2001.

Svea hovrätt, mål nr. T 1509-02, beslut 8 oktober 2002.

Europadomstolen:

A m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 3455/05, dom 19 februari 2009.

Abrahamian mot Österrike, mål nr. 35354/04, dom 10 april 2008.

B mot Frankrike, mål nr. 13343/87, dom 25 mars 1992.

Bakker mot Österrike, mål nr. 43454/98, dom 10 april 2003.

Bentham mot Nederländerna, mål nr. 8848/80, dom 23 oktober 1985.

Brugger mot Österrike, mål nr. 76293/01, dom 26 januari 2006.

Bubbins mot Storbritannien, mål nr. 50196/99, dom 17 mars 2005.

Chahal mot Storbritannien, mål nr. 22414/93, 15 november 1996.

Christine Goodwin mot Storbritannien, mål nr. 28957/95, dom 11 juli 2002.

Cossey mot Storbritannien, mål nr. 10843/84, dom 27 september 1990.

Engel m.fl. mot Nederländerna, mål nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, p.72, dom 8 juni 1976.

Eskilsson mot Sverige, mål nr. 14628/08, beslut 24 januari 2012.

Hatton m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 36022/97, dom 8 juli 2003.

I mot Storbritannien, mål nr. 25680/94, dom 11 juli 2002.

I.G. m.fl. mot Slovakien, mål nr. 15966/04, dom 13 november 2012.

Ilhan mot Turkiet, mål 22277/93, dom 27 juni 2000.

James m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 8793/79, dom 21 februari 1986.

Kangaslouma mot Finland, mål nr. 48339/99, dom 20 januari 2004.

Kaya mot Turkiet, mål nr. 158/1996/777/978, dom 19 februari 1998.

Keenan mot Storbritannien, mål nr. 27229/95, dom 3 april 2001.

Klass m.fl. mot Tyskland, mål nr. 5029/71, dom 6 september 1978.

Kudla mot Polen, mål nr. 30210/96, dom 26 oktober 2000.

Leander mot Sverige, mål nr. 9248/81, dom 26 mars 1987.

Mikulić mot Kroatien, mål nr. 53176/99, dom 7 februari 2002.

N.B. mot Slovakien, mål nr. 29518/10, 12 juni 2012.

Osinger mot Österrike, mål nr. 54645/00, dom 24 mars 2005.

Paul och Audrey Edwards mot Storbritannien, mål nr. 46477/99, dom 14 mars 2002.

Pretty mot Storbritannien, mål nr. 2346/02, dom 29 april 2002.

PV mot Spanien, mål nr. 35159/09, dom 30 november 2010.

Rasmussen mot Danmark, mål nr. 8777/79, dom 28 november 1984.

Rees mot Storbritannien, mål nr. 9532/81, dom 17 oktober 1986.

Scordino mot Italien, mål nr. 36813/97, dom 29 mars 2006.

Silver m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, dom 25 mars 1983.

Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB mot Sverige, mål nr. 38993/97, dom 16 september 2003.

Stubbings m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 22083/93; 22095/93, dom 22 oktober 1996.

The Sunday Times mot Storbritannien, mål nr. 6538/74, dom 26 april 1979.

T.P. och K.M. mot Storbritannien, mål nr. 28945/95, dom 10 maj 2001.

V.C. mot Slovakien, mål nr. 18968/07, dom 8 november 2011.

X och Y mot Nederländerna, mål nr. 8978/80, dom 26 mars 1985.

Y.Y. mot Turkiet, mål nr. 14793/08, kommunicerat 31 mars 2010.

Z m.fl. mot Storbritannien, mål nr. 29392/95, dom 10 maj 2001.

Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter:

Roetzheim mot Tyskland, mål nr. 31177/96, beslut 23 oktober 1997.