

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2017-11-21

Närvarande: F.d. justitierådet Lennart Hamberg samt justitieråden Erik Nymansson och Anders Eka.

Statlig ersättning till personer som har fått ändrad konstillhörighet fastställd i vissa fall

Enligt en lagrådsremiss den 9 november 2017 har regeringen (Socialdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om statlig ersättning till personer som har fått ändrad konstillhörighet fastställd i vissa fall,
2. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
3. lag om ändring i lagen (2009:1053) om förmögenhet vid beräkning av vissa förmåner.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Helen Lidö, biträdd av departementssekreteraren Helena Cantù.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Lagen om statlig ersättning till personer som har fått ändrad
könstillhörighet fastställd i vissa fall

Inledning

Enligt 1 § lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall kan en person efter egen ansökan, och om vissa angivna förutsättningar är uppfyllda, få fastställt att han eller hon har en annan könstillhörighet än den som framgår av folkbokföringen.

Fram till och med den 30 juni 2013 gällde som en av förutsättningarna för sådan fastställelse att personen hade steriliserats eller av någon annan orsak saknade fortplantningsförmåga. Vid avskaffandet av detta krav uttalades (prop. 2011/12:142 s. 55 och prop. 2012/13:107 s. 18) att ett fortsatt krav på att den som önskar ändra könstillhörighet ska ha undergått sterilisering eller av någon annan anledning saknat fortplantningsförmåga föreföll otidsenligt. Därvid refererades bl.a. till den internationella rättsutvecklingen.

Den nu föreslagna lagen innebär att den som fått ändrad könstillhörighet fastställd enligt 1972 års lag ska ha rätt till ersättning, förutsatt att ansökan om sådan fastställelse skett under den tid som steriliseringskravet gällde, således före den 1 juli 2013. Ersättningen utgår med 225 000 kr.

Enligt lagrådsremissen innebär förslaget om ersättning betydande avsteg från gällande skadeståndsrättsliga principer när det gäller det allmännas ansvar. Ersättningen ska inte rättsligt vara att betrakta som ett skadestånd utan kan i stället jämföras med en ex gratia-ersättning. I remissen hänvisas till ett antal lagreglerade ersättningar av liknande slag som införts under senare år.

Som exempel på sådana tidigare införda ersättningsregler kan nämnas lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall och lagen (2012:663) om ersättning på grund av övergrepp eller försummelser i samhällsvården av barn och unga i vissa fall.

I det första av dessa lagstiftningsärenden angav Lagrådet (prop.1998/99:71 s. 61) att det svenska rättssamhället i utpräglad grad kännetecknas av starka krav att lika ska behandlas lika och att det inte kunde undgås att den föreslagna lagen skulle komma att få viss prejudicerande effekt om det – vilket dessvärre inte kunde uteslutas – i framtiden skulle dyka upp nya grupper som anser sig ha blivit på liknade sätt illa behandlade av myndigheterna. I det andra lagstiftningsärendet anmärkte Lagrådet (prop. 2011/12:160 s. 93) att det är viktigt att det inte utvecklas till en mer allmän vana att göra ”undantag från den normala rättsordningen” när olika grupper ställer krav på ersättning. I den mån sådana krav inte kan sägas grunda sig på rent extraordinära förhållanden syntes det enligt Lagrådet rimligare att överväga i vad mån det kan finnas skäl för att i stället genomföra generella ändringar av de ersättningsrättsliga principer som normalt gäller.

Lagrådet konstaterar att utvecklingen synes ha besannat förutsägelseerna om att lagstiftningsprojekt av detta slag får prejudicerande effekt. Även om det, som i det nu lämnade förslaget, kan hävdas att det är fråga om en väl definierad och avgränsad persongrupp och att skadan är specifik för just den gruppen (lagrådsremissen s. 14), innebär även detta förslag en sådan avvikelse från likhetsprincipen som på sikt kan få svåröverblickbara konsekvenser.

Som skäl för ersättning till den nu aktuella persongruppen anges att samhället idag tar avstånd från det synsätt som ligger bakom

steriliseringskravet i 1972 års lag (remissen s. 11). Att samhällsutvecklingen medför att tidigare ställningstaganden kontinuerligt får omprövas förväntas normalt inte föranleda särskilt anpassade ersättningsregler avseende förfluten tid. Om ersättningsregler i vissa särskilda fall ändå införs bör det tydligt kunna motiveras vad som skiljer ut dessa situationer och var gränsen går för sådant som kan vara ersättningsgillt. Det blir annars svårt att hävda att likhetsprincipen upprätthålls. Enligt Lagrådets mening bör den inslagna vägen med ad hoc-lösningar inte fortsätta utan att en mer allmän översyn görs av förutsättningarna för ersättningslagstiftningar av aktuellt slag.

Förhållandet till den skadeståndsrättsliga regleringen

När en rätt till ersättning läggs fast genom en lag av nu aktuellt slag uppkommer frågan hur ersättningsrätten förhåller sig till de eventuella möjligheter som kan finnas att på annan rättslig grund få ersättning för de skador eller den kränkning som en person anser sig ha drabbats av. I lagrådsremissen betonas att ersättning enligt lagen rättsligt sett inte är att betrakta som skadestånd. Ersättningen är i stället av ex gratia-karaktär. Även om ersättningen således är avsedd att utgöra en särskild form av ersättning kan olika frågeställningar aktualiseras.

En sådan frågeställning är förhållandet till skadestånd enligt Europakonventionen. Av senare tids praxis från Europadomstolen framgår att frågan om ett krav att en person måste ha genomgått en operation med sterilitet som följd för att få ändrad könsidentitet kan innefatta en kränkning av artikel 8 har aktualiserats i flera fall.

Även om ersättning enligt lagen, enligt vad som uttalas i remissen, inte är avsedd att kompensera för en överträdelse av Europa-

konventionen, kan frågan om ersättningens betydelse ändå komma upp vid en prövning i förhållande till konventionen. Om det vid en sådan prövning skulle konstateras att staten har åsidosatt sina skyldigheter enligt exempelvis artikel 8 i konventionen, inställer sig frågan vilken betydelse det har för konventionens krav på gottgörelse att ett belopp om 225 000 kr redan kan ha utgått enligt ersättningslagen? Ska detta beaktas i sammanhanget? En angränsande fråga är om staten, vid en process i svensk domstol, till avräkning mot eventuellt utdömt skadestånd eller på annat sätt skulle kunna åberopa att ersättning enligt lagen utgetts.

Frågeställningar av detta slag bör beröras ytterligare under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Närmare om motiven för statlig ersättning

I lagrådsremissen anges att det är både det påtvingade kroppsliga ingreppet som en sterilisering i sig utgör, och det faktum att staten i lag gett uttryck för att fortplantningsförmågan ska vara en fråga som över huvud taget ska ha relevans för den som vill få sin könstillhörighet ändrad, som inte bara är otidsenliga utan även upplevts som kränkande.

Det framgår av lagrådsremissen att med den avgränsning av kretsen ersättningsberättigade som har valts kommer lagen att omfatta ett begränsat antal personer som vid ansökan om ändrad könstillhörighet inte behövde underkasta sig en sterilisering. Detta gäller bl.a. personer som redan hade steriliserat sig av någon annan anledning än som ett led i att få ändrad könstillhörighet fastställd eller som saknade fortplantningsförmåga av annan anledning än sterilisering, t.ex. på grund av ålder, medfödd infertilitet, sjukdom, behandling eller ingrepp. Vidare anges följande.

Det skulle kunna invändas att dessa personer inte har drabbats av något lidande på grund av lagkravet och att det därför inte är rimligt att de ges tillgång till den nu aktuella ersättningen. Mot detta talar att ersättningen är tänkt att ta sikte på det lidande som det tidigare lagkravet på avsaknad av fortplantningsförmåga i sig innebar för de sökande både fysiskt och psykiskt. Det skulle dessutom vara svårt att på ett rimligt sätt utreda vilka som tillhör denna grupp. Slutsatsen är därför att låta även dessa personer få ingå i den ersättningsberättigade kretsen och tillämpa principen om att "hellre fria än fälla".

Det kan som nämnts inte uteslutas att den nu föreslagna lagen kommer att kunna få viss prejudicerande effekt om det i framtiden skulle riktas krav på ersättning från andra grupper som upplevt sig ha blivit kränkta av tidigare gällande lagstiftning. Vad gäller den nu aktuella gruppen – som redan hade steriliserat sig vid ansöknings- tillfället av någon annan anledning än som ett led i att få ändrad könstillhörighet fastställd eller som saknade fortplantningsförmåga av annan anledning – ger skrivningarna i lagrådsremissen intryck av att det är det dåvarande lagkravet i sig som utgör det grundläggande skälet för att ersättning ska utgå.

Vid föredragningen har dock upplysts att lagkravet i sig inte är avgörande men däremot det förhållandet att de sökande hade att visa att de saknade fortplantningsförmåga, t.ex. genom att ge in läkarintyg.

Mot bakgrund av vad som nu anförts är det enligt Lagrådet angeläget att skälet för ex gratia-ersättningen för den nu aktuella gruppen tydliggörs.

3 §

Av paragrafens andra stycke framgår att om sökanden avlider efter det att beslut om ersättning har meddelats, men innan utbetalning har skett, tillfaller ersättningen dödsboet.

Enligt Lagrådets mening kan den inskjutna bisatsen undvaras eftersom ersättning som har beslutats innan sökanden avlidit tillfaller dödsboet och detta oavsett om utbetalning har skett eller inte, jfr t.ex. 3 § i lagen (2012:663) om ersättning på grund av övergrepp eller försummelse i samhällsvården av barn och unga i vissa fall.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.