

Några frågor om skolansvar

Av professor, f.d. justitierådet BERTIL BENGTTSSON

Den nya lagen med förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever innehåller en del bestämmelser som avviker från annars gällande skadeståndsprinciper och kan ställa till problem vid tillämpningen. Bl.a. sammanför lagen regler om skadestånd för diskriminering och för andra kränkningar, t.ex. mobbning, vilket medför att ansvaret för kränkningar fått en speciell utformning. I artikeln analyseras ett antal toek-samma frågor om skolans ansvar som inte fått en tillräcklig bevisning i moti-ven.

1. Inledning

Lagen (2006:67) med förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever (en krånglig titel, som här skall utbytas mot *skolansvarslagen*) reglerar på flera sätt ett gränsområde inom skadeståndsrätten. Den behandlar ett ansvar för det allmänna mot barn och elever vilket delvis utgör myndighetsutövning enligt skadeståndslagen (SkL) — dock inte helt, eftersom undervisning faller utanför detta begrepp.¹ Den berör ansvar både för det allmänna och för fristående skolor; i det senare fallet är det fråga om skadeståndsskyldighet i avtalsförhållanden. Lagen har sammanfört regler om skadestånd både vid diskriminering — detta enligt ett EG-direktiv — och vid annan kränkande behandling, vilket innebär att delvis olika ändamålssynpunkter framträder. Den gäller både skada vållad av den skadeståndsskyldige med personal och skador orsakade av andra under deras uppsikt. Den rör själva ansvaret för huvudmannen för skolverksamheten men reglerar bara i begränsad utsträckning de åtgärder som skall vidtas för att förebygga ansvar; bestämmelser om disciplinära åtgärder finns främst i skolförfattningarna. Den innehåller vissa skadeståndsregler av speciell typ: vid sidan av ansvar för styrkt culpa även ett ansvar med omkastad bevisbörda (alltså ett presumtionsansvar, något ganska ovanligt i utomobligatoriska förhållanden) och i diskrimineringsfrågor ett säreget ansvar med delad bevisbörda. Allt som allt är det en rad delvis artskilda problem som behandlas och ibland får lösningar som avviker från mera generella skadeståndsgrundsatser. De kan sägas illustrera svårigheten att förena sådana grundsatser med en skadeståndslagstiftning med mera speciella syften. — Eftersom det kanske dröjer innan lagen får en

¹ Se 3:2 SkL. Att åtgärder mot mobbning (liksom andra disciplinära åtgärder) är myndighetsutövning enligt denna paragraf framgår av NJA 2001 s. 755. Se vidare Bengtsson-Strömbäck, SkL. En kommentar (2 uppl. 2006) s. 92 f.

mera utförlig kommentar kan det vara skäl att redan nu ta upp några särskilda frågor om dess tillämpning.²

Det finns en del tekniska konstigheter i skolansvarslagens utformning. Skulden ligger dock knappast på juristerna i regeringskansliet. En väsentlig orsak är just att lagen samtidigt behandlar diskrimineringsfrågor och frågor om andra kränkningar, bl.a. mobbning. Såvitt angick diskriminering måste man delvis följa EG-direktivet även i detaljfrågor där man kan sätta i fråga om regleringen är rationell.³ Vid propositionens utformning har man också varit tvungen att beakta synpunkter från vad man kan kalla diskrimineringsetablissemang — fyra starkt engagerade ombudsmän med huvuduppgift att motarbeta diskriminering samt en rad inflytelserika politiker och tjänstemän i kanslihuset med samma inställning. På detta håll har man av naturliga skäl dels fäst avgörande vikt vid diskrimineringsfrågorna, dels varit ovillig att avvika från traditionella formuleringar i lagreglerna på området. Det viktigaste vid departementsbehandlingen torde ha varit att tillgodose sådana synpunkter — lagstiftningen i övrigt har fått anpassas efter dem, och de tekniska problem som detta kan medföra har man tydligen inte haft mycket tid att fundera på. Det var bråttom att genomföra direktivet. — Som framgår av det följande blev i varje fall resultatet att diskrimineringsresonemangen kommit att prägla också lagens regler om andra kränkningar på ett inte helt lyckligt sätt. Även fränsett detta har den gemensamma lagstiftningen medfört en del komplikationer.

Här skall inte förbigås att ansvaret för lagens uppläggning delvis ligger på Skolansvarsutredningen (dvs. mig själv), vars betänkande lagstiftningen delvis bygger på (se SOU 2004:50). Utredningsuppdraget tillkom för att EG-direktiven mot diskriminering skulle genomföras på skolområdet; att också regler om mobbning togs in i lagförslaget berodde snarast på att utredningen ville utnyttja en formulering i regeringsuppdraget för att samtidigt försöka stärka mobbade elevers ställning efter HD:s omdiskuterade dom i NJA 2001 s. 755 ("Grumsfallet") — detta var ju en chans att snabbt få igenom en lagstiftning i frågan. Till inställningen bidrog att det är svårt att hålla isär mobbning och annan kränkande behandling av diskrimineringsskäl från kränkningar på annan grund; det är ju inte så mycket drägligare att bli mobbad för att man är dum och ful än av etniska eller religiösa orsaker, och många gånger är det svårt att urskilja den egentliga grunden till mobbningen. Skulle man lagstifta om det ena slagets kränkningar, från skolans eller medelevers sida, så borde man också lagstifta om det andra, helst på samma vis. — Så menade alltså utredningen; men ur diskrimineringsetablissemangets synvinkel måste detta ha tett sig som ett sidospår som komplicerade lagstiftningen i onödan. Utredningen kan sägas ha underskattat betydelsen av

² En kort kommentar väsentligen byggd på motiven har nyss utgetts (Olle Rimsten, *Diskriminering och annan kränkande behandling*, 2006).

³ Utom bevisbördereglerne (se härom nedan) kan man diskutera sådana frågor som utformningen av diskrimineringsbegreppet och det rimliga i att ha särregler om instruktioner att diskriminera — faller inte detta under det allmänna diskrimineringsförbudet? Jfr SOU 2004:50 s. 135 f.

EG-direktivens prioritering och det politiska trycket på området. Dess förslag kom också att ändras på flera ganska viktiga punkter.

Lagstiftningen framstår såtillvida som provisorisk som avsikten är att med tiden en sammanhållen diskrimineringslagstiftning skall införas. I sammanhanget har det intresse att Diskrimineringsutredningen i sitt slutbetänkande (SOU 2006:22) föreslagit att de regler som förbjuder mobbning och annan kränkande behandling skall lyftas ut från diskrimineringslagstiftningen och placeras i skollagen, detta enligt ett alternativt förslag i Skolansvarsutredningens betänkande.⁴ Det ligger en del i denna ståndpunkt, tycker jag numera — fast då måste man skilja mellan trakasserier på olika grunder ännu mer än idag.

I fortsättningen skall jag bara inrikta mig på vissa skadeståndsrättsliga frågor som lagen ger upphov till, närmast angående ansvaret för huvudmannen för skolverksamheten. Jag kallar för enkelhetens skull denne för ”skolan”; i de flesta fall kommer detta alltså att beteckna kommunen, men det avser också den som driver en fristående skola.

2. Allmänt om lagen

Skolansvarslagen gäller utbildning och annan verksamhet avsedd i skollagen (1 § 2 st.). Såvitt angår skadestånd innebär den i stora drag följande.

Enligt en allmän bestämmelse i 3 § svarar skolan i sin verksamhet för handlande inte bara av skolan och dess anställda utan också av uppdragstagare, förutsatt att det skett i tjänsten respektive inom ramen för uppdraget. Ansvaret går alltså längre än allmänna skadeståndsprinciper — huvudregeln är ju att man inte svarar för självständig medhjälpare utanför kontraktsförhållanden — och det går också längre än 3 kap. 2 § SkL, som bara stadgar sådant ansvar vid myndighetsutövning.⁵

I 5–8 §§ föreskrivs vissa aktiva åtgärder för att tillgodose lagens ändamål. Bestämmelserna i 6–8 §§ är skadeståndssanktionerade enligt 15 §. Skolan kan alltså bli skadeståndsskyldig vid försummelse att upprätta en likabehandlingsplan (6 §), att förebygga och hindra kränkande behandling (7 §) och att utreda och vidta åtgärder mot kränkande behandling (8 §). Regleringen ger anledning till speciella problem som strax skall beröras (under 4 och 5 nedan).

Nästa avsnitt i lagen handlar om förbud mot diskriminering. Det innehåller bestämmelser om direkt och indirekt diskriminering som ansluter sig till annan diskrimineringslagstiftning (9 och 10 §§), förbud för skolan och dess personal att utsätta barn eller elever för trakasserier (11 §), varmed menas bara diskriminerande kränkningar av

⁴ Se härom SOU 2006:22, del I s. 228 f.

⁵ Orden ”i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar” har ju just denna innebörd. — Ansvaret enligt 3 § gäller däremot inte skadevällande av medhjälpare utanför verksamhetens organisation som inte är verksamma i själva arbetet, se a. prop. s. 118.

deras ”värdighet”⁶ (se definitionen i 2 §), och förbud mot instruktioner att diskriminera (en till synes överflödiga bestämmelse,⁷ som härrör från ett EG-direktiv). Också dessa regler är skadeståndssanktionerade enligt 15 §.

I 13 § förbjuds skolan och dess personal att utsätta ett barn eller en elev för annan kränkande behandling än diskriminering, och 14 § förbjuder repressalier på grund av anmälan m.m. för brott mot lagen. Skadeståndsansvar vid överträdelse av förbuden föreskrivs i 15 §.

Den centrala skadeståndsregeln är alltså 15 § (i förening med vissa bevisregler i 18 och 19 §§). Där stadgas ansvar dels för kränkning, dels för annan skada som orsakats av att de förut angivna skyldigheterna åsidosatts. Ersättning utgår för alla kränkningar genom diskriminering och repressalier, i övrigt bara om kränkningen inte är ringa. Diskriminering betraktas på detta vis som mera förkastlig än andra trakasserier och övergrepp mot en elev. Även i dessa senare fall är dock bedömningen strängare än enligt SkL, som föreskriver kränkningersättning bara vid allvarliga kränkningar genom vissa brott (2 kap. 3 §). Regeln i 15 § gäller skadeståndsskyldighet för skolan; personalen lär bara svara enligt SkL:s bestämmelser mot barn och elever.⁸

Bevisbördan ligger inte som i de flesta andra skadeståndsfall på den skadelidande. Till en början gäller enligt 18 § en speciell regel, inspirerad av EG-direktiv på området (fast den i lagens version har ett ännu säregnare innehåll). Om den skadelidande ”visar omständigheter som ger anledning att anta att hon eller han blivit diskriminerad, utsatt för annan kränkande behandling eller utsatt för repressalier” skall skolan för att undgå skadestånd visa att något sådant inte förekommit. Bevisbördan rörande samma fråga går alltså i ett visst skede över på skolan. Som framhölls vid lagens tillkomst är det underligt att göra en sådan uppdelning av bevisbördan — när domstolen bedömer om det finns anledning att anta diskriminering etc. måste man ju samtidigt pröva bevisning från motsidan, men sedan skall tydligen samma fråga prövas om igen enligt en annan regel. Regeringen ville dock inte avvika från den formulering som man (olyckligtvis) valt i annan diskrimineringslagstiftning.⁹ Av lagtexten framgår att samma regel om delad bevisbörda kommer att gälla också när en elev påstår att han eller hon behandlats på ett kränkande sätt av en lärare, fast det inte är fråga om diskriminering utan t.ex. om annan orättvis behandling eller olämpligt uppträdande (jfr 13 §) — en be-

⁶ Termen — som alltså skall användas också om förskolebarn — härrör från annan diskrimineringslagstiftning; utredningen talade i stället om kränkning av vederbörandes ”person”. Jfr SOU 2004:50 s. 123.

⁷ Jfr not 3 ovan.

⁸ Ansvar för kränkning enligt 2 kap. 3 § kan då lindras med stöd av 4 kap. 1 §; vid uppsåtligt brott lär det dock i regel finnas synnerliga skäl för skadestånd.

⁹ Se prop. 2005/06:38 s. 122, jfr 207 f, där Lagrådet kritiserar regeln med hänvisning till skolansvarsutredningens synpunkter i SOU 2004:50 s. 116 ff. Liknande kritik bl.a. av Jonas Malmberg i Juridisk tidskrift 2001–02 s. 807 f. Se vidare NJA 2006 s. 170.

vislättnad som avviker från utredningsförslaget. Den skall senare diskuteras närmare (6 nedan).

När det gäller mobbning eller annan kränkande behandling från andra barns eller elevers sida — inte av skolans personal — gäller en annan bevisbörderegeln i 19 §. Har den skadelidande visat att en sådan kränkande behandling förekommit skall skolan för att undgå ansvar ”visa att alla skäligen åtgärder för att förebygga eller förhindra behandlingen hade vidtagits”. Detta är en mera ordinär regel, som väsentligen motsvarar ett presumtionsansvar: den skadelidande skall styrka visst faktiskt förhållande, och sedan får svaranden exculpera sig i fråga om detta förhållande — ungefär som en förvarare eller transportör får frita sig från vållande, om det styrks att ett föremål skadats medan han haft hand om den. När det gäller mobbning och andra trakasserier elever emellan krävs tydligen full bevisning rörande kränkningen, i motsats till vid påstådda kränkningar från lärarhåll.

Som framgått gäller lagen ansvar också för fristående skolor där huvudmannen är en enskild juridisk (eller möjligen någon gång fysisk) person. Här får skadeståndsansvaret enligt lagen en annan karaktär, såtillvida som det kan ses som ett ansvar i kontraktsförhållande. I övrigt är reglerna desamma enligt lagen. De är av naturliga skäl tvingande (se 4 §).

3. Några särdrag hos skadefallen

Så ser alltså lagstiftningen ut i huvuddrag. Ett särdrag som redan här kan påpekas är att den delvis gäller skador orsakade inte av den ansvarige eller hans folk utan av skadevällare under hans tillsyn — alltså av andra elever (jfr 8 §). Man kan här dra paralleller med culpaansvaret för vårdnadshavare (jfr 6 kap. 2 § FB), eller kanske rentav med samma ansvar för djurägare; problemen med obestämda och svårförutsebara skademöjligheter är delvis desamma. I alla dessa fall krävs kontrollåtgärder som beror av förhållandena i enskilda fall och är svåra att beskriva närmare. En skillnad är emellertid att föräldrar och ännu mer djurägare har en större frihet att vidta åtgärder som de anser lämpliga för att motverka skada. När det gäller skolor är personalens möjligheter kringskurna på ett annat sätt, särskilt med tanke på elevernas rätt till integritet. Vilka disciplinära åtgärder som bör kunna vidtas är delvis politiskt kontroversiellt och regleras i skollagstiftningen, som är under omarbetning. Till detta kommer att de möjliga skadevällare som skall kontrolleras är långt fler och dessutom lär vara svårare att övertyga om värdet av hänsyn och försiktighet än barn under föräldrarnas tillsyn. — Med tanke på svårigheten för en skadelidande att visa eventuella brister i tillsynen är det ganska naturligt att skolan har bevisbördan för vidtagna åtgärder enligt 19 §. (Något motsvarande gäller däremot inte i fråga om vårdnadshavarens eller djur-

ägares ansvar; hundägare har dock strikt ansvar, se 6 § lagen om tillsyn över hundar och katter.¹⁰⁾

Ett annat drag som bör framhållas är att i skolfallet inte bara skadevällaren utan också den skadelidande normalt står under den skadeståndsskyldiges tillsyn — skolan har ett ansvar för sina elevers psykiska och fysiska hälsa. Man kan tala om ett kontraktsliknande förhållande till den skadelidande (eller, i fråga om fristående skolor, ett verkligt avtalsförhållande). Detta får betydelse för både vållandebedömningen (se särskilt 5 nedan) och kretsen av ersättningsberättigade (7 nedan).

Allt detta kan motivera en speciell reglering av skadestandsfrågorna även utanför diskrimineringsområdet. Som framgått innehåller skolansvarslagen också vissa bestämmelser utan motsvarighet i skadeståndslagstiftningen i övrigt. Några av dem skall här tas upp till diskussion.

4. Försummelse att förebygga kränkningar

Efter förslag av Lagrådet har underlåtenhet att upprätta en *likabehandlingsplan* enligt 6 § sanktionerats genom skadeståndsansvar; regeln har motiverats med att planen är en viktig del i arbetet med att förhindra och motverka diskriminering och annan kränkande behandling.¹¹ Den situation man tänkt på måste vara att bristen på plan orsakat skada för viss elev — avsikten kan inte gärna ha varit att elevkollektivet skulle kunna kräva skadestånd redan på grund av den dåliga stämningen i skolan eller blotta risken för mobbning. (Jfr 7 nedan om kretsen av skadeståndsberättigade.) I den mån skadestånd krävs för trakasserier eller andra kränkningar elever emellan, lär underlåtenheten falla under presumtionsansvarsregeln i 19 §: skolan får visa att den har en ursäkt för att inte det finns någon föreskriven plan, vilket nog inte blir så lätt.

Detta avgör dock inte ensamt skadestandsfrågan. Den skadelidande måste rimligen ha bevisbördan för orsakssamband mellan försummelse och skada — 15 § föreskriver ansvar för skada som har "orsakats av åsidosättandet".¹² Enligt motiven skall planen dels ta sikte på ingripande i akuta situationer, dels avse både förebyggande och uppföljande verksamhet, och bl.a. innehålla rutiner för hur personalen i verksamheten skall agera.¹³ Man kan tänka sig att personalen i brist på likabehandlingsplan handlat omdömeslöst vid uppgifter om en mobbning och att en elev på ena eller andra sättet blivit lidande på grund av förfarandet; men då lär ansvar inträda redan på grund av

¹⁰ Likaså ägare av hemdjur vid skada på annans ägor, enligt 47 § ägofredslagen.

¹¹ A. prop. s. 111.

¹² Enligt lagtexten gäller detta "annan skada" än kränkning, men meningen kan inte vara att skadestånd däremot skall utgå för en kränkning som inte orsakats av att skolan brustit i sina skyldigheter. Jfr a. prop. s. 111, 147 f, där ingenting tyder på att man på detta vis skulle vilja frångå allmänna skadeståndsrättsliga principer.

¹³ A. prop. s. 139.

reglerna i 8 och 15 §§. Kan man inte konstatera felhandlingar av personalen i det särskilda fallet, lär det vara svårt att grunda skadeståndsskyldighet på bristen på likabehandlingsplan. Den kan inte gärna ha påverkat enskilda mobbares handlande, och har åtgärder av personalen inte avstyrat fortsatt mobbning är det inte lätt att visa att det skulle gått annorlunda om en plan hade upprättats. Om inte domstolarna är villiga att tillämpa ett sänkt beviskrav för orsakssambandet torde den nu diskuterade grunden för skadestånd få ringa betydelse.

Delvis liknande problem kan möta när skolan påstås ha *underlåtit andra förebyggande åtgärder* — alltså åtgärder för att hindra att barn och elever utsätts för trakasserier eller annan kränkande behandling (se 7 §). Det är alltså fråga om skyldigheter som skolan haft innan den åberopade kränkningen förekommit. Också här måste det rimligen krävas att en viss elev är kränkt innan det blir fråga om skadestånd.¹⁴ I detta fall ligger enligt 19 § bevisbördan för vållande på skolan, vilket är naturligt — den har förstås de bästa möjligheterna att ta fram utredning om sådana interna förhållanden som ursäktar underlåtenheten, antingen kränkningen berott på en elev eller på skolpersonalens handlande. Som exempel på skolans åligganden anges i motiven att personalen skall vara uppmärksam på den jargong och det beteendemönster som råder mellan eleverna och se till att miljön i skolan inte inbjuder till sådana missförhållanden. Också här kan man vänta sig invändningar från skolans sida, att inte heller en sådan uppmärksamhet skulle ha hindrat en enskild elev från att uppträda kränkande. Chanserna att styrka orsakssamband är väl något bättre här än då det gäller försummad likabehandlingsplan, men allmänt sett torde det bli ganska sällsynt att skadestånd utdöms på grund av regeln i 7 § — i varje fall om man tillämpar ordinära skadeståndsrättsliga principer.¹⁵

De nu berörda problemen har tydligen uppmärksammats av Diskrimineringskommittén. Där framhålls att sådana aktiva åtgärder som att upprätta en likabehandlingsplan eller att förebygga eller förhindra trakasserier är av kollektivt slag och inte syftar till rättvisa eller upprättelse för den enskilde individen på det sätt som skadeståndspåföljden gör. I stället för skadestånd för underlåtenhet att vidta sådana åtgärder skulle påföljden bli vite också när det gällde förhållandena i skolan.¹⁶ Förslaget verkar välmotiverat; de nuvarande reglerna kan uppmuntra till tivelaktiga skadeståndsanspråk men är i realiteten inte till stor glädje för en skadelidande.

5. Försummelse att ingripa mot påstådd mobbning

Viktigare från skadeståndssynpunkt är nog situationen när skolan redan har *fått kännedom* om att trakasserier eller annan kränkande be-

¹⁴ Se även här diskussionen i 7 nedan.

¹⁵ Jfr (om 7 § 2 st. utredningsförslaget) SOU 2004:50 s. 171 f.

¹⁶ SOU 2006:22 s. 166.

handling har förekommit (eller åtminstone påståtts). I detta läge blir 8 § tillämplig: omständigheterna skall utredas och rimliga åtgärder vidtas för att hindra fortsatt kränkning. Här gäller presumtionsansvaret enligt 19 §. Att skolan har bevisbördan beträffande sitt handlande är inte konstigt; det är ju i regel bara den som kan klarlägga de åtgärder som vidtagits, och det är naturligt att detta sker i en skadeståndstvist. I NJA 2001 s. 755 — Grumsfallet — var det sålunda skolan som i eget intresse utredde vad den gjort i saken. Man kan därför anta att i många fall bevisbördan inte spelar så stor roll. Frågan blir snarare om vissa åtgärder som ostridigt vidtagits kan anses tillräckliga för att uppfylla skolans skyldigheter. Från den synpunkten kan ansvarsskärpningen synas ha måttligt värde för en skadelidande; presumtionsansvaret framstår snarast som en markering av att skolan måste vidta energiska åtgärder mot mobbningen och dokumentera vad man har gjort.

Av större intresse är vilka krav som närmare bestämt kan ställas på skolan och vilka befogenheter den närmare bestämt har att ta itu med en mobbare.¹⁷ Culpabedömningen kan på detta vis vara viktigare än bevisbördan för culpa. Den regleras emellertid inte närmare i 2006 års lag; vissa bestämmelser om skolans åtgärder återfinns som sagt i framför allt skolförfattningarna.¹⁸ Här skall inte närmare behandlas dessa bestämmelser, som efter regeringsskiftet 2006 kan väntas bli ändrade relativt snart. Man kan konstatera att inte heller skolförfattningarna ger besked om hur skolan skall förfara i detalj — något som underströks av oppositionen vid förslaget riksdagsbehandling. Vad som sägs om skolans skyldigheter i 8 § ("de åtgärder som skäligen kan krävas") tyder inte på mera långtgående krav på skolan när det gäller att förhindra mobbning.¹⁹ För närvarande är också skolans befogenheter begränsade särskilt när det gäller ingripande mot mobbare i grundskolan. Motiven betonar emellertid att all kränkande behandling skall tas på allvar och motarbetas; det talas om en nolltolerans mot mobbning. Det kan framhållas att skolans ansvar sträcker sig också till vad som förekommer på väg till och från skolan, vilket lär innebära en utvidgning av stor praktisk betydelse.²⁰

I alla händelser får en domstol ta hänsyn till hur svårt det är att kontrollera vad som förekommer på raster och fritid, inte minst när det är flera som trakasserar en kamrat. De ledande mobbarna kan inte heller väntas höra till de mest lättpåverkade eleverna. Blir det fråga

¹⁷ Detta var utredningen väl medveten om, men skärpningen ansågs ändå motiverad (jfr SOU 2004:50 s. 131).

¹⁸ En översikt över möjligheterna till disciplinära ingrepp finns i SOU 2002:121 s. 388 ff. Vissa rapporter och handböcker kan också ge ledning (se SOU 2004:50 s. 171, 173).

¹⁹ I betänkandet talades i stället om "alla åtgärder som rimligen kan krävas", vilket markerade ganska stränga krav på skolan; jfr SOU 2004:50 s. 130 f, 173. Någon annan inställning är dock svår att utläsa av propositionen, jfr s. 140 ff.

²⁰ Se om det sagda bl.a. a. prop. s. 104 f, 140 ff. och utbildningsutskottet i 2005/06UbU:4.

om skadestånd kan det inte gärna krävas att skolan *förhindrar* mobbning ens sedan denna uppmärksammas, bara att den gör sitt bästa för att minska risken. Bedömningen lär här delvis bero på vad en reviderad skollag kan innehålla.

Vad angår bevisbördan för *orsakssamband* i den situation som avses i 8 §, kan nämnas att i propositionen man inte ville ta upp en regel i utredningsförslaget, att skolan skulle gå fri om den kunde visa att kränkningen inte kunnat förhindras genom rimliga åtgärder; ett samband med skolans försummelse skulle annars presumeras.²¹ Regeringen framhöll att regeln tog sikte på att det måste föreligga ett orsakssamband mellan underlåtenheten att vidta åtgärder och skadan, men att en sådan bestämmelse inte borde tas upp i en bevisbörderegler; den skulle komplicera tillämpningen. Utan någon särskild reglering fick anses gälla att om exempelvis en skada inträffade innan skolan kunde vidta några åtgärder, huvudmannen enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer inte kunde bli ansvarig.²² — Det är tydligt att enligt propositionens inställning det även här är den skadelidandes sak att styrka orsakssamband mellan försummelsen och skadan. Det blir inte lätt — i många fall måste ett påstående, att ett mera resolut handlande från skolans sida skulle ha gjort slut på mobbningen, bygga på rena spekulationer. Särskilt mera subtila sätt att trakassera en kamrat kan förefalla oätkomliga från skolans sida.²³ Rimligen bör ett lindrat beviskrav gälla — det skulle räcka med att man från den skadelidandes sida gör sannolikt att mobbningen skulle ha upphört. Men redan detta kan ibland vara svårt.

Bestämmelsen i 15 § talar om skadestånd för kränkning när reglerna i de angivna paragraferna åsidosatts; också annan skada ”som har orsakats av åsidosättandet” skulle ersättas. När det gäller kränkning fordrar lagtexten alltså inte att någon konkret skada kan konstateras. Regeln har uppfattats så, att vid brott mot 8 § det inte skulle krävas att några trakasserier eller annan kränkande behandling alls har förekommit; redan den omständigheten att en bristfällig utredning skett eller otillräckliga åtgärder vidtagits skulle grunda ett ansvar.²⁴ Ett sådant resonemang kunde verka försvarligt i diskrimineringsfall, där själva passiviteten ibland kan anses kränkande för eleven, men när det gäller annan kränkande behandling från kamraters sida kan det knappast accepteras. Författningskommentaren betonar skillnaden mot diskrimineringsfallet och hänvisar till 5 kap. 6 § SkL för vägledning i fall av mobbning och den typen av liknande behand-

²¹ Se om utredningsförslaget SOU 2004:50 s. 131 f, där den omkastade bevisbördan motiveras.

²² Se a. prop. s. 122 f.

²³ Se härom SOU 2004:50 s. 128 f, med hänvisning till Schultz i JT 2001–02 s. 912 ff. och Håkan Andersson i Familjerättsliga studier. Vänbok till Åke Saldén (2003) s. 25 ff.

²⁴ Se diskrimineringskommitténs synpunkter SOU 2006:22 del II s. 409.

ling;²⁵ det är uppenbart att man bara tänkt på *nya* kränkningar från kamraternas sida. Om det faktiskt inte skett någon mobbning efter det att saken anmälts vore det säreget om eleven skulle kräva skadestånd för att skolan varit passiv — dess bedömning har ju visat sig riktig och inte orsakat någon skada. Att upprörda föräldrar kan påstå att eleven blivit sårad för att skolan inte tagit allvarligare på anmälan eller liknande kan inte gärna resultera i kränkingsersättning, när inget hänt.²⁶

6. Kränkningar från skolans sida

Reglerna om förbud mot diskriminerande trakasserier och annan kränkande behandling från *skolans* sida finns i 11 och 13 §§. Här gäller den förut kritiserade bevisbörderegeln, som innebär att det räcker för eleven att visa omständigheter som gör kränkningen sannolik, vare sig det gäller diskriminering eller annan kränkande behandling; sedan går bevisbördan över på skolan. En motsvarande regel i 21 § diskrimineringslagen har nyligen tillämpats av HD (NJA 2006 s. 170), som framhållit att den bör tolkas som en presumtionsregel: den skadelidande får visa faktiska omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit utsatt för diskriminering på viss grund, och sedan får svaranden visa att inte det åberopade handlandet i själva verket berott på något annat. Ett sådant resonemang kan användas vid de vanliga formerna av direkt och indirekt diskriminering,²⁷ möjligen också vid bevisade trakasserier; det skulle räcka att göra antagligt att trakasserier hade diskriminerande innebörd. I annat fall skulle de på sin höjd anses som annan kränkande behandling och gå fria från påföljd i ringa fall (15 §).²⁸ Men är händelseförloppet omstritt, bör eleven vara skyldig att styrka att trakasserier faktiskt förekommit.²⁹

I situationer som avses i 13 § — alltså just annan kränkande behandling från skolans sida — passar däremot regeln inte alls. Den skadelidande skulle visa omständigheter som ger anledning att anta

²⁵ Se a. prop. s. 147. Som propositionen framhåller förutsätter kränkingsersättning enligt SKL en allvarlig kränkning, medan enligt skolansvarslagens regel det räcker med att kränkningen inte är ringa.

²⁶ Jfr den vanligare situationen då polisen tar lätt på en oberättigad brottsanmälan. — Skulle trots allt ersättningsregeln anses tillämplig i detta läge i enlighet med diskrimineringskommitténs resonemang, bör skolan i vart fall kunna åberopa att kränkningen är ringa.

²⁷ Jfr här a. prop. s. 142 f, som väsentligen följer utredningens motiv (SOU 2004:50 s. 175 f); utredningens regel hade emellertid ett annat innehåll, som skilde mellan objektivet missgynnande och diskriminering (jfr 10, 11 och 18 §§). Författningskommitténs till 18 § anknyter närmare till propositionens lagtext (a. prop. s. 150).

²⁸ Också här blir bevissituationen dock ganska konstig: skolan får försöka visa att en trakasserande lärares uppträdande berodde t.ex. på personliga motsättningar till eleven eller lärarens omdömeslöshet eller allmänna elakhet och inte påverkats av att eleven tillhörde de kategorier som lagen särskilt skyddar.

²⁹ Jfr nedan om annan kränkande behandling. Betänkandet krävde bevisade trakasserier (SOU 2004:50 s. 171); propositionen är oklar (s. 121 ff. och 150), likaså Rimsten (a.a. s. 100 f.).

att t.ex. en lärare gjort sig skyldig till en kränkning; sedan skulle skolan visa att det i själva verket inte förekommit en kränkning. Man kan konstatera att regleringen avviker från utredningsförslaget utan att skälet för detta angetts. Propositionen tar till synes sikte på diskrimineringsfallet i sina motiv men berör inte särskilt frågan om andra kränkningar från lärare och annan personal, där de bakomliggande skälen för handlandet normalt saknar betydelse.³⁰ När det gäller en lärares uppträdande under själva undervisningen, spelar förmodligen bevislättningen inte så stor roll — tillräcklig utredning finns om vad som hänt inför klassen. Men vid mera privata mellanhavanden kan den påverka bedömningen. Hur skall regeln tillämpas när parterna är oense om vad som förekommit — räcker det att den skadelidande lägger fram bevisning som gör hans eller hennes version antaglig,³¹ eller vad är det annars som skolan skall motbevisa? En elev kanske uppger att läraren använt ett olämpligt språk vid en diskussion på tu man hand eller gått till handgripligheter vid ett gräl. Det verkar knappast rimligt att påståendet inte skulle behöva styrkas utan bara göras antagligt för att eleven skall få skadestånd; tillräcklig motbevisning kan vara praktiskt omöjlig från skolans sida särskilt när uppgift står mot uppgift. Även om lagstiftaren ömmat för illa behandlade elever är det svårt att tro att man velat ge en så utmanande regel, som bl.a. måste väcka indignation hos lärarfacket. Också i detta fall bör alltså den skadelidande bevisa det faktiska handlande som åberopas; sedan får domstolen bedöma om det utgör en kränkning, utan att någon omkastad bevisbörda skulle bli aktuell. — Man kan naturligtvis undra varför bevisbörderegeln fått omfatta fall av kränkande behandling från lärarens sida. Möjligen har man inte alls funderat på dessa konsekvenser vid bestämmelsens tillkomst.

7. Den ersättningsberättigade kretsen

Skadeståndsansvaret enligt lagen tar i första hand sikte på att hindra kränkningar av barn och elever inom den ansvariga skolan. Med detta likställs barn och elever som söker utbildning (eller förskoleverksamhet eller skolbarnsomsorg enligt skollagen), enligt vad som framgår av definitionerna i 2 §; skadestånd mot dem blir väl huvudsakligen aktuellt i vissa diskrimineringsituationer.³² Motiven diskuterar inte ansvar för diskriminering eller annan kränkning av barn och elever i andra skolor (än mindre ansvaret för kränkningar av utomstående personer ovan eller under skolåldern). Det kan antas sammanhånga med det särskilda ansvar som en skola har för de egna elevernas hälsa (jfr 3 ovan). När det gäller kommunala skolor kan emellertid "huvudmannen för verksamheten" (15 §), dvs. kommunen, anses ha ett sådant ansvar för alla barn och elever inom samma kommun.

³⁰ Se a. prop. s. 121 f., 150. Jfr SOU 2004:50 s. 119 f., 135.

³¹ Jfr Rimsten a. st.

³² Jfr a. prop. s. 145.

Man kan vidare säga att diskriminering och andra kränkningar inte blir mera försvarliga därför att de riktar sig mot personer som bor utanför kommunen. Det kan finnas anledning att närmare diskutera vilken krets som är skyddad av skadeståndsregeln. Det är här fråga om ett klassiskt skadeståndsrättsligt problem, som får en särskild prägel vid skolansvar.

Enligt den slutliga lagtexten framgår en begränsning till skolans egna elever bara av en bestämmelse: regeln i 8 § om skyldighet att reagera mot påstådda trakasserier och andra kränkningar rör endast barn eller elever "i verksamheten", och kränkningen skall ha skett "i samband med att verksamheten genomförs". I övrigt har de skyldigheter lagen anger en mera generell utformning: likabehandlingsplanen skall avse "barns och elevers lika rättigheter" och "att förebygga och förhindra trakasserier och annan kränkande behandling" (6 §), den allmänna skyldigheten att vidta åtgärder i sådant syfte gäller "barn och elever" utan närmare precisering (7 §), diskrimineringsförbuden i 9 och 10 §§ talar om missgynnande av "ett barn eller en elev", förbuden mot trakasserier och annan kränkande behandling från skolpersonalens sida gäller på samma sätt "ett barn och en elev", liksom förbuden mot instruktioner att diskriminera (12 §)³³ och repressalier (14 §). Enligt skadeståndsregeln i 15 § inträder ansvar om huvudmannen för verksamheten, rektorn eller någon med motsvarande ledningsfunktion eller annan personal åsidosätter sina skyldigheter enligt 6–14 §§ — också här utan någon begränsning. Formuleringen följer ett förslag av Lagrådet.³⁴ Här skiljer sig bestämmelsen från motsvarande paragraf i utredningsförslaget, som talade om skyldigheter mot "en elev i skolan".³⁵ I propositionens författningskommentar sägs emellertid att huvudmannens skadeståndsansvar enligt lagen gäller "enbart mot barn och elever i, eller som söker till, den aktuella verksamheten"; om någon annan — kanske en elev i en annan skola — blir diskriminerad eller utsatt för en kränkande behandling, skulle inte denna lag utan allmänna skadeståndsregler tillämpas.³⁶ Uttalandet är hämtat från betänkandet, men där hade paragrafen som sagt en annan, snävare formulering. Lagtexten stämmer numera inte helt med motiven.

Frågan uppkommer alltså, vilka barn och elever som kan få skadestånd när skolan eller dess personal åsidosätter sina skyldigheter att hindra mobbning och liknande, företar diskriminerande åtgärder eller uppträder kränkande på annat sätt. Problemet har synbarligen

³³ 12 § talar visserligen om skolors diskriminering av barn och elev "i sin verksamhet", men det behöver ju inte innebära att barnen eller eleverna går i den ansvariga skolan. Motiven nämner fall av diskriminering av elever som söker till skolan (a. prop. s. 145).

³⁴ Se a. prop. s. 147, jfr s. 111.

³⁵ Se SOU 2004:50, 14 § i förslaget; jfr författningskommentaren s. 106, 182.

³⁶ A. prop. s. 147, se även Rimsten, a.a. s. 97; jfr motsvarande uttalande i SOU 2004:50 s. 182.

inte varit aktuellt när propositionen tillkom (däremot i utredningsarbetet). Till förmån för lagtextens reglering kan sägas, att det är naturligt om just ansvaret för underlåtenhet att ingripa mot en påstådd mobbning avser att skydda de barn och elever som skolan har ansvaret för, inte utomstående. Det kunde visserligen vara närliggande att kommunen ordnar ett samarbete mellan berörda kommunala skolor för att hindra fortsatt mobbning, men huvudansvaret för att åtgärder vidtas ligger tydligen på den mobbades skola, och det är försummelser från dess sida som grundar skadeståndsansvar. Och när det gäller fristående skolor står det i varje fall klart, att skadestånd för försummelser enligt 8 § bara sträcker sig till de egna eleverna.

Däremot vore det otillfredsställande om diskrimineringsreglerna inte skulle gälla exempelvis när personalen trakasserar utomstående barn eller när en skola meddelar föreskrifter som riktar sig mot dem (t.ex. att barn från närbelägna skolor, kanske med viss religiös bakgrund eller dominerade av invandrare, inte får komma in i skolbyggnaden eller på skolgården).³⁷ Det vore också säreget om samma ansvar för kränkning inte skulle gälla när skolpersonalen annars uppträder olämpligt mot främmande barn som t.ex. av ena eller andra skälet kommit in på skolans område i sällskap med skolans egna elever. Skolans allmänna skyldigheter att motarbeta trakasserier och annan mobbning bör inte ges en sådan snäv tolkning till nackdel för de skadelidande. Det finns alltså goda skäl att trots motivuttalandet följa lagtexten och i förekommande fall döma ut skadestånd också till utomstående, utom i fall som avses i 8 §.

När det gäller kränkningar av andra utomstående än barn och elever bör emellertid, som motiven framhåller, allmänna skadeståndsregler tillämpas — närmast SkL. Skolansvarslagen ger inte stöd för något annat. Också här blir det framför allt huvudmannen som är ansvarig. Om personalen vållat personskada eller sakskada, t.ex. genom att försumma motiverade åtgärder mot skadegörelse från elevernas sida, blir 3 kap. 1 § eller ibland 2 § SkL tillämplig.³⁸ Är det fråga om ren förmögenhetsskada blir i regel avgörande om handlandet skett vid myndighetsutövning (se 3 kap. 2 §).³⁹ När skolan utfärdar föreskrifter eller söker upprätthålla ordning i lokalerna lär denna paragraf i regel kunna åberopas, knappast när personalen uppträder olämpligt i annat sammanhang. Ersättning för kränkning utgår enligt 2 kap. 3 § bara vid brott som innebär angrepp mot någons "person, frihet, frid eller ära"; dessutom krävs att kränkningen skall vara allvar-

³⁷ Exemplet är väl inte så värst praktiskt men inte otänkbart. — I detta fall lär det vara svårt för enskilda elever att få skadestånd; jfr a. prop. s. 148 f och nedan.

³⁸ 3 kap. 2 § tillämpas om den åtgärd personalen underlåtit inneburet myndighetsutövning. Skillnaden mot 3 kap. 1 § är bara att skolan enligt 2 § kan svara också för försummelse av andra medhjälpare än anställda (jfr Bengtsson-Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar (2 uppl. 2006) s. 100 f.

³⁹ Det är tänkbart att någon gång regeln om vårdslös information i 3 kap. 3 § SkL kan bli aktuell; då krävs särskilda skäl för skadestånd. Brott av personalen (jfr 3 kap. 1 § 2 p. SkL) torde sällan förekomma i denna situation.

lig. Även om bl.a. tjänstefel kan innebära ett sådant brott, är det inte så värst ofta som skadestånd kan utgå på denna grund.⁴⁰

Också ett annat problem uppkommer i fråga om kretsen av ersättningsberättigade.⁴¹ När det gäller trakasserier och andra kränkningar är det klart vilka som är skadelidande och berättigade till skadestånd, likaså vid direkt diskriminering; allmänna regler gäller om tredjemansskada, vilket innebär att ekonomiska förluster t.ex. för elevens vårdnadshavare inte ersätts, när det är eleven som omedelbart drabbats av skolans handlande. Vid indirekt diskriminering drabbas däremot ofta en större grupp. I motiven framhålls att var och en i denna grupp inte kan vara berättigad till ersättning för kränkning, utan det bör rimligen fordras att just den skadelidande eleven på ett särskilt sätt har drabbats av regelns tillämpning. Här hänvisas till allmänna principer om skadeståndets s.k. skyddsändamål ("normskyddsläran"), som dock inte skulle bli avgörande i detta fall: förbudet mot diskriminering och annan kränkande behandling — alltså den norm som överträts — avser ju att skydda varje elev i kollektivet.⁴² Snarare kan åberopas en annan synpunkt som motiven är inne på, nämligen att en medlem av ett kollektiv inte känner sig drabbad på samma sätt när så många är i ens egen situation; någon kränkning i lagens mening skulle inte föreligga. En viss oklarhet kvarstår dock: när är den drabbade gruppen så pass begränsad att de enskilda medlemmarna kan kräva skadestånd? Av viss betydelse lär bli hur pass graverande förfarande som förekommit från skolans sida.⁴³

Allt som allt blir det fråga om en ganska besvärlig gränsdragning i dessa diskrimineringsfall. Den illustrerar svårigheten att tillämpa allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser vid ansvar av denna typ. Över huvud taget framstår diskriminering som en så speciell ansvarsgrund att det kan vara skäl att behandla ersättningsfrågan i dessa fall som ett rättsområde för sig.⁴⁴

8. Avslutning

Sammanfattningsvis kan sägas att de nya reglerna om skolansvar kan befaras vålla åtskilliga bekymmer för både domstolarna och de berörda parterna — särskilt för skolan, mindre för elevsidan. Även om inte elevens talan förs av en ombudsman eller statens skolverk (se närmare 20 §), har den skadelidande goda möjligheter att få ut en kränk-

⁴⁰ Jfr Bengtsson-Strömbäck, a.a. s. 62.

⁴¹ Se om dessa frågor a. prop. s. 148 f, som väsentligen bygger på SOU 2004:50 s. 185 f.

⁴² Se om normskyddsläran Hellner-Johansson, Skadeståndsrätt (2000) avsnitt 12.5 med hänvisningar.

⁴³ Författningskommentaren påminner sålunda om att skadeståndet för diskriminering har ett preventivt syfte och att när förhållandet är graverande huvudmannen inte bör komma ifrån sitt ansvar redan med hänvisning till att det var så många som kränktes. Synpunkten är karakteristisk för diskriminering; den stämmer knappast helt med allmänna skadeståndsprinciper.

⁴⁴ Jag hoppas kunna återkomma till dessa frågor i ett annat sammanhang.

ningsersättning — inte sällan lär man med lagtextens hjälp kunna trassla till situationen så att skolan (eller dess försäkringsbolag) betalar bara för att få saken ur världen. Går tvisten till rättegång, har den skadelidande förmånen att i allmänhet slippa ersätta kommunens rättegångskostnad, även om målet förloras; förutsättningen är bara att han eller hon hade skälig anledning att få tvisten prövad (17 § 2 st.). Bara vid juridiskt orimliga eller helt verklighetsfrämmande påståenden kan skolan känna sig säker på att få tillbaka sina kostnader av motparten.

Det återstår att se hur pass villiga försäkringsbolagen är att skydda skolorna mot dessa risker genom ansvarsförsäkring. Utredningen hade goda förhoppningar om detta, såvitt angår mobbningsskadorna;⁴⁵ mera tveksamt är i vad mån bolagen vill meddela försäkring mot diskrimineringsansvaret, som ju i regel grundas på ett avsiktligt handlande från skolans sida (låt vara att man inte alltid insett handlandets innebörd). Men här som annars är tanken att skadeståndet för diskriminering främst skall ha en preventiv effekt, och då är det ju mindre lyckat med försäkringskydd. — I alla händelser synes regeringen inte ha haft några större bekymmer för de ekonomiska konsekvenserna av lagen; bl.a. framhålls syftet att processer skulle kunna undvikas i framtiden och att systemet skulle verka aktivt förebyggande.⁴⁶ Man får hoppas att den bedömt saken rätt.

⁴⁵ SOU 2004:50 s. 133 (märk att ansvarsreglerna var något annorlunda utformade enligt utredningsförslaget).

⁴⁶ Se prop. 2005/06:38 s. 133 f., där man också talade om att de ekonomiska konsekvenserna av lagen på sikt skall kunna minimeras.