



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Programmet för juris kandidatexamen  
Tillämpade studier, 30 hp  
Vårterminen 2009

# Straff, skadestånd eller något mittemellan?

Om civilrättslig bestraffning genom skadestånd

Av: Maria Landén  
Handledare: Filip Bladini

## Innehåll

Förkortningar.....	4
1 Inledning.....	5
1.2 Syfte och frågeställning .....	5
1.4 Avgränsning.....	6
1.5 Metod.....	6
1.6 Disposition.....	6
2 Straffrätt .....	7
2.1 Den historiska utvecklingen .....	7
2.2 Straffets funktioner .....	9
2.2.1 Vedergällning.....	10
2.2.2 Individualprevention .....	10
2.2.3 Allmänprevention .....	11
3 Skadestånd.....	11
3.1 Den historiska utvecklingen .....	11
3.2 Skadeståndslagens grundstenar .....	13
3.3 Ideell skada .....	13
3.4 Skadeståndets funktioner .....	14
3.4.1 Prevention .....	14
3.4.2 Reparation .....	15
4 Försäkring.....	16
4.1 Den historiska utvecklingen .....	16
4.3 Försäkringens funktioner .....	17
4.3.1 Reparation .....	17
4.3.2 Pulvrisering av kostnader.....	17
5 Socialförsäkring.....	18
6 Ersättningsrätt.....	18
7 Likheter och olikheter i straffrätt och skadeståndsrätt .....	19
8 Alternativa synsätt.....	21
8.1 Mer om prevention .....	21
8.1.1 Skandinaviska idéer .....	22
8.2 Om bestraffande skadestånd.....	23

8.2.1 Rättsekonomisk teori om bestraffande skadestånd .....	23
8.2.2 Rättviseorienterad teori om bestraffande skadestånd .....	24
9 Ett civilrättsligt straff .....	27
9.1 Skadestånd för kränkning .....	27
9.1.1 Kränkning enligt 2 kap. 3 § SkL .....	28
9.1.2 Problematik kring skadestånd för kränkning .....	30
9.1.3 straff och skadestånd .....	33
9.2 Förtal .....	34
9.2.1 Det pornografiska montaget .....	35
9.2.2 Schyman-målet .....	36
9.2.3 Vad gäller? .....	36
9.2.4 Ett bestraffande skadestånd? .....	37
9.3 Ersättning vid diskriminering .....	38
9.3.1 Lagstiftning .....	38
9.3.2 NJA 2006 s 170 .....	39
9.3.3 Ds 2007:10 .....	40
9.3.4 Nyheter i Diskrimineringslagen .....	41
9.3.5 Prevention .....	42
9.4 Ipred eller civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område .....	42
9.4.1 Lagstiftningen i korta ordalag .....	43
9.4.2 Skadestånd .....	43
10 Om den ideella ersättningens utveckling .....	44
10.1 Brottsofferperspektivet .....	44
10.2 Europakonventionens och EG-rättens inflytande .....	45
10.3 Ett rättsvetenskapligt perspektiv .....	45
10.3.1 Samhällsförhållanden påverkan på rätten .....	46
10.3.2 Rättens inverkan på andra samhällsförhållanden .....	47
11 Avslutande reflektioner .....	48

## Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
DO	Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FAL	Försäkringsavtalslag (2005:104)
HD	Högsta Domstolen
HO	Handikappombudsmannen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
HovR	Hovrätten
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
NFT	Nordisk Försäkringstidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SvJT	Svensk Jurist Tidning
TLR	Tennessee Law Review
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

## 1 Inledning

Straffrätten är spännande. Alla har åsikter om straffrätten. Bor man dessutom i Sverige, lutar uppfattningen ofta åt att vi har för snälla straff, att fängelsedomarna mot mördare och våldtäktsmän är alltför milda. Det är också vad kvällspressen skriver om, med feta rubriker som ”villkorligt frigiven” och ständiga jämförelser mellan straff för våldsbrott och straff för ekonomisk brottslighet.

Straffrätten har alltid fått mycket fokus. Under senare år har den dock fått dela rampljuset med skadeståndsrätten. Mest intresse väcker kränkingsersättningen. Rubrikerna handlar nu, i allt större utsträckning om hur mycket brottsoffret fick i skadestånd.

Vedergällning är knappt längre motiv för straffrätten, än mindre i skadeståndsrätten, men viljan hos gemene man att det skall bli moraliskt rätt, att en bestraffning trots allt skall utkrävas är ofrånkomlig. Straffprocessen fokuserar på gärningsmannen. Ett brottsoffer har endast att biträda med information och vinner inget annat än förhoppningsvis en fällande dom. Skadeståndsrätten blir ett sätt för den enskilde att själv kräva sin rätt, att synliggöras och ställa krav för egen del.

Vore det inte snarare märkligt om skadeståndsrätten helt saknade straffrättsliga inslag? Kanske borde inte frågan i alla lägen vara så kontroversiell, kanske för skadeståndsrätten in en rättviseaspekt som straffrätten misslyckats med, med fokus, inte enbart på reparation, utan även på en moraliskt rättvis lösning. Traditionellt sett har disciplinerna skiljts åt genom att straffrätten fokuserat på gärningen och gärningsmannen medan skadeståndsrättens fokus legat på skadan och skadelidande. Kontroversiellt eller ej, i flera fall har gränsen mellan rättsområdena visat sig vara högst otydlig.

### 1.2 Syfte och frågeställning

Mycket har sagts om skadeståndsrätten och dess roll. Dessvärre finns det inte mycket skrivet som utmanar den svenska modellen utöver några artiklar som med viss trots påvisar avvikelser från sedvanlig skadeståndsrätt. Jag kommer att ge exempel på skadeståndsrättsliga regler som innehåller straffrättsliga drag med syftet att visa att skadeståndsrätten inte enbart är kompensande utan att den även har preventiva och retributiva ändamål och yttringar. I viss mån skall jag även försöka förklara varför rättsområdet ser ut som det gör. Huvudfrågan blir följaktligen; har skadeståndsrätten kommit att innehålla straffrättsliga inslag?

## 1.4 Avgränsning

Jag behandlar straffrätten styvmoderligt eftersom mitt huvudintresse finns i skadeståndsrätten. Jag inleder uppsatsen genom att beskriva straffrättens ursprung och funktioner för den som inte är insatt i ämnet. För en straffrättare lämnar detta säkerligen mycket att önska.

## 1.5 Metod

Jag kommer att studera lagstiftning, förarbeten och praxis när jag söker efter straffrättsliga influenser i skadeståndsrätten. Jag kommer att väga in vad jag finner i litteraturen men tillåter mig själv att resonera självständigt och att dra egna slutsatser.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i fyra delar. Första delen av uppsatsen skall informera läsaren om straffrätten och dess funktioner samt om allmän skadeståndsrätt och dess funktioner. Läsaren uppmärksammas på likheter och olikheter mellan de båda disciplinerna. I den andra delen lyfter vi blicken från den svenska modellen för en titt på utmanande åsikter om prevention och bestraffning. Del tre av uppsatsen introducerar den svenska lagstiftning som uppvisar straffrättsliga inslag medan jag i den fjärde och avslutande delen försöker förklara bakgrunden till den utveckling som vi kan skönja.

# I

## 2 Straffrätt

### 2.1 Den historiska utvecklingen

Det gamla ättesamhällets straffrätt var inte en straffrätt i vår tids mening, utan regler som skulle verka för försoning. Inom stammen var ätten den sociala enheten och friden upprätthölls av maktbalansen mellan ätterna. Om en ätt förgrep sig på en annan, exempelvis genom att en individ gjorde sig skyldig till dråp eller stöld, fick den ätt vars intressen skadats, välja fejd eller förlikning efter att ha kompenserats för den uppkomna skadan. Kompensationen kallades för bot och uppfattades inte som straff utan som ett skadestånd till förekommande av fejd.<sup>1</sup>

Det första straffrättsliga institutet uppkom genom vad som kom att kallas för fredlösheten. Det innebar att gärningsmannens ätt frivilligt eller av tvång uppgav sitt skydd för ättemedlemmen. Boten utvecklades så småningom till respekterade bötestaxor och på samma sätt blev också fredlösheten en accepterad sanktion. Genom att hela stammens makt stod bakom bötestaxorna och fredlöshetssanktionen hade man nått fram till en slags straffrätt, trots avsaknad av egentlig central statsmakt.<sup>2</sup>

I medeltidens Europa avrättades brottslingar på de mest kvalfulla sätt. Offentlig tortyr av olika slag nyttjades för att avskräcka folket. Den medeltida svenska straffrätten var emellertid inte lika grym som den kontinentala. Man använde sig av dödsstraff men de värsta avrättningsmetoderna togs aldrig upp i lagstiftningen. En orsak till detta kan ha varit att Sverige var så glesbefolkat, de svenska städerna var inte mer än större byar varför avrättningarna inte fick samma avskräckande effekt som i de kontinentala storstäderna.<sup>3</sup>

Från mitten av 1300-talet till början av 1700-talet baserades straffrätten på avskräcknings- och vedergällningsteorier. För vedergällningslärans inflytande blev upptagandet av den mosaiska rätten genom protestantismen av stor betydelse. Gamla testamentet innehåller många straffrättsliga regler som kom att användas. Svenska domstolar stödde sig på den mosaiska rätten fram till antagandet av 1734 års lag.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Anners, *Svensk straffrättshistoria*, s 5.

<sup>2</sup> Anners, *Svensk straffrättshistoria*, s 6.

<sup>3</sup> Anners, *Svensk straffrättshistoria*, s 8f.

<sup>4</sup> Anners, *Svensk straffrättshistoria*, s 14f.

Med 1734-års lag blev brottsrekvisiten framställda med större konsekvens, precision och fullständighet än i medeltidslagarna. Dödsstraff, frihetsstraff och spöstraff dominerade. Frihetsstraffet blev allt viktigare. Fler fängelser byggdes där fångarna fick ägna sig åt straffarbete. Fängelserna var så kallade allmänfängelser med stora salar där alla fångar blandades.<sup>5</sup>

Kring sekelskiftet 1800 förändrades synen på brott och straff, nu var det själen snarare än kroppen som skulle tuktas. För att komma till insikt om sin skuld skulle brottslingen isoleras, denne skulle hållas i egen cell och dagligen utföra straffarbete. Det var den brittiske filosofen och juristen Jeremy Bentham som utvecklade idén om isoleringens betydelse. Efter hans visioner utformades två olika fängelsesystem, Philadelphia- respektive Auburnsystemet. Philadelphiasystemet, som innebar närmast total isolering, kom att bli den dominerande fängelseformen i Europa och det var också detta system som Sverige anammade på 1840-talet. De kollektiva fängelserna som man tidigare använt sig av var trångbodda och slitna och där hade tungt kriminella blandats med förstagångsförbrytare. Cellfängelsets införande ansågs på så sätt vara mer humant, man insåg inte vilket hårt straff total isolering var.<sup>6</sup>

Från 1920-talet fick behandlingsteorin allt större inflytande i Sverige. Med den naturvetenskapliga utvecklingen trodde man sig kunna korrigera de människor som avvek från normen. Man sökte också en rättighetsgrundande teori för att legitimera frihetsberövanden. Viljan att beröva någon friheten för samhällets bästa stod i konflikt med välfärdsstatens politiska principer om frihetsideal, humanitets-, jämlikhets- och solidaritetstankar. Genom att hävda att frihetsberövandet skedde för fångens eget bästa, blev statens våldsanvändning förenlig med de demokratiska idealen.<sup>7</sup>

1946 avskaffades cellfängelsesystemet. Fängelset blev på nytt en kollektiviserad verksamhet där internerna fick möjlighet att tala och umgås. Fångvården blev humanare och vistelsen i fängelset avsåg att förbereda individen på ett liv i frihet.<sup>8</sup>

1962 infördes Brottsbalken, en lagstiftning där individualpreventiva och allmänpreventiva tankegångar fick samsas. Störst genomslag i lagstiftningen fick uppfattningen att det var den

---

<sup>5</sup> Anners, *Svensk straffrätts historia*, s 34f.

<sup>6</sup> Forberg, *Cellfängelsets historia*, internetlänk: <http://www.popularhistoria.se/o.o.i.s?id=43&vid=1552>.

<sup>7</sup> Elwin mfl, *Den första stenen*, s 73.

<sup>8</sup> Forsberg, *Cellfängelsets historia*, internetlänk: <http://www.popularhistoria.se/o.o.i.s?id=43&vid=1552>.



dömdes behov som skulle styra påföljdsvalet. En individuellt utformad vård och behandling skulle beredas vidsträckt utrymme, men man menade därmed inte att den allmänpreventiva synpunkten alltid i motsvarande mån måste eftersättas. Hänsyn kunde tas till den enskilde lagöverträdarens egenheter och behov utan att samhällsskyddet försvagades. Ofta torde den påföljd, som betraktades som lämplig med hänsyn till lagöverträdaren själv, även framstå som en från allmän synpunkt tillräckligt ingripande åtgärd.<sup>9</sup>

Behandlingstanken kritiserades starkt mot slutet av 60-talet då kriminologisk forskning visade att behandlingseffekterna var små. Orimligheten i långa frihetsberövanden för den dömdes bästa påtalades och idéer framfördes istället om att straffsystemet skulle bygga på principerna om rättvisa, strafflikhet, förutsägbarhet och proportionalitet.<sup>10</sup>

1989 framlade straffrättskommittén sina förslag till förändringar av straffrättens påföljd. Kritiken som lades fram gällde inte det berättigade i att det kriminalpolitiska arbetet i sig styrdes av intresset att förebygga brott. Vad som betonades var i stället att det i praktiken inte är möjligt att i det enskilda fallet i förväg bedöma effekterna av olika påföljder på ett sådant sätt som lagstiftningen verkade förutsätta.<sup>11</sup> Vad gäller den allmänna laglydnaden var det enligt straffrättskommittén inte ett enskilt avgörande utan en allmän praxis som kunde antas vara av betydelse. Allmänpreventionen torde enligt kommittén huvudsakligen verka genom lagens straffhot och en i anslutning därtill upprätthållen fast och konsekvent praxis som visar att straffhotet inte är tomt.<sup>12</sup>

## 2.2 Straffets funktioner

Med hjälp av olika straffteorier har man länge försökt ge svar på varför man straffar den som begått en handling som är ogillad av rättsordningen. Alla teorier är omdiskuterade och det finns väl ingen som är oemotsagd. Man kan skilja på absoluta och relativa straffteorier, där de absoluta teorierna pekar på straffet som en nödvändig följd på brottet utan att för den sakens skull göra anspråk på att förändra brottslingen. Den vanligaste absoluta teorin är vedergällningsteorin. De relativa teorierna däremot ser straffet som ett medel för att uppnå

---

<sup>9</sup> Kungl. Maj:t:s proposition nr 10 år 1962 s C 52.

<sup>10</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 25.

<sup>11</sup> 1 kap. 7 § BrB, vid val av påföljd, skulle vid iakttagande av vad som krävdes för att upprätthålla allmän laglydnad, fästas särskilt avseende vid att påföljden skulle vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället.

<sup>12</sup> Prop 1987/88:120 s 32.

sociala ändamål, nämligen att bekämpa och förhindra brottslighet. Dessa teorier kallas också för preventionsteorier.<sup>13</sup>

### 2.2.1 Vedergällning

Den mest kända och renodlade av de absoluta straffteorierna är den som pekar ut straffet såsom en rättvis vedergällning för brottet. Detta betraktelsesätt har så långt man kan följa samhällsutvecklingen bakåt i tiden kommit till uttryck i de straffrättsliga sanktionernas existens och utformning.<sup>14</sup> Denna uppfattning stöddes av Immanuel Kant<sup>15</sup> som menade att rättvisan måste upprätthållas för sin egen skull. Kant menade att vedergällning är det enda egentliga sättet att rättfärdiga bestraffning av brottslingar. Ett samhälle kan endast bestå om onda gärningar bestraffas.

”Judicial punishment can never be used merely as means to promote some other good for the criminal himself or for civil society, but instead it must in all cases be imposed on him only on the ground that he has committed a crime... He must first be found to be deserving of punishment before any consideration is given to the utility of this punishment for himself or for his fellow citizens”.<sup>16</sup>

Vedergällningsteorier delas ofta in i två grupper, nämligen talionsprincipen och skuldprincipen. Den förra innebär att brottslingen skall tillfogas samma skada som han åstadkommit. Skuldprincipen fokuserar på den moraliska skulden brottslingen bär med sig efter det begångna brottet.<sup>17</sup> Vedergällning kan inte längre sägas vara ett legitimt motiv till den svenska straffrätten, man lagstiftar inte längre med motivet att brottet skall sonas genom att brottslingen tillfogas lidande. Straffrättens uppgift anges numera vara att skydda samhället från brottslighet – straffet försvaras som ett medel mot brott men är inte i sig ett självändamål. Det går emellertid inte att blunda för att de rättviseföreställningar som ligger bakom teorierna om vedergällning överlevt och finns kvar i allmänhetens rättsmedvetande.<sup>18</sup>

### 2.2.2 Individualprevention

De individualpreventiva teorierna har varit av större betydelse för nutida straffrätt och kriminalpolitik. Individualprevention innebär att man försöker avhålla en individ som begått

<sup>13</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 11.

<sup>14</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 12.

<sup>15</sup> Tysk professor och filosof samt grundare av den kritiska filosofin. (1724-1804).

<sup>16</sup> Kant, *Die Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Översättning: Perry, *The role of retributive justice in the common law of torts: a descriptive theory*.

<sup>17</sup> Mathiesen, *Kan fängelset försvaras?* s 52f.

<sup>18</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 13.

brott från att göra det igen. Straffet skall således verka förbättrande på brottslingen. Exempelvis kan man genom vård återanpassa brottslingen till samhället så att denne inte återfaller i brott. Individualprevention kan även innebära att man med exempelvis fängelsestraff försöker avskräcka individen från att på nytt försätta sig i samma situation. Även brottslingens oskadliggörande har framstått som individualpreventivt i vissa fall.<sup>19</sup>

### 2.2.3 Allmänprevention

Allmänprevention innebär att straffet genom dess avskräckande effekt hindrar andra människor än den straffade själv från att begå brott. Det är svårt att säga hur stor del risken för straff har i att avhålla oss människor från att begå brott. Man kan tänka sig att ett eventuellt straff kan verka avhållande i de fall som föregås av reflektion över nytta och risk. Exempelvis kan den som kör alltför fort reflektera över kostnaden för varje km/h som han överskrider den tillåtna hastigheten utifall att en polis skulle stå runt hörnet. Vad gäller mer känslstyrda brott som inte föregås av rationella övervägningar är frågan hur stor den allmänpreventiva effekten kan vara.

Straffet kan även sägas ha en moralbildande funktion. Genom att kriminalisera vissa gärningar stämplas de som förkastliga, detta påverkar i sin tur medborgarnas rättsuppfattning och framkallar förhoppningsvis en känsla av plikt att leva i enlighet med lagarna. En väl införlivad lag påverkar och gör att medborgarna får en fördömande inställning till brotten, risken att ådra sig andra människors ogillande kan antas avskräcka den potentielle brottslingen.<sup>20</sup>

## 3 Skadestånd

Skadeståndsrätten räknas till familjen som kallas för civilrätt. Det är en del av juridiken som, till skillnad från straffrätten, inte har med den offentliga rätten att göra. Inom straffrätten regleras förhållandet mellan enskilda och det allmänna (staten) medan civilrätten rör förhållandet direkt mellan enskilda personer.

### 3.1 Den historiska utvecklingen

Om vi går så långt tillbaka som till medeltiden, återfinns skadeståndet i form av en bot. Vid vissa ogillade gärningar utgick boten som kan ses som ett mellanting av skadestånd och straff. Boten fördelades mellan konungen, häradet eller staden och målsäganden. Vid 1734 års

---

<sup>19</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 15f.

<sup>20</sup> Agge, Thornstedt, *Straffrättens allmänna del*, s 14.

lagstiftning kvarstod boten, men nu fanns fler inslag av rena skadestånd som inte hade med boten att göra. Först i mitten av 1800-talet, under en reform av straffrätten avskaffades boten och skadeståndet blev något helt självständigt. Synen på skadeståndet som en reaktion mot en begången orätt fanns emellertid kvar. Culparegeln blev den viktigaste principen för ersättning av person- och sakskada, vilket innebar att skyldigheten att betala skadestånd drabbade den ansvarige på samma sätt som straffet. Fokus låg på den individ som handlat fel och skadeståndet skulle verka avskräckande på presumtiva skadegörare. Allmänna skadeståndsrättsliga regler infördes i 1864 års strafflag.<sup>21</sup>

En person som reagerade mot att skadeståndsrätten skulle bygga på en princip om skuld var Vilhelm Lundstedt, juris professor i Uppsala från 1914 och en av de främsta juristerna inom Uppsalaskolan. I 1920-talets Norden fördes diskussioner om rätten med en realistisk syn. Lundstedt skydde alla tecken på värdeyttringar i skadeståndsrätten och menade att fördelning av skuld och försök att uppbåda rättvisa inte hörde hemma i rätten, det var bara subjektiva känslouttryck. Skadeståndet skulle användas för att åstadkomma vissa effekter, menade Lundstedt och preventionen var den allra viktigaste.<sup>22</sup>

Från 1950-talet kom det svenska välfärdssystemet att byggas ut och med detta följde trygghetssystemen under 1960-70-talen. Under perioden hamnade den skadelidande i fokus för ökat intresse. Preventionstanken tonades ned och tyngden lades vid att reparera den uppkomna skadan.<sup>23</sup>

Än i dag bygger skadeståndslagen i väsentliga delar på den gamla strafflagen. Den nu gällande civilrättsliga lagstiftning som skadeståndslagen utgör trädde i kraft först 1972, fortfarande med strafflagens sjätte kapitel som grund. Att den gamla strafflagen förblev en grund för skadeståndsrätten innebar emellertid inte att utvecklingen stod stilla. Fram till 1972 hade ett stort antal nya lagar införts, exempelvis skärptes ansvaret för skador orsakade av olika kommunikationsmedel såsom för järnvägar, bilar och flygplan. Till större del höll man dock fast vid culpabedömningen även på dessa områden och regler om strikt ansvar var få. Man lagstiftade också om samordning av skadestånd och försäkring.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 30f.

<sup>22</sup> Bladini, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*, Vänbok till E. S, 1996, s 55 – 64.

<sup>23</sup> Bladini, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*, Vänbok till E. S, 1996, s 55 – 64.

<sup>24</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 31ff.

### 3.2 Skadeståndslagens grundstenar

Skadeståndsrättens centrala bestämmelser återfinns i skadeståndslagen. Utöver denna lag finns speciallagstiftning som uppställer krav om strikt ansvar. Rekviriten för ansvar enligt skadeståndslagen är att den som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar personskada eller sakskada skall ersätta skadan, 2 kap. 1 § SkL.

För ansvar krävs att det culpösa handlandet har orsakat skadan och vid rent strikt ansvar förutsätts att den skadeståndsgrundande händelsen har orsakat skadan, det vill säga ett orsakssamband eller kausalitet som det brukar kallas. Vanligen används vid analyser av kausalitet begreppen tillräcklig betingelse och nödvändig betingelse. Att en händelse är en tillräcklig betingelse för en annan följande händelse är samma sak som att den första händelsen enligt naturens och samhällets ordning leder till den andra. Att en händelse är en nödvändig betingelse för den andra följande händelsen, innebär att den andra följande händelsen inte skulle ha inträffat utan den första.<sup>25</sup>

Vidare krävs för ansvar att *adekvat* kausalitet föreligger. Att kausaliteten är adekvat innebär att händelseförloppet var någorlunda normalt och påräkneligt. Det typiska exemplet är det med en kusk som är vårdslös och somnar när han kör sina passagerare. Han tar av på fel väg och när blixten slår ned träffas passagerarna och dör. Hade kusken inte så vårdslöst somnat hade han inte tagit fel väg och blixten skulle inte ha slagit ned och dödat passagerarna. Kuskens försummelse är därför en nödvändig betingelse för skada och även tillräcklig då den ena händelsen ledde till den andra. Däremot kan vi inte säga att adekvat kausalitet föreligger. Blixten kunde ju ha slagit ned var som helst och vi ålägger inte människor skadeståndsskyldighet på grund av slumpmässiga följder av vållande.<sup>26</sup>

### 3.3 Ideell skada

Ideella skadestånd skall ersätta sådant som egentligen inte kan prissättas. Det finns ingen allmän princip om att ideell skada skall ersättas, tvärtom har man förutsatt att det krävs stöd i lag för att kunna begära ersättning för en sådan skada. Vid personskador av olika slag följer ofta olika typer av ideella skador. Ersättning för fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur, sveda och värk, utgår under den akuta sjukdomstiden.<sup>27</sup> Ersättningsposten tar inte endast sikte på lidandet som skadan i sig innebär, utan även på det lidande som uppstår vid

<sup>25</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 196f.

<sup>26</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 202ff.

<sup>27</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 390ff.

vård och ibland även den oro och ängslan som uppstått i samband med skadan. Ersättning för lyte eller annat stadigvarande men avser att kompensera bestående följder av personskada som exempelvis vanställande skador, ärr, förlorade kroppsdelar, hälta och liknande.<sup>28</sup> Vidare finns en ersättningspost som kallas för särskilda olägenheter som kan ersätta en ökad anspänning i såväl arbete som vardag.<sup>29</sup>

För att bestämma storlek på ersättning för sveda och värk, lyte och annat stadigvarande men och för särskilda olägenheter används en tabell som upprättats av Trafikskadenämnden.<sup>30</sup> Tabellen anger schablonsummor varför utrymme saknas för större hänsyn till subjektiva upplevelser. Domstolarna är inte bundna av tabellen men den tillmäts stor betydelse. För att bestämma ersättning för sveda och värk föreskriver tabellen ett månatligt grundbelopp vars storlek varierar beroende av vårdtyp, skadetyper och behandlingens längd. Vid ersättning för lyte och annat stadigvarande men skall i vissa fall den medicinska invaliditetsgraden, beräknad i procent, anges. När skadan består av ett vanprydande ärr varierar beloppet beroende av var på kroppen det sitter. En yngre människa får ett högre belopp, då denna kommer att få dras med sitt lyte eller men under en stor del av sitt liv. Ersättning för särskilda olägenheter utgår endast om olägenheterna är särskilt allvarliga och endast om de inte kan anses ersätta genom lyte och annat stadigvarande men. Ersättningen fastställs till ett årligt belopp som kapitaliseras med hjälp av en faktor som beror av den skadelidandes ålder vid skadetillfället.

Ännu en form av ideell ersättning är den för kränkning. Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som inbegriper ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall betala skadestånd för denna kränkning, 2 kap. 3 § SkL. Det behöver inte ha uppstått en personskada i form av sjukdomsliknande tillstånd, men den som yrkar ersättning skall vara särskilt berörd av brottet.<sup>31</sup>

## 3.4 Skadeståndets funktioner

### 3.4.1 Prevention

En svårbedömd och mycket omdiskuterad funktion av skadeståndet är dess preventiva funktion, det vill säga en verkan att förhindra de skador som ger upphov till

<sup>28</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 397.

<sup>29</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 399f.

<sup>30</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 391ff.

<sup>31</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 79ff. / Närmre genomgång av kränkingsersättning följer i 9.1.

ersättningsanspråk.<sup>32</sup> Detta skulle kunna yttra sig genom en individualpreventiv effekt, det vill säga att den som en gång tvingats betala skadestånd, agerar mer aktsamt i framtiden för att slippa krav igen. En allmänpreventiv effekt skulle innebära att folk i allmänhet av rädsla för att tvingas betala ett skadestånd undviker handlande som medför ett sådant ansvar.

Skadeståndets preventiva effekt har ofta varit föremål för diskussion. Lundstedt var, som ovan nämnt, en stark förespråkare för denna funktion. Svårigheten ligger i att bevisa att skadeståndet i realiteten har en preventiv effekt. Det finns fler reaktioner i samhället som uppmuntrar till försiktighet. Utöver straffet finns skadeförebyggande verksamhet, upplysning om vilka skador man riskerar orsaka och naturligtvis, även risken att själv skadas. Ännu en faktor som behöver vägas in är att envars skadeståndsskyldighet numera betalas till stor del utav ansvarsförsäkringar. Risken att själv behöva betala ett stort skadestånd är således inte särskilt stor, vilket eventuellt kan medföra en minskad preventiv verkan.<sup>33</sup>

Det finns något som kommit att kallas för ekonomisk prevention, vilket är ett antagande om att skadestandsreglerna skapar ett ekonomiskt incitament att undvika skada. Trafikförsäkringen kostar mer för ett mer riskabelt motorfordon, vilket kan göra att fler väljer bort exempelvis motorcykeln och på så sätt har det ekonomiska incitamentet minskat risken för skada. Å andra sidan kan alltför höga premier till trafikförsäkringen för motorcyklar leda till att man helt sonika köper en motorcykel men struntar i försäkringen. Den ekonomiska preventionen kan användas även i tidigare led. Om skadeståndsskyldigheten för bilskador till viss del läggs på tillverkare av bilar eller om trafikförsäkringspremien är lägre för säkrare bilar, kan detta förmå tillverkarna att av ekonomiska skäl bygga säkrare bilar.<sup>34</sup>

### 3.4.2 Reparation

En effekt som är klart påvisbar är reparationen av den ekonomiska skada som uppkommit. Man brukar säga att skadeståndet skall försätta den skadelidande i samma situation som om skadan inte inträffat. Det som går att ersätta är naturligt nog den ekonomiska skadan. Ett enkelt exempel är att du blir misshandlad med läkemedelskostnader och minskade arbetsintäkter som följd. Reparationen består av att du skall få åter varenda krona som du lagt på läkemedel och varenda krona du hade tjänat in om du varit på ditt arbete. Att just

---

<sup>32</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 42 ff.

<sup>33</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 42 ff.

<sup>34</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 45.

skadeståndet ersätter uppkommen skada får numera ses som ett undantag. Oftast är det försäkringar och socialförsäkringen som står för tryggheten.

Ersättningen för ideella skador kompenserar naturligt nog inte en ekonomisk förlust. Skadeståndet kompenserar istället för lidande och känslor av obehag. Kränkingsersättningen skall även fungera som en slags upprättelse för offret.

## 4 Försäkring

### 4.1 Den historiska utvecklingen

Långt innan skadeståndslagen skulle komma att träda i kraft hade försäkringslösningar brett ut sig i Sverige. Brandstod, ersättning för liden brandskada, är en gammal institution i Sverige, om vilken stadgades redan under landskapslagarnas tid. Det var en försäkring som innebar att varje hemmansägare inom ett härad skulle ge ersättning till den som drabbats av brandskada inom häradet. Mot slutet av 1600-talet införde Karl XI en nyordning. Den strikta häradsgemenskapen bröts, vid större brandskador skulle inkasseringen nu kunna utsträckas till andra härad. Man började bilda brandstodsföreningar över hela landet som var en sorts brandförsäkringsbolag.<sup>35</sup>

I Sverige, liksom i andra länder, fick försäkringsverksamheten en skjuts med industrialismens genombrott och i januari 1855 skrev konung Oscar I under koncessionen för Sveriges första livförsäkringsaktiebolag, Skandia.<sup>36</sup>

I 1927 års lag om försäkringsavtal fanns bestämmelser om försäkringsgivares regressrätt och om skadelidandes rätt till ersättning ur den skadeståndsskyldiges ansvarsförsäkring. Ansvarsförsäkring för privatpersoner, företag och kommuner utvecklades redan under 1800-talet, den tidigaste formen av ansvarsförsäkring skulle täcka den eventuella skadeståndsskyldighet som en redare kunde ådra sig vid en kollision med ett annat fartyg.<sup>37</sup>

Under 1970- och 80-talen infördes så kallade ”no-fault-försäkringar” i olika former som skulle medge ersättning oberoende av vållande. Denna konstruktion används exempelvis i trafikförsäkringen och ersättningen kallas trafikskadeersättning. ”No-fault-försäkringar” har

---

<sup>35</sup> [http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page\\_\\_\\_313.aspx?epslanguage=SV](http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page___313.aspx?epslanguage=SV)

<sup>36</sup> [http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page\\_\\_\\_313.aspx?epslanguage=SV](http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page___313.aspx?epslanguage=SV)

<sup>37</sup> Hellner & Radtetzki, *Skadeståndsrätt*, s 34.



införts även utan stöd av lag, genom privata överenskommelser. Ett exempel på detta är TFA som tecknas av arbetsgivare och som skall täcka olycksfall och andra skador i arbetet. Ersättning utgår även här oberoende av vållande. Ännu ett exempel är patientskadeförsäkringen som skall tecknas av vårdgivare, såväl offentliga som privata.<sup>38</sup> Ersättning utgår till de personer som lider skada under medicinsk behandling.<sup>39</sup> Vid bestämmelsernas tillkomst har man inte som för culpaansvaret koncentrerat sig på vem som bär skulden utan fokus ligger på vem som skall bära risken för en viss verksamhet.

### 4.3 Försäkringens funktioner

#### 4.3.1 Reparation

Utvecklingen av försäkringsrätten har tvingat fram ett nytt synsätt på skadeståndsrätten. En ansvarsförsäkring tecknas av den som kan bli skadeståndsskyldig och skyddar således denne från eventuella anspråk. Försäkringen ökar dessutom den skadelidandes möjlighet att få ersättning - utan försäkringar blir rätten till skadestånd endast en rätt i teorin om den skadeståndsskyldige inte har förmåga att själv betala ersättningen. Försäkringen tillgodoser på så sätt skadeståndets reparativa funktion. Det skall dock nämnas att funktionen inte i alla fall uppfylls. I försäkringarna finns begränsande klausuler som utesluter eller skär bort ersättning vid vissa typer av skador. Uppsåt, grov vårdslöshet och underlåtan att iaktta säkerhetsföreskrifter är exempel på beteenden som kan begränsa utbetalning enligt försäkringsvillkoren.<sup>40</sup>

Kontraheringsplikten i försäkringsavtalslagen ser till att varje individ har möjlighet att skaffa sig den trygghet som konsumentförsäkringar erbjuder. Kontraheringsplikten innebär att försäkringsbolag inte får vägra en kund att teckna en konsumentförsäkring av det slag som försäkringsbolaget vanligen tillhandahåller allmänheten. Försäkring kan förvägras endast om särskilda skäl för detta föreligger, exempelvis att risken för att försäkringsfall skall inträffa är avvikande hög eller att risken för stora skador är hög. Risken skall i normala fall avspeglas i försäkringsbolagets premiesättning.<sup>41</sup>

#### 4.3.2 Pulverisering av kostnader

Ersättningen till den skadelidande resulterar i en förlust hos den skadeståndsskyldige. Med dagens system där de flesta skador täcks av försäkringar, förflyttas förlusten till

---

<sup>38</sup> Se 12 § Patientskadelagen.

<sup>39</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 35ff.

<sup>40</sup> Se 4 kap. FAL för begränsningar i försäkringsbolagets ansvar.

<sup>41</sup> Se 3 kap. 1 § FAL.

försäkringsbolaget, vars kostnader fördelas på ett försäkringskollektiv. Det går till på så vis att för att erhålla försäkringsskydd betalas av varje enskild försäkringstagare en premie, dessa finansierar i sin tur systemet. I de fall försäkringsbolaget har möjlighet att regressvis återkräva utgiven ersättning av skadevällaren, upphör den pulvriserande effekten. Även i de fall då det finns en maximisumma för ansvaret hos försäkringsbolaget, uteblir den pulvriserande effekten för det belopp som överskrider maximinivån.

## 5 Socialförsäkring

Personskador kan föra med sig såväl sociala som ekonomiska konsekvenser och av denna anledning finns det flera samverkande system för att återställa den skadelidandes inkomstläge. Främst ersätts personskador av den allmänna obligatoriska försäkringen. Skadeståndet kan fylla ut de luckor som inte täcks genom detta system. Genom socialförsäkringslagen konstateras tillhörigheten till det svenska systemet, genom bosättning eller arbete i landet.<sup>42</sup> Väl inkluderad i skyddssystemet har man en grundförsäkring genom lagen om allmän försäkring, AFL. Vid en eventuell skada utgår till arbetstagare, 80 % av den lön man tjänar och beskattas för. Utan förvärvsinkomst finns också ett grundskydd.

När skadestånd för inkomstförlust eller förlust av underhåll skall bestämmas, avräknas sådan ersättning som den skadelidande erhåller från obligatorisk försäkring enligt lagen om allmän försäkring eller lag om arbetsskadeförsäkring. Även pension, annan periodisk ersättning och sjuklön avräknas om detta betalas av en arbetsgivare eller på grund av en försäkring som är en anställningsförmån, 5 kap. 3 § SkL. Denna avräkning görs för att hindra en överkompensation av den skadelidande, men också för att lindra ersättningsskyldigheten för den skadeståndsskyldiga personen.<sup>43</sup>

Ersättning från den allmänna försäkringen kan inte krävas åter. Oavsett betalningsförmåga hos skadegörande part stannar förlusten på staten och på skattebetalarna.

## 6 Ersättningsrätt

Ovan har flera olika vägar till ersättning presenterats, nämligen genom skadestånd, försäkring och socialförsäkring. Skadeståndslagen anger det lagstadgade ansvaret att ersätta skador,

---

<sup>42</sup> Observera att EG-rättsliga förordningar och andra internationella överenskommelser måste beaktas för utländska arbetare i landet, exempelvis rfo 1408/71.

<sup>43</sup> Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s 388.

medan försäkringar är grundade på försäkringsavtalens villkor. Socialförsäkringen är vårt lagstadgade grundskydd vid personskador.

Ersättningsrätt kallas det system av regler som ger ersättning till en skadelidande. Här ingår såväl skadeståndsrätten, försäkringsrätten och socialförsäkringsrätten. Eftersom ersättningsrättens syfte är att den skadelidande skall få ersättning för sin skada och inte endast fastslår en sådan rätt har skadeståndet som ersättningsform fått en underordnad betydelse. För den praktiska utbetalningen av skadeståndet spelar försäkringar desto större roll. Det är den reparativa funktionen som dominerar med inslag av ekonomisk prevention. Detta inslag av prevention tillmäts liten vikt i den svenska ersättningsrätten, endast i undantag kanaliseras skadekostnaderna tillbaka till skadevällaren, eller någon annan utöver försäkringsbolaget, som ur en preventiv synvinkel framstår som lämplig kostnadsbärare.

Ersättningsrätten har ett stort inslag av obligatorisk försäkring, vilket är naturligt i det system vi skapat där skadelidandes behov står i centrum. De viktigaste är socialförsäkringarna, den allmänna försäkringen och arbetsskadeförsäkringen. Vidare har vi i Sverige kollektivavtalsbaserade försäkringar som skall komplettera den trygghet som socialförsäkringarna ger.

## **7 Likheter och olikheter i straffrätt och skadeståndsrätt**

Med skadeståndsrättens rötter i den gamla strafflagen är det inte förvånande att det finns flera exempel på överensstämmelser mellan straffrättens och skadeståndsrättens allmänna läror. En huvudregel inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten är att det krävs en positiv handling för att skadeståndsskyldighet skall aktualiseras. Endast i undantagsfall kan en underlåtelse att handla medföra skadeståndsskyldighet. Principen kan jämföras med den som finns i straffrätten, enligt vilken man inte vill pålägga människor en allmän handlingsplikt. På samma sätt har man inom skadeståndsrätten begränsat ansvarsretsen.<sup>44</sup>

De subjektiva rekvisiten i skadeståndslagen är uppsåt och vårdslöshet, även kallat vållande eller culpa. Straffrätten ställer krav på samma rekvisit men med något andra begrepp, vilket kan förvilliga något. Vållande är i BrB liktydigt med oaktsamhet, vilket är samma sak som skadeståndslagens vårdslöshet. Vid uppsåtligt orsakad person- eller sakskada följer normalt

---

<sup>44</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 111f.

ett straff. Då blir utgångspunkten för den skadeståndsrättsliga bedömningen vanligen den samma som i straffrätten.<sup>45</sup>

Skadeståndsrätten skiljer sig från straffrätten på en viktig punkt. Inom skadeståndsrätten finns det strikta ansvaret som saknar motsvarighet i straffrätten. Inom skadeståndsrätten kan vidare både mentalsjuka och små barn under vissa förutsättningar bli ersättningsskyldiga.<sup>46</sup> Ännu en väsentlig punkt, som inte kan understrykas nog, skiljer de båda disciplinerna åt; straffrätten fokuserar på gärningsmannen och den brottsliga handlingen medan skadeståndsrätten fokuserar på den skadelidande och dennes skada. Det innebär att inom straffrätten avgör gärningens beskaffenhet vilket straff som skall utdelas. I skadeståndsrätten är det skadans storlek och inte culpans svårighetsgrad som avgör vad skadevållaren måste betala.

Skadeståndsskyldighet följer inte automatiskt med straffansvar. Straff följer exempelvis vid försök till brott även i fall då ingen skadats. Det finns även oaktsamhetsbrott som bestraffas i enlighet med straffrätten, men där ingen skada uppstått som utlöser skadeståndsansvar, exempelvis allmänfarlig vårdslöshet i 3 kap. 7 § BrB.<sup>47</sup> En allmän förutsättning för att skadeståndsskyldighet skall uppkomma är vidare att straffregeln skyddar ett skadeståndsintresse hos den som kräver ersättning – handlingen kan ju vara belagd med straff för att skydda något annat intresse än skadelidandes. Straff för smuggling medför exempelvis inte rätt för konkurrenter att begära skadestånd på grund av den ekonomiska förlust de lidit av att smugglaren kunnat sälja sina varor till särskilt lågt pris.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 127f.

<sup>46</sup> För barn upp till 4-års ålder inträder skadeståndsskyldighet förutsatt att barnet har en ansvarsförsäkring.

<sup>47</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 196.

<sup>48</sup> Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, s 86.

## II

### 8 Alternativa synsätt

Ovan har jag föresatt mig att beskriva den svenska rätten eller i alla fall att återge den bild av ersättningsrätten som läroböckerna ger med reparationen som huvuddrag. Reparationen ifrågasätts inte, debatten rör förekomsten av straffrättsliga influenser såsom prevention och vedergällning. Nedan återges resonemang som förts om prevention av skandinaviska jurister. Vidare introduceras vedergällning så som den kan se ut i amerikansk skadeståndsrätt.

#### 8.1 Mer om prevention

Carl Martin Roos, professor i försäkringsrätt vid Stockholms universitet, hänför de olika åsikter som finns om prevention till tre skolor, som var och en har olika infallsvinklar. Han lyfter fram en rättsideologisk, en ekonomisk och en sociologisk skola.<sup>49</sup>

Den rättsideologiska skolan framhåller att om lagen ändras, så ändras också människors beteenden, vi anpassar vårt beteende på moraliska grunder för att undvika kollision med lagens påföljder. Man säger att lagen har en moralbildande verkan. Roos menar att denna skola inte grundas på iakttagelser av verkligheten utan på spekulationer, ett sätt att arbeta som var typiskt för rättsvetenskapsmän av den äldre skolan. Roos menar att detta resonemang ger upphov till frågetecken. Exempelvis förutsätter resonemanget att personen i färd att vidta en handling har information om lagens innehåll. Vidare förutsätts att lagen är effektiv så att lagstridiga handlingar upptäcks och beivras. Ännu en tveksamhet är att försäkringsbolag i allt större utsträckning bär skadeståndsansvaret varför den som handlat allt som oftast inte tyngs av detta mer än av en självrisk. Vidare förutsätter, enligt Roos, resonemanget att folk från olika sociala grupper handlar likartat.<sup>50</sup>

Det bakomliggande resonemanget till den ekonomiska skolan är att om en skada innebär en kostnad men ingen motsvarande intäkt kommer den som har att ta till vara sin ekonomi att försöka förebygga skadan. Den som får ansvara för en kostnad förutspås anpassa sitt handlande för att minimera framtida förluster. Det rör sig således om en ekonomisk avskräckning.

Den sociologiska skolan är, menar Roos inte särskilt väl utvecklad men är ett resultat av främst kriminologiska forskningsinsatser, som företrädesvis fokuserat på straffets och inte

---

<sup>49</sup> Roos, *Ersättningsrätt och ersättningssystem*, s 46f.

<sup>50</sup> Enligt min mening är Roos alldeles för kritisk till lagens påverkan på människor.

skadeståndets allmänpreventiva funktioner. Det är oklart om teorierna kan överföras direkt till skadeståndsrätten. I korthet så menar man att på lång sikt påverkas normbildningen av straffsatser men att avhållande kortsiktiga effekter varierar åtskilligt beroende av brottstyp, situation och målgrupp.

### 8.1.1 Skandinaviska idéer

Erland Strömbäck jämför i en artikel olika tankar om prevention och kompensation, han kallar kort och gott anhängare av preventionstanken för preventionister och de som menar att skadeståndsrätten enbart har en kompenserande funktion för pragmatiker.<sup>51</sup>

Enligt Strömbäck är det Jan Hellner som lagt grunden till den inställning till skadeståndsrätten som varit rådande i Sverige de senaste decennierna; att kompensationen är dess främsta syfte och att prevention är av underordnad betydelse. Redan 1967 utvecklade Hellner i en artikel i Svensk Juristtidning sin syn på kombinationen av skadestånd och försäkring.<sup>52</sup> Han påvisade här försäkringens pulvriserande effekt som får skadeståndsrätten att fungera som en rationell ersättningskälla. Hellner förkastar inte teorier om prevention men menar att en eventuell preventiv funktion är alltför osäker för att grunda ett ersättningssystem kring. Han framhåller också svårigheten att empiriskt fastställa skadeståndsreglernas preventiva effekt.

En motpol till Hellner är dansken Henrik Lando som applicerat ekonomisk teori på skadeståndsrätten i ett försök att bryta den skepsis mot preventionstanken som så länge präglat den skandinaviska skadeståndsrätten. I Tidsskrift for Rettsvitenskap skriver Lando att skadeståndets uppgift, enligt ett ekonomiskt betraktelsesätt, är att minimera de totala kostnaderna. Han menar att den svenska modellen visar brister i ekonomisk effektivitet.<sup>53</sup>

Lando ställer sig frågan att om skadeståndsrättens enda syfte är att kompensera skadelidande och prevention inte är en variabel att räkna med, varför bibehåller vi då ett krav på kausalitet? Varför inte göra som i Nya Zeeland och utvidga socialförsäkringen och ge alla skadelidande samma möjlighet till ersättning? Den person som ramlar i badkaret och skadar sig är ju i lika stort behov av kompensation som den som skadats i trafiken. (Det välkända badkarsargumentet). Samtidigt skulle man spara in på administrativa kostnader för att fastställa kausalitet.

---

<sup>51</sup> Strömbäck, *Internationella strömningar inom skadeståndsrätten - kompensation eller prevention?* från det 35:e nordiska juristmötet i Oslo 18-20 aug 1999.

<sup>52</sup> Hellner, *Skadeståndsrättens reformering*, SvJT 1967 s 673.

<sup>53</sup> Lando, *Tort Law From the Perspective of Economic Theory*, s 919ff, Tfr 5/97.

Lando söker en ordning där preventionen kommer till sin rätt, samtidigt som man åstadkommer en lämplig riskallokering. I det optimala systemet, menar Lando, betalar skadevållaren en stor summa vid vållande av personskada för att upprätthålla en avskräckande effekt. Därav får den skadelidande en del som tackning för sin ekonomiska förlust. Resten går till staten som en skatt på olyckor. Med det här systemet får skadelidande den summa som han erhåller i det befintliga systemet medan skadevållaren får betala mer. Om offret dör utan några efterlevande, får skadevållaren ändå betala en summa till staten i så kallad olycksskatt, där beloppet skall återspegla värdet i pengar av den nytthet som gått förlorad genom olyckan. På så sätt skall incitament skapas. I de fall som den skadelidande själv har medverkat till skadan skall skatten sänkas, för att behålla incitamentet på skadelidarsidan men även för att undvika en ”överprevention” i förhållande till skadevållaren.

Hellner och Lando är således oense om hur ersättningssystemet bör utformas. Hellner menar att Lando sätter alltför stor tilltro till rättsekonomiska idéer och pekar på att prevention mer sannolikt uppnås genom andra metoder såsom myndigheters föreskrifter och försäkringsanordningar. Härtill kommer allmänhetens reaktioner, understödda av mediernas uppmärksamhet.<sup>54</sup>

## 8.2 Om bestraffande skadestånd

Ett bestraffande skadestånd motiveras av föresatser förekommande inom straffrätten såsom att vara avskräckande och vedergällande. Det vanligaste exemplet är USA:s så kallade punitive damages. Det finns även varianter som influerats av ekonomisk teori. Flera skäl har angetts till varför svensk rätt inte erkänner den typ av bestraffande skadestånd som skall presenteras nedan, exempelvis kommer den skadelidande som vinner ett mål om punitive damages att tjäna stort på sin skada. Detta överensstämmer inte med svensk rätts syn på obehörig vinst och skadeståndsrätten får dessutom ett stort inslag av lotteri.

### 8.2.1 Rättsekonomisk teori om bestraffande skadestånd

Jurister har väl aldrig varit glada i att fördjupa sig i matematiska frågor men inom skadeståndsrätten finns onekligen anledning att utforska hur ekonomisk teori kan tillämpas inom juridiken. I en introducerande bok till rättsekonomi beskrivs hur man skulle kunna

---

<sup>54</sup> Hellner och Lando har replikerat varandras artiklar i ämnet. De aktuella artiklarna är TfR 5/97 s 919ff, TfR 3/98 s 357ff, TfR 5/98 s 958ff och TfR 99 s 190.

använda sig av ett bestraffande skadestånd.<sup>55</sup> Ett skadeståndsansvar innebär i det fall skadevållaren krävs på ersättning att kostnaderna internaliseras, kostnaden flyttar från skadelidande till skadevållaren. Författarna till boken menar att i verkliga livet kräver inte alla det skadestånd som de har rätt till, ofta på grund av okunskap. Det kan också röra sig om så små belopp att man bedömer att nyttan inte är värd besväret. Detta innebär att de kostnader som dessa personer drabbats av förblir externa, trots skadeståndsansvaret kommer vissa kostnader inte att internaliseras i exempelvis en skadegörande verksamhet.

Ett sätt att hantera detta är att rättsordningen utdömer ett bestraffande skadestånd. Den person som gör sig besväret att gå till domstol och utkräva sin rätt tilldöms då en ersättning som överskrider den faktiska skadan. Personen i fråga får även ersättning som motsvarar den skada som andra lidit men inte utkrävt ansvar för. Säg att en verksamhet årligen ger upphov till 100 olyckor där varje olycka medför en skada om 1000 kronor. Skadekostnaderna blir då 100 000 kronor per år. Om endast 10 personer av de 100 som skadats kräver ersättning, internaliseras endast 10 000 kronor av skadekostnaderna och 90 000 kronor lämnas därhän. Om de tio personer som kräver sin ersättning får sina 1000 kronor för uppkommen skada plus 9000 kronor i tillägg för straffskadeståndet blir skadevållarens utgifter för skadestånd lika stora som de verkliga skadekostnaderna. Då är den externa kostnaden undanröjd.<sup>56</sup>

### 8.2.2 Rättviseorienterad teori om bestraffande skadestånd

Ett bestraffande skadestånd hör inte till vanligheten i USA. Det är emellertid inte ett lika "tabubelagt" ämne som i den svenska rätten. Ett så kallat punitive damage eller straffskadestånd fokuserar, tvärt emot sedvanligt skadestånd, inte på den skadelidande personen och dennes skada utan skall förmå skadegöraren och andra att avhålla sig från att vidta de gärningar som lett till skadeståndsskyldigheten. Det bestraffande skadeståndet kan utgå i fall då man anser att det typiska skadeståndet, som ersätter den ekonomiska skadan som uppstått, inte är tillräckligt. Eftersom den skadelidande i dessa fall ersätts med råge, utgår detta bestraffande skadestånd endast i särskilda fall då skadevållarens handling varit särskilt förkastlig, exempelvis vid ett medvetet risktagande. Det kan också motiveras med att det vore obilligt om en skadevållare gjorde en vinst som var större än skadeståndet till den skadelidande.

---

<sup>55</sup> Dahlman mfl, *Rättsekonomi – en introduktion*, s 123f.

<sup>56</sup> Dahlman mfl, *Rättsekonomi – en introduktion*, s 123f.



Dr Ronen Perry, amerikansk jurist och författare, visar hur amerikanska domstolar formulerat sig och ansluter sig till att det straffande skadeståndet skall vara just det, straffande. Han skriver att "compensatory damages" har målet att ersätta den konkreta förlust som den skadelidande haft på grund av skadevållarens handling. "Punitive damages" däremot har en bredare funktion; denna typ av ersättning tar sikte på att vara avskräckande och att fungera som vedergällning, med tyngdpunkt på vedergällning.<sup>57</sup>

Perry skriver att empiriska studier visar att juryn i amerikanska domstolar inte fattar sina beslut med tanken att uppnå maximal avskräckande effekt. Tvärtom vill man bestraffa personen ifråga för den skadevållande handling denne gjort sig skyldig till och i andra hand finns tanken att skadeståndet skall avhålla personen från handlingen nästa gång. Perry menar att empirin visar att vanliga människor inte spontant tänker i banor av bästa avskräckande effekt när en lämplig dom skall fastställas och att det till och med är mycket svårt att få dem att tänka så.<sup>58</sup>

Genom en rad domar från U.S. Supreme Court<sup>59</sup> har tre hjälpkriterier utkristalliserats för bedömningen av vilket belopp som är skäligt vid utdelande av ett straffande skadestånd<sup>60</sup>:

Det första kriteriet är "degree of reprehensibility" och innebär en bedömning av hur förkastlig gärningen varit, vilket det straffande skadeståndet skall avspegla. Vissa gärningar förtjänar således strängare straff än andra. Våldsamma brott förtjänar strängare bestraffning, liksom uppsåtligt svekfulla gärningar.

Det andra kriteriet är "ratio" där det straffande skadeståndet ställs mot det kompenserande. Här undersöks skäligheten i relationen mellan det straffande skadeståndet och den sannolika skadan av svarandens gärning tillsammans med skadelidandes faktiska skada.

Sista bedömningspunkten är "sanctions for comparable conduct". Skäligheten i beloppet bedöms genom att jämföra civila och straffrättsliga sanktioner för liknande gärningar.

---

<sup>57</sup> Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, TLR Vol. 73, 2006.

<sup>58</sup> Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, TLR Vol. 73, 2006.

<sup>59</sup> USA:s högsta domstol.

<sup>60</sup> *BMW of N. Am., Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 (1996). Section II. / Leffler, *En översyn av det allmänna skadeståndet i Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter*, s 32.

Det 14:e tillägget till den amerikanska konstitutionens "Due Process Clause" skall förhindra att de bestraffande skadestånd som utdöms överskrider vad som är lämpligt. Tillägget förbjuder att skadegörare påförs straff som är "grossly excessive" i relation till legitima statliga intressen.

#### *8.2.2.1 Exempel på punitive damages*

Ett välkänt exempel från den amerikanska rätten där punitive damages blev aktuellt är det om kvinnan som spillde ut kaffe från Mc Donalds över sig och brännskadades. På grund av skadorna tvingades kvinnan genomgå flera operationer. När McDonalds vägrade betala hennes sjukvårdskostnader drevs fallet vidare i domstol. Under förhandlingarna visade det sig att kaffet var extremt varmt för att företaget på så sätt kunde utvinna några centiliter extra ur kaffebönorna. Personer i ledningen var också medvetna om att kunderna ibland bränt sig på kaffet och att temperaturen var så pass hög att dess konsumenter riskerade allvarliga brännskador. Trots denna vetskap, sänktes inte temperaturen, utan man fortsatte att riskera brännskador för att tjäna mer pengar på de extra centiliter de fick genom den höga värmen på kaffet. Detta var inte ett godtagbart beteende och ett punitive damage skulle bestraffa företaget för dess skamlösa prioriteringar. Kvinnans skadestånd beräknades utifrån en procentdel av McDonalds intäkter för kaffeförsäljning i delstaten i fråga under ett dygn. Det blev ett miljonbelopp, som emellertid överklagades och sänktes.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Schultz, *Berättelsen om Stella och andra myter om amerikansk skadeståndsrätt*, NFT 4/2007.

### III

#### 9 Ett civilrättsligt straff

Bland svenska jurister finns en utbredd uppfattning att det är en bred skiljelinje mellan straffrätten och skadeståndsrätten. Skadeståndsrättens ursprung till trots, utgår vi från synsättet att skadeståndsrätten skall kompensera den skadelidande för uppkommen skada, men vi överkompenserar inte och vi blandar inte in straffrättslig terminologi för att motivera ersättningsanspråken. Straffrätten står för fördömandet av gärningar och bestraffande av desamma. Den svenska modellen prioriterar reparationen och det finns ingen större tilltro till skadeståndets preventiva effekt.

Rätten är emellertid något levande och skadeståndsrätten har som framgått haft många olika former – från en straffrättslig bot till en rent ersättande ordning. Skadeståndsrätten spänner över så många områden att funktionernas genomslag naturligt nog varierar. De rättsområden som följer nedan är sådana där jag anser att den reparativa funktionen har fått lämna plats åt framför allt den preventiva funktionen, det vill säga att skadeståndet på ett eller annat sätt utformats med syftet att verka avskräckande. För diskrimineringsersättningen är preventionen inte endast en möjlig effekt av lagstiftningen utan dess huvudsyfte i enlighet med såväl EG-direktiv som svenska förarbeten. Vi ser prov på samma sak i lagen om civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område. Vad gäller kränkingsersättningen ställs skadeståndsrätten ”på huvudet”, rättsområdet har utvecklats på ett sätt som gör att vi till och med kan tala om en direkt vedergällande funktion.

##### 9.1 Skadestånd för kränkning

Sök på ordet kränkning i wikipedia och du får fram mängder av definitioner av begreppet såväl som synonymer till det. Det är ett väldigt fult ord som väcker starka känslor hos de flesta av oss. Läser man sin dagstidning så inser man också snabbt att det är ett mycket populärt ord och att människor känner sig kränkta av oändligt många saker. I Sverige kan den som blivit kränkt *genom brott* kräva ersättning, 2 kap. 3 § SkL. Det kan även den göra som utsatts för en diskriminerande handling, som anses kränka personen så som tillhörig av exempelvis en viss etnisk grupp. Annan lagstiftning som berättigar till ersättning för kränkning eller liknande handlingar är lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder som utöver ekonomisk skada föreskriver ersättning för lidande, 7 §. Enligt 48 § personuppgiftslagen (1998:204) kan ersättning krävas för kränkning av den personliga integriteten. Ersättning för lidande utgår även enligt 21 § kreditupplysningslagen

(1973:1173) i de fall otillbörligt intrång gjorts i någons personliga integritet. Listan kan göras lång, vilket visar att den ideella ersättningen, inte är så ovanlig i Sverige som ibland görs gällande.

#### 9.1.1 Kränkning enligt 2 kap. 3 § SkL

Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall ersätta den skada som kränkningen innebär, 2 kap. 3 § SkL. Det fordras inte att en fysisk eller psykisk skada uppkommit och inte heller att en gärningsman dömts till straff för brottet. Med angrepp mot någons *person* menas exempelvis misshandel, mordförsök, andra brott förenade med våld och under vissa förhållanden även mera allvarligt vållande till kroppsskada. Angrepp mot någons *frihet* avser ett angrepp mot rörelse- eller handlingsfrihet, såsom människorov, olaga frihetsberövande, försättande i nödläge, olaga tvång, rån och utpressning. Angrepp mot någons *frid* är ett intrång i den enskildes rätt att vara i fred och att kunna hålla sitt privatliv för sig själv. Exempel på angrepp är olaga hot, hemfridsbrott, ofredande, brytande av post- och brevhemlighet, intrång av förvar, olovlig avlyssning, överträdelse av besöksförbud som är ägnat att oroa den skyddade samt somliga förmögenhetsbrott med mycket hänsynslösa och kränkande inslag, som en grov stöld i bostad som vandaliserats. Även framkallande av fara för annan om den konkreta faran riktades mot en särskilt utvald person. Angrepp mot *äran* avser främst ärekränkingsbrott, här i inbegripet mened med uppsåt att skada oskyldig, falskt eller obefogat åtal, falsk eller obefogad angivelse samt falsk eller vårdslös tillvitelse. Även hets mot folkgrupp och olaga diskriminering hör hit om det innebär ärekränkning av enskild person. Vissa fall av förtal av avliden och tjänstefel som innebär allvarlig kränkning av viss person kan falla under paragrafen.<sup>62</sup>

Kränkningens ersättning skall skiljas från ideell ersättning för sveda och värk. Sveda och värk är en följd av personskada som uppstår i form av fysiskt eller psykiskt lidande, exempelvis smärta under behandling, men även ångest, sömnsvårigheter och depressioner till följd av en skadeståndsgrundande handling. För denna typ av ersättning finns inget krav på att det skall ha uppstått till följd av en brottslig handling.<sup>63</sup>

I förarbetena till bestämmelsen om skadestånd för kränkning sägs följande:

---

<sup>62</sup> Karnov, författningskommentar till SkL 2 kap. 3 §.

<sup>63</sup> Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006, s 11f.

”Det ligger visserligen i sakens natur att själva kränkningen inte kan suddas ut genom ersättning i pengar. Ersättningen kan dock lindra verkningarna av kränkningen. Den kan bidra till att den skadelidande får upprättelse för den förnedrande och kränkande handlingen och därmed också bidra till att återställa självrespekten och självkänslan. Genom ersättningen kan den skadelidande t.ex. unna sig något extra och därigenom skingra tankarna på kränkningen och den olust och det obehag som han eller hon har åsamkats. Den som utsatts för mycket grova kränkningar kan få en möjlighet att genom ersättningen göra nödvändiga förändringar i sin livssituation.”<sup>64</sup>

Skadeståndet för kränkning bestäms genom en objektiv måttstock. Domstolens roll blir att, med ledning av 5 kap. 6 § SkL, se till vilken kränkning som typiskt sett kan anses uppkomma genom angreppet.<sup>65</sup> 5 kap. 6 § anger att skadeståndet bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Särskilt beaktas om handlingen haft förnedrande eller skändliga inslag, om den varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa, riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet, inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller om handlingen varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.<sup>66</sup>

Genom åren har ersättningen för kränkning successivt höjts. 1992 låg den normala kränkningersättningen till våldtäktsoffer på 40 000 kronor, 1999 hade summan nästan fördubblats och den normala ersättningen var 75 000 kronor. Ersättning till barn som utsatts för incest eller andra liknande sexuella övergrepp gick under samma period från 70 000 kronor till 100 000 kronor. I början av 1990-talet låg kränkningersättningen vid allvarliga våldsbrott på 15 000 kronor, varefter ersättningarna har höjts avsevärt. För mord respektive grov misshandel dömde HD under tidigt 90-tal ut runt 70 000 kronor. 1995 beslutade Brottsoffermyndigheten att mordförsök föranledde en ersättningsnivå om 100 000 kronor. När man omarbetade lagstiftningen år 2001 diskuterades om behov fanns att höja den ideella ersättningen vid kränkning, framför allt vid sexualbrott. Eftersom domstolarna i sina domar meddelat allt högre ersättning i kränkningfallen bedömde man att detta inte var nödvändigt.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Prop 2000/01:68 s 48.

<sup>65</sup> Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s 84.

<sup>66</sup> Karnov, författningskommentar till SkL 5 kap. 6 §.

<sup>67</sup> Prop 2000/01:68 s 54.

För det fall gärningsmannen inte har resurser nog att betala ett skadestånd, blir nästa steg att titta i brottsoffrets hemförsäkring, i vilken det vanligen ingår ett överfallsskydd. Genom detta skydd kan ersättning under vissa förutsättningar utgå upp till ett visst belopp. En begränsning i försäkringen är att den inte medger ersättning då gärningsmannen är medförsäkrad, exempelvis sambo eller äkta make. Gärningsmannens ansvarsförsäkring täcker inte uppsåtliga handlingar, varför denna försäkring aldrig blir aktuell. I de fall försäkringspengar inte utgår eller om de inte förslår blir nästa steg att vända sig till Brottsoffermyndigheten som efter en egen bedömning kan betala ut kränkingsersättning. Ersättningen kallas då för brottsskadeersättning. Myndigheten har sedan möjlighet att regressvis kräva pengarna åter av gärningsmannen. Möjligheten att erhålla brottsskadeersättning som ersättning från brottsoffermyndigheten kallas regleras i Brottskadelagen (1978:413).

Den brottsskadeersättning som utbetalas bestäms i enlighet med skadeståndslagen och skadeståndsrättslig praxis, brottsoffermyndigheten tar således inga egna samhällsekonomiska hänsyn. Däremot sätter Brottskadelagen ett tak för den statliga ersättningen; tjugo basbelopp för personskada och tio vad avser kränkning, sakskada och ren förmögenhetsskada. Vidare finns genom brottsskadelagen större möjligheter till jämkning då skadelidande anses ha medverkat till sina skador.<sup>68</sup>

### 9.1.2 Problematik kring skadestånd för kränkning

Kränkingsersättningen i 2 kap. 3 § SkL är intressant på grund av dess avvikelser från sedvanlig skadeståndsrätt. Jur. dr. Märten Schultz, forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law, kritiserar i en artikel i Svensk Jurist Tidning lagstiftningen för kränkingsersättning.<sup>69</sup> Han är inte kritisk till ideell ersättning som sådan men menar att kränkingsbegreppet så som det ser ut idag inte hör hemma inom skadeståndsrätten. Schultz riktar uppmärksamheten mot fem punkter, nämligen:

- Orsakskravet har fått ge vika i bestämmelser om kränkingsersättning,
- kränkingsersättningen avviker från skadeståndsrättsliga principer genom att fokusera på gärningen och inte skadan,
- oklart vad som ersätts,
- avsaknad av individuell bedömning,
- skönsmässiga beloppsbedömningar.

---

<sup>68</sup> Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006, s 5.

<sup>69</sup> Schultz, *Kritik mot kränkingsbegreppet*, SvJT 1/2008.

Jag har inte för avsikt att återge alla de resonemang som Schultz för, men han lyfter fram flera intressanta frågor som visar hur kränkingsersättningen genom såväl motiv som den praktiska tillämpningen skiljer sig från hur skadeståndsrättsliga bestämmelser vanligtvis är uppbyggda.

#### 9.1.2.1 Med fokus på gärningen

För att kunna kräva skadestånd måste en skada ha uppstått, det är en självklar grundtes i skadeståndsrätten. Så länge vi talar om en ekonomisk skada är det inga problem, den räknas lätt ut. Åsyftas en fysisk skada som medför kroppslig smärta eller kanske en förlorad kroppsdel är också skadan påtaglig även om ersättningsanspråket kan bli känsligare. När en människa utsatts för en handling som uppfattas som kränkande blir frågan desto svårare. Att en person mår dåligt efter att ha blivit utsatt för ett brott är i de flesta fall klart men att definiera var i skadan består är svårare. Man har fått ta till begrepp som att människovärdet har kränkts – lite luddigt men det fungerar med god vilja.

Schultz kritik av kränkingsbegreppet tar utgångspunkt i målet NJA 2007 s. 540. En liten flicka utnyttjades sexuellt medan hon sov och var således inte medveten om övergreppet. Hon tillerkändes skadestånd, inte på den grund att hon i framtiden kunde få reda på övergreppet, utan för att hon genom gärningen ändå var att betrakta som kränkt. Det är svårt att definiera var i skadan består när barnet saknar vetskap om brottet och inte kan må dåligt av det som hänt. Det känns moraliskt rätt och riktigt, men det man gör är att bortse från krav på en egentlig skada. Som en följd av detta blir det svårt att framhålla skadeståndets reparativa effekt. Eftersom flickan inte visste om övergreppet ger ersättningen knappast någon upprättelse. I praktiken blir det en böteslapp på en av rättsordningen ogillad handling, något som vi annars är vana vid att se i straffrätten men inte som ersättning inom skadeståndsrätten. Ju värre gärningen är straffrättsligt sett, desto högre blir ju skadeståndet. Schultz menar att bedömningen står i direkt strid med lagstiftningen som anger att den *skada* som kränkningen innebär skall ersättas. Vid avsaknad av klar definition var i skadan består och efter HD:s dom, till och med utan krav på egentlig skada, hamnar fokus av naturliga skäl på gärningen.<sup>70</sup>

För bestämmande av kränkingsersättningens nivå görs sedan ingen individuell prövning, ingen utredning krävs för att fastställa brottsoffrets individuella reaktion. Vid exempelvis

---

<sup>70</sup> Med den lagstiftning vi har skulle en annan lösning än den som företogs inte heller ha varit tillfredställande. Det skall inte på något sätt vara ekonomiskt fördelaktigt att våldta ett *sovande* barn. Å andra sidan kan det vara ekonomiskt gynnsamt (om än inte straffrättsligt) om ett misshandelsoffer dör istället för att denne överlever med massiva skador och stort vårdbehov.

ofredande som spottning i ansiktet utgår ersättning för kränkningen till en summa om cirka 5000 kronor. Vid en våldtäkt ligger ersättningen normalt på 75 000 kronor. Jag är övertygad om att det senare brottet har upplevts som mer kränkande, men utan vare sig en individuell bedömning eller en definierad skada åtskiljd från gärningen som förorsakat skadeståndet så bedömer domstolen i praktiken *gärningens* förkastlighet utan att beakta dess konsekvenser för brottsoffret.<sup>71</sup>

### 9.1.2.2 *Kompensation*

Ersättningen skall enligt motiven ge skadelidande en känsla av upprättelse, underlätta för skadelidande att skingra tankarna genom att unna sig något extra och ge skadelidande en möjlighet till förändring av livssituation. Hur förankras detta i skadeståndsrätten? Är det nyttigt för ett brottsoffer att ”skingra tankarna”? Ett trauma skall väl snarare bearbetas. Att kunna unna sig något extra antyder en överkompensation, främmande för skadeståndsrätten. Och vad innebär egentligen upprättelse, är det något man som brottsoffer erhåller genom pengar? Upprättelse är väl en inre känsla av att bli trodd och det torde vara något som erhålles då gärningsmannen döms för brottet. De flesta kränkningersättningar kommer från brottsoffermyndigheten som i de flesta fall inte lyckas återkräva summan av gärningsmannen. Det är svårt att finna upprättelse här i. Ersättningen blir ett plåster på såren men jag är skeptisk till om den egentligen gör så mycket mer. Tvärtom är risken stor att kränkningersättningen i många fall uppfattas som ännu en kränkning. Det är säkerligen svårt för någon som utsatts för ett våldsbrott att förstå varför domstolen sänkte skadeståndet eller varför det kanske till och med uteblev. I media har man kunnat läsa rubriker som ”hon var inte tillräckligt kränkt” om när Hovrätten sänkt ett redan rekordstort skadestånd. Med en ersättning som utgår från schabloner och en naturlig oförmåga att kunna bedöma värdet av övergreppet kan vi inte undgå att brottsoffren på nytt känner sig kränkta, denna gång av rättsväsendet. En utbredd okunskap om skadeståndsrättens grunder och principer gör att allmänheten, inbegripet media, är oförstående inför de problem som juristerna har att brottas med.

Användningen av schabloner har de fördelar att det blir en både snabbare och enklare skaderegleringsprocess. Detta är positivt för såväl försäkringsbolag och det allmänna som för den skadelidande själv. Ett system med schabloner innebär även att lika fall behandlas lika, det är ett ganska rättssäkert förfarande med andra ord. För självklart finns det många skador

---

<sup>71</sup> Viss möjlighet medges att beakta den enskildes egna upplevelser.



som påminner om varandra där ersättningen bör vara likartad. Schabloner fungerar väl vid personskador, två personer som båda förlorat ett ben kan lätt delas in i en kategori och ett två centimeter långt ärr i pannan kan onekligen värderas likvärdigt för två flickor i samma ålder men att schablonartat prissätta ärret i själen efter ett våldsbrott är en annan sak. Här väger schablonernas fördelar inte lika tungt.

### 9.1.3 straff och skadestånd

Den svenska skadeståndsrättens grundläggande funktion är reparation, vilket förutsätter att det finns en skada att reparera. För att skadeståndet för kränkning inte skall framstå som en anomali inom skadeståndsrätten har lagstiftaren vrängt på orden i ett försök att få kränkingsersättningens motiv att falla in under skadeståndsrättens reparativa funktion.

I förarbetena uttalar man sig om vad som är en skälig ersättning vid kränkning och jämför bland annat med USA. Man konstaterar dock att detta är en dålig jämförelse eftersom synen på skadeståndet är annorlunda i USA. Där ser man ersättningen för ideell skada inte bara som reparation eller upprättelse för den skadelidande utan också som ett slags privatböter för den skadeståndsskyldige, så kallade punitive damages. Därmed har skadeståndet i USA även ett repressivt syfte, i sig ägnat att påverka ersättningens storlek.<sup>72</sup>

Om vi drar oss till minne stycket om skadeståndets historiska utveckling, så härstammar det från straffrätten, mer bestämt från boten som utgick vid vissa ogillade gärningar. Eftersom det var en del av straffrätten, uppmärksammades inte skadelidandes personliga upplevelse, utan gärningens förkastlighet. Böter används även idag men inte inom skadeståndsrätten utan som en straffrättslig påföljd vilket innebär att du betalar en penningssumma. Kränkingsersättningen påvisar vissa uppenbara likheter. Den enda praktiska skillnaden tycks vara att ersättningen tillkommer skadelidande och inte offentlighetsrättsliga intressen.

#### 9.1.3.1 Prevention

I motiven till lagstiftningen nämns som sagt att till skillnad från USA så har det svenska skadeståndet ingen repressiv/avskräckande funktion. Denna anmärkning är diskutabel. De handlingar som genererar kränkingsersättning är antagligen inte sådana som föregås av ekonomiska överväganden varför ett högt skadestånd inte direkt avhåller potentiella skadevällare. Ett högt skadestånd skulle däremot kunna verka preventivt genom det tecken på

---

<sup>72</sup> Prop 2000/01:68 s 54.

ogillande som ett sådant demonstrerar. Ett skadestånd för kränkning på några hundratusen pekar jämte straffet ut handlingen som särskilt avskyvärd. Detta kan på sikt förändra människors inställning till en handling, göra den allt mer stigmatiserad och på så sätt göra att steget till att utföra den skadegörande handlingen blir svårare att ta. Prevention nämns inte i motiven till kränkingsersättningen, men kanske är detta ett av de områden där det på sikt får denna moralbildande verkan.

### 9.1.3.2 vedergällning

I takt med att brottsofferperspektivet blivit allt tydligare i rätten, har skadeståndet för kränkning pressats upp. Kanske har vi alla accepterat att straffrätten idag inte rymmer argument som ”ett öga för ett öga”. Allmänprevention och individualprevention i all ära men inombords vill vi ha någon sorts rättvisa. Kränkingsersättningen stärker brottsoffers rättigheter, men jag tror även att det talar till människors djupt rotade känsla av att den som gjort ont skall straffas. Att straffrätten inte tillgodoser denna känsla, ger nu utrymme för en civilrättslig möjlighet att kräva mer av gärningsmannen. På så sätt kan man nog säga att skadeståndsrätten fyller ut där straffrätten kommer till korta.

## 9.2 Förtal

I Sverige bestraffar vi förtal med fängelse eller böter. Den som utpekar någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller annars lämnar uppgift ägnad att utsätta denne för andras missaktning, döms för förtal till böter. Var personen i fråga skyldig att uttala sig eller var det med hänsyn till omständigheterna försvarligt att lämna uppgift i saken, och visar han att uppgiften var sann eller att han hade skälig grund för den skall han inte dömas till ansvar. I det fall brottet är grovt skall han istället dömas för grovt förtal till böter eller fängelse i högst två år. Vid bedömande huruvida brottet är grovt skall särskilt beaktas, om uppgiften genom sitt innehåll eller den omfattning i vilken den blivit spridd eller i annat fall var ägnad att medföra allvarlig skada, 5 kap. 1-2 §§ BrB.

Jag har ovan redan redogjort för kränkingsersättning i enlighet med 2 kap. 3 § SkL. Förtalsbrott är som nämnt ett av de brott som föregår ett krav på skadestånd för kränkning, närmare bestämt skall den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar angrepp mot dennes ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Samma svårigheter som redogjorts för i kränkingsavsnittet uppenbarar sig vid fastställandet av skadestånd på grund av förtal. På grund av en intressant dom från HD och uttalanden i förarbetena som anslöt sig till vad som sades i denna dom är det av intresse att titta närmre på just förtal.

Det finns några väl omskrivna mål där tidningar fällt för förtal då de publicerat inkorrekta uppgifter om kända personer. Utgångarna har varit såväl böter och skadestånd men fängelsestraffen för den här typen av mål lyser med sin frånvaro. Många av de uppmärksammade målen har varit intressanta framför allt ur straffrättslig synpunkt, men det finns ett mål från 1994 där skadeståndsfrågan rönt minst lika stor uppmärksamhet.

### 9.2.1 Det pornografiska montaget

NJA 1994 s. 637 är ett mål som väckt viss uppmärksamhet men som inte verkar ha blivit vägledande för den fortsatta bedömningen i liknande frågor. Ansvarig utgivare för tidningen Svenska Hustler dömdes för förtal efter att man i tidningen publicerat flera fotomontage av olika sexuella situationer med svenska kändisar i huvudrollerna där deras ansikten hade fogats samman med andra kroppar.

Målsägandena tillerkändes 150 000 kronor i skadestånd var. Man motiverade detta med att uppgifterna fått stor publicitet och inneburit allvarliga kränkningar av målsägandena, vilka alla var mycket välkända. Endast detta skäl var, skriver HD, motivation nog att tillerkänna målsägandena betydande skadestånd för lidande och som upprättelse. HD säger vidare att reportaget var ett skamlöst och enbart av ekonomiska hänsyn betingat angrepp på målsägandena och att det därför var ytterst angeläget att reagera kraftfullt för att förhindra liknande missbruk av tryckfriheten. Av betydelse var att ersättningarna skulle utges av ett förlag med stor betalningsförmåga och att ersättningarna därför kunde få en preventiv verkan. En viktig princip var att det inte i något fall skall te sig lönsamt att sätta enskildas rätt till integritet åt sidan till förmån för kommersiella intressen.

Hans-Gunnar Axberger<sup>73</sup> skrev efter domen i en artikel för Juridisk Tidskrift att *"den känslskraft som domskälen utvecklar gentemot publiceringen stärker intrycket att HD drivits av en önskan att göra sitt för att åstadkomma ett förbättrat integritetsskydd i förhållande till den publicistiska huliganism som man hade uppe till bedömande"*.<sup>74</sup> Axberger gör reflektionen att HD gör intryck av att ha använt skadeståndet som ett straff. Han motiverar detta med att HD uttryckligen satt nivån högt för att förhindra framtida tilltag av liknande

---

<sup>73</sup> Professor i medierätt sedan 2003, docent i straffrätt, före detta pressombudsman (1990-1992) och författare. Han är sedan den 18 februari 2008 justitieombudsman.

<sup>74</sup> Axberger, *Åra och integritet*, JT 1994-95, s 716ff.

slag. Axberger pekar på att beloppen på skadestånden har bestämts lika för alla inblandade utan försök att särskilja kränkningarna. Två av de inblandade hade enbart utsatts för förtal, medan det i övriga fall rörde sig om grovt förtal. Vidare kunde de olika publiceringarnas grovhet särskiljas och kanske även vad var och en beroende av offentlig ställning borde räkna med att få utstå. Detta, menar Axberger, pekar mer mot ett straff för varje kränkning än en uppskattning av lidande.

### 9.2.2 Schyman-målet

NJA 2003 s. 567 är målet där ansvarige utgivaren för Expressen fälldes för förtal när tidningen gjort gällande att Gudrun Schyman skulle spela in en erotisk film med sin ex-make. Vid bedömningen av skadeståndets storlek sades att viss vägledning kunde erhållas genom en jämförelse med den ersättning som vanligtvis utgår även vid andra typer av brott. Förtalets art och den spridning som uppgifterna fått togs med i bedömningen. I detta fall hade uppgifterna fått en mycket stor spridning. Risken för att tilltro skulle fästas vid uppgifterna liksom möjligheterna att tillbakavisa uppgifterna skulle även beaktas. Ersättningen bestämdes till 50 000 kronor och HD noterade att den omedelbara kränkning som ett förtalsbrott innefattar i allmänhet får anses vara mindre än vad som är fallet vid exempelvis grova sexualbrott eller allvarliga angrepp på liv eller hälsa.

### 9.2.3 Vad gäller?

Schyman-målet, nästan 10 år efter domen om det pornografiska montaget, innehåller inte alls de hänsyn till prevention som det tidigare målet gjorde. Domen ansluter sig istället till den sedvanliga kränkingsersättningen och vid en jämförelse med grova våldsbrott hamnar inte ersättningen på någon hög nivå.

I förarbetena till ersättning för ideell skada från 2000/01 säger man att främst med tanke på ärekränkingsbrotten skall särskild hänsyn tas till om handlingen varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet. Vidare framhålles att det lidande som en ärekränkning innebär inte i allmänhet kan jämföras med det lidande som tillfogas den som utsätts för sexuella övergrepp eller andra grova våldsbrott. Vid bedömningen av ersättningsnivån i dessa fall kan man dock beakta att ersättningarna ofta utges av skadevållare som har förmåga att betala dem och att ersättningarna därför kan ha en viss preventiv verkan. Regeringen instämmer i kommitténs uppfattning att det vid ersättning för denna typ av brott bör beaktas att brottet inte sällan medför en ekonomisk förlust för den skadelidande som denne kan ha svårt att styrka och att skadeståndet för kränkning därför kan tjäna även som surrogat för denna ekonomiska förlust.

Regeringen hänvisar härefter till mål NJA 1994 s. 637 där de höga skadestånden motiverades av preventiva skäl men påtalar även att omständigheterna var speciella i detta fall. "Normalersättning" vid ärekränkingsbrott bör enligt regeringen följa de riktmärken som finns i arbetsrätten.<sup>75</sup>

Sammanfattningsvis så ansluter sig förarbetena till vad HD uttalade i domen från 1994, att preventiva hänsyn skall vägas in vid bestämmande av skadestånd. Detta har inte avspeglats i praxis. I Schyman-målet framhävde domstolen att kränkningen vid förtal inte är lika stor som vid grova våldsbrott, vilket säkerligen är alldeles riktigt men man avstod från att göra de preventiva överväganden som förarbetena tar upp.

I förarbetena säger man att omständigheterna var speciella i målet från 1994. Utan att det står skrivet rakt ut så tror jag att de krävs att några särskilda kriterier skall uppfyllas för att kränkningersättningen skall utgå med så höga belopp. Först och främst skall det röra sig om media med ekonomiska möjligheter att betala för sig. Likt Axberger tror jag att de höga skadestånden var en reaktion mot *"den publicistiska huliganism som man hade uppe till bedömning"*. Sedan tror jag att det spelade in att det rörde sig om just pornografiska montage som väckte särskilt anstöt. Man gick för långt helt enkelt.

#### 9.2.4 Ett bestraffande skadestånd?

Målet från 1994 var absolut ett bestraffande skadestånd. Straffrättsligt kommer man inte åt mediefolket. Fängelse är en möjlig påföljd men utdelas inte i praxis. HD klämde åt där det kändes. Jag instämmer vidare i vad Axberger säger att det saknades en bedömning av kränkningen i varje enskilt fall, det rörde ju sig trots allt om grovt förtal i flera fall, men endast om ordinärt förtal av två av personerna. Kritiken ansluter till vad Schultz sagt om kränkningersättning. Han menar på att man kommit att fokusera inte på skadan utan på handlingen och det utan en individuell bedömning.<sup>76</sup>

Skadestånd för kränkning vid förtal skiljer sig ifrån övrig kränkningersättning på så sätt att det i motiven uttalas att lagstiftningen skall vara avskräckande. Det är svårt att visa stöd för att kränkningersättning har en preventiv effekt vid våldsbrott. För dessa brott är det den straffrättsliga påföljden exempelvis i form av fängelsestraff som får antas ha den största preventiva verkan. Tidningar med stor ekonomisk uppbackning däremot kan göra ekonomiska

---

<sup>75</sup> Prop 2000/01:68 s 53ff.

<sup>76</sup> Se ovan 8.1.2.1 *Med fokus på gärningen*.

värderingar av beräknad vinst av en upplaga och av risken att tvingas betala skadestånd. Eftersom förtalsbrottet inte ger någon straffrättsligt sträng påföljd kan ett högt skadestånd ta över den preventiva effekten.

### 9.3 Ersättning vid diskriminering

Diskriminering innebär att olika regler tillämpas i jämförbara situationer eller att samma regel tillämpas i olika situationer. Diskrimineringsbegreppet är hämtat från EG-rätten och man talar om direkt- och indirekt diskriminering. När olika regler tillämpas i liknande situationer med följd av att någon missgynnas, handlar det om direkt diskriminering. Motsatsvis, när samma regel tillämpas i situationer som ej är av samma slag, så rör det sig om indirekt diskriminering. Avgörande för om det är fråga om diskriminering är om en sådan effekt uppstått, det krävs inte att det funnits en reell avsikt att diskriminera. Även oavsiktlig diskriminering är förbjuden och det krävs inte ens vårdslöshet för att diskriminering skall vara för handen.<sup>77</sup>

#### 9.3.1 Lagstiftning

Den 1 januari i år trädde Diskrimineringslagen i kraft. Det är en sammanslagning av flera olika lagar mot diskriminering och omfattar diskriminering av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. Avsikten har varit att göra lagstiftningen på området så effektiv och heltäckande som möjligt.<sup>78</sup> Den nya lagstiftningen innebär inte många materiella förändringar utan är som sagt mest en samordning av befintlig lagstiftning.

Förändringar i diskrimineringslagstiftningen har krävts för ett genomförande av det EG-rättsliga direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet.<sup>79</sup> Direktiven ställde krav på ett skydd mot diskriminering inom samhällsområden som svensk lagstiftning inte täckte upp, nämligen inom socialtjänsten, hälso- och sjukvården, arbetslöshetsförsäkring, medlemskap i organisationer och vid yrkesmässigt tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder. Dessa områden omfattades tidigare endast av den straffrättsliga bestämmelsen i 16 kap. 9 § BrB. En civilrättslig process var förbehållen diskriminering inom högskola och arbetsliv. Dessa förändringar genomfördes i Lag om förbud mot diskriminering. De krav på sanktioner som ställdes vid överträdelser av direktiven uttrycktes enligt följande:

<sup>77</sup> Prop 2002/03:65 s 85.

<sup>78</sup> SOU 2006:22, *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning, del 1*, s 220.

<sup>79</sup> Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen för likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.

*”Medlemsstaterna skall bestämma vilka sanktioner som skall tillämpas på överträdelser av de nationella bestämmelser som antas i enlighet med direktiven och vidta alla åtgärder som behövs för deras genomförande. Sanktionerna, som kan bestå av skadestånd till den utsatta personen, skall vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.”<sup>80</sup>*

I de tidigare lagarna mot diskriminering inom yrkesliv och högskola<sup>81</sup>, föreskrevs skadestånd vid diskriminering. Det var även den sanktion som utformades i diskrimineringslagen från 2003. Det fastställdes att den som diskriminerade skulle betala skadestånd för den kränkning som diskrimineringen innebar.<sup>82</sup> Eftersom skadeståndet inte enbart skulle kompensera utan vars ändamål även var att avskräcka från diskriminering, var det viktigt att det inte endast blev ett symboliskt krav utan att det blev kännbart.

Det angavs, liknande vad som sagts i förarbeten till övriga diskrimineringslagar, att vid bedömningen av ersättningen för kränkningen skulle kränkningens art och omfattning ha betydelse. Om avsikten varit att kränka skulle detta betraktas som försvårande. Vidare skulle uppräknade faktorer i 5 kap. 6 § skadeståndslagen tas i beaktande, det vill säga om handlingen haft förnedrande eller skändliga inslag, varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa, riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet, inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.<sup>83</sup> I förarbeten till lagen gjordes jämförelser med det skadestånd som aktualiseras i arbetsrättslig lagstiftning och man menade att nivån på skadeståndet skulle vara högre än i arbetsrättsliga mål.<sup>84</sup>

### 9.3.2 NJA 2006 s 170

Ett mål som rönt stor uppmärksamhet är NJA 2006 s 170 som berörde diskriminering på grund av sexuell läggning. De viktigaste frågorna rörde bevisbördan och hur stort skadeståndet skulle vara i mål av förevarande slag.

<sup>80</sup> Återfinns i artikel 15 i direktivet mot etnisk diskriminering och i artikel 17 i arbetslivsdirektivet.

<sup>81</sup> Jämställdhetslag (1991:433), Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan. Numera även Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

<sup>82</sup> 16 § Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

<sup>83</sup> SOU 2002:43, *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*, s 388f.

<sup>84</sup> SOU 2002:43, *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*, s 16.

Ett lesbiskt par hade ombetts att lämna en restaurang efter att de kramat och pussat varandra, varför lagen om diskriminering från 2003 blev aktuell, som ju omfattar diskriminering vid tillhandahållande av både varor och tjänster. Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO) yrkade på ett skadeståndsbelopp om 120 000 kronor. Restaurangägaren bestred yrkandet och menade att paret fick lämna restaurangen på grund av att de störde ordningen i lokalen då de efter en tillsägelse ställt till med en scen som stört övriga gäster. I TR ansågs HomO inte ha styrkt omständigheterna varför käromålet lämnades utan bifall.

I HovR ansåg man att HomO fullgjort sin bevisbörda, då det antagliggjorts att händelserna utspelats på beskrivet sätt, bevisbördan gick därför över på restaurangägaren som inte kunde visa på motsatsen. Skadeståndet bestämdes till 50 000 kronor.

HomO överklagade till Högsta Domstolen och vidhöll sitt yrkande om 120 000 kronor. I domen sägs att allmänt skadestånd i arbetsrättsliga tvister i regel ligger på en högre nivå än skadestånd enligt skadeståndslagen för kränkning på grund av brott. Man noterar att även skadeståndsbeloppen enligt 16 § diskrimineringslagen har förutsatts ligga på en högre nivå än vad som gäller för kränkingsersättning enligt skadeståndslagen. HD fortsätter med att poängtera att ersättningens storlek måste variera beroende av kränkningens art och att förarbetena säger att 5 kap. 6 § skadeståndslagen skall beaktas. Det yrkade skadeståndsbeloppet låg långt över de ersättningsnivåer som tillämpades i den allmänna skadeståndsrätten. HD jämför med den kränkingsersättning som enligt praxis utgår vid försök till mord, 100 000 kronor och våldtäkt, 75 000 kronor och menar att utan särskilt lagstöd bör ersättning vid den kränkning i ett fall som detta inte fjärras alltför mycket från de skadeståndsbelopp som utdöms i jämförbara fall enligt skadeståndslagen. Beloppet landade tillslut på 15 000 kronor.

### 9.3.3 Ds 2007:10

Bertil Bengtsson fick år 2006 i uppdrag att utreda vissa frågor om ideellt skadestånd vid kränkning, här i ingick det speciella skadeståndet vid diskriminering. I Ds 2007:10 tar han upp frågan om vad konsekvenserna blev av att HD satte ribban så lågt vid bestämmandet av ersättningsnivån i diskrimineringsmål. Han skriver att enligt uppgift från Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), hade det före utgången i ”restaurangmålet”, träffats flera uppgörelser i liknande fall då beloppet varit betydligt högre. Exempelvis hade ett gäng



ungdomar som nekats inträde till en nattklubb på grund av sin etnicitet erhållit 50 000 kronor var. En romsk kvinna som förvägrats rum på ett hotell fick 100 000 kronor. Efter ”restaurangdomen” finns exempel där två romska kvinnor som nekats tillträde till en danslokal fick 15 000 kronor var. Enligt jämställdhetsombudsmannen (JämO) har HD-domen lett till att man, vid könsdiskriminering på områden utanför arbetslivet, förlikts vid lägre summor än innan. Även HomO menar att domen från HD påverkar såväl förlikningsviljan som skadeståndsnivåerna vid uppgörelser utanför domstolarna. Handikappsombudsmannen (HO) instämmer i att även han tvingats sätta ned yrkanden betydligt efter domen. Yrkanden som låg på 120 000 kronor har sänkts till ynka 10 000 kronor. Bertil Bengtsson menar i sin utredning att skadestånden sannolikt kommer att sänkas påtagligt om inte lagstiftaren ingriper. Av uttalanden från ombudsmännen står i alla fall klart att deras praxis förändrats.<sup>85</sup>

HD:s domslut har mött mycket kritik. Bertil Bengtsson skriver i promemorian att det ideella skadeståndet vid diskriminering har en större preventiv funktion än inom den allmänna skadeståndsrätten, varför den jämförelse HD gjorde med ersättning för kränkning vid mordförsök och sexualbrott är mindre lyckad. Med de låga skadestånd som domen förordar, uppfylls inte den preventiva funktion som betonas i såväl EG-direktiv som i de svenska förarbetena.<sup>86</sup>

### 9.3.4 Nyheter i Diskrimineringslagen

I lagen från 2003 angavs att den som bryter mot lagen och diskriminerar eller utsätter någon för repressalier på ett sätt som är förbjudet enligt lagen skall betala *skadestånd* för den kränkning som diskrimineringen innebär. I den lag som trätt i kraft i år, 2009, formuleras sanktionen mot lagbrott annorlunda. Här anges att den som bryter mot lagen skall betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som överträdelsen innebär. Vidare betonas att när ersättningen bestäms skall särskilt syftet att motverka sådana överträdelser av lagen beaktas, 5 kap. 1 §.

Genom förändring av beteckningen på ersättningen, det vill säga från skadestånd till diskrimineringsersättning, hoppas man frigöra ersättningen något från den praxis som omger det allmänna skadeståndet för kränkning. Kanske kommer en högre ersättning i diskrimineringsmål inte att uppfattas så stötande när man klart särskiljt de olika typerna av

---

<sup>85</sup> Ds 2007:10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning*, s 28 ff.

<sup>86</sup> Ds 2007:10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning*, s 82ff.

kränkning. Nu gör man dessutom det med lagstiftning som HD vägrat göra i restaurangdomen från 2006, man framhäver det preventiva syftet med regleringen.

### 9.3.5 Prevention

Med EU:s utfärdade direktiv återförs så de preventiva tankarna till skadeståndsrätten. Att skadeståndet skall vara avskräckande anges i såväl direktiv som i svenska förarbeten. Det innebär att sanktionen skall verka såväl allmänpreventivt som individualpreventivt – hörnstenar i straffrätten och även i den äldre skadeståndsrätten men inte i dagens ordning. Kanske är det därför HD:s domare trotsar förarbetena, för att inte släppa in något främmande i den svenska modellen. För det står tämligen klart att även om det på 1920-talet fanns rättsfilosofier som framhöll att prevention var rättens viktigaste syfte, så har det inte varit något som erkänts i dagens skadeståndsrätt. I den nya diskrimineringslagen har preventionen åter lyfts fram, uttryckligen i lagstiftningen och nu återstår att se hur responsen blir i praktiken.

Av EG-direktiv framgår inte hur bestämmelserna skall genomföras i de olika rättsordningarna, sanktionerna kan exempelvis verkställas genom ett skadestånd. Den svenska lagstiftaren kunde lika gärna ha utökat kriminaliseringen av diskriminering, i alla fall vad gäller den uppsåtliga diskrimineringen. Ett brott mot diskrimineringslagen är inte ett brott i straffrättslig mening och inget någon lagförs för. Preventionen måste alltså ligga i ersättningen, varför behovet av en högre sådan är större än vid bestämmande av skadestånd vid våldsbrott i enlighet med SkL 2 kap. 3 § då andra påföljder utöver skadeståndet vanligen aktualiseras.

Genom att skadeståndet för kränkning vid diskriminering kommit att kallas för diskrimineringsersättning vill man påvisa att det är ett nytt civilrättsligt område skiljt från den allmänna skadeståndsrätten. På så sätt slipper man försvara det kliv man tar ifrån den svenska ersättningsrättsliga traditionen, när ersättningen lägger fokus på att vara avskräckande. I allmänhetens ögon kommer ersättningen sannolikt fortsättningsvis att ses som ett skadestånd, diskrimineringsersättningen kan lika gärna kallas för ett skadestånd med avskräckande motiv.

## 9.4 Ipred eller civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område

Mycket har skrivits om denna lag, som trädde i kraft 1 april i år, det mesta i upprörda ordalag. Det har talats om att det blir en jakt på en hel generation ungdomar. Andra menar på att lösningar redan utvecklats för att komma runt problemet och fortsätta med fildelningen. De

flesta vet nog inte vad resultatet av den nya lagstiftningen blir och därför härjar spekulatioerna på allas vårt internet.

#### 9.4.1 Lagstiftningen i korta ordalag

Lagen är ett genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, det så kallade civilrättsliga sanktionsdirektivet. Direktivets syfte är att närma medlemsstaternas lagstiftningar vad gäller säkerställandet av skyddet för immateriella rättigheter och på så sätt uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå på den inre marknaden. Effekten av den nya lagen är att rättighetshavare ges en civilrättslig möjlighet att få ut information från en internetleverantör om vem som har ett abonnemang (en IP-adress) som har använts vid ett immaterialrättsligt intrång via Internet. För att informationen ska lämnas ut krävs en domstolsprövning och att det finns sannolika skäl för personen gjort intrång.<sup>87</sup>

#### 9.4.2 Skadestånd

Den som i strid mot lagen utnyttjar ett verk skall i enlighet med äldre lagstiftning betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsman eller kvinna. Om nyttjandet är uppsåtligt eller av oaktsamhet skall vidare enligt den nya lagstiftningen ersättning även betalas för den ytterligare skada som uppstått. Då skall hänsyn särskilt tas till<sup>88</sup>:

1. utebliven vinst,
2. vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort,
3. skada på verkets anseende,
4. ideell skada, och
5. upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås.

Den femte punkten, att man vid skadeståndsberäkningen skall beakta rättighetsinnehavarens intresse av att inget intrång sker är särskilt intressant. Denna punkt handlar över huvud taget inte om en eventuell vinst som fildelaren har gjort och inte heller om utebliven vinst för rättighetsinnehavaren. Det handlar om avskräckning på allmän- och/eller individnivå, tankegångar vanligen förekommande i straffrätten och som gör den skadeståndsrettsliga regeln till ett bestraffande instrument.

---

<sup>87</sup> Prop 2008/09:67 s 1f.

<sup>88</sup> Prop 2008/09:67 s 13.

### III

## 10 Om den ideella ersättningens utveckling

### 10.1 Brottsofferperspektivet

Ett brottsofferperspektiv i rätten innebär lite tillspetsat att gärningsmannen får dela rampljuset med sitt brottsoffer. En straffprocess byggs upp runt den skadegörande parten. Det är gärningsmannen som skall lagföras och dömas och som får tillgång till rättshjälp. Längre var brottsoffer eller kriminalpolitik inte ämnen som tilldrog sig nämnvärt intresse. Framväxten av brottsofferperspektivet i rätten är delvis ett resultat av olika sociala och rättsliga rörelser, ideella organisationer som arbetat för att synliggöra brottsoffren.

Brottsofferperspektivet influerar straffrätten såväl som skadeståndsrätten. Vad gäller skadeståndsrätten har dess avtryck blivit tydligast i de ideella ersättningarna, främst kränkningersättningen. Att det krävts både tid och arbete för att göra brottsofferperspektivet synligt i den svenska rätten är egentligen inte särskilt konstigt eftersom de ideella ersättningarna lägger fokus på värderingar och känslor när rättsregler utformas och tillämpas. Personliga värderingar och känslor var just sådant som den inflytelserika Uppsalaskolan med Axel Hägerström i spetsen förvisade från rätten. Hägerström argumenterade för att rättstillämpningen skulle ske juridiskt, vilket innebar objektivt och sakligt och inte moraliskt. Moraliska bedömningar ansågs vara subjektiva och godtyckliga. Denna tradition kan ha del i varför utvecklingen av ideella ersättningar gått relativt långsamt.

Enligt Karl Dahlstrand, Jur. kand. och doktorand i rättssociologi, är genombrottet för brottsofferperspektivet kopplat till att den humana kriminalpolitiken under 1980-talet uppfattades stå i konflikt med det allmänna rättsmedvetandet. Han menar att den viktigaste grunden för det kriminalpolitiska systemets trovärdighet förmodligen ligger i dess närhet till just folkets rättsmedvetande, varför rent känslomässiga synpunkter på relationen gärningsman-brottsoffer tvingat fram ett genombrott för brottsofferperspektivet.<sup>89</sup>

De som utsätts för diskriminering enligt diskrimineringslagen från 2009 är inte brottsoffer i straffrättslig mening. Trots detta har man allt mer kommit att lyfta fram gruppernas utsatthet på ett sätt som kan likställas med brottsoffer. Ytterligare uppmärksamhet har området fått genom den utredning om makt, integration och strukturell diskriminering som Masoud

---

<sup>89</sup> Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, s 54.

Kamali ledde och som producerat rapporter i SOU-serien. Projektet har under åren väckt stort intresse bland politiker, forskare och hos allmänheten. Diskrimineringsfrågorna har gjorts aktuella genom att man visat på den strukturella diskrimineringen inom olika institutioner.<sup>90</sup>

## 10.2 Europakonventionens och EG-rättens inflytande

Brottsofferperspektivet har vuxit in i svensk rätt med påverkan av Europakonventionen och EG-rätten. Europakonventionen och medlemskapet i EU har medfört ökad fokus vid vikten att skydda människors integritet och självbestämmande mot brottsliga och kränkande handlingar. Detta har ytterligare riktat uppmärksamheten mot de ideella ersättningarna och upplyst såväl lagstiftare som allmänheten om vad som saknats i svensk rätt. Dahlstrand menar att genom att möta allmänhetens ökade medvetenhet om dessa frågor med intresse förstärker staten sin legitimitet.<sup>91</sup>

Den nya diskrimineringslagen bygger på EG-rättsliga direktiv vilka föreskriver att ersättningarna skall vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Med inflytande från källor utanför svenska gränser, kommer hänsyn in i rätten som vi inte är vana vid. Preventionen som mer eller mindre varit utmönstrad från den praktiska skadeståndsrätten återuppstår med EG-rättens försorg i form av diskrimineringslagen.

## 10.3 Ett rättsvetenskapligt perspektiv

Rätten är inget gudomligt skiljt från samhället utan existerar i sin kontext. Samhällsförhållanden påverkar utvecklingen av såväl rättsregler som rättsliga avgöranden. Jag inbillar mig också att rätten påverkar vår moral och våra handlingar.

Ragnar Knoph var en norsk professor i rättsvetenskap som intresserade sig för rätten i samhället. Han formulerade tre generella frågeställningar som har använts som utgångspositioner för att förstå rätten, av dessa skall jag titta närmre på de två första frågeställningarna.<sup>92</sup>

1. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar samhällsförhållandena i övrigt rättsregler, rättsliga avgöranden och rättsinstitutioner?
2. I vilken utsträckning, och i så fall hur, påverkar rättsregler, rättsliga avgöranden och rättsinstitutioner andra samhällsförhållanden?

---

<sup>90</sup> Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, s 75.

<sup>91</sup> Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, s 78f.

<sup>92</sup> Mathiesen, *Rätten i samhället - en introduktion till rättssociologin*, s 18.

3. I vilken utsträckning existerar det en växelverkan mellan rättsregler/rättsliga avgöranden/rättsinstitutioner och samhällsförhållandena i övrigt?

### 10.3.1 Samhällsförhållandenas påverkan på rätten

Bland den sociologiska litteraturen finns flera olika perspektiv med vilka man kan försöka förklara rättens utveckling med samhället som utgångspunkt. Det måste uppmärksammas att när jag säger att rätten påverkas av samhällsklimat och normativa förändringar i samhället så är detta inte något som bara ”sker”. All lagstiftning och alla rättsliga avgöranden kommer till genom beslut, genom ett val. Normativa förändringar och stämningar i opinionen påverkar de beslut som fattas.

#### 10.3.1.1 Normperspektivet

Detta perspektiv stöder uppfattningen att samhällets övriga normer påverkar rättens utveckling, när normer i samhället ändrar sig, sker även en förändring av rättsnormerna. Ett exempel är synen på homosexualitet. Homosexuella handlingar fördömdes tidigare kraftigt och omfattades till och med av strafflagens bestämmelser. I takt med kampen för homosexuellas rättigheter förändrades normerna i samhället och efter hand upplöstes även straffbestämmelserna. I denna tankegång kan vi föra in de senare årens arbete för brottsoffers rättigheter som lyft fram deras behov och som avspeglats i såväl hänsyn under rättegång och statligt bistådda organisationer som erbjuder stöd för såväl brottsoffer som vittnen. Som ovan anført<sup>93</sup> har brottsofferperspektivets tillväxt kommit att influera även skadeståndsrätten, framför allt har det påverkat kränkingsersättningens storlek.<sup>94</sup>

#### 10.3.1.2 Opinionsperspektivet

Ett intressant perspektiv som jag tror är applicerbart på just skadestånd för kränkning är det som kallas för opinionsperspektivet, som fokuserar på opinionsklimatet i samhället. Med detta perspektiv hävdar man att samhällsmedlemmarnas subjektiva upplevelse av och medvetenhet om samhället och världen, påverkar rättens utveckling. Opinionsklimatet utgår vanligtvis från en kollektiv förnimmelse av en hotande ändring av samhället eller närmiljön. Opinionsklimatet kan ändras snabbt, historiskt sett har stora olyckor, krig, pest och svält ändrat opinionsklimatet drastiskt. Ett bra exempel är människors attityder till kriminalitet som narkotikabrott. Denna kriminalitet har ökat under senare år och med stora uppslag i media får vi intrycket att kriminaliteten har en större utbredning än vad vi har egentligt underlag för. Ängest skapas eller till och med ”moralisk panik”. Detta opinionsklimat påverkar i sin tur

<sup>93</sup> Se avsnitt 9.1, *Brottsofferperspektivet*

<sup>94</sup> Mathiesen, *Rätten i samhället - en introduktion till rättsociologin*, s 86f.

strafflagstiftning och rättsliga avgöranden. I Sverige har detta opinionsklimat lett till politiska krav om en nolltolerans för allt som rör narkotika.<sup>95</sup>

Ersättning av ideella värden är på tapeten nu. Vi upprörs dagligen av de kränkningar som folk utsätts för, vi hör om det på nyheterna till frukost, läser om det på väg till jobbet och talar om det med grannen. Fängelsedomarna är oftast inte så långa att de tilltalar vårt rättsmedvetande. Det känns inte rättvist. Allmänheten kräver mer och politikerna levererar – inte hårdare straff men i alla fall ett fett plåster på såret.

### 10.3.2 Rättens inverkan på andra samhällsförhållanden

Frågan om rättens inverkan på andra samhällsförhållanden delas ofta upp i två huvudfrågor, nämligen om rättens åsyftade verkningar uppfylls och om rätten har andra icke åsyftade verkningar på samhället. Vad gäller kränkingsersättningen blir frågan om ersättningen bidrar till upprättelse och underlättar för brottsoffret att förändra sin situation. Vad gäller icke åsyftade verkningar så handlar det om verkningar som inte varit avsedda och som inte återfinns i motiven. Gränsen mellan åsyftade och icke åsyftade verkningar kan vara oklar, verkningarna kan vara i olika grader åsyftade eller av olika delar av samhället. Att en viss verkan inte uttryckligen nämns i förarbetena behöver inte betyda att den inte är påtänkt.<sup>96</sup>

De uttalade syftena med en lagstiftning kan uttrycka ideala snarare än reella mål. De kan även vara både vaga och svårtolkade. Jag har svårt att uttala mig i frågan om kränkingsersättningen verkligen skänker den avsedda upprättelsen eller ej. Det saknas konstigt nog undersökningar på området.

En icke åsyftad verkan skulle kunna vara den prevention som på längre sikt kan uppstå genom att ett brott ses som allt mer förkastligt på grund av en praxis som utvecklats med höga utdelade skadestånd. När man pratar om kränkingsersättning är det lätt att man enbart tänker på de allra grövsta brotten som resulterar i de högsta fängelsestraffen såväl som högsta kränkingsersättningarna. Det finns emellertid brott som inte ligger lika högt på straffskalan som har mer att ”vinna” genom att de synliggörs med ”påföljden” skadestånd. Olaga tvång och förtal är exempel på sådana brott. Det skall sägas att det är desto svårare att mäta en eventuell prevention som växer fram och det blir mer av ett introvert resonemang.

---

<sup>95</sup> Mathiesen, *Rätten i samhället - en introduktion till rättssociologin*, s 86ff.

<sup>96</sup> Mathiesen, *Rätten i samhället - en introduktion till rättssociologin*, s 29ff.

Jag vill även återknyta till diskussionen om det eventuella behovet av vedergällning tar sig uttryck i skadeståndet för kränkning. Detta är givetvis ingen uttalad åsyftad verkan av lagstiftaren men kan inte desto mindre vara påtänkt. Oavsett lagstiftningens tveksamhet ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv, så tillfredställer den allt högre kränkingsersättningen folkets behov av att återställa balansen, att skipa någon form av rättvisa. Detta bör inte vara något nytt för vare sig media eller politiker varför det är mycket populärt att tala om denna fluga.

Ännu en icke åsyftad möjlig verkan är att brottsoffret utsätts för en andra viktimering, det vill säga att brottsoffret kränks ytterligare en gång genom rättsväsendet. För den som är kränkt kan ersättningen på några tusenlappar kännas som ett hån. I de fall där ersättningen är mycket stor finns istället risken att ersättningen håller kvar brottsoffret i offerrollen. Känslan av upprättelse kanske inte infinner sig och den utsatte förblir i sina egna ögon ett offer.

## 11 Avslutande reflektioner

Jag avslutar med ytterligare reflektioner kring den fråga som ligger bakom uppsatsen och som motiverar varje sida och varje stycke, nämligen om den svenska rätten innehåller bestraffande skadestånd.

Skadeståndet är i många fall ett civilrättsligt straff med allt vad det innebär. Det är straffande och avskräckande. Vi ser det i kränkingsersättningen, i diskrimineringsersättningen och i den nya fildelarlagen. Alla tecken på straffrättsliga influenser motarbetas emellertid av domstolarna. Lagstiftaren är, med uppbackning från EG-rättsliga direktiv, böjd att göra förändringar. Jag har många gånger nämnt att preventiva inslag ses med stor skepsis i Sverige varför ersättningsrätten blivit en ordning som kompenserar utan att göra anspråk på mer än så. Med den nya diskrimineringslagen och vad som kommit att kallas för Ipred-lagen låter man lagstiftningen fungera avskräckande. Viljan att med skadeståndsrätten förändra människors beteende har fått större rum i svensk rätt i och med dessa båda lagar. Gemensamt har de att EG-rättsliga direktiv utgör grunden för lagstiftningen. Tvärtemot lagstiftningen för kränkingsersättning stadgar både EG-direktiv och svenska förarbeten att regleringen skall fungera avskräckande. Medlemskapet i EU för med sig att de svenska politikerna med EG-rätten som stöd eller piska beroende på hur man vill se det utan större väsen får göra vissa radikala förändringar. Med EG-rätten ställs enkelt uttryckt krav på andra hänsyn än vad den svenska skadeståndsrätten tidigare gjort.



Bilden som framträder är en mer mångfacetterad skadeståndsrätt. Jag menar att utöver lagstiftning med avskräckande motiv har skadeståndsrätten även kommit att innehålla vedergällande inslag. Dessa inslag saknar motivens stöd, men kränkingsersättningen har kommit att uppfylla en vedergällande funktion oavsett om detta varit åsyftat av lagstiftaren eller ej. Kränkingsersättningen har tillåtits att växa i enlighet med det allmänna rättsmedvetandets krav – där den allt högre ersättningen motiveras av dunkla motiv. Skadeståndsrätten har på de ideella ersättningarnas områden blivit den lilla människans möjlighet att kräva sin rätt. Kränkingsersättningen har blivit straffrättens underhuggare.

Jag har vid flera tillfällen under arbetets gång frågat mig varför frågan är så kontroversiell. Jag har synsättet att rätten i största möjliga mån skall vara ett resultat av rådande värderingar i samhället. Det innebär att rätten måste tillåtas förändras. Samtidigt förespråkar jag lagstiftning utformad för att påverka människor att anamma positiva värderingar och handla utefter dem. Att detta sker genom en samverkan mellan olika discipliner behöver inte vara fel. Om vi genom ersättningssystemet kan hitta sätt att motverka skador utan att tumma på tryggheten för skadelidande så bör dessa sätt tas till vara, även om vi funktionsmässigt är inne och tassar på straffrättens område. Oavsett vilken inställning man har i frågan går fakta inte att förneka; den lagstiftning som jag redogjort för i detta arbete existerar. Det verkar löjeväckande att sticka huvudet i sanden och låtsas som att regleringarna *som vi faktiskt har* inte alls ”stöter sig” med den traditionella skadeståndsrätten.

Personligen tycker jag att även skadeståndsrätten måste få lov att verka avskräckande i de fall denna effekt kan uppnås. En genomtänkt lagstiftning där funktion och effekt är noga utredd kan kanske åstadkomma detta. Skadeståndet vid förtal (främst av media) och diskrimineringsersättningen är bra exempel på detta. Här är det väldigt tydligt att man tagit till en civilrättslig reglering där man misslyckats att reglera områdena straffrättsligt. Förtalsbrottet föranleder inte fängelsestraff i praxis varför vi har fått se prov på en ekonomisk bestraffning genom skadestånd. Med diskrimineringsersättningen vill man sätta ned foten och göra det dyrt att diskriminera samtidigt som man undviker straffrättens krav på uppsåt. Det här är två områden där jag tror att avskräckande lagstiftning verkligen kan motverka handlingarna. Dessa brott är mer övertänkta och utförs ofta av kapitalstarka parter varför det ekonomiska incitamentet blir något att väga in. Dessutom medför handlingarna knappt några straffrättsliga påföljder varför skadeståndsrätten blir viktig även ur normerande synpunkt.

Det är förstås som Hellner framhållit, mycket svårt att mäta preventionens verkan, vid all lagstiftning finns anledning att inte hasta och att göra noggranna utredningar vid förändring av eller införande av ny lagstiftning. I de fall som lagstiftaren beslutar att ett skadestånd skall verka avskräckande, som diskrimineringsersättningen, så lägger man ansvaret för funktionens genomdrivande på horisontell nivå, det vill säga hos oss medborgare, till skillnad från vid straffrättsliga bestämmelser då ansvaret är vertikalt och stannar på staten. Här blir avvägningen viktig, tror jag. Vissa regler bör förbli statens ansvar att upprätthålla medan andra kan regleras i form av civilrättsligt skadestånd. Med reglering på horisontell nivå får medborgarna själva incitament att initiera processer medan staten kan sänka sina kostnader för att upprätthålla och genomdriva reglerna. Genom smärre förändringar av lagen kan man byta ut straffrätt mot skadeståndsrätt.

Jag oroar mig desto mer för kränkingsersättningen som framför allt vid våldsbrott har vuxit i storlek och popularitet utan att några egentliga undersökningar har gjorts huruvida ersättningen ger brottsoffret den upprättelse som eftersträvas. Istället för att utreda frågan ordentligt har såväl lagstiftare som domstol låtit sig dras med i ett populistiskt medietåg och allmänhetens behov av hämnd.

Jag vill understryka att det naturligtvis är viktigt för rättens legitimitet att den avspeglar människors värderingar, men när man talar om ”det allmänna rättsmedvetandet” görs det ofta i samband med att ny lagstiftning eller praxis diskuteras efter en brottsvåg eller efter ett i media uppmärksammat fall. Jag är rädd för att vad som kallas för ”det allmänna rättsmedvetandet” ofta är människors omedelbara känslomässiga reaktioner på vad som händer runt omkring oss och inte alls ett resultat av människors vanligen mer rationella överväganden. Samtidigt som vettiga värderingar skall anammas och inskräpas så måste vi kräva att rätten ställer sig över känslomässiga reaktioner, mediedrev och demonstrationståg, även om frågan är aldrig så behjärtansvärd. Lagstiftaren såväl som den som har glädjen att sitta i vår högsta domstol måste ta ett steg tillbaka och fundera över vad det så kallade allmänna rättsmedvetandet är ett resultat av och även reflektera över om åsikterna som framförs är sunda och om de leder till något bra. Om det allmänna rättsmedvetandet är en obehärskad direkt känslomässig reaktion så bör detta inte läggas till grund för vare sig lagstiftning eller medhållande domslut.

Vad gäller kränkingsersättningen, är det allmänna rättsmedvetandets ståndpunkt klar och numera både lagstiftarens och domarens verkar det som. Ersättningen motiveras bland annat med upprättelse och kan betalas ut med så mycket som flera hundratusen, i skadeståndsrättens namn. Vad skulle alternativet vara? Hårdare straff kan tänkas. Det torde endast vara ett proportionerligt straff som egentligen kan tillfredsställa behovet av upprättelse och vedergälla brottet. Samtidigt är vi idag väl upplysta om att en längre tid i fängelse inte omvänder den dömdes och inte heller gynnar samhället i längden. Jag tror att det är dessa alternativ vi har. I det samhälle som vi lever i, där människor är rädda för att gå ut själva om kvällarna, krävs åtminstone ett av alternativen för att visa på någon sorts handlingskraft. Rejält hårdare straff eller utökad kompensation till brottsoffer. Hårdare straff är inte önskvärt däremot kan skadebegreppet alltid utvidgas, vilket vi sett prov på i kränkingsersättningens motiv. Valet är gjort. Alltså tillfredställs allmänheten som läser om brotten i tidningen, men frågan är om brottsoffret får den efterfrågade upprättelsen genom den ekonomiska ersättningen. Är det någon som har frågat?

Det går inte att ge en enhetlig bild av skadeståndsrätten och dess funktioner idag. Det verkar pågå en dragkamp mellan lagstiftare och Högsta domstolen. Exempelvis föreskrev förarbetena till diskrimineringslagen att skadeståndet skulle fungera avskräckande, något som HD vägrade erkänna i sin dom. Det känns rättsosäkert när lagstiftare och domstol drar åt olika håll. Samtidigt är vår högsta domstol även den rättsbildande och det finns flera exempel på när domstolen utvecklat den ideella ersättningen. Att lagstiftare och domstol drar åt olika håll är inte en lika vanlig förekomst.

Osäkerheten till trots tror jag att vi kommer att få se mer av preventiva inslag i svensk rätt, främst genom EG-rättens försorg. Uttryckligen bestraffande skadestånd har vi ännu inte, men den straffande funktionen smyger ändå in i kränkingsersättningen vid våldsbrott och som i fallet med det pornografiska montaget från -94 då man gav tidningen en näsknäpp. Vi kan redan vara ganska säkra på att det allmänna rättsmedvetandet inte har något emot fler variabler i skadeståndsrätten. När ord som rättvisa inte räknas och när straffrätten inte tycks räcka till är allt som kan bringa åtminstone en känsla av rättvisa mer än välkommet, även om detta sker i form av ett bestraffande skadestånd.

## Källförteckning

### Litteratur

- Agge, I, Thornstedt, H, *Straffrättens allmänna del*, 2 uppl, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, Stockholm 1979
- Anners, E, *Svensk straffrättshistoria - del Inågra huvudlinjer*, Almqvist & Wiksell Förlag AB, Stockholm 1972
- Dahlman, C, Glader, M, Reidhav, D, *Rättsekonomi- en introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2004
- Dahlstrand, K, *Den anomiska rätten – om undantagskonstruktionen av de rent ideella ersättningarna*, Sociologiska institutionen, Lund 2007
- Elwin, G, Heckscher, S, Nelson, A, *Den första stenen – studiebok i kriminalpolitik*, 4 uppl, Tidens förlag, Stockholm 1975
- Foucault, M, *Övervakning och straff*, 2 uppl, Arkiv förlag, Lund 1998
- Hellner, J, Radetzki, M, *Skadeståndsrätt*, 7 uppl, Norstedts Juridik 2006
- Mathiesen, T, *Kan fängelset försvaras?*, (5 uppl. Pax forlag, Oslo 1987) Bokförlaget Korpen, Göteborg 1988
- Mathiesen, T, *Rätten i samhället - en introduktion till rättsociologin*, (Pax forlag, Oslo 2001) Studentlitteratur, Lund 2005
- Roos, CM, *Ersättningsrätt och ersättningssystem*, Norstedts förlag, Stockholm 1990

*Brottsoffermyndighetens referatsamling*, Brottsoffermyndigheten 2006

### Artiklar

- Axberger, H-G, *Ära och integritet*, JT 1994-95, s 716
- Bladini, F, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*, Vänbok till Erland Strömbäck, Stockholm, 1996, s 55 - 64
- Hellner, J, *Skadeståndsrättens reformering*, SvJT 1967 s 673
- Lando, H, *Tort Law From the Perspective of Economic Theory*, s 919ff, TjR 5/97 s 919ff
- Perry, R, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, Tennessee Law Review, Vol. 73, 2006
- Schultz, M, *Berättelsen om Stella och andra myter om amerikansk skadeståndsrätt*, Nordisk Försäkringstidskrift 4/2007
- Schultz, M, *Kritik mot kränkingsbegreppet*, SvJT 2008 s. 37
- Strömbäck, E, *Internationella strömningar i skadeståndsrätten- kompensation eller prevention?*, Från det 35e Nordiska juristmötet i Oslo 18-20 augusti 1999

### Internetartiklar

- Forsberg, B, *Cellfängelsets historia*, Populär historia 6/2008, internetlänk:  
<http://www.popularhistoria.se/o.o.i.s?id=43&vid=1552>  
[http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page\\_\\_\\_\\_\\_313.aspx?epslanguage=SV](http://www.forsakringsforbundet.com/templates/Page_____313.aspx?epslanguage=SV)

### Studentuppsatser

- Leffler, D, *En översyn av det allmänna skadeståndet i Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter*, Lunds universitet

## Offentligt tryck

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen för likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung  
Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Kungl. Maj:t:s proposition nr 10 år 1962 *med förslag till brottsbalk*  
Prop 1987/88:120 *om ändring i brottsbalken (straffmätning och påföljdsval)*  
Prop 2000/01:68 *Ersättning för ideell skada*  
Prop 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*  
Prop 2008/09:67 *Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område – genomförande av direktiv 2004/48/EG*

SOU 2002:43. *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*  
SOU 2006:22. *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*

Ds 2007:10. *Skadeståndsfrågor vid kränkning*

## Praxis

NJA 1994 s. 637  
NJÄ 2003 s. 567  
NJÄ 2006 s. 170  
NJÄ 2007 s. 540