

För barns bästa

Vänbok till Anna Singer


iUSTUS
F Ö R L A G

Redaktion

Margareta Brattström &
Maarit Jänträ-Jareborg

Boken är utgiven med ekonomiskt stöd från
Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2017
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-015-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2017
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se
Printed by Holmbergs i Malmö 2017

TORBJÖRN INGVARSSON

OCH DEN LJUSNANDE FRAMTID ÄR VÅR

Att ersätta ett barns framtida inkomstförlust

1 FRÅN DRÖM TILL RUTNÄT

I barnet lägger vi våra önskningar och drömmar. Önskningarna blir så stora, alla ord så vackra, att inget barn och alldeles säkert ingen vuxen kan bära dem. Fråga ett barn vad det vill bli, så får du nästan säkert svar du inte väntat. Tänk på vad du själv ville bli och säg mig sedan om du blev det du ville. Gå i ditt minne tillbaka till en tid då du just börjat skolan, till den dag du gick ut skolan eller då du var färdig med din examen. Vad du ville och trodde att du skulle bli växade säkert och förmodligen blev du inte det du ville, men det blev nog ändå bra.

Ryckt ur drömmarna och önskningarna kan man se att de möjligheter som kanske fanns där att bli nästan vad som helst inte realiserades. Varför blev vi det vi blev och hur mycket var vårt eget val? "Ärftligheten" i vissa yrken är stark; juristers barn blir inte sällan jurister och lika så läkarens. Den sociala ärftligheten är på ett övergripande plan stark. Det är för hårt att tala om predestination, men den som växer upp i ett socioekonomiskt utsatt område kommer statistiskt sett att ha lägre sannolikhet att skaffa sig högre utbildning. Maskrosbar-

nen är undantag, gula, hoppingivande solar som slagit sig igenom asfalten. De barnen börjar sin resa från något, men kanske utan att bli upptagna i någon ny gemenskap annan än den som de andra maskrosbarnen kan erbjuda.

När ett barn skadas allvarligt, bryts en bana. Vi tänker oss nog i alla fall ofta att det är det som sker, att det som skulle blivit nu blivit omöjligt eller i vart fall väsentligt svårare att uppnå. Den fysiska skadan är allvarlig, men den kopplas samman med förlusten av möjligheter. Det otänkbara att vi skulle sätta ett pris på att ha fungerande armar och ben, fullgod syn och hörsel, koncentrationsförmåga och god nattsömn byts nu i dess motsats: Förlusten skall prissättas! Inte bara kroppsskadan skall ersättas, utan även allt det som skulle ha blivit skall ges ett mått i kronor och ören.

Det finns fasta tabeller för att sätta pris på förluster. I rutnät med olika parametrar går man från axlarna i tabeller med mengrad och ålder och väljer mellan tabellvärden för ersättning av anspänning i daglig livsföring i övrigt. Den sammanlagda förlusten får ett slutligt värde, ett värde som är priset på våra önskningar och drömmar.

Avsikten med detta bidrag är att visa att denna spänning mellan drömmar och tabeller i grunden orsakas av en oupplöslig konflikt mellan etiska normer som ändå måste ges en praktisk, juridisk lösning. Konflikten uppstår vid tillämpningen av den öppna skrivningen i 5 kap. 1 § SkadestL som beskriver differensläran, det vill säga att ersättningen för inkomstförlust skall motsvara skillnaden mellan den inkomst som den skadelidande skulle ha kunnat uppbära och den inkomst som han eller hon trots skadan har eller borde ha kunnat ha. Problemet är generellt, men är särskilt svårbemästrat när ett barn skadas svårt.

2 ATT BLI DEN MAN ÄR ELLER DEN MAN KAN BLI

I SOU 1995:33 diskuterades bland annat principerna för ersättning till barn och unga för förlorad framtida arbetsinkomst. Utgångspunkten i betänkandet var att man vid fastställande av ersättningen så långt som möjligt skulle uppskatta den verkliga framtida förlusten. Om själva beräkningen av den förlorade framtida förvärvsinkomsten uttalades följande:

”Enligt vår mening kan det vara lämpligt att vid en standardiserad uppskattning av den skadelidandes inkomst i oskadat skick utgå från

den genomsnittsinkomst för heltidsarbete som gäller i vårt land. Vi vill emellertid understryka att ersättningen bör bestämmas med utgångspunkt i en sådan medelinkomst bara då det med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet inte finns grund för att anta att den skadelidandes inkomst i själva verket skulle ha blivit högre om han inte hade skadats. Därvid ger sådana omständigheter som kan hänföras till den skadelidandes s.k. sociala närmiljö sällan någon större ledning. Även om den skadelidandes föräldrar och syskon har viss yrkesinriktning säger det nämligen inte så mycket om hur utvecklingen skulle ha blivit för just den skadelidande. Vi anser därför att faktorer av detta slag i princip inte bör påverka bedömningen.¹

Uttalandena i betänkandet skall ses mot tidigare gällande praxis som innebar att bland annat föräldrarnas yrke var en faktor som kunde vara avgörande vid ersättnings fastställande. Ofta väntar man med att fastställa ersättningen till unga, för att på det sättet se hur barnet utvecklas, men om skadan lett till hög invaliditetsgrad kommer den individuella utvecklingen efter skadetillfället ofta inte att ge någon ledning. Problemen att göra trovärdiga prognoser för små barn är regelmässigt större än för barn i övre tonåren. Rättsfallet NJA 1961 s. 572 är illustrativt. Bakgrunden till avgörandet var att en pojke på knappt två år skadades svårt. Pojken bedömdes helt sakna möjlighet att i vuxen ålder erhålla arbete och oförmågan var permanent. De svårigheter som uppkommer då ersättning skall fastställas för små barns framtida inkomstförlust ställdes därmed på sin spets i fallet. Vad gällde principerna för beräkningen av ersättningen uttalade rådhusrätten, vars dom senare fastställdes av Högsta domstolen, följande:

”Den ersättning för förlust av arbetsförmåga som – vanligen i form av livränta – enligt lag tillkommer skadad person är tydligen avsedd att sätta den skadade i stånd att åtminstone i huvudsak upprätthålla den levnadsstandard som han med bibehållen arbetsförmåga skäligen kunnat för framtiden påräkna. Såvitt gäller barn som drabbats av bestående invaliditet, synes man i rättspraxis lägga föräldrarnas villkor till grund vid bedömningen av ersättnings storlek i varje särskilt fall. [Föräldrarna] ha också under återopande av denna praxis hävdats, att livräntebeloppen för [barnet] i vart fall icke borde bestämmas till lägre

¹ SOU 1995:33 s. 335.

belopp än som motsvarade nettoinkomsten för en tjänsteman i okvalificerad ställning.”²

Pojkens far var vid olyckstillfället brandmästare och normen att den framtida inkomstförlusten skulle ersättas efter vad en tjänsteman i okvalificerad ställning hade i nettoinkomst torde därmed ha kommit från detta faktum. I det konkreta fallet ansågs dock pojken vara så illa skadad att han inte skulle kunna tillgodogöra sig ersättning beräknad efter differensmetoden. Istället bestämdes ersättningen så att den i allt väsentligt kom att uppgå till merkostnader för nödvändig vård och tillsyn.³ Därutöver skulle även ersättning utgå för kostnader förknippade med möjligheten att erbjuda sysselsättning för den skadelidande anpassade efter hans intressen och färdigheter.

Kritiken mot att beakta vilket yrke föräldrarna har, vilken socioekonomisk bakgrund den skadelidande har och liknande faktorer har framförts under lång tid. I praktisk skadereglering har emellertid beräkningen gjorts med hänsyn just till sådana faktorer. Inte minst har Trafikskadenämndens cirkulärreferat haft stor betydelse för att etablera denna norm för ersättningsberäkningen i förlängningen av NJA 1961 s. 572. Trafikskadenämnden har funnits sedan 1936 och nämndens reglemente godkänns av regeringen. Verksamheten vilar ytterst på 6 § trafikförsäkringsförordningen (1976:359) och enligt reglementet är nämndens uppgift att verka för en enhetlig och skäligen personskadereglering inom trafikförsäkringen.⁴ De yttranden som nämnden avger i enskilda tvister är inte bindande för försäkrings-

² NJA 1961 s. 572, referatet s. 578.

³ NJA 1961 s. 572, referatet s. 579: ”[M]öjlighet [bör] beredas [den skadelidande] att också i fortsättningen vistas i hemmet, så länge föräldrarna kunna taga hand om honom, och att därefter erhålla vård och tillsyn under såvitt möjligt hemliknande förhållanden. Med denna utgångspunkt bör vid livräntans bestämmande hänsyn tagas till den kostnad och tidsspilla som vården och tillsynen om [den skadelidande] medfört och komma att medföra för hans föräldrar. Därvid kommer även i betraktande, att föräldrarna kunna behöva anlita hemhjälp för sysslor, som modern ej hinner eller orkar med på grund av den passning hon måste ägna [sin son]. Vidare måste beaktas, att kostnaden för att framdeles bereda [den skadelidande] mera personlig vård utom hemmet sannolikt blir betydande. Avseende bör härjämte fästas vid de ökade krav på tillsyn av [den skadelidande] som hans benägenhet för epileptiska anfall betingar. Slutligen bör anmärkas att, enligt vad i målet är upplyst, [den skadelidande] enligt lagen om folkpensionering är berättigad till pensionsförmåner.”

⁴ Nämndens verksamhet har vid olika tidpunkter kritiserats och det har bland annat hävdats att nämndavgörandena är alltför starkt normerande. Se om nämndens verksamhet *Gabrielsson* Trafikskadenämnden – argument för och emot NFT 2002 s. 1–12.

givarna, men vanligtvis följs beslut nämnden fattat. Beslut av mer principiell betydelse görs enligt nämndens arbetsordning allmänt tillgängliga i form av cirkulärreferat som sänds till försäkringsbolagen. De referat som är tänkta att vara vägledande finns numera tillgängliga på nämndens hemsida och vissa äldre referat från 1982 och framåt publicerades i serien Rättsfall – försäkring och skadestånd.⁵ Cirkulärreferaten blir på detta sätt praktiskt normerande, om än formellt utan sådan verkan. En genomgång av referaten ger därmed en god bild av principerna för ersättningsberäkning.

Av cirkulärreferat 6-1989 framgår hur Trafikskadenämnden tidigare kunde avgöra ersättningsfrågan. Avgörandet gällde en man som skadats mycket svårt vid 17 års ålder. Invaliditeten bedömdes vara 100-procentig och permanent. I ersättningsfrågan uttalade nämnden följande:

”Vid tiden för trafikolyckan gick [den skadelidande] på en tvåårig verkstadsteknisk gymnasielinje. Och det är troligt, säger [försäkringsgivaren], att han senare skulle ha kommit att arbeta som mekaniker eller montör på Atlas Copco, som är den dominerande industrin på orten. Det är vidare utrett att löneläget för honom, inklusive skiftersättning, skulle vara ca 140 000 kr om året. Såsom nämnden närmare utvecklade i sitt föregående yttrande (– bl a att han borde ges ekonomiska resurser att kompensera föräldrarna för deras omfattande omvårdnadsinsatser –) bör [den skadelidande] vara berättigad till ersättning för inkomstförlust. I ett fall som detta bör emellertid, som nämnden ser det, förlusten inte beräknas enligt en sk differensmetod, dvs genom en jämförelse med vad han som oskadad skulle ha tjänat och vad han faktiskt tillför sig. Med hänsyn till bl a hans låga levnadsomkostnader bör i stället en skälighetsavvägning göras.”

Avgörandet står i nästan rak motsättning mot de uttalanden som framförts i proposition 1975:12 som låg till grund för den huvudsak-

⁵ Se *Nordenson* angående normbildningen och spridningen av referaten i Ideell ersättning och kostnadsersättning vid personskada i festskrift till Hellner, Stockholm 1984 s. 391–417, där han på s. 397 skriver: ”Nämnderna arbetar i motsats till domstolarna utan egentlig offentlig insyn, och deras yttranden är inte på samma sätt som domstolarnas avgöranden tillgängliga för allmänheten, låt vara att den publicering av viktigare utlåtanden av bl. a. de här ifrågavarande skadenämnderna som sedan någon tid sker i [...] ’Rättsfall Försäkring och Skadestånd’, har inneburit en avsevärd förbättring när det gäller att sprida kunskap om nämndernas verksamhet.”

liga formuleringen av regeln i 5 kap. 1 § SkadestL och differensmetoden. Kritiken mot den beräkningsmodell som användes i bland annat NJA 1961 s. 572 kommer till uttryck i följande uttalande i förarbetena till skadeståndslagen:

”Enligt kommittén finns det i en del fall, när den framtida arbetsförmågan har blivit helt eller nästan helt nedsatt, det alternativet att skadeståndet inte bedöms mot bakgrund av den beräknade inkomstförlusten utan med hänsyn till kostnader för vård och tillsyn. Detta uttalande har mött viss kritik under remissbehandlingen. Jag har förståelse för denna kritik. Enligt min mening bör inkomstförlust så långt möjligt beaktas fullt ut, även när det gäller svårt invalidiserade personer.”⁶

Eftersom nämnden citerar just denna passage i cirkulärreferat 5-1989 där också 6-1989 ingår, är beslutet att sätta ner ersättningen för inkomstförlust något förvånande. I 6-1989 finns uppgifter om utbildning, skadan sker först när den skadelidande är 17 år och till och med en specifik arbetsplats pekas ut med antaganden om skiftersättning och en årslön. Nämnden har alltså i praktiken möjlighet att göra en inte alltför vågad förutsägelse, men gör trots det ändå halt inför tanken att lägga den till grund för ersättningsberäkningen.⁷ Vari skälighetsavvägandena bestod för att inte använda differensmetoden framgår inte av cirkulärreferatet.

Principuttalandena i förarbeten om vilka faktorer som skall vara av betydelse vid ersättningsberäkningen speglade under lång tid inte verkligheten i domstolar och nämnder. Någon senare praxis från de högsta dömande instanserna än nyss nämnda NJA 1961 s. 572 finns inte. I praktiken har därför nämndpraxis varit avgörande för ersättningsberäkningen. Förutom Trafikskadenämnden är även Personskadekommitténs cirkulär av betydelse. Kommitténs uppgift är att ge förutsättningar för försäkringsbolagen att göra enhetliga bedömningar med hög kvalitet på personskadeområdet. Personskadekommittén är ett beredande organ under styrelsen för branschorganisationen Svensk Försäkring och genom cirkulären har den stort inflytande på den konkreta skaderegleringen. Under senare tid förefaller nämnden och kommittén ha intagit en ny gemensam hållning i frågan om

⁶ Proposition 1975:12, specialmotiveringen till 5 kap. 1 § skadeståndslagen s. 147.

⁷ Jfr *Bengtsson & Strömbäck*, Skadeståndslagen, 5 upplagan Stockholm 2014, s. 213, som möjligen uttrycker viss kritik mot ställningstagandet.

hur ersättningen skall fastställas. Detta kommer till uttryck i bland annat Trafikskadenämndens cirkulärreferat 8-2010 och 4-2011. Samma principer kommer till uttryck i Personskadekommitténs cirkulär 4/2009.

Den utgångspunkt som slogs fast i Trafikskadenämndens cirkulärreferat 8-2010 var att om barnet inte skadats, så skulle det antas ha kunnat få ”en arbetsinkomst som svarar mot medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, dvs. den inkluderar både de som endast har gymnasial utbildning och de som har eftergymnasial utbildning”. Denna schablon skulle dock inte alltid läggas till grund för ersättningsberäkningen. Nämnden framhöll vidare i cirkulärreferat 4-2011 att man med de där och i det tidigare cirkuläret anvisade beräkningsgrunderna ville komma ”bort från synsättet att ersättning, när barn skadats i trafiken, ska bedömas utifrån yrkesval i barnets närmaste omgivning och i stället göra en mer schablonartad bedömning av barns framtida yrkesval”. I 2011 års referat angav Trafikskadenämnden därtill ytterligare hållpunkter för ersättningsberäkningen:

”Detta innebär dock inte att alla barn och ungdomar ska, såsom anges i cirkulärreferatet [8-2010], antas få en inkomst som svarar mot medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, dvs. den som inkluderar både de som endast har gymnasial utbildning och de som har eftergymnasial utbildning. I den statistik, som tillämpades i cirkulärreferatet, SCB:s statistik för den heltidsarbetande befolkningen, ’Lönestatistik 2008’, finns, förutom den använda medianlönen, två andra nivåer av medianlöner för den heltidsarbetande befolkningen. Dessa är medianlönen för de med eftergymnasial respektive icke eftergymnasial utbildning. Nämnden anser att det bör vara möjligt att i ett enskilt ärende välja en av dessa tre medianlöner utan att härigenom frånga principen om ett mer schabloniserat inkomstunderlag.”

Ståndpunkten förfaller åtminstone delvis överensstämma med uttalandena i SOU 1995:33 att ersättningsberäkningen bara skall ta en medelinkomst som utgångspunkt då det med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet inte finns grund för att anta att den skadelidandes inkomst i själva verket skulle ha blivit högre om inte skadan inträffat. Enligt betänkandet skall alltså *medelinkomsten* läggas till grund för ersättningsberäkningen, medan Trafikskadenämnden re-

kommenderat *medianinkomsten*. Skillnaden är inte utan praktisk betydelse, men båda beräkningssätten innebär en avvikelse från tanken att ersättningsberäkningen som utgångspunkt skall vara individualiserad.

Vi har alltså gått från en norm, där socioekonomiska faktorer tillmäts betydelse, till valet mellan en av tre schabloner. Tanken som kommer till uttryck i SOU 1995:33 att den skadelidandes sociala närmiljö sällan ger någon större ledning har fått genomslag i form av en utjämnad ersättning, trots att målsättningen fortsatt sägs vara att den verkliga framtida förlusten skall ligga till grund för uppskattningen. Men är det verkligen sant som det påstås i betänkandet, att vilken yrkesinriktning den skadelidandes föräldrar och syskon har inte säger så mycket om hur utvecklingen skulle ha blivit för just den skadelidande?

3 DEN STATISTISKA VERKLIGHETEN OCH DEN VERKLIGA VERKLIGHETEN

Den statistik och de undersökningar som gjorts om ungas framtida möjligheter formar en klar bild: Ett barn som växer upp med lågutbildade föräldrar under små ekonomiska förhållanden har statistiskt betydligt sämre utsikt att exempelvis fullfölja en juristutbildning och senare bli välutbildad advokat än det barn som växer upp med välutbildade föräldrar med goda inkomster.

Av Universitetskanslersämbetets rapport 2013:4 *Social bakgrund och genomströmning i högskolan – En studie av långa och medellånga yrkesexamensprogram* framgår att det bland studenter som väljer längre program som civilingenjörsprogrammet, juristprogrammet, läkarprogrammet och psykologprogrammet är vanligare att de med föräldrar som bara har förgymnasial utbildning hoppar av än studenter där båda föräldrarna har minst treårig eftergymnasial utbildning. Juristutbildningarna skiljer ut sig på ett negativt sätt i jämförelsen mellan dessa långa utbildningar. Av de studenter som hade föräldrar med endast förgymnasial utbildning hade 45 procent avlagt en examen på juristprogrammet efter 7,5 år, medan om minst en förälder har gymnasieutbildning hade över 60 procent avlagt examen.⁸ Avhoppsfrekvensen är också högre i gruppen studenter där båda föräldrarna endast har förgymnasial utbildning. I denna grupp hade 28 procent varken

⁸ UKÅ rapport 2013:4 s. 15.

avlagt examen på juristprogrammet eller någon annan högskoleexamen efter 7,5 år och heller inte tagit högskolepoäng motsvarande minst 3 års studier. Bland studenter med minst en förälder med kortare gymnasieutbildning var motsvarande siffra 17 procent och för studenter med föräldrar med längre utbildning mellan 10 och 13 procent.

Vägen till universitetsstudier är också ofta tyngre för personer från socioekonomiskt utsatta förhållanden. I IFAU-rapporten *Lika möjligheter? Familjebakgrund och skolprestationer 1988–2010* (2012:14) undersöks familjebakgrundens betydelse för skolelevers resultat. Undersökningen bygger på jämförelser av syskon. Resultatet i rapporten är att omkring hälften av betygsvariationen hänger samman med faktorer som syskonen har gemensamt, såsom gener, familje- och uppväxtförhållanden, bostadsområde, skola och kamrater.⁹ Vidare kan man av Skolverkets rapport *Vad påverkar resultaten i svensk grundskola?* från 2009 utläsa att så kallad socioekonomisk status är den enskilt starkast påverkande faktorn för elevprestationer. Måttet kan utformas på lite olika sätt, men oavsett exakt definition av socioekonomisk status finns ett samband mellan familjebakgrund och elevprestation, där barn till föräldrar med låg utbildningsnivå och låga inkomster har sämre skolresultat.¹⁰

Statistiken ljuger inte om detta, men den talar självklart heller inte sanning när det gäller individens levnadslopp. Men häri ligger en spänning som framträder när ersättning för framtida förlorad förvärvsinkomst skall bestämmas för barn. Den som kommer från en utsatt socioekonomisk bakgrund kan enligt den statistiska verklighet som kort beskrivits nu förväntas ha lägre utbildning och lägre livsinkomst än den som vuxit upp under mer gynnsamma förhållanden. Detta är fakta som vi på andra områden lägger till grund för beslut om insatser för att uppväga denna statistiska sanning såsom breddad rekrytering till universitet och högskolor och satsningar på ökad jämlikhet i grund- och gymnasieskola. Invändningen att vi inte vet vad det *enskilda* barnet skulle ha förmått faller till marken, för vi vet strängt taget aldrig vad individen kunnat uppnå. Valet mellan olika sätt att beräkna ersättningen måste därför göras utifrån annat än verkliga förlopp. En tillämpning av en schablon är på individnivå inte

⁹ Institutet för arbetsmarknads- och utbildningspolitisk utvärdering rapport 2012:14 s. 21.

¹⁰ Skolverkets rapport 2009 s. 98–101.

mer sann än att beakta socioekonomiska faktorer. Vi vet helt enkelt inte och kommer aldrig att få veta om det ena eller andra sättet att beräkna inkomstförlusten hade varit mer ”sant”. Ytterst är det bara ett val mellan två modeller för ersättningsberäkning som i juridisk-teknisk mening är likvärdiga, om än inte neutralt ur en etisk synvinkel.

4 BINDANDE NORMER OCH GÄLLANDE RÄTT

Betraktar man källäget ur en mer strikt rättskälleläras synvinkel, borde NJA 1961 s. 572 ännu vara vägledande för att fylla ut regeln i 5 kap. 1 § SkadestL, men många faktorer tyder på att Högsta domstolen inte skulle avgöra frågan så idag. Uttalandena i olika lagstiftningsärenden tyder på en önskan om att komma bort från synsättet att den skadades socioekonomiska bakgrund, där föräldrarnas yrkesval och liknande omständigheter tillmäts vikt, inte bör läggas till grund för ersättningsberäkningen. Det mest konkreta alternativ som presenterats är det som Trafikskadenämnden utformat. Särskilt den omständigheten att Personskadekommittén tycks följa en liknande linje tyder på att åtminstone den praktiska skaderegleringen följer nämndens anvisningar. I förarbeten och kommentarer till skadeståndslagen framhålls om och om igen att den knapphändiga regleringen i 5 kap. 1 § SkadestL måste fyllas ut med domstolspraxis och i avsaknad av sådan blir nämndavgörandena faktiskt styrande för rättsbildningen. I samband med att lagbestämmelsen kompletterades 2002 för att kunna ge grund för ersättning även avseende vissa typer av ideell skada, framhöll lagrådet att det inte i sig fanns något att invända mot denna form av generell lagstiftning, men att den har följder:

”Lagrådet vill erinra om att med den valda lagstiftningstekniken ett stort antal frågor måste överlämnas åt rättstillämpningen och att i vart fall Högsta domstolen, ställd inför verkligheten, kan finna anledning att gå ifrån förarbetsuttalandena.”¹¹

¹¹ Proposition 2000/01:38, Lagrådets yttrande s. 115. På samma ställe konstaterar lagrådet att det föreföll som om regeringen ville svära sig fri från ”lagstiftning genom motiv”, men att trots det var lagrådsremissens författningskommentar fylld av uttalanden om hur de föreslagna bestämmelserna borde tillämpas.

Ett avgörande som skulle kunna ge en antydning om förändringsriktningen är Svea Hovrätts avgörande 5 juni 2013 i mål T 6553-13. Tvisten gällde ersättning till en person som skadades som nioåring. Försäkringsbolaget hade följt Trafikskadenämndens avgörande och beräknat ersättningen efter barnschablonen där SCB:s uppgifter om 2008 års medianlön för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden, det vill säga både de med och de utan eftergymnasial utbildning, med en löneökning om tre procent per år. I tvisten framförde den skadelidande att han skulle ha utbildat sig till civilingenjör om inte skadan inträffat. Han skulle enligt egna uppgifter då ha inträtt i arbetslivet senast den 1 januari 2011 och beräkningen skulle därför baseras på en lön för en civilingenjör och inte på medianlönen för hela den heltidsarbetande befolkningen.

Tingsrätten slog fast att trots att den skadelidande kunde visa att skolprestationerna varit goda fram till skadan och att hans systrar gått vidare till högre utbildning, var det inte möjligt att med dessa begränsade underlag avgöra vilken utbildning den skadelidande skulle ha skaffat sig eller vilket yrke han skulle ha haft efter avslutad utbildning. Enligt tingsrättens mening skulle därför en schablon användas i detta tillfälle och den som redan tillämpades gav en rimlig ersättning när det saknades hållbara kriterier för att göra en individuell bedömning. Hovrätten gjorde ingen ändring utan fastställde tingsrättens dom.

Nämndpraxis sägs inte sällan sakna egentlig bindande kraft. Lika fullt stödjer sig alltså domstolarna och till och med de högsta dömande instanserna ibland på denna typ av ”mjukare” rättskällor.¹² För den som fått sin ersättning bestämd med stöd av en sådan mjuk norm framstår den emellertid inte på något sätt som mindre hård än om

¹² Jfr Högsta domstolens uttalanden i NJA 2004 s. 26, refererat s. 32: ”I pleniavgörandena NJA 1993 s. 41 I och II slog HD fast att skadestånd för personskada i form av psykiska besvär kan tillerkännas närstående till den som dödats genom uppsåtlig handling. Huvudfrågan i rättsfallen rörde dock inte ersättningens storlek. Med utgångspunkt i allmänt tillämpade normer för ersättning av detta slag – varmed torde ha avsetts Trafikskadenämndens hjälptabeller för bestämmande av ersättning för sveda och värk – bestämde HD ersättningen till 25 000 kr. I rättsfallet NJA 1996 s. 377, som avsåg ett dödsfall som orsakats genom en grov vårdslöshet som låg mycket nära ett uppsåtligt handlande, bestämdes ersättningen till 30 000 kr. HD gjorde här inte något särskilt uttalande om hur ersättningen beräknats medan hovrätten, vars domslut HD fastställde, på samma sätt som HD i 1993 års pleniavgöranden hänvisade till ’allmänt tillämpade normer för ersättning av detta slag’. I rättsfallet NJA 1996 s. 509, som avsåg uppsåtligt dödande, hänvisade HD uttryckligen till Trafikskadenämndens hjälptabeller och bestämde ersättningen till 20 000 kr.”

den hade följt direkt av en lagbestämmelse. När väl beslutet är fattat blir kategoriseringen av normer som ”mjuka” och ”hårda” missledande, eftersom avgörandet är lika bindande för dem som omfattas av domslutet oavsett normens ”hårdhetsgrad”.

Vad som är tillämplad rätt förefaller alltså inte vara det som de traditionella rättskällorna utpekar som gällande. Antar man att de principer som kommer till uttryck i NJA 1961 s. 572 fortsatt är uttryck för gällande rätt, av det formella skälet att det är det senaste avgörande som finns, hamnar man i slutsatsen att skaderegleringen inte följer gällande rätt och att Trafikskadenämnden och till och med lagstiftaren i förarbetsuttalanden rekommenderar att regeln i 5 kap. 1 § SkadestL skall fyllas ut i strid med gällande rätt. Vi har här närmast att göra med ett osäkert rättstillstånd, där det som annars skulle ha betraktats som säkra uttryck för gällande rätt inte går att lita på. Ett byte av ståndpunkt verkar ha skett, som bara ännu inte fått ett reellt uttryck i form av ett avgörande från Högsta domstolen eller förändrad lagstiftning. Vad som menas med gällande rätt kan då inte vara detsamma som de slutsatser som kan dras genom att hålla fast vid en stel rättskällehierarki.¹³ Frågan förbyts istället i om de högsta dömande instanserna kan förväntas avgöra tvister om beräkningen av framtida inkomstförlust på samma sätt som tillämpningen vid skaderegleringen visar eller om någon annan norm möjligen skulle kunna komma till användning. Det är mot bakgrund av sådan *förväntad faktisk tillämpning* Ross formulerar sin prognosteor:

”Når den retsvidenskabelige påstand om, at en vis regel er gældende dansk ret, som påvist efter sit realindhold er en forudsigelse om reglens anvendelse i fremtidige retsafgørelser, følger heraf, at sådanne påstande aldrig kan gøre krav på absolut sikkerhed, men kun kan hævdes med *større eller mindre sandsynlighed*, alt efter styrken af de holdepunkter, fremtidskalkulationerne hviler på. [...] Det kommer herved en relati-

¹³ Inte ens den som med stark formalism hävdar att alla normer härleds uppifrån och sedan ner i ett allt finare nät av bindande regler som kan härledas från en yttersta grundnorm kommer undan svårigheterna att fastställa innehållet i gällande rätt. Se *Kelsen* Den rena rättsläran, 2 upplagan, Stockholm 2008, i översättning av *Bindreiter* [Wien 1960], som i avsnittet om rättens dynamik (34 g) på s. 248 [220] skriver: ”Utgör sedvanan över huvud taget ett rättsskapande sakförhållande, så kan även stiftad rätt derogeras genom sedvanerätt. Är effektivitet [...] en förutsättning för giltighet – inte bara med avseende på rättsordningen i sin helhet utan också med avseende på enskilda rättsnormer – så kan sedvanans rättsskapande funktion inte elimineras genom stiftad rätt, åtminstone inte vad gäller den negativa funktionen *desuetudo*.”

vitet ind i retsvidenskabelige sætninger, som det er vigtigt at have for øje, men som alt for ofte overses.”¹⁴

Ståndpunkten att gällande rätt bara kan uttryckas i termer av större eller mindre sannolikhet att en domstol skulle döma på visst sätt har långtgående konsekvenser. Förutom det ovana med att inte peka på regeln själv och påstå att den är ”gällande”, utan istället säga att den med stor sannolikhet kommer att tillämpas om förutsättningarna är sådana och sådana, följer också att andra konkurrerande regler kan sägas ha viss, inte helt försumbar sannolikhet för att bli tillämpade av domstolen, om än sannolikheten framstår som i vart fall lägre än den som pekas ut som ”gällande rätt”.

Synsättet öppnar för tanken att rätten byggs upp av aktörer som producerar normkandidater som sedan förkastas eller accepteras av de dömande instanserna. Innan en domstol har tagit ställning till en viss normkandidat, kan vi inte med säkerhet säga att den kommer att läggas till grund för det enskilda avgörandet och vi kan inte heller med säkerhet säga att normen kommer att tillämpas i en kommande tvist. Vad vi däremot kan säga är att det finns viss sannolikhet för att en viss normkandidat skall läggas till grund för domstolens avgörande. Sedd på detta sätt innehåller lagstiftningen en rad normkandidater som det i de flesta fall är mycket troligt att domstolen skall lägga till grund för sitt avgörande och tydliga ställningstaganden från Högsta domstolen ger oss god anledning att tro att domstolarna skall bedöma likartade fall på samma sätt, men bundenhet i egentlig mening föreligger inte. De regler som beskrivs i cirkulärreferaten från Trafikskadenämnden blir med detta synsätt bara ännu en normkandidat bland andra som det går att säga att de med viss större eller mindre sannolikhet kan komma att läggas till grund för ett avgörande av en konkret tvist.¹⁵

¹⁴ Ross, Om ret og retfærdighed § 9 [s. 86–98], Köpenhamn 1953 [omtryck 2013], s. 91 f. Kursivering i originalet.

¹⁵ Beskrivningen bygger på *Lubmanns* förklaring till rättens föränderlighet och stabilisering i *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, när han på s. 277 skriver: ”Sie erfordert, daß man das Recht als System sieht, nämlich als eine Gesamtheit von als konsistent praktizierten Problemlösungen, und für gegebene Probleme eine von diesen auswählt, bei der Interpretation von Gesetzen unterstellt, der Gesetzgeber habe so vorgehen wollen, oder schließlich als Richter eine auf den Fall passende, generalisierbare Regel einfügt, wenn keine zu finden ist. In diesem Sinne motiviert das geltende Recht selbst zur Innovation, aber auch zur Ablehnung von Innovationen im Interesse der Erhaltung von Stabilität = Konsistenz = Gerechtigkeit.”

5 OSANNING OCH OSÄKERHET

Svårigheterna att avgöra vilken modell för ersättningsberäkningen som kommer att användas om Högsta domstolen åter skulle få tillfälle att ta ställning till frågan hur framtida arbetsinkomst för skadade barn och underåriga skall bestämmas är uppenbara. Något säkert svar på frågan finns inte, men problemet kan delas upp i delfrågor.

Den *första* frågan är om vi kan förvänta att den skadelidandes tillstånd skall vägas in i ersättningsberäkningen. Tidigare praxis både från Högsta domstolen och från nämnderna har visat prov på att ersättningen satts ned så att den bara motsvarar merkostnader för vård och vissa kostnader förknippade med möjligheten att erbjuda sysselsättning för den skadelidande avpassad efter hans eller hennes intressen och färdigheter. Skall uttalandena i förarbetena vid de lagändringar som gjorts tas på allvar, borde dock inte den skadelidandes möjlighet att utnyttja ersättningen spela roll. Ersättningsnivån skall ju motsvara den verkliga *förlust* som kan antas uppkomma och den skadelidandes invaliditetsgrad borde inte kunna motivera att ersättningen sänks. Den anvisade differensmetoden i 5 kap. 1 § SkadestL ger heller inget egentligt stöd för en sådan reduktion av ersättningen. Det är också svårt att se, att skälighets- eller rimlighetsavvägningar skulle kunna leda till ett sådant resultat.

Den *andra* frågan är om den socioekonomiska bakgrunden kommer att beaktas vid ersättningsberäkningen. Alla de uttalanden som gjorts och Trafikskadenämndens antagande av barnschablonerna tyder på att den socioekonomiska bakgrunden inte kommer att beaktas. Individen har ställts i fokus istället för det sociala sammanhanget. Detta har emellertid följd effekten, att även skador som sker för unga kanske ända upp till 18 års ålder bedöms enligt barnschablonen, om inte tydliga omständigheter talar för att en individuell bedömning är möjlig. Oviljan att göra prognoser om den skadelidandes framtida yrke är uppenbar i senare nämndpraxis. Även om ett system med flera schabloner skulle etablera sig, är det också tydligt att det finns en strävan att använda den som utgår från medianlönen för den heltidsarbetande befolkningen på arbetsmarknaden och bara om det finns särskild anledning välja den som endast inkluderar personer med eftergymnasial respektive endast de som saknar eftergymnasial utbildning.¹⁶ Möjligen kan detta tala för att bara en schablon kommer att

¹⁶ En intern översyn av Trafikskadenämndens praxis ledde fram till att en arbetsgrupp lade fram en rapport för nämndens råd sommaren 2014. Rådet behandlar enligt näm-

slå igenom och eventuella justeringar istället göras genom skälighets- och rimlighetsavvägningar.

Den tredje frågan rör just hur stort utrymme som skall lämnas till skälighets- och rimlighetsavvägningar. Även om man som lagrådet konstaterat kan ställas inför omständigheter i verkliga fall, där skälighets- och rimlighetsavvägningar bör göras, framstår det inte som lämpligt att hela ersättningsberäkningen skulle grumlans av ett sista, ogenomskinligt steg. Det är istället särskilt viktigt att de omständigheter som motiverar avsteget framgår och hur dessa omständigheter kan motivera ökning eller minskning av ersättningen.

Det finns ingen anledning att inte öppet och ärligt redovisa att slutsatserna som nu dragits är osäkra. Det vore inte missvisande att tala om råd och förslag till lösning snarare än säker prognos om utfall i en tvist om beräkning av framtida inkomstförlust då ett barn skadats svårt.¹⁷ Principen att ersättningen skall utgå efter schabloner, där föräldrars yrke, syskons yrke, socioekonomiska omständigheter och liknande uppgifter inte beaktas, går att förstå som en del av ett liberalt eller välfärdsstatligt ställningstagande. Du är inte din bakgrund, du är bara det du gjort och det du gör. Mot detta står den statistiska verkligheten. I materialet möts alltså två normer, en på väg ner som bygger på tanken att prognoser om individens framtida yrke skall läggas till grund för ersättningsberäkningen, en andra på väg upp där ersättningen som huvudregel ges helt efter schablon.¹⁸ Allt sammantaget

dens reglemente viktigare frågor om verksamheten och ersättningsfrågor av principiell betydelse. I rapporten lämnades bland annat följande sammanfattning i frågan om tillämpning av de principer som slagits fast i cirkulärreferaten 8-2010 och 4-2011: "Barnschablonen ska tillämpas när det saknas förutsättningar för att bedöma ett visst yrke eller inkomst som sannolikt. Andra schablonvärden än det som avser hela befolkningen bör bara användas i de fall när det finns särskild anledning att hänföra den unge till någon av de grupper som den statistiken avser. Det är enligt arbetsgruppens mening inte lämpligt att föreslå mer detaljerade kriterier än så för när barnschablonen bör användas eller när den ena eller andra medianlönen är att föredra."

¹⁷ Jfr *Ross*, Om begrebet "gældende ret" hos Theodor Geiger, TfR 1950 s. 242–272, s. 272: "Afgørende er, at juristen overalt i sin behandling af retsstoffet har opmærksomheden henledt på den grad af sikkerhed, der kan tillægges hans fremstilling opfattet som en forudsigelse, og at han ikke på noget punkt søger at narre sig selv eller andre ved at tilsløre forskelle med hensyn til sikkerhedsgraden. Der er ofte blevet syndet herimod, og den pædagogisk-videnskabelige værdi af en veludviklet lære om begrebet 'gældende ret' ligger i at bringe den glidende skala af sandsynlighed til bevidsthed og derved indskærpe kravet om påpasselighed og redelighed på dette punkt."

¹⁸ Jfr *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Köpenhamn 1947, som på s. 36 påpekar att det i övergångstillstånd, då en ny norm uppstår eller en hittillsvarande försvagas, har normbundenheten stigande eller fallande tendens. Med avseende på en typisk

pekar dock enligt min mening på att valet kommer att falla på en tillämpning av schabloner som utgångspunkt och endast i fall där starka skäl konkret talar för annat beräkningssätt kommer de högsta dömande instanserna att lägga uppgifter om ett bestämt yrke till grund för ersättningsberäkningen.

Slutligen kvarstår ändå svårigheterna att ersätta den verkliga förlusten precis som tidigare, oavsett hur vi väljer att försöka skatta den. Ser man frågan ur det enskilda barnets synvinkel innebär bytet av principer för beräkning av ersättning bara att en statistisk osanning byts mot en annan, förmodligen lika osann. För djupt under alla dessa försök att ersätta den verkliga skadan ligger den grundläggande ovetskapen om vad det egentligen kunde ha blivit av det barn som skadats.

situation kan till och med två varandra motstridiga normer oupplost konkurrera sinsemellan, utan att det säkert går att avgöra vilken av dem som kommer att tillämpas av domstolarna framdeles, även om tendensen är klar.