

Bertil Bengtsson

Om retroaktiva värderingar¹

1. Retroaktiv lagstiftning är som bekant som huvudregel förbjuden enligt regeringsformen (jfr 2 kap. 10 §). Men hur är det med retroaktiva *värderingar*? Det händer ju inte så sällan att en jurist i rättshistoriska sammanhang får ta ställning till regler och principer som i dag kan framstå som föråldrade, kanske nära nog stötande att tillämpa. Med ett historiskt synsätt är det naturligt att leva sig in i dåtidens rättsliga miljö och resonera med en sådan utgångspunkt. Varje handlande skall bedömas med hänsyn till dåvarande rättsläge – inte bara lagstiftning utan också vedertagna rättsgrundsatser och värderingar, även när de kan tyckas främmande för en nuvarande generation. Det lär också vara den vanliga uppfattningen i varje fall hos domstolar och juridiska myndigheter.

Ett bekymmer kan dock vara att detta stämmer mindre väl med en utbredd inställning i dagens samhälle. I varje fall den stora allmänheten (och många politiker) lär ha svårt att anlägga ett sådant perspektiv. Massmedia diskuterar ju gång på gång historiska förhållanden med påtaglig indignation t.ex. när det gäller bristande jämställdhet, diskriminering av olika grupper, nationalism och dubbelmoral. Det politiskt korrekta tycks vara att ställa dagens moraliska krav framför allt på statsmakterna och myndigheterna, åtminstone beträffande händelser under de senaste 100–150 åren. Domstolar och myndigheter skall förstås åtminstone i princip bortse från sådana opinioner, men det är inte så lätt när bedömarens själv

¹ Man kan förstås undra om de följande synpunkterna förtjänar att tas upp i ett aktningensvärt rättshistoriskt sammanhang. Skall de alls betraktas som rättshistoria, ligger de onekligen i utkanten av rättsområdet. Men frågorna har viss praktisk betydelse; bl.a. har jag själv varit inblandad i flera av de fall som omtalas i fortsättningen, dock utan att närmare analysera eller ens begripa de allmänna principer som möjligen kunde gälla för bedömningen.

har politiskt korrekta värderingar – något som inte är alltför ovanligt. Bör man ändå skall se med förståelse på en föga tilltalande rättsgrundsats och lägga den till grund för bedömningen; eller kanske kan man – på ena eller andra grunden – bortse från den eller åtminstone omtolka den på ett sätt som numera framstår som rimligt?²

Delvis liknande frågeställningar kan bli aktuella också i ett annat sammanhang: när statsmakterna skall bedöma om myndigheternas behandling av enskilda i en förgången tid berättigar till *upprättelse* i en eller annan form – i allmänhet ett skadestånd, som i detta läge skulle beviljas *ex gratia* (alltså på grund av statsmakternas välvilja). Idag framställs inte sällan sådana krav från olika håll. Också här kan det bli fråga om att bedöma handlingar i det förflutna med dagens synsätt; naturligtvis spelar politiska synpunkter en viktig roll för prövningen, men vid utredningar i frågan brukar i allmänhet jurister medverka och besluten motiveras också med juridiska resonemang. Vilken roll spelar retroaktiva värderingar i sådana ärenden?

Några sådana frågor skall här diskuteras med utgångspunkt i ett par exempel från senare tid. Jag håller mig då till den praktiska problematiken utan att ta upp de rättsteoretiska och historiefilosofiska aspekterna; de ligger utanför min kompetens.

2. Till en början kan konstateras att det finns en rad undantag från regeln att handlande i det förflutna skall bedömas efter dåtida lagbestämmelser och rättsgrundsatser. Vad angår förbudet mot *retroaktiv lagstiftning* innebär ju detta att i den mån nya värderingar kommer till uttryck i lagen de inte får någon tillbakaverkande effekt. Sådan lagstiftning är förbjuden inte bara inom straffrätten och väsentligen inom skatterätten, enligt klara grundlagsbestämmelser;³ den anses ofta otillåten också inom civilrätten. Skadeståndsskyldighet skall av rättssäkerhetsskäl bedömas efter den lag som gällde då skadan orsakades, och lagstiftningen skall som huvudregel inte ingripa i bestående avtalsförhållanden.⁴ Men det är inte alltid man hållit på dessa principer. Retroaktivitet har tillåtits bl.a. till den svagare

² Till någon del kan naturligtvis detta framstå som en politisk fråga; med en konservativ inställning är man naturligtvis särskilt ovillig att förkasta traditionella principer. Jfr Kjell Åke Modéer i *History and European Private Law* (1997) s. 104, 117, där motsatsen till en ”progressiv” inställning betonas.

³ Se som sagt 2 kap. 10 § RF.

⁴ Se härom t.ex. Åke Frändberg, *Rättsregel och rättsval* (1984) s. 136 ff. och Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* (5 uppl. 1996) 16.4.2.

kontrahentens skydd vid vissa långvariga avtal och inom familjerätten för att stärka eftersatta gruppers ställning. I allmänhet krävs vägande sociala skäl för undantag av detta slag. Det har hänt att man på sådana grunder gett en särskild jämningsregel för dessa fall – den nya lagen skall tillämpas på äldre avtal, om tidigare lagstiftning skulle leda till uppenbart oskäliga resultat.⁵ Här är det tydligt att nya värderingar ändrar rättsläget.

Vad åter angår *ändringar i grundlagen*, särskilt dess rättighetsregler, godtas en retroaktiv verkan inom vissa gränser. Rättighetsskyddet gäller ju till större delen i förhållande till det allmänna, och ändringar i denna del innebär normalt att den enskildes ställning *stärks* gentemot staten. En tillämpning också på tidigare tillkomna lagar kan därför verka angelägen från rättighetssynpunkt. Det står klart att materiella regler i en gällande lag inte kan åberopas i klar strid med en senare ändring i 2 kap. RF. Formellt är 11 kap. 14 § RF tillämplig också i denna situation, men vad kravet på ”uppenbart” fel här skulle innebära är tveksamt.⁶ I vart fall bör ändringen i grundlagen kunna påverka tolkningen av den äldre lagen, när denna bygger på äldre värderingar.⁷ Däremot skall den äldre regeln tillämpas om felet bara är att det organ som beslutade den i laglig ordning nu mist sin kompetens.⁸

Att märka är emellertid att dessa övergångsprinciper tar sikte på rättsfrågor som uppkommer efter det att den nya grundlagsregeln trätt i kraft. De lär inte kunna åberopas för att angripa domar eller beslut som var grundlagsenliga när de tillkom men strider mot vår nuvarande regerings-

⁵ Se 4 p. övergångsreglerna till försäkringsavtalslagen (2005:104). Jfr om bestämmelsen – som Lagrådet inte var entusiastiskt för – prop. 2003/04:150 s. 359 f., 1116 f. och Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt s. 572 med hänvisningar.

⁶ Det fel som begåtts skulle här vara att inte den äldre regeln upphävts – onekligen ett oskyldigare misstag än om en grundlagsstridig lag antagits av riksdagen. Något ovillkorligt krav på ”fel” lär dock inte gälla; det räcker med motsärlighet mellan bestämmelserna, se Petrén-Ragnemalm, Sveriges grundlagar s. 312, 357. Jfr även skiljaktigheten i NJA 1981 s. 1 och Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd (1996) s. 675 ff. med hänvisningar.

⁷ Jfr NJA 1996 s. 110, där HD diskuterade frågan om tillkomsten av 2 kap. 18 § 1 st. RF skulle inverka på tillämpningen av fastighetsbildningslagen men inte ansåg något sådant motiverat i detta fall.

⁸ Se om det sagda övergångsreglerna till SFS 1974:152, 1 och 6 p och härom SOU 1972:15 s. 226 f., prop. 1973:90 s. 470, Petrén-Ragnemalm, Sveriges grundlagar s. 357 och Holmberg-Stjernquist-Isberg-Eliasson-Regner, Grundlagen s. 571 f.; jfr s. 185 f. om verkan av Europakonventionens införlivande med svensk rätt.

form – något som bl.a. kunde medföra att vissa rättigheter till egendom skulle bli ogiltiga, med allmän oreda i ägarförhållandena som följd. En grundlagsändring kan inte gärna utgöra skäl för resning i sådana fall.⁹ Det är också svårt att anse en sådan ändring kunna göra tidigare rättshandlingar ogiltiga; flertalet rättighetsregler i RF gäller ju enbart den enskildes förhållande till det allmänna, och de som kan tänkas skyddas mot ingrepp till förmån för andra enskilda (närmast 2 kap. 15–20 §§) tar inte sikte på tidigare ingångna avtal.¹⁰ Dessa får angripas med stöd av civilrättsliga regler om jämkning av oskäligen avtal, närmast 36 § avtalslagen (eller grunderna för dess föregångare i 8 § skuldebrevslagen).¹¹

En närliggande fråga, som i varje fall tidigare diskuterades i litteraturen,¹² är i vad mån domstolarna kan gå ifrån äldre *lagmotiv* under hänvisning till att de faktiska förhållanden eller den rättsåskådning de bygger på har ändrat sig. Frågan är naturligtvis praktisk – den uppkommer ofta vid tillämpning av äldre lagar. Idag lär dock detta problem inte anses så stort; respekten för uttalanden i lagförarbeten har minskat, och rättssäkerheten anses inte kräva att de följs i alla delar. Man kan ha delade meningar när ett motivuttalande är så föråldrat att det kan ignoreras, men avvikelser av sådana skäl lär i alla händelser anses acceptabla oavsett om de ändrade förutsättningarna kommit till uttryck i grundlagen eller ej. – Också i detta fall är det emellertid typiskt sett fråga om bedömning av ett handlande i nutid; prövning sker med hänsyn till nutida förhållanden och värderingar, oavsett vad lagstiftaren ansåg när lagen tillkom. Läget är inte detsamma när man idag bedömer handlingar företagna i det förflutna, i ett annat rättsligt klimat än vårt.¹³

⁹ Resning lär inte bli aktuellt på grund av sådana efterföljande omständigheter, jfr NJA II 1940 s. 171.

¹⁰ Jfr Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (1986) s. 64 ff. med hänvisningar och Holmberg-Stjernquist, Vår författning (12 uppl. 2000) s. 64. Detsamma torde gälla Europakonventionens rättighetsregler, i den mån de ger ett skydd utöver RF. (Här bortses från den betydelse de möjligen kan ha för avtal till nackdel för utomstående, närmast kollektivavtal.)

¹¹ Möjligen kan RF:s regler vara ett särskilt argument för att anse ett avtal ogiltigt enligt 36 §; något stöd för detta i rättspraxis verkar dock vara svårt att finna.

¹² Se bl.a. Grönfors i Svensk juristtidning 1960 s. 14 ff. och även Schmidt i Festskrift till Nils Herlitz (1955) s. 294 f. Jfr om den allmänna frågan Strömholm, a.a. 17.2.2.

¹³ En särskild fråga är om man inom den internationella privaträtten skall tillämpa utländsk lag som numera ändrats, eventuellt på grund av nya värderingar. Jfr problemet i NJA 1968 s. 126; se om ”den lojala tillämpningens princip” Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt, avsnitt 3.3.

HD kan naturligtvis ändra *rättspraxis*, med eller utan plenum, på grund av nya värderingar. Här uppkommer det kända problemet att prejudikat inte kan förses med övergångsbestämmelser. Vad domstolen fastslår är i regel att anse som gällande rätt också för förfluten tid (i den mån inte äldre lagstiftning gällt). På detta vis kan nya principer bli tillämpliga t.ex. på redan inträffade skadefall¹⁴ och redan företagna rättshandlingar. Dessa retroaktiva effekter är naturligtvis ett återhållande moment när domstolen överväger en praxisändring;¹⁵ det bör observeras att på detta vis en rättsutveckling genom domstolspraxis kan få mera genomgripande verkningar än en ny lagstiftning. Nya värderingar kan utan vidare slå igenom också beträffande förfluten tid. Men naturligtvis kan de inte medföra att äldre lagakraftvunna avgöranden rivs upp.

3. I övrigt kommer problem hur historiska rättsfakta skall bedömas oftast upp i *fastighetsrättsliga* tvister, om äganderätt eller andra rättigheter till fast egendom.¹⁶ På detta område har det ansetts särskilt viktigt att inte rubba rättsläget till nackdel för en rättighetshavare, en synpunkt som framträder bl.a. i lagen om införande av nya JB.¹⁷ Lagstiftningen medför dock åtskilliga avsteg, bl.a. beträffande regler om "rättsförhållanden av mera statisk karaktär", såsom 1–3 kap. JB. Dessa skulle i stort sett ha retroaktiv verkan.¹⁸ Det gäller alltså bl.a. fastighetsbegreppet, bestämmande av fastigheters gränser och tillhörighet till fastighet – allt frågor som har väsentlig betydelse också från allmän synpunkt. Inte ens på detta rättsområde har man alltså uteslutit viss retroaktivitet, fast den beror mindre på sociala skäl än på vikten av ordning och reda i det fastighetsrättsliga systemet.

Vad som här får intresse är särskilt handlande från *det allmännas* sida – lagstiftning eller myndighetsbeslut. Skall huvudregeln tillämpas också när detta handlande idag framstår som ett klart otillåtet ingrepp

¹⁴ Jfr t.ex. diskussionen i NJA 1996 s. 377, som synes bygga på att en plenumdom som ändrar rättsläget (här NJA 1993 s. 40 I och II) får återverkningar beträffande äldre skadevällande handlingar.

¹⁵ Jfr HD i NJA 1950 s. 483.

¹⁶ Utanför fastighetsrätten lär problemen om tillämpningen av äldre rätt mera sällan komma upp i en domstol. De tvister som här blir aktuella står i allmänhet mellan enskilda parter.

¹⁷ Jfr om denna huvudregel SOU 1960:26 s. 9, 42, prop. 1970:145 s. 88.

¹⁸ Se SOU 1960:26 s. 9 f.; prop. 1970:145 s. 88.

mot berörda medborgare, fast det en gång i tiden stämde med gällande rättsprinciper? Vid rättstillämpningen ligger det naturligtvis närmare till hands att anlägga moraliska synpunkter på myndighetsutövning än att på sådana grunder åsidosätta de regler som gällt för enskilda parter. Bl.a. väger ju hänsyn till enskildas rättssäkerhet betydligt tyngre. Som nyss framhölls tryggar dessutom grundlagarna, typiskt sett, enskildas rättigheter just i förhållande till det allmänna.¹⁹

I allmänhet sett bör man naturligtvis vara försiktig vid omprövning av äldre myndighetsbeslut, särskilt inom fastighetsrätten, och ännu mer om det är själva lagen som angrips. I viss utsträckning kan problemen undvikas genom tillämpning av regler om urminnes hävd²⁰ – ett institut som dock till väsentlig del avskaffats genom nya jordabalken, fast hävd fram till dess ikraftträdande alltjämt kan beaktas.²¹ Här spelar tidigare värderingar knappast någon roll. Sålunda lär staten inte kunna åberopa att när hävden började den inte ansågs få verkningar gentemot kronan, i varje fall om hävden fortsatt sedan denna uppfattning övergetts. I NJA 1981 s. 1, som strax skall närmare beröras, har en sådan invändning inte vunnit gehör.²² – Även i andra fall lär sedan länge bestående förhållanden ofta kunna beaktas, oavsett vilket synsätt de från början byggde på. Man kan här hänvisa till rättsfiguren ”festnet bruk” (”festnet forhold”) i norsk rätt, som kan åberopas i sådana situationer: en samstämmig uppfattning om rättighetsförhållandena i ett område under längre tid kan läggas till grund

¹⁹ Är det fråga om avtalstolkning kan man för övrigt också åberopa att en förutsättning för avtalet varit att gällande rätt skulle tillämpas. En tillämpning av nya regler kan rubba dess grundvalar och aktualisera en jämkning av avtalet, närmast med stöd av 36 § avtalslagen.

²⁰ Detta gäller framför allt hävd av enskilda. Också staten kan dock åberopa urminnes hävd (något som kunde tänkas bli aktuellt där staten saknar lagfart, såsom ofta beträffande fjällmark). Särskilda problem kan dock uppkomma beträffande sättet att hävda fastigheten; vid urminnes hävd lär knappast kunna åberopas att staten allmänt sett bestämt över fastighetens användning, utan även i detta fall får krävas ett faktiskt bruk av den. Staten åberopade inte för sin del urminnes hävd i skattefjällsmålet (NJA 1981 s. 1, se nedan).

²¹ Se 6 § lagen om införande av nya JB. Beträffande viss annan rätt än sådan som grundas på JB – särskilt renskötselrätt – är det möjligt att institutet alltjämt gäller, jfr Bengtsson, Samerätt (2004) s. 79 ff.

²² Se om invändningen NJA 1981 s. 174; HD har tydligen inte godtagit den, om också den inte närmare diskuterats (jfr bl.a. NJA 1981 s. 190 f., 196, 229 f.).

för bedömningen av dagens rättsläge.²³ Också i svensk rätt kan man träffa på liknande resonemang.²⁴

Frågan om betydelsen av ändrade värderingar ställdes i det omskrivna s.k. skattefjällsmålet (NJA 1981 s. 1), som rörde en tvist mellan samer och staten rörande vissa fjällområden i norra Jämtland; målet ansågs – i vart fall från samesidan – ha principiell betydelse för samernas rättsställning i Sverige.

Under hänvisning till bl.a. FN-deklarationen om de mänskliga rättigheterna och Europakonventionen angrep samerna vissa kolonialistiska och diskriminerande resonemang som påstods ligga bakom föreställningen om statens äganderätt till fjällen: de lagar från 1886 och framåt som reglerade samernas rätt till fjällmarken med utgångspunkt i att de inte var ägare skulle egentligen grunda sig på rasistiska tankegångar.²⁵ Man angrep alltså själva lagstiftningen i väsentliga delar, inte bara vissa myndighetsbeslut. Med anledning av denna argumentation framhöll HD att målet inte gällde i vad mån de intrång som drabbat samerna som folkgrupp varit rättsenliga eller ej; den tidigare utvecklingen hade visserligen haft betydelse, men de frågor som skulle bedömas var i första hand av civilrättsligt slag och skulle prövas efter vanliga rättsliga normer.²⁶ Domstolen försökte alltså återföra resonemangen till ett ordinär fastighetsrättsligt plan. – Frågan kom mera konkret upp vid bedömningen av den första renbeteslagen av 1886, som bl.a. innebar att samernas bruksrätt överfördes från individuella samer till lappbyar. HD medgav att en viss nedvärdering av samerna kunde ha spelat en roll för en del föreskrifter i lagen, men lagstiftningen gav inte allmänt uttryck för en sådan inställning.²⁷ Domstolen behövde alltså inte ta ställning till problemet, hur lagen skulle bedömts om den verkligen vilat på rasistiska resonemang. När det gällde lagens inverkan på samernas bruksrätt framhölls dels att rättsläget tidigare var oklart, dels att de nya reglerna på flera sätt tillgodosåg samernas

²³ Se t.ex. Falkanger, Tingsrett (5 utg. 2000) s. 56 f. med hänvisning till bl.a. till rättsfallen Rt 1961.1163, Rt 1963.1263 och Rt 1991 s. 311 (äganderätt för staten). Rättsfiguren diskuteras från svensk synpunkt (just rörande samers äganderätt) i TfR 2000 s. 821 ff.

²⁴ Åter kan hänvisas till NJA 1981 s. 1 rörande statens äganderätt till skattefjällen; något vanligt laga fång kunde inte konstateras, men det gällde herrelös mark som med tiden allmänt kommit att betraktas som kronomark och behandlats i enlighet härmed av myndigheterna. Se särskilt NJA 1981 s. 228 f.

²⁵ Se bl.a. NJA 1981 s. 172 f.

²⁶ NJA 1981 s. 175.

²⁷ NJA 1981 s. 226, jfr s. 229.

intressen, dels att de delvis motiverades av praktiska skäl; regleringen innebar inget grundlagsstridigt övergrepp mot samerna.²⁸ Man torde här ha utgått från dåtidens grundlagsskydd för egendom, fast innebörden av 1809 års RF inte särskilt diskuterades i sammanhanget. Det skulle dock inte ha gjort någon skillnad om 1974 års RF tillämpats; enligt 2 kap. 18 §, i dess lydelse vid tiden för domen, innebar egendomsskyddet bara en rätt till ersättning vid expropriativa ingrepp, och något sådant var det inte fråga om i målet.

Vissa liknande frågor blev aktuella i samma mål när samerna angrep rennäringslagens förbud för samer att upplåta sin jakt- och fiskerätt (31 §), under hänvisning bl.a. till grundlagens förbud mot diskriminering av etniska minoriteter (2 kap. 15 § RF). HD:s majoritet framhöll att diskrimineringsförbudet i regeringsformen var tillämpligt även på äldre lag. Bedömningen måste emellertid göras ”med utgångspunkt i vår tids förhållanden och med hänsyn till de förutsättningar som nu råder”; vissa möjligen nedsättande uttalanden i motiven till 1886 års lag saknade idag all giltighet, och den intresseavvägning som gällande lag av 1971 byggde på hade inte påverkats av någon nedvärderande inställning till samerna som folkgrupp.²⁹

Domstolens resonemang beträffande upphävd lagstiftning och beslut i det förflutna har alltså utgått från då gällande rätt. Påståendet att äldre regler byggt på tankegångar som idag anses otillbörliga har tillbakavisats på den grund att sådana i själva verket inte påverkat lagstiftningen. Man kan undra hur HD skulle ha bedömt saken ifall påståendet ansetts riktigt. Reglerna hade i 100 år påverkat de fastighetsrättsliga förhållandena i en tredjedel av Sverige, och de hade legat till grund också för senare lagstiftning – bl.a. för rennäringslagen, som härrör från en tid då lagstiftaren var mycket litet påverkad av sådana fördomar. Även om 1886 års lag från början vilat på en ohållbar grund, skulle förmodligen den senare utvecklingen ha ansetts läka sådana brister. – I enlighet med allmänna principer (se 2 ovan) har rennäringslagen däremot prövats efter gällande grundlag, fast denna tillkommit senare; detta spelade dock mindre roll, eftersom lagstiftningen ansågs godtagbar även vid denna bedömning.

Det lär inte vara vanligt att som i skattefjällsmålet en part invänder att äldre lagstiftning står i klar strid med nuvarande värderingar och därför

²⁸ NJA 1981 s. 243 f.

²⁹ NJA 1981 s. 247 f. Också minoriteten grundade sin avvikande motivering på gällande rättsregler.

inte skall beaktas. Att rättshistoriska fastighetsfrågor prövas utifrån tidigare gällande rättsprinciper är däremot inget anmärkningsvärt; det är det normala synsättet. Ett exempel ger NJA 1967 s. 521 (om laxfisket i Torne älv), där ett omdiskuterat förfogande över fisket från statens sida godtogs av majoriteten med hänsyn till det dåvarande rättsläget. Att uppfattningen om statens rätt delvis synes ha vilat på det förfälskade s.k. Helgeandsholmsbeslutet har inte ansetts medföra att ett riksdagsbeslut på sådan grund skulle sakna betydelse för statens anspråk. En skiljaktig ledamot underkände däremot förfogandet, delvis med hänvisning till den ohållbara motiveringen för kronans påstådda rätt. – Det rörde dock här inte så mycket ändrade värderingar som ny historisk kunskap; för övrigt hade denna fråga inte sådan central betydelse som värderingsfrågan i skattefällsmålet.

I ett annat viktigt fastighetsrättsligt avgörande från äldre tid, NJA 1928 s. 463, underkändes däremot – i strid med RegR:s mening i ett färskt prejudikat³⁰ – påståendet att häradsallmänningarna ägdes av staten, varvid ett yttrande av Kammarkollegiet synes ha spelat en väsentlig roll; här frångick kollegiet en tidigare uppfattning, att kronan på grund av innehålllet av jordeboken skulle vara att anse som ägare. Man tog alltså avstånd från en äldre princip om jordebokens bevisvärde. Men detta berodde dock knappast på att denna princip på något sätt ansågs stötande för en modernare rättsuppfattning.

Även om problem av denna typ mera sällan kommit upp i domstolarna lär de inte bli alldeles opraktiska heller i framtiden. Det är ingen händelse att de illustrerats framför allt med resonemangen i en samerättslig tvist. När det gäller samernas rättigheter till land och vatten kan man finna åtskilliga lagregler och myndighetsåtgärder i det förflutna – ibland i ett inte så avlägset förflutet³¹ – som kan te sig svårförenliga med allmänna rättsprinciper redan idag, och kanske ännu mer i en framtid. Även på andra fastighetsrättsliga områden kan sådana uttryck för ett statligt förmynderskap tänkas bli omvärderade av en senare generation.

Hur som helst ger materialet knappast stöd för att man på detta rättsområde skulle låta moderna värderingar påverka bedömningen av historiska förhållanden. Man kan t.ex. inte underkänna verkan av en lagstiftning

³⁰ RÅ 1927 s. 113.

³¹ Här kan påminnas om de omtvistade besluten om den s.k. småviltsjakten 1993; se härom Bengtsson, Samerätt s. 64 f.

redan därför att den beslutats på grunder som vi idag finner tvivelaktiga.³² Möjligen är en annan bedömning möjlig när en tillämpad rättsprincip framstår som klart oförenlig med rättighetsreglerna i nu gällande rege- ringsform eller med Europakonventionen.³³ Men inte ens i sådana fall kan man utgå från att den skulle åsidosättas. Redan det förhållandet att ett ingrepp i det förflutna inte stämmer med det nuvarande egendomsskyd- det i 2 kap. 18 § eller skyddet för näring i 2 kap. 20 § kan inte gärna göra det så förkastligt att man skulle vägra att beakta åtgärden. I båda fallen ändrades grundlagen så nyss som 1994, och man kan inte gärna ge denna ändring retroaktiv effekt på äldre myndighetsbeslut som då var lagenliga.³⁴ Än mindre lär man av sådana skäl kunna bortse från en numera upphävd lag som var tillämplig då det omstridda beslutet fattades.

4. Saken ligger något annorlunda till när man prövar myndighetsåtgärder i det förflutna med tanke på upprättelse till vissa drabbade personer; som nämnt blir det då närmast fråga om *ersättning ex gratia* för påstådda över- grepp från statens sida.³⁵ Ersättning innebär ju inte att äldre avgöranden rivs upp, bara att de som blivit lidande på dem kompenseras – det kan bli dyrt för staten, men det ställer inte till någon oreda i rättsförhållandena.

Sådana överväganden ger ibland anledning till en juridisk utredning, men samtidigt får politiska hänsyn betydelse. Som ibland påpekats kan statsmakten på detta sätt enkelt komma ifrån en besvärande diskussion om åtgärder i det förflutna; man hänvisar till en juridisk prövning, som tar sin tid men kritikerna har svårt att motsätta sig. Situationen blir natur-

³² Även här kan hänvisas till HD:s bedömning i skattefällsmålet. 1683 års påbud om skogarna (som ostridigt varit godtagbart från konstitutionell synpunkt) innebar ett anspråk på herrelös mark som trots att det var tvivelaktigt i sak ansågs påverka äganderätten till fjällmarkerna. Någon avgörande betydelse ansågs dock inte påbudet ha. Se NJA 1981 s. 287 f.

³³ Jfr HD:s uttalande NJA 1981 s. 243 att 1886 års lag inte innebar något ”grundlags- stridigt övergrepp” mot samerna. Uttalandet lär dock närmast ta sikte på 1809 års rege- ringsform (jfr ovan).

³⁴ Vad gäller diskrimineringsförbudet i 2 kap. 15 § RF har som nämnt HD i skattefälls- målet ansett det kunna tillämpas även på en gällande lag som tillkommit innan förbudet infördes – 1971 års rennäringslag; den har bedömts med utgångspunkt i nuvarande för- hållanden. Beträffande den särbehandling av olika slag som förekommit i äldre rätt beträff- ande samerna finns ingen antydning i domen att äldre myndighetspraxis skulle åsidosättas med tillämpning av nuvarande grundlag.

³⁵ Vid det laget brukar ju skadeståndsanspråk vara preskriberade, oavsett om de haft någon hållbar juridisk grund.

ligtvis inte alltför ofta aktuell; för att tanke på upprättelse skall leda till ett initiativ från regeringens eller riksdagens sida lär det fordras dels att de drabbade dels inte är alltför många (då blir det för dyrt med ett skadestånd) – dels till stor del är vid livet (annars är en skadeståndsordning tämligen meningslös).³⁶ Vidare brukar det krävas för en ex gratia-ersättning att möjligheten till skadestånd framstår som utesluten, åtminstone på grund av preskription. I varje fall får en utredning om sådana frågor ta ställning till vilket synsätt som skall ligga till grund för dess diskussion av skadeståndsfrågan.

Också i detta fall kan grundlagen och Europakonventionen tänkas ge viss ledning för bedömningen, men dessutom kommer ändrade värderingar inom *skadeståndsrätten* i blickfältet. Huvudregeln är som sagt att skadegörande handlande skall bedömas efter då gällande lag. Men frågan blir om myndigheternas förfarande mot den drabbade gruppen ter sig så oförsvarligt att det åtminstone med nuvarande synsätt bör motivera någon form av ersättning.

Det skulle alltså närmast gälla en sorts culpabedömning. Ibland kan det ha förekommit åtgärder som med dagens inställning framstår som otillåtna och rättsstridiga, ibland kan det bli fråga om brister i den offentliga verksamheten som idag inte ter sig ursäktliga. I båda fallen får det betydelse att 1972 års skadeståndslag (SkL) utvidgat det allmännas skadeståndsansvar för fel av myndigheterna. Tidigare var det oklart, i vilken utsträckning staten kunde bli skyldig att betala skadestånd på grund av fel eller försummelse vid myndighetsutövning – som huvudregel gällde inte detta. Skadeståndslagen slog däremot fast ett sådant ansvar.³⁷ Även frånsatt den nya lagstiftningen kan nog sägas att uppfattningen vad som är skadeståndsgrundande culpa i viss mån förskjutits under de senaste 75–100 åren. Värderingarna är andra, särskilt beträffande vikten av den enskildes integritet till sin person; vad som är ett rättsstridigt ingrepp bedöms på annat vis. – Också aktsamhetsbegreppet kan anses förändrat – bedömningen har blivit strängare. En välkänd orsak är försäkringens utbredning; i de allra flesta fall betalas ju skadeståndet av en ansvarsförsäkring (när inte det är staten som är ansvarig). Den allmänna inställningen till ersättning har förskjutits – framför allt, men inte enbart, vid personskada. Redan

³⁶ Man kan dock tänka sig skadestånd som upprättelse åt en sedan länge diskriminerad folkgrupp, låt vara att något sådant ännu inte blivit aktuellt i Sverige.

³⁷ Se 3 kap. 2 §. Om läget enligt äldre rätt se Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I (1976) s. 8 ff.

på 1940-talet talade Hjalmar Karlgren om en benägenhet hos domstolarna att "fingera" culpa för att komma fram till skadeståndskyldighet i angelägna fall.³⁸ En sträng vållandebedömning är fortfarande regel; det är sällan ett skadeståndsrättsligt prejudikat utmynnar i att skadeståndstalan ogillas i brist på culpa. Utvecklingen går över huvud taget i riktning mot allt större generositet, och inte bara politikerna utan också domstolarna tvekar att stoppa den.³⁹

En motsvarande förändring lär ha förekommit i allmänhetens inställning till skadeståndet. Försäkringsordningar som trafikförsäkringen, patientförsäkringen, trygghetsförsäkringen och läkemedelsförsäkringen har vant oss vid att det alltid finns någon som betalar; finns det ingen försäkring som svarar oberoende av skuld gäller det att finna någon försumlig person, eller ännu hellre ett företag, eller allra helst staten som kan bära ansvaret. Förhållandet får betydelse inte minst när massmedia uppmärksammar missförhållanden i det förflutna. Ett krav på att staten tar ansvaret är en naturlig reaktion; det är inte många ursäkter från det allmännas sida som kan accepteras av en upprörd opinion.

5. Ett belysande exempel på bedömning av skadegörande handlingar i äldre tid ger lagstiftningen av 1999 om *ersättning till steriliserade personer* – låt vara att det här inte var fråga om oaktsamhet eller inte, utan snarare om ett visst skadegörande handlande varit rättsenligt eller ej. Under vissa förhållanden kan sådana kroppsliga ingrepp ursäktas av tjänsteplikt eller den skadelidandes samtycke och därför frita från skadeståndsansvar.⁴⁰ Regeringsformen förbjuder numera påtvingade kroppsliga ingrepp (2 kap. 6), men steriliseringsåtgärderna var långtifrån alltid påtvingade i grundlagens mening,⁴¹ och dessutom hör detta till de rättigheter för den enskilda som kan begränsas genom lag (2 kap. 12 §). Vid tidpunkten för åtgärderna ansågs ansvarsfrihet gälla också i vissa fall där inte den skadelidande lämnat personligt samtycke till ingreppet.⁴²

³⁸ Se Skadeståndsläran (1943) bl.a. s. 117 ff.

³⁹ Här får man försiktigtvis reservera sig för vad den år 2006 tillträdde borgerliga regeringen har för planer för framtiden; under sin förra regeringsperiod, 1991–94, gjorde samma partier ett och annat försök att minska de skadelidandes möjlighet till skadestånd i vissa situationer. Se särskilt prop. 1991/92:LU 14 s. 13 f; NJA II 1992 s. 466 ff.

⁴⁰ Se Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt (2006) avsnitt 7.3 och 7.4; se även 3.1.2.

⁴¹ Jfr SOU 1999:2 s. 122 ff.

⁴² Se härom särskilt Bergendal i SvJT 1930 s. 113 ff., där han bl.a. argumenterade för att även samtycke av målsman för psykiskt rubbad person gjorde det rättsenligt att sterilisera

Direktiven till 1997 års steriliseringsutredning utgick från att de som steriliserats mot sin vilja eller på någon annans initiativ med stöd av de steriliseringslagar av 1934 och 1941 som gällde till och med 1975 skulle få en gottgörelse trots att det inte fanns någon formell skyldighet för staten att betala ersättning. Det skulle som utredningen uppfattade det vara en sorts upprättelse från statens sida för åtgärder och beslut i det förflutna som drabbat enskilda och som – med direktivens ord – ”vi idag tar starkt avstånd från”. Direktiven slog alltså från början fast de värderingar som skulle bli avgörande. Grunden för den avsedda ersättningen skulle vara att man inte kunde godta äldre rätt på området. Det lär dock knappast ha gällt de begränsade möjligheterna till skadestånd enligt dåvarande lag utan främst de nämnda steriliseringslagarna, som gjorde myndigheternas handlande rättsenligt.

Utredningen fann det inte som sin uppgift att närmare överväga skälen för och emot ersättning och om det var befogat att särbehandla steriliserade framför andra grupper av skadade.⁴³ Arbetet kom på detta vis att avse främst hur kretsen för ersättningsberättigade skulle närmare preciseras och vilka principer som skulle gälla när sådan ersättning skulle bestämmas. Utredningen redovisade till en början rättsläget vid den aktuella tiden, före och efter tillkomsten av 1972 års SkL samt enligt preskriptionslagstiftningen. Om steriliseringen utförts i enlighet med lagstiftningen saknades med all sannolikhet rättslig grund för ett ersättningsanspråk, men skedde den i strid med lagstiftningen var det inte helt uteslutet att ersättningsrätt funnits i något fall enligt då gällande skadeståndsrätt, fast den idag skulle ha varit preskriberad.⁴⁴ – I enlighet med direktiven föreslogs till en början ersättning till alla som inte själva ansökt eller samtyckt till åtgärden. Men dessutom ansågs många som formellt lämnat ansökan eller samtycke i själva verket ha steriliserats mot sin vilja; det gällde underåriga och omyndiga, de som steriliserats såsom intagna på institutioner och anstalter, andra som rubricerats som sinnessjuka, sinnesslöa eller epileptiker samt de som steriliserats som uttryckligt villkor för annat myndighetsbeslut. Dessa skulle få ersättning, liksom andra som gjort antagligt att sterilisering skett under otillbörlig påverkan eller på grund av försum-

denne, oavsett den föreslagna steriliseringslagstiftningen. Liknande mening av Karl Schlüter i SvJT 1930 s. 139 ff. Se däremot Lindstedt i SvJT 1930 s. 152 ff.

⁴³ SOU 1999:2 s. 56.

⁴⁴ SOU 1999:2 s. 117, jfr s. 85.

lighet av en myndighet.⁴⁵ Ersättningen skulle bestämmas schablonmässigt och bestå dels i invaliditetsersättning, dels i ersättning för lidande eller kränkning – alltså för ideell skada.

I ett särskilt yttrande påtalades att ersättning skulle utgå också vid steriliseringar som varit medicinskt motiverade och ibland nödvändiga t.o.m. med dagens synsätt och att samma ersättning skulle utgå oavsett den steriliserades ålder; även om ersättning kunde godtas i den aktuella situationen borde utredningens resonemang inte åberopas i andra liknande fall. I ett annat särskilt yttrande framhölls att av praktiska och etiska skäl ersättning borde utgå oavsett vad som av materialet framgick om tvång eller frivillighet – alltså utan något beviskrav på den enskilde.⁴⁶

Propositionen följde i väsentliga delar utredningsförslaget. Det betonades att det var ett mycket svagt beviskrav som skulle uppställas när någon påstår att han eller hon utsatts för påverkan att gå med på sterilisering.⁴⁷ – Enligt regeringen kunde, med hänsyn till det betydande avsteg från allmänna skadeståndsregler som förslaget innehöll, detta inte åberopas av andra grupper som kunde komma att rikta skadeståndskrav mot staten.⁴⁸ Lagrådet hade dock för sin del framhållit att det inte kunde undgås att när andra grupper anser sig på liknande sätt illa behandlade av myndigheterna förslaget skulle få viss prejudicerande effekt.⁴⁹

Av intresse är alltså att det gällde tillämpning av skadeståndsrättsliga regler också på vissa handlingar som med dåtida och delvis även nutida synsätt kunde anses fullt försvarliga eller rentav påkallade av humanitära skäl – t.ex. för att utslitna hustrur skulle undgå fortsatta graviditeter eller ett barn skulle slippa växa upp i en hopplös familjesituation. Det har gällt ett svårt val mellan två onda ting. Vid misstag i ett sådant läge visar man idag tolerans inom skadeståndsrätten: det allmänna åläggs sällan ansvar, den enskilde funktionären praktiskt taget aldrig (jfr 4 kap. 1 § skadeståndslagen).⁵⁰

Den nya lagens ståndpunkt innebar emellertid att ersättning som huvudregel skulle utgå i sådana fall, exempelvis när samtycke gavs i samband med aborter och förlossningar, som villkor exempelvis för giftermål,

⁴⁵ SOU 1999:2 s. 122 ff.

⁴⁶ Se de särskilda yttrandena SOU 1999:2 s. 181 ff.

⁴⁷ Prop. 1998/99:71 s. 20.

⁴⁸ Prop. 1998/99:71 s. 9.

⁴⁹ Prop. 1998/99:71 s. 61. Lagrådet betonade här principen att lika skall behandlas lika.

⁵⁰ Se t.ex. Bengtsson-Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar (2 uppl. 2006) s. 96, Hellner-Radetzki, a.a. s. 264 och – beträffande funktionärens ansvar – avsnitt 15.5.3.

eller på grund av påverkan från närstående (såvida myndigheten känt till denna påverkan). Man räknade med att ersättning skulle betalas i många fall då sterilisering även med vår nuvarande inställning skulle ha ansetts försvarlig. Det skulle i praktiken räcka med ett någorlunda trovärdigt påstående från den skadelidandes sida för att ersättning skulle utgå.⁵¹ Delvis har den vittgående ersättningsskyldigheten motiverats av praktiska skäl – det gällde att utan komplikationer konstatera att de åldriga personer som kunde komma i fråga var berättigade till ersättning och snabbt ge dem betalt. Men det står också klart att man medvetet bortsåg från äldre värderingar som på grund av senare erfarenheter (främst naturligtvis från nazitiden) ansetts oacceptabla.

Här kan nämnas att i någon mån likartade frågor om rättsstridighet berördes av Säkerhetskommisionen särskilt i dess huvudbetänkande (SOU 2002:87), rörande vissa myndighetsåtgärder vidtagna mot misstänkta medborgare under tiden för det kalla kriget. Kommissionens resonemang präglas av motsättningen mellan å ena sidan den nuvarande inställningen till den personliga integriteten, å andra sidan de värderingar som framgår av äldre lagstiftning och präglat säkerhetsarbetet under kalla kriget; det är tydligt att de haft stöd av en allmän opinion som då funnit dem riktiga och rimliga. I betänkandet betonade kommissionen i många sammanhang att när nationella säkerhetsintressen stått på spel resultatet i ett vidare perspektiv blivit fel. Effektivitetssynpunkter har fått gå före det integritetsskydd som lagstiftningen tillförsäkrat medborgarna.⁵² Att de hotbilder man arbetat med stämt med rådande tidsstämningar medförde inte att överträdelserna kunde tolereras.⁵³ Det innebar alltså en omvärdering av tidigare myndighetspraxis, om också inte av dåvarande lagstiftning. Även här kan rättsstridighetsbegreppet anses förskjutet.

I betänkandet föreslogs visserligen inte några ersättningsbetalningar till de kränkta, men kommissionen måste ha räknat med att de skulle kunna användas för att motivera något sådant. I vad mån detta skett känner jag inte till.

6. Som framgår är bedömarens situation vid utredningar av denna typ annorlunda än vid dömande verksamhet (eller lagstiftning). Till en början får bedömningen inte samma rättsverkningar som ett prejudikat,

⁵¹ Se om det sagda särskilt SOU 1999:2 s. 136 f., prop. 1998/99:71 s. 19 ff.

⁵² Se SOU 2002:87 t.ex. s. 384 f.

⁵³ Se SOU 2002:87 t.ex. s. 618 f.

inte heller som ordinär lagstiftning. Den tar sikte på en alldeles bestämd situation och behöver inte följas i fortsättningen. Emellertid får man som Lagrådet framhållit räkna med att den kan åberopas – om också inte som prejudikat så dock som mönster – i andra jämförbara situationer. Det händer att illa behandlade grupper framställer krav på liknande upprättelse som de steriliserade, under hänvisning bl.a. till att myndigheternas åtgärder byggt på en föråldrad rättsuppfattning. Bl.a. har en sådan diskussion förts om barn som tvångsvis omhändertagits i olämpliga fosterhem, om personer utsatta för lobotomi och om myndigheternas tidigare behandling av romer. Med tiden kan liknande frågor komma upp beträffande t.ex. behandlingen av misstänkta terrorister. Då kan det uppkomma samma konflikt som i steriliseringsfallen. Nya värderingar kan åberopas till stöd för en omprövning av äldre rättsprinciper. Regeringen har som sagt velat undvika att steriliseringslagstiftningen skulle få någon sorts prejudikatsverkan, men frågan är om man kan upprätthålla den ståndpunkten i praktiken.

Det är vidare tydligt att vid *ex gratia*-ersättning alla möjliga faktorer kan påverka bedömningen av handlande i det förflutna, framför allt politiska hänsyn. Juristen kan inte räkna med att hans prövning skall utan vidare godtas; han får beakta den ram som uppdraget ger honom och på detta utrymme göra det bästa av situationen. Det är svårt att tala om riktiga eller felaktiga rättsliga bedömningar i detta läge – snarare är det fråga om vad som är någorlunda rimligt från juridisk synpunkt. Även när politiska instanser bestämt att dagens värderingar skulle vara avgörande får juristen, om han vill medverka i en utredning under sådana förutsättningar, försöka hålla på huvudprincipen att varje handlande skall bedömas efter förhållandena då den företogs; avvikelser från principen bör kunna ske just på grund av statsmakternas välvilja, inte på juridiska grunder. Den som handlat inte bara juridiskt korrekt utan också i bästa välmening är också berättigad till en rättvis bedömning, även om den inte bör gå ut över de skadelidande.⁵⁴

Vid en juridisk prövning kommer alltså *rättsstridighetsfrågan* i förgrunden, om också i en speciell utformning. Skall man trots dåvarande rättsuppfattning anse handlingen skadeståndsgrundande (bortsett från att skadeståndet är preskriberat) bör det rimligen vara fråga om ett så

⁵⁴ Vid steriliseringsbesluten lär inte många beslutsfattare ha varit vid liv vid utredningen, men i den mån deras handlande stämplats som oförsvarliga går det i vart fall ut över deras eftermäle.

klart avsteg från nuvarande normer att konsekvenserna omöjligen kan accepteras. Såvitt angår sterilisering lär detta ha varit fallet när åtgärden skett utan samtycke eller beträffande omyndiga eller underåriga, kanske också beträffande vissa intagna på anstalt; i övrigt är det tivelaktigt om myndigheternas handlande skulle bedömas som helt oförsvarligt ens enligt dagens normer.

7. Ännu en variant kan nämnas för jämförelse: verkan av *misstag* – inte övergrepp – från myndigheter i det förflutna som eventuell grund för ex gratia-ersättning. Också i sådana fall kan politikernas och massmedias inställning leda till att frågor om ersättning och upprättelse kommer upp. Vid utredningar i detta sammanhang blir det emellertid i regel fråga om en vållandebedömning av vanlig typ – inte någon diskussion om vad som idag kan anses som rättsstridigt. Frågan blir snarare vilka ursäkter som kan beaktas när det gäller tidigare brister i myndigheternas verksamhet. Även detta kan påverkas av en förskjutning i värderingarna (jfr 4 ovan).

Ett exempel på en sådan bedömning ger justitiekanslerns neurosedyn-utredning av 2003, som gällde frågan om fel begicks vid läkemedelskontrollen på 1950- och 1960-talen och de neurosedynskadade därför skulle varit berättigade till ytterligare skadestånd (utöver vad de fått genom en förlikning med läkemedelstillverkaren). Detta var alltså innan nuvarande skadeståndslag trätt i kraft, med dess skärpta inställning till fel vid myndighetsutövning; staten kunde dock ändå tänkas bli ansvarig för vållande hos anställda (i vart fall i överordnad ställning), eftersom det gällde personskada. – Bedömningen vid utredningen låg till grund för ett senare regeringsbeslut om ersättning ex gratia till de skadelidande.

I JK:s utlåtande framhölls bl.a. att såvitt framkommit i ärendet visst material som rörde risker med läkemedlet varit okänt och att någon oakt-samhet inte kunde anses förekomma i detta hänseende. Förfarandet vid godkännandet var helt i enlighet med etablerad praxis, och tillräckliga skäl fanns inte att agera annorlunda. Det var svårt att konstatera sådana brister i dåvarande kontrollorganisation som framstod som mera anmärk-ningsvärda med hänsyn till dåvarande erfarenheter och kontrollmöjlig-heter. Inga fel eller försummelser kunde läggas myndigheterna till last.⁵⁵ Viss tveksamhet förelåg angående Medicinalstyrelsens underlåtenhet att

⁵⁵ Se om det sagda JK:s utlåtande 30 april 2003 s. 15 f. (Det kan nämnas att – som fram-går av utlåtandet – jag själv medverkade vid JK:s utredning och delade JK:s bedöm-ning.)

varna allmänheten sedan skadeverkningar konstaterats, men det gällde en besvärlig avvägningsfråga. En domstol kunde *då* ha kommit fram till att förfarandet inte var det lämpligaste,⁵⁶ men trots de starka sociala och humanitära skäl som kunnat åberopas för en rätt till skadestånd ansåg JK att domstolen inte skulle ha konstaterat skadestånd för det allmänna enligt dåvarande regler (före SkL:s tillkomst), i vart fall inte på grund av läkemedlets registrering och sannolikt inte heller på grund av underlåtna varningar.⁵⁷ – Det ansågs vidare oklart om skadeståndsansvar *idag* skulle konstaterats enligt 3 kap. 2 § SkL, bl.a. då en domstol knappast kunde bortse från att kunskapsläget vid tiden för handlandet var ett helt annat än nu. Underlåtenheten att varna kunde dock eventuellt innebära en skadeståndsgrundande försummelse. För ex gratia-ersättning talade enligt JK att det gällde exceptionellt ömmande fall där staten såtillvida varit inblandad som den offentliga läkemedelskontrollen visade sig otillräcklig; mot ersättning kunde å andra sidan invändas att även jämförbara starkt ömmande fall förekom vid skada av annan orsak.⁵⁸ – Resultatet blev ett förslag om skattefri ersättning med 250 000 kr för var och en av de levande neurosedynskadade. Regeringen följde i huvudsak förslaget, fast ersättningen fördubblades – 500 000 kr skulle utgå till varje skadad.

JK har alltså gjort bedömningen med hänsyn till förhållandena vid det skadegörande handlandet och dåvarande rättsläge; det är den naturliga utgångspunkten också när det gäller det allmännas skadeståndsansvar. Det kan påpekas att skadorna uppkommit bara 40–50 år före utredningen, och att man då redan kunde konstatera den skärpning av culpabedömningen som nyss berördes. Kanske har kraven på myndigheterna ytterligare skärpts på senare tid; man får ställa särskilda krav på deras omsorg och hänsyn till enskilda och bedöma brister i olika avseenden utifrån dagens värderingar. Men i ärendet var det knappast fråga om den typen av vållande; det gällde främst misstag på grund av otillräcklig

⁵⁶ Se utlåtandet s. 18.

⁵⁷ Det framhölls också att ett skadestånd sannolikt skulle varit preskriberat, vilket dock inte skulle åberopas av staten. Se utlåtandet s. 21.

⁵⁸ Angående ersättning ex gratia gjordes en jämförelse med steriliseringsfrågans behandling, där det dock gällde medvetet tillfogade skador och de skadelidande inte fått kompensation från annat håll; skadorna var också av en enhetlig typ. Gick man ifrån kravet på juridiskt ansvar kunde även andra grupper som drabbats av missbildningar och andra svåra fosterskador göra gällande krav på kompensation. Vidare jämfördes med ersättning till blödersjuka (SOU 1993:61), där ex gratia-ersättning utgick. Se utlåtandet s. 20 ff.

kunskap, och då kan man naturligtvis inte bortse från vad som var känt vid den aktuella tiden. Här spelar ändrade värderingar en underordnad roll. JK kan inte sägas ha tagit avstånd från den äldre lagstiftningen angående det allmännas ansvar; han har bara konstaterat skillnaden. – När man sedan kommer till frågan om ex gratia-ersättning har JK däremot beaktat också nuvarande regler; de kunde motivera att skadestånd utgår av billighetsskäl.

Det kan framhållas att regeringen, trots att skadeståndsansvar i flertalet fall knappast kunde antas föreligga ens enligt dagens regler, beslöt en förhållandevis generös ersättning på sådana grunder. Humanitära synpunkter bör här ha spelat en väsentlig roll, men också hänsyn till allmänhetens reaktioner. Den upprörda debatten efter neurosedynkatastrofen var inte glömd.

Också i detta fall får man räkna med att liknande problem kan uppstå vid utredningar i framtiden. Brister i myndighetskontroll av olika slag kan få återverkningar som visar sig först i en ganska avlägsen framtid; även om det hittills främst gällt skadliga läkemedel⁵⁹ kan man tänka sig att exempelvis försummad byggnads- eller miljökontroll leder till en rad skador som upptäcks först när ett skadeståndsanspråk är preskriberat eller av andra skäl inte kan leda till framgång enligt gällande rätt. Och, som sagt: några rättssäkerhetsargument går knappast att åberopa när det gäller statens ansvar. Det kan leda till att frågor om skadestånd ex gratia kan tas upp på liknande sätt som i neurosedynfallet.

8. Här har berörts två skilda problem som dock har det gemensamt att ändrade värderingar kan tänkas påverka den juridiska bedömningen. De rättsteoretiska aspekterna har jag som sagt inte kunnat ta upp. Också från praktisk synpunkt är emellertid läget ganska svårt att överblicka. Såvitt materialet visar är huvudregeln att domstolar och myndigheter anlägger ett historiskt synsätt vid sina bedömningar även sedan värderingarna ändrats; undantag kan bara förekomma i ganska speciella situationer. Problemet får emellertid en annan karaktär när det gäller ex gratia-ersättning. En anledning är att det då får mindre omvälvande konsekvenser att äldre rättsregler underkänns, men framför allt kommer politiska synpunkter att inverka på ett sätt som saknar motsvarighet vid ordinär rättstillämpning. Här får inte domstolar utan regering och riksdag sista ordet, och då är

⁵⁹ Se här också SOU 1993:61.

det naturligt att en moraliserande hållning hos massmedia och allmänhet spelar en viktig roll för prövningen – kombinerad med en självklar medkänsla för hårt drabbade enskilda personer. Ståndpunkten kan förstås kritiseras på juridiska grunder, men detta påverkar knappast utgången i större utsträckning. De retroaktiva värderingarna kommer att spela en avgörande roll för bedömningen.