



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linda Jansmyr

Ersättning för kränkning genom
brott - särart och syfte

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare:
Christian Dahlman

Allmän rättslära

VT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	4
1.2 Teori	4
1.3 Metod, material och disposition	5
1.4 Avgränsningar	7
2 ALLMÄNT OM SKADESTÅND OCH ERSÄTTNING	8
2.1 Skadestånd och ersättning i svensk rätt	8
2.2 Olika typer av skadestånd och skador	9
2.3 Skadeståndets funktion och grund	9
2.4 Skadestånd och straff	10
3 ERSÄTTNING FÖR KRÄNKNING GENOM BROTT	12
3.1 En rättshistorisk bakgrund	12
3.2 Kränkningensbegreppet i svensk rätt	15
3.3 Skadestånd för kränkning genom brott	16
3.4 Andra möjligheter till ersättning	18
3.5 Samspelet mellan de ersättande aktörerna	20
4 TEMAN I DISKURSEN KRING KRÄNKNINGERSÄTTNING	21
4.1 Mänskliga rättigheter	21
4.2 Viktimologin och omsorgen om brottsoffren	22
4.3 Kvinnorörelsen och feminismen	22
4.4 Ett ökat politiskt intresse för kriminalitet	23
4.5 Ett ökat välstånd och en ny syn på pengar	24

4.6	Rädslan för en amerikanisering av skadeståndsrätten	25
5	KRÄNKNING I DET ALLMÄNNA RÄTTSMEDVETANDET	27
5.1	Allmänheten och kränkingsbegreppet	28
5.2	Allmänheten och kränkingsersättningen	28
6	KRÄNKINGSERSÄTTNINGENS SÄRART I ETT JURIDISKT PERSPEKTIV	30
6.1	Skadeståndsrättens grundläggande principer	30
6.2	Kränkingsersättningen och de grundläggande principerna	30
7	KRÄNKINGSERSÄTTNINGENS FUNKTIONER	33
7.1	Funktionsbegreppet	33
7.2	Olika funktioner hos skadestånd och ersättningar	34
7.3	Kränkingsersättningens avsedda funktioner	37
7.4	Reparation och kompensation som funktion	38
7.5	Plåster på sårn som funktion	39
7.6	Subjektiv upprättelse för den skadelidande som funktion	40
7.7	Fokus på skadevällarens handling – en bestraffande funktion?	41
7.8	En distansering mellan kränkning och brottslig handling?	42
7.9	En preventiv funktion?	42
7.10	Repression som en oönskad biverkning?	43
7.11	Symbolersättning eller reparation vid pulvrisering av skadan?	44
8	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	51
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

The report deals with victim rights to recover damages and state compensation for criminal violations under SKL Chapter 2 § 3 and Chapter 5 § 6 in Swedish law. The legal significance of monetary compensation for non-material or non-economic loss caused by criminal violations has increased rapidly in Sweden in the last 25 years. During this period a change in the political climate have resulted in new legislation and increasing levels of compensation. This report analyzes the new articles of law and certain adherent problems in the legal reasoning. It is difficult to define and measure a non-material injury caused by a criminal violation. The Swedish law therefore advocate an objective assessment of the injury based on predominant ethical and social values. As a result the criminal violation itself tends to command the assessment of the damages. Legal principles fundamental to the application of tort law are thereby rendered meaningless. There are also certain difficulties connected with explaining the purpose of the new legislation on basis of traditional Swedish tort law theories. The new articles appear to overlap with criminal law in ways that are hard to justify. Different possibilities to work around this problem and explain the purpose of the new legislation are analyzed in the report. A sociological perspective is also applied on victim rights to compensation in order to provide a better understanding of the reasons for the difficulties in the legal reasoning. The report's concluding part includes an attempt to explain why Swedish tort law theories have such a hard time accounting for the new legislation. I also make a personal standpoint on the best way to interpret the character and purpose of SKL Chapter 2 § 3.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar brottsoffers rätt till ersättning för kränkning enligt SKL 2 kap 3§ och 5 kap 6§. Denna typ av ideell ersättning har rötter långt tillbaka i historien men har kraftigt ökat sin rättsliga betydelse de senaste 25 åren. En svängning i den politiska debatten har under denna tid lett till stadigt ökande ersättningsnivåer och ny lagstiftning. Uppsatsen presenterar brottsoffers rätt till skadestånd och andra ersättningar vid kränkning genom brott och analyserar de problem som den nya lagstiftningen givit upphov till i den rättsvetenskapliga argumentationen. Vid kränkning genom brott är det svårt att definiera och mäta den konkreta skadan. Enligt den nya lagen skall därför en objektiv bedömning av själva kränkningen göras. Som ett resultat blir gärningsmannens brottsliga handling mycket central vid skadeståndsbedömningen. Detta leder till att många av de skadeståndsrättsliga principer som normalt är viktiga i rättstillämpningen sätts ur spel. Även argumentationen kring kränkningers ersättnings syfte eller funktion är problematisk och det är svårt att förklara ersättningen utifrån den traditionella skadeståndsrättsliga teoribildningen. Att skadevällarens handling tillmäts så stor vikt vid skadeståndsbedömningen gör att en jämförelse med straffansvaret ligger nära till hands. Olika möjligheter att angripa detta problem och att förklara kränkningers ersättnings funktion analyseras i uppsatsen. För att ge en ökad förståelse av varför kränkningers ersättning ger upphov till så stora svårigheter i den rättsvetenskapliga argumentationen anläggs också ett bredare samhällsperspektiv på ersättningen. I uppsatsens avslutande del görs sedan ett försök att sammanfatta och förklara orsakerna till att det uppstår problem i mötet mellan kränkningers ersättning och den skadeståndsrättsliga teoribildningen. Där görs också en utveckling om hur jag personligen anser att man bör argumentera runt ersättnings karaktär och funktion.

Förkortningar

Bl a
BrSkL
Dir.
Ds.
D v s
EKMR

HD
JK
Kap
M fl
NJA
Prop.
Red.
RF
S.
S k
SKL
SOU
T ex

Bland annat
Brottsskadelagen
Direktiv
Departementsserien
Det vill säga
Den europeiska konventionen om
skydd för de mänskliga
rättigheterna och de grundläggande
friheterna
Högsta domstolen
Justitiekanslern
Kapitel
Med flera
Nytt juridiskt arkiv
Proposition
Redaktör
Regeringsformen
Sidan
Så kallad
Skadeståndslagen
Statens offentliga utredningar
Till exempel

1 Inledning

De senaste 25 åren har ersättning för ideell skada till brottsoffer gått från att vara en marginaliserad företeelse till att bli ett betydelsefullt och om-diskuterat element i svensk rätt. En svängning i debatten har under denna tid lett till stadigt ökande ersättningar och ny lagstiftning, föregången av ett omfattande utredningsarbete. Genom den nya lagstiftningen, vilken trädde i kraft 2001, ersattes den tidigare rätten till skadestånd för lidande med en rätt till skadestånd för kränkning genom brott. Lagändringen syftade till att förtydliga gällande rätt och att särskilja ersättningstypen från person-skadorna, men måste också förstås som en markör av ersättningens för-ändrade status. Kränkingsersättningen är idag mycket uppmärksammas både politiskt och juridiskt, och väcker starka känslor bland allmänheten och i massmedia. Ur ett juridiskt perspektiv ger ersättningen upphov till sär-skilda argumentationsproblem. Kränkingsersättningen rör sig i ett område djupt färgat av värderingar, vilket medför att gränserna mellan juridik och politik blir otydliga och grundläggande juridiska principer utmanas. Därtill kommer faktumet att ideella skador, skador som per definition inte låter sig mätas i ekonomiska termer, i allmänhet ger upphov till ett oändligt antal komplexa och teoretiska frågor. Den starka ställning som kränkings-ersättningen på kort tid fått i svensk rätt och de nya problem den aktualiserar gör den till ett intressant studieobjekt.

1.1 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att ge en bild av kränkingsersättningens speciella karaktär med särskilt fokus på ersättningens funktion. I uppsatsen presenteras kränkingsersättningen som rättsområde för att sedan placeras in i en bredare samhällelig kontext. På så sätt skapas en bakgrund till en analys av ersättningspostens konstruktion och argumentationen kring ersättningens funktion eller syfte, men också förutsättningar för en djupare förståelse av orsakerna till de problem som aktualiseras. Viktiga frågeställningar blir: På vilka sätt intar kränkingsersättningen en särställning i svensk skadeståndsrätt? Vilka problem finns i argumentationen kring ersättningens funktion? Hur kan de rättsvetenskapliga argumentationsproblem som ersättningen ger upphov till förklaras och hanteras?

1.2 Teori

Ett rättssystem kan aldrig bli svarslöst utan måste alltid kunna ge ett svar på varje rättsfråga. Detta sätter en enorm press på rättens tankestrukturer och gör att det måste finnas regler av olika abstraktionsgrader. Rättsvetenskapens uppgift är att systematiskt bearbeta de juridiska reglerna för att kunna presentera principer som binder ihop eller skiljer rättsreglerna från

varandra. De principer som utvecklas genom rättsvetenskapens tolkningsverksamhet tar sedan vid då inget svar står att finna i rättsreglerna och är därför viktiga för en konsekvent och förutsägbar rättstillämpning.¹ I min analys av rätten utgår jag från den skadeståndsrättsliga teori som sedan 1950-talet byggts upp i den juridiska doktrinen och som tillerkänts en slags officiell status då den även fått genomslag i statliga utredningar och propositioner på skadeståndsrättens område. Denna traditionella förståelse av den svenska skadeståndsrätten är mycket influerad av Ivar Strahl och på senare år Jan Hellner. Den skadeståndsrättsliga teorin kan dock inte alltid på ett rimligt sätt rationalisera och förklara alla rättsregler. Rättsvetenskapen gör inte anspråk på att förklara verkligheten vi lever i på samma sätt som många samhällsvetenskapliga discipliner utan i stället utgår analysen från de rättsliga normer som återfinns i rättskällorna.² Då nya rättsliga normer införs uppstår därför ibland problem i mötet med existerande rättsvetenskaplig teori. En sådan svårighet är tydlig vad gäller den nya lagstiftningen om ersättning för kränkning genom brott. Därför anser jag att man för att förstå kränkingsersättningen måste anlägga ett vidare perspektiv på rätten än det juridiska och studera rättsordningen som ett öppet system. De formella rättsliga normerna antas då samspela med informella normer som finns i samhället i form av värderingar, attityder och allmänhetens rättskänsla. Ett sådant förhållningssätt innebär ett accepterande av rättsreglerna som socialt konstruerade.³ Därmed förutsätts också att formella rättsliga principer precis som andra normer har en moralisk laddning.

1.3 Metod, material och disposition

I uppsatsen används ett ersättningsrättsligt angreppssätt snarare än ett skadeståndsrättsligt, då även andra ersättningar än skadestånd som den skadelidande kan ha rätt till behandlas. Eftersom det är mycket vanligt att ersättning utgår från ett försäkringsbolag eller Brottsoffermyndigheten snarare än från skadevållaren, vore det verklighetsfrämmande att enbart studera skadeståndsrätten. Uppsatsen bygger på litteraturstudier och textanalys. Förarbetena till den nya lagstiftningen om ersättning för kränkning genom brott, lag (2001:732) om ändring i skadeståndslagen, har varit viktiga i arbetet. Som utgångspunkt för förståelsen av svensk skadeståndsrätt och för den rättsvetenskapliga analysen har Jan Hellners standardverk *Skadeståndsrätt*⁴ använts. Därutöver har rättsvetenskapliga texter som specifikt behandlar ersättningen för kränkning studerats. Bland dessa återfinns dels texter som producerats under den debatt som föregick den nya lagstiftningen och som förutom att behandla den juridiska problematiken även speglar tidsandan, dels nyare texter som tillkommit efter den nya

¹ Svanberg (2008), s. 13.

² Hydén (2001), s. 11.

³ Dahlstrand (2007), s. 11-16.

⁴ Hellner & Radetzki (2006).

lagens ikraftträdande och som främst behandlar inneboende juridiska problem hos kränkingsersättningen. I arbetet med att anlägga ett bredare samhällsperspektiv på ersättningen har också annan samhällsvetenskaplig och populärvetenskaplig litteratur använts.

I kap 2 och 3 görs en inledande presentation av kränkingsersättningen som rättsområde. Kap. 2 ger en allmän översikt av svensk ersättningsrätt. I kap 3 redovisas den rättshistoriska bakgrunden till ersättningen för kränkning genom brott, följd av en presentation av det rättsliga kränkingsbegreppet. Därefter redogörs för gällande rätt och de olika ersättande aktörerna introduceras. Dessa inledande kapitler är framarbetade enligt klassisk juridisk metod och ambitionen är en objektiv framställning.

I kap 4 och 5 är målet att sätta in ersättningen i en bredare samhällelig kontext. I denna del studeras kontakten och påverkan samhälle och rätt emellan och metoden kan därför närmast kallas rättssociologisk.⁵ Faktorer utanför den rent juridiska sfären behandlas givetvis ofta även i rättsvetenskapliga texter. Sådana hänvisningar görs dock ofta i förbigående och utan någon närmare analys. Genom att behandla den i samhället rådande synen på ersättningen och olika faktorer som bidragit till ersättningspostens framväxt mer ingående hoppas jag kunna uppnå en större tydlighet för läsaren kring kränkingsersättningen och de problem den aktualiserar. I kap 4 identifieras ett antal teman eller idéströmningar som jag anser ha varit viktiga i den diskussion som lett till fram till införandet av den nya ersättningsposten. En del av dessa idéströmningar har haft stor påverkan på samhällets utveckling överlag medan andra är mer relevanta i just skadeståndssammanhang, men en gemensam nämnare finns i att de alla haft ett visst genomslag i både den rättsvetenskapliga och allmänna politiska diskursen. I kap 5 behandlas det starka politiska inslaget hos ersättningen närmare och synen på ersättningen hos befolkningen i allmänhet analyseras.

I kap 6 återgår jag till ett mer juridiskt perspektiv. Ambitionen är att beskriva kränkingsersättningens särart och introducera de principiella problem som uppstår i mötet mellan den nya lagstiftningens konstruktion och den juridiska teoribildning som traditionellt format förståelsen av skadeståndsrätten.

Kap 7 behandlar kränkingsersättningens funktion och den politiska och rättsvetenskapliga argumentationen kring denna. Inledningsvis diskuteras betydelsen av den funktion som tillskrivs en ersättning samt några inneboende problem förknippade med definitionen av denna. Därefter presenteras de funktioner som traditionellt använts vid analysen av skadestånd och andra ersättningar inom rättsvetenskapen. Jag går sedan vidare till att pröva möjligheterna att skapa en hållbar argumentation kring kränkingsersättningens funktion utifrån det existerande teoretiska ramverk som dessa funktioner utgör. Som utgångspunkt används de funktioner som angavs vara de avsedda i förarbetena till den nya lagen vilket innebär ett

⁵ Svanberg (2008), s. 7-8.

ensidigt fokus på den skadelidande. Därefter breddas analysen till att även inkludera skadevällaren och slutligen även övriga ersättande aktörer.

I kap 8 görs avslutningsvis en sammanfattning av vad som framkommit i uppsatsen och ett försök att förklara de mer fundamentala orsakerna till att det uppstår problem i mötet mellan kränkingsersättningen och den skadeståndsrättsliga teorin. Allra sist följer några tankar om hur jag personligen anser att man bör definiera kränkingsersättningens funktion för att bäst hantera den problematik som har behandlats i uppsatsen.

1.4 Avgränsningar

Kränkingsersättningen ger upphov till många teoretiska och praktiska problem och alla kan inte behandlas i denna text. Det rättsliga kränkingsbegreppet används på ett antal områden inom ersättningsrätten och ibland även i andra sammanhang. Denna uppsats behandlar kränkningar genom brott enligt SKL 2 kap 3§, vilket betyder att andra handlingar som faller under det rättsliga kränkingsbegreppet bara kommer att redovisas översiktligt. Det rättsliga begreppet personlig integritet, som på sätt och vis kan definieras negativt utifrån begreppet kränkning, kommer inte att behandlas närmare. Uppsatsen som helhet har ingen normativ ansats utan är tänkt att beskriva rättsområdet och den förknippade problematiken. De rent faktiska ersättningsnivåerna som enligt vad som framkommer nedan måste fastställas genom en skönsässig bedömning kommer därför inte att problematiseras.

2 Allmänt om skadestånd och ersättning

2.1 Skadestånd och ersättning i svensk rätt

Den generella uppgiften för skadeståndsrättslig lagstiftning är att allokera ansvaret och därmed kostnaden för olika skador som oundvikligen uppstår i samhället.⁶ Skadestånd kan definieras som en ersättning som skall sätta den skadelidande i samma ekonomiska ställning som om skadan inte hade inträffat. Tidigare ansåg man att skadeståndsrätten byggde på de situationer där någon gjort sig skyldig till ett klandervärt handlande och skadeståndet sågs då som en slags sanktion mot sådana handlingar. Nu för tiden avgränsas skadeståndsrätten efter praktiska kriterier, oftast genom rättsreglernas innehåll.⁷ En full förståelse av skadeståndets betydelse i samhället kräver därför en god kunskap om skadeståndsrättens position i svensk rätt. Saken kompliceras av att man i det moderna samhället infört en rad möjligheter för skadelidande att få ersättning även då den skadeståndsskyldige inte kan ersätta skadan. Detta sker genom privata försäkringar, allmänna statliga försäkringar och andra statliga ersättningar. I den moderna diskussionen talar man därför ofta om ersättningsrätt snarare än skadeståndsrätt. Även inom ersättningsrätten är dock utgångspunkten att man behandlar situationer där en skada på något sätt uppstått.⁸ Skadeståndsrätten tillhör civilrätten då den reglerar förhållandena mellan privata aktörer. Ersättningsrätten däremot måste anses ha offentlighetsrättsliga inslag, då den inkluderar förhållanden mellan individ och stat. Merparten av regleringen på skadeståndsområdet återfinns i skadeståndslagen (1972:207). Många formuleringar i lagtexten är dock av så allmän karaktär att de inte ger mycket ledning för rättstillämpningen, vilket innebär att denna i praktiken är mycket styrd av förarbeten och rättspraxis. Skälen till detta är delvis historiska men främst praktiska. Skadeståndsrättsliga begrepp som oaktsamhet, uppsåt och kausalitet är svåra att precisera genom lagbestämmelser.⁹ Skadeståndsrätten i sina centrala delar lämnar därför mycket lite utrymme till något annat än allmänt hållna lagbestämmelser och tillämpningen i enskilda fall måste lämnas över till domstolarna.¹⁰

⁶ Winfield & Jolowicz (2006), s. 2.

⁷ Hellner & Radetzki (2006), s. 25.

⁸ Ibid, s. 27-29.

⁹ Ibid, s. 29-30.

¹⁰ Prop. 2000/01:68, s. 115.

2.2 Olika typer av skadestånd och skador

Skadestånd och skador kategoriseras på olika sätt och en viss kunskap om dessa kategorier är grundläggande för att kunna följa den skadeståndsrättsliga diskussionen. Inom svensk rätt skiljer man mellan inomobligatoriska skadestånd som utgår vid kontraktsbrott av olika slag och utomobligatoriska skadestånd som utgår utan att något kontraktsförhållande mellan parterna föreligger.¹¹ Skador kategoriseras i svensk rätt utifrån vilket intresse som skadats. Sakskador inkluderar skador på föremål samt följdskador av sådana skador. Personskador inkluderar skador som drabbat människans fysiska eller psykiska hälsa, men även följdskador.¹² Ren förmögenhetsskada är den beteckning som har givits åt ekonomiska skador utan samband med person- eller sakskada.¹³ I Sverige, liksom i de flesta rättssystem, finns också en uppdelning mellan ekonomisk och ideell skada. Med ekonomisk skada avses ekonomiska förluster av olika slag. Begreppet ideell skada syftar däremot på skador som inte är av ekonomisk natur. Utmärkande för ideell skada är helt enkelt att den inte låter sig mätas i pengar. Utgångspunkten i svensk rätt är att ersättning utgår för ekonomisk skada och att ideell skada bara ersätts då det finns stöd i lag. De främsta ideella skadorna i svensk rätt är kränkningar av den personliga integriteten samt fysiskt och psykiskt lidande i samband med personskada.¹⁴ De ersättningar som utgår för ideella skador brukar benämnas ideella skadestånd eller ideella ersättningar. Vid personskada finns möjlighet att få ideell ersättning både för lidande av övergående natur (sveda och värk) och av bestående art (lyte och men) samt för särskilda olägenheter till följd av skadan.¹⁵ Eftersom uppdelningen av skadestånd och skador i olika kategorier är konstruerad snarare än naturlig finns det gränsdragningsproblem och många fall hamnar i en gråzon. Gränserna ser också olika ut i olika rättsordningar och faktiskt även på olika områden inom svensk rätt.¹⁶ Särskilt svårdefinierad är gränsen mellan ideell och ekonomisk skada.¹⁷

2.3 Skadeståndets funktion och grund

En grundläggande fråga i diskussionen om det skadeståndsrättsliga systemet måste bli varför vissa handlingar skall grunda en skyldighet att utge ett skadestånd och vad som är tänkt att uppnås genom en sådan skyldighet. Inom rättsvetenskapen brukar man tala om skadestandsreglernas funktion och grund när man skall motivera och rättfärdiga reglerna. Med skade-

¹¹ Hellner & Radetzki (2006), s. 25-26.

¹² Hellner & Radetzki (2007), s. 15-18.

¹³ SKL 1 kap 2§.

¹⁴ Prop. 2000/01:68, s. 1 & 17.

¹⁵ Hellner & Radetzki (2006), s. 390.

¹⁶ Ibid, s. 25-26.

¹⁷ Prop. 2000/01:68, s. 17.

ståndets funktion avses de verkningar eller effekter av skadeståndet som ger en förklaring till varför reglerna om skadestånd är lämpliga och nyttiga.¹⁸ Den avsedda funktionen är tätt sammanlänkad med skadeståndets grund, den större teori som i sin tur förklarar varför funktionen är önskvärd. Då man talar om skadeståndets grund kan man syfta både på beskrivningar av vad som kan anses gälla nu eller ställningstaganden som bör tjäna som stöd vid den framtida utformningen av skadeståndsrätten. Förklaringarna kan vara t ex historiskt kausala, moraliskt rättfärdigande eller ändamålsbestämda. Det är svårt att skilja mellan deskriptiva och normativa utsagor då man talar om skadeståndets funktion och grund och det finns en tendens att hamna i normativa utsagor.¹⁹ Detta hänger samman med att skadeståndsrätten överhuvudtaget rör sig inom områden som är färgade av etik och värderingar. Skadeståndsrätten har i mycket en karaktär av rättsskipning och ansvarsfördelning och uttrycker mer sällan neutrala ”spelregler” utan ett värderande innehåll. Detta beror på att skadeståndsrätten per definition behandlar situationer där en skada uppstått. Skador är sällan önskade utan i stället en oavsedd eller i vart fall oönskad effekt av ett handlande och då de skall åtgärdas uppstår en kostnad som någon måste bära.

2.4 Skadestånd och straff

Som nämnts ovan anses skadeståndsrätten som rättsområde inte längre bygga på de situationer där klandervärt handlande ägt rum. Samtidigt är sambandet mellan straff och skadestånd mycket starkt i svensk rätt. Svenska regler om skadestånd står de straffrättsliga nära, vilket är mindre vanligt internationellt. Det finns ett samband av rättsteknisk art genom att en kriminalisering i många fall också medför skadeståndsansvar. Om ett skadeståndsanspråk stöds på att en kriminell gärning begåtts kan detta också handläggas bredvid åtalet, inom straffprocessen. Dessutom finns det ett samband i att bedömningarna görs på liknande sätt vad avser t ex uppsåt, oaktsamhet, orsaksförhållande och adekvans. Både straff och skadestånd kan också ur rättspolitisk synpunkt ses som en slags reaktion på handlingar som är oönskade i samhället.²⁰ Det finns dock skillnader som ger starka skäl att låta bedömningarna avvika från varandra.²¹ Skadeståndsrätten tillhör civilrätten och behandlar rättsförhållanden mellan formellt likställda parter medan straffrätten bygger på ett förhållande mellan stat och underordnade individer. Kriminalisering av vissa handlingar samt utdömande och verkställighet av påföljd anses vara rent statliga angelägenheter.²² Straffet är en sanktion mot handlingar som av samhället fördömts och ansetts straffvärda, medan skadeståndet i första hand anses syfta till att ersätta den som faktiskt lidit skada och därmed har komplicerade ekonomiska funktioner.

¹⁸ Hellner & Radetzki (2006), s. 39.

¹⁹ Ibid, s. 46-47.

²⁰ Ibid, s. 30-31 & 61-62.

²¹ Ibid, s. 85.

²² Jareborg (2001), s. 18.

Även en lagöverträdelse som befinner sig på gränsen till det straffbara området kan i många fall medföra betydande skadeståndsskyldighet och på så sätt skiljer sig skadeståndet från straffet.²³

²³ Hellner & Radetzki (2006), s. 60-61 & 85.

3 Ersättning för kränkning genom brott

3.1 En rättshistorisk bakgrund

Då man i det gamla ättesamhället tröttnade på de hämndspiraler som uppstod till följd av oförrätter av olika slag införde man regler som gav möjlighet att sona en oförrätt genom en förmögenhetsöverföring. Denna utveckling fullföljdes sedan i de medeltida landskapslagarna. Syftet med dessa regler var alltså inte i första hand att avskräcka medborgarna från att begå vissa handlingar utan att motverka hämndaktioner. Förmögenhetsöverföringen, den s k boten, tillföll ursprungligen målsäganden i sin helhet medan den senare kom att delas mellan kungen, häradet och målsäganden.²⁴ Dessa botar utgjorde alltså någon sorts blandning mellan straff och skadestånd.²⁵ Den del av en bot som gick till målsäganden sågs som en slags gottgörelse eller upprättelse och resonemangen ligger nära dem som förs kring den nutida kränkingsersättningen.²⁶ Botsystemet fanns kvar även i 1974 års lag, men redan före instiftandet av denna lag började man att skilja på skadestånd och straff. En särskild straffrätt växte fram och idéer om att skuld hos gärningsmannen i form av uppsåt eller oaktsamhet borde vara en förutsättning för ansvar gjorde sig allt mer gällande. Även botarnas storlek, och därmed den ersättning som tillföll målsäganden, påverkades av skuldgraden. Det blev allt vanligare att strängare straff än böter dömdes ut och i dessa fall blev målsäganden utan ersättning.²⁷ Om det då förelåg någon upprättelse måste den komma från straffet.²⁸ Först i mitten av 1800-talet blev skadeståndet självständigt från botsystemet. Den omfattande reform av straffrätten som då genomfördes omformade straffrätten och skadeståndsrätten till två skilda rättsområden.²⁹ Någon särskild skadeståndslag kom dock inte till stånd utan reglerna om skadestånd återfanns i 1864 års straff-lag. Skadestånd utgick för person- och sakskada då culpa förelåg och den skadelidande kunde även få ”vedergällning för lidande” i de fall där denne utsatts för ett brott mot den personliga friheten eller äran.³⁰ En egen paragraf vigdes alltså till en ersättning som i princip motsvarar den som idag ges för kränkning genom brott.³¹ Skadestånd sågs under denna period som en rättvis reaktion mot en begången oförrätt och dess berättigande ansågs mer eller mindre självklart.³²

²⁴ SOU 1992:84, s. 49-50.

²⁵ Hellner & Radetzki (2006), s. 30.

²⁶ Rubing (2004), s. 368.

²⁷ SOU 1992:84, s. 51.

²⁸ Rubing (2004), s. 368.

²⁹ Hellner & Radetzki (2006), s. 31.

³⁰ SOU 1992:84, s. 52-53.

³¹ Rubing (2004), s. 368.

³² Hellner & Radetzki (2006), s. 47.

Under 1940-talet påbörjades ett nordiskt samarbete i syfte att reformera ländernas skadeståndsrätt. Samarbetet ledde för Sveriges del till ett banbrytande betänkande³³ som kom att få stort inflytande på det efterföljande reformarbetet.³⁴ Rätten till skadestånd presenterades där som en del av ett samhälleligt skydd för de som led person- eller sakskada och därför lades mycket stor vikt vid försäkringar av olika slag. Genom ett fokus på trygghet och skydd för den som lidit skada snarare än allmän samhällsnytta hamnade ett reparativt syfte hos skadeståndet i fokus.³⁵ Detta synsätt fick stort genomslag i debatten och har färgat svensk skadeståndsrätt sedan dess. Som ett resultat kom både den offentliga och privata försäkringen på personskadeområdet att kraftigt byggas ut under andra halvan av 1900-talet.³⁶

1972 trädde SKL i kraft och Sverige fick skrivna regler med giltighet för hela skadeståndsrätten. Några år senare kompletterades lagen med nya regler om skadestånd vid personskada. En regel om ersättning för lidande vid vissa brott, motsvarande den som återfanns redan i 1864 års strafflag, fördes då in i SKL 1 kap 3 §.³⁷ I slutet av 1980-talet tog en debatt fart kring frågan om huruvida ersättningarna för lidande vid brott borde höjas.³⁸ Den rådande ordningen utsattes för skarp kritik och krav på reformer framfördes. De ideella skadorna drog till sig mer uppmärksamhet än någonsin förut, speciellt i massmedia.³⁹ Även många jurister ansåg att brottsoffer ofta kompenserades för dåligt.⁴⁰ I de juridiska leden fanns dock inledningsvis en försiktig inställning till utvidgade ersättningsmöjligheter. Troligen var detta motstånd till stor del förknippat med svårigheterna att värdera ideella skador, men också själva antagandet om att brott generellt orsakar lidande hos offret kritiserades av vissa. Ordföranden för brottsskadenämnden gick så långt som till att ifrågasätta att t ex våldsbrott ger upphov till något själsligt lidande förutom av sådan medicinsk påvisbar art som redan ersattes som personskada.⁴¹

Regeringen hade redan 1988 utfärdat direktiv⁴² till en parlamentarisk kommitté att se över SKL's regler om ersättning vid ideell skada i allmänhet. Den hetsiga debatt som utbrutit gjorde att man ville påskynda utredningsarbetet kring frågan om ideell ersättning till brottsoffer utan samband med personskada. Genom ett tilläggsdirektiv⁴³ två år senare fick kommittén i uppdrag att även överväga ändringar i regelverket och av ersättnings-

³³ SOU 1950:16 Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område.

³⁴ SOU 1992:84, s. 54.

³⁵ Hellner & Radetzki (2006), s. 49.

³⁶ SOU 1992:84, s. 56-59.

³⁷ SOU 1992:84, s. 54-55.

³⁸ I kap 4 behandlas olika faktorer som kan antas ha haft betydelse för att frågan aktualiserades just vid denna tidpunkt.

³⁹ Nordenson (1990), s. 83.

⁴⁰ Nilsson (1990b), s. 87.

⁴¹ Conradi (1986), s. 455.

⁴² Dir. 1988:76.

⁴³ Dir. 1990:66.

nivåerna vid skadestånd till våldtäktsoffer och offer för andra våldsbrott.⁴⁴ Redan 1992 redovisades resultatet av det senare uppdraget genom ett delbetänkande⁴⁵, medan kommitténs slutbetänkande publicerades först 1995⁴⁶. I delbetänkandet om ideell skada hos brottsoffer konstaterades att ersättningarna som ett resultat av samhällsdebatten hade höjts väsentligt åren strax före 1992 men att det fortfarande var en vanlig uppfattning att ersättningsnivån vid sexualbrott och grova våldsbrott var för låg i Sverige.⁴⁷ Trots att betänkandet levererades så snabbt kom lagändringarna att dröja. Rättspraxis påverkades dock eftersom både domstolarna och Brottsoffermyndigheten tog fasta på kommitténs uttalanden om behovet av högre ersättningar.⁴⁸ Ersättningarna till brottsoffer fortsatte att stiga under 1990-talet, vilket ledde till att de vid millennieskiftet var uppe i de nivåer som förespråkats i utredningen 1992.⁴⁹

Först år 2001 kom en lagändring i SKL⁵⁰ till stånd, trots att den i mycket byggde på det förslag som avgivits redan 1992. Till grund för lagändringarna låg proposition 2000/01:68 Ersättning för ideell skada. Genom två nya paragrafer i SKL, 2 kap 3§ och 5 kap 6§, infördes helt nya regler om ersättning för kränkning genom brott. De nya lagrummen ersatte den tidigare regeln SKL 1 kap 3§ som i vissa fall gav brottsoffer rätt till ersättning för det lidande de tillfogats genom ett brott. Begreppet lidande utmönstrades ur lagstiftningen eftersom det dels var förväxlingsbart med sådant medicinskt påvisbart psykiskt lidande som kan ersättas som personskada, dels ansågs betona offrets subjektiva upplevelse i alltför hög grad.⁵¹ Genom de nya lagrummen skildes ersättningstypen från personskadorna vilket tydliggjorde att denna form av skadestånd kunde utgå även i fall där det också fanns en personskada vilket tidigare varit föremål för diskussion.⁵² Enligt propositionen var lagändringarna annars i huvudsak bara förtydliganden av vad som redan gällde.⁵³ Benämningen kränkingsersättning hade också använts i det praktiska rättslivet redan innan begreppet kränkning infördes i lagtexten.⁵⁴ Vad gäller de rent faktiska ersättningsnivåerna slog regeringen fast att dessa utvecklats på ett sådant sätt att det saknades anledning att ingripa och de rättstillämpande organen även fortsättningsvis skulle bestämma ersättningens storlek genom att göra en skönsmässig bedömning baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar.⁵⁵

⁴⁴ Prop. 2000/01:68, s. 16.

⁴⁵ SOU 1992:84 Kränkning genom brott.

⁴⁶ SOU 1995:33 Ersättning för ideell skada vid personskada.

⁴⁷ Prop. 2000/01:68, s. 84.

⁴⁸ Rubing (2004), s. 368.

⁴⁹ Prop. 2000/01:68, s. 56.

⁵⁰ Lag (2001:732) om ändring i Skadeståndslagen (1972:207).

⁵¹ Hellner & Radetzki (2006), s. 62.

⁵² Prop. 2000/01:68, s. 19.

⁵³ Ibid, s. 53.

⁵⁴ Andersson, 2005.

⁵⁵ Prop. 2000/01:68, s. 56.

3.2 Kränkningensbegreppet i svensk rätt

Begreppet kränkning har på kort tid fått en stark ställning i svensk rätt.⁵⁶ Det används inte bara vid kränkning genom brott enligt SKL 2 kap 3§ utan även i andra sammanhang. Det har ofta framförts att begreppet inte har någon enhetlig betydelse och inte heller används på ett enhetligt sätt.⁵⁷ Genom vissa lagändringar de senaste åren verkar man dock ha eftersträvat en större likformighet.⁵⁸ En kränkning kan definieras som någon form av intrång i en skyddad zon som är den enskilde tillförsäkrad.⁵⁹ I diskussionen kring kränkning råder ofta en viss oklarhet i frågan om till vilket subjekt kränkningen är knuten, eftersom både regler, rättigheter, personer och mer abstrakta värden utpekats som föremål för kränkning, ofta i någon slags kombination med varandra. Inom straffrätten aktualiseras kränkningar i diskussionen kring straffbudens skyddsobjekt.⁶⁰ Det rättsliga kränkningensbegreppet är dock viktigt främst inom ersättningsrätten.⁶¹ Inom arbetsrätten är det själva kränkningen av ett anställningsvillkor som är ersättningsgrundande.⁶² HD har i ett fall, utan direkt stöd i svensk lag, dömt ut ersättning för kränkning av en rättighet. En person vars rätt till domstolsprövning inom skälig tid enligt EKMR art 6.1 kränkts, tillerkändes skadestånd för ideell skada från staten.⁶³ Lagen om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder grundar i vissa fall rätt till ersättning för lidande⁶⁴, vilket alltså var det begrepp som användes i SKL innan man införde begreppet kränkning. Enligt den nya diskrimineringslagen skall den som inte följer lagen betala ersättning för den kränkning som överträdelsen innebär⁶⁵ och i förarbetena talar man då snarast i termer av kränkning av integriteten⁶⁶. I den lag som särskilt skall motverka diskriminering i skolan förbjuds förutom diskriminering även annan kränkande behandling av barn, och sådan behandling definieras då kort som annat uppträdande som kränker ett barns värdighet.⁶⁷ I flera andra lagar, bl a personuppgiftslagen, stadgar lagtexten att ersättning kan utdömas för kränkning av den personliga integriteten⁶⁸. Även vid skadestånd för kränkning genom brott är det den skadelidandes integritet som man tänker sig vara kränkt. Enligt regeringen är det utmärkande för de brott som grundar rätt till sådan ersättning att de innefattar ett angrepp på den

⁵⁶ Schultz (2008), s. 44.

⁵⁷ Se t ex Bengtsson (2007), s. 302.

⁵⁸ Skadeståndsklausulen i 5 kap 1§ Diskrimineringslagen (2008:567) är t ex utformad så att den liknar SKL 2 kap 3§.

⁵⁹ Detta är den gemensamma nämnaren för alla kränkningar enligt SOU 1992:84, s. 189.

⁶⁰ Berglund (2002), s. 85-87.

⁶¹ Bengtsson (2007), s. 302.

⁶² Se t ex 38§ Lag (1982:80) om anställningsskydd.

⁶³ NJA 2005 s. 462.

⁶⁴ 7§ Lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder

⁶⁵ 5 kap 1§ Diskrimineringslagen (2008:567).

⁶⁶ Prop. 2007/08:95, s. 387-388.

⁶⁷ 2§ & 13§ Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

⁶⁸ 48§ Personuppgiftslag (1998:204).

personliga integriteten, då snarast i bemärkelsen privatliv och människovärde.⁶⁹ Kränkningens innebörd är som visats ovan något otydlig. Samtidigt kan man se att användningen i huvudsak begränsas till frågor med psykiska och ideella konnotationer. Jämfört med ett sekel tillbaka då man med integritetskränkning syftade på rent fysiska skador, åstadkomna med fysiska medel, har begreppet alltså fått en ny innebörd.⁷⁰

3.3 Skadestånd för kränkning genom brott

Brottsoffers rätt till skadestånd för kränkning regleras i SKL 2 kap 3§ och 5 kap 6§. De två lagreglerna är tätt sammanbundna och det krävs en full förståelse av båda för att kunna dra några slutsatser. Enligt SKL 2 kap 3§ skall den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp på dennes person, frihet, frid och ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Enligt SKL 5 kap 6§ skall skadestånd med anledning av kränkning bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Vid bedömningen skall särskilt beaktas om handlingen haft förnedrande eller skändliga inslag, varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa eller riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värna sin personliga integritet. Hänsyn skall också tas till om handlingen inneburit ett missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande eller varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet. SKL 5 kap 6§ är i huvudsak ett försök att tydliggöra vad som redan tidigare ansågs vara gällande rätt avseende faktorer som påverkar ersättningens storlek. Bara de omständigheterna som typiskt sett ansetts allra viktigast, ansågs befogade att inkludera i lagtexten.⁷¹

De kränkningar som ersätts med stöd av skadeståndslagen måste alltså ha orsakats genom en brottslig handling, och brottet skall ha innefattat ett angrepp på den ersättningsberättigades person, frihet, frid eller ära. Detta syftar i första hand på brott som faller inom vissa särskilda kapitel i brottsbalken. Det behöver inte vara fråga om ett brottsbalksbrott, utan även brott mot annan lagstiftning kan vara ansvarsgrundande, så länge rekvisiten i ett av de aktuella straffbuden är uppfyllda.⁷² Om t ex ett visst brott som ger rätt till kränkningens ersättning konsumeras av ett annat brott som inte normalt ger rätt till sådan ersättning är detta inget skäl att utesluta skadeståndsansvar.⁷³ För att vara berättigad till ersättning måste man vara i särskild grad berörd av brottet.⁷⁴ Om en handling är belagd med straff för att skydda något annat intresse än den skadelidandes kan det hända att straff döms ut men att skadeståndsansvar ändå inte föreligger.⁷⁵ Eftersom skadestånds-

⁶⁹ Prop. 2000/01:68, s. 48.

⁷⁰ Andersson (2005).

⁷¹ Prop. 2000/01:68, s. 53.

⁷² Hellner & Radetzki (2006), s. 81.

⁷³ Prop. 2000/01:68, s. 49.

⁷⁴ Ibid, s 64 ff.

⁷⁵ Hellner & Radetzki (2006), s. 86.

ansvar för kränkning bara föreligger vid vissa utpekade typer av brott betyder det att man redan från början slår fast att dessa straffstadganden avser att ge skydd mot kränkning. Det är alltså uppenbart att offren för dessa brottsliga handlingar är straffbudens skyddsobjekt. Ibland kan det dock bli aktuellt att bedöma om personer som inte direkt berörts av brottet ändå kan ha rätt till ersättning för kränkning.⁷⁶ I princip skall det vara fråga om uppsåtliga brott, men även brott genom oaktsamhet kan vara ersättningsgrundande om omständigheterna vid brottet är så försvårande att den skadevållandes handlande närmar sig gränsen för en uppsåtlig gärning. För att skadeståndsansvar skall föreligga krävs inte att skadevållaren dömts till ansvar för brottet och därför kan även den som inte kan dömas till straffpåföljd p g a ålder, sinnesbeskaffenhet eller preskription bli skadeståndsskyldig.⁷⁷

SKL 2 kap 3§ stadgar också att endast allvarlig kränkning skall ersättas. Att mindre allvarlig kränkning inte ersätts beror på att inget lidande anses uppkomma i samband med sådana kränkningar. En bedömning av huruvida en kränkning är allvarlig får göras från fall till fall med beaktande av alla relevanta omständigheter.⁷⁸ Enligt den praxis som utvecklats krävs att kränkningen är av sådan art att den berättigar ett skadestånd på minst 5000 kronor för att kunna anses allvarlig.⁷⁹ Denna koppling till ersättningens storlek innebär att man redan vid ställningstagandet om huruvida det överhuvudtaget finns grund för skadestånd enligt SKL 2 kap 3§ tar viss hänsyn till de grunder för ersättningens storlek som återfinns i SKL 5 kap 6§. Som berörts ovan är alltså lagreglerna tätt sammantvinnade. Vissa brott innebär till sin natur regelmässigt en allvarlig kränkning. Detta gäller t ex sexualbrott. Även de flesta av våldsbrotten kan troligen innebära en allvarlig kränkning.⁸⁰

SKL 6 kap 1§ om jämkning p g a skadelidandes medvållande är inte tillämplig på kränkningsfallen. Den skadelidandes eget uppträdande får i stället betydelse när man bedömer om en allvarlig kränkning föreligger och när man bestämmer ersättningens storlek. Då en person inte värnat sin integritet utan snarare kan anses ha givit upp kravet på respekt för den personliga integriteten resulterar det i att kränkningen inte bedöms som allvarlig. Även om en allvarlig kränkning ändå anses föreligga kan den skadelidandes eget beteende enligt samma princip vara en anledning att bestämma skadeståndet till ett lägre belopp. Det kan vara fråga om provokation eller annat medvållande från den skadelidandes sida, men även ett medvetet risktagande som ger uttryck för att personen inte värnar sin integritet på samma sätt som människor i allmänhet.⁸¹ Hänsyn till den skadelidandes eget agerande torde främst aktualiseras vid mindre grova våldsbrott, ofredanden och ärekränkingsbrott. Vid sexualbrott anses den

⁷⁶ Ibid, s. 86.

⁷⁷ Prop. 2000/01:68, s. 48-49.

⁷⁸ Ibid, s. 50.

⁷⁹ Eriksson (2007), s. 416.

⁸⁰ Hellner & Radetzki (2007), s. 138.

⁸¹ Prop. 2000/01:68, s. 50-52.

skadelidandes uppträdande i regel sakna betydelse för huruvida en allvarlig kränkning föreligger.⁸²

Ersättning skall utgå för den skada som kränkningen innebär. Begreppet skada är avsett att motsvara begreppet lidande, vilket använts fram till år 2001, med den skillnaden att man syftar i mindre grad på den skadelidandes egen upplevelse. Skadan skall i stället huvudsakligen bedömas från objektiva kriterier och man bör titta på vilken kränkning som typiskt sett kan anses uppkomma genom angreppet.⁸³ Att man velat göra bedömningen mer objektiv beror på att olika personer har olika förmåga att beskriva sitt lidande och att den skadelidande i vissa fall kan förmodas medvetet eller omedvetet överdriva sin upplevelse.⁸⁴ Det finns dock ett visst utrymme för att ta hänsyn till den skadelidandes upplevelse i det enskilda fallet.⁸⁵ Om kränkningen upplevts som särskilt allvarlig eller klart lindrigare än normalt kan en avvikelse göras från en mer schablonartad bedömning. T ex kan tidigare erfarenheter som gör att offret påverkas särskilt starkt vara relevanta i de fall där detta är förutsebart för skadevållaren.⁸⁶ Som nämnts kan också den skadelidandes eget beteende motivera avvikelser från en mer objektiv bedömning.

3.4 Andra möjligheter till ersättning

Skadestånd, eller utbetalningen av ett sådant, innebär i sin renodlade form en förmögenhetsöverföring från den skadeståndsskyldige till den skadelidande. I praktiken betalas skadestånd för kränkning genom brott sällan av den primärt skadeståndsskyldige.⁸⁷ Den skadeståndsskyldige saknar ofta medel att betala skadeståndet och eventuella försäkringar som skadevållaren tecknat omfattar inte denna typ av skador.⁸⁸ En skada som orsakats genom en uppsåtlig handling kan av uppenbara försäkringstekniska skäl inte ersättas ur en ansvarsförsäkring.⁸⁹ Därför betalas ersättningen i praktiken ofta ut från överfallsskyddet i den skadelidandes hemförsäkring eller i sista hand av staten i form av brottskadeersättning.⁹⁰ En fördel för den skadelidande är att sådana ersättningar kan utgå även då skadevållaren är okänd. Vanligast är att ersättning utgår ur en privat försäkring på skadelidandesidan och då lagändringarna genomfördes år 2001 antogs kostnaderna till följd av ändringarna främst komma att belasta sådana försäkringar.⁹¹ Ansvars-

⁸² Ibid, s. 66.

⁸³ Ibid, s. 66.

⁸⁴ Ibid, s. 51.

⁸⁵ Ibid, s. 66.

⁸⁶ Ibid, s. 51-52.

⁸⁷ Ibid, s. 62.

⁸⁸ Hellner & Radetzki (2007), s. 154.

⁸⁹ Nilsson (1990a), s. 147.

⁹⁰ Prop. 2000/01:68, s. 62.

⁹¹ Prop. 2000/01:68, s. 63.

försäkringens personskadenämnd arbetar med att pröva försäkringsbolagens frågor kring ersättning enligt SKL 2 kap 3§ och verkar för att skaderegleringen blir skälig och enhetlig mellan de olika försäkringsbolagen.⁹²

Om den skadelidande saknar försäkringsskydd kan i stället statlig brottskadeersättning enligt brottskadelagen (1978:413) bli aktuell. Beslut om brottskadeersättning tas av Brottsoffermyndigheten.⁹³ Vid lagändringen 2001 ansåg regeringen att brottskadeersättning vid kränkning borde betalas ut enligt huvudsakligen samma principer som skadestånd för kränkning.⁹⁴ Därför infördes ändringar i BrSkL motsvarande dem som gjordes i SKL.⁹⁵ Brott mot ära grundar dock inte rätt till brottskadeersättning.⁹⁶ Dessutom är brottskadeersättningen maximerad till visst antal basbelopp.⁹⁷ BrSkL ger också mycket större möjligheter till jämkning än SKL och ersättningen kan sättas ner eller falla bort då det är skäligt med hänsyn till att den skadelidande genom sitt uppträdande i samband med brottet eller på annat sätt uppsåtligt eller av oaktsamhet ökat skaderisken.⁹⁸ Denna möjlighet utnyttjas också i praktiken. Brottsoffermyndigheten brukar jämka ersättningen mycket, ofta till noll och avslå yrkandet om ersättning om det t ex handlar om en kränkning i samband med kriminell verksamhet, så som narkotikahandel eller organiserad brottslighet.⁹⁹ Ofta utgår inte heller brottskadeersättning vid sexuellt utnyttjande av barn i fall där det sexuella umgänget varit frivilligt, målsägandens ålder legat nära den sexuella självbestämmandegränsen och skillnaden i ålder och utveckling mellan gärningsman och brottsoffer varit ringa. Detta motiveras med att ingen allvarlig kränkning kan anses vara för handen, trots att skadestånd enligt SKL 2 kap. 3§ ofta döms ut av domstolarna i dessa fall.¹⁰⁰ Rätten till brottskadeersättning är subsidiär till rätten till skadestånd och försäkringsersättningar.¹⁰¹ När man fått in ett ärende är utredningen därför inledningsvis inriktad på skadevållarens betalningsförmåga och de försäkringar brottsoffret eventuellt har.¹⁰² Om dessa möjligheter är stängda gör brottsoffermyndigheten en prövning som i princip är självständig. Myndigheten är inte bunden av domstolarnas bedömning i ett brottmål.¹⁰³ Detta betyder att ersättning kan utgå även vid en friande dom i domstol och att ersättningen ibland jämkas trots att domstolen ansett att ett brott begåtts.¹⁰⁴

⁹² Eriksson (2007), s. 32 & 416.

⁹³ 12§ BrSkL.

⁹⁴ Prop. 2000/01:68, s. 57.

⁹⁵ Se 2§ BrSkL om rätt till brottskadeersättning vid kränkning genom brott & 5§ BrSkL som hänvisar till SKL 5 kap 6§ vid bestämmande av ersättningens storlek.

⁹⁶ 2§ 2st BrSkL.

⁹⁷ 11§ 2st BrSkL.

⁹⁸ 9§ BrSkL.

⁹⁹ Rubing (2004), s. 370.

¹⁰⁰ Brottsoffermyndighetens referatsamling (2009), s. 51-55.

¹⁰¹ 6§ BrSkL om avräkning av skadestånd & 7§ BrSkL om avräkning av annan ersättning.

¹⁰² Rubing (2004), s. 370.

¹⁰³ Hellner & Radetzki (2007), s. 154.

¹⁰⁴ Rubing (2004), s. 370.

3.5 Samspelet mellan de ersättande aktörerna

I utvecklingen av praxis finns ett viktigt samspel mellan domstolarna, försäkringsbolagen och Brottsoffermyndigheten, de aktörer som arbetar med att bestämma kränkingsersättningarna. Detta samspel har varit särskilt framträdande vad gäller utvecklingen av ersättningsarnas storlek, vilken regeringen alltså överlät till de rättstillämpande organen att styra. Även i rättstillämpningen ger dock bestämmandet av ersättningsens storlek vid ideella skador upphov till problem eftersom det är svårt att finna några objektiva grunder för att bestämma den förlust som den ideella skadan medfört för den skadelidande. Det blir därför naturligt att ersättningen till stor del bestäms enligt schabloner. Man kan på så sätt undvika godtycke och skaderegleringen förenklas. Det möjliggör också att frivilliga överenskommelser kan genomföras i högre grad.¹⁰⁵ Det finns inga tabeller av det slag som används t ex vid sveda och värk att tillgå då man skall bestämma kränkingsersättningen, men en relativt fast praxis har utvecklats genom samspelet mellan de ersättande aktörerna. I denna utveckling har Brottsoffermyndigheten haft en framträdande roll.¹⁰⁶ Det är t ex Brottsoffermyndigheten som i sin praxis slagit fast att en kränkning som är allvarlig aldrig kan värderas till ett belopp lägre än 5000 kronor.¹⁰⁷ Brottsoffermyndigheten har över huvudtaget varit mycket viktig i utvecklingen av praxis kring kränkingsersättningen. Den stora mängd ärenden som myndigheten tar ställning till ger en överblick över hela ersättningsposten som är svår att uppnå på andra ställen. Från domstolshället hörs ibland kritik om att Brottsoffermyndighetens referatsamling blir ett facit och att en hänvisning dit sätter punkt för diskussionen, vilket inte bidrar till en god utveckling av praxis.¹⁰⁸ Frågan om huruvida domstolarna borde ha en mer framträdande roll när det gäller utveckling av praxis gällande ersättningsarnas storlek behandlades också i förarbetena till lagändringen 2001. I propositionen konstaterades dock att HD's vägledande uttalanden får stort genomslag både i underrätternas och Brottsoffermyndighetens praxis och rättsutvecklingen på senare år styrs alltmer av HD. Generellt ansågs samspelet mellan domstolarna, Brottsoffermyndigheten och Ansvarsförsäkringens personskadenämnd fungera bra och man ville inte initiera några förändringar i denna ordning.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Prop. 2000/01:68, s. 60.

¹⁰⁶ Ibid, s. 19.

¹⁰⁷ Ibid, s. 65.

¹⁰⁸ Rubing (2004), s. 369-370.

¹⁰⁹ Prop. 2000/01:68, s. 61-62.

4 Teman i diskursen kring kränkningers ersättning

Varje rättssystem är med nödvändighet produkten av en historisk utveckling inom vilken ett stort antal faktorer bidragit till utformningen av den gällande rätten.¹¹⁰ En medvetenhet om de samhälleliga influenser som påverkar rätten utifrån kan antas bidra till en djupare förståelse av olika rättsliga problem. Nedan identifieras ett antal idéströmningar som haft stor betydelse i diskussionen kring brottsoffers rätt till ideell ersättning och därmed även för utvecklingen av kränkningers ersättning i dess nuvarande form. Det är fråga om idéer som har fått ett stort politiskt genomslag eller annars återkommit om och om igen i den politiska och rättsvetenskapliga diskussionen kring ersättning för kränkning genom brott.

4.1 Mänskliga rättigheter

Under 1900-talet har idéer om vissa grundläggande fri- och rättigheter som tillkommer alla samhällsmedborgare vuxit sig allt starkare. Vid andra världskrigets slut påbörjades arbetet med att stärka dessa rättigheter på ett internationellt plan.¹¹¹ 1948 antogs FN's allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna och med denna som grund skapades sedan EKMR, den europeiska motsvarigheten. Sedan 1994 har denna konvention i det närmaste status som grundlag i Sverige.¹¹² Vissa debattörer har påstått att mänskliga rättigheter i vårt sekulära samhälle fått en slags religiös status.¹¹³ I vart fall har de mänskliga fri- och rättigheterna de senaste 25 åren ökat sin rättsliga betydelse och är numera ofta relevanta för rättsliga konflikter även i vardagslivet. Utvecklingen syns tydligt i nyare förarbeten, i vilka man ofta refererar till mänskliga rättigheter och de grundläggande värderingar som är kopplade till detta begrepp då man motiverar och diskuterar ny lagstiftning.¹¹⁴ Idéer om mänskliga rättigheter måste anses ha varit en viktig bidragande faktor till kränkningers ersättnings höjda status. Detta är tydligt i förarbetena till lagändringen 2001, i vilka t ex uttalades att man vid bestämmande av kränkningers ersättning skall beakta om angreppet strider mot grundläggande samhällsvärderingar så som alla människors lika värde.¹¹⁵

¹¹⁰ Svanberg (2008), s. 24.

¹¹¹ Lindgren (2004), s. 45.

¹¹² 2 kap 23§ RF, införd genom lag (1994:1468), stadgar att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR.

¹¹³ Cameron (2006), s. 584.

¹¹⁴ Dahlstrand (2007), s. 11 & 77.

¹¹⁵ Prop. 2000/01:68, s. 53.

Många av de mänskliga rättigheterna berör också ett brottsoffer mycket direkt, såsom rätten till frihet och integritet.¹¹⁶

4.2 Viktimologin och omsorgen om brottsoffren

Från ett allmänt intresse för mänskliga rättigheter kan skiljas ett mer specifikt intresse för just brottsoffers rättigheter. Historiskt har rättsväsendet vid brottsliga handlingar fokuserat sina insatser och sitt intresse på gärningsmännen. Under de senaste årtiondena har dock intresset för brottsoffer exploderat.¹¹⁷ Efter andra världskriget uppstod ur kriminologin den s k viktimologin, det vetenskapliga studiet av brottsoffer, som en reaktion på den ensidiga fokuseringen på gärningsmannen.¹¹⁸ I slutet av 1970-talet formades vid sidan av den vetenskapliga disciplinen också en mer aktivistisk rörelse som arbetade för att hjälpa brottsoffer och driva opinionsbildning till stöd för brottsoffers rättigheter.¹¹⁹ Det ökade intresset för brottsoffer har lett till att Europarådet sedan 1979 har avgivit 31 rekommendationer gällande brottsofferfrågor till medlemsländerna.¹²⁰ Utvecklingen är påtaglig även inom den svenska rätten där det sedan mitten av 90-talet i princip årligen införts en ny regel till förmån för brottsoffer, t ex i form av möjligheter att utverka besöksförbud och få målsägandebiträde.¹²¹ Brottsoffrets intåg på den rättspolitiska arenan kan anses vara något av ett paradigmskifte.¹²² Arbetet för brottsoffrens rättigheter engagerar också allt fler personer i det civila samhället.¹²³ Det är alltså inte förvånande att även frågan om brottsoffers rätt till monetär kompensation kommit att aktualiseras under de senaste decennierna.

4.3 Kvinnorörelsen och feminismen

En bidragande orsak till att brottsoffrens situation uppmärksammats de senaste årtiondena har varit kvinnorörelsens arbete med att synliggöra mäns våld mot kvinnor. Den svenska forskningen kring brottsoffer har också främst behandlat problematiken kring barn utsatta för sexuella övergrepp och kvinnor som utsätts för våld av bekanta gärningsmän.¹²⁴ I Sverige drog debatten kring dessa brottsoffer i gång på 1970-talet, utlöst av den statliga

¹¹⁶ Wergens (2002), s. 16.

¹¹⁷ Lindgren (2004), s. 16.

¹¹⁸ Wergens (2002), s. 21-22.

¹¹⁹ Ibid, s. 26.

¹²⁰ Lindgren (2004), s. 49.

¹²¹ Ibid, s. 307.

¹²² Dahlstrand (2007), s. 55.

¹²³ Ibid, s. 10.

¹²⁴ Lindgren (2004), s. 16.

sexualbrottsutredningens kraftigt kritiserade betänkande SOU 1976:9.¹²⁵ Ur ett feministiskt perspektiv blev sedan kvinnorrättskommissionens slutbetänkande Kvinnofrid (SOU 1995:60) en rättshistorisk milstolpe.¹²⁶ Propositionen som följde utredningen och som låg till grund för en reform av bl a sexualbrottslagstiftningen byggde på ett antal avgörande politiska ställningstaganden. Man slog fast att det i Sverige på många områden fortfarande råder en obalans i maktförhållandet mellan könen och att det mest extrema exemplet är det könsspecifika våld av fysisk, psykisk och sexuell art som män riktar mot kvinnor. Bekämpningen av detta våld angavs vara en uppgift av högsta prioritet för rättsväsendet. Även andra beslätade frågor behandlades, t ex beskrevs prostitution som en verksamhet destruktiv för kvinnor, ovärdig och oacceptabel i ett jämställt samhälle.¹²⁷ Ett nytt större intresse för skyddet av kvinnors fysiska och sexuella integritet manifesteras alltså i propositionen. Denna utveckling har varit viktig även för debatten kring kränkingsersättningen. En utlösande faktor till diskussionen om ideella skadestånd till brottsoffer i slutet av 1980-talet var just en utbredd uppfattning om att de ideella skadestånden vid sexualbrott var för låga.¹²⁸ I förarbetena till lagändringen 2001 anfördes sedan också att vissa typer av brott generellt måste anses innebära svårare kränkningar av den personliga integriteten än andra och man angav då sexualbrott som exempel.¹²⁹ Ett ökat fokus på kvinnors fysiska och sexuella integritet har alltså varit en bidragande faktor till det ökade intresset för kränkingsersättningen. Denna utveckling har troligen också bidragit till att den personliga integriteten i allmänhet på senare år fått mer uppmärksamhet.

4.4 Ett ökat politiskt intresse för kriminalitet

I Sverige och våra grannländer har kriminaliteten under de senaste 25 åren kommit i fokus för den politiska uppmärksamheten från att tidigare betraktats som ett komplicerat fackområde, en arena reserverad för professionella aktörer som jurister och rättspsykiatriker. Också i land som USA och Storbritannien konkurrerar politikerna om att etablera sitt parti som en kraft i kampen mot brottsligheten.¹³⁰ Under de senaste 30 åren har i det politiska rummet också skett en svängning från krav på reducerad fängelseanvändning till en motsatt ståndpunkt.¹³¹ Tendenser till en ökad repression är tydliga både i Sverige och internationellt. Ett exempel är utformningen av Amsterdamfördragets text på det straffrättsliga området där det enbart talas

¹²⁵ Lindgren (2004), s. 93.

¹²⁶ Wergens (2002), s. 29.

¹²⁷ Prop. 1997/98:55 s. 20-24.

¹²⁸ Nilsson (1990b), s. 87.

¹²⁹ Prop. 2000/01:68, s. 52.

¹³⁰ Christie (2005), s. 69-70.

¹³¹ Tham (1995), s. 78.

om miniminivåer för brottsrekvisit och brottspåföljder. Som Petter Asp påpekat verkar det inte ha föresvävat personerna bakom fördragstexten att en harmonisering också kan innebära att man strävar i riktning mot minskad repression på vissa områden.¹³² Utvecklingen skulle kunna förklaras med att människor i allmänhet blivit mer bekymrade för kriminaliteten de senaste årtiondena. Ett sådant antagande är dock vanskligt eftersom det i varje land vid varje tidpunkt verkar finnas en majoritet som anser att kriminaliteten ökar och att det finns ett behov av strängare straff för brottslingar. Nivån på de faktiska straffen samt kriminalitetens utveckling över tid verkar inte ha någon inverkan i denna fråga.¹³³ Erfarenhet visar också att människors inställning i kriminalpolitiska frågor är starkt påverkad av hur kriminaliteten i fråga beskrivs.¹³⁴ Lika väl som att allmänhetens eventuella farhågor kan ha bidragit till en ökad politisering av kriminalpolitiken skulle en sådan inställning hos befolkningen i allmänhet också kunna vara ett resultat av hur brottsligheten beskrivs av politiker och i massmedia. Brottsligheten har bevisligen ökat dramatiskt sedan andra världskrigets slut. Denna utveckling verkar dock generellt ha avstannat de senaste årtiondena.¹³⁵ Detta gör det svårt att förklara varför en ökad politisering skett just nu. En möjlig förklaring till det intensiva intresset för kriminalitet och dess bekämpning som finns i många moderna länder är avsaknaden av andra betydelsefulla hot mot medborgarnas trygghet. Denna idé stöds av att den ökade politiseringen sammanfaller med kalla krigets slut. En annan möjlig förklaring till att kriminalpolitiken hamnat högt på den politiska agendan är att det finns få viktiga nationella arenor kvar för politiker att agera på.¹³⁶ Inte bara straffrätten utan även den svenska skadeståndsrätten har på senare år blivit mer politiserad.¹³⁷ De viktigaste skadeståndsrättsliga reformerna de senaste årtiondena har varit förknippade med just kriminalitet och andra klandervärda beteenden som t ex diskriminering. Detta kan tolkas som att det ökade politiska intresset för kriminalitet får genomslag inte bara i straffrätten utan även i skadeståndsrätten.

4.5 Ett ökat välstånd och en ny syn på pengar

En annan faktor som kan antas ha inverkat på kränkingsersättnings utveckling är den välståndsökning som ägt rum under det senaste seklet. Det relativa välståndet måste antas vara en viktig förutsättning för möjligheterna att stärka skyddet av individens mänskliga rättigheter. Denna välståndsökning kan också indirekt ha bidragit till att kriminaliteten hamnat på den politiska agendan eftersom det generellt finns ett starkt samband mellan

¹³² Asp (2002), s. 61.

¹³³ Balvig (2006), s. 11-12.

¹³⁴ Ibid, s. 6.

¹³⁵ Sarnecki (2003), s. 291-294.

¹³⁶ Christie (2005), s. 64-70.

¹³⁷ Bengtsson (1990), s. 103.

ekonomisk tillväxt och en ökning av antalet brott, vilket delvis kan förklaras genom en ökad tillgång på begärliga varor.¹³⁸ Det ökade välståndet kan dessutom antas ha haft en mer direkt effekt på inställningen till skadestånd. I ett resursfattigt land är det naturligt att låta ersättningen för ideell skada komma i andra hand medan man fokuserar på de mest grundläggande behoven, men med ett ökat välstånd ökar kraven på sådan ersättning. I dagens Sverige värderas förluster av livskvalitéer på ett annat sätt än tidigare, t ex har fritiden blivit viktigare för en större skara människor.¹³⁹ Den skadeståndsrättsliga diskussionen kom också att inriktas på ideell skada vid brott först då man genom reformer lyckats skapa ett i princip heltäckande ersättningsystem vid personskador.¹⁴⁰ Ökad efterfrågan på ekonomisk kompensation till brottsoffer kan alltså ses som resultatet av ett välfärdssamhälle i en positiv bemärkelse, men kan också kritiseras i termer av ökad materialism. Processen då en mångfacetterad värdediskurs blir en enkel beräkningsoperation i termer av monetär kompensation kan beskrivas som en slags materiell kolonisering.¹⁴¹ Att sätta ett pris på kränkningar blir lätt stötande och synen på pengar som det enda botemedlet mot kränkningar är lätt att kritisera. Sådana argument fungerar som en motvikt mot krav på utvidgade ersättningsmöjligheter och har ofta synts i den juridiska diskussionen.¹⁴²

4.6 Rädslan för en amerikanisering av skadeståndsrätten

En annan faktor som fungerat som en motvikt till kraven på höga ersättningar till personer som utsatts för brott är motviljan till en amerikanisering av den svenska skadeståndsrätten. I Sverige verkar finnas ett allmänt motstånd mot en sådan utveckling. Dessa farhågor är tydliga inom den juridiska diskussionen men kan även anas i den allmänna debatten. Inom den juridiska världen har amerikansk skadeståndsrätt blivit ett begrepp med negativa associationer till en skenande rättsutveckling, en etikett på något rättskulturellt ruttet.¹⁴³ Vid det nordiska juristmöte där ideella skadestånd behandlades inför en eventuell lagförändring uttalade sig flera av de juridiska experterna i negativa ordalag om en sådan utveckling.¹⁴⁴ Referenten ansåg det vara ”helt klart att en utveckling av det slag som skett i USA inte är att önska”¹⁴⁵. Denna rädsla för en amerikanisering av skadeståndsrätten har dock också kritiserats och anklagats för att vara ”en juridisk orientalism, en svepande generalisering baserad på

¹³⁸ Sarnecki (2003), s. 294-295.

¹³⁹ Nilsson (1990b), s. 87.

¹⁴⁰ Andersson (2005).

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Se t ex Cameron (2006), s. 584.

¹⁴³ Schultz (2007), s. 375.

¹⁴⁴ Se t ex Osvald (1990), s. 109 & Nilsson (1990b), s. 112.

¹⁴⁵ Nilsson (1990a), s. 116.

fördomar”¹⁴⁶. Även bland politiker och allmänhet finns det troligen en opinion mot en generell tillnärmning av svensk skadeståndsrätt till amerikansk. Den allmänna bilden av amerikansk skadeståndsrätt innehåller ofta föreställningar om att amerikaner är mycket benägna att kräva skadestånd i domstol och att enorma skadestånd utbetalas även för mycket små skador eller då skadevällaren betett sig helt normalt. Andra vanliga uppfattningar är att domstolarna ofta dömer för hårt och de riktiga vinnarna är de ambulansjagande advokaterna som jobbar mot procent och trissar upp ersättningsnivåerna.¹⁴⁷ Hur man än ställer sig till den amerikanska skadeståndsrätten kan man utgå från att den påverkat argumentationen kring den svenska kränkingsersättningen.

¹⁴⁶ Schultz (2007), s. 375.

¹⁴⁷ Ibid, s. 376.

5 Kränkning i det allmänna rättsmedvetandet

Varje rättssystem utformning och innehåll är som nämnts resultatet av en utveckling som påverkas av många faktorer. All lagstiftning måste dock bygga på politiska beslut. Det betyder att alla förslag på förändring av rätten måste kanaliseras via de politiska partierna.¹⁴⁸ Sambandet mellan juridik och politik är därför onekligen starkt även om juristen arbetar med formella normer medan politikern mer öppet arbetar med informella normer i form av värderingar och attityder. Rättsvetenskapen har som professionell disciplin strävat efter att distansera sig från politiken. Genom den rättsdogmatiska metoden som främst sysslar med gällande rätt har man försökt göra en gränsdragning mellan juridik och politik. Denna gräns är dock inte alltid så tydlig som de teoretiska konstruktionerna ger sken av.¹⁴⁹ Detta gäller särskilt skadeståndsrätten som generellt lämnar mycket lite utrymme till annat än allmänt hållna lagbestämmelser och där tillämpningen i enskilda fall måste lämnas över till domstolarna. Även i ett skadeståndsrättsligt perspektiv måste dock kränkingsersättningen anses vara av ovanligt politisk art. I förarbetena till den nya lagen om ersättning för kränkning genom brott konstaterades att bestämmande av storleken hos ersättningen nödvändigtvis måste bli en skönmässig bedömning. Denna bedömning skall som nämnts göras av de rättstillämpande organen med beaktande av förhärskande etiska och sociala värderingar. Uttalandet rörde nivån på ersättningarna men som diskuterats ovan är SKL 2 kap 3§ och 5 kap 6§ så tätt sammantvinnade att uttalandet får betydelse för kränkingsersättningen som helhet.¹⁵⁰ Konstruktionen av den ideella kränkingsersättningen gör att den som rättsområde har en dynamisk placering mellan rätten och samhället och på ett ovanligt tydligt sätt visar hur rätten tar form mellan de två angränsande disciplinerna juridik och politik.¹⁵¹ Denna konstruktion i kombination med det mycket stora allmänna och politiska intresse som utlöste debatten kring ersättningstypen och som fortfarande finns kvar gör att det blir underligt att behandla ämnet utan att ta upp frågan om allmänhetens syn på ersättningen. Sociala värderingar har bidragit till ersättningspostens framväxt och kan också antas komma att påverka den framtida utvecklingen i någon mån. Hur det allmänna rättsmedvetandet formas är en svår fråga som inte skall behandlas närmare här men man kan konstatera att den stora allmänheten får största delen av sin kunskap om rättsliga förhållanden genom massmedia. Det går inte att generalisera över *hur* massmedia påverkar människors åsikter. Att media i hög grad påverkar människors åsikter är dock vetenskapligt bevisat.¹⁵²

¹⁴⁸ Tham (1995), s. 79.

¹⁴⁹ Dahlstrand (2007), s. 26.

¹⁵⁰ Så tolkade också HD saken i NJA 2007 s. 540. Fallet behandlas nedan i 6.2.

¹⁵¹ Dahlstrand (2007), s. 25.

¹⁵² Lab (2007), s. 126-127.

5.1 Allmänheten och kränkningsbegreppet

I det allmänna språkbruket har termen kränkning börjat användas alltmer, vilket har uppmärksammats och problematiserats i olika sammanhang. Från juridiskt håll har påståtts att kränkning i det allmogliga talet numera betyder orättvis eller orätt behandling i största allmänhet och ofta används så snart någon blir upprörd.¹⁵³ Att kränkingsbegreppet utvidgats mer och mer i det allmänna språkbruket anses också ha accepterats och till och med understötts av massmedia.¹⁵⁴ Den ökade användningen av begreppet har uppmärksammats även utanför juridiska kretsar. T ex påstod journalisten Maciej Zaremba i en uppmärksammad artikelserie att svenskarna numera känner sig kränkta av allt från en slemmig klump i den nyinköpta hallonkrämen till att prästen nämner Gud under vigselcermonin.¹⁵⁵ Även David Eberhard, läkare och specialist i psykiatri, har filosoferat över att det blivit modernt att bli kränkt av såväl stort som smått.¹⁵⁶ Endast allvarliga kränkningar är ersättningsgilla enligt SKL. Detta motiverades med att en kränkning som inte är allvarlig inte kan anses ge upphov till lidande, vilket måste anses stå i viss kontrast till hur begreppet används i normalt språkbruk. Eftersom termen kränkning inte ursprungligen är ett rättsligt begrepp och med tanke på komplexiteten hos det rättsliga kränkingsbegreppet är det inte speciellt underligt att den allmänna användningen av ordet skiljer sig från den rättsliga. Det är svårt att se hur man skulle kunna påverka användandet av detta ord som i vardagliga samtal ofta beskriver en helt subjektiv känsla. Vad kränkingsbegreppets innebörd i det vardagliga talet innebär för allmänhetens förståelse av kränkning i SKL's mening är svårt att säga, men på sikt är det möjligt att det förändrade språkbruket kan påverka tolkningen och därmed betydelsen av det rättsliga begreppet.

5.2 Allmänheten och kränkningersättning

Ersättningsnivåerna vid kränkning genom brott har höjts undan för undan de senaste 20 åren, ändå kritiserar domstolar och brottsoffermyndighet ofta för att inte vara tillräckligt generösa mot brottsoffren. Man måste ta med i beräkningen att kritiken till viss del kan ha sin grund i missförstånd av rättsreglerna eller ett specifikt rättsfall. Trots detta är det tydligt att det finns en viss opinion för att ersättningarna i dessa fall skall vara höga.¹⁵⁷ I den juridiska doktrinen har påståtts att tendenser till en allmän skadeståndsaptit

¹⁵³ Se t ex Rubing (2004), s. 367 & Ds 2007:10, s. 41.

¹⁵⁴ Se t ex Ds 2007:10, s. 42.

¹⁵⁵ Zaremba (2008).

¹⁵⁶ Eberhard (2009), s. 9-10.

¹⁵⁷ Ds 2007:10, s. 81.

kunnat anas på senare tid. Efter att ha gjort en genomgång av JK's praxis ansåg Bertil Bengtsson att det fanns en oroande benägenhet hos folk i allmänhet att i alla möjliga sammanhang kräva ideell ersättning av staten då myndigheterna på något sätt gjort en upprörd.¹⁵⁸ Samtidigt kan Sverige generellt inte anses vara något processbenäget samhälle och det finns ingen kultur av att lösa konflikter i domstol.¹⁵⁹ Även om det verkar finnas en opinion för höga skadestånd till brottsoffer är det också mycket svårt att veta vad som egentligen är inställningen i denna fråga hos befolkningen. Det är överhuvudtaget mycket osäkert i vilken mån olika lagregler tillfredställer allmänhetens rättskänsla.¹⁶⁰ Det är svårt att få klarhet i saken eftersom undersökningar som syftar till att fastställa denna typ av attityder är behäftade med särskilda metodologiska problem och felkällor.¹⁶¹ I sammanhanget kan dock vara intressant att veta att pågående skandinavisk forskning om synen på straff hittills visar att antaganden om att en majoritet av befolkningen önskar hårdare straff för brottslingar inte stämmer med verkligheten. De personer som ingår i studien underskattar dagens straffnivåer och tror sig själva vilja utdöma strängare straff än domstolarna, något som inte stöds av hur de faktiskt bestämmer påföljden då de får bedöma några fiktiva fall.¹⁶² Vad avser möjligheterna att undersöka allmänhetens inställning till rättvisan i de skadeståndsrättsliga lagreglerna har någon sådan undersökning aldrig gjorts och i en statlig utredning som gjordes 1969 ansågs ett sådant projekt vara av tvivelaktigt värde.¹⁶³ Möjligen kan den ökade politiseringen av skadeståndsrätten och brottsoffrets stärkta ställning betyda att inställningen i denna fråga idag skulle vara en annan, i vart fall vad gäller kränkningers ersättning. Några bättre medel för att dra slutsatser kring förhärskande sociala och etiska värderingar på detta område än att följa den allmänna debatten så som den förs i massmedia och på andra offentliga arenor har dock inte rättstillämparen eller lagstiftaren i dagsläget.

¹⁵⁸ Bengtsson (1990), s. 102-103.

¹⁵⁹ Cameron (2006), s. 583.

¹⁶⁰ Dahlstrand (2007), s. 12.

¹⁶¹ SOU 1969:58, s. 30.

¹⁶² Resultaten av den danska delen av studien finns publicerade i Balvig (2006). Kristina Jerre och Henrik Tham vid kriminologiska institutionen vid Stockholms Universitet är ansvariga för den svenska delen av studien vilken ännu inte lett till publikation.

¹⁶³ Se SOU 1969:58, s. 57.

6 Kränkningers ersättnings särart i ett juridiskt perspektiv

6.1 Skadeståndsrättens grundläggande principer

Eftersom skadeståndsrätten reglerar så många och olika situationer är den ett mycket komplext rättsområde. Den svenska skadeståndsrätten har ofta diskuterats i termer av djungel och lapptäcke.¹⁶⁴ Förklaringar och motiveringar av reglerna har anklagats för att ofta vara efterrationaliseringar av regler som tillkommit av helt andra orsaker och som kanske inte låter sig rationaliseras.¹⁶⁵ Att skadeståndsrätten är alltför mångfacetterad för att kunna passas in i en sammanhållen teori är ingenting som är unikt för svensk rätt utan även i andra rättsordningar har skadeståndsrätten fått öknamn som soptunna.¹⁶⁶ Som redan nämnts är skadeståndsrättsliga lagregler oftast mycket allmänt formulerade. Den skadeståndsrättsliga analysen bygger i övrigt på ett fåtal grundläggande principer under vilka den juridiska argumentationen förs.¹⁶⁷ Dessa principer har formulerats på olika sätt och med olika grad av precision. Sammanfattningsvis kan man dock konstatera att de mest grundläggande förutsättningarna för skadeståndsansvar är dels att en skada skall ha inträffat och drabbat någon annan än skadevällaren själv, dels att det förelegat en plikt för skadevällaren att handla på sådant sätt att skada ej uppstod. Inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten är också grundläggande för ansvar att det finns ett orsakssamband mellan den ansvarsgrundande handlingen och skadan.¹⁶⁸

6.2 Kränkningers ersättningen och de grundläggande principerna

Enligt SKL 2 kap 3§ skall den som kränker någon annan genom brott ersätta den skada som kränkningen innebär. I strängt logisk mening är det enligt förarbetena alltså skadan och inte kränkningen som skall ersättas.¹⁶⁹ I propositionen slogs dock fast att eftersom lagen talar om den skada som

¹⁶⁴ Se t ex Dufwa (1979), s. 473 & Hellner (1990a), s. 218.

¹⁶⁵ Hellner (1990), s. 218.

¹⁶⁶ Se t ex Rogers, Winfield & Jolowicz (2006), s. 3.

¹⁶⁷ Schultz (2008), s. 23.

¹⁶⁸ Se t ex Hellner & Radetzki (2006), s. 108-118 & Diesen m fl (1999), s. 129.

¹⁶⁹ Prop. 2000/01:68, s. 66.

kränkningen innebär måste det också anses korrekt att tala om ersättning för själva kränkningen.¹⁷⁰ Då SKL 2 kap 3§ infördes ville man att den i största möjliga utsträckning skulle utformas som de andra ansvarsbestämmelserna i SKL och man ville därför inte utelämna begreppet skada.¹⁷¹ Den skada som kränkningens ersättning tar sikte på att ersätta är enligt förarbetena den kränkning som uppkommer just i samband med övergreppet. Detta kan jämföras med t ex ersättningen för sveda och värk vid personskada vilken är tänkt att ersätta efterföljande lidande av övergående art.¹⁷² Brott mot ära kan i detta hänseende i viss mån sägas skilja sig från andra brott som faller under SKL 2 kap 3§. Vid t ex förtal kan skadan mätas och uppskattas utifrån andra kriterier än gärningen i sig så som spridning, genomslag och effekt. Samtidigt är sambandet mellan gärning och skada fortfarande väldigt starkt, eftersom en objektiv bedömning måste göras av vilken typ av information eller förtal som generellt kan anses innebära en skada.¹⁷³ Ett av den nya lagens viktigaste syften var som nämnts att få till stånd en objektiv värdering av skadan vid kränkning, även om man öppnade för möjligheten att i vissa fall ta hänsyn till individens personliga upplevelse och alltså låta bedömningen bli subjektiv i någon mån. En sådan objektiv bedömning av skadan, utan hänsyn till den skadelidandes egen uppfattning och upplevelse, är också en viktig utgångspunkt för hela skadeståndsrätten.¹⁷⁴

Skadan som åsyftas i SKL 2 kap 3§ är alltså kränkningen direkt i samband med övergreppet och denna skada skall bedömas objektivt. Detta gör det svårt att se vad det är för skillnad på skadan och den kränkande handlingen i sig. Detta samband har givit upphov till kritik i doktrin där det påstås att skadan identifieras som handlingen.¹⁷⁵ Det är också på detta sätt som bedömningen görs i praxis om man ser till domskälen. Med undantag för möjligheterna att beakta den enskildas upplevelse i speciella fall görs en bedömning av själva gärningen utan resonemang kring konsekvenserna för den skadelidande.¹⁷⁶ Problemet ställdes på sin spets i ett mycket uppmärksammat praxisavgörande, NJA 2007 s. 540, där HD tvingades ta ställning i en fråga som lagstiftaren inte hade förutsett eller i vart fall inte velat uttala sig om. En man dömdes till ansvar för att ha sexuellt utnyttjat en knappt fyraårig flicka medan hon sov. Ingenting i utredningen gav dock anledning att anta att flickan uppfattat vad som pågick. Hon hade inte heller i efterhand informerats om gärningarna och det var oklart om det skulle komma att ske. Domstolen hade sedan att ta ställning i frågan om huruvida en skada var för handen. HD slog fast att utgångspunkten för värderingen av skadan måste vara en bedömning av gärningen, baserad på förhärskande sociala och etiska värderingar. Detta framgick enligt domstolen genom uttalanden i förarbetena men även genom utformningen av SKL 5 kap 6§ där alla faktorer som skall beaktas vid bestämmandet av skadeståndet är

¹⁷⁰ Ibid, s. 66.

¹⁷¹ Ibid, s. 49.

¹⁷² Ibid, s. 19.

¹⁷³ SOU 1992:84, s. 246-250.

¹⁷⁴ Schultz (2008), s. 67.

¹⁷⁵ Ibid, s. 35.

¹⁷⁶ Ibid, s. 35.

knutna till den ansvarsutlösande gärningen. På så sätt kom man fram till att en ersättningsgill kränkning kan föreligga trots att den angripna inte varit medveten om angreppet på grund av medvetlöshet eller sömn. Genom avgörandet blev det tydligt att man vid ersättning för kränkning bortser från de ordinära skadeståndsrättsliga kraven på skada och att kränkingsersättningen måste anses inta en särställning i svensk skadeståndsrätt.¹⁷⁷ När skadan är så diffust formulerad och dessutom verkar vara identisk med skadevållarens handling följer att även det grundläggande skadeståndsrättsliga kravet på orsakssamband mellan handling och skada blir urvattnat. Trots att ett sådant samband verkar förutsättas genom lagregelns formulering går det inte att bortse från att det blir mycket märkligt att försöka analysera sambandet mellan skadan och handlingen när dessa är identiska.¹⁷⁸ Som redan nämnts är det också mycket svårt att finna objektiva grunder för bedömningen av ersättningens storlek vid ideella skador som kränkning och problematiken minskas inte genom en otydlig definition av skadan.

Denna avvikelse från de traditionella skadeståndsrättsliga principerna har rönt uppmärksamhet och kritik i den juridiska debatten. I doktrin har påståtts att utformningen av SKL 2 kap 3§ gjort att bedömningen av huruvida en kränkning är för handen måste ske i konflikt med skadeståndsrättens inre moralitet och att ingen tar själva lagregeln på allvar.¹⁷⁹ Det har också anförts att ersättningen fått en undantagskonstruktion som är ohållbar på sikt.¹⁸⁰ De ideella ersättningarna har i och för sig länge utmanat den juridiska professionen genom de svårigheter de ger upphov till vid den rättsliga argumentationen och kan generellt sägas utmana juristernas professionella identitet.¹⁸¹ Som nämnts måste dock kränkingsersättningen anses inta en särställning i svensk skadeståndsrätt och därmed även bland de ideella ersättningarna. Samtidigt kritiserar från juridiskt håll sällan själva brottsoffrets rätt till ersättning som sådan. Jämfört med för 25 år sedan är det inte längre någon företrädare för rättsväsendet som ifrågasätter kränkningen som ersättningsgill skada trots att det inte mer nu än tidigare finns bra verktyg för att sätta ett pris på de ideella skadorna.¹⁸² Det är i stället den motsägelsefulla argumentationen i förarbetena och bristen på formella normer att lägga till grund för skadeståndsbedömningen som kritiserar.

¹⁷⁷ Bengtsson (2007), s. 301.

¹⁷⁸ Schultz (2008), s. 31-34.

¹⁷⁹ Ibid, s. 27-44.

¹⁸⁰ Dahlstrand (2007), s. 121-125.

¹⁸¹ Ibid, s. 11-14.

¹⁸² Ibid, s. 11.

7 Kränkningers ersättningsfunktioner

Inom skadeståndsrätten liksom inom det övriga rättssystemet behöver man pröva hållbarheten i argumenteringen vid ny lagstiftning. Om lagregler, förarbeten och prejudikat ger svar på de flesta viktiga frågor behöver man sedan sällan oroa sig för de grundläggande principfrågorna när rätten skall tillämpas.¹⁸³ Frågan om vilket syfte eller vilken funktion man vill tillgodose med en ersättningsregel är av närmast rättspolitisk karaktär.¹⁸⁴ I den konkreta rättstillämpningen kan dock den funktion som tillskrivs ett skadestånd få påtagliga praktiska effekter. Den avsedda funktionen hos en skadeståndsregel kan t ex påverka i vilka fall ersättning bör dömas ut och vem som är att anse som skadelidande. Skilda syften hos olika regler eller i olika fall kan också motivera skilda ersättningsnivåer.¹⁸⁵ Det har påståtts att alla skadeståndsregler har samma funktioner, bara i olika sammanfattning, och att de rättstekniska skillnaderna är viktiga bara då de leder till påvisbara praktiska olikheter.¹⁸⁶ Förståelsen av syftet hos en ersättningsregel kan dock antas få genomslag i rättstillämpningen som helhet. Det är ofta svårt att tydligt definiera en skadeståndsregels funktion, då föreställningarna kring denna är lika komplicerade som värderingarna i det samhälle där den växt fram. Förklaringar och motiveringar av de svenska reglerna har som nämnts också anklagats för att ofta vara efterrationaliseringar av regler som tillkommit av helt andra orsaker. Även en funktion som är en efterrationalisering borde dock vara att föredra framför ingen funktion alls, om den kan användas som ledning för en enhetlig och ändamålsenlig rättstillämpning. Kränkningers ersättning är ett nytt element inom svensk rätt och därför är diskussionen kring ersättningsfunktion viktig. I doktrin har påståtts att bristen på en hållbar förklaring av kränkningers ersättnings syfte tillhör den moderna skadeståndsrätts största utmaningar.¹⁸⁷

7.1 Funktionsbegreppet

I avsnitt 2.3 beskrevs en ersättningsfunktion som de verkningar som ger en förklaring till varför en skadeståndsregel är lämplig och nyttig. Det skall tilläggas att funktionsbegreppet i skadeståndsrätten har en ganska vag definition och kan syfta både på de effekter som en lagregel faktiskt har i samhället och på ett uttryck för legitimering eller motivering av en lagregel.¹⁸⁸ De funktioner som skall legitimera eller motivera lagreglerna är

¹⁸³ Hellner & Radetzki (2006), s. 59.

¹⁸⁴ Nordenson (1990), s. 93.

¹⁸⁵ Nilsson (1990b), s. 110.

¹⁸⁶ Hellner & Radetzki (2006), s. 48.

¹⁸⁷ Schultz (2008), s. 54.

¹⁸⁸ Ibid, s. 56.

föremål för mycket analys och diskussion. Mycket lite uppmärksamhet har ägnats frågan om huruvida dessa funktioner eller verkningar sedan faktiskt uppnås i praktiken. Man kan vara säker på att en undersökning enbart av rättspraxis och lagregler ger mycket dåliga besked om hur skadeståndsreglerna fungerar i praktiken och hur syftena uppfylls. För att svara på denna fråga krävs empiriska undersökningar och inte ens om dessa är väl utförda kan de ge några helt tillförlitliga svar eftersom det handlar om saker som är mycket svåra att mäta.¹⁸⁹ Den enda ansatsen som i Sverige gjorts till att vetenskapligt undersöka skadeståndets faktiska funktioner i samhället var tillsättandet av en sakkunnig för att undersöka möjligheterna att genomföra en rättssociologisk undersökning av skadeståndslagstiftningen.¹⁹⁰ Detta skedde 1969 och ledde till ett konstaterande av att det utan tvivel fanns ett starkt behov av undersökningar med samhällsvetenskaplig metod av skadeståndsrättens funktioner.¹⁹¹ Någon sådan undersökning kom dock aldrig att genomföras. De reformer som gjorts inom den svenska skadeståndsrätten har genomförts utan stöd av empirisk forskning och man vet inte hur effekterna av reformerna motsvarat de syften som låg till grund för lagstiftningen.¹⁹² Detta hindrar dock inte att man inom rättsvetenskapen gör antaganden om hur de faktiska funktionerna ser ut och jämför dem med de avsedda funktionerna så som dessa beskrivs i förarbetena.

7.2 Olika funktioner hos skadestånd och ersättningar

Inom rättsvetenskapen har med tiden definierats ett antal funktioner som brukar tillskrivas skadestånd. Dessa kan både samverka och komma i konflikt med varandra.¹⁹³ Ofta är flera olika funktioner närvarande vid samma typ av skadestånd och vissa av funktionerna fångar också per definition i viss mån in samma situationer. Även vid en helt ytlig genomgång av de olika funktioner som brukar presenteras i diskussionen blir det tydligt hur de delvis överlappar varandra.

I Sverige råder som nämnts sedan 1950-talet ett konsensus om att skadeståndets viktigaste funktion är en *reparativ funktion*. Grundtanken är att den skadelidande skall hamna i samma situation som om skadan inte inträffat och målet är alltså att skadan skall repareras fullt ut. En reparativ funktion är betydelsefull för en allmän känsla av trygghet och säkerhet i samhället genom att människor vet att de kommer att bli ersatta om en skada skulle inträffa.¹⁹⁴ Det är dock lätt att kritisera idéer om skadestånd och reparation. Eftersom en skada sällan kan göras ogjord utan i stället nästan

¹⁸⁹ Hellner & Radtezki (2006), s. 46-59.

¹⁹⁰ Resultatet presenterades i SOU 1969:58 Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten. Den sakkunniga i fråga var Jan Hellner.

¹⁹¹ SOU 1969:58, s. 9.

¹⁹² Hellner & Radtezki (2006), s. 60.

¹⁹³ Ibid, s. 46.

¹⁹⁴ Ibid, s. 40.

undantagslöst måste ersättas med pengar är det underligt att påstå att skadelidande verkligen hamnar i samma situation som före skadan. Därför föredrar vissa att i stället använda termer som *ersättning* eller *kompensation*. Grundtanken är dock densamma, att den skadelidande skall få full ersättning för sin skada. Genom denna differentiering i begreppen visas dock att man utgår från att skadan inte kan återställas och att skadeståndet snarare skall ses som ett jämförligt substitut till det förlorade värdet.¹⁹⁵

Skadeståndsrätten kan också fylla en *preventiv funktion* genom att skadestandsreglerna inpräntar hos människor vilka handlingar som bör undvikas.¹⁹⁶ Den preventiva funktionen är tillsammans med den reparativa de vanligast förekommande i den svenska juridiska diskursen. Precis som inom straffrätten skiljer man inom skadeståndsrätten på allmänprevention och individualprevention. Individualprevention syftar på den avskräckande effekten hos den person som en gång utsatts för en regels verknings medan allmänprevention syftar på den avskräckande effekten på befolkningen i stort och anses vara den mer betydelsefulla.¹⁹⁷ Trots att den preventiva funktionen traditionellt haft en plats i den juridiska debatten är den inte så populär som argument för skadestandsregler, även om den de senaste åren fått något av en renässans.¹⁹⁸ Skadeståndets möjligheter att faktiskt verka förebyggande mot skador är svårbedömda och förutsättningarna skiljer sig också stort mellan olika situationer och rättsområden. Från en allmänpreventiv funktion kan man skilja ut en mer specifik *ekonomisk prevention*, som handlar om att skapa ekonomiska incitament till att välja handlingsätt som minskar risken för skada.¹⁹⁹

Skadestandsreglerna kan också användas som ett medel för *fastställande av ansvar*. Vid rena förmögenhetsskador blir ersättningsskyldigheten ofta ett sätt att genom ett domstolsförfarande visa otillbörligheten hos ett visst handlande, särskilt som skadeståndsbeloppen i dessa fall oftast bara uppgår till en liten del av den skadelidandes förlust. Att juridiskt fastställa ansvar är en funktion som i Sverige traditionellt ansetts underordnad andra funktioner hos skadestandsreglerna.²⁰⁰ Skadeståndet som ett medel för att visa otillbörligheten hos ett visst handlande måste anses ligga nära tanken om *upprättelse*. Upprättelse har angivits som funktion främst då det gäller skadestånd för kränkning genom brott men möjligen gäller det samma i viss mån sådana ekonomiska skador som nyss nämnts.²⁰¹ Man skulle kunna tala om *bestraffning av skadevällaren som funktion*. Eftersom bestraffning inte anses vara ett självändamål i Sverige leder formuleringen av en sådan funktion till att man i stället måste hantera frågan om vad som i så fall är syftet med bestraffningen. En annan funktion hos skadestånd skulle kunna vara *vedergällning*. En sådan funktion har i modern tid sällan ansetts be-

¹⁹⁵ Schultz (2008), s. 63.

¹⁹⁶ Hellner & Radtezki (2006), s. 45.

¹⁹⁷ Ibid, s. 42.

¹⁹⁸ Till exempel diskrimineringslagstiftningen motiveras huvudsakligen med en preventiv funktion enligt Bengtsson (2007), s. 300.

¹⁹⁹ Hellner & Radtezki (2006), s. 42-45.

²⁰⁰ Ibid, s. 46.

²⁰¹ Ibid, s. 46.

tydelsefull inom skadeståndsdebatten.²⁰² Inte heller inom straffrätten anses idéer om vedergällning, d v s en slags betalning av en etisk skuld, godtagbara vid motiveringen av kriminaliseringar.²⁰³

Eftersom både skadevällare och skadelidande i många fall är försäkrade är det ofta ett försäkringsbolag som ersätter skadan. På så sätt sker en spridning av skadan över hela försäkringskollektivet och en oviss risk att någon gång lida en stor förlust omvandlas till en jämn och förutsebar kostnad för försäkringspremier. Inom rättsvetenskapen brukar denna funktion benämnas *pulvrisering av skadan*. En sådan funktion uppnås också när en kapitalstark organisation bär skador av sådan omfattning att dessa utgör en jämn kostnad eller när kostnaden bärs av skattebetalarna.²⁰⁴ Man talar ibland också om *kanalisering av skadan*. Genom rättsreglerna kanaliseras kostnaden till en lämplig kostnadsbärare. Lämpligheten ligger ofta i förmågan att betala och resonemang kring kanalisering förenas ofta med resonemang kring ”deepest pocket principle” vilket i praktiken oftast betyder att ett försäkringsbolag ersätter skadan.²⁰⁵ Detta gör att funktionen ofta får samma verkan som en pulvriserande funktion. Ibland presenteras *placering av skadan* som en funktion i sig. Skadeståndsreglerna är tänkta att identifiera de situationer där det är lämpligt att flytta skadan från den skadelidande till skadevällaren. Gränsdragningen mellan skadeståndsgrundande och icke skadeståndsgrundande skador blir då ett medel för att placera kostnaden för skadan.²⁰⁶ En sådan funktion ger dock snarare en helhetsbild av skadeståndsrettens generella uppgift än vägledning vid tillämpningen av enskilda lagregler.

Det finns alltså ett antal funktioner som brukar återopas i diskussionen kring motiveringen av skadestånd- och ersättningsregler. De skiljer sig från varandra på flera sätt och det handlar ofta om grundläggande skillnader. Den reparativa funktionen och teorier om placering och pulvrisering av skadan kan sägas vara bakåtblickande. De utgår från att skadan är ett faktum och att denna skall åtgärdas. På så sätt hamnar den skadelidande i centrum snarare än skadevällaren. Med ett sådant skadelidandeperspektiv blir källan till ersättningen inte speciellt viktig. Dessa funktioners existens är svår att ifrågasätta.²⁰⁷ De har också fått en stark position i svensk skadestånds rätt. Även vedergällningsfunktionen måste sägas bygga på ett bakåtblickande synsätt. Här koncentrerar man sig dock i högre grad på omständigheterna vid skadans uppkomst. Den skadelidande, skadevällaren och det som hänt dem emellan hamnar i centrum. Preventionsfunktioner bygger däremot på ett framåtblickande synsätt. Eftersom man vill förebygga framtida skador hamnar den presumtive skadevällaren i fokus snarare än de skadelidande som faktiskt råkar ut för skada.²⁰⁸ Då man identifierar vilka funktioner som är önskvärda bygger resonemangen i sin tur med nödvändighet på större

²⁰² Schultz (2008), s. 59.

²⁰³ Jareborg (2001), s. 45-46.

²⁰⁴ Hellner & Radtezki (2006), s. 42.

²⁰⁵ Schultz (2008), s. 58.

²⁰⁶ Hellner & Radtezki (2006), s. 41.

²⁰⁷ Ibid, s. 42.

²⁰⁸ Hellner & Radtezki (2006), s. 42-44.

teoribildningar. Idéer om reparation, när sådan är önskvärd och vid vilka tillfällen man bör avvika från reparationsintresset motiveras ofta utifrån teorier om korrektiv rättvisa i någon form. Idéer om prevention och när man bör avvika från preventionsintresset kan bland annat bygga på ekonomiska teorier som tittar på samhällsnyttan i stort. En del utgår också från ett pluralistiskt synsätt, vilket innebär att man inte försöker hitta någon övergripande teori för systemet i sin helhet.²⁰⁹ Dessa grundläggande teoribildningar har givits relativt lite uppmärksamhet i den svenska skadeståndsrättsliga diskussionen. De behandlas ibland i doktrin men i förarbetena motiveras skadeståndsrättsliga lagregler främst utifrån det ändamål de är tänkta att uppfylla. Detta betyder att man oftast diskuterar den önskvärda funktionen hos en ersättning utan att beröra någon grundläggande filosofisk teori som förklarar varför funktionen är önskvärd.

7.3 Kränkningersättningens avsedda funktioner

Kränkningersättningen syftar enligt propositionen till att *kompensera* den skadelidande för själva kränkningen av den personliga integriteten.²¹⁰ Den syftar också till att *kompensera* känslor som den kränkande handlingen framkallat hos den skadelidande såsom rädsla, förnedring, skam eller liknande som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada. Lagstiftaren konstaterar att själva kränkningen inte kan suddas ut genom ersättning i pengar men anser att ersättningen ändå kan *lindra verkningarna* av denna. Man anför att ersättningen kan bidra till att den skadelidande får *upprättelse* för den kränkande handlingen och därmed till att självrespekten och självkänslan återställs. Ersättningen kan också ge den skadelidande en möjlighet att *unna sig något extra* för att skingra tankarna på kränkningen och det obehag den medfört. Ersättningen kan också göra det möjligt för den skadelidande att *göra sådana förändringar i sin livssituation som kan vara nödvändiga*, t ex till följd av en mycket grov kränkning. I propositionen framhölls också att graden hos skuld hos gärningsmannen i sig inte skall påverka ersättningens storlek utan bara beaktas i den mån graden av kränkning som brottsoffret utsatts för kan anses påverkad därav. Det framgår även att man inte anser Sverige höra till de länder där skadeståndet har ett delvis repressivt syfte. Vid ärekränkingsbrott lämnar regeringen ett visst utrymme för att låta skadeståndet ha en *preventiv* funktion. Detta motiveras med att de skadeståndsskyldiga i dessa fall oftast har medel att betala skadeståndet samt att sådana brott ofta leder till en ekonomisk förlust som det är svårt att föra bevisning om.²¹¹

²⁰⁹ Schultz (2008), s. 55.

²¹⁰ Prop. 2000/01:68, s. 19.

²¹¹ Ibid, s. 48-55.

7.4 Reparation och kompensation som funktion

Man kan alltså se att regeringen i första hand åberopar en traditionell reparativ funktion hos kränkingsersättningen även om man snarare talar i termer av kompensation. Genom att ange reparation eller kompensation som kränkingsersättningens syfte håller man fast vid den svenska juridiska traditionen där den skadelidande och dennes behov av ersättning stått i centrum de senaste sextio åren. På så sätt undviker man också att behöva motivera brott mot denna tradition. Idén om kränkingsersättningen som reparativ fungerar också ganska väl tillsammans med fakta om hur ersättningen fungerar i praktiken, där ersättningen ofta kommer från ett försäkringsbolag eller brottsoffermyndigheten. Den trygghet som är ett viktigt mål för en reparativ funktion och som uppnås då människor vet att de blir ersatta vid en eventuell skada uppnås med större säkerhet genom försäkringar än genom möjligheten att utkräva skadestånd från en eventuell skadevållare.²¹² Möjligheten att kunna få ersättning i form av brottsskadeersättning är också mycket viktig för den reparativa verksamheten.²¹³ Den reparativa funktionen med dess ensidiga fokus på brottsoffret motsvarar alltså i viss mån verkligheten samtidigt som den passar i den svenska juridiska traditionen.

Det finns dock vissa problem med att motivera ersättningen utifrån reparativa argument. I samband med en reparativ funktion aktualiseras oundvikligen problemet med *full ersättning*. I det reparativa begreppet ligger ett antagande om att skadan skall repareras eller kompenseras, dvs ersättas fullt ut. Full ersättning är en viktig skadeståndsrättslig princip och det är på grundval av denna som man t ex i princip bestämmer skadestånd utan hänsyn till skadevållarens betalningsförmåga eller antalet skadevållare. Grundsatsen om full ersättning måste dock alltid bli något av en fiktion vid ideell skada.²¹⁴ Vad gäller ersättning för kränkning genom brott har anförts att uppgiften att bestämma ersättningens storlek blir ännu svårare än vid andra ideella skador och att resultatet måste bli lika godtyckligt hur man än bestämmer ersättningsbeloppen.²¹⁵ Det finns en tydlig svårighet i att uttrycka denna typ av abstrakta värden i ekonomiska termer. Problemet är så uppenbart att man även i propositionen, efter att ha talat om att utgångspunkten för skadeståndsbedömningen vid kränkning är full kompensation, fortsätter med att konstatera att det ligger i skadans natur att den inte kan suddas ut. Det går inte att förneka att en reparativ funktion i dessa fall blir ovanligt svårformulerad.²¹⁶ Ett försök som gjorts att hantera problemet är att utgå från att ideella skador inte kan suddas ut genom ersättning i pengar och därför inte har samma reparativa karaktär som ersättning vid ekonomisk

²¹² Hellner & Radetzki (2006), s. 40.

²¹³ Dahlstrand (2007), s. 10.

²¹⁴ Nilsson (1990a), s. 148.

²¹⁵ NJA 1991 s. 766 (Justitieråd Vängbys mycket uppmärksammade skiljaktiga mening).

²¹⁶ Schultz (2008), s. 50.

skada, men att ersättningens möjligheter att lindra verkningarna av skadan och skingra tankarna på denna i en mening kan ses som reparativ funktion.²¹⁷ Någon sådan definition av den reparativa funktionen görs dock inte uttryckligen i propositionen där kompensation och lindring av verkningarna snarare beskrivs som parallella funktioner.

I doktrin har påståtts att avsaknaden av en gemensam måttstock och ett gemensamt språk för ideell skador och skadestånd gör det uppenbart orimligt att upprätthålla synen på skadeståndet som reparativt.²¹⁸ Utan att gå så långt kan man konstatera att det är svårt att förklara kränkningserättningen i dess nuvarande form utifrån en renodlad reparativ funktion. Förutom att principen om full ersättning medför stora argumentationsproblem framstår vissa karaktärsdrag hos kränkningserättningen som problematiska utifrån ett sådant antagande. Det blir svårt att motivera att bedömningen bygger på gärningsmannens handling snarare än på brotts-offrets skada så som visades i avsnitt 6.2. Det blir dessutom svårt att motivera varför ersättningen enligt SKL ska vara mer omfattande än brottskad ersättning eller försäkringsersättning där en mer vidlyftig jämkning sker. Ståndpunkten att en reparativ funktion inte ensam kan förklara kränkningserättningen stämmer överens med vad som kan uttolkas ur propositionens formuleringar där man åberopat ett antal andra funktioner vid sidan av den reparativa.

7.5 Plåster på såren som funktion

I propositionen framhålls också hur ersättningen kan lindra verkningarna av skadan och ge den skadelidande en möjlighet att unna sig något extra för att skingra tankarna på kränkningen. Som diskuterats ovan är det möjligt att tolka in sådana verkningar som en del av den reparativa funktionen även om detta inte gjorts uttryckligen i propositionen. Annars för de valda formuleringarna tankarna till uttrycket ”plåster på såren” vilket ibland använts inom skadeståndsrätten. Uttrycket används t ex i situationer där vissa ideella skadestånd är tänkta att även delvis täcka obevisad ekonomisk skada.²¹⁹ Uttrycket används också ofta för att motivera ersättningen för sveda och värk vid personskada.²²⁰ Överhuvudtaget är detta uttryck vagt definierat och inte speciellt populärt. Särskilt underligt blir det att tala i termer av plåster på såren då man vill finna en rimlig förklaring till en hel ersättningspost enligt vilken ganska stora belopp kan dömas ut.

²¹⁷ Nilsson (1990b), s. 84.

²¹⁸ Schultz (2008), s. 53-54.

²¹⁹ Nilsson (1990a), s. 145.

²²⁰ Hellner & Radetzki (2006), s. 391.

7.6 Subjektiv upprättelse för den skadelidande som funktion

En annan funktion som regeringen åberopar vid sidan av reparation är upprättelse. Detta gav upphov till uppståndelse bland jurister och det är runt denna funktion som mycket av debatten cirkulerar. Begreppet har inte tidigare använts vid motiveringen av ny lagstiftning utan aktualiserades för första gången just vid införandet av kränkningsersättningen. För att uttyda innebörden av upprättelse som rättsligt begrepp får man därför vända sig till förarbetena till lagändringen 2001. I propositionen talar man om upprättelse som ett medel för återställande av självrespekten och självkänslan. Genom detta sätt att resonera synes man vilja förmedla en bild av upprättelse som uteslutande knuten till brottsoffrets subjektiva känslor. En sådan ståndpunkt följer propositionens allmänna benägenhet att understryka kränkningsersättningens knytning till just brottsoffrets sak. Genom propositionen slås dock fast att kränkningar skall bedömas objektivt. Som Håkan Andersson uttryckt det blir ersättningens föremål subjektiva känslor medan prövningen skall vara objektiv och grundad på förhärskande sociala värderingar.²²¹ I praktiken har också själva ersättningen kommit att bli allt mer schabloniserad och inga hänsyn tas i det enskilda fallet till om ersättningen kan antas ge den enskilda skadelidande en känsla av upprättelse.

Det är svårt att formulera ett upprättelsebegrepp uteslutande knutet till den skadelidande och dennes känslor. Då man analyserar begreppet upprättelse upptäcker man snabbt att det precis som begreppet kränkning oundvikligen aktualiserar både skadevällare och skadelidande samt komplicerade förhållanden dem emellan. HD har som nämnts också slagit fast att bedömningen av en kränkning inte kan göras fristående från den skadevällande gärningen.²²² Detta måste förstås som att HD underkänner en syn på kränkning som uteslutande knuten till den skadade personens känslor. Eftersom man inte gick in på skadeståndets syfte i fallet är det oklart om och hur HD tolkat kränkingsersättningens upprättande funktion. Som anförts i doktrin är det dock svårt att se hur syftet med ersättningen i fallet med det sovande barnet skulle ha kunnat vara upprättelse i propositionens bemärkelse.²²³ När man pratar om kränkingsersättningens upprättande funktion är det ofta sexualbrott och ärekränkingsbrott som ges som exempel.²²⁴ Dessa brott måste i och för sig generellt antas medföra skada på brottsoffrets subjektiva självkänsla. Det är dock i dessa fall, särskilt vad gäller ärekränkingsbrotten, svårt att bortse från att en del av denna skada är ett resultat av utomståendes kännedom om det inträffade. Ett upprättelsebegrepp som inte erkänner andra aktörer än den skadelidande blir sammanfattningsvis motsägelsefullt och svårt att förstå eller använda.

²²¹ Andersson (2005).

²²² NJA 2007 s. 540. Rättsfallet har behandlats i avsnitt 6.2.

²²³ Bengtsson (2007), s. 301.

²²⁴ Se t ex Nilsson (1990b), s. 84.

7.7 Fokus på skadevållarens handling – en bestraffande funktion?

Som nämnts upprepade gånger är en kränkning identifierad som skadevållarens brottsliga gärning eller i vart fall tätt förbunden med denna. Skadestånd för kränkning kan därför i högre grad än skadestånd för person- och sakskada sägas likna en sanktion mot ett av rättsordningen ogillat handlande och det ligger nära till hands att göra en jämförelse med straffansvaret.²²⁵ Lagstiftaren angav dock uttryckligen i propositionen att ingen hänsyn skall tas till skadevållarens skuld om inte kränkningen kan antas påverkad därav. Liknande ståndpunkter framfördes i den debatt som föregick ersättningspostens införande. Edvard Nilsson påstod t ex att skadan i princip inte blir större därför att skadevållaren visat större råhet, även om detta i praktiken ofta kan resultera i en allvarligare skada.²²⁶ Denna argumentation är mycket svår att ta till sig. Det är svårt att tänka sig när det i praktiken skulle vara möjligt att bortse från skadevållarens skuld då denna är själva grundförutsättningen för att en kränkning enligt SKL 2 kap 3§ skall föreligga. Man kan inte blunda för faktumet att kränkningens ersättning i praktiken oundvikligen måste få en delvis ansvarsutkrävande funktion, vare sig denna är önskad eller ej. Att ta hänsyn till gärningsmannens skuld leder till en risk för en slags dubbla påföljder, då man utifrån graden av skuld höjer både straffet och skadeståndet.²²⁷ Även om man i propositionen undvek att uttala sig om detta problem är ett liknande förhållningssätt i längden inte möjligt, vilket blivit tydligt genom den uppmärksamhet som frågan rönt i den juridiska doktrinen.

Det inte underligt att man i förarbetena velat undvika frågan eftersom det bestraffande inslaget hos kränkningens ersättning är svårt att rättfärdiga. Ren vedergällning anses i Sverige primitiv och oacceptabel och även fastställande av ansvar är som nämnts impopulär som funktion. Samtidigt för begreppet upprättelse som används i propositionen tankarna till någon slags betalning av en etisk eller moralisk skuld. Begreppet pekades också tidigt ut som en ”täckmantel” för en önskan om att tillfredställa primitiva hämndbegär hos den skadelidande.²²⁸ Jan Hellner sade sig 1969 presentera ett slags alternativt begrepp eller en synonym till upprättelse då han talade om att tillfredställa rättskänslan. I detta koncept inkluderades då förutom en subjektiv känsla av upprättelse hos den skadelidande även utomståendes upplevelse av att rättvisa skipas. Han gick också så långt som till att peka på möjligheten att den skadevållande skulle kunna känna moralisk tillfredställelse av att få gottgöra den skadelidande.²²⁹ Någon ledning om i vilka situationer en sådan upprättelse skulle vara på sin plats kan dock inte utvinnas ur denna teori. I stället påminner resonemanget om politiska

²²⁵ Hellner & Radetzki (2006), s. 58.

²²⁶ Nilsson (1990a), s. 148-149.

²²⁷ Agell (1990), s. 101.

²²⁸ Nilsson (1990a), s. 125.

²²⁹ SOU 1969:58, s. 30.

ställningstaganden baserade på det allmänna rättsmedvetandet. Problemet är att idéer om vedergällning inte anses godtagbara vid motiveringen av svenska rättsregler och detta oavsett inställningen i denna fråga hos befolkningen i allmänhet. En utmaning blir därför att försöka försvaga det bestraffande inslaget hos kränkingsersättningen eller att förklara detta på ett godtagbart sätt.

7.8 En distansering mellan kränkning och brottslig handling?

En lösning på problemet ur ett rättsvetenskapligt perspektiv skulle kunna vara att försvaga kopplingen mellan kränkningen och den brottsliga handlingen. Frågan om kopplingen mellan vissa bestämda brott och skadestånd för kränkning har länge varit uppe för diskussion i juridiska kretsar.²³⁰ Detta beror troligen på de problem som finns med att rättfärdiga det straffrättsliga inslag som blir ett resultat av ersättningens nuvarande konstruktion. Vid införandet av den nya lagstiftningen bestämde sig regeringen för att ha kvar kravet på brottslig handling, vilket motiverades med att det begränsade ersättningsfallen till de handlingar som i strafflagstiftningen definierats som klandervärda. För att brott skall vara för handen krävs också att gärningsmannen har ett personligt ansvar vilket ansågs vara en fördel för att särskilja de fall där ersättningen lämpligen borde utgå.²³¹ Dessa uttalanden förstärker bara intrycket av att kränkingsersättningen har ett starkt samband med skadevållarens skuld. Den kritik som anförts från juridiskt håll mot den starka kopplingen mellan kränkingsersättningen och vissa speciella brott ledde dock till att frågan behandlades i en utredning år 2007. Uppdraget bestod bland annat av att utreda huruvida SKL:s regler borde förändras i detta avseende.²³² I utredningen diskuterades därför alternativa möjligheter att urskilja de ersättningsgilla kränkingsfallen. Slutsatsen blev dock att andra sätt att avgränsa allvarliga kränkningar generellt skulle leda till en otydlig gränsdragning och troligen inte heller medföra någon större förändring vad avser de ersättningsgilla skadefallen.²³³ Någon åtgärd vad gäller kopplingen mellan kränkingsersättningen och den brottsliga handlingen har inte heller gjorts.

7.9 En preventiv funktion?

Enligt vedertagna idéer om grunderna för svensk straffrätt kan kriminaliseringar och därmed bestraffningar bara motiveras och försvaras med

²³⁰ Ds 2007:10, s. 99.

²³¹ Prop. 2000/01:68, s. 48.

²³² Ds 2007:10, s. 11 & 21.

²³³ Ibid, s. 41-58.

allmänpreventiva argument.²³⁴ I propositionen åberopades ingen preventiv funktion hos kränkingsersättningen förutom möjligen i ärekränkingsfallen, men å andra sidan togs inte heller frågan om ersättningens bestraffande karaktär upp. En möjlighet att rättfärdiga denna vore att visa på en allmänpreventiv funktion hos ersättningen. Att bedöma en skadeståndsregels möjlighet att få en preventiv effekt är svårt och det råder i praktiken också diskussion kring vilken möjlighet kriminaliseringar har att verka preventivt.²³⁵ Förutsättningarna för att uppnå en preventiv effekt skiljer sig som nämnts mycket mellan olika situationer. Utmärkande för de brott där en god allmänpreventiv effekt kan uppnås genom kriminalisering är att det handlar om smärre företeelser som många människor gör sig skyldiga till eller andra brott som begås på mer eller mindre rationell grund. Vad gäller vissa andra brottstyper verkar möjligheten till prevention genom lagstiftning obefintlig. Detta gäller t ex allvarliga våldsbrott, sexualbrott och överhuvudtaget brott som präglas av aggressivitet eller impulsivitet och där brottslingens agerande sällan bestäms utifrån rationella överväganden.²³⁶ Många av de brott som kan vara skadeståndsgrundande enligt SKL 2 kap 3§ kan hänföras till den senare kategorin. Då kriminaliseringen i sig har dåliga möjligheter att verka preventivt verkar det osannolikt att skadeståndet, vid sidan av kriminaliseringen, skulle ha någon preventiv effekt värd att nämna. Även i de fall där straffansvaret av någon anledning faller bort blir det svårt att hävda att en preventiv funktion finns. För unga gärningsmän kan skadeståndet bli den mest allvarliga sanktionen men dessa skadevällare kan knappast generellt anses präglade av en sådan rationalitet som är en förutsättning för prevention. Då ansvaret förfaller på g a preskription finns uppenbarligen inte heller någon preventiv effekt. Någon allmän moralbyggande effekt är också svår att tänka sig. Hos människor i allmänhet är troligen obehaget av att skada någon annan en anledning till försiktighet även om de inte hotas av en reaktion.²³⁷ Det är alltså svårt att motivera kränkingsersättningen utifrån en preventiv funktion vilket förklarar att någon sådan inte togs upp i propositionen.

7.10 Repression som en önskad biverkning?

I svensk rätt motiveras kriminaliseringar som nämnts med allmänpreventiva argument. De mål man har för det straffrättsliga påföljdssystemet är praktiskt viktiga eftersom de påverkar själva utformningen av systemet. Samtidigt är det omöjligt att skilja de olika straffrättsteorierna helt från varandra. Vad än lagstiftaren önskar kommer t ex ett allmänpreventivt system också ha en del individualpreventiva konsekvenser och ett system med veder-

²³⁴ Jareborg (2001), s. 45-50.

²³⁵ Denna diskussion förs snarare inom samhällsvetenskapliga discipliner som kriminologi och rättssociologi än inom rättsvetenskapen.

²³⁶ Sarnecki (2003), s. 361-367.

²³⁷ Hellner & Radetzki (2006), s. 43.

gällning som mål kommer också att få preventiva effekter. Hur systemet än utformas så uppkommer alltså slaggprodukter i form av oönskade effekter, en slags biverkningar.²³⁸ Om man applicerar samma idé på kränkningserättningen skulle man kunna hävda att det bestraffande inslaget helt enkelt bör ses som en oönskad biprodukt i detta fall. En sådan syn skulle kunna tolkas in i lagstiftarens ovilja att kommentera ersättningens karaktär av straff. Ett problem med en sådan argumentation är att det i så fall handlar om ganska betydande bieffekter. Tanken stöds inte heller av den upprättelsefunktion som trots allt nämns i propositionen och som enligt vad som framkommit ovan måste anses intimt förknippad med gärningsmannens handlande. Med hänsyn till den kritik som framförts mot kränkningserättningen i den juridiska doktrinen verkar också få rättsvetare redo att utan vidare godta dessa bieffekter.

7.11 Symbolersättning eller reparation vid pulvrisering av skadan?

Hittills har det visat sig svårt att förklara kränkningserättningen utifrån funktioner som enbart tar hänsyn till verkningar för den skadelidande medan ett erkännande av de verkningar som drabbar skadevällaren medförde att en oönskad bestraffande funktion som är svår att rättfärdiga aktualiserades. Att utgå från skadelidande och skadevällare som de enda relevanta aktörerna vore dock verklighetsfrånvänt. Ett starkt skäl för att inte acceptera en sådan position är att en stor del av alla ersättningar utgår från försäkringar i någon form. Genom att inkludera ersättningar från försäkring och stat i analysen får man en fråga av mer samhällsekonomisk art. Ett sådant synsätt har förespråkats av Jan Hellner och enligt honom bör man då i första hand argumentera runt fördelningen av tillgängliga statsmedel mellan olika skadelidande.²³⁹ Ur ett sådant perspektiv blir alltså utmaningen att motivera varför ersättning bör utgå just till den som blivit utsatt för en kränkning genom brott, medan den skadelidande i vissa andra fall får bära sin skada själv. För många framstår det troligen som ganska rimligt att en annan persons uppsåtliga handlande inte skall anses som ödets slag i den bemärkelsen att samhället låter individen bära skadan själv.²⁴⁰ Hur man än ställer sig i frågan är det tydligt att i vart fall brottsskadeersättningen måste sägas beröra frågan om vad en samhällsmedborgare kan räkna med gentemot det allmänna.²⁴¹

Den svenska lagstiftaren har valt att definiera kränkning genom brott som en skada, oavsett att detta leder till problem i den rättsvetenskapliga argumentationen. Om man godtar lagstiftarens ståndpunkt kan man hävda att brottsskadeersättningar och försäkringsersättningar resulterar i en pulvrise-

²³⁸ Diesen m fl (2005), s.112-113.

²³⁹ Hellner (1990), s. 219.

²⁴⁰ Ibid, s. 225.

²⁴¹ Dahlstrand (2007), s. 10.

ering av dessa skador och att själva ersättningen till den skadelidande har en reparativ funktion med reservation för de problem som pekades ut i avsnitt 7.4. Ett alternativ är tolka lagstiftarens ställningstagande som ett bevis på att samhället erkänner betydelsen hos de värden som har kränkts och tillskriva kränkingsersättningen en karaktär av symbolersättning. Ersättningen blir då ett slags tecken på samhällets medkänsla och respekt för den personliga integriteten. Genom att på detta sätt mer eller mindre lämna antagandet om en kompensierbar skada bakom sig undviker man problemet med full ersättning och rättfärdigar att ersättningsnivåerna delvis måste dikteras av samhällsekonomiska hänsyn. En fråga som då aktualiseras är hur man skall se på den upprättelsefunktion som åberopas i förarbetena. I en symbolersättning kan intolkas en slags upprättelse från stat eller samhälle. Man skulle också kunna utgå från att upprättelsefunktionen faller bort i de fall där ersättningen inte kommer från skadevållaren. Denna fråga har inte behandlats speciellt mycket i den juridiska litteraturen och berörs inte heller i propositionen. Ett problem med att enbart argumentera runt fördelningen av tillgängliga ekonomiska medel mellan olika skadelidande är att man utelämnar skadevållaren ur analysen trots att många skadevållare faktiskt själva betalar skadeståndet. Man kan dock konstatera att sådana biverkningar som behandlades i avsnitt 7.10 blir lättare att rättfärdiga med hänsyn till att ersättningen ofta betalas av stat och försäkring. De finns dock fortfarande närvarande och är inte heller jämnt spridda bland skadevållarna utan drabbar vissa individer mycket hårt. Ett visst bestraffande inslag finns alltså kvar med ett sådant synsätt även om detta minskar.

8 Avslutande reflektioner

Uppsatsens avslutande kapitel vill jag inleda med ett konstaterande av att kränkingsersättningen har mycket stark ställning i Sverige. Det rättsliga kränkingsbegreppet anklagas ofta för att vara otydligt och användningen av termen i det vardagliga talet har pekats ut som ett problem. Trots denna kritik finns det inte någon som protesterar mot brottsoffers rätt till ersättning som sådan. Kränkingsersättningen har inga synliga motståndare, vare sig bland politiker eller bland jurister. Trots svårigheterna att bedöma allmänhetens inställning i frågan kan man nog också vara rimligtvis säker på att det i vart fall inte finns en opinion för sänkta ersättningsnivåer. Brottsoffers rätt till ideell ersättning har alltså ett brett stöd och kommer med all sannolikhet inte att försvagas.

Att ersättningen ändå debatteras och kritiseras i juridiska sammanhang beror på problemen med att skapa formella normer för skadeståndsbedömningen och en tillfredställande argumentation kring motiveringen av lagreglerna. I min uppsats har svårigheterna med att definiera den konkreta skadan vid kränkning behandlats. Trots denna problematik valde lagstiftaren en konstruktion av ersättningsposten som bygger på begreppet skada. Denna skada bedöms objektivt, främst utifrån faktorer knutna till skadevållarens handling, vilket leder till att många av de skadeståndsrättsliga grundprinciper som normalt är viktiga i rättstillämpningen sätts ur spel. Ersättningen för kränkning genom brott måste därför sägas inta en särställning i svensk skadeståndsrätt. Denna bild förstärks enligt mig av att det både vid ansvarsbedömningen och vid bestämmandet av ersättnings storlek finns en ovanligt direkt koppling till de etiska och sociala värderingar som råder i samhället. Uppsatsen har också beskrivit svårigheterna med att föra en konsekvent och logisk argumentation kring ersättnings syfte eller funktion utifrån existerande skadeståndsrättslig teori. Ersättningen verkar ha funktioner som inte förut aktualiserats eller erkänts i svensk rätt även om det är svårt att sätta fingret på vari dessa består. I propositionen avstod lagstiftaren från att ta ställning i många frågor av vikt. Det vaga sätt man valde att uttrycka sig på är i och för sig en förståelig konsekvens av de problem som summerades ovan. Samtidigt är det svårt att inte kritisera oviljan att kommentera den nyordning som kränkingsersättningen trots allt innebär. Resultatet blev att många viktiga frågor lämnades öppna för tolkning och diskussion. Även om HD i NJA 2007 s. 540 gjorde vissa viktiga uttalanden kan inte jag se att något direkt samförstånd råder om hur man bör se på ersättnings karaktär.

Det övergripande syftet i min uppsats har varit att ge en bild av kränkingsersättnings speciella karaktär och de problem den aktualiserar i den rättsvetenskapliga argumentationen. En annan ambition har varit att förmedla en förståelse av varför det är så svårt att föra en hållbar argumentation kring ersättningen utifrån den traditionella skadeståndsrättsliga teorin.

En del av förklaringen finns redan i skadeståndsrättens generella karaktär. Svårigheten med att överhuvudtaget finna någon god systematik på rättsområdet blir snabbt tydlig för den som studerar skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga begrepp som funktion och grund är komplexa och svårhanterade och många av de vedertagna funktionerna har ett aktörs-perspektiv som gör att de inte kan ge en helhetsbild av skadeståndsrättens effekter i samhället. Det är uppenbart att det överhuvudtaget är svårt att skapa övergripande logiska teorier på detta område. Därför är det inte speciellt förvånande att det ibland blir svårt att jämkna in en ny rättsregel i det existerande teoretiska ramverket.

I inledningen till denna uppsats konstaterades att kränkingsersättningen rör sig i ett område mycket färgat av värderingar. Senare i uppsatsen har ersättningens nära koppling till politiska och sociala attityder behandlats närmare. Kränkingsersättningens ökade status kan till stor del förklaras av en relativt ny allmän uppfattning om att varje medborgare har ett antal grundläggande mänskliga rättigheter och att det är statens uppgift att se till att dessa skyddas. Denna utveckling har gått hand i hand med en politisering av stora delar av rätten som tidigare ansågs vilda åt experter. Resultatet är i detta fall en ersättningspost som bygger på begrepp som kränkning, personlig integritet och upprättelse. Föreställningarna kring dessa begrepp måste antas skilja sig mycket från person till person och även hos samma person över tid. Uppenbarligen är de knutna till mycket abstrakta värden som är svåra att diskutera med logisk ambition vilket är ett problem då de ska definieras juridiskt.

Den kanske viktigaste orsaken till att det uppstår problem i mötet mellan den rättsvetenskapliga teoribildningen och kränkingsersättningen är att ersättningen, genom att fokusera på skadevällarens handling och göra anspråk på en upprättande funktion, för tankarna till resonemang om bestraffning. I Sverige har man inom skadeståndsrätten de senaste 60 åren fokuserat på den skadelidande och dennes rätt att få sin skada ersatt. Detta synsätt har enligt mig varit så dominerande att skadeståndsrättens inslag av rättsskipning hamnat i skymundan. Då skadeståndsansvar föreligger medför detta dock förutom positiva effekter för den skadelidande också i princip alltid negativa effekter för den skadeståndsskyldige. Mycket möda har inom rättsvetenskapen lagts ned på att undvika allt som påminner om vedergällning i den juridiska argumentationen. De alternativa lösningar som brukar användas för att motivera repression fungerar dock dåligt vad gäller kränkingsersättningen vilket visas i kap 7. Enligt mig ligger dock inte förklaringen till svårigheterna i första hand i själva utformningen av ersättningsposten även om det ofta är så problemet behandlas från juridiskt håll. I stället uppstår svårigheter för att det rent faktiskt verkar finnas någon form av vedergällningstanke närvarande hos politiker och allmänhet. Troligen har en sådan syn på många rättsregler alltid haft ett visst stöd utanför experternas led men hos kränkingsersättningen syns den mera tydligt och är svår att bortförklara. Här aktualiseras en djupgående motsättning mellan det allmänna rättsmedvetandet och den rättsvetenskapliga teoribildningen. Denna motsättning anser jag vara en viktig

orsak till att rättsvetenskapen har sådana problem med att hantera kränkingsersättningen.

I debatten i slutet av 1980-talet framfördes ibland åsikter från juridiskt håll om att de argumentationsproblem som är förknippade med ideell ersättning till brottsoffer beror på att ersättningen i sig är ”fel”. Den som tar en sådan ståndpunkt bortser dock från att den rättsvetenskapliga teoribildningen inte har något absolut sanningsvärde utan består av en logisk struktur som skapats kring regler som växt fram ur värderingar i tidigare samhällen. Även om juridiken som vetenskap eftersträvat en distansering från sociala värderingar, bygger även de juridiska principerna på värderingar med en moralisk laddning. I slutändan är det trots allt politiker, inte jurister, som stiftar den svenska lagen och det är normalt att rätten förändras. Ersättningen för kränkning genom brott har ett mycket starkt stöd i samhället. Att man skiljt ut sådana kränkningar från personskadorna innebär också att man velat låta praxis runt ersättningsposten utvecklas fristående. Jag anser därför att den framtida vägen att gå måste bli att respektera och acceptera ersättningens särart. En viktig fråga blir då hur man ändå skall kunna skapa någon sorts konsekvent argumentation kring kränkingsersättningens karaktär och funktion. Arbetet med att åstadkomma en sådan kan sägas pågå genom den diskussion som förs i doktrin. På sikt kan på så sätt någon slags systematik uppnås även om lagstiftarens otydliga ställningstaganden gör att det nog delvis måste bli fråga om en slags efter-rationalisering.

Olika möjliga sätt att argumentera runt kränkingsersättningen och på så sätt åstadkomma en sådan efter-rationalisering behandlades i kap 7. Jag tänker nu göra några mer personliga reflektioner kring hur problemen i argumentationen om ersättningens funktion bäst kan hanteras. Något som kan ha hamnat i bakgrunden i denna uppsats är att jag anser att kränkingsersättningen, liksom de flesta ersättningar och skadestånd, självklart har multipla funktioner. Utmaningen är dock att formulera en funktion som kan förklara och motivera de mer ovanliga inslagen hos ersättningen. I detta arbete är det enligt min mening eftersträvansvärt att försöka hålla fast vid ett brottsofferperspektiv i den mån det är möjligt. Trots all kritik som framförts ovan delar jag lagstiftarens åsikt att huvudpoängen med kränkingsersättning är att på något sätt förbättra brottsoffrets situation. Utifrån ett sådant perspektiv men med en helhetssyn på hur kränkingsersättningen fungerar i praktiken anser jag att det bästa alternativet vore att ta fasta på en sådan symbolfunktion hos ersättningen som behandlades i avsnitt 7.11. Ersättningen för kränkning genom brott skulle då karaktäriseras som ett slags erkännande från staten om att brottsoffret tvingats genomgå en upplevelse som inte är acceptabel i vårt samhälle. En sådan syn på ersättningen är enligt mig på många sätt bara en utveckling av uttalandena i förarbetena. Att uttryckligen tillskriva ersättningen en symbolfunktion är mycket fördelaktigt eftersom det hindrar argument om full ersättning, vilket innebär att man slipper diskussionen om svårigheterna att mäta skadan. Att definiera skadeståndet som symboliskt blir i stället ett ställningstagande om att brottsoffrets skada inte kan värderas eller kompenseras i pengar. Utifrån

ett antagande om en symbolisk funktion kan utvecklingen av brottsoffers rätt till ideell ersättning ske utifrån en realistisk diskussion där både hänsyn till brottsoffer och samhällsekonomiska hänsyn har en naturlig plats. Skadevällarens brottsliga gärning accepteras då som högst relevant men det är ändå statens skyldigheter gentemot individen står i centrum. En symbolfunktion kan ses som en funktion i sig själv eller formuleras inom ramarna för upprättelsefunktionen. Att utgå från upprättelsefunktion blir mest naturligt eftersom denna redan har introducerats genom förarbetena. I så fall bör det dock bli tydligt att det handlar om symbolisk upprättelse från staten och inte skadevällaren. Även i de fall där själva ersättningen faktiskt kommer från skadevällaren bör alltså upprättelsen ändå anses komma från staten genom erkännandet av att det som den skadelidande varit med är oacceptabelt.

Om man skulle välja att tillskriva kränkingsersättningen en sådan symbolfunktion som jag förespråkat vore det bra om rättssystemet som helhet arbetade för att främja denna. I den allmänna diskussionen kring ideell ersättning till brottsoffer fastnar man lätt i en diskussion kring ersättningarnas storlek. Det är dock underligt att tänka sig att skadeståndsbeloppen i sig är det enda som påverkar hur skadeståndsrätten fyller sin funktion. Även hur vi talar om rätten måste antas påverka hur vi upplever dess verkningar, särskilt då lagstiftningen är tänkt att fylla en symbolisk funktion. I en ideal värld hade kränkingsersättningens symboliska funktion understruktits genom terminologin i lagtext och förarbeten. Det skulle kunna vara en fördel att inte alls arbeta med begreppet skada. Ansträngningar för att motarbeta stötande språkbruk i rättsprocessen och i utformningen av domarna vore också önskvärt. Genom att inte tala om kompensation eller full ersättning undviker man att uppmuntra tankar om en kvantifiering eller värdering av skadan, idéer som måste sägas motverka syftet att ge offret någon slags symbolisk upprättelse. För att en sådan symbolfunktion som formulerats ovan skall framstå som trovärdig vore det också bra om man minskade diskrepansen mellan rätten till skadestånd och brottskadeersättning. Om man ser ett symboliskt erkännande från staten av de angripna värdena som den viktigaste funktionen vid ersättning för kränkning framstår det som underligt att brottskadeersättningen ofta döms ut mer restriktivt än skadestånd. Om ersättning utgick i samma fall skulle en mer konsekvent argumentation kunna föras, möjligen till en viss ökad kostnad för samhället. Överlag så tror jag att en tydligare definierad symbolfunktion skulle ha goda chanser att få vissa positiva effekter. Om en symbolfunktion hos kränkingsersättningen fick genomslag i mediebevakningen och förankring hos befolkningen i allmänhet skulle debatten i viss mån skiftas bort från frågan om exakt hur mycket ett mord eller en våldtäkt är värd, en fråga som inte har något svar och vars debatterande i förlängningen bara kan leda till att den skadelidande känner sig underkompenserad. På så sätt är det möjligt att en mer uttalad symbolfunktion också skulle kunna bidra till en mer positiv upplevelse hos brottsoffren av den ersättning de tilldöms.

Efter att ha redogjort för min egen inställning i frågan om hur man bör argumentera kring kränkingsersättningens funktion skulle jag innan jag

avslutar vilja återkomma till frågan om betydelsen av hur man definierar ersättningens funktion eller syfte. Hur stora faktiska konsekvenser den funktion som tillskrivs kränkingsersättningen får i rättspraxis kan diskuteras men jag tror personligen att helhetssynen på en lagregel är av stor betydelse för hur den kommer att tillämpas. Synen på kränkingsersättningens karaktär och funktion kan också påverka ersättningspostens framtida utveckling genom andra kanaler än rättstillämparen. Just nu måste den nya lagregeln om ersättning för kränkning genom brott anses genomgå en tolkningsprocess. Som förhoppningsvis blivit tydligt i min uppsats är både jurister, politiker, befolkningen i allmänhet och massmedia med och formar förståelsen av ersättningens karaktär. Den syn på ersättningen som får störst genomslag kommer att påverka den riktning som debatten tar i framtiden och därmed den framtida utvecklingen av brottsoffers rätt till ideell ersättning.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Skadeståndslag (1972:207) inklusive Lag (2001:732) om ändring i skadeståndslagen

Regeringsformen (1974:152) inklusive den Europeiska konventionen d. 4 nov. 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Brottsskadelag (1978:413)

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Personuppgiftslag (1998:204)

Lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder

Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever

Diskrimineringslag (2008:567)

SOU 1950:16 Förberedande utredning angående lagstiftning på skadeståndsrättens område

SOU 1969:58 Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten

SOU 1976:9 Sexuella övergrepp

Dir. 1988:76

Dir. 1990:66

SOU 1992:84 Ersättning för kränkning genom brott

SOU 1995:33 Ersättning för ideell skada vid personskada

SOU 1995:60 Kvinnofrid

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid

Prop. 2000/01:68 Ersättning för ideell skada

Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering

Ds. 2007:10 Skadeståndsfrågor vid kränkning

Brottsoffermyndighetens referatsamling. Fritzes, Stockholm, 2009

Litteratur

Agell, Anders. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 2*, s. 98-101. Islands regering, 1990

Andersson, Håkan: *Kränkningersättning - spott och spe för yrkespersoner*. Pointlex, 21 december 2005

Asp, Petter: *EU & straffrätten – studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*. Iustus förlag, Uppsala, 2002

Balvig, Flemming: *Danskernes syn på straf*. Danska advokatsamfundet, Köpenhamn, 2006

Bengtsson, Bertil. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 2*, s. 102-103. Islands regering, 1990

Bengtsson, Bertil: "Om kränkning och diskriminering". I: *Nordisk försäkringstidskrift* 4/2007 s. 299-305

Berglund, Kerstin: "Mänskliga kränkningar". I: Asp, Herlitz, Holmqvist (red.): *Flores juris et legum – festskrift till Nils Jareborg*, s. 85-104. Iustus förlag, Göteborg, 2002.

Cameron, Iain: "Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna". I: *Svensk Juristtidning*, 2006, s. 553-588

Christie, Nils: *Lagom mycket kriminalitet*. Natur och kultur, Stockholm, 2005

Conradi, Erland: "Ersättning av lidande på grund av incest – en HD-dom". I: *Svensk Juristtidning*, 1986, s. 453-456

Dahlstrand, Karl: *Den anomiska rätten: Om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkningersättningar*. Sociologiska institutionen, Lund, 2007

Diesen, Christian (red.), Karanikas, Mikael, Nelker, Louise & Wastesson, Mathias: *Prövning av skadestånd. BEVIS 4*. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999

- Diesen, Christian, Lernestedt, Claes, Lindholm, Torun & Pettersson, Tove; *Likhet inför lagen*. Natur och kultur, Stockholm, 2005
- Dufwa, Bill W; ”Vår komplicerade trafikskaderätt”. I: *Svensk Juristtidning* 1979, s. 401-490
- Eberhard, David: *Ingen tar skit i de lättkränkta land*. Prisma, Stockholm, 2009
- Eriksson, Anna (red.): *Ersättning vid personskada*. Studentlitteratur, Lund, 2007.
- Hellner, Jan, ”Enhetliga regler eller områdesanpassade ersättningar – lapptäcke eller ej?”. I: *Nordisk försäkrings-tidskrift* 3/1990, s. 218-227
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus: *Skadeståndsrätt*. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus: *Skadeståndsrätten: en introduktion*. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.
- Hydén, Håkan: *Rättsregler: En introduktion till juridiken*. Studentlitteratur, Lund, 2001
- Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag AB, Uppsala, 2001
- Lab, Steven P., *Crime prevention – approaches, practices and evaluations*. LexisNexis, New York, 2007
- Lindgren, Magnus: *Brottsoffer i rättsprocessen: Om ideala brottsoffer och goda myndigheter*. Jure förlag AB, Stockholm, 2004
- Nilsson, Edvard: ”Ideel skade – erstatningsret og erstatningsniveau”. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 1*, s. 105-150. Islands regering, 1990a
- Nilsson, Edvard. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 2*, s. 84-88 & 110-112. Islands regering, 1990b
- Nordenson, Ulf K. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 2*, s. 83, 93-94 & 103.
- Osvald, Håkan. I: *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmöde i Reykjavik august 1990 - del 2*, s. 109. Islands regering, 1990
- Rogers, Winfield & Jolowicz: *Winfield & Jolowicz on tort*. Sweet & Maxwell, London, 2006

Rubing, Per: "Kränkingsersättningens utveckling under åren 1992-2002". I: *Nordisk försäkringstidskrift* 4/2004, s. 367-370

Sarnecki, Jerzy: *Introduktion till kriminologin*. Studentlitteratur, Lund, 2003

Schultz, Mårten; "Berättelsen om Stella och andra myter om amerikansk skadeståndsrätt". I: *Nordisk försäkringstidskrift* 4/2007, s. 375-379

Schultz, Mårten: *Kränkning: studier i skadeståndsrättslig argumentation*. Jure förlag, Stockholm, 2008.

Svanberg, Jan: *Rättssociologi – en introduktion*. Studentlitteratur, Malmö, 2008

Tham, Henrik; "Från behandling till straffvärde: Kriminalpolitik i en förändrad välfärdsstat". I: Victor, Dag (red.), Ashworth, Andrew: *Varning för straff: Om vådan av den nyttiga straffrätten*. Fritzes, Stockholm, 1995

Wergens, Anna: *Ett viktinologiskt forskningsprogram: Presenterat 2002: Bakgrund och nuläge*. Brottsoffermyndigheten, Umeå, 2002

Zaremba, Maciej: "Först kränkt vinner: Jaktscener från lärarhögskolan". I: *Dagens Nyheter*, 2008-02-19

Rättsfallsförteckning

NJA 1991 s. 766

NJA 2004 s. 540

NJA 2005 s. 462