

Om myndighetsutövning som förutsättning för det allmännas ansvar

BERTIL BENGTTSSON*

1. En reform av det allmännas skadeståndsansvar diskuteras i flera sammanhang. Till väsentlig del förutsätter statens och kommunens skadeståndsskyldighet uppsåt eller oaktsamhet, alltså culpa; det gäller enligt huvudregeln om skadestånd vid myndighetsutövning i 3 kap. 2 § skadeståndslagen (SkL). Ett strängare ansvar, som inte beror av culpa, har införts genom den nya regeln i 3 kap. 4 §, som reglerar skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen. På många håll förordas att man ska gå vidare på denna väg genom vad man kallar ett konstitutionellt skadeståndsansvar, som skulle innebära ett ansvar oberoende av culpa vid överträdelse av rättighetsreglerna i 2 kap. regeringsformen (RF)¹ En parlamentarisk utredning har också lagt fram ett sådant förslag, som nära anknyter till regeln i 3:4 (se SOU 2020:44). Att det finns ett behov av en ansvarsskärpning av detta slag tas ofta för givet; även om den skadelidandes intressen till stor del tillgodoses genom att Europakonventionen samtidigt har överträtts vid dessa skador, framstår det som säreget att inte regeln i 3:4 har någon motsvarighet när RF överträtts.

Emellertid förekommer också ett annat reformbehov på området, fast inte lika omdiskuterat. Culpaansvaret enligt 3:2 förutsätter som sagt att fel och försummelse förekommit vid myndighetsutövning. Utanför detta område är det svårt att få skadestånd ens om culpa förekommit på det allmännas sida. Möjligheterna till ersättning för ren förmögenhetsskada utanför kontraktsförhållanden är som bekant begränsade (jfr 3:1 SkL), och det är sådana skador som det oftast blir fråga om vid det allmännas verksamhet. I ett särskilt fall – vid felaktig myndighetsinformation – föreskriver lagen ett ansvar vid särskilda skäl,² men i övrigt saknas bestämmelser om skadeståndsskyldighet t.ex. vid service och andra tjänster av olika slag från

* Professor, f.d. justitieråd.

¹ Se härom Jan Kleinemans uppsats Konstitutionell skadeståndsrätt – framtidsvision eller demokratisk återvändsgränd? i Juridisk Tidskrift 2018–19 s. 23 ff, där den moderna rättsvetenskapliga diskussionen om rättighetsansvaret granskas och sammanfattas. Tidigare har frågan behandlats av Märten Schultz i flera sammanhang, se bl.a. SvJT 2011 s. 989 ff.

² Också här lär Jan Kleineman som specialist på bl.a. rådgivaransvar ha spelat en viktig roll i den diskussion som ledde till lösningen i 3:3 SkL – en kompromiss i ett besvärligt lagstiftningsärende.

det allmännas sida eller faktiskt handlande – bristfällighet i t.ex. undervisning och vård. Något egentligt avtalsförhållande som skulle motivera ett kontraktsrättsligt ansvar kan sällan konstateras mellan det allmänna och den skadelidande. Ett försök att lagstifta på området har inte lett till något resultat.³

I fortsättningen är det denna lucka i skadeståndslagstiftningen som ska uppmärksammas: ska det allmännas culpaansvar liksom nu vara väsentligen inskränkt till fall av myndighetsutövning? Frågan kan tyckas som ett sidospår i diskussionen om det allmännas ansvar – den går tillbaka till en äldre diskussion om räckvidden av ansvaret, utan någon anknytning till den moderna rättighetsdiskussionen. Den har dock fått särskild aktualitet genom den nya förvaltningslag (2017:900) som trädde i kraft den 1 januari 2018, där begreppet myndighetsutövning utmönstras. Det kan finnas skäl både för och emot en sådan reform också på skadeståndsområdet.

2. Genom att det allmännas ansvar för ren förmögenhetsskada enligt 3:2 SkL förutsätter myndighetsutövning har detta begrepp fått en central betydelse, något som gällt alltifrån SkL:s tillkomst. Det anger framför allt förutsättningarna för att ren förmögenhetsskada som orsakas i offentlig verksamhet ska kunna ersättas, men också skadeståndsskyldighet för delegerad myndighetsutövning – alltså ett ansvar för självständig medhjälparens vållande – förtjänar att observeras; formuleringen ”myndighetsutövning i verksamhet för vilken staten eller kommunen svarar” tar sikte just på detta ansvar. Ren förmögenhetsskada utgör som sagt den vanligaste skadetyper i sådana sammanhang. Att myndighetsutövning orsakar person- eller sakskada blir mera sällan aktuellt, fast exempel kan hämtas bl.a. från polisens och kronofogdemyndighetens verksamhet; inte heller kränkningar som avses i 2:3 SkL (jfr 3:2 2 st.) är så vanliga.

3. Ungefär samtidigt med SkL:s tillkomst fick begreppet i fråga en liknande väsentlig betydelse inom förvaltningsrätten genom att det användes i den första förvaltningslagen (1971:290), om också det togs in i själva lagtexten först i 1986 års förvaltningslag (1986:223). Begreppet myndighetsutövning förekommer också i grundlagen (12:3 och 12:4 RF) och i brottsbalken (bl.a. 17:1 och 20:1), dock bara i mera speciella sammanhang. Allmänt kan sägas att begreppet anger förhållanden där den enskilde är särskilt beroende av en korrekt tillämpning av offentligrättsliga regler: när det allmänna bestämmer över enskildas förpliktelser och rättigheter genom förelägganden eller förbud eller intar en monopolställning, såsom beträffandeförmåner som inte kan uppnås på privat väg (t.ex. pass, körkort och andra tillstånd).

³ Se Ds 2009:13. Det ganska otillfredsställande rättsläget vid dessa offentliga tjänster behandlas utförligt i Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv (2013).

I den nya förvaltningslagen har som sagt begreppet myndighetsutövning avskaffats. Det hade i den äldre lagen använts som beteckning på ärenden där särskilt mycket krävdes av myndigheterna för att tillgodose den enskildes rättssäkerhet och kravet på en lagbunden förvaltning; det tog på detta vis främst sikte på förvaltningsförfarandet. Att begreppet nu slopades utgjorde enligt motiven främst en reform i rättssäkerhetens intresse: kraven på myndigheterna skulle gälla mera generellt, inte begränsas till vissa delar av verksamheten. Dessutom anfördes att begreppet var svårtolkat och hade varierande innebörd i olika sammanhang. Det framhölls att meningen med reformen inte var att användningen av begreppet på andra rättsområden skulle påverkas.⁴ – Det kan nämnas att i 2017 års kommunallag begreppet däremot behållits; särskilda krav av olika slag ställs på handläggning av kommunala beslut som innebär myndighetsutövning.⁵

Frågan om det nu fanns skäl att utmönstra begreppet också på andra rättsområden togs av naturliga skäl inte upp i propositionen om förvaltningslag. En sådan reform kunde annars verka närliggande, med hänsyn till regeringens inställning vid förvaltningsreformen. Att ändra regeringsformens och brottsbalkens hänvisningar till begreppet kan knappast anses särskilt angeläget från någon synpunkt, men när skadeståndsintresserade jurister har fått mera tid att överväga den förvaltningsrättsliga reformen kan man förutse i varje fall en diskussion i frågan om att ansvaret enligt 3:2 SkL ska utvidgas. Vad som då skulle komma i fråga är väl närmast att skadestånd enligt paragrafen, även för ren förmögenhetsskada, skulle utgå vid all offentlig verksamhet utan någon begränsning till myndighetsutövning. Skälen för detta skulle vara desamma som låg bakom motsvarande reform av förvaltningslagen – alltså främst hänsyn till rättssäkerheten. Reformen kunde öka enskildas möjligheter till skadestånd vid fel och försummelse från det allmännas sida, exempelvis vid offentliga tjänster. Därigenom skulle man också kunna undgå de tolkningsproblem begreppet medför.

Som nämnts har regeringen ansett en allmän lagstiftning om offentliga tjänster kunna anstå; den lagstiftning om speciella tjänster av detta slag som man i stället ställde i utsikt har inte blivit av.⁶ Men nu kan läget ha ändrats: en utredning rörande dessa frågor skulle ligga nära till hands bl.a. för dem som förordar en – åtminstone partiell – övergång till en rättighetspräglad skadeståndsrätt, med delvis ökade möjligheter för den enskilde att komma till sin rätt i förhållande till det allmänna, och det blir då naturligt att ta upp frågan om myndighetsutövningens betydelse. Man kan vidare vänta sig hänvisningar till systematiska argument – skadeståndsansvaret för förvaltningsrättsliga åtgärder borde följa förvaltningsrättens begreppsbyggnad.

⁴ Se prop. 2017/18:180 avsnitt 6.2.

⁵ Se 4:26, 6:8, 6:25, 6:31, 7:14, 8:4, 10:1 kommunallagen.

⁶ Se prop. 2011/12:28 s. 19 angående lagförslaget om utvidgning av konsumenttjänstlagen till offentliga tjänster.

Här kunde också återopas att den nya lagstiftningen om skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen inte begränsar sig till området för myndighetsutövning: om en konventionsrättighet (se 3:4 SkL) överträds vid annan offentligt rättslig verksamhet kan skadestånd utgå enligt samma bestämmelse. Liknande synpunkter kunde tänkas tala för en mera generell tillämpning även av skadeståndsregeln i 3 kap. 2 §.⁷ Inte heller förslaget till grundlagsansvar i 2020 års förslag begränsar ansvaret till fall av myndighetsutövning.

Det kan finnas anledning att redan nu diskutera skälen för och emot för en sådan reform av skadeståndsrätten. Det är klart att skulle ytterligare skadeståndsreformer bli aktuella, efter införandet av regler om överträdelse av Europakonventionen, torde de närmast avse skadestånd på grund av överträdelser av regeringsformen enligt SOU 2020:44.⁸ Men detta lagstiftningsprojekt lär inte utesluta en översyn också av regeln i 3 kap. 2 §.

4. Begreppet myndighetsutövning tillkom när propositionen angående skadeståndslagen utarbetades, utan någon motsvarighet i de betänkanden som låg till grund för lagen – bl.a. betänkandet SOU 1958:43, som innehöll förslag till lag om skadestånd vid offentlig verksamhet. Utgångsläget var att det allmänna dittills inte svarat för ren förmögenhetsskada till följd av felaktiga beslut av offentliga tjänstemän – den vanliga skadetyper i sammanhanget.⁹ I stället fick den skadelidande kräva skadestånd av tjänstemannen personligen; i varje fall när denne gjort sig skyldig till straffbart tjänstefel blev han ansvarig också för ren förmögenhetsskada. Denna inskränkning av den offentlige arbetsgivarens skadeståndsskyldighet framstod enligt propositionen som helt oförenlig med den allmänna skadeståndsrättens principer. En avgränsning av de särskilda reglerna för det allmännas ansvar ansågs emellertid nödvändig. Att införa ett ansvar för staten och kommunen för olika myndighetsbeslut var ju en vittgående reform, som kunde synas betänkelig både från ekonomisk synpunkt – Finansdepartementet var länge negativt – och med tanke på det ingrepp i vårt förvaltningsrättsliga system som den innebar; den borde enligt en utbredd uppfattning hållas inom en rimlig ram. Att hänvisa till erfarenheterna från Danmark och Norge, där ett motsvarande utvidgat ansvar inte medförde några större problem, gjorde ingen effekt.

I betänkandet hade föreslagits en begränsning genom att från det allmännas ansvar utesluta sådan verksamhet som ”till sin art är att jämställa med enskild verksamhet eller eljest, såsom i fråga om byggnadsföretag, verkstadsrörelse eller annat dylikt, innefattar arbetsuppgift som väsentligen

⁷ Se prop. 2017/18:7 s. 27 f. Skälen för utvidgningen är dock ganska allmänt hållna – de innebär i stort sett att det inte finns några skäl för en begränsning till myndighetsutövning.

⁸ Se 2015/16:KU 115, p. 15.

⁹ Se härom och om det följande prop. 1972:5 s. 310 ff.

är att jämställa med vad som förekommer vid enskild verksamhet". Då skulle allmän lag gälla. Denna obestämda formulering framstod emellertid enligt propositionen som svårhanterlig och mindre lämplig. I stället stannade man – efter åtskillig diskussion om olika alternativ – för att anknypa till begreppet myndighetsutövning, som redan tidigare förekommit i det juridiska språkbruket. Det skulle i stort sett förmedla en riktig föreställning om vad som åsyftades. Ett utmärkande drag för de förvaltningsakter som avsågs sades vara att det rörde sig om beslut som ytterst var ett uttryck för samhällets maktbefogenheter och fick rättsverkan i kraft av offentlig-rättsliga regler. Vidare hänvisades till uttalanden som skett i motiven till den färska förvaltningslagen av 1971. I författningskommentaren till SkL behandlades begreppets innebörd utförligt.

Bestämmelsen i 3:2 SkL har i denna del kvarstått oförändrad sedan lagens tillkomst; ansvaret har dock skärpts genom att man år 1990 avskaffade flera undantag som främst avsetts att lugna Finansdepartementets farhågor rörande lagens ekonomiska konsekvenser. Vad uttrycket "vid myndighetsutövning" innebär på skadeståndsrättens område har bedömts i åtskilliga prejudikat, men väsentligen har tolkningen av begreppet följt vad som från början åsyftades.¹⁰ Genom avgränsningen i paragrafen är det i stort sett tre grupper av fall som undantas: rena serviceåtgärder (inbegripet information) från det allmännas sida utan samband med någon myndighetsutövning, andra åtgärder (mestadels faktiska) i samband med tjänster från det allmännas sida som t.ex. vård, omsorg eller undervisning, samt verksamhet av privaträttslig natur, t.ex. förvaltning av statliga eller kommunala fastigheter. Här blir paragrafens ansvar för ren förmögenhetsskada inte aktuellt, såvida inte den skadevällande åtgärden har nära samband med myndighetsutövning.¹¹ I stället får skadeståndsskyldighet i dessa fall grundas på andra rättsregler, i den mån några sådana går att hitta. När det gäller person- eller sakskada eller annan skada genom brott kan sålunda den allmänna regeln om arbetsgivares ansvar i 3:1 SkL tillämpas.¹²

Såvitt angår bristfällig service i form av myndighetsinformation kan den senare tillkomna regeln i 3:3 SkL åberopas: det allmänna svarar för felaktiga upplysningar och råd, varvid fordras inte bara fel eller försummelse utan också särskilda skäl. Myndighetsutövning förutsätts inte. Kravet på särskilda skäl utgör en väsentlig begränsning av ansvaret, även om HD i ett rättsfall från senare år tolkat uttrycket på ett ganska generöst sätt (NJA 2017 s. 824). I fråga om andra offentliga tjänster är läget delvis oklart: när det gäller sjukvård och tandvård täcker patientförsäkringen flertalet uppkommande personskador, vid andra personskador liksom vid saksador kan skadeståndslagen tillämpas, men delade meningar råder i vad mån ren

¹⁰ Se närmare Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, avsnitt 3:2.3.

¹¹ Se härom Bengtsson & Strömbäck a.a. avsnitt 3:2.5.

¹² Liksom kränkning enligt 2:3 SkL, som här har mindre betydelse.

förmögenhetsskada kan ersättas – i så fall närmast genom ett kontraktsrättsligt resonemang, som dock inte är så närliggande i dessa situationer. Den som lider ekonomisk förlust exempelvis genom dröjsmål i sjukvården, dålig universitets- eller skolundervisning eller brister i äldreomsorgen kan sällan räkna med skadestånd för skada av detta slag.¹³ Någon myndighetsutövning kan mestadels inte konstateras i dessa fall; det är de faktiska åtgärderna vid den offentliga tjänsten eller de faktiska förhållanden varunder tjänsten utövas som medför skada och olägenheter – delvis av ett slag som är svårt att uppskatta i pengar.

Att försöka konstatera ett avtalsförhållande i dessa fall kunde verka som en framkomlig väg och har visst stöd i HD:s praxis; avtalsrättsliga regler har åberopats i NJA 1998 s. 656 I och NJA 2008 s. 642 (daghemsavgifter) samt NJA 2011 s. 207 (tandbehandling). Men detta gäller speciella situationer, där det legat någorlunda nära till hands att anta ett avtalsförhållande med ömsesidiga förpliktelser uppkomna genom anbud och accept. Sådana resonemang är svårare att föra vid t.ex. brister i universitetsundervisning (om inte avgift utgår för undervisningen¹⁴), skolundervisning eller äldreomsorg.¹⁵

En viktig begränsning är vidare att det allmännas ansvar för privata medhjälpare i verksamheten i allmänhet förutsätter myndighetsutövning (se 3:2) eller kontraktsförhållande, och som sagt brukar ingendera förutgåendet föreligga i de aktuella situationerna. Ett väsentligt skäl för SkL:s regel var risken för att staten eller kommunen skulle delegera allehanda förvaltningsuppgifter till privata rättssubjekt och på det viset undandra sig ansvar för deras utförande – något som nu hindras av medhjälpansvaret. Men det är mycket tvivelaktigt om t.ex. kommunen svarar för självständig medhjälpare – närmast anlitate vårdföretag – vid exempelvis brister i äldreomsorgen. Man är då vanligen utanför myndighetsutövningens område, och det är ovisst om det kontraktsliknande förhållandet kan få sådana konsekvenser.¹⁶

Vidare lär det sällan bli fråga om några överträdelser av Europakonventionen när inte myndighetsutövning förekommit, även om naturligtvis något sådant är tänkbart. T.ex. vid barn- och äldreomsorg kan artikel 8 om skyddet för privat- och familjeliv någon gång åberopas och skadestånd utdömas, numera med stöd av 3:4 SkL. Men på det hela taget innebär lagstiftningen om dessa överträdelser inte någon större förbättring av de skadelidandes villkor på det aktuella rättsområdet. På liknande sätt innebär inte 2020 års förslag om grundlagsansvar någon ansvarsskärpning av intresse

¹³ Jfr Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv kap. 5–8.

¹⁴ Jfr NJA 2018 s. 266, om utländsk students rätt till nedsättning av vederlaget i sådant fall.

¹⁵ Se härom Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv, med en utförlig genomgång av olika möjliga skadeståndsfall; sammanfattning s. 185.

¹⁶ Jfr Bengtsson, a.a. s. 145 ff.

i detta sammanhang; typiskt sett förekommer också dessa överträdelser vid myndighetsutövning.

I fortsättningen ska inte särskilt beröras frågan om en utvidgning av ansvaret i 3:2 till det allmännas affärsverksamhet. Här tillämpas under alla förhållanden i första hand kontraktsrättsliga regler, som vanligen är minst lika stränga som ett eventuellt culpaansvar enligt paragrafen. Inte heller ska diskuteras vilken inverkan en lagändring kan ha på reglerna om offentlig anställning, där för övrigt 3:2 kan tillämpas i vissa fall.¹⁷ Det är utvidgningen till andra områden som har störst intresse om man tänker sig en reform.

5. Som framgår skulle det öppna nya möjligheter till skadestånd i vissa situationer om man upphävde begränsningen till myndighetsutövning. Omfattar regeln all offentlig verksamhet innebär det dessutom onekligen en viss förenkling av rättsläget.¹⁸ Finns det tillräckliga skäl för en sådan reform? Det kunde ligga nära till hands att koppla ihop reformfrågan med de framförda kraven på en mera rättighetsinriktad skadeståndsrätt, där kravet på myndighetsutövning skulle slopas. Den skada som enskilda lider av brister i offentliga tjänster kan dock långtifrån alltid uppfattas som angrepp på några rättigheter som skyddas av Europakonventionen eller RF; man kommer inte så långt med sådana resonemang. En övergång från culpaansvar till ett rättighetsansvar innebär för övrigt en så radikal omvandling av skadeståndsrättens regelsystem att den kan väntas bli både kontroversiell och tidskrävande. En sådan hopkoppling är knappast det bästa sättet att inom överskådlig tid komma till rätta med de diskuterade bristerna i det allmännas ansvar.

Vill man förstärka skyddet för den enskilde, får man rimligen – åtminstone till en början – i stället inrikta sig på att genomföra ett culpaansvar för all ren förmögenhetsskada också på offentligrättsliga områden där det allmännas ansvar nu är obefintligt eller lindrat. De hänvisningar till kontraktsregler som förekommer framstår i många fall som ganska långsökta; en vanlig culparegel skulle vara att föredra. Ändringen skulle alltså inskränkas till att stryka kravet på att felet eller försummelsen ska ha förekommit vid myndighetsutövning, något som skulle motsvara den tidigare förvaltningsrättsliga reformen. Man kunde då överväga en omformulering av 3:2 SkL, som talade om fel eller försummelse *i offentlig verksamhet* som staten eller kommunen svarar för – inte vid myndighetsutövning.

En del invändningar är dock möjliga mot en sådan reform. Vad gäller den ökade rättssäkerhet som reformen skulle genomföra, har det inte konstaterats några egentliga missförhållanden på de områden där en sådan ansvarsändring förekommit, om man bortser från de begränsningar av

¹⁷ Se Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen, avsnitt 3:2.2.

¹⁸ Jfr dock nedan om problemet att avgränsa det allmännas ansvar när offentlig verksamhet delegeras till privata företag.

ansvaret som regeln i 3:3 SkL innebär.¹⁹ De luckor i det allmännas ansvar som kan konstateras vid offentliga tjänster synes såvitt framkommit inte ha väckt några upprörda reaktioner. Det hindrar inte att ett skärpt ansvar bl.a. på detta område får anses önskvärt, delvis angeläget. Visserligen kan framhållas att rättssäkerhet genom ett mera lagbundet förvaltningsförfarande kan verka mera värdefullt än rättssäkerhet genom ökade möjligheter till skadestånd, något som inte på samma sätt direkt skyddar den enskilde;²⁰ bl.a. torde reformen av förvaltningsförfarandet innebära att sådana ideella skador som annars inte ersätts enligt 3:2 SkL²¹ undgås i viss utsträckning. Men den gör inte en reform av skadeståndsansvaret överflödig.

De systematiska argument som åberopats torde däremot väga tämligen lätt. Reglerna om det allmännas ansvar vid fel i förvaltningen kan naturligtvis ses som en del av förvaltningsrätten, men det hindrar inte att man ställer upp särskilda förutsättningar för skadeståndsskyldighet i sådana fall. Som nämnt har inte heller lagstiftaren varit konsekvent vid den förvaltningsrättsliga reformen: i kommunallagen har myndighetsutövning behållits som ett viktigt begrepp (se 3 ovan). Och det finns knappast några vägande skäl att följa reglerna om överträdelse av Europakonventionen när det gäller tillämpningsområdet. Som nyss framhölls torde ansvaret för överträdelser i de allra flesta fall bli aktuellt vid myndighetsutövning; dessutom har 3:4 SkL en särskild utformning, påkallad av den säregna situationen att ansvarsgrunden ligger väsentligen utanför svensk kontroll, och en samordning med denna paragraf ter sig inte som särskilt lämplig.

Vad beträffar de gränsdragningsproblem som anknytningen till myndighetsutövning ger upphov till, är de inte så värst bekymmersamma; förarbeten och domstolspraxis har i tillräcklig grad klarlagt rättsläget. För andra än jurister kan detta verka svårbegripligt, men det är ju en vanlig företeelse som knappast i sig kan motivera en ändring av en lagstiftning som annars fungerar. Bl.a. ger kravet på myndighetsutövning när uppgifter delegeras till privata rättssubjekt en relativt enkel och behändig lösning på en besvärlig avgränsningsfråga.

Vid diskussionen för och emot en reform av det angivna slaget får man inte heller glömma att en sådan lagstiftning inte blir så billig för det allmänna. Antalet skadeståndskrav – mer eller mindre befogade – kommer att öka, likaså kostnader för personal som kan handlägga sådana ärenden. Varken Finansdepartementet eller Sveriges kommuner – de traditionella

¹⁹ Jfr prop. 2011/12:28 s. 18 ff. Inte heller senare synes några missförhållanden ha påtalats; vårdtagare och andra tycks acceptera begränsningarna i det allmännas skadeståndsansvar, vilka på myndighetshåll och kommunalt håll synbarligen anses närmast självklara.

²⁰ Den reform som införandet av regeln i 3:4 innebär präglas sålunda av inställningen, att skadestånd ska vara en sista utväg när man inte kan komma till rätta med en överträdelse på annat vis; se prop. 2017/18:7 bl.a. s. 22 ff.

²¹ Däremot ofta enligt 3:4; men det förutsätter ju att en rättighet överträds.

motståndarna till skärpning av det allmännas ansvar – kan väntas se med jämnmot på en utvidgning av ansvaret till all offentlig verksamhet. Här kan erinras om de starka protester som föregick införandet av regeln i 3:3 SkL år 1998.²² En utredning hade förslagit en regel om ansvar för ren förmögenhetsskada vållad genom fel eller försummelse vid myndighetsinformation, med undantag för information som skedde som ett led i affärsverksamhet, undervisning, vård eller omsorg.²³ Bl.a. invändes mot en sådan regel att den riskerade att medföra, utom en ökad ekonomisk belastning särskilt på kommunerna, en minskad servicevilja hos myndigheterna – en synpunkt som också riksdagen tog upp. Resultatet blev den väsentliga begränsningen i paragrafen att ansvaret förutsatte särskilda skäl.²⁴ Det senare försöket att skydda konsumenter av offentliga tjänster genom en utvidgning av konsumenttjänstlagens regler mötte liknande reaktioner och ledde som sagt inte till lagstiftning.²⁵ Man kan vänta sig att ett skärpt ansvar för allehanda oaktsamhet utanför myndighetsutövningens område skulle väcka samma ovilja hos kommuner, regioner och vissa statliga myndigheter. De farhågor om svåra ekonomiska och praktiska konsekvenser som framförts i tidigare ärenden om ansvarsskärpning för det allmänna har visserligen inte varit särskilt väl underbyggda och förefaller i stort sett överdrivna, men det innebär inte att en regering nu kan väntas bortse från sådana invändningar. I varje fall bör en så pass ingripande ändring av skadestandsregeln kräva ingående kalkyler rörande ekonomiska och andra verkningar.

6. Också en reform grundad på ett utvidgat culpaansvar kan på detta vis synas tveksam. Till detta kommer flera delvis lagtekniska komplikationer. Det står klart att culpabedömningen vid myndighetsutövning är särskilt sträng: man ska göra en objektiv prövning, som utgår från den skadelidandes eller kanske snarare allmänhetens perspektiv, och ställa frågan om myndighetsutövningen når upp till den nivå som den enskilde har rätt att fordra.²⁶ Denna stränghet kan framför allt motiveras med den enskildes särskilda beroende av myndigheternas rättstillämpning i det tvångsläge han typiskt sett befinner sig i. Att slå av på kraven på myndigheternas verksamhet i sådana sammanhang kan inte gärna komma i fråga. Läget är ett annat vid exempelvis serviceverksamhet. Det är naturligtvis viktigt för den enskilde att upplysningar, information och annan service sker aktsamt och hänsyns-

²² Detsamma gällde som sagt införandet av skadestånd vid myndighetsutövning vid skadeståndslagens tillkomst; jfr 2 ovan.

²³ Se SOU 1993:55.

²⁴ Se prop. 1997/98:105 s. 32 f, 35 ff och 1997/98:LU27 s. 24 f.

²⁵ Se härom Ds 2009:13 och prop. 2011/12:28 s. 17 ff samt Bernitz i Juridisk Tidskrift 2014–15 s. 949 ff. – Det kan dock erkännas att lagförslaget i departementspromemorian – som jag själv lade fram – inte var särskilt lyckat såvitt gällde offentliga tjänster.

²⁶ Se t.ex. Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, avsnitt 3:2.4 med hänvisning till bl.a. NJA 1990 s. 137.

fullt, men förhållandet till myndigheten är ett annat – det är normalt inte fråga om samma underläge som vid myndighetsutövning. Myndigheten framstår visserligen i regel som den sakkunnigare parten, men det är inget tvång att anlita dess upplysningar och följa dess råd; sådana tjänster kan man i allmänhet få på annat håll. Inte heller har situationen lika utpräglade offentlighetsrättsliga drag – liknande service utförs ofta utan särskilt vederlag även i privata förhållanden. Enligt den nya förvaltningslagen ska hjälpen ”ges i den utsträckning som är lämplig med hänsyn till frågans art, den enskildes behov av hjälp och myndighetens verksamhet” och utan onödigt dröjsmål (6 §). Även om motiven understryker att ett medborgarperspektiv ska anläggas, är det långtifrån fråga om några lika stränga krav som man ställer på myndighetsutövning.²⁷

Man kan därför invända att det inte verkar sakligt motiverat att trots det sagda reglera skadeståndsansvaret på helt samma sätt. Håller man fast vid den naturliga skillnaden mellan myndighetsutövning och service kunde det finnas anledning att på något vis markera denna olikhet i lagtexten – åtgärder av servicekaraktär skulle särbehandlas. Men då är man tillbaka vid den gränsdragning man velat undvika; det är svårt att uttrycka olikheten på annat sätt än genom att använda sig av begreppen myndighetsutövning och service. Det går naturligtvis att i motiven till en ny culpapregel framhålla att den föreskrivna culpabedömningen blir annorlunda vid serviceverksamhet, men det gör inte regeln lättare att hantera.

Vad angår offentliga tjänster som i och för sig varken utgör myndighetsutövning eller därtill knuten serviceverksamhet – t.ex. vård, omsorg, undervisning – blir också culpabedömningen en annan. Här skulle införas ett ansvar som idag verkar tämligen främmande för jurister i de aktuella myndigheterna, som knappast kan se den med någon förståelse – även bortsett från dess ekonomiska konsekvenser.²⁸ Man kan inte begära att lagtexten skulle ge uttryck för denna skillnad – då blir regleringen alltför komplicerad – men redan motivuttalanden i frågan kan väcka invändningar mot reformen som måste beaktas i sammanhanget.

Ännu ett problem är läget när privata företag anlitas för offentliga tjänster, något som ju numera blir allt vanligare. Som framgått innebär 3:2 att det allmänna svarar för fel eller försummelse hos sådana självständiga medhjälpare, t.ex. vårdbolag, under förutsättning att det gäller myndighetsutövning. Utanför detta område finns inget utomobligatoriskt ansvar för sådana medhjälparens vållande, fränsett när dessa undantagsvis anlitas i riskfyllda situationer som kräver särskild omsorg eller särskilda kvalifikationer.²⁹ Upphävs kravet på myndighetsutövning får medhjälparansvaret bestämmas på annat sätt i 3:2, närmast genom att föreskriva sådant ansvar

²⁷ Se prop. 2016/17: 180 s. 65 ff.

²⁸ Se t.ex. Bengtsson, Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv bl.a. s. 183 ff.

²⁹ Se Bengtsson & Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar 3:1.4.

vid "offentlig verksamhet" (jfr ovan). Att en sådan avgränsning kan vara svår att närmare precisera framgår bl.a. av förarbetena till den nya lagstiftningen om skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen, där motsvarande problem uppkommit.³⁰

Även om det skulle accepteras att culparegeln i 3:2 skulle göras tillämplig också när det gäller serviceverksamhet och liknande offentliga tjänster uppkommer ännu en besvärlig fråga. Ska regeln om det allmännas ansvar för oaktsam myndighetsinformation i 3:3 SkL kvarstå? Det vore säreget om just denna typ av offentliga tjänster alltjämt skulle särbehandlas genom att ansvaret bara gäller vid särskilda skäl. Det naturliga skulle vara att reglera informationsfallen på samma sätt som andra offentliga tjänster. Om man upphäver 3:3 utan att göra något undantag från culparegeln hamnar man emellertid just i den situation som lagstiftaren vid bestämmelsens tillkomst ville undvika. Ansvaret blir rentav strängare än det utredningsförslag man då tog ställning till, eftersom det inte skulle innebära några sådana undantag för information som förslaget innebar, beträffande affärsverksamhet, undervisning, vård eller omsorg.

I detta läge kunde det övervägas att kompromissvis ta in samma krav på särskilda skäl för ansvar vid offentliga tjänster av olika slag som vid oaktsam information. I så fall skulle man kunna behålla nuvarande bestämmelse i 3 kap. 2 § men i 3 § skriva:

Staten eller en kommun ska ersätta ren förmögenhetsskada som i annat fall än vad som sägs i 2 § vållas genom fel eller försummelse i offentlig verksamhet, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl.

Vill man förbättra den enskildes rätt till skadestånd, innebär dock ett ansvar med denna inskränkning ett måttligt framsteg. Det är en lång väg till ett ordinärt culpaansvar; lagregleringen uppmuntrar knappast en sådan utveckling i rättspraxis. Till detta kommer att kravet på särskilda skäl även här måste skapa en betydande osäkerhet, särskilt när undantaget nu skulle bli aktuellt i så många nya situationer. Det gäller också om lagstiftaren som i nuvarande 3:3 SkL försöker ge exempel på olika förhållanden som ska särskilt beaktas vid prövningen. För övrigt torde redan denna tämligen beskedliga ansvarsskärpning möta ungefär liknande invändningar som de mera ambitiösa reformer som här diskuterats; trots kravet på särskilda skäl kan man vänta sig flera svårbedömda skadeståndskrav.

7. Sammanfattningsvis kan konstateras, att vissa juridiska och möjligen också politiska skäl kan anföras för att slopa begränsningen till myndighetsutövning i 3 kap. 2 §. Det kunde tyckas som ett förhållandevis enkelt och behändigt sätt att tillgodose det skadeståndsbehov som kan konstateras

³⁰ Se härom prop. 2017/18:7 s. 28 f, 57 f.

på området. Samtidigt får medges att behovet inte är så trängande – de ekonomiska skadorna till följd av brister i offentliga tjänster verkar sällan uppgå till större belopp, och några egentliga protester mot rättsläget tycks som sagt inte kunna konstateras. Inte heller är den diskuterade reformen så värst enkel, om man närmare granskar dess innebörd. Som framgått kan den medföra särskilda problem som motiverar följdändringar i varje fall i skadeståndslagen, vilka också behöver noga övervägas. Med tanke på det motstånd reformen kan väntas möta på olika håll och de lagtekniska komplikationerna kan både de politiska och de juridiska problemen bli bekymmersamma. Det är naturligt om en regering som redan tyngs av arbetet på åtskilliga angelägna lagstiftningsprojekt bl.a. på EU:s initiativ tvekar att starta ett utredningsarbete på området, om inte riksdagen direkt påkallar det.

Det föregående ska alltså inte uppfattas som en rekommendation att slopa kravet på myndighetsutövning i 3:2 SkL, bara som en genomgång av fördelar och nackdelar med en sådan reform. Själv har jag tidigare – utan nämnvärt gensvar – kritiserat vissa begränsningar av det allmännas ansvar utanför myndighetsutövningens område, men det är svårt att komma ifrån de problem av olika slag som i varje fall den diskuterade lagändringen kan medföra. Den skulle innebära en ganska ingripande förändring av det nuvarande ansvarssystemet, som kräver betydligt mera ingående överväganden än det finns utrymme för i denna uppsats.