Epidemi och ersättning

Av professor MÅRTEN SCHULTZ[1]

Spridningen av covid-19 med efterföljande beslut, rekommendationer och åtgärder lämnar tydliga ekonomiska avtryck. Privatekonomier, företag och hela branscher riskerar att drabbas hårt av de ekonomiska effekterna av pandemin. Situationen aktualiserar frågor om statens möjligheter och skyldigheter. Har det allmänna ett ansvar att kompensera för dessa negativa effekter, och i så fall i vilka situationer? Och kan det allmänna kompensera för dessa negativa effekter, även utan att ha ett ansvar?

1 Inledning

1.1 Smittspridningsåtgärder och ekonomisk påverkan

Spridningen av smittan covid-19 har medfört omfattande påfrestningar för Sverige, liksom för många andra länder. Ur ett rättsligt perspektiv har pandemin inneburit att sällan använda regelverk har väckts till liv, andra regelverk har kommit att betraktas som under omständigheterna mindre ändamålsenliga och nya lagar har kommit till stånd.

Åtskilliga av de åtgärder som vidtagits har medfört ekonomiska konsekvenser för näringsidkare och privatpersoner. De rekommendationer som framför allt Folkhälsomyndigheten har lämnat har påverkat människors agerande. Som ett resultat av dessa rekommendationer, men även av andra faktorer, har olika näringsverksamheter — restauranger, skidanläggningar, konferensanläggningar, transportföretag och hotell — drabbats ekonomiskt. I andra sammanhang har beslut lett till skada. Först kom regeringens beslut att begränsa allmänna sammankomster och offentliga tillställningar till 500 personer som därefter följdes upp med en ytterligare begränsning, till 50 personer.[2] Slutligen har beslut tagna i andra länder haft en påverkan på svenska intressen. Därutöver har kraftfulla begränsningar i möjligheterna att resa över landsgränser införts, vilket har slagit mot reseföretag och många andra branscher.

I praktiken innebär dessa händelser att privatekonomier, företag och hela branscher riskerar att drabbas hårt av de ekonomiska effekterna av epidemin (pandemin) och av åtgärderna mot den.[3] En fråga

[1] Artikeln presenterades på ett seminarium vid Stockholm Centre for Commercial Law, 25 augusti 2020. Jag är tacksam för de synpunkter som lämnades av Mia Carlsson, som var kommentator, och övriga deltagare.

[2] Förordning (2020:114) om förbud mot att hålla allmänna sammankomster och offentliga tillställningar samt Förordning (2020:162) om ändring i förordningen (2020:114) om förbud mot att hålla allmänna sammankomster och offentliga tillställningar.

[3] En pandemi är en global epidemi. Som framgår av artikelns namn behandlar jag ersättning vid åtgärder mot epidemier i allmänhet. Uppslaget till texten kommer naturligtvis av covid-19-pandemin.

som därmed aktualiseras är om det allmänna har ett *ansvar* att kompensera för dessa negativa effekter och i så fall i vilka situationer. En sammanhängande fråga är om det allmänna *kan* kompensera för dessa negativa effekter, även utan att ha ett ansvar.

1.2 Artikelns tema

I denna artikel kommer jag att skissera ett svar på den första frågan utifrån en inventering av olika ansvarsmöjligheter, samt försöka ge ett delsvar på den andra frågan. Mitt fokus ligger primärt på *möjligheterna att erhålla ersättning för ekonomisk skada* som uppkommit till följd av de *åtgärder* som det allmänna vidtagit, som det kan komma att vidta eller som det underlåtit att vidta.[4] Det förekommer dock en del iakttagelser som också berör möjligheterna att erhålla ersättning för annat än effekterna av det allmännas agerande eller underlåtenhet, t.ex. för effekterna av pandemin i sig. Däremot behandlas i princip inte alls spörsmål om skadebestämning, vad en ersättning kan omfatta och hur den kan beräknas.[5] Med ”ekonomisk skada” avses i första hand ren förmögenhetsskada. Tonvikten ligger på utomobligatoriska situationer där anspråk kan framföras mot staten.[6]

1.3 Terminologi

Med ersättning avses, som redan indikerats, inte bara skadestånd.[7] Bertil Bengtsson ställer upp en användbar taxonomi av olika former

[4] Det innebär att frågor om produktansvar, inklusive ansvar för läkemedel, faller utanför. Se för en diskussion av detta Duncan Fairgrieve, Peter Feldschreiber, Geraint Howells och Marcus Pilgerstorfer QC, Products in a Pandemic: Liability for Medical Products and the Fight against Covid-19, 24 april, 2020. Tillgänglig på SSRN: https://ssrn.com/abstract=3584265 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3584265. Fairgrieve m.fl. anlägger ett EU-rättsligt ansvarsperspektiv på många av de produkter som blivit omdiskuterade i samband med covid-19, som test- och skyddsutrustning, respiratorer/ventilatorer, läkemedel och vaccin. Utanför faller även patientskaderättsliga spörsmål eftersom patientskadeersättningen betalas ur privat försäkring, om än särskilt reglerad i lag.

[5] Se för en allmän framställning kring ersättningsfrågor av detta slag, Bertil Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 223 ff. Det finns några exempel på ersättningsnivåer i avsnitt 8 där några speciella ersättningslösningar i andra länder presenteras.

[6] Resonemanget går i stora delar att föra över även på kommuner och regioner, t.ex. ligger smittskyddsfrågan delvis på regionerna, men framställningen fokuserar på staten. Ansvaret för privata aktörer, fysiska personer eller juridiska personer som inte har offentligrättslig status diskuteras ur f.f.a. ett amerikanskt perspektiv i Tyler Cowen och Trace Mitchell, Legal Liability and COVID-19-Recovery, Policy Brief: COVID 19-Response, 8 maj, 2020. Tillgänglig på SSRN: https:// ssrn.com/ abstract=3596305. En kort men intressant diskussion om förhållandet mellan juridiskt och etiskt ansvar vid en speciell beslutssituation, vårdens prioriteringar mellan olika patienter som är i behov av respiratorer eller ventilatorer, förs i I. Glenn Cohen, Andrew M. Crespo och Douglas B. White, Potential Legal Liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19 Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms, JAMA 2020; 323 (19), s. 1901-1902. Tillgänglig på https://jamanetwork.com/journals/jama/ fullarticle/2764239.

[7] Uppsatsen hör med andra ord till det ersättningsrättsliga fältet. Ang. ersättningsrätt som tema, se Carl Martin Roos, Ersättningsrätt och ersättningssystem, Stockholm 1990, passim. Se även Mia Carlsson, Arbetsskada, Stockholm 2008, s. 84 ff., Jan Hellner, Ersättningsrätt, i: Svensk rätt i omvandling, Stockholm 1976 s. 169 ff.,

av ersättning i sin framställning Ersättning vid offentliga ingrepp 2, som jag utgår ifrån men med viss ändring.[8]

Ersättning kan ta sig formen av *värdeersättning*. Denna ersättnings funktion är att kompensera värdet av viss egendom som t.ex. förstörts av staten för att förhindra smittspridning. *Skadeståndets* funktion är vidare; skadeståndet ska till fullo neutralisera de negativa ekonomiska konsekvenserna av skadan och inte bara värdet av viss egendom. Ett skadestånd omfattar således även följdkostnader och onyttiggjorda kostnader.[9] Som en tredje form av ersättning tar Bengtsson upp *billighetsersättning*, som är ”sådan ersättning som beräknas enligt friare principer och utan att den skadelidande anses ha någon egentlig juridisk rätt härtill”.[10] Denna form av ersättning prövas inte i första hand av allmän domstol utan av förvaltningsmyndighet, men kan i vissa fall prövas av domstol — allmän domstol eller understundom av förvaltningsdomstol.[11]

Terminologin spretar emellanåt. I utomobligatorisk skadeståndsrätt görs inte så ofta en distinktion mellan värdeersättning och skadestånd — skadeståndslagens (1972:207) regel om ersättning för sakskada (5 kap. 7 §) omfattar såväl ersättning för egendomens värde som annan ekonomisk skada. Denna artikel behandlar alla dessa tre typer av ersättning men gör ingen åtskillnad mellan värdeersättning och skadestånd.

Artikeln tar, som sagt, upp möjligheterna att erhålla ersättning för skada som uppkommit till följd av de *åtgärder* som det allmänna vidtagit. Med åtgärder avses inte enbart myndighetsutövning utan även andra handlingar eller fall av underlåtenhet som har en ekonomisk påverkan, t.ex. informationsgivning. Jag kommer däremot inte att beröra frågor om statsstöd (som aktualiseras om staten ger stöd till en viss bransch), ersättningar ur privat och allmän försäkring eller unionsrättsliga aspekter.[12]

1.4 Artikelns syfte

Nedanstående uppställning tar upp olika teoretiska möjligheter som rättsordningen tillhandahåller för den som vill begära ersättning för

Carl Martin Roos, Ersättningsrätt — en forskningsinriktning?, Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s. 501 ff. Terminologin skiljer sig åt i Norden. I norsk rätt avses med ”erstatningsrett” just skadeståndsrätt, se Viggo Hagstrøm och Are Stenvik, Erstatningsret, Oslo 2015, s. 17.

[8] Bertil Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 46 ff.

[9] Ett exempel på ett resonemang kring onyttiggjorda kostnader finns i NJA 1995 s. 249.

[10] Bertil Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 47.

[11] Se för exempel på prövning i förvaltningsdomstol 11 § växtskyddslagen (1972:318) eller 11 § förordningen (1956:296) om ersättning från staten i vissa fall vid ingripanden för att förhindra spridning av en smittsam sjukdom (som behandlas utförligt nedan).

[12] Se dock, för några anteckningar kring EU:s solidaritetsfond, nedan 8.3. Unionsrättsliga grunder för skadestånd men även andra perspektiv, tas upp i Karin Wistrand, Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — några utvecklingslinjer, SvJT 2019, s. 103 ff.

skada från det allmänna med anledning av åtgärder mot en epidemi. De flesta av dessa möjligheter är just teoretiska, såvitt kan bedömas när detta skrivs. Det finns inget som idag tyder på att någon av de åtgärder som hitintills har vidtagits skulle kunna föranleda ett skadeståndsansvar enligt allmänna regler, t.ex.

Framställningen har ett annat syfte. Syftet är att på ett övergripande plan visa vilka principiella ersättningsmöjligheter som finns. En del av dessa principiella möjligheter kan aktualiseras under andra förutsättningar än de som är kända idag. Det kan t.ex. visa sig att det allmänna i något läge vidtar åtgärder som kan utgöra felaktig myndighetsutövning, eller att någon tjänsteman vårdslöst lämnar felaktig information eller att en bestämmelse i regeringsformen överträtts. Skadeståndsfrågor kan alltså uppkomma längre fram. En generell iakttagelse är att skadeståndstvister, av mer eller mindre spekulativt slag, alltid följer på omvälvande händelser som får stor ekonomisk påverkan. [13]

Huvudpoängen med nedanstående skiss är dock inte heller att ge en checklista för advokater som vill hjälpa sina klienter att stämma staten. Denna beskrivning av olika principiella möjligheter är tänkt att kunna ge en överblick som kan vara användbar i en analys av vilka ersättningsmöjligheter som idag finns. En sådan beskrivning kan också ha ett värde i en *de lege ferenda*-diskussion om hur det allmänna skulle *kunna* kompensera de som drabbats av effekterna av smittskyddspolitiken.

Frågan om ersättning aktualiserades i samband med förhandlingarna om den s.k. bemyndigandelagen (som tas upp nedan). Oppositionen ville — enligt uppgifter i medierna — att det bemyndigande som riksdagen gav till regeringen att kunna vidta åtgärder som att t.ex. stänga restauranger eller kaféer skulle förenas med en ersättningsregel för de företagare som drabbas av en sådan stängning. Någon sådan regel blev det inte i lagen, men ett uttalande i ersättningsfrågan gjordes i propositionen. ”Regeringen anser att frågan om olika kompensatoriska ekonomiska åtgärder med anledning av eventuella

[13] Finansmannen Warren Buffett fick på årsmötet för hans företag Berkshire Hathaway en fråga om hur han såg på utvecklingen för försäkringsbolag vad gäller covid-19 och han svarade: ”Well, the amount of litigation that is going to be generated out of what’s already happened, let alone what may happen, is going to be huge. Now, just the cost of defending litigation is huge, enormous expense, depending on how much there is. […] So, there’s some claims that are going to be very valid and related to the present situation. There’ll be an awful lot that there’ll be litigation on that won’t be valid.” Se transkribering på https://www.rev.com/blog/transcripts/warren-buffett-berkshire-hathaway-annual-meeting-transcript-2020 (kontrollerad mot inspelning av mötet på https://www.youtube.com/watch?v=69rm13iUUgE den 7 maj 2020). Denna förutsägelse/farhåga har i USA fört med sig en diskussion i senaten om huruvida det behövs särskilda regler som skyddar företag från skadeståndsansvar med anledning av coronaviruset, se Siobhan Hughes och Jacob Gershman, Liability Shield is the Next Coronavirus Aid Battle in Congress, Wall Street Journal, 4 maj, 2020.

förordningar ska övervägas i samband med att de enskilda eventuella föreskrifterna om åtgärder tas fram."[14]

1.5 Disposition

Framställningen är disponerad på följande sätt. Först följer tre avsnitt om ersättning i form av skadestånd enligt de tre ansvarsreglerna för det allmänna som finns i skadeståndslagen: Myndighetsutövningsansvaret (avsnitt 2), informationsansvaret (avsnitt 3) och konventionsansvaret (avsnitt 4). Därefter följer ansvar enligt de (ännu) oskrivna reglerna om överträdelse av regeringsformens rättighetskatalog (avsnitt 5). Efter dessa skadeståndsrättsliga nedslag övergår jag till andra ersättningsmöjligheter.

I avsnitt 6 diskuteras en s.k. billighetsersättning enligt särskild författning, med fokus på en tidigare sällan uppmärksammad förordning från 1956 som har till syfte att ge ersättning för ekonomisk skada till följd av just åtgärder mot smittspridning vid epidemier. 1956 års förordning innebär en möjlighet men ingen skyldighet för staten att utge ersättning till den som skadats. Det samma gäller för regeringens möjlighet att utge ersättning ex gratia (avsnitt 7). Överblicken avslutas med några *de lege ferenda*-reflektioner kring hur ett särskilt ersättningssystem skulle kunna konstrueras om det finns politisk vilja att ta ett större grepp på ersättningsfrågan (avsnitt 8). Sist kommer en kort sammanfattning.

2 Skadestånd enligt allmänna skadeståndsregler: Fel eller försummelse vid myndighetsutövning

2.1 Allmänt

Regler om det allmännas skadeståndsansvar finns i olika lagstiftningar, men de mest intressanta i sammanhanget är skadeståndslagens regler. När 1972 års skadeståndslag tillkom innehöll den en särskild regel om ett särskilt ansvar för det allmänna, om ansvar vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Idag finns det fler regler om det allmännas ansvar. Det finns en informationsansvarsregel och en regel om ansvaret vid överträdelser av Europakonventionen. En till regel kan vara på väg, som rör ansvaret för överträdelser av de rättigheter som uttrycks i 2 kap. regeringsformen. Den allmänna regeln om ansvar vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning är alltjämt central.

2.2 Regeln

Den "stora" regeln om det allmännas ansvar finns i 3 kap. 2 § skadeståndslagen.[15] Regeln stadgar att stat eller kommun ska ersätta person-

[14] Prop. 2019/2020:155, s. 18.

[15] Det allmänna kan utöver vad som gäller enligt de ansvarsregler som här kommer att tas upp ådra sig skadeståndsansvar i egenskap av arbetsgivare, principalansvaret (3 kap 1 § SkL), eller för att ha varit oaktsam vid tillsättningen av, instruktionerna till, eller tillsynen av arbetskraften (2 kap. 3 § SkL). Eftersom denna upp-

skada, sakskada och ren förmögenhetsskada som orsakats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen ansvarar. Ansvaret omfattar även sådan kränkning som regleras i 2 kap. 3 §. Vidare omfattas regioner (tidigare landsting) och kommunalförbund av ansvaret (3 kap. 1 §, in fine).

2.3 Fel eller försummelse

Det subjektiva rekvisitet i 3 kap. 2 § SkL är alltså uttryckt så att skadan måste ha vållats genom ”fel eller försummelse”. Formuleringen skiljer sig från den vanliga culparegelns uttryck i 2 kap 1 § SkL, som ställer upp ”vårdslöshet” som ansvarsgrundande rekvisit.

Bedömningen blir också delvis en annan när det gäller det allmännas skadeståndsansvar än enligt den ”vanliga” culpabedömningen, bland annat med hänsyn till att myndigheternas verksamhet i så hög grad kringgärdas av normer nedlagda i författning.[16]

Riktlinjerna för culpabedömningen under 3 kap. 2 § SkL har förtydligats under senare tid. När det gäller ansvaret för fel i *rättstillämpningen* — som kan aktualiseras när det gäller åtgärder bestående i hantering av tullgods eller beslut om ersättning eller tillfällig stängning av en restaurang — har det tidigare ofta antagits att det fordras uppenbara fel eller försummelser för att rekvisitet ska vara uppfyllt.[17] Av NJA 2013 s. 842 följer att något uppenbarhetsrekvisit inte ska ställas upp vid prövning enligt regeln; det är ingen generellt höjd culpatröskel i dessa fall.

Bedömningen enligt regeln ska göras mer objektivt än vid culpabedömningar rörande enskilda. Det innebär att tonvikten i bedömningen ligger mindre på om agerandet hos någon befattningshavare kan anses klandervärt än på vilka berättigade förväntningar den skadelidande kunde ha på myndighetsutövningen. En helhetsbedömning ska göras. Härvid kan särskild betydelse tillmätas motiveringen av ett ställningstagande.

Även om HD har betonat att försummelsebedömningen kan knytas till vilka berättigade krav som kan ställas på myndighetsutövningen går det inte att bortse från att det emellanåt blir fråga om att se närmare på en viss befattningshavares agerande, t.ex. en tjänsteman på en kommun eller en smittskyddsläkare. Här finns det skäl att påminna om s.k. *kumulerade fel*. Uttrycket tar sikte på situationen att flera personer inom ramen för statens eller en kommuns organisation agerat

sats i första hand handlar om ren förmögenhetsskada så har dessa regler mindre relevans — de fordrar nämligen brott.

[16] Se Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 10 uppl., Stockholm 2018, 26.4.1.

[17] Jfr Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 10 uppl., Stockholm 2018, 26.4.2 och Håkan Andersson, Ansvarsproblem inom skadeståndsrätten. Uppsala 2012, s. 460 ff. Jag fokuserar i det följande på ansvar vid aktiv handling. När det gäller underlåtenhetsansvaret kan bedömningen i vissa fall följa andra linjer, se t.ex. den s.k. Landskronadomen, NJA 2013 s. 145.

oaktsamt men inte tillräckligt oaktsamt för att någon av dessa personer själv ska anses ha agerat ansvarsgrundande försumligt (culpöst). I dessa situationer kan bedömaren ”lägga ihop” de enskilda fallen av mindre allvarlig oaktsamhet och betrakta dessa som en enhet som aggregerat når upp till lagens oaktsamhetskrav. Härvid kan agerandet hos en statlig myndighet eller av en statligt anställd tjänsteman, kumuleras med agerandet hos en kommunal myndighet eller tjänsteman och vice versa, jfr NJA 2017 s. 824, p. 9 och p. 20. Det innebär att om en kommunal åtgärd lutar sig mot beslut som fattats av Folkhälsomyndigheten så kan ev. försumlighet vid Folkhälsomyndighetens beslutsfattande vägas in vid bedömningen av om kommunens myndighetsutövning varit försumlig.

2.4 Vid myndighetsutövning

En förutsättning för att regeln ska kunna användas är att skadan inträffat vid myndighetsutövning. I NJA 1985 s. 696 I beskrevs rekvisitet på följande sätt: ”Begreppet myndighetsutövning har inte definierats i skadeståndslagen. Däremot har begreppets innebörd utförligt diskuterats i motiven. Det sägs där bl.a. (prop. 1972:5 s. 311 f.) att det skall vara fråga om beslut eller åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter och att det karakteristiska för dessa förvaltningsakter är att de kommer till stånd och får rättsverkningar för eller mot den enskilde i kraft av offentligrättsliga regler, inte på grund av avtal e.d. Det understryks i motiven (a. prop. s. 498 ff.) att myndighetsutövning kan föreligga också när rättsverkningar inträder till den enskildes förmån. Det förhållandet att det skall vara fråga om beslut eller åtgärder med omedelbara rättsverkningar innebär emellertid, sägs det vidare, att råd och upplysningar till allmänheten, liksom annan service som samhället erbjuder medborgarna att anlita om de så önskar, i princip inte är att hänföra till myndighetsutövning.”

Det kan noteras att det i lagtexten står ”vid” myndighetsutövning och inte ”i”.[18] Valet av preposition var medvetet — det räcker att verksamheten ifråga har en koppling till myndighetsutövning för att rekvisitet ska anses uppfyllt.[19]

Håkan Andersson har ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv framhållit att myndighetsutövningsbedömningen kan brytas ned till tre huvudtemata: a) basen i en maktställning, ”befogenhet att bestämma och utöva överhöghet”, b) verkan för den enskilde, ”att maktbasen gäller i förhållande till en individ vars förhållanden påverkas” och c) området för rättigheter och skyldigheter — ”att makten gentemot den

[18] Se Bertil Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 2 uppl. Stockholm 1996, s. 14 och 39.

[19] Se prop. 1972:5, s. 502 ff., och för kommentarer Håkan Andersson, Ansvarsproblem inom skadeståndsrätten. Uppsala 2012, s. 371 f. Jfr. NJA 1990 s. 575 (Radonfallet), NJA 2001 s. 210 (Finsk-svenska gränsälvskommissionen) NJA 2001 s. 755 (Mobbning i Grums) och NJA 2013 s. 1210 (Försäkringskassans underlåtenhet).

enskilde avser avgörande betingelser för denne, av positiv eller negativ natur".[20]

2.5 Immunitetsregeln

En del möjliga ansvarsfrågor till följd av åtgärder mot pandemin kan antas uppkomma till följd av regeringens agerande. Skadeståndslagen innehåller härvid en särskild immunitetsregel i 3 kap. 7 §, som innebär att man inte får föra talan med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen (eller de högsta domstolarna). Det samma gäller för beslut av lägre myndighet om beslutet prövats av regeringen eller de högsta domstolarna utan att ändras.[21]

2.6 Betydelse i förevarande situation

Myndighetsutövningsansvaret kan aktualiseras i olika typer av situationer som uppkommit till följd av åtgärderna mot coronaviruset. Det är emellertid inte så lätt att ge exempel ens på hypotetiska fall där såväl culpakriteriet och myndighetsutövningskriteriet är uppfyllda, och som inte rör sig om beslut från regeringen. Det allmännas ansvarsriskexponering för skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada under 3 kap. 2 § framstår som begränsad.

När det gäller personskada finns det fler öppningar. Som redan antytts har frågan om ansvar för underlåtenhet att tillräckligt begränsa risken för smittspridning på äldreboenden redan ställts i den allmänna debatten när det gäller personskada.[22] Härvid kan den särskilda ansvarsmodell som HD formulerat för ansvar för underlåtenhet få betydelse.[23] I praktiken är dock utrymmet för ansvar även här begränsat — vård utgör inte myndighetsutövning — men möjligen kan det finnas myndighetsbeslut som kan angripas med stöd av regeln.[24]

Några situationer kan dock identifieras. Beslut fattade på lägre nivå än regeringen kan i efterhand framstå som tveksamma. En situation som kan föranleda att skadeståndsfrågor aktualiseras är tillfällig stängning av restauranger för att de inte i tillräcklig utsträckning tillsett att gästerna höll tillräckligt avstånd till varandra.[25]

[20] Håkan Andersson, Ansvarsproblem inom skadeståndsrätten. Uppsala 2012, s. 369 ff.

[21] Regeln har i denna del blivit föremål för HD:s uppmärksamhet i några fall där förvaltningsbeslut överklagats till regeringen, se NJA 1984 s. 207, NJA 1985 s. 360, NJA 2000 s. 637 och NJA 2003 s. 263. Se vidare Bertil Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 2 uppl. Stockholm 1996, s. 122.

[22] Se t.ex. artikeln Vem bär ansvaret när allt fler dör i äldrevården?, signerad "Anonym undersköterska", Kvartal, 16 april 2020, https://kvartal.se/artiklar/vem-bar-ansvaret-nar-gamla-dor-i-aldrevarden/.

[23] Se NJA 2013 s. 145, Landskronadomen. Det har förekommit viss diskussion om Landskronadomens implikationer, se t.ex. Mårten Schultz, Skadeståndsrättens framtid, SvJT 100 år, Uppsala 2016, s. 115 f.

[24] Ang. vård och myndighetsutövning, se Jan Sahlin, Något om myndighetsutövning inom hälso- och sjukvården, FT 1991, s. 308 ff.

[25] Fram till sista juni hade 39 krogar tillfälligt stängts efter beslut av smittskyddsläkare, TT, Så många krogar har smittskyddet stängt, 4 juli 2020, https://www.svt.se/nyheter/inrikes/sa-manga-krogar-har-smittskyddet-stangt.

Det kan också vara så att besluten inte har tillkommit på ett korrekt sätt. I en artikel här i SvJT har Johan Dibb redogjort för ett antal författningsärenden föranledda av coronaviruset och för hur dessa förhåller sig till kraven på beredning, kungörelse och ikraftträdande.[26] Enligt Dibb kan det ifrågasättas om vissa av dessa författningsärenden hanterats på ett korrekt sätt. Det kan aktualisera olika typer av skadeståndskrav. De beslut som fattats av regeringen kan inte angripas med myndighetsutövningsregeln som grund. Däremot kan de beslut som t.ex. en smittskyddsläkare fattar falla under myndighetsutövningsansvaret om smittskyddsläkaren ingripit under åberopande av regler som inte tillkommit på ett korrekt sätt och därför inte trätt i kraft.

3 Informationsansvar

3.1 Regeln

I 3 kap. 3 § skadeståndslagen finns en särskild ansvarsregel för skada orsakad genom att det allmänna lämnat felaktig information. Regeln stadgar att ”[s]taten eller en kommun skall ersätta ren förmögenhetsskada som vållas av att en myndighet genom fel eller försummelse lämnar felaktiga upplysningar eller råd, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl. Därvid skall särskilt beaktas upplysningarnas eller rådens art, deras samband med myndighetens verksamhetsområde och omständigheterna när de lämnades.”

Regeln, som tillkom 1999, utvidgade ansvaret för felaktig information från det allmänna till den enskilda. En bakgrund är rättsfallet NJA 1987 s. 535, där Högsta domstolen ogillade en skadeståndstalan mot staten som ansvarig för Konsumentverket, efter att verket hade orsakat skada genom felaktiga uppgifter i ett pressmeddelande.[27] Fallet uppfattades som otillfredsställande och ses som en orsak till den ”nya” regeln.

Regeln om informationsansvar gäller för upplysningar och råd och omfattar enbart ren förmögenhetsskada. Vidare innehåller den inget krav på myndighetsutövning; poängen med regeln var just att ge en öppning för skadestånd för skadlig information även utanför myndighetsutövningsansvaret. Regeln begränsas av att ansvar förutsätter att särskilda skäl föreligger.

3.2 Särskilda skäl

Det är framför allt kravet på särskilda skäl som är förklaringen till att regeln inte användes för att döma ut skadestånd i något enda fall un-

[26] Johan Dibb, Om beredning, kungörelse och ikraftträdande av författningar i kristid, SvJT 2020 s. 534.

[27] I samma riktning: NJA 1985 s. 696 II och NJA 1999 s. 291. Se för kommentarer kring regelns tillkomst, Göran Lambertz, Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter, JT 2004-05, s. 15 ff. Se även Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 10 uppl., Stockholm 2018, 26.6.

der lång tid efter att den trätt i kraft.[28] Vad som kan utgöra ”särskilda skäl” togs upp den första och hittills enda gången som informationsansvarsregeln tillämpats av HD i NJA 2017 s. 824.

Bakgrunden var att Täby kommun hade lämnat felaktiga upplysningar om strandskydd avseende några fastigheter i kommunen. Upplysningarna hade inte någon koppling till sådant utövande av offentlig makt som fordras för att de skulle anses som lämnade vid myndighetsutövning. Den felaktiga informationen medförde en ren förmögenhetsskada. HD skriver följande (referenser borttagna).

> 11. Kravet på särskilda skäl infördes med hänsyn bl.a. till att myndigheterna dagligen lämnar en stor mängd information av helt olika slag och att alla felaktigheter som kan förekomma inte rimligen kan anses skadeståndsgrundande. I förarbetena angavs att det finns större anledning att det allmänna ska bära ett skadeståndsansvar när myndigheter lämnar konkret och preciserad information, om uppgifterna har stor genomslagskraft eller är ett uttryck för makt eller auktoritetsutövning. Också att det normalt bör finnas någon konkret omständighet som gör att det finns särskild anledning att lita på informationens riktighet. Informationen bör vidare inte kunna fås varifrån som helst. Vem som lämnar uppgiften hos myndigheten, i vilket sammanhang samt sambandet mellan informationen och myndighetens verksamhetsområde är också av betydelse för bedömningen. Som exempel på särskilda skäl angavs att den enskilde förlitat sig på ett auktoritativt besked från en myndighet och till följd därav utan egen skuld fått sin ekonomi märkbart försämrad.
>
> 12. I författningskommentaren och doktrin har som ytterligare förhållanden av betydelse för bedömningen också framhållits vad mottagaren ska använda informationen till och vad informationslämnaren inser om detta. Om mottagaren inför ett förestående fastighetsköp vill få veta vissa väsentliga förhållanden som är av direkt avgörande betydelse för förvärvet, och tjänstemannen fått klart för sig beskedets vikt, har ett felaktigt besked i sådana fall ansetts kunna grunda skadestånd.

3.3 Betydelse i förevarande situation

En typ av situation är där någon lider skada till följd av felaktig information om olika former av ekonomiskt stöd som det allmänna tillhandahåller särskilt pga. covid-19. Som ett exempel kan nämnas det tillfälliga hyresstödet, som innebär att en hyresvärd i vissa fall kan ge sin hyresgäst reduktion på hyran med upp till 50 % och därefter erhålla hälften av detta belopp — dvs. som mest 25 % av den totala månadshyran — från staten. Den hyresvärd som efter ett felaktigt besked om hur stödet fungerar ger sin hyresgäst rabatt kan under vissa omständigheter ha en rätt till ersättning under informationsansvarsregeln. En annan situation kan vara felaktiga upplysningar om regelverkets implikationer vid bordsservering på restauranger som leder till skada genom att en restaurang som följt de felaktiga anvisningarna

[28] Se prop. 1997/98:105, s. 35 och 37 och NJA 2017 s. 824, p. 14–17. Se vidare även Bertil Bengtsson, Skadestånd för oriktig myndighetsinformation, Festskrift till Fredrik Sterzel, Uppsala 1999, s. 35 ff. och Jan Kleineman, Det allmännas ansvar för oaktsam felaktig information — reflektioner kring en lagreform, Bengtsson 90 år, Stockholm 2016, s. 215 ff.

tvingas stänga. Huruvida ansvar i ett visst fall ska anses föreligga får fastställas utifrån de riktlinjer som kan utläsas ur HD:s ovan citerade avgörande. Det kan dock konstateras att det finns ett väldigt begränsat utrymme för ansvar enligt regeln för uttalanden av politiker, t.ex. statsråd eller folkvalda.[29]

4 Ansvar för kränkningar av grundläggande fri- och rättigheter 1: Europakonventionen

4.1 Europakonventionen och skadeståndsrätten

En möjlig grund för ett krav på kompensation är Europakonventionen för de grundläggande friheterna och mänskliga rättigheterna (Europakonventionen). Europakonventionen införlivades i svensk lag genom SFS 1994:1219. Någon skadeståndssanktion kopplades emellertid inte på Europakonventionen i den svenska lagstiftningen. Genom en serie avgöranden från HD har emellertid Europakonventionen fått en betydande inverkan på skadeståndsrätten vilket nu också återspeglas i en ny regel i skadeståndslagen. Skadeståndsrätten har varit en katalysator för det svenska rättighetsskyddet.[30] Några centrala rättsfall kan nämnas.

I NJA 2005 s. 462 (Finanschefen på ICS; oftare kallad ”Lundgrendomen”) klargjordes att staten kunde ådra sig ett skadeståndsansvar med direkt stöd i Europakonventionens regelverk. I fallet hade en persons rätt till en rättvis rättegång, som skyddas genom konventionens art. 6, kränkts. HD konstaterade att skadeståndslagen inte medgav någon rätt till ideellt skadestånd för rättighetsöverträdelsen. Istället tog HD stöd i Europakonventionens art. 13 (rätten till effektiva rättsmedel) och konstaterade att en sådan rätt skulle tillkomma den enskilda direkt grundad på konventionen. Genom avgörandet klargjordes att överträdelser av Europakonventionens normer kan utgöra en självständig skadeståndsrättslig ansvarsgrund.

I NJA 2009 s. 463 (Kommunens olagliga frihetsberövande) konstaterade HD att även kommuner kan ådra sig skadeståndsansvar vid bristande uppfyllelse av skyldigheten att efterkomma Europakonventionens krav. Härvid fäste HD vikt vid att ansvarsfördelningen vid en konventionskränkning, utifrån de överväganden som ligger bakom skadeståndslagens bestämmelser om det allmännas skadeståndsansvar vid myndighetsutövning, skulle spegla lagens systematik.

I NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansas filmning) fann HD däremot att privaträttsliga rättssubjekt, i fallet ett försäkringsbolag, inte kunde

[29] Se på detta tema, med fokus på det personliga ansvaret, Jan Kleineman, Har politiker något ansvar?, Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt, Stockholm 2011, s. 537 ff. Det kan emellertid noteras att immunitetsregeln i 3 kap 7 § inte omfattar informationsansvaret.

[30] Åtskilligt har skrivits om utvecklingen. Se Håkan Andersson, Ansvarsproblem inom skadeståndsrätten. Uppsala 2012, 8 kap., Sandra Friberg, Kränkningsersättning, Uppsala 2010, s. 497 ff. och Stellan Gärde och Lisa Nyström, Rättsgrunder vid skadestånd för kränkning, Stockholm 2018.

ådra sig skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen. HD uttalade att det i fråga om skadeståndsansvar mellan enskilda ställde sig annorlunda än i sådana fall som rör statens skadeståndsansvar vid en konventionskränkning. Med hänsyn till det centrala rättsstatliga värdet av förutsebarhet ansåg HD att övervägande skäl talade mot att ålägga en enskild part skadeståndsansvar med direkt tillämpning av konventionen. Domstolen upprepade dock, vilket uttrycktes även i NJA 2007 s. 295, att det kan finnas anledning att göra fördragskonforma tolkningar av de ”vanliga” skadeståndsreglerna, framför allt skadeståndslagens regler.

I NJA 2015 s. 899 (Byggnads) prövades åter om ett privaträttsligt rättssubjekt kunde hållas skadeståndsansvarigt. I det senare fallet anförde käranden i målet att en facklig stridsåtgärd borde grunda skadeståndsansvar. HD fann att Byggnads inte kunde jämställas med stat eller kommun på så sätt att fackförbundet kunde bli skadeståndsskyldigt direkt grundat på Europakonventionen. Om den enskilda agerat på ett rättighetskränkande sätt och därmed orsakat en ren förmögenhetsskada kan emellertid, klargjorde HD, skadeståndsskyldighet i vissa situationer uppkomma med stöd av de allmänna principer om ”kvalificerad otillbörlighet” som genom HD:s rättsbildning (se NJA 2005 s. 608, Maxmålet, NJA 2014 s. 877, Processbolaget, och NJA 2015 s. 512, Stilo-fåtöljen) utvecklats som en självständig ansvarsgrund vid ren förmögenhetsskada.

Utvecklingen av en Europakonventionsgrundad skadeståndsskyldighet för det allmänna var föremål för en statlig utredning vars betänkande överlämnades 2010 (Skadestånd och Europakonventionen, SOU 2010:87). Utredningen innehöll bl.a. ett förslag på en ny regel i skadeståndslagen. Det dröjde ytterligare åtta år innan en lagändring genomfördes 2018.

I 3 kap. 4 § 1 st. skadeståndslagen stadgas numer följande. ”Staten eller en kommun ska ersätta personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och skada på grund av att någon kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 §, om skadan uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har överträtts från statens eller kommunens sida, och annan ideell skada som uppkommit till följd av en sådan rättighetsöverträdelse.”

4.2 Betydelse i förevarande situation

Det är svårt att överblicka vilka potentiella konventionsgrundade anspråk som skulle kunna uppkomma eller ha uppkommit till följd av de åtgärder som vidtagits. Det är uppenbart att vissa beslut aktualiserar flera av de fri- och rättigheter som skyddas. Närmast till hands ligger egendomsskyddet i artikel 1, första tilläggsprotokollet, som ger ett vidsträckt skydd. Även andra artiklar kan komma i spel. Inskränkningarna i mötesfriheten får betydelse för flera av konventionens ar-

tiklar, t.ex. för religionsfriheten när gudstjänster eller andra religiösa sammankomster påverkas. Europakonventionen innehåller emellertid i olika avseenden möjligheter för staterna att inskränka fri- och rättigheter. Det går inte i nuläget att säga att någon av de åtgärder som hitintills har vidtagits av staten skulle utgöra en konventionsöverträdelse.

Konventionsperspektivet har icke desto mindre relevans i den nuvarande ersättningsdiskussionen. Det är inte ovanligt att rättighetsöverträdelser framträder senare i en händelseutveckling som inledningsvis präglas av mer eller mindre akuta ställningstaganden. Europakonventionen och den skadeståndssanktion som kopplats på konventionen kan vidare hållas i åtanke i diskussionen om andra åtgärder. Det har t.ex. förekommit förslag i den allmänna debatten på att smittspårning ska kunna göras med hjälp av digital teknik, vilket aktualiserar regeln om privatlivsskydd i artikel 8.

5 Ansvar för kränkningar av grundläggande fri- och rättigheter 2: Regeringsformen

5.1 Regeringsformen och skadeståndsrätten

Regeringsformens rättighetskapitel har tidigare inte ansetts kunna grunda en rätt till skadestånd men det har, i kölvattnet av den utveckling som skett på Europakonventionsområdet, ändrats. Högsta domstolen har i tre fall funnit att överträdelser av regeringsformens fri- och rättigheter medförde en skyldighet för staten att ersätta den kränkningen som överträdelsen inneburit.

Två av dessa fall — NJA 2014 s. 323 och NJA 2018 s. 103 — rör frågor om indragna medborgarskap och det tredje — NJA 2014 s. 332 — rörde rådighetsinskränkningar och egendomsskyddet enligt 2 kap. 18 § RF (i en tidigare tappning). Inget av dessa fall har således någon direkt bäring på de situationer som denna artikel fokuserar på. Huruvida regeringsformens rättighetskatalog i allmänhet ska anses förenad med skadeståndssanktioner är vidare inte helt klarlagt.[31] En parlamentarisk utredning har sett över saken.[32] I betänkandet Grundlagsskadestånd (SOU 2020:44) föreslår utredningen att regeln om skadestånd för överträdelser av Europakonventionens normer ska kompletteras med ett nytt stycke, som fångar in möjligheten att få skadestånd grundat på RF:s rättighetskatalog. Möjligen kommer säle-

[31] Ett vanligt argument för betrakta samtliga fri- och rättigheter i regeringsformens andra kapitel som möjliga ansvarsgrunder är att motsatsen skulle framstå som inkonsekvent i ljuset av att fri- och rättigheterna i Europakonventionen kan göra det. Se för olika infallsvinklar på temat Bertil Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen, SvJT 2011 s. 605 ff., ds. Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431 ff., Martin Mörk och Magnus Hermansson, En enhetlig skadeståndsordning vid överträdelser av grundläggande rättigheter, SvJT 2014 s. 507 ff.

[32] Dir. 2018:92, med tilläggsdirektiv i Dir. 2019:59.

des skadeståndslagen att kompletteras med ytterligare en regel om rättighetsbaserat skadestånd.[33]

5.2 Betydelse i förevarande situation

När det gäller skadestånd för åtgärder som vidtas för att förhindra smittspridning kan det konstateras att regeringsformen ger långtgående möjligheter att inskränka de fri- och rättigheter som primärt påverkas.

Enligt 2 kap. 20 § RF kan ett flertal av de genom det andra kapitlet skyddade fri- och rättigheterna begränsas med stöd av lag. Sådana begränsningar får dock bara göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle och enbart i den utsträckning de är nödvändiga (2:21). De får heller inte vara så ingripande att de hotar den fria åsiktsbildningen eller enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. När det gäller mötes- och demonstrationsfriheten preciseras i 2 kap. 24 § att begränsning får ske av hänsyn till ordning och säkerhet vid sammankomster eller demonstrationer eller i övrigt av hänsyn till rikets säkerhet eller för att ”motverka farsot”.[34]

Regeringsformens möjlighet till frihetsinskränkningar ligger till grund för flera av de beslut som har fattats och som kan komma att fattas. Folkhälsomyndighetens rekommendation till regeringen att begränsa sammankomster och offentliga tillställningar till 500 och därefter 50 personer är ett illustrativt exempel. Myndigheten redogjorde i sin hemställan pedagogiskt för grundlagens möjlighet till begränsningar av mötes- och demonstrationsfriheten och samspelet med ordningslagen, som står för det mer specifika regelverket.[35]

På samma sätt hämtade regeringen sitt stöd i regeringsformens regelverk sin begäran om att riksdagen skulle bemyndiga den att meddela föreskrifter om åtgärder mot smittspridningen av covid-19 (den s.k. ”bemyndigandelagen” eller som den ibland, mindre träffande, benämnts ”fullmaktslagen”).[36]

Utrymmet för att skadeståndsrättsligt angripa dessa åtgärder med regeringsformen som ansvarsgrund är i dessa avseenden således begränsat. Det kan emellertid inte uteslutas att någon vill pröva möjlig-

[33] Redan för snart tio år sedan lämnade Bertil Bengtsson ett förslag på hur en sådan regel kunde se ut i Skadestånd vid brott mot regeringsformen, SvJT 2011 s. 605 ff.

[34] Sverige har (ännu) inte vidtagit några åtgärder med anledning av covid-19 som direkt utmanar yttrande- och informationsfriheten, som specialregleras i 2 kap. 23 § regeringsformen. Det har däremot skett i andra länder. I Ungern har spridandet av ”desinformation” kriminaliserats och kan ge upp till fem års fängelse. I flera länder har informationsteknologi, GPS-sändare i mobiltelefoner, använts för smittspårning och för att kontrollera att beslut om karantän efterföljs.

[35] Skrivelse från Folkhälsomyndigheten till regeringen den 11 mars 2020, tillgänglig på: https://www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2020/mars/forslag-inga-allmanna-sammankomster-med-fler-an-500personer/ (kontrollerad 15 april 2020).

[36] Prop. 2019/2020:155, särskilt s. 11 ff.

heten att begära ersättning med regeringsformen som ansvarsgrund för statens agerande i andra avseenden.

6 Ersättning enligt existerande specialregler

6.1 Allmänt

De åtgärder som hitintills har vidtagits, f.f.a. av regeringen, har ofta grundats på regler i smittskyddslagen och ordningslagen. Smittskyddslagen innehåller vissa ersättningsregler som dock inte handlar om något liknande de kompensationsfrågor som aktualiserats i denna uppsats. Ordningslagen innehåller inga särskilda ersättningsregler.

6.2 1956 års förordning

Det gör däremot förordningen (1956:296) om ersättning från staten i vissa fall vid ingripanden för att förhindra spridning av en smittsam sjukdom. Förordningen är från 1956 och har sin bakgrund i en förordning, paratyfusförordningen.[37] Den tycks inte ha använts på länge. Regeringen har för budgetåret 2020 avsatt 752 000 kr för ersättningar enligt lagen. Dessa medel disponeras, enligt uppgift från Socialdepartementet, av Folkhälsomyndigheten och betalas ut av Kammarkollegiet efter särskild rekvisition.[38]

Enligt förordningen kan den som drabbats av kostnader eller förluster till följd av ett ingripande som en myndighet har gjort för att hindra spridning av en smittsam sjukdom få ersättning från staten om ingripandet skett med stöd i smittskyddslagen, 9 kap. 15 § miljöbalken (om smittsamma djur eller ”objekt”) eller livsmedelslagen (2006:804; se särskilt 25 §).

Förordningen tar sikte på olika former av ekonomisk skada som uppkommer till följd av smittspridningsförhindrande åtgärder. Eftersom regelverket har direkt relevans för förevarande tema finns det anledning att kort gå igenom samtliga ersättningsregler, även om det finns vissa regler som har större betydelse än andra.

Förordningens 2 § stadgar att ersättning kan utgå för värdeförstöring och kostnader när myndighet har beslutat att visst varuparti ska förstöras och för vissa andra, mindre ingripande, åtgärder. Enligt 2 a § kan den vars sällskapsdjur avlivats få ersättning för kostnader och ”förlusten”.[39] Den som har haft kostnader för lön till personal som inte kunnat beredas arbete har enligt 3 § möjlighet att få ersättning med upp till 80 % av lönekostnaden, ”dock att ersättning ej må beräknas på lönebelopp, i den mån de överstiga 78 kronor för dag”. Tredje paragrafens andra stycke medger ersättning till den vars kostnader för arrende eller hyra onyttiggjorts till följd av myndighets-

[37] Se prop. 1956:126. Bertil Bengtsson ägnar betydande utrymme åt förordningen i Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 137 ff.
[38] Som kuriosa kan nämnas att när jag var i kontakt med jurister vid Folkhälsomyndigheten så kände de över huvud taget inte till förordningen. (Det gjorde f.ö. inte jag själv heller innan jag började skriva denna text.)
[39] Jfr härvid epizootilagen (1999:657), 15 §.

ingripande. 4 § innehåller en regel om ersättning för kostnader för undersökning av prov på laboratorium i den mån denna kostnad inte ersätts enligt annan lag. 5 § är av central betydelse: ”Har någon genom påbud eller förbud vållats väsentligt intrång i näring eller avsevärd minskning i arbetsförtjänst må, om särskilda skäl därtill föranleda, ersättning utgå även i annat hänseende än förut sagts.” Slutligen, i 6 § finns en regel om att den som pga. driftsavbrott gått miste om arbetsinkomst som inte ersätts på annat sätt kan få viss ersättning. Förordningen innehåller även en avräkningsregel (7 §) och en regel som, primärt, tar sikte på medvållande (8 §).

1956 års förordning innebär inte att ersättning *ska* utgå om de olika reglernas förutsättningar är uppfyllda. Istället sägs det att ersättning ”må”, ”kan” eller ”får” utgå. Det kan också noteras att en tanke bakom förordningen var att den som drabbats av åtgärder av detta slag också fick bära en del av den ekonomiska skadan själv.[40]

Det är framför allt 5 § som ger en mer allmän möjlighet till ersättning som kan komma i spel i dessa sammanhang. Tolkningen av denna regel är inte given, men den ger staten en bredare möjlighet att kompensera för ekonomisk skada till följd av påbud eller förbud. En förutsättning är dock att det föreligger ”särskilda skäl”.

6.3 Betydelse i förevarande situation

Förordningen från 1956 träffar direkt på en del av de åtgärder som vidtagits eller som kan komma att vidtas för att förhindra spridning av coronaviruset. Den ger dock inte något allmänt stöd för ersättning till alla de som skadats ekonomiskt av det allmännas hantering av coronautbrottet. Reglerna i förordningen ger staten möjlighet, men ingen skyldighet, att kompensera de som drabbats — det är alltså en fråga om billighetsersättning. Därtill kan det konstateras att det är i sammanhanget ett blygsamt belopp som har allokerats till anspråk enligt förordningen. Som det ser ut idag ger således 1956 års förordning begränsade möjligheter för näringsidkare eller privatpersoner som lidit ekonomisk skada till följd av åtgärder mot coronaviruset.

Författningen har emellertid betydelse i ett annat avseende. Bengtsson menar att 1956 års författning, trots den bristande förankringen i ett riksdagsbeslut, intar en central ställning bland de sällan uppmärksammade reglerna om effekterna av offentliga ingrepp genom att de uttrycker allmänna ersättningsprinciper på området.[41] Dessa kan härvid utgöra en grund att bygga vidare på. Jag återkommer till detta nedan.

[40] Bertil Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 279.
[41] Bertil Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 2, Uppsala 1991, s. 137.

7 Ex gratia

7.1 Billighetsersättningar och ersättning ex gratia

Hittills har framställningen primärt tagit upp skadeståndsrättsliga infallsvinklar. Som framgått av föregående avsnitt finns det ersättningslösningar som inte förutsätter ett skadeståndsansvar, f.f.a. 1956 års förordning — *billighetsersättningar*.

Billighetsersättningarna kännetecknas, som nämnts, av att de beräknas enligt friare principer och att den skadelidande inte anses ha någon ”strikt” juridisk rätt till ersättningen. Det finns emellertid en form av ersättning som är ännu friare och som inte har något fast regelstöd över huvud taget: regeringens möjlighet att besluta om s.k. ex gratia-ersättning.[42]

I praktiken torde de skador som uppkommit till följd av åtgärder mot smittspridning och andra åtgärder föranledda av pandemin många gånger inte kunna hanteras inom någon annan idag existerande ersättningskategori än ex gratia. Det finns därför skäl för viss utförlighet.

7.2 Några begreppsfrågor

Först en begreppsfråga. När jag i detta sammanhang talar om ex gratia-ersättning avser jag den möjlighet som regeringen har att ad hoc besluta att utge ersättning utan stöd i någon annan författning än en tämligen extensiv tolkning av regeringsformen (som behandlas nedan). Detta är en snäv användning av begreppet.

Bertil Bengtsson använder uttrycket på ett vidare sätt.[43] Han kopplar ihop ex gratia-ersättningen i snäv mening med vissa typer av reaktiv ersättningslagstiftning, som syftar till att ge stöd för ersättning för vad som kan beskrivas som historiska oförrätter. Som exempel kan nämnas tillfälliga lagar som givit rätt till ersättning till personer som tvångssteriliserats, utsatts för övergrepp när de som barn var föremål för sociala ingripanden (de vanvårdade barnen) och som fått ändrad könstillhörighet i vissa fall.[44] En liknande terminologi har använts i lagstiftningsarbetet.[45]

För egen del betraktar jag denna vidare användning av ex gratia-begreppet som mindre träffande i detta sammanhang. Det är i och för sig så att dessa lagar har sin bakgrund i att det vanliga ersättningssystemet anses ge otillfredsställande resultat. Anledningen till att de anses ge otillfredsställande resultat beror inte enbart på att de materiella skadeståndsreglerna utan även regler om preskription (det kan

[42] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009, s. 325 ff.
[43] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 327.
[44] Se lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall, lag (2012:663) om statlig ersättning till personer som utsatts för övergrepp eller försummelser i samhällsvården samt lag (2018:162) om statlig ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall. Dessa lagar tas upp nedan.
[45] T.ex. i propositionen bakom lagen om statlig ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall, prop. 2017/18, s. 13.

röra sig om händelser som inträffade för länge sedan) samt bevisbörderegler (även om preskriptionen inte lägger hinder i vägen kan det vara svårt att bevisa vad som inträffat om det gått många är sedan händelsen).[46] I denna mening utgör dessa lagar ”ett avsteg från den normala rättsordningen för hantering av uppkomna ersättningsfrågor”.[47] Men det samma gäller ju för all specialskadeståndsrättslig lagstiftning.

Möjligen är det egenskapen att ersättningar enligt dessa lagar utgår enbart under en tidsbegränsad period som motiverar att de ska anses falla under ex gratia-etiketten, f.f.a. att det redan från början anges en sluttidpunkt efter vilken ersättning inte kan begäras. Denna egenskap är emellertid ingenting som kännetecknar den ”vanliga” ex gratia-ersättningen, som snarare utmärks just av att den inte ställer upp några tidsbegränsningar alls, vare sig i form av ”slutdatum” eller preskription.

Det finns vidare åtskilliga skillnader mellan den ex gratia-ersättning som regeringen kan bestämma över och de tillfälliga ersättningslösningar som reglerats genom lag. En skillnad är just det faktum att i det senare fallet ersättningarna har ett explicit lagstöd. Vidare har de tillfälliga ersättningslösningar som lagreglerats de senaste decennierna konstruerats på ett liknande sätt som andra ersättningslagstiftningar. De har ställt upp olika rekvisit för att ersättning ska kunna utgå och särskilda former för hantering av anspråk, vilket innebär att det skönsmässiga inslaget är mindre framträdande. Detta kontrasterar mot den öppna möjlighet som ex gratia-ersättning i trängre mening innebär. Således kommer här etiketten ex gratia förbehållas sådana ersättningar som regeringen kan besluta om ad hoc, medan sådana som följer av särskilda och tillfälliga lagar något oprecist kommer att betecknas som ”särskilda ersättningslösningar”.

7.3 Förutsättningarna för ersättning ex gratia

Ex gratia-ersättningen har inget tydligt stöd i lag. Den brukar emellanåt beskrivas som ett utflöde ur regeringens möjlighet att bevilja nåd (11 kap. 13 § RF), men det finns inte någon explicit koppling i författning till nådeinstitutet heller. Ex gratia-ersättningens enda författningsgrund är grundlagens regel om regeringens finansmakt, och — för att citera Bertil Bengtsson — ”en sedvana med ganska oklar innebörd”.[48]

[46] När det gäller rättighetsöverträdelser finns det dock visst utrymme för att åsidosätta de vanliga preskriptionsreglerna, jfr NJA 2018 s. 103, ”Medborgarskapet II”. Bengtsson noterar dock att anspråk oftare rör relativt färska skador där preskriptionen inte utgör något hinder men att ansvar av olika skäl inte föreligger, Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 328.

[47] Citatet från prop. 2017/18:64, s. 13.

[48] Se Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 325. Oklarheten visar sig även i att understundom riksdagen genom tillkännagivanden haft synpunkter på ex gratia-ersättningar; tillkännagivanden som senare lett till att regeringen också beslutat utge sådan ersättning, se Thomas Larue, Om negativa och ”för-

Eftersom ex gratia-ersättningen per definition saknar fasta principer går det inte att tala om någon egentlig praxis. Det finns vissa uttalanden i doktrinen som i sin tur kan relateras till vissa iakttagelser från tidigare ärenden, även om dessa inte bör tolkas som prejudicerande utan snarast som exempel.

Ex gratia-ersättning kan utgå när ”enskilda på ett stötande sätt kommit i kläm”.[49] Som ett exempel kan, med viss tveksamhet, tas NJA 1999 s. 291, där felaktig information från det allmänna som orsakat ren förmögenhetsskada inte gav rätt till skadestånd — förutsättningarna för skadestånd enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen var inte uppfyllda och 3 kap. 3 § hade inte trätt i kraft vid händelsen. HD gjorde, får man säga, en snål bedömning och ogillade käromålet eftersom det inte fanns ”något behov av att i rättspraxis utvidga tillämpningsområdet för 3 kap. 2 § i samma syfte” som den nya informationsansvarsregeln hade. Ex gratia-ersättning utgick.[50]

Ersättning kan även komma ifråga när det föreligger ”särskilt ömmande förhållanden” där det finns en större grupp skadelidande.[51] Ett exempel på det är att ersättning utgick till ett flertal personer med anledning av den s.k. neurosedynkatastrofen. Beslutet fattades efter att regeringen givit Justitiekanslern i uppdrag att granska hur myndigheterna hanterade händelsen och JK därvid föreslagit att ersättning skulle utgå.[52]

En typsituation som tidigare förekommit återkommande är den där en enskild drabbats av en skada som inte omfattas av någon vid skadetillfället gällande skadeståndsregel men där det fanns ett pågående lagstiftningsarbete som senare mynnade ut i en regel som hade givit den skadelidande en möjlighet att begära skadestånd från staten eller en kommun.[53] Detta var mer aktuellt för skador som orsakades av det allmänna innan skadeståndslagens tillkomst.[54] Skadeståndsrättens regelverk utvecklas dock kontinuerligt. Det pågår när detta skrivs flera lagstiftningsprocesser som ser över olika delar av skadeståndsrätten. Den typsituation som beskrevs i detta styckes inledning kan med andra ord aktualiseras även i samband med några av de nu pågående lagstiftningsprocesserna.

svunna” tillkännagivanden, SvJT 2016 s. 289 ff., på s. 307. Nedanstående reflektioner lutar sig delvis mot Bengtssons artikel.

[49] Håkan Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Uppsala 2012, s. 353, n. 1152.

[50] Se Jan Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt — ett samhällsproblem eller en rättvisefråga, SvJT 2003 s. 319 ff., på s. 336.

[51] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 328.

[52] JK skrev ett utförligt utlåtande i ärendet där också bakgrunden och läkemedlets skadliga inverkan behandlades. Se dnr: 3195-02-90 / Beslutsdatum: 30 april 2003. (Det kan nämnas att Bertil Bengtsson anlitades för att medverka i ärendet och att han tydligen hade ett sådant inflytande i arbetet att JK valde att formulera sig i termer av ”vi”; ett ”vi” som alltså omfattade JK och Bengtsson.)

[53] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009, s 329.

[54] Se dock strax nedan om ersättning vid vårdslöst kommunicerad felaktig information för tiden innan informationsansvarsregeln i 3 kap. 3 § skadeståndslagen infördes.

En ytterligare situation som kan aktualisera ex gratia-ersättningar är ”där enskilda annars drabbats särskilt hårt av en åtgärd eller en händelse som staten direkt är inblandad i på ett sådant sätt att det ter sig rimligt att staten tar ett ekonomiskt ansvar för skadan”.[55] Som exempel på en sådan situation nämner Bengtsson det s.k. Alvgardfallet, där en företagare drabbas av ekonomisk skada till följd av att ha varit föremål för brottsmisstankar (skattebrott). Inget åtal väcktes. Företagaren väckte talan mot staten men förlorade eftersom domstolarna inte ansåg att kravet på fel eller försummelse var uppfyllt. Den nytillträdda borgerliga regeringen beslutade att utge ersättning med 1 miljon kronor. Beslutet vilade på, som Bengtsson beskriver det, ”för ovanlighetens skull” en bedömning med en ”klart politisk prägel”.[56]

Som ett sista exempel kan nämnas extraordinära händelser, som naturkatastrofer, och här har ”man helt avlägsnat sig från några skadeståndsrättsliga överväganden”.[57] Det mest kända exemplet är regeringens beslut att utge ett stort belopp i ersättning ex gratia till reseföretag som hjälpte till att transportera hem svenskar som befann sig i Sydostasien, främst Thailand, när tsunamikatastrofen inträffade.

7.4 Behovet av ex gratia-ersättning som en nödlösning

Tidigare förekom det att regeringens beslut i dessa ersättningsfrågor initierades av att JK eller JO föreslog för regeringen att ersättning skulle utgå.[58] Propåer från JO var vanligare innan skadeståndslagen tillkom och regeringen följde i allmänhet JO:s rekommendationer.[59] En typ av situation där JO efter lagens ikraftträdande funnit anledning att påminna regeringen om möjligheten att utge ersättning ex gratia, vid felaktig information som föranlett ren förmögenhetsskada, kan idag hanteras skadeståndsrättsligt genom 3 kap. 3 § skadeståndslagen.[60] Ovanpå det har vi de andra skadeståndsrättsliga grunder som tas upp i denna artikel, där Europakonventionsgrundade skadestånd har störst praktisk betydelse. Slutligen har det förekommit ett flertal tillfälliga ersättningssystem som fångat upp situationer av mer omfattande skadehändelser av samhällelig betydelse, t.ex. vid de s.k. vanvårdade barnen (se strax nedan). Sammantaget innebär detta att det numer torde finnas mindre behov av att använda sig av möjligheten till ad hoc-ersättningar.

[55] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009, s 331.
[56] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 331.
[57] Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 333.
[58] Ang. JO, se t.ex. den (inlindade) ex gratia-rekommendationen i beslut 2003-03-12, Dnr 2482-2002.
[59] Se Alfred Bexelius, JO-ämbetet 150 år, SvJT 1960, s. 85.
[60] En sådan situation behandlades i det exempel på ett JO-beslut från 2003 som nyss nämndes.

7.5 Förhållandet till skadeståndsrätten

Ex gratia-ersättningens förhållande till skadeståndsrätten har redan berörts. Ersättningsformen aktualiseras i första hand när skadeståndsvägen inte är framkomlig. Skadeståndsrätten har därmed, åtminstone som utgångspunkt, prioritet. Det finns emellertid en situation där gränsen mellan ersättningsformerna kan bli suddig.

Ett exempel på det är fallet med avvisningen av två egyptier som, genom CIA:s försorg, transporterades från Sverige till Egypten där de utsattes för tortyr. Säkerhetspolisens agerande fick ”synnerligen allvarlig kritik” av Justitieombudsmannen.[61] De två avvisade personerna framförde senare ett anspråk mot den svenska staten för inblandningen i avvisningen. Skadeståndsärendet slutade i en förlikning.[62] Huruvida det fanns tillräcklig grund för skadestånd i ärendet är svårt att bedöma. JO:s skarpa kritik mot polisens agerande ger i och för sig en indikation för en bedömning av ”fel eller försummelse”, men det finns andra skadeståndsrättsliga rekvisit som vid en domstolsprövning skulle kunna ha inneburit svårigheter för de avvisades skadeståndsanspråk.

Hur det än är med skadeståndsansvaret finns det i sådana här sammanhang ett utrymme för viss överlappning mellan skadeståndsrätten och ex gratia-ersättningen. Om staten träffar en förlikning när en skadelidande egentligen har ett svagt ”case” för sin skadeståndstalan, men det finns andra skäl som talar för att ersättning borde utgå, närmar sig förlikningen en billighetsersättning.

7.6 Betydelse i förevarande situation

Även om det nyss framhölls att behovet av ex gratia-ersättningar minskat genom de ökade skadeståndsmöjligheter som uppkommit under de senaste decennierna, kan coronakrisen innebära ett uppsving i antalet anspråk. Det kan röra sig om begäranden från personer som äger restauranger, klubbar eller kaféer som drabbas av förbudet mot folksamlingar med mer än 50 personer. Eller personer som verkar inom hotell- eller resenäringen. Eller konferensanläggningar. I dessa fall torde det vara svårt att hitta stöd för att ersättning ska kunna utgå på skadeståndsrättslig grund. Många gånger kommer ex gratia-ersättningen vara den enda möjligheten som står till buds.

Det tycks emellertid som att de senare decenniernas rättsutveckling inneburit ett mer begränsat utrymme för ex gratia-ersättning. Det finns flera argument som talar för att det är bättre att behandla ersättningsanspråk under de allmänna regler som finns snarare än under den skönsmässiga ex gratia-lösningen. Ex gratia-ersättningarna är svårförutsebara, för att inte säga oförutsebara, och kan ifrågasättas ur ett likabehandlingsperspektiv. I kölvattnet av pandemin och de åtgär-

[61] Beslut 22 mars 2005, dnr. 2169/2004.

[62] Hans Regner, JK som juridisk rådgivare till regeringen, i Justitiekanslern 300 år, Stockholm 2013, s. 217 ff., på s. 228.

der som denna medfört är det inte osannolikt att regeringen kommer att behöva ta ställning till åtskilliga anspråk av detta slag.

8 Särskilda ersättningslösningar?

8.1 Allmänt

Hittills har framställningen tagit upp existerande ersättningsregler. För det allmänna finns det en ytterligare möjlighet, om de nuvarande reglerna uppfattas som alltför snåla — även i ljuset av de förhållandevis öppna möjligheter som ex gratia-ersättningen innebär. Det är att konstruera en särskild ersättningslösning för att kompensera de som drabbats av coronapandemin och/eller åtgärderna mot den.

Sådana särskilda ersättningsmöjligheter kan ta sig formen av fonder men kan också konstrueras genom att en pott av skattemedel allokeras till ett specifikt, tidsbegränsat ”upprättelseprojekt” i form av en författningsreglerad ersättning som utgår ur allmänna medel. En sak som emellanåt skiljer de två ersättningsformerna åt är att fondlösningen kan finansieras på andra sätt än genom (enbart) skattemedel. Några exempel tas upp nedan, med vissa utblickar till omtalade lösningar från andra länder. Nedanstående iakttagelser är skissartade och ska enbart betraktas som ett inspel i en *de lege ferenda*-diskussion.

8.2 Kompensationsfonder

Ur ett komparativrättsligt perspektiv är offentligrättsligt konstruerade kompensationsfonder en välkänd företeelse, även om de inte förekommit i Sverige.[63] Ett känt exempel är 11 septemberfonden som syftade till att tillförsäkra offer för attentaten mot bl.a. World Trade Centre den 11 september 2001 ersättning.[64] 11 septemberfonden hade även ett annat syfte än att kompensera offren. En del av bakgrunden till fondlösningen var att skydda potentiellt skadeståndsskyldiga aktörer — främst flygbolagen — från ansvar. För att erhålla ersättning ur fonden var man således tvungen att ingå en överenskommelse om att inte väcka talan mot bolagen. Fonden finansierades med allmänna medel.

11 septemberfonden är ett exempel på en reaktiv åtgärd; en fond som inrättats som en reaktion på en händelse för att hantera kom-

[63] Se för en färsk komparativrättslig genomgång av några europeiska länder, dock ej Norden, samt Nya Zeeland, Thierry Vansweevelt och Britt Weyts, Compensation Funds in a Comparative Perspective, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2020.

[64] Fonden har en egen hemsida: www.vcf.gov. Som företrädare för fonden utsågs en ”Special Master”, Kenneth R. Feinberg, som i en bok beskrivit sitt uppdrag, What is Life Worth? The Unprecedented Effort to Compensate the Victims of 9/11, Cambridge Mass. 2005. Boken recenserades av en av USA:s ledande skadeståndsexperter i Robert L. Rabin, September 11 Through the Prism of Victim Compensation, 106 Columbia Law Review, s. 464 ff. (2006). Se även Kenneth R. Feinberg, Who Gets What: Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval, New York 2012.

pensation enbart för just den aktuella händelsen. Det finns även exempel på proaktiva lösningar.

Vissa EU-länder har särskilda ersättningsfonder för skada orsakad genom terrorhandlingar.[65] I Frankrike sattes en sådan kompensationsfond upp genom lag redan 1986. Denna fond är begränsad till personskada. Fonden finansieras genom en särskild skatt på egendomsförsäkring. Utöver den franska fonden har Storbritannien och Spanien särskilda system för kompensation av terroroffer, om än inte genom samma typ av fondlösning som valts i Frankrike.[66] Det har förekommit viss diskussion om att sätta upp en allmän kompensationsfond till förmån för terroroffer på EU-nivå och det har rests krav i riksdagen på en liknande lösning i Sverige.[67]

Ersättningsfonder har också satts upp för att kompensera för historiska oförrätter.[68] Det mest kända exemplet är den tyska fond som konstruerats för att kompensera för slavarbete som utfördes under Förintelsen.[69] Den tyska ersättningsfonden har finansierats genom inbetalningar av tyska företag som tjänat pengar på det slavarbete som utfördes i arbets- och Förintelseläger.

8.3 Särskilt om EU:s solidaritetsfond

Trots att det ligger utanför denna artikels syfte bör något kort sägas om EU:s solidaritetsfond (ibland kallad EU:s katastroffond).[70] EU:s solidaritetsfond inrättades för att snabbt kunna ge stöd vid större naturkatastrofer i Europa. Bakgrunden var de svåra översvämningarna i Centraleuropa sommaren 2002 som fick långtgående konsekvenser på ekonomin och för människor. Det är stater som ansöker om ersättning ur fonden, för att kunna betala för kostnader orsakade av

[65] Se för följande synpunkter, Lucas Bergkamp, Michael Faure, Monika Hinteregger och Niels Philipsen, Civil Liability in Europe for Terrorism-Related Risk, Cambridge 2015, s. 112 f.

[66] I Storbritannien finns en sådan ersättningslösning sedan 2012, med ersättningar beräknade enligt en tariffmodell som bygger på det brittiska brottsskadeersättningssystemet. Högsta belopp är 500 000 £. Det kan jämföras med det högsta beloppet enligt den svenska brottsskadelagen (2014:322), som för personskada är 20 gånger prisbasbeloppet (12 §). Det finns inte längre något takbelopp för kränkningsersättningen, se ang. detta prop. 2013/14:94 s. 32. I Spanien skapades en särskild ersättningsmodell genom lag 2011. Ersättningsnivån för dödsfall enligt den spanska lagen är 250 000 €.

[67] Se ang. EU Lucas Bergkamp, Michael Faure, Monika Hinteregger och Niels Philipsen, Civil Liability in Europe for Terrorism-Related Risk, Cambridge 2015, s. 324 och ang. den svenska diskussionen Anja Haglund, Flera partier öppnar för fond till terroroffer, SvD 2019-04-07, tillgänglig på internet https:// www.svd.se/ partier-oppnar-for-terrorfond.

[68] Se för reflektioner kring ersättningsbedömningar avseende historiska händelser, Bertil Bengtsson, Om retroaktiva värderingar, i: Om lagstiftning och annat. 22 uppsatser, Stockholm 2011, s. 155 ff.

[69] Se för en kritisk analys Libby Adler och Peter Zumbansen, The Forgetfulness of the Noblesse: A Critique of the German Foundation Law Compensating Slave and Forced Laborers of the Third Reich, 39 Harvard Journal on Legislation, s. 1 ff. (2002).

[70] Fonden beskrivs på EU-kommissionens hemsida, från vilken följande uppgifter är hämtade, https://ec.europa.eu/regional_policy/sv/funding/solidarity-fund/.

olika katastrofer. Sedan sin tillkomst har ersättningar utgått ur fonden vid 80 händelser i 24 olika länder, till följd av översvämningar, skogsbränder, jordbävningar, stormar och torka. Fonden har hittills betalat ut mer än 5 miljarder euro. Sverige har bara erhållit ersättning vid ett tillfälle; efter stormen Gudrun utbetalades 81,7 miljoner euro.

Solidaritetsfonden har med anledning av covid-19 utökats till att även omfatta ”major public health emergencies”.[71] Det innebär att stater kan ansöka om ersättning om deras kostnader för att förhindra smittspridning överstiger 1,5 miljarder euro (i 2011 års prisnivå) eller mer än 0,3 % av landets BNP. 800 miljoner euro har allokerats till sådana ansökningar, och varje land kan erhålla ersättning för 2,5 % av kostnaderna upp till 1,5 miljarder euro för att bekämpa smittspridning och 6 % för kostnader över detta tröskelvärde.

EU:s solidaritetsfond ger inte något direkt stöd till enskilda företag eller andra personer. Möjligheten för Sverige att begära ersättning ur fonden ligger därmed egentligen utanför denna artikels område. Solidaritetsfonden tas ändå upp eftersom det i förlängningen kan ha betydelse för statens ekonomiska handlingsutrymme att kunna kompensera för skador som uppkommit i Sverige till följd av pandemin och åtgärderna mot den.

8.4 Särskilda ersättningslösningar

I Sverige har det inte förekommit några fondlösningar av det slag som ovan tagits upp. I en jämförelse med andra länder så är det viktigt att hålla i åtanke att Sverige, liksom de andra nordiska länderna, har ett finmaskigt nät av olika ersättningssystem till förmån för skadelidande, om än med emfas på personskador: Samspelet mellan socialförsäkringar, privata försäkringar och lagreglerade ersättningar samt skadeståndsrätten gör behovet för speciallösningar mindre. Icke desto mindre har det vid flera tillfällen under de senaste decennierna ansetts föreligga sådana behov.

Ur ett svenskt perspektiv har genom lagstiftning tidsbegränsade möjligheter att erhålla kompensation bortom den skadeståndsrättsliga regleringen öppnats vid ett par tillfällen under senare tid. Härigenom har staten försökt att skapa i vart fall ekonomisk upprättelse för de fortfarande levande offren för de rashygieniska tvångssteriliseringarna och för barn som farit illa vid foster- och barnhemsplaceringar (de s.k. ”vanvårdade barnen”).[72] Mest nyligen kom lagen (2018:162) om statlig ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet

[71] Se https://ec.europa.eu/regional_policy/sv/funding/solidarity-fund/covid-19.

[72] De tvångssteriliserade erhöll möjlighet till ersättning genom lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall. De ”vanvårdade barnen” behandlades i lag (2012:663) om statlig ersättning till personer som utsatts för övergrepp eller försummelser i samhällsvården. Se för kommentarer till 1999 års lag Bertil Bengtsson, Den ångerfulle lagstiftaren, Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 2001, s. 20 ff. och ds. , Om retroaktiva värderingar, i: Om lagstiftning och annat. 22 uppsatser, Stockholm 2011, s. 155 ff., på s. 166 ff. Ang. ersättningen enligt 2012 års lag, se Bertil Bengtsson, Problem kring en ersättningslagstiftning, SvJT 2013 s. 289 ff.

fastställd i vissa fall. Enligt 2018 års lag utgick ersättning till personer som var tvungna att sterilisera sig själva för att få genomgå könskorrigerande behandling inom ramen för den allmänfinansierade vården.

Dessa tre lagar tillhandahöll en möjlighet att under en viss tidsperiod begära ersättning ur allmänna medel. Det rör sig i samtliga fall om vad som ovan har beskrivits som historiska oförrätter, d.v.s. en reaktion mot händelser som enligt vår tids värderingar framstår som oacceptabla men som inte berättigade till skadestånd enligt de regler som gällde vid tillfället.[73] Vidare: Den ersättning som kunde utgå enligt dessa tre lagar var enbart en ideell ersättning av kränkningsliknande slag enligt en i respektive lag fixerad schablon — några regler om ekonomiskt skadestånd förekom alltså inte.

8.5 Betydelse i förevarande situation

Under arbetet med den s.k. bemyndigandelagen väcktes frågan om en särskild ersättningslösning som skulle användas om/när regeringen använder sig av det bemyndigande som lagen ger den. I detta avslutande *de lege ferenda*-avsnitt har några observationer gjorts kring särskilda ersättningslösningar med några utblickar över andra rättsordningar. Dessa observationer har varit av svepande slag, men det finns några saker som man kan ta med sig.

Den snabba omställningen av EU:s solidaritetsfond visar hur ett särskilt ersättningssystem kan anpassas efter den nuvarande situationen och att sådana system kan konstrueras på ett sätt som möjliggör flexibilitet. Fonden har till syfte att ge bidrag till medlemsstater som drabbas av katastrofer. Under rådande omständigheter är det väl okontroversiellt att inkludera pandemin i listan över vilka katastrofer som omfattas. Skillnaden mellan coronapandemin och de händelser som tidigare har medfört att ersättningar ur fonden utgått är att den är global och att den har drabbat alla EU:s medlemsstater, mer eller mindre. Även om solidaritetsfonden har omfattande resurser till sitt förfogande torde det inte vara osannolikt att pengarna inte kommer att räcka till att täcka de i och för sig berättigade anspråk som fonden kommer att behöva hantera.

Det har, såvitt jag känner till, ännu inte framförts några förslag på att Sverige borde sätta upp en generell särskild ersättningslösning för att kompensera för de skador som åtgärderna mot smittspridningen orsakat. En generell ersättningslösning, med tillämpning för olika branscher, skulle bli oerhört resurskrävande. Det finns emellertid inget som hindrar att en ersättningslösning får ett mer begränsat omfång, även om konstitutionella grundbultar som likabehandlingsprincipen i ett sådant fall behöver beaktas.

[73] Uttrycket ”historisk oförrätt” passar i och för sig ganska dåligt in på den sista av dessa tre lagar, eftersom steriliseringskravet för könskorrigering avskaffades förhållandevis nära in på upprättandet av ersättningslagstiftningen.

Som framgått har i några länder finansieringen av särskilda ersättningslösningar skett genom punktskatter eller liknande pålagor riktade mot olika kategorier. För det fall någon form av särskild ersättningslösning ska övervägas i Sverige utgör de speciella finansieringsformer som vissa av de ovan nämnda fondlösningarna vilar på, där kostnaden vältras över på vissa branscher eller företag, inte någon lämplig förebild. Det finns inget företag, ingen bransch eller annan aktör som rimligen bör eller ens kan tvingas ”internalisera” kostnaden för den nu uppkomna situationen. I ett sådant här läge finns det inget alternativ till att kostnaden landar på statskassan.

De tre exempel på särskilda ersättningslösningar som den svenska lagstiftaren satt upp under senare tid har också begränsad input att ge när det gäller regelverkens materiella innehåll. I dessa fall har syftet varit att åstadkomma modeller för *upprättelse;* ersättning för ekonomisk skada har inte omfattats. När det gäller ersättningar till följd av covid-19-situationen är det i första hand ekonomisk skada som kan behöva hanteras genom nya grepp. I den mån särskilda lösningar även för ideella skador övervägs så torde det inte vara i formen av kränkningsliknande ersättningar av det slag som de tre nu omtalade lagarna reglerade. Sammantaget finns det inte mycket att hämta i dessa lagar i en diskussion om särskilda ersättningslösningar för coronarelaterade skador. Däremot tjänar de som en illustration av hur lagstiftaren har varit öppen för speciallösningar när det har ansetts föreligga tillräckligt starka skäl.

Det skulle föra för långt att ge förslag på hur en ersättningslösning skulle kunna konstrueras om regeringen vill gå vidare med de ersättningsidéer som först aktualiserades i samband med framtagandet av bemyndigandelagen. I sammanhanget finns det emellertid en aspekt som bör tas upp. Ett lagstiftningsprojekt om en ”coronafond” behöver inte börja från ”scratch”. 1956 års förordning har, som framgått ovan, tolkats som ett uttryck för allmänna rättsprinciper. Den utgör därtill ett tämligen finkornigt regelverk. Här finns det en grund att bygga på.

Frågan är emellertid om en särskild ersättningslösning, vare sig den bygger på 1956 års förordning eller inte, kan konstrueras i formen av en billighetslagstiftning. Det är något otidsenligt över att en ersättningsform med det allmänna som avsändare kan tillämpas skönsmässigt av den myndighet eller domstol som har att hantera den.

9 Avslutning

Artikeln har tagit upp olika möjligheter att hantera ersättningsanspråk som kan uppkomma med anledning av de åtgärder som vidtagits med anledning av en epidemi. De skadeståndsrättsliga reglerna som kan bli aktuella har presenterats översiktligt. Därefter har billighetsmöjligheter behandlats. Ersättning enligt den synbarligen underfinansierade förordningen från 1956 som tar sikte på just skada som orsakats av åtgärder mot epidemier är ett exempel. Ett annat är den

öppna ex gratia-ersättningen. Avslutningsvis gjordes några skissartade *de lege ferenda*-iakttagelser kring hur en särskild ersättningslösning skulle kunna konstrueras.

Det återstår att se om en ersättningsrättslig karta av det slag som ovan presenterats kommer att behövas för att utvärdera framtida ersättningsanspråk med anledning av epidemin och dess hantering. Den förutsägelse om ett enormt antal skadeståndstvister som finansmannen Warren Buffet som citerades ovan (n. 13) kan säkert stämma utifrån en amerikansk utgångspunkt. Det är dock mindre troligt att coronarelaterade skadeståndskrav kommer att översvämma brevlådorna på de svenska tingsrätterna, men det kommer med säkerhet att förekomma olika typer av pandemirelaterade tvister även i Sverige. I en del av dessa tvister kommer det sannolikt att vara staten som är svarande.