

För barns bästa

Vänbok till Anna Singer



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

HÅKAN ANDERSSON

DEN SYMBOLLADDADE LAGSTIFTNINGEN OM DET SÄLLSAMT STRIKTA FÖRÄLDRAANSVARET

Ett och annat om problemen med bråkiga
barn, barnsliga moralister och brutal
lagstiftning med beskäftig preventionsövertro

1 EN NORMAL UTGÅNGSPUNKT OCH EN AVVIKANDE SYMBOLLAGSTIFTNING

Andras ungar kan ställa till med mycket ofog, och då vill den drabbade gärna att oroselementens föräldrar ska ansvara för de egna barnen. Kanske upplevs då kravet som rättvist, eftersom någon annan – som hävdas ha kunnat inympa en socialt acceptabel beteendenorm hos telningarna – får bära skadan som träffat den oskyldiga parten. Dagen efter, då de egna barnen (dvs till skillnad från de andras ungar) – trots den rättskaffens inbiliska självbilden, att man gjort allt som kan begäras för att ge dem en god uppfostran – råkat förorsaka motsvarande olägenheter, har rättskänslan måhända vridit sig ett halvt varv så att ett strängt föräldraansvar bedöms som ett frapperande rättighetsöver-

grepp. På samma sätt går det att betrakta *alternativa rättsgestaltningar* då man diskuterar barns ansvar, varvid man kan finna att ”principen om barnets bästa” – eller mantrat om ungarnas utopihimmel – både bör skydda barn som drabbas av andra barns framfart och skydda barn från att åläggas ansvarsbördor. Som synes kan en och samma princip inte stödja båda parterns önskemål om konträra rättvisebilder och rättighetspositioner – att alltid slippa bära ett eget tungt ansvar och att alltid kunna finna ansvarssubjekt för de egna skadorna. Därför bör man vara försiktig med att trumfa alltför vackra moralappeller och principer; det kan helt enkelt uppstå allvarliga motsättningar i systemet om alla ska få ersättning för allt och om alla alltid – men uppenbarligen även om ingen någonsin – ska behöva ansvara.

Nedan ska dylika dysfunktioner diskuteras i anslutning till en HD-dom om en förälders sällsamt tunga ansvar – enligt det nya så kallade principalansvaret i 3:5 *skadeståndslagen* (SkL) – för de många kränkningar som en tonåring spridit via de (återigen så kallade) sociala medierna på internet. Men först sätts denna lagstiftning – som i förarbetena (se mer nedan) ackompanjerades av trosvissa moralargument kring ansvar och handlingspåverkan, varvid ett strikt ansvar hävdades ha en god symbolverkan – i relief till den *skadeståndsrättsliga strukturen* av hur *barns och föräldrars ansvar* ”normalt” diskuteras. Av de betonade citationstecknen förstår läsaren, att en viss kritisk udd riktas mot den ”onormala” ordningen som helt plötsligt dykt upp i 3:5 SkL (inom parentes kan nämnas att föremålet för denna vänbok – Anna Singer – tillsammans med undertecknad författade Uppsala universitets remissvar angående den nämnda regleringen ... och vi var redan då aningen skeptiska, för att inte säga rejält kritiska eller rentav starkt och uttryckligen avståndstagande).

Utgångsläget i skadeståndsrätten är att både barns och vårdnadshavares (och för övrigt de flesta andras) ansvar baseras på en culpa-regel, dvs man ansvarar för sådan handling respektive passivitet som efter en rättslig bedömning kan sägas ha nått nivån för ”vållande”. I sammanhanget bör dock noteras, att *culpabegreppet* inte – åtminstone inte nödvändigtvis och hursomhelst inte ofta – innefattar en moralisk stämpling av en individ respektive dennes handlande; den rättsliga innebörden av culpa är istället (bakom gängse ordvändningar avseende vårdslöshet, oaktsamhet etc) den ram för *avvägning av risker och mothänsyn*, som kan motivera att den som kopplas till riskomständig-

heterna får bära ett ansvar gentemot den som drabbas av dessa risker.¹ Traditionellt brukar man utgå från fyra faktorer, nämligen risken för skada (dvs sannolikheten), den sannolika skadans storlek (dvs allvarligheten), möjligheterna att förekomma skada (dvs handlingsalternativen) samt prövningen av om den handlande kunde inse den sålunda relevanta riskbilden. De tre första faktorerna kan ses som objektiva, medan insiktsrekvisitet är det subjektiva elementet (även om traditionens språkbruk stundtals fortfarande benämner hela culpapregeln såsom subjektiv – till skillnad från det objektiva, strikta ansvaret). Själva viktningen av de fyra faktorerna handlar aldrig om någon enkel och exakt sifferkalkylering av sannolikhetsgrader och kostnadssummor etc, utan man får utifrån samhällseliga värderingar – avseende vilken risknivå som kan, respektive inte kan, accepteras – konkretisera ett svar på frågan om ett alternativt handlande normativt kan krävas.² Om man höjer sig över de stundtals hypotetiska handlingsregelsresonemangen, kan man – vilket då samtidigt blir den gemensamma bakgrunden till culpa och strikt ansvar – ställa frågan vem som bör bära risker inom den egna sfären; istället för spörsmålet kring vem som handlat fel (kanske till och med moraliskt fel), formuleras därmed en frågeställning avseende riskfördelning – varvid aktivt skapande respektive passivt bärande av risker hos de olika parterna situationsspecifikt preciseras.

Just med avseende på *barns ansvar*, har lagstiftningen explicit nedtonat det subjektiva insiktsrekvisitet, varför culpaprövningen företrädesvis kommer att hanteras med avseende på de just berörda objektiva faktorerna. Rättstekniskt har detta skett genom att man i regeln för underåriga (2:4 SkL) endast nyttjar ordet ”vållar” (istället för uttrycket ”uppsåttligen eller av vårdslöshet vållar”, som återfinns i den vanliga culpapregeln i 2:1 SkL).³ Med detta ordval har man medvetet

¹ Denna culpamodell med avvägning av risker och mothänsyn har i doktrinen främst framförts av Agell, Samtycke och risktagande (Stockholm 1962) s 86 ff, 100 ff och 237 ff. Se även H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 63 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans (Uppsala 1993) s 264 ff.

² Se vidare Agell, Kantstenar, plåtbitar, hästboxar och dylikt – om riskbedömningar enligt culpapregeln (Festskrift till Nordenson s 1 ff, Stockholm 1999) passim; H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff och 78 ff; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 54 ff; Hellner/Radetzki, Skadeståndsrätt (9 uppl, Stockholm 2014) s 127 ff.

³ Se prop 1972:5 s 116 f, 126 och 456 ff; prop 2009/10:142 s 11 f; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 79 f; Singer, Barns och ungdomars skadeståndsansvar (Barn som aktör – en slutpunkt s 175 ff, Uppsala 2008) s 192 ff.

markerat, att culpabedömningen ska göras utifrån mer objektiva kriterier. Detta innebär att om en handling på objektiva grunder (dvs utifrån de tre första av de ovan nämnda faktorerna) skulle ha ådragit en vuxen person ansvar,⁴ så föreligger även culpa för underåriga – varvid man kan negligera den subjektiva täckningen (dvs den fjärde faktorn). Sedan görs en skälighetsprövning, huruvida den underåriga bör åläggas ansvar; därvidlag kan noteras, att om ansvarsförsäkring finns så är det ett förhållande som talar för skäligheten av ansvar.⁵ Med denna inriktning på culparegelns objektivt värderande sida, kan man i dagens skadeståndsdiskussion lämna därhän den äldre skuld-tanken, med dess subjektiva klander. Det innebär även, att prövningen av barns skadeståndsskyldighet just ska ses som en *rättsteknisk riskplacering* – men däremot innefattar den inte något moraliserande över, eller stigmatiserande av, det barn som objektivt tillfört sådana risker, att handlingen kan etiketteras ”vållande”. Detta illustreras av NJA 2001 s 234, vari ett förståndshandikappat barn med tändstickor tänt eld på brännbart material inomhus, varigenom skada orsakats i bostadsbyggnaden. Vid regresstalan mot barnets ansvarsförsäkring prövades huruvida handlandet varit grovt vårdslöst; HD kom fram till att culpabegreppet i försäkringsavtalslagen och skadeståndslagen har samma innebörd, dvs att det avseende barns culpa gäller ett objektiviserat synsätt. Och eftersom handlandet – att inomhus tända eld på brandfarligt material – objektivt kunde klassificeras som grovt vårdslöst, gällde regressrätten mot barnets ansvarsförsäkrare; därmed togs inte hänsyn till subjektiva faktorer hos barnet. Det har anförts, att 2001 års fall skulle utgöra ett undantag från de sedvanliga tolkningarna av ”barnets bästa”, eftersom HD inte tog hänsyn till att barn är barn; viss kritik synes därmed ha riktats mot att HD inte genomförde en subjektiviserad särbehandling, utan istället fann den objektiviserande metoden mindre ingripande för barnet.⁶ Genom den ovan angivna skadeståndsteoretiska kontexten, med icke-moraliserande betoning av objektiva riskfaktorer, kan man dock hellre förstå HD:s skrivning – om den objektiva prövningen såsom ”mindre ingripande för barnet personligen” – som just en betoning av att domen därmed inte innehåller någon subjektiv, personlig värdering av barnet. Då

⁴ Förvisso kan jämförelsen halta i de fall handlingen är typiskt ”barnslig”, emedan bedömningen av hur en vuxen skulle ha agerat med den och den leksaken i sandlådan etc kan bli orealistisk ... eller direkt surrealistisk.

⁵ Se prop 1972:5 s 127, 161 och 165; se även NJA 1976 s 121.

⁶ Schiratzki, Barnrättens grunder (6 uppl, Lund 2017) s 38.

endast de objektiva faktorerna prövas, kommer ju barn att slippa en dom som uttalar sig om deras (kanske ofta bristande) omdömes- eller tankeförmåga. En skadeståndsrättsimmanent tolkning av fallet påvisar således, att inget klander riktas mot barnet,⁷ varför objektiveringen knappast torde vara relevant vad avser "barnets bästa" – åtminstone inte negativt.⁸

Den givna utgångspunkten vid prövning av *föräldrars ansvar* enligt culparegeln är att man fokuserar på konkreta försummelser avseende tillsynen över barnen.⁹ I vårdnadshavarens ansvar ingår att sörja för att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till ålder, utveckling och övriga omständigheter.¹⁰ Denna skyldighet har uttryckligen reglerats via 6:2 2 st föräldrabalken (FB), vari anges att vårdnadshavaren – för att hindra skadeorsakande – ska svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas. Enligt förarbetena ska denna regel om uppsikt ge en skärpning av ansvaret,¹¹ men likväl torde ett ansvar bortom situationsspecifika förhållanden inte kunna åläggas. Det bör exempelvis vara otänkbart, att genom culparegeln inskrida med skadeståndsansvar för följderna av diverse allmänna brister i föräldrarnas påverkan – eller frånvaro av sådan – på barnens handlingsmönster och attityder.¹² I skadeståndspraxis finns många

⁷ Jfr redan Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten, Senare delen II:1 (Uppsala 1948) s 37 f, om att "ordets makt över tanken" ändå kan vara så stark, att man – trots skuldfrågans eliminerande – fortsätter betrakta vissa handlingssätt såsom "klandervärda".

⁸ Se vidare Singer, Barns och ungdomars skadeståndsansvar s 198, som betonar fördelen med en objektiv bedömningsmetod, såsom att skadestånd kan utgå utan att man behöver "utpeka det enskilda barnet som särskilt klandervärd". Jfr även Strahl, Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn (Festskrift till Ussing s 495 ff, Köbenhavn 1951) s 502 f, om att man kan avvara de metafysiska begreppen avseende om den unge ifråga ska anses tillräckelig eller otillräckelig samt att de aktuella skuldomdomena likväl inte innebär något konstaterande av ett sakförhållande.

⁹ Se allmänt om vårdnadshavares skadeståndsansvar, Agell, Föräldrars skadeståndsansvar (Vänbok till Strömbäck s 1 ff, Stockholm 1996) passim; Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga (Stockholm 1993) s 866 ff; Hellner/Radetzki, Skadeståndsrätt s 253 ff; Sund, Tillsyn över barn (Uppsala 1989) s 176 ff. Jfr även Strömbäck, Föräldraansvaret – är lagen riktig? (Festskrift till Bengtsson s 459 ff, Stockholm 1993) passim.

¹⁰ Se vidare Singer, Föräldraskap i rättslig belysning (Uppsala 2000) s 433 ff, om vårdnadens olika beståndsdelar, varvid särskilt utgångspunkten inom ramen för barnets behov poängteras.

¹¹ Prop 1993/94:57 s 16 ff.

¹² Jfr för övrigt Sandin, En essä om rätt barndom – barnets århundrade (Festskrift till Ankarloo s 41 ff, Lund 2000) s 48 ff, om 1800-talets diskussion inom borgerskapet om "arbetarföräldrarnas försummelser" och om expertsamhällets kolonisering av familjen som började i ett ifrågasättande av föräldrarnas kompetens.

exempel på att en för sträng och förbjudande vårdnadshavarmentalitet inte står i överensstämmelse med barnets bästa; man kan inte via överbeskydd förhindra *barns sunda utveckling*, genom att övervaka och förhindra alla faror som de har att lära sig leva med. Ett exempel utgör NJA 1976 s 458, där det inte ansågs culpöst att till en nioåring överlämna en cykelpump som gjorts om till korkbössa. HD anförde, att pumpen inte kunde betraktas som en så farlig leksak, att yngre barn generellt borde förhindras att leka med den; vidare uttryckte HD, att det "för barns sunda utveckling" torde vara nödvändigt att de då och då tillåts ägna sig åt lekar som inte är helt riskfria. Även i NJA 1984 s 764 – som handlar om ansvaret för ett fritidshem – framhölls denna tematik, genom betonandet av att barn utan närmare övervakning bör få lära sig att efter stigande ålder ta allt större ansvar.

Om alltså culpaansvaret endast kan göras gällande avseende konkreta försummelser i tillsynen, har numera ett systemavvikande *strikt ansvar* tillkommit. År 2010 infördes nämligen paragrafen 3:5 SkL, enligt vilken förälder som har vårdnaden om ett barn ska ersätta person- och sakskada samt kränkning (enligt 2:3 SkL) som barnet vållat genom brott; avseende summorna görs en begränsning till en femtedel av prisbasbeloppet för varje skadehändelse (dvs cirka 9 000 kr). Genom 3:6 2 st ges möjlighet till jämkning, om det skulle vara "uppenbart oskäligt" med skadeståndsskyldighet enligt 3:5. Denna skälighetsbedömning ska grundas på hänsyn till "förälderns förhållande till barnet" eller "de särskilda åtgärder föräldern har vidtagit för att förhindra att barnet begår brott"; dessa två situationer – som i denna framställning benämns (1) relationsfallet och (2) åtgärdsfallet – ska dock, enligt förarbetena, tillämpas tämligen restriktivt. Ett på så vis konstruerat strikt ansvar, med starkt begränsade jämningsmöjligheter, kan föranleda våra *sambälleliga problem*. Hur mycket lagstiftningen än i teorin sänder ut ett symboliskt ansvarsbudskap, är det inte alla föräldrar som i verkligheten – dvs med hänsyn till sociala, relationella, psykologiska respektive ekonomiska realiteter – kan leva upp till de implicita skrivbordstankarna om god åtgärdshantering och ekonomisk kapacitet att bära ansvaret. Det kan till och med vara så, att lagens långa arm slår hårdast ned på dem som redan befinner sig i den socialt och ekonomiskt mest utsatta positionen – samtidigt som den symboliska handlingsdirigeringen visar sig allra mest illusorisk avseende de grupper som av olika skäl har minst möjligheter att, genom stöd och andra arrangemang, hantera sina ungdomar.

2 EN FÖLJDDIGER LAGSTIFTNINGSPROCESS OCH EN FÖLJDENLIG HD-DOM

Den just nämnda lagstiftningen i 3:5 SkL prövades för första gången i HD genom *NJA 2015 s 482*. Målet visar att domänen för kränkingsregeln i 2:3 SkL ofta är den virtuella verklighetsnivån på internet, där så många barn och ungdomar mer eller mindre ohämmat framlever sina liv. Emedan det är väldigt lätt att vräka ur sig förtalsuppgifter via tangentbordet – som om världen tog slut, istället för att egentligen starta, vid den egna bildskärmen – kommer många unga människor (och förvisso även så kallade vuxna) att oreflekterat sprida dylikt förtal till en stor krets av potentiella läsare.¹³ Och emedan dessa unga flickor och pojkar oftast inte har några egna tillgångar av betydelse (samtidigt som familjens ansvarsförsäkring givetvis inte täcker ersättning för brottsligt förtal) riskerar deras föräldrar att drabbas av skadeståndskraven. 2015 års fall berör det i media omtalade Instagrammålet, vari två femtonåriga flickor dömdes för grovt förtal då de på nätverket ”Instagram” lagt ut härresande och kränkande uttalanden om andra ungdomar.¹⁴ Den kvarvarande frågan i HD – sedan flickornas straff¹⁵ och (uppenbara) skadeståndsansvar på 15 000 kr till 38 förtalade personer vunnit laga kraft efter tingsrättens dom – gällde huruvida mamman till en av flickorna skulle behöva svara (helt eller jämkat) enligt 3:5 SkL. Domslutet blev ett *ojämkat skadeståndsansvar*, och emedan ansvaret avser en femtedel av prisbasbeloppet, innebär fullt skadestånd cirka 9 000 kr till varje skadelidande. I

¹³ Om det så kallade näthatets natur, se vidare SOU 2016:7 s 134 ff; Dahlstrand, Ära i ett rättssociologiskt perspektiv (Festskrift till Åström s 131 ff, Lund 2016) s 136 ff; Granström/Mannelqvist, Brottsoffer – rättsliga perspektiv (Lund 2016) s 80 ff; Olsen, Näthat i form av hot (SvJT 2015 s 297 ff) passim; Schultz m fl, Näthat (Stockholm 2013) s 15 ff; Sunde, Ökosystemeffekten – om personvernet i sociala medier (LoR 2013 s 85 ff) s 85 ff och 88 ff; Svahn Starrsjö, Personuppgiftslagen och yttrandefriheten (Jubileumsskrift till SvJT s 447 ff, Uppsala 2016) passim.

¹⁴ Om olika sätt att diskutera integritetsskyddet, jfr Axberger, Integritetsskydd i perspektiv (SvJT 2009 s 468 ff) s 470 ff och 478 ff; Blume, Behandling af persondata (Köbenhavn 2003) s 4 ff och 207 ff; Lögdberg, Personlighetsrätt (Stockholm 1972) s 63 ff och 82 ff; Olsen m fl, Kommunikationsrätt i det elektroniska medielandskapet (Stockholm 2013) s 49 ff och 173 ff. Se även SOU 2016:7 s 137 ff, om diverse olika nya fenomen avseende spridning av integritetskänsliga uppgifter på internet, bland annat så kallad ”hämndporr”. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 628 ff, om privatlivsskyddet och dess gränser.

¹⁵ Jfr Jareborg m fl, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten (2 uppl, Uppsala 2015) s 91, om att förtalsbrotten åter – efter att länge ha levt ett undanskymt liv – fått ökad aktualitet genom utvecklingen av informationsteknologin.

HD var 15 av de ursprungliga 38 kändeparterna kvar, varför mammas sammanlagda ansvar blev cirka 130 000 kr. Den totala potentiella skadeståndssumman för 38 parter blir därmed cirka 350 000; och om man ser domen som ett pilotmål för de hundratals förtalade ungdomarna, går mamman till mötes en mörknande framtid med miljonkrav.

Som ovan och nedan framgår, finner just denne författare – utifrån allmänna skadeståndsrättsliga och specifika mänskliga utgångspunkter – att fallets lösning är ”mindre lyckad”. Men domslutet är faktiskt ett följdenligt resultat av att HD strikt hållit sig till förarbetenas värderingar och direktiv. I lagstiftningsarbetet anfördes kriminalpolitiska tankar om ungdomsbrottslighetens motverkande. Det fanns också tydliga moralpåverkande – ja, till och med moralistiska – drag i resonemangen, då man sade sig vilja tydliggöra föräldrarnas huvudansvar för sina barn; just *genom skadeståndsrätten* ville man således *ge föräldrarna klara incitament*, att skapa ökad insyn i barnens liv samt reagera på deras antisociala beteendemönster.¹⁶ Den moraliska appellen synliggörs genom uttalanden om att skärpningen av skadeståndsansvaret ska utgöra en viktig och tydlig signal om föräldrarnas ansvar att vägleda sina barn och ungdomar.¹⁷

Den *moraliska symbolfunktionen* utgjorde uppenbarligen en vital trosriktning vid departementsbehandlingen;¹⁸ man ignorerade följdenligt den starka kritik som framkom i remissförfarandet, avseende det bristande vetenskapliga och empiriska stödet för att ett dylikt skadeståndsansvar har effekt på ungdomsbrottsligheten (här kan exempelvis nämnas kritiken från tunga instanser som Lagrådet, JO, JK, Sveriges advokatsamfund, Åklagarmyndigheten samt de juridiska fakulteterna vid universiteten i Uppsala, Lund och Stockholm). Utan att besvara invändningarna i sak, vidhölls i propositionen just tron på att det finns ”anledning att anta” brottsmotverkande resultat.¹⁹ Och

¹⁶ Jfr Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga s 1697 ff, för en allmän diskussion av så kallad moralisk prevention; jfr a a s 1721 f.

¹⁷ Se vidare om de rättspolitiska övervägandena, Ds 2009:42 s 39 ff; prop 2009/10:142 s 19 ff. Jfr även Agell, Föräldrars skadeståndsansvar s 6 ff och 15 ff; Strömbäck, Föräldraansvaret – är lagen riktig? s 462 ff, om debatten kring ett liknande förslag några decennier tidigare.

¹⁸ Jfr Ds 2009:42 s 5 och 46; prop 2009/10:142 s 1, 24 och 26.

¹⁹ Jfr Bengtsson, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2013–2015 (SvJT 2016 s 433 ff) s 434 f, angående regeringens ”hög förhoppningar” om de preventiva verkningarna. Se även Roos, Ersättningsrätt och ersättningsystem (Stockholm 1990) s 47, för följande tänkvärda devis: ”Kunskapen om preventionens betydelse i ersättnings-

gentemot kritiken, att ansvaret skulle drabba ekonomiskt svaga föräldrar, anfördes – utan att ens nudda vid skälen härför – att det finns ”goda skäl”, att föräldrarna ska medverka till att täcka dessa skador.²⁰

Ytterligare ett märkligt drag i lagstiftningen, är att man i förarbetena genomgående använder *terminologin* ”*principalansvar*” – paragrafen är dessutom placerad i kapitel 3 SkL tillsammans med reglerna om privata och offentliga arbetsgivares ansvar – och att de motiverande resonemangen också är färgade av denna jämförelse med arbetsgivarregleringen. Men kort sagt passar bestämmelsen inte in i den skadeståndsrättsliga systematiken med principalansvar; denna ansvarsform är baserad på helt andra och *artskilda överväganden*.²¹ Motivet för att en näringsidkare ska ansvara för de anställdas vållande är ju, att dessa personer arbetar just för principalens ekonomiska intressen; utifrån en ändamålsenlig riskfördelning, bör denna part därmed stå för de risker som verksamheten (inklusive de inom verksamheten anställda) skapar gentemot utomstående.²² Den arbetsgivare som finner att en viss anställd tillfogar för mycket risker – och därmed förluster – kan åtgärda saken genom att avlägsna ifrågavarande person från sin position (... men en förälder kan inte ”avskeda” eller ”säga upp” sitt barn). Och hela den ekonomiska motiveringsoperationen med balansering av de anställdas bidrag till verksamhetens vinstproduktion, är givetvis helt främmande för en diskussion av familjens ”verksamhet”. Tro det eller ej, men från olika dubiösa källor kan erfaras, att sådana udda företeelser som kärlek, intimitet och själsfrändskap kan förklara många familjebildningssituationer – så får den ekonomiska kalkyleraren och den moraliserande skadeståndsivraren säga vad han vill.

Inför den närmare analysen av Instagramdomen, bör ännu en *inkonsekvent resonemangsstruktur* från förarbetena beröras. Det är en fråga om mål och medel, och i vart fall denne författare får intrycket, att (den ovan nämnda) moralbetoningen har fått motivera medel som

rätten står i omvänt förhållande till alla tvärsäkra påståenden om de preventiva effekterna av olika regler.”

²⁰ Prop 2009/10:142 s 20 och 26.

²¹ Se Askeland, Erstatningsrettslig identifikasjon (Oslo 2002) s 54 ff, 73 ff och 107 ff; Holle, Hæftelsesansvar for selvstændigt virkende tredjemænd (København 2013) s 33 ff, för de senaste nordiska framställningarna om principerna bakom ansvarsbärande för andras handlingar.

²² Jfr SOU 1964:31 s 32 f; prop 1972:5 s 181 f, 185 f och 212. Jfr även Werin, Ekonomi och rättssystem (2 uppl, Stockholm 1982) s 389 f.

går klart längre än de angivna ändamålen. Det mål som uppställs är ju, att ge föräldrar incitament att uppfylla sina åligganden som vårdnadshavare och att reagera på barnens avarter; den skadeståndsrättsligt relevanta regeln inom familjerätten är därvid 6:2 2 st 3 p FB: "I syfte att hindra att barnet orsakar skada för någon annan ska vårdnadshavaren vidare svara för att barnet står under uppsikt eller att andra lämpliga åtgärder vidtas." Med skadeståndsrättens vanliga culparegel är utgångspunkten, enligt ovan, att föräldrar endast bär ett ansvar för konkreta försummelser i tillsynen. Något abstrakt ansvar för vad som möjligen – utifrån ett moralistiskt synsätt – kan ses som "dålig uppfostran" är fullständigt främmande för skadeståndsrätten.²³ I praxis finns många exempel på att ett för strängt ansvar, med övervakande och förbjudande inställning hos vårdnadshavarna, inte skulle gå ihop med principen om barnets bästa; därför förutsätter ansvar således en konkret riskbild – och ett lika konkret försummande av en föreliggande motverkansåtgärd.²⁴ När förarbetena till 3:5 SkL således betonar föräldrarnas ansvar, är det dessa tillsynsaspekter av vårdnadsansvaret enligt föräldrabalken som avses; det önskade incitamentet är just medvetenheten om föräldrarnas huvudansvar för tillsynen. Men medlet för att nå detta mål blev en regel om strikt ansvar för vårdnadshavaren.²⁵ Den motsägelsefulla *relationen mellan mål och medel* visar sig därmed i, att de föräldrar som tagit till sig budskapet – hypotetiskt (eller otroligt nog) just på grund av lagstiftningen i 3:5 – och gör allt som kan krävas enligt vårdnadsansvaret, ändå får bära ett strikt skadeståndsansvar för sådant som man inte kunnat förhindra (inom ramarna för den standard som rätten ger, dvs utan krav på koppel, elstängsel runt tonårslyan eller inlåsning i snickarboden ända till 18-årsdagen). Och om målet var att skapa reaktioner på barnens skadliga beteendemönster, blir ett strikt ansvar även för förstagångshändelser en uppenbar anomali. Det är som om moraltanken (dvs

²³ Se Askeland, Erstatningsrettslig identifikasjon s 255 ff, om den motsvarande norska regeln samt förarbetenas uppgift om svårigheterna att bevisa bristfällig uppfostran.

²⁴ Jfr ovan, avsnitt 1. Se vidare Lindell-Frantz, Ansvarsförsäkring i konsumentförhållande (Uppsatser om skadeståndsansvar och ansvarsförsäkring s 102 ff, Stockholm 2012) s 107 ff; Sund, Tillsyn över barn s 176 ff och 299 ff. Jfr även Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga s 866 ff, 1336 ff och 1779 f.

²⁵ Redan i förarbetena till skadeståndslagen diskuterades införandet av ett dylikt strikt ansvar för vårdnadshavare, men idén avfärdades emedan inget skäl kunde anföras för ett strängare ansvar för vårdnadshavare jämfört med andra skadevällare. Se vidare SOU 1963:33 s 27 ff; prop 1972:5 s 132 ff, 148 ff och 170 ff. Jfr Sund, Tillsyn över barn s 307 ff, för en diskussion om eventuella skärpningar av ansvaret.

målen) hos lagstiftaren fullkomligt har slagit bakut, genom ett paradoxalt och dysfunktionellt skadeståndsansvar (dvs medlen). Detta ansvar ger därmed i själva verket en signal, om att den signalerade aktiva föräldrarollen – i enlighet med vårdnadsreglerna – ändå inte räcker för att slippa ifrån ansvaret.²⁶

Med denna bakgrund i lagstiftningsprocessen är det dags att gå in på de mer detaljerade spörsmålen i *2015 års fall*. Det handlar alltså om mamman till en *femtonårig flicka*, som (tillsammans med en jämnårig kamrat) lagt ut *grovt förtal* om ett stort antal ungdomar på nätet. Det vanligaste påhoppet var att namngivna flickor, genom detaljerade uppgifter, smädades som ”horor” (enligt ungdomsspråket är uppenbarligen ”hora” inte synonymt med ”prostituerad” – någon som utför sexuella tjänster mot betalning – snarare tvärtom, då referensen avser någon som har sex med många utan att ens ta betalt).²⁷ Dotterns konto på nätverket Instagram existerade under två dagar i december 2012,²⁸ och under denna hektiska tid blev ett hundratal personer utsatta för förtal; detta ledde till veritabla gatuoroligheter i staden (Göteborg), då olika misstänkta utläggare och angivare nästan lynchades.²⁹ Eftersom HD-domen endast avser mamman, kan vi lämna de två flickornas ansvar därhän just nu; men givetvis är det enormt viktigt, att ungdomar – exempelvis genom tingsrättsdomen mot dessa flickor – får ett klart budskap om att det faktiskt inte är fritt fram, att ”svina sig” (notera ungdomsspråk igen) hur vidrigt som

²⁶ Se vidare för kritiska synpunkter – utöver de redan nämnda remissvaren – på regleringen, Schultz, Föräldrars ansvar för barns brott (SvJT 2010 s 195 ff) passim. Jfr Andersen, Skadeforvoldelse og erstatning (Oslo 1970) s 161 ff, för tidigare skepsis mot strikt föräldraansvar; se även Strahl, Till frågan om skadeståndsskyldighet för barn s 507, om att föräldrar såsom kategori redan är så ekonomiskt trängda, att det allmänna måste lämna bidrag, varför ett garantiansvar i realiteten skulle innebära att en del av barnbidraget skulle gå till skadestånd för barns handlingar. Jfr även Roos, Lagstiftnings- och forskningsbehov på ersättningsrättens och kontraktsrättens område (SvJT 1988 s 299 ff) s 311, som frågar sig om det inte finns positiva styrmedel istället för en konstruktion med föräldraansvar, vars effekter på samlivet inom de aktuella familjerna knappast är säkerställda.

²⁷ Jfr SOU 2016:7 s 150 f, om att de vanligaste orden vid nätmobbning är just ”hora” (angående flickor) och ”bögar” (angående pojkar). Se vidare Wegerstad, Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar (Lund 2015) s 174 ff, om det tilltagande problemet med ett språkbruk som innebär att särskilt unga flickor utsätts för nedvärderande tillmälen med sexuell anspelning.

²⁸ Jfr vidare Olsen, Näthat i form av hot s 300 ff och 303 ff; Sunde, Ökosystemeffekten – om personvernet i sociala medier s 92 ff, om tjänsteleverantörens eventuella ansvar.

²⁹ Den intresserade kan via web-radion lyssna på P3-dokumentären ”Instagramupplöppen i Göteborg”.

helst på nätet, utan att man kan få betala ett högt pris i form av straff- och skadeståndsansvar. Men observera nu (mer nedan), att mamman verkligen inte kunde anklagas för något "svineri"; så frågan är om samma budskap om dryga skadeståndshot skulle behöva drabba henne ... och alla andra cirka två miljoner föräldrar i Sverige (eller, med ett mer direkt tilltal, alla "ni andra" – dvs det kan imorgon hända även dig!).

Den nu aktuella mamman var *ensam vårdnadshavare* till flickan (och ytterligare två barn); efter en konflikt mellan mor och dotter (där den senare tyckte att mamman uppställde för mycket regler – notera vad som ovan nämnts om lagens bud till föräldrarna att skapa rättesnören) blev resultatet att *dottern rymde till pappan*. Hon bodde hos honom i några månader, och det var under denna tid som de två kritiska dagarna med aktiviteter på Instagram inträffade. Mamman försökte få dottern att flytta hem, och vid ett besök hos barnets pappa uppstod bråk med honom (enligt både mammans och dotterns vittnesmål hotade han mamman med kniv; dessa två uppgiftslämnare angav även att pappan var narkotikamissbrukare). Mamman tillkallade polis och tog kontakt med socialtjänsten för att få hjälp, men ingen ingrep – utan dottern kom att bo kvar hos pappan.

Man kan här stanna upp i berättelsen, för att med *mänsklig inlevelse* försöka förstå mammans belägenhet. I vart fall utifrån hennes upplevelse hade hon nu helt förlorat kontrollen över dottern till en narkotikamissbrukande man, som hotar henne till livet när hon försöker ta sitt vårdnadsansvar på allvar och ber att få hämta hem dottern (så att hon kan inpränta mer av det – från dotterns sida oönskade – regelverk som ungdomar ändå bör socialiseras in i). Vad skulle hon ta sig till? Polisen kunde inget göra och socialen ville inget göra – och gentemot en (såsom hon säkert uppfattade situationen) våldsam och asocial man, hade hon själv ingen chans att få hem den borttrymda dottern.

Nåväl, tillbaka till skadeståndsbedömningen i HD. Jämningsregeln i 3:6 2 st SkL – med de två situationerna som här kallas (1) *relationsfallet* och (2) *åtgärdsfallet* – prövades. Som redan nämnts, ansåg dock HD att dessa rekvisit inte passade, varför ett ojämkat ansvar utdömdes.

Med (1) *relationsfallet* avses, att man "med hänsyn till föräldrarnas förhållande till barnet" kan jämka skadeståndsskyldigheten. Som ovan anförts kunde – om man enbart läser (de citerade) orden i bestämmelsen – en tillämpning ha varit möjlig i detta fall, där modern

avskurits från förhållandet till dottern under den tid då brotten begicks. Men HD läser orden på det mycket speciella sätt som förarbetena anbefaller. Därför spelar mammans ”begränsade möjligheter att utöva någon faktisk vård och omsorg” ingen roll; tvärtom betonas i domen den formella sidan av föräldrarnas rättsliga position, genom påpekandet att det i vårdnadsansvaret ingår en ”tillsynsplikt oavsett om barnet huvudsakligen bor hos vårdnadshavaren”. Det stämmer förvisso med förarbetenas exemplifiering, att den *formella ansvarspositionen* inte upphävs av den *faktiska situationens ogenomförbara tillsyn*; det är istället det totala uteslutandet av föräldrarollen – genom exempelvis socialrättsligt omhändertagande – som avses såsom jämningsgrund enligt förarbetena.³⁰ Likväl kan det tyckas som en tämligen rigid hållning, att låta den icke formellt upphävda vårdnadshavarställningen motivera ett ansvar, trots att man först noterat de ”begränsade” möjligheterna att utöva någon ”faktisk” tillsyn etc. Man kan till och med få ett intryck av cynism, då man bakom det eufemistiska uttrycket ”begränsade möjligheter” förstår realiteten med en – som det uppgavs – knivhotande narkotikamissbrukare och en icke hjälpbenägen socialtjänst.

Vidare till (2) *åtgärdsfallet*, som i lagparagrafen uttrycks såsom, att man med hänsyn till ”de särskilda åtgärder föräldern har vidtagit för att förhindra att barnet begår brott” kan jämka skadeståndet. Återigen får man konstatera, att om endast lagens ord funnits – inte dessutom förarbetenas restriktiva direktiv – kunde jämkning mycket väl ha diskuterats i detta fall; mamman hade ju trots allt försökt få hem dottern, men mötts av våld och myndighetsignorans. Förarbetena uppställer dock mycket hårda krav på vad som ska kunna betraktas som särskilda åtgärder. Ordet ”särskilda” kan annars ofta ses som synonymt med ”konkreta” och ”preciserade” (åtgärder) i det enskilda fallet; men förarbetenas bruk av termen implicerar, att det ska till alldeles extra, kvalificerade och avvikande egenheter i situationen för att jämkning ska få vidtas. Exemplet berör *upprepad brottslighet*, där en vårdnadshavare gjort allt i sin makt för att förhindra fortsatt kriminalitet – ”i form av t.ex. ett särskilt aktivt arbete tillsammans med socialtjänsten och skolan”.³¹ Med just detta exempel begärs därmed något kvalificerat, *utöver att föräldern gjort vad som normalt efterfrågas*;

³⁰ Se RH 2014:59, om ojämkat ansvar för vårdnadshavarna, då barnet visserligen var föremål för vård enligt LVU, men vid tiden för brottet var placerat i hemmet.

³¹ Prop 2009/10:142 s 37 f; jfr även Ds 2009:42 s 59 och 82.

för att uppfylla jämkningsrekvisitet fordras, att de vidtagna åtgärderna ”går längre än vad som följer av vårdnadshavarens grundläggande tillsynsansvar enligt föräldrabalken”.³² Det är uppenbarligen dessa förarbetsuttalanden HD bygger sina domskäl på (även om här nämnda citat och referenser inte anges), då man karakteriserar mammas ansträngningar att få hem dottern, såsom att de ”legat inom den ram som tillsynsplikten enligt föräldrabalken innebär”. Och som svar på denna positiva uppgift om skyldigheternas efterlevnad, kommer så det negativa beskedet avseende jämkning, emedan det därmed inte kan anses vara fråga om ”sådana särskilt långtgående åtgärder för att förhindra brott som avses i jämkningsbestämmelsen”.

Det var just detta *motsägelsefulla budskap* som ovan omnämndes såsom en paradox. Lagstiftningens syftning är en (moralisk) signal till föräldrar, att uppfylla de krav vårdnadsplikten enligt föräldrabalken ställer på dem; men detta mål förses med medel som resulterar i skadeståndsskyldighet, trots att föräldern fullgör sina legala förpliktelser – och därtill verkligen försöker leva upp till sitt ansvar (och därmed till lagstiftningens målsättning). Och om bara ”särskilda” insatser just som respons på ”upprepad brottslighet” kan leda till jämkning, når man den inkonsekventa lösningen, att den förälder som redan före det första (eller enda) brottet försöker vidta åtgärder kommer i ett sämre läge.

Och då har vi bara kvar den allmänna jämkningsregeln 6:2 SkL, avseende ”oskäligt betungande” skadeståndsskyldighet. Men eftersom den regeln också balanseras av de skadelidandes intressen, ansågs ingen jämkning kunna genomföras i detta fall. Därför gjordes den ensamstående trebarnsmamman – som enligt uppgift i hovrätten hade en årsinkomst på bara 96 000 kr (men HD angav endast, att det inte fanns någon närmare utredning om hennes ekonomiska förhållanden) – *skadeståndsskyldig* till ett belopp av cirka 130 000 kr gentemot de femton kändena i HD; man kan därtill, enligt ovan, förvänta *miljonkrav* från de hundratals brottsoffer som kan ta denna dom som ett pilotmål.

³² Prop 2009/10:142 s 38, jfr även s 48; jfr Ds 2009:42 s 59 och 82.

3 EN BLÅÖGD (MEN I SVARTSYN UPPGIVEN) KONSTRUKTIVISM OCH EN ARGSINT RÖD SOPTUNNA

Det har redan framskyntat, att denne författare intar en viss kritisk hållning till att det skadeståndsrättsliga föräldraansvaret ska kunna föranleda ansvarsåläggande i sådana situationer som i det nu aktuella 2015 års fall. Det går dock inte att alltför oförblommerat kritisera HD; problemet är istället att lagstiftningen, och dess mycket tydliga intentioner i förarbetena, mer eller mindre tvingade fram detta domslut. Förvisso hade det med en portion av *kreativ tolkning* och *ambition till vidareutveckling* – som HD annars inte är främmande för – kunnat åstadkommas en annan utgång. Man skulle ha kunnat tänka sig, att konstruktivt söka använda förarbetenas positivt angivna intentioner som negativt begränsande argument vid tillämpningen; idén skulle då ha varit att ta målen på allvar, för att därigenom desarmera den bomb som medlen faktiskt medfört. Det kunde därför ha förordats, att man hellre tog den stora allmänna målsättningen som diskursram, och att man därmed tolkade jämkningsmöjligheterna avseende (1) relationsfallet och (2) åtgärdsfallet i en mer konstruktiv riktning,³³ som kunnat involvera fler situationer än de fall som nämns i förarbetenas speciella behandling av jämkningsregeln.³⁴ Men förarbetenas direktiv och exempel talar starkt emot en sådan läsning av paragrafens ord, och ger snarast rakt på sak just den lösning som HD nådde. Som bekant är det lättare att överpröva gamla förarbetens all-

³³ Några år före HD:s dom försökte undertecknad utkristallisera några sådana strategier; se H Andersson, Konstruktiva restriktioner avseende det så kallade "principalansvaret" för föräldrar (InfoTorg Juridik, februari 2012) passim. Exempelvis föreslogs att en starkt engagerad förälder borde kunna få åberopa olika instruerande, pedagogiska och socialt fostrande åtgärder även i rent förebyggande fall – dvs utöver det nämnda exemplet när barnet redan uppvisat återfallstendens i brott. Vidare diskuterades i artikeln hur mycket föräldern måste ha gjort "utöver" sina egentliga föräldrarättsliga plikter. Eftersom det inte är en culparegel, kan inte ett vagt och allmänt påstående om "icke-culpa" duga för att kullkasta principalansvaret för barnets brott; däremot föreslogs det vara i enlighet med lagens allmänna målsättning, att ett konkret anförande av specifika åtgärder som ligger i linje med de "signaler och markeringar" som lagen ska sända ut, skulle kunna utgöra relevanta argument vid tillämpning av jämkningsregeln.

³⁴ Se vidare Lindell-Frantz, Ansvarsförsäkring i konsumentförhållande s 121 ff, för en bred inventering av underinstanspraxis om reglerna i 3:5–6 SkL.

männa bud, men svårare för en domstol att se bort från helt färska förarbeten med mycket precisa målangivelser och falltypiseringar.³⁵

Så även om idén att konstruktivt läsa lagen var rimlig – och i enlighet med skadeståndsrättens övriga ändamålsstruktur – får den ambitionen härmed avblåsas, för genom HD:s dom har visats, att de ytterst specificerade förarbetsuttalandena och exemplifieringarna inte går att komma runt. Den således följdenliga tillämpningen av de uttryckliga intentionerna vid lagstiftningsarbetet visar, att för det fall man ser *sociala, mänskliga och rättssystematiska problem* med dylika lösningar, så ligger initiativet till förändring någon annanstans än hos HD – nämligen åter hos lagstiftaren. Och som sagt, man kan verkligen notera inkonsekventa och socialt oönskade – eller rentav orättfärdiga – resultat som den moraliska (moraliserande) förbättrarlagstiftningen genom 3:5 SkL har fört med sig. Förarbetenas obelagda förhoppningar om handlingsdirigering (och brottsbekämpning), rättsliga missuppfattningar och systematiska felslut (som påverkat regelutformningen på detaljnivå) samt den motsägelsefulla och ogenomtänkta (eller icke förstådda) kopplingen mellan mål och medel – där föräldrar som hörsammar budet om att göra vad som krävs enligt vårdnadsansvaret, ändå blir strikt skadeståndsskyldiga – är kort sagt inte exempel på en alltför lyckad lagstiftningsprocess. Personligen sätter jag en ära i att inte ständigt och polemiskt framföra egna rättspolitiska åsikter; därför hoppas jag dessa ändå ganska modererade sakanmärkningar kan tas på allvar. En objektivt återhållen värdering synes bli, att hela lagstiftningsarbetet i detta ärende framstår som en ödesdigert olycklig kombination av okunskap, ointelligens och sangviniskt naiv övertro på skadeståndsrättens moraliska och handlingsdirigerande funktion ... och det är dessa defekter som gav upphov till den märkliga falllösningen i NJA 2015 s 482, som HD (troligen, och förhoppningsvis, motvilligt) tvingades exekvera.

Äldre läsare – åtminstone de som inte tillhör det ovan omtalade barn- och ungdomsklientelet – kanske från TV kommer ihåg den norrländske programledaren, som mot slutet av varje avsnitt av sitt konsumentmagasin använde en *stor röd soptunna*, för att frejdigt illus-

³⁵ Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (5 uppl, Stockholm 1996) s 366, om att ett specifikt exempel i förarbetena ofta föranleder domstolarna, att anse saken vara klar. Jfr även Håstad, Rättstillämpning i strid mot lag (Vänbok till Adlercreutz s 167 ff, Lund 2007) s 167, om den relativt större vikt som ett uttalande i allmänmotiveringen om en central fråga borde ha i jämförelse med detaljfrågor i specialmotiveringen.

trera vad han tyckte om vissa näringsidkare och deras produkter.³⁶ Sedan den konstruktiva tolkningen av det så kallade principalansvaret fått ges upp, måste man nu – efter att HD demonstrerat *lagstiftningens defekter och bristande hållbarhet* – önska sig den röda soptunnan tillbaka. Den borde stå där i hungrig förväntan, att få sluka denna skadliga skadestandsregel, varefter plåtlocket hårt och skadeglatt skallrande kunde få slå igen. Eller mer traditionellt uttryckt: Det kan starkt rekommenderas att denna föräldrarättsliga lagstiftning i skadestandsrättslig skrud ånyo kritiskt examineras. Och även utan en entydig rättvisefantasi – exempelvis den apokryfiska principen om föräldrarnas favör – bör de mänskliga, alltför mänskliga, konsekvenserna allvarligt övervägas ... bortom de tomma moralpredikande åtbörderna och de omnipotenta feberdrömmarna om skadestandsrättens förmåga att lösa alla mänskliga problem.

³⁶ Hans ärliga engagemang var förvisso lätt att parodiera, vilket faktiskt en gång skedde i en TV-satir som direkt relaterar till frågeställningen i denna artikel, nämligen relationen förälder-barn. Den minnesgoda konsumenten (av varor men också av TV-program) erinrar sig den dråpliga scenen, då TV-profilen med upprörd min hastar fram mot soptunnan hållande ett vilt fåktande barn i ett fast grepp, samtidigt som han gentemot föräldrarna utslungar den dräpande repliken "Se här, vad jag tycker om eran skitunge!". Observera dock att detta, för en vänlig barnrättare, repellerande ordval blott är ett motspänstigt citat – och att denna välvilliga författare ju redan inledningsvis har uppmärksammat distinktionen mellan egna barn och andras ungar (samt därvidlag tillika problematiserat en alltför entydig tolkning av vad som kan vara barnets bästa).