

Ds 2007:10

Skadeståndsfrågor vid kränkning



REGERINGSKANSLIET
Justitiedepartementet

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-690 91 91
Ordertel: 08-690 91 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen, 2003.
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som skall svara på remiss.

Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/>

Tryckt av Edita Sverige AB
Stockholm 2007

ISBN 978-91-38-22726-8
ISSN 0284-6012

Till Justitiedepartementet

I augusti 2006 fick jag i uppdrag att utreda vissa frågor om ideellt skadestånd vid kränkning. Jag får nu överlämna promemorian Skadeståndsfrågor vid kränkning

Stockholm i januari 2007

Bertil Bengtsson

Innehåll

Förkortningar.....	9
Sammanfattning.....	11
1 Författningsförslag	15
1.1 Förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972:207).....	15
1.2 Förslag till ändring i lag (2008:000) om förbud och andra åtgärder mot diskriminering	18
2 Inledning	21
2.1 Utredningsuppdraget; utredningens arbete	21
2.2 SkL:s regler.....	22
2.3 Annan nordisk rätt.....	22
2.4 Annan svensk lagstiftning	23
2.5 Särskilt om skadestånd vid diskriminering.....	25
2.6 Kränkningersättnings storlek	27
2.7 Kränkningensbegreppet.....	31

3	Diskussionen om skadestånd för kränkning	35
3.1	Den rättsvetenskapliga debatten	35
3.2	Lagstiftningsarbetet	36
4	Bör rätten till kränkingsersättning utvidgas?	41
4.1	Allmänt	41
4.2	Utvidgning till icke kriminaliserade kränkningar?	44
4.3	Förhållandet till ansvar för ren förmögenhetsskada	46
4.4	Rättsstridiga handlingar m.m.?	48
4.5	Grundlagskränkningar m.m.?	50
4.6	Ersättning för affektionsvärde?	52
4.7	Kränkningar vid myndighetsutövning?	53
4.8	Några lagtekniska problem.....	55
5	Överträdelse av Europakonventionen.....	59
5.1	Allmänt	59
5.2	Ett alternativ: tillämpning av 3 kap. 2 § SkL.....	64
5.3	Allvarlig överträdelse?.....	68
5.4	Några andra frågor	69
5.5	Lagändringar enligt detta alternativ	72
5.6	Ett annat alternativ: en särskild regel om konventionsbrott	73
5.7	Slutsatser.....	77
6	Kränkingsersättningens storlek.....	81

6.1	Allmänt	81
6.2	Särskilt om ersättning vid diskriminering	82
6.3	Möjliga lösningar.....	86
6.4	En terminologisk ändring?	87
6.5	Alternativa lagändringar	90
7	Författningskommentar.....	93
	Bilaga 1 Promemorian om utredningsuppdraget.....	99
	Bilaga 2 Kommentar till den alternativa lagtexten	101

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen(s domar)
BrB	Brottsbalken
DO	Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
HD	Högsta domstolen
HO	Handikappombudsmannen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
JK	Justitiekanslern
JT	Juridisk tidskrift
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
LU	Lagutskottet
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJMF	Förhandlingar vid nordiskt juristmöte
NRt	Norsk Retstidende
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TR	tingsrätt
UfR	Ugeskrift for retsvesen

Sammanfattning

Enligt uppdraget skall utredningen behandla frågan om det finns anledning att göra några ändringar i gällande regler om ideellt skadestånd för kränkning; för närvarande utgår sådant skadestånd – som alltså inte ersätter någon ekonomisk skada – bara vid brott som innebär angrepp mot någons person, frihet, frid eller ära (2 kap. 3 § skadeståndslagen; SkL). Bl.a. skall övervägas frågan om ideellt skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen. Vidare skall utredas om ersättningsnivån vid diskriminering och andra överträdelser av diskrimineringslagarna skall kopplas till den allmänna skadeståndsrätten på sätt som skett i ett avgörande av Högsta domstolen (NJA 2006 s. 170). I diskussionen har satts i fråga om ersättningsens preventiva funktion kan uppnås på detta vis.

Vad angår utvidgning av rätten till kränkingsersättning i allmänhet har i diskussionen föreslagits olika allmänna regler som skulle ersätta kopplingen till vissa brott. Enligt utredningen är det emellertid svårt att finna någon lämplig generell avgränsning av ersättningsrätten i detta fall. Vad som kan övervägas är däremot en speciell bestämmelse om kränkningar vid myndighetsutövning; typiskt sett är det framför allt här som kränkningar förekommer utanför det kriminaliserade området. En sådan utvidgning skulle gå att förena med de allmänna reglerna om ekonomiskt skadestånd. Om man liksom i dag håller fast vid att skadestånd bara utgår vid allvarlig kränkning skulle lagen inte heller uppmuntra till processer om bagateller, vilket annars är en viss risk när det gäller ideellt skadestånd av detta slag.

Utredningen föreslår alltså ett tillägg i 3 kap. 2 § SkL, som innebär att ideellt skadestånd vid myndighetsutövning utgår när någons person, frihet, frid eller ära allvarligt kränkts, oavsett om det föreligger brott. I promemorian framhålls att ändringen knappast ter sig särskilt angelägen men dock är den minst olämpliga från lagteknisk och praktisk synpunkt, om man vill utvidga rätten till kränkningersättning.

Ännu en fråga kommer upp beträffande regeln i 3 kap. 2 § SkL med anledning av HD:s avgörande NJA 2005 s. 462. Här har domstolen ålagt staten ett ansvar på grund av denna paragraf sedan en person i strid med artikel 6.1 i Europakonventionen inte fått vissa anklagelser mot honom prövade inom skälig tid, varvid denne utan stöd av lag tilldömts bl.a. ideellt skadestånd för kränkning av hans rätt enligt konventionen. Det finns skäl att anpassa den svenska lagstiftningen så att den är bättre förenlig med det uppkomna rättsläget.

I promemorian diskuteras olika alternativ för en sådan anpassning. I första hand föreslås ett tillägg till 3 kap. 2 § som innebär att ideellt skadestånd skulle utgå, utöver i de fall som anges i paragrafen i övrigt, när någons rättigheter enligt Europakonventionen åsidosätts vid myndighetsutövning. (Uttrycket ”kränkning” skulle undvikas i detta fall, som inte behöver innebära någon sådan personlig kränkning som regleras i 2 kap. 3 §.) Förutsättningen skulle alltså vara att ”fel eller försummelse” förekommit vid myndighetsutövningen, ett uttryck som här – enligt vad HD uttalat i NJA 2005 s. 462 – skulle få tolkas i enlighet med konventionens principer. Enligt ett tillägg i 5 kap. 6 § skulle vidare ideellt skadestånd i detta fall bestämmas med ledning av tillämpningen av artikel 41 i Europakonventionen. – En komplikation kan visserligen uppkomma vid konventionsstridig lagstiftning, där man kan göra gällande att i enlighet med den princip som framgår av 11 kap. 14 § regeringsformen ersättning skulle utgå bara vid uppenbart fel. Enligt utredningen innebär emellertid detta inte något nytt problem; liksom i dag får en skadelidande i sådana fall grunda skadeståndskravet direkt på konventionen, en talan som enligt detta alternativ inte skulle

regleras i lagen. Att gå in på regeringsformens regler om lagprövning ligger utanför utredningsuppdraget.

I sammanhanget diskuterar promemorian också om man i sammanhanget bör ändra 3 kap. 7 §, som begränsar rätten att föra talan bl.a. vid påstådda fel av regering och riksdag. Frågan har aktualiserats redan tidigare på grund av möjligheten att grunda en skadeståndstalan på EG:s regler (se SOU 1997:194). Enligt utredningen ger den senare utvecklingen ytterligare anledning att överväga en sådan reform, men den ligger utanför utredningsuppdraget.

Utredningen diskuterar emellertid också ett annat, mera långtgående alternativ att anpassa lagstiftningen efter det nuvarande rättsläget. I en ny regel i 3 kap. 4 § SkL skulle föreskrivas att staten när den åsidosätter en enskilds rättigheter enligt Europakonventionen skall utge skäligt skadestånd; detta skulle också här bestämmas med ledning av tillämpningen av art. 41 i konventionen. Något krav på fel och försummelse skulle i så fall inte gälla, utan det skulle även vid skada genom lagstiftning räcka att styrka konventionsbrott. Genom kravet på ”skäligt” skadestånd skulle det finnas möjlighet att ogilla talan i bagatellartade fall. I en bilaga till promemorian har tagits in lagtext och författningskommentar enligt detta alternativ.

Ingendera av dessa lösningar framstår dock som helt problemfri med hänsyn till vissa svårigheter att förena svensk rätt – bl.a. regeln om lagprövning – med Europakonventionens principer på skadeståndsområdet. Man kan ställa frågan om något av de båda alternativen helt tillgodoser de krav som bör ställas på en lagreglering av statens ansvar vid överträdelse av konventionen. De kan dock gå jämförelsevis snabbt att genomföra. En mera genomgripande ändring av lagstiftningen på området tar längre tid. Om något sådant kommer i fråga, bör reformarbetet lämnas åt en utredning med större resurser och mera kvalificerad sammansättning.

Enligt uppdraget skall som nämnt utredningen också ta upp de problem som uppkommit genom HD:s dom NJA 2006 s. 170, där domstolen efter en jämförelse med kränkingsersättningen

vid vissa allvarliga brott sänkte skadeståndet för diskriminering av två homosexuella restauranggäster. Domen har befarats leda till en sänkning av ersättningen för diskriminering som skulle försvåra sanktionens preventiva funktion i strid med bl.a. EG:s direktiv i frågan. Enligt utredningen stämmer HD:s dom väl med de hänsyn till brottsoffren som präglar svensk lagstiftning och den stora allmänhetens inställning; att högre ersättning för kränkning skulle utgå vid diskriminering än vid allvarlig brottslighet kunde lätt uppfattas som stötande. För att om möjligt undvika en sådan jämförelse föreslår emellertid utredningen att skadeståndet vid diskriminering, som delvis anses fylla andra ändamål än vanligt skadestånd, skall få en särskild beteckning – diskrimineringsersättning – och att dess preventiva funktion skall betonas i lagtexten. På detta sätt kan ersättningsreglerna utvecklas mera oberoende av HD:s praxis rörande annat skadestånd, och en skillnad i fråga om beloppens beräkning framstår som mindre anmärkningsvärd. En sådan lagändring kan också vara motiverat av systematiska skäl: diskrimineringsersättningen är ett så särpräglat inslag i skadeståndsrätten att den lämpligen bör hänvisas till ett civilrättsligt specialområde.

Ändringen i terminologi bör förslagsvis ske samtidigt som en sammanhållen diskrimineringslagstiftning genomförs i enlighet med betänkandet SOU 2006:22. Några sakliga ändringar i ersättningsreglerna föreslås däremot inte; något sådant skulle ligga utanför utredningens uppdrag.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972:207).

Härmed föreskrivs i fråga om skadeståndslagen (1972:207) att 3 kap. 2 § och 5 kap. 6 § skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

2 §

Staten eller en kommun skall ersätta

1. personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar, och Staten eller en kommun skall ersätta

2. skada på grund av att

Om en skada vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vilken staten eller en kommun svarar, skall staten eller kommunen ersätta

1. personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada,

2. annan skada som någon

någon annan kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 § genom fel eller försummelse vid sådan myndighetsutövning.

lider genom att hans rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har åsidosätts, och

3.skada på grund av att någon allvarligt kränks genom angrepp på dennes person, frihet, frid eller ära.

5 kap.

6 §

Skadestånd med anledning av kränkning bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Därvid skall särskilt beaktas om handlingen

1. haft förnedrande eller skändliga inslag,
2. varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa,
3. riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet,
4. inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller
5. varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.

Ersättning som avses i 3 kap. 2 § 2 skall bestämmas efter vad som är skäligt med ledning av tillämpningen av artikel 41 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Den som har gjort sig skyldig till ärekränkning eller dylik brottslig gärning eller som annars är skadeståndsskyldig med anledning av sådant brott kan på yrkande av den kränkte i mål

om gärningen efter omständigheterna åläggas att bekosta tryckning i en eller flera tidningar av dom i målet.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2008.

1.2 Förslag till ändring i lag (2008:000) om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

Härmed föreskrivs i fråga om lag (2008:000) om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

dels att 2 kap. 24, 29 och 32 §§ samt 3 kap. 30 § skall ha följande lydelse,

dels att rubrikerna närmast före 2 kap. 24 § och 3 kap. 30 § skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

Skadestånd

Ersättning

2 kap.

24 §

Om en arbetsgivare bryter mot förbuden mot diskriminering i 17 eller 19 § eller represalier i 21 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 22 § skall arbetsgivaren betala *skadestånd* för den kränkning som detta innebär och *för* den förlust som uppkommer.

Om det finns särskilda skäl kan *skadeståndet* sättas ned eller helt falla bort.

Om en arbetsgivare bryter mot förbuden mot diskriminering i 17 eller 19 § eller represalier i 21 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 22 § skall arbetsgivaren betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som detta innebär och *ersätta* den förlust som uppkommer.

När diskrimineringsersättningen bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det finns särskilda skäl kan *ersättningen* sättas ned eller helt falla bort.

29 §

Om någon för talan med anledning av uppsägning eller avskedande skall följande bestämmelser i lagen (1982:80) om anställningsskydd tillämpas:

- 40 § om tidsfrist för talan om ogiltigförklaring,
- 41 § om tidsfrist för talan om skadestånd eller andra fordringsanspråk, och
- 42 § om förlorad talerätt på grund av preskription.

Om någon för någon annan talan än som avses i första stycket skall följande bestämmelser i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet tillämpas:

- 64 § om tidsfrist för påkallande av förhandling,
- 65 § om tidsfrist för väckande av talan,
- 66 § om förlängd tidsfrist för den som inte företräds av en arbetstagarorganisation, med den skillnaden att den tidsfrist som anges i 66 § första stycket första meningen skall vara två månader, och
- 68 § om förlorad talerätt på grund av preskription.

Om talan rör *skadestånd* med anledning av ett anställningsbeslut som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning, räknas tidsfristerna enligt andra stycket från den dag då anställningsbeslutet vann laga kraft.

Om talan rör *ersättning* med anledning av ett anställningsbeslut som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning, räknas tidsfristerna enligt andra stycket från den dag då anställningsbeslutet vann laga kraft.

32 §

Talan om *skadestånd* med anledning av ett beslut om anställning som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning får inte prövas innan anställningsbeslutet har vunnit laga kraft.

Talan om *ersättning* med anledning av ett beslut om anställning som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning får inte prövas innan anställningsbeslutet har vunnit laga kraft.

*Skadestånd**Ersättning***3 kap.**

30 §

Den som bryter mot förbudet mot diskriminering i 10–24 §§ eller repressalier i 26 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 27 och 28 §§ skall betala *skadestånd* för den kränkning som detta innebär och *för* den förlust som uppkommer.

Om det finns särskilda skäl kan *skadeståndet* sättas ned eller helt falla bort.

Om en arbetstagare diskriminerar någon eller utsätter någon för repressalier skall *skadeståndet* betalas av den som har arbetstagaren i sin tjänst.

Den som bryter mot förbudet mot diskriminering i 10–24 §§ eller repressalier i 26 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 27 och 28 §§ skall betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som detta innebär och *ersätta* den förlust som uppkommer.

När diskrimineringsersättningen bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det finns särskilda skäl kan *ersättningen* sättas ned eller helt falla bort.

Om en arbetstagare diskriminerar någon eller utsätter någon för repressalier skall *ersättningen* betalas av den som har arbetstagaren i sin tjänst.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2008.

2 Inledning

2.1 Utredningsuppdraget; utredningens arbete

Uppdraget, som under arbetets gång har utvidgats, avser att utreda vissa frågor om skadestånd för kränkning och diskriminering (se *bilaga 1*). Tre särskilda frågor nämns: hur regleringen av det ideella skadeståndet vid diskriminering och andra överträdelser av diskrimineringslagarna bör utformas, så att skadeståndets preventiva funktion skall uppnås; om den nuvarande kopplingen till brottslig gärning i SkL:s regler bör förändras; samt vad som bör gälla beträffande skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (jfr NJA 2005 s. 462).

I fortsättningen skall, efter en redogörelse för gällande rätt och diskussionen om skadestånd för kränkning (avsnitt 3), tas upp frågan om ändringar i SkL (avsnitt 4 och 5) och slutligen frågan om ändringar i diskrimineringslagstiftningen (avsnitt 6). Frågor som berör tryckfrihet och yttrandefrihet skall dock inte behandlas; de speciella problemen på dessa områden lär kräva en undersökning för sig. Detsamma gäller vissa andra mera genomgripande reformer som aktualiserats under utredningens gång; också dessa faller utanför utredningsuppdraget.

Under utredningsarbetet har uppgifter och synpunkter inhämtats från justitiekanslern (angående eventuella ändringar i skadeståndslagen) samt från Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen (angående diskrimineringsfrågor).

2.2 SKL:s regler

Enligt 2 kap. 3 § SkL skall den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Det förutsätts alltså att en brottslig handling begåtts, däremot inte att skadevällaren faktiskt fällts till ansvar på grund av brott; skadestånd kan utgå även om han inte kan dömas till påföljd på grund av sin ålder eller sin sinnesbeskaffenhet eller därför att brottet är preskriberat. I 5 kap. 6 § 1 st. sägs vidare att skadestånd med anledning av kränkning bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Sedan uppräknas en rad omständigheter som skall särskilt beaktas vid skadeståndets bestämmande: om handlingen haft förnedrande eller skändliga inslag, varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa, riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet, inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.

Ersättningsens storlek behandlas närmare i avsnitt 2.6 nedan.

2.3 Annan nordisk rätt

Redan här kan för en jämförelse nämnas vad som gäller enligt annan nordisk rätt.

Vad angår *Danmark* skall enligt erstatningsansvarsloven § 26 st. 1 den som är ansvarig för en rättsstridig kränkning av annans frihet, fred, ära eller person betala gottgörelse för "tort" – en kränkning av en persons självkänsla och självaktning. Det anses vara "ydmygelsen" som grundar kravet. Det är i allmänhet fråga om ärekränkning och kränkningar av privatlivets fred och liknande.¹ Ett tidigare rekvisit att kränkningen skall vara straffbar avskaffades 1972. I rättsstridighetsrekvisitet ligger att det skall föreligga en culpös kränkning av viss grovhet; skadestånd utgår inte vid "småchikanerier, drillerier og

¹ Bo von Eyben-Isager, Laerebog i erstatningsrett (5 udg. 2003) s. 278; A. Vinding Kruse-Möller, Erstatningsansvarsloven (3 udg. 1993) s. 368 ff.

lignende”. Ersättning anses nu möjlig enligt 3-19-2 – alltså vid principalansvar. Kravet på rättsstridighet bedöms efter en intresseavvägning där man också får väga in samhälleliga hänsyn som talar för att låta handlingen passera som rättsenlig. Ersättningens storlek varierar starkt efter kränkningens art.²

I *Finland* gäller att enligt 5 kap. 6 § skadeståndslagen ersättning utgår för lidande som har tillfogats genom brott mot frihet, ära eller hemfrid eller annat dylikt brott. Förmögenhetsbrott räknas inte till sådana brott.³

Enligt *norsk* rätt utgår enligt § 3–5 erstatningsloven ideellt skadestånd (oppreisning), utöver vid personskada, vid vissa brott som innebär annan kränkning eller skada av icke ekonomisk art, förutsatt att uppsåt eller grov vårdslöshet föreligger. Sådan ersättning kan också utgå när någon kränkt annans ära eller privatlivets fred redan genom ett oaktsamt handlande (§ 3–6). Ersättningen bestäms efter en skälighetsbedömning.⁴

Vissa uppgifter om nordisk rättspraxis rörande överträdelse av Europakonventionen ges i avsnitt 5.1.

2.4 Annan svensk lagstiftning

Även viss särskild lagstiftning ger rätt till ideellt skadestånd vid kränkning eller liknande handlingar.

Lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder föreskriver ersättning, utom för ekonomisk skada, för lidande (se 7 §). Enligt 48 § personuppgiftslagen (1998:204) skall den personuppgiftsansvarige ersätta registrerad för skada och kränkning av den personliga integriteten som en behandling av personuppgifter i strid med lagen har orsakat; ersättningsskyldigheten kan jämkas efter skälighet om den ansvarige visar att felet inte berodde på honom eller

² Vinding Kruse, *Erstatningsretten*, 5 udg. (1989) s.443 ff; Vinding Kruse-Möller, a.a. s. 371 ff.

³ Se härom Saxén, *Skadeståndsrätt* (1975) s. 84 ff, jämte Tillägg (1983) s. 399 f; Saxén *Skadestånd vid avtalsbrott* (1995) s. 220 f; Routamo-Hoppu, *Suomen vahingonkorvausoikeus* (1981) s. 189 f; SOU 1992:84 s. 166 f.

⁴ Nygaard, *Skade og ansvar*, 5 utg. 2000 s. 163 ff., Lödrup, *Laerebok i erstatningsrett*, 3 utg. 1995 s. 434 ff.

henne. I motiven nämns som faktorer påverkande ersättningen bl.a. risk för spridning av känsliga eller felaktiga uppgifter eller för beslut eller åtgärder som innebär något negativt för den skadelidande.⁵ Enligt 21 § kreditupplysningslagen (1973:1173) har den som bedriver kreditupplysningsverksamhet ett presumtionsansvar för skada som till följd av verksamheten tillfogas någon genom otillbörligt intrång i hans personliga integritet eller genom att oriktig uppgift lämnas om honom; vid bedömning om och i vad mån skada har uppstått tas hänsyn även till lidande och andra omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.⁶ I 18 § inkassolagen (1974:182) föreskrivs ett ansvar för skada av samma typ orsakad av otillbörlig påtryckning eller annan otillbörlig inkassoåtgärd.⁷ En rad lagrum ger ersättning för skada av detta slag på immaterialrättens område; se 38 § varumärkeslagen (1960:644), 54 § upphovsrättslagen (1960:729), 9 kap. 58 § patentlagen (1967:837), 36 § mönsterskyddslagen (1970:485), 19 § firmalagen (1974:156), 23 § namnlagen (1982:670), 11 § lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter och 9 kap. 6 § växtförädlarrättslagen (1997:306). Vidare kan nämnas 3 § lagen (1978:800) om namn och bild i reklam, där skadeståndet förutsätter brott,⁸ och 9 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.⁹ – Brottsskadeersättning utgår enligt 2 § 1 p. brottsskadelagen (1978:413) vid kränkning bestående i angrepp mot någons person, frihet och frid (inte ära, jfr 2 kap. 3 § SkL). Enligt 4 a § brottsskadelagen betalas brottsskadeersättning till ett barn som bevittnat ett brott som varit ägnat att skada tryggheten och tilliten hos barnet i dess förhållande till en närstående

⁵ Se om regeln prop. 1997/98:44 s. 106 ff, 143 f.

⁶ Se om paragrafen prop. 1973:155 s. 121. Bl.a. återopas vikten av ett strängt skadeståndsansvar med hänsyn till integritetsfrågans stora betydelse för den enskilde.

⁷ Se om paragrafen prop. 1974:42 s. 99, där det rörande ideellt skadestånd hänvisas till motsvarande regler i dåvarande datalagen (se nu personuppgiftslagen) och kreditupplysningslagen.

⁸ Se härom prop. 1978/79:2 s.49 f, 63 f. I sammanhanget övervägdes att slopa kopplingen till brottslig gärning, men den frågan ansågs böra prövas i ett annat och vidare sammanhang. Jfr Lagrådet s. 70 f.

⁹ Ett väsentligt skäl för utvidgningen i detta fall har varit svårigheten för en näringsidkare att visa ekonomisk skada (jfr NJA II 1990 s. 605 f).

person; någon motsvarande rätt för barnet till skadestånd har inte föreskrivits.

Inom arbetsrättslig lagstiftning finns en rad regler om skadestånd av denna typ.¹⁰

I övrigt kan nämnas att genom en färsk dom (NJA 2005 s. 462) HD ålagt staten att utge ideellt skadestånd på grund av kränkning av Europakonventionen, närmare bestämt den rätt till domstolsprövning inom skälig tid som framgår av art.6.1; härvid hänvisades till Europadomstolens praxis om sådan ersättning.¹¹ HD framhöll att visserligen möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av kränkning av någon annans rättigheter eller intressen ansetts fordra särskilt lagstöd men att denna princip dock inte i sig återgår på någon uttrycklig lagregel. (Se närmare om domen 5.1 nedan.)

2.5 Särskilt om skadestånd vid diskriminering

Av speciellt intresse i sammanhanget är den diskrimineringslagstiftning som vuxit fram under senare år, först inom arbetsrätten och sedan inom allt flera områden.

För arbetsrättens del gäller att skadestånd för annat än ekonomisk skada har gamla traditioner, och här är det mindre anmärkningsvärt att kränkingsersättning utgår också vid diskriminering. Men sådan ersättning har också blivit aktuell i andra fall: enligt lagen om förbud mot diskriminering gäller det vid arbetsmarknadspolitisk verksamhet, start eller bedrivande av näringsverksamhet, yrkesutövning, medlemskap m.m. i organisationer, yrkesmässigt tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder, socialtjänst, socialförsäkring, arbetslöshetsförsäkring, studiestöd samt hälso- och sjukvård liksom annan medicinsk verksamhet. (Se 5–13 §§.) På alla dessa områden medför diskriminering skadeståndsansvar (omfattande också principalansvar) för den kränkning som diskrimineringen innebär, varvid dock skadeståndet kan sättas ned eller helt falla bort om det är skäligt (16–18 §§). En säregen regel om bevisbördan gäller: om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar

¹⁰ Se t.ex. 55 § lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 38 § lag (1982:80) om anställningsskydd och 32 § semesterlagen (1977:480).

¹¹Särskilt Europadomstolens dom 10.11 2004 i målet Zullo mot Italien.

omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad, är det svaranden som skall visa att diskriminering inte förekommit.¹² Något krav på att kränkningen skall vara allvarlig gäller inte (jfr däremot 2 kap. 3 § SkL). Enligt motiven skall brott mot diskrimineringslagstiftningen ses som en allvarlig kränkning, varvid dock avsiktlig diskriminering bör leda till högre skadestånd än oavsiktlig. Hänsyn skall också tas till de faktorer som uppräknas i 5 kap. 6 § SkL. Möjligheten till jämkning bör tillämpas restriktivt.¹³ Liknande regler gäller enligt lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan (13 §, 17 a §).

Genom lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever har emellertid ett delvis liknande resonemang fått insteg också utanför diskrimineringsområdet, vid kränkningar från elevers och lärares sida som inte beror på att den skadelidande tillhör någon särskild grupp. Också kränkningar som inte är allvarliga medför skadestånd enligt en regel om omkastad bevisbörda för vållande.¹⁴ Här gäller alltså ett s.k. presumtionsansvar (se 15 och 19 §§). Skadestånd för kränkning utgår även vid diskriminering, varvid bevisbördan motsvarar vad som gäller enligt annan diskrimineringslagstiftning (se 18 §).

I betänkandet (SOU 2006:22) En sammanhållen diskrimineringslagstiftning föreslås en allmän lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering. Enligt 2 kap. 24 § och 3 kap. 30 § i förslaget skall den som bryter mot vissa förbud mot diskriminering eller repressalier eller som underlåter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt föreskrifter i lagen betala skadestånd för den kränkning som detta innebär (och dessutom för uppkommen förlust). Om det finns särskilda skäl kan skadeståndet sättas ned eller falla bort. Förslaget innehåller samma speciella bevisbörderegler som nuvarande diskrimineringslagstiftning (2 kap. 26 §, 3 kap. 34 §).

¹² Båda parter skulle på detta sätt ha bevisbördan för väsentligen samma förhållande. Kritik av regeln i SOU 2004:50 s. 118 f med hänvisningar; se även Lagrådet i prop. 2005/06:38 s. 207 f.

¹³ Se prop. 2002/03:65 s. 159 f, 213.

¹⁴ Angående bevisbördan för kränkning från lärares sida se SvJT 2006 s. 822 f.

2.6 Kränkingsersättningens storlek

När det gäller storleken av den ersättning som utgår för kränkning finns det skäl att hålla isär å ena sidan det skadestånd som utgår enligt 2 kap. 3 § och 5 kap. 6 § SkL, å andra sidan skadeståndet enligt olika diskrimineringslagar.

Efter 2001 års lagändringar har ersättningens storlek *enligt SkL* prövats i ett stort antal ärenden, främst av brottsoffermyndigheten.¹⁵ Beloppen varierar naturligtvis med hänsyn till de närmare omständigheterna vid brottet. Vid våldtäkt mot vuxna har under senare år utgått från 50 000 till 150 000 kr; enligt uttalande av HD i NJA 2006 s. 170 ligger beloppet normalt på 75 000 kr. Vid sexualbrott mot barn ligger högsta nivå på 400 000–450 000 kr. I NJA 2005 s. 919 utdömdes 125 000 kr för grovt sexuellt utnyttjande av flicka vid tre tillfällen då hon var 8–12 år gammal, i NJA 2006 s. 79 I 25 000 kr för sexuellt utnyttjande av barn¹⁶ och i NJA 2006 s. 79 II 50 000 kr för samma brott. Vid försök till mord eller dråp är normalbeloppet 100 000 kr. Vid våld mot kvinna i nära relation, inbegripet kvinnofridskränkning, varierar beloppen från 10 000 kr uppåt; i ett fall, då kvinna misshandlats under drygt 10 års tid, har 300 000 kr utdömts. Vid våld av samma slag mot barn har utgått belopp från 5 000 upp till 200 000 kr, vid misshandel eller grov misshandel i andra fall från 5 000 upp till 75 000 kr. För medveten överföring av HIV-smitta har i två fall utgått 150 000 kr, för olaga hot 5000–20000 kr, för ofredande 5 000–10 000 kr, för hemfridsbrott 5 000–15 000 kr. I NJA 2005 s. 738 har HD utdömt 5 000 kr när en polisman spottats i ansiktet (plenum). Vid övergrepp i rättsak har utgått 5 000–15 000 kr, vid post-, bank- och butiksrån 5 000–30 000 kr, vid taxirån 12 000–50 000 kr, vid andra personrån från 5 000 till 50 000 kr, vid mordbrand 20 000–40 000 kr, vid egenmäktighet med barn 10 000–15 000 kr, vid olaga frihetsberövande eller människorov 10 000–150 000 kr, vid utpressning 10 000–40 000 kr. Till personer skadade av rattfyllerist har utgått 15 000–80 000 kr; här gällde det alltså

¹⁵En redogörelse för denna praxis ger Erland Strömbäck i Bengtsson-Strömbäck, Skadeståndslagen (2 uppl. 2006) s. 295 ff. Se vidare NJA 2006 s. 79 I och II samt uttalanden i NJA 2006 s. 170.

¹⁶Eftersom endast den tilltalade överklagade hovrättens dom blev frågan i HD bara om det av hovrätten utdömda beloppet 25 000 kr skulle sättas ned.

kränkningar utan uppsåt. Vid ärekränkning (förtal i kvällstidning) utdömde HD 50 000 kr i NJA 2003 s. 567. – I ett flertal fall har trots brott ingen ersättning utgått på den grund att kränkningen inte ansetts allvarlig.

Ideellt skadestånd på grund av *diskriminering* har förutsatts ligga på en högre nivå än ersättning för kränkning enligt SkL.¹⁷ Inom arbetsrätten anses beloppen i diskrimineringsmål böra vara högre än i andra arbetsrättsliga tvister.¹⁸

HD har i ett par fall från senare år tagit ställning till sådana frågor. I NJA 1999 s. 556 utdömdes 5 000 kr till romer som diskriminerats av ett varuhus.¹⁹ Det uppmärksammade fallet NJA 2006 s. 170 gällde en kvinna som jämte en väninna av en restaurangägare uppmanats att sluta pussas och kramas samt därefter avvisats från restaurangen. HD fann att hon diskriminerats på grund av sin homosexuella läggning och utdömde 15 000 kr i skadestånd i stället för yrkade 120 000 kr. Härvid framhöll HD att visserligen skadestånd för diskriminering förutsatts ligga på högre nivå än vad som gäller enligt skadeståndslagen;²⁰ diskrimineringslagen omfattade dock vitt skilda situationer och ersättningen kunde vara högst varierande beroende på kränkningens art och omfattning samt andra omständigheter i det enskilda fallet. I det aktuella fallet fick kränkningen utan tvivel anses som allvarlig, men utan särskilt lagstöd borde ersättningen inte fjärras alltför mycket från ersättningsnivåerna enligt SkL i jämförbara fall; HD nämnde som en jämförelse att enligt praxis kränkningers ersättning vid mordförsök normalt låg på nivån 100 000 kr och vid våldtäkt 75 000 kr.

I ett annat HD-avgörande har studenter som på grund av otillåten särbehandling av etniska skäl inte antagits till juristutbildning tilldömts 75 000 kr i skadestånd vardera; HD har anslutit sig till hovrätten ifråga om skadeståndets storlek utan att närmare diskutera frågan.²¹

Vidare förekommer en rad andra domar av allmän domstol och Arbetsdomstolen både före och efter 2006 års HD-dom om diskriminering i restaurang. Som exempel kan nämnas att en tingsrätt före

¹⁷ Se prop. 2002/03:65 s. 159 f.

¹⁸ Se bl.a. prop. 1999/2000:143 s. 158 och AD 2005nr. 32.

¹⁹ Beloppets storlek har inte närmare diskuterats i HD:s dom.

²⁰ HD hänvisade här till prop. 2002/03:65 s. 105 ff.

²¹ HD:s dom 2006-12-21 i mål nr T 400-06.

HD:s avgörande i ett fall dömt ut 5 000 kr²² och i ett annat 1 000 kr (till fem olika målsägande)²³ för etnisk diskriminering, också detta på en restaurang, medan efter HD-domen detta motiverat skadestånd om 15 000 kr i två fall²⁴ och 40 000 kr i ett annat fall.²⁵ Efter HD-domen har 20 000 kr utdömts till en person som på grund av homosexualitet vägrats att köpa en hund.²⁶ Det är oklart i vad mån bedömningen påverkats av HD:s resonemang. I ett fall där en man med rullator nekats entré på restaurang har 15 000 kr utdömts i oktober 2006.²⁷

AD har för lönediskriminering enligt jämställdhetslagen dömt ut allmänt skadestånd med 40 000 kr (AD 1995 nr 158 och 20 000 kr (AD 1996 nr 79). En gravid kvinna som förbigåtts vid anställning har, under hänvisning till EU:s likabehandlingsdirektiv, tilldömts allmänt skadestånd med 50 000 kr (AD 2002 nr 45). En arbetsgivare som inte uppfyllt sina skyldigheter enligt 22 a § jämställdhetslagen att utreda påstådda sexuella trakasserier och vidta åtgärder i anledning härav ålades att utge 80 000 kr i allmänt skadestånd (AD 2002 nr 102). En kvinna som vägrats anställning med motiveringen att hon inte uppfyllde företagets krav på viss kroppslängd fick 40 000 kr i allmänt skadestånd; indirekt könsdiskriminering ansågs ha förekommit (AD 2005 nr 87). Vad angår andra typer av diskriminering ålades en arbetsgivare, som avbrutit rekryteringen av en arbetssökande på grund av ett krav att denne skulle tala tydlig svenska, att utge allmänt skadestånd med 40 000 kr på grund av etnisk diskriminering (AD 2002 nr 128). En diabetiker som vägrats anställning ansågs diskriminerad på grund av funktionshinder och tilldömdes 30 000 kr i allmänt skadestånd (AD 2003 nr 47). En arbetstagare med multipel skleros som avskedats sedan arbetsgivaren fått reda på diagnosen ansågs diskriminerad på samma grund och fick 100 000 kr i allmänt skadestånd (AD 2005 nr 32).

Rörande praxis vid uppgörelser utom rätta har i oktober och november 2006 uppgifter lämnats från Ombudsmannen mot etnisk

²² Stockholms TR, dom 2006-01-02 i mål nr B 2960-04.

²³ Stockholms TR, dom 2005-02-28 i mål nr B 4950-04.

²⁴ Malmö TR, dom 2006-05-03 i mål nr T 3562-05; Gävle TR, dom 2006-06-16 i mål nr T 2285-05.

²⁵ Göteborgs TR, dom 2006-05-17 i mål nr T 9717-05.

²⁶ Nacka TR, dom 2006-03-30 i mål nr 3 T 439-05. (40 000 kr yrkades, 20 000 kr vitsordades som skäligt i och för sig.)

²⁷ Huddinge TR, dom 2006-10-20 i mål nr T 1441-06.

diskriminering (DO), Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO) och Handikappombudsmannen (HO).

Enligt uppgift från DO har före HD:s dom i restaurangfallet träffats flera överenskommelser i ärenden som omfattas av lagen om förbud mot diskriminering, varvid beloppet varit högre än 15 000 kr i flertalet fall. Bl.a. kan nämnas att ett flertal ungdomar som nekats tillträde till nattklubbar fått 50 000 kr per person. En romsk kvinna som vägrats övernattnings på motell fick 100 000 kr, en annan som blev illa bemött i en matvarubutik fick 65 000 kr. Efter domen har bl.a. två romska kvinnor som nekats tillträde till en dansrestaurang fått 15 000 kr var. I två pågående processer har DO sänkt yrkanden om skadestånd om 150 000 kr till 50 000 respektive 75 000 kr.

JämO har uppgett: HD-domen har inte haft någon inverkan på JämO:s överväganden om skadeståndbeloppen vid diskriminering inom arbetslivet. Beträffande könsdiskriminering inom andra områden har HD-domen lett till förlikningar på lägre nivåer än tidigare. Sålunda har i ett fall av könsdiskriminering av rederier (olika åldergränser som villkor för att få resa med båtarna) domen medfört förlikningar på 5 000–10 000 kr i stället för 25 000–30 000 kr. Med HD-domen som rättesnöre skulle enligt JämO:s uppfattning många kränkningar på grund av kön utanför arbetslivets område värderas till omkring 5 000 kr, vilket kan vara ett för lågt belopp att föra en process om.

HomO har redogjort för ett antal överenskommelser före HD:s dom som alla gällde diskriminering i arbetslivet; belopp har utgått med 30 000–60 000 kr (i ett fall 800 000 kr, då arbetstagaren blivit ”utköpt” av arbetsgivaren). Enligt vad HomO har ansett kommer HD:s dom att i stor utsträckning påverka såväl förlikningsviljan som skadeståndsnivåerna vid eventuella uppgörelser utom rätta.

Från HO har uppgetts att hans yrkanden och praxis väsentligen förändrats efter HD:s dom. Sålunda har i ett fall där en rullstolsburen kvinna diskriminerats i samband med bokning av flygresor 50 000 kr utgått efter förlikning före domen. Efter domen har i ett pågående mål där en kvinna med CP-skada nekats entré på restaurang yrkandet nedsetts från 120 000 kr till 25 000 kr; i ett liknande fall, där yrkandet från början var 120 000 kr har förlikning träffats på 10 000 kr. I ännu ett

mål, där en kvinna med hörselskada vägrats teckna olycksfallsförsäkring, har yrkandet sänkts från 120 000 kr till 75 000 kr. Förlikning har skett då en man med synskada vägrats servering på restaurang och när en rullstolsburen man nekats taxiresa på 7 500 kr respektive 12 500 kr.

Det är svårt att bedöma i vilken utsträckning HD-domen i restaurangfallet hittills haft någon inverkan på de skadestånd som utdömts vid diskriminering; sannolikt kommer skadestånden att sänkas påtagligt i varje fall på sikt, om inte lagstiftaren ingriper. Att domen ändrat ombudsmännens praxis står i varje fall klart.

2.7 Kränkningbegreppet

Redan här bör något sägas om begreppet kränkning enligt gällande rätt.

Det är tydligt att begreppet har en annan innebörd vid diskriminering än enligt SkL. Det gäller också frågan vilka kränkningar som bör grunda skadeståndsansvar.

I 2 kap. 3 § SkL talas om angrepp på någons person, frihet, frid eller ära. Det är visserligen bara fråga om beskrivning av de brott som grundar rätt till kränkningersättning; kränkningbegreppet behöver inte vara inskränkt till sådana fall. Enligt motiven till paragrafen är emellertid det utmärkande att brotten innefattar ett angrepp på den skadelidandes personliga integritet, alltså dennes privatliv eller människovärde.²⁸ Ersättningen skulle avse att kompensera känslor hos den skadelidande som rädsla, förnedring, skam eller liknande som inte tar sig medicinska uttryck så att de utgör personskada; den kan ge upprättelse och en möjlighet för den skadelidande att unna sig något som minskar olust och obehag. Förmögenhetsbrott skulle bara ge rätt till ersättning om de samtidigt kränkte den personliga integriteten.²⁹ – Lagens uttryck är delvis oklara, det gäller ”frid”, som tydligen allmänt siktar inte bara på intrång i privatlivet utan

²⁸ Prop. 2000/01:68 s. 51.

²⁹ Se härom och om det följande prop. 2000/01:68 s. 48 f, 64 ff.

också på hot av olika slag, och i viss mån ”ära” – ett begrepp som kan uppfattas olika. Motiven talar här om kränkningar av någons anseende eller självkänsla. Angrepp på person avser tydligen bara fysiska angrepp. – Kränkningen skall vidare vara allvarlig; här sägs 5 kap. 6 § ge viss ledning, men där nämns bara vissa försvårande förhållanden. Möjligen kan sägas att om förhållandena klart skiljer sig från vad som nämns i denna paragraf detta talar mot ersättning. – I alla händelser kommer gränsen för de intrång som ger ersättning att delvis framgå av straffbestämmelserna. Allvarlig kränkning förutsätter, i vart fall vid angrepp på ”frid”, att den skadelidande är i särskild grad berörd av brottet; det torde gälla också angrepp på ära, när en stor grupp angrips.

Av intresse i detta sammanhang är vidare att termen ”lidande” utmönstrades från bestämmelsen om kränkningersättning, eftersom det i hög grad syntes ge uttryck för något subjektivt; man borde inte primärt se till den kränktes personliga upplevelse när ersättningen bestämdes, utan till vilken kränkning som typiskt sett kunde anses ha uppkommit genom det brottsliga angreppet. Kränkningen skulle i första hand bedömas objektivt, fast i särskilda fall man skulle kunna ta hänsyn till intensiteten i den skadelidandes upplevelse av kränkningen under förutsättning att reaktionen varit förutsebar. Graden av skuld skulle få betydelse bara om den påverkat själva kränkningen. – Kravet på allvarlig kränkning ansågs böra behållas.³⁰

I fråga om diskriminering anses däremot som nämnts att brott mot lagstiftningen i sig utgjorde en allvarlig kränkning och därför grundade rätt till ersättning. Att ett brott mot de aktuella lagarna skulle vara lindrigt räknar man tydligen inte med i detta sammanhang. Vid bedömning av kränkningens svårighetsgrad skall man ta hänsyn till de faktorer som anges i 5 kap. 6 § SkL.³¹ Kränkningen anses tydligen, på samma sätt som enligt 2 kap. 3 § SkL, riktad mot en enskild skadelidandes person; det skulle inte vara fråga om kränkning av en lagregel (jfr nedan om brott mot

³⁰ Prop. 2000/01:68 s. 49 f, 51 f; jfr SOU 1992:84 s. 230, 233 f. Jfr även 2000/01LU:19, s. 24, där utskottet diskuterar ideellt skadestånd till företagare (reservation s. 41).

³¹ Se prop. 2002/03:65 s. 160.

Europakonventionen).³² Vidare skall, i vart fall såvitt gäller trakasserier, frågan om ansvarsgrundande ersättning bedömas från den diskriminerades synpunkt. Här är det alltså inte fråga om någon sådan objektiv bedömning som gäller enligt SkL:s motiv; man skulle ta hänsyn också till om den skadelidande på grund av sin speciella känslighet tar illa vid sig också vid ett ganska oskyldigt beteende.³³ – Naturligtvis är det särskilda rättspolitiska hänsyn som ligger bakom dessa uttalanden: det gäller att skydda vissa utsatta grupper, och skadeståndet skall inte bara ge upprättelse utan också ha en stark preventiv effekt. Det torde ha motiverat avvikelserna från ordinära skadeståndsrättsliga principer.

Även om förarbetena hänvisar till SkL:s regler om kränkning av någons person har åtminstone typiskt sett kränkningen vid diskriminering en något avvikande karaktär. Den skadelidande känner sig inte bedömd efter sina personliga egenskaper utan såsom tillhörig ett visst kollektiv, vilket kan uppfattas som om hans individuella värde förnekas. Å andra sidan kan sägas att just därför ett kränkande beteende inte alltid behöver drabba honom så hårt: det beror inte på att han själv skulle vara mindre värd utan på att han tillhör gruppen. Om t.ex. ideellt skadestånd utdöms därför att någon av etniska skäl eller på grund av sitt kön vägrats intagning på en universitetskurs kan det omöjligens grundas på någon personlig kränkning av den skadelidande. Däremot kan naturligtvis en särbehandling vid mera personliga kontakter med den kränkte framstå som en betydande kränkning; även i detta fall finns dock en skillnad mot brottsliga angrepp mot dennes person (jfr HD:s resonemang i NJA 2006 s. 170)

Hur som helst är förhållandena något annorlunda i dessa fall. Samtidigt visar den nämnda lagstiftningen med förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling i skolan att

³² Att märka är emellertid att enligt SOU 2006:22 förbud skall gälla även mot diskriminering av juridiska personer (se bl.a. s. 480) och att skadestånd för kränkning också kan utgå i sådana fall. Det torde dock inte hindra att kränkning enligt lagförslaget väsentligen får anses gälla någons person.

³³ Se prop. 2002/03:65 s. 159 f, 213.

gränserna är flytande och att liknande generösa kränkingsregler kan aktualiseras också utanför diskrimineringsfallen.

Av annat slag är den typ av kränkning som behandlas i den förut nämnda domen NJA 2005 s. 462. Det är här inte fråga om en sådan kränkning av den skadelidandes person som avses i SkL utan av dennes rättigheter enligt Europakonventionen. Här är det tydligt att de faktorer som nämns i 5 kap. 6 § får ingen eller bara begränsad betydelse. (Jfr vidare avsnitt 5 nedan.)

3 Diskussionen om skadestånd för kränkning

3.1 Den rättsvetenskapliga debatten

Frågan om det finns anledning att genom en mera allmän regel utvidga rätten till skadestånd vid kränkning har ganska utförligt diskuterats på senare år.

Skadestånd för ideell skada i allmänhet debatterades vid 1990 års nordiska juristmöte i Reykjavík. Enligt referenten Edvard Nilsson var en huvudfråga om rätt till sådant skadestånd borde införas på ytterliga områden. Ett sådant var integritetskränkningar som inte har samband med personskada. Ett problem bl.a. för Sveriges del var här om begränsningen till brottslig gärning skulle slopas; man skulle då få ett mera allmänt, skadestånds-sanktionerat personlighetsskydd. Skadeståndet hade här främst en upprättande men även preventiv funktion; en rätt till ideellt skadestånd gav också möjlighet till ersättning även när ekonomisk skada inte kunde bevisas, något som kunde vara ett väsentligt motiv att införa sådan rätt vid oriktig myndighetsutövning. Vidare nämndes bl.a. angrepp på miljön och förlust av egendom med affektionsvärde (en ersättningspost som dock många varit skeptiska till).³⁴

Såvitt angår frågor som här har intresse, framfördes i den fortsatta diskussionen bl.a. följande. Anders Vinding Kruse (korreferent) framhöll som gemensamma drag för de skiftande skadesituationerna utanför personskadeområdet att denna ideella skada var svår att försäkra sig mot, att det kunde vara svårt att bedöma en ekonomisk förlust, att skadevällaren normalt kunde

³⁴ NJMF 1990 II s. 85 ff; se även referat i del I s. 119 ff.

betala också höga ersättningsbelopp och att preventionen hade långt större betydelse än eljest; sådana synpunkter kunde tala för en mera liberal inställning till ersättning. Den danska begränsningen till rättsstridiga handlingar kunde visserligen ge anledning till viss rättsosäkerhet, men man kunde i varje fall ställa upp ett krav att kränkningen skulle vara otillbörlig eller liknande.³⁵ – Anders Agell var positiv till en utvidgning av möjligheten till skadestånd utanför brottslig handling, t.ex. till rättsstridigt handlande; man kunde tänkas ge domstolarna en allmän möjlighet att utdöma ersättning för lidande också i sådana fall.³⁶ – Från ett par håll uttrycktes dock tveksamhet inför en sådan princip, vilken bl.a. skulle försvåra skaderegleringen och kunde skapa en benägenhet att kräva ideellt skadestånd även för bagateller.³⁷ Jan Hellner framhöll vikten av att analysera vilka intressen som skyddades genom ersättningsreglerna och vad som är kränkning.³⁸

3.2 Lagstiftningsarbetet

I SOU 1992:84 diskuterade kommittén om ideell skada (med Edvard Nilsson som ordförande) frågan om brott borde utgöra en förutsättning för rätt till ideellt skadestånd. Som en allmän utgångspunkt för kommitténs arbete, utom att brottsoffrens ställning borde stärkas på olika sätt, angavs att man inte borde sträva efter att ersätta alla slag av kränkningar som kan uppkomma i samvaron mellan människor; oundvikliga förtretligheter och irritationsmoment måste kunna tålas utan ersättning. Kommittén ville inte lägga fram förslag som skulle kunna uppmuntra till skadestandsprocesser om bagateller; något sådant skulle lätt skapa en penningfixering som kunde leda till att

³⁵ NJMF 1990 II s. 92, 109. Beträffande kriteriet 'otillbörligt' anknöt Anders Vinding Kruse här till Edvard Nilssons referat, NJMF 1990 I s. 127 (där kriteriet dock ansågs väl vagt för att utnyttjas generellt).

³⁶ NJMF 1990 II s. 100.

³⁷ Se Bengtsson i NJMF 1990 II s. 102 f och Osvald, a.a. s. 109 (med hänvisning till utvecklingen i USA).

³⁸ NJMF 1990 II s. 101 f.

ersättning begärs för i stort sett allt. Man närmade sig då ett system där domstolarna i accelererande utsträckning dömer ut allt högre skadestånd upp till helt orealistiska nivåer. Med hänsyn till de begränsade samhällsresurserna måste prioriteringar göras. Ideellt skadestånd för kränkningar borde ges vid brott som typiskt sett framstod som särskilt integritetskränkande, och härvid borde endast allvarligare kränkningar ersättas.³⁹

Vad särskilt angick begränsningen till brottslig gärning framhölls att den svenska regeln, som närmast torde förklaras av historiska skäl, skilde sig från vad som gällde i många andra länder. Kommittén diskuterade olika tänkbara argument för att slopa begränsningen. Bl.a. nämndes att den skadelidande för att få skadestånd inte skulle behöva styrka alla brottrekvisit, framför allt att det skulle räcka att visa oaktsamhet trots att brottet förutsatte uppsåt. Detta skulle dock få praktisk betydelse bara utanför fall av kroppsskada och sjukdom (jfr 3 kap. 8 § BrB). – Frågan rörde egentligen om man genom att upphäva begränsningen skulle öka skyddet för den personliga integriteten. Att använda sig av kriteriet rättsstridighet var dock inte invändningsfritt; om begreppet innebär att den är förenad med en sanktion, skulle det ofta bli fråga om ett cirkelresonemang (rättsstridighet förutsätter skadestånd, skadestånd förutsätter rättsstridighet). I själva verket torde det danska kravet på rättsstridig kränkning bara innebära att den tillfogats genom en oaktsamhet av viss grovhet (jfr även norsk rätt). Att lämna gränsdragningen åt domstolarna var olämpligt på detta känsliga område, särskilt då det gällde förhållandet till tryckfriheten. – I vart fall var kommittén inte beredd att i detta sammanhang ta ställning till vilka kränkningar av den personliga integriteten som skulle kunna ge rätt till ideellt skadestånd utanför det straffbelagda området. Frågan om en allmän förstärkning av integritetsskyddet borde bedömas i annat sammanhang, och en sådan särskild fråga som rätten till ideell ersättning vid oriktig myndighetsutövning höll på att utredas särskilt (se nedan). – Sammanfattningsvis ansåg kommittén att skälen för att överge

³⁹ SOU 1992:84 s 209 ff.

den dåvarande kopplingen mellan brott och ersättning för lidande inte var särskilt starka. Härvid framhölls också att man i så fall borde ta bort begränsningen också när det gällde ren förmögenhetsskada som uppkommit genom samma beteende, en reform som låg utanför uppdraget.⁴⁰ Remissyttrandena höll mestadels med kommittén på denna punkt.⁴¹

I samband med 2001 års ändringar i SkL:s regler om ideell skada instämde regeringen i kommitténs bedömning att man inte i detta sammanhang borde upphäva kravet på brott för rätt till kränkingsersättning. Det skulle i så fall uppställas något annat allmänt kriterium som grund för ersättning, t.ex. rättsstridighet. Kravet på brott hade dock den fördelen att fallen där kränkingsersättning skulle betalas avgränsades till handlingar som av lagstiftaren definierats som klandervärda. Regeringen ansåg vidare – också här i anslutning till kommittén – att man inte borde införa en möjlighet till ersättning för den kränkning ett brottsligt angrepp på den skadelidandes egendom kunde innebära, såvida inte brottet samtidigt utgjorde en kränkning av den personliga integriteten. Någon ändring i sak beträffande de brott som grundade rätt till kränkingsersättning ansågs inte böra ske.

I detta sammanhang kan nämnas att Rikspolisstyrelsen i en skrivelse till Justitiedepartementet den 18 mars 2005 hemställde att regeringen övervägde behovet av en översyn av Brottsoffermyndighetens hantering av frågor om kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § till polisman; den närmaste anledningen var att två polismän som beskjutits vid ett ingripande vägrats sådan ersättning. Det kan anmärkas att myndighetens beslut och Rikspolisstyrelsens skrivelse tillkom före HD:s plenumavgörande NJA 2005 s. 738. – Vidare har i en skrivelse till departementet den 28 juni 2001 Kriminalvårdsmyndigheten i Örebro tagit upp om rätt till brottskadeersättning borde införas också vid

⁴⁰ Se om det sagda SOU 1992:84 s. 220 ff, jfr s. 209.

⁴¹ Se prop. 2000/01:68 s.47 f. Hovrätten för Skåne och Blekinge ville dock slopa kopplingen till den straffrättsliga systematiken.

brottet grovt förtal (jfr 2 § 2 st. brottsskadelagen, 1978:413)⁴² De båda skrivelserna skall beröras senare (se 6.1 nedan).

Frågan om ideellt skadestånd vid oriktig *myndighetsutövning* togs upp av Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar (SOU 1993:55). Kommittén fann i sitt betänkande inte att det borde införas någon regel om det allmännas ansvar för ideell skada som omfattade alla de situationer där skada vållas av staten eller av en kommun men föreslog att sådant skadestånd skulle utgå vid frihetsinskränkningar och andra sådana tvångsåtgärder enligt en ny lag som föreslogs. Det framhölls att vissa tjänstefelsbrott redan gav rätt till ersättning för ideell skada, och vidare återopades de allmänna betänkligheter som kommittén om ideell skada anfört mot en alltför långtgående möjlighet till sådant skadestånd.⁴³ – Regeringen anslöt sig till kommitténs mening i denna del; fall där skadestånd borde kunna utkrävas rymdes i allt väsentligt under dåvarande 1 kap. 3 § SkL, och att ge en rätt till ideell ersättning i 3 kap. 2 § SkL skulle kunna uppmuntra till processer om bagateller.⁴⁴ Någon regel om ideellt skadestånd vid myndighetsutövning i allmänhet infördes alltså inte; däremot vidgades möjligheten till ersättning för lidande vid frihetsberövanden och andra tvångsåtgärder (se 2.2 ovan).

⁴² I skrivelsen återopades att ersättning vägrats en yngre kvinna som fått nakenbilder på sig publicerade på två s.k. porr-sajter, med svåra obehag för henne som följd.

⁴³ SOU 1993:55, särskilt s. 262 ff.

⁴⁴ Se prop. 1997/98:105 s. 40 f.

4 Bőr rätten till kränkningsersättning utvidgas?

4.1 Allmänt

Vad skulle syftet vara med en sådan utvidgning av rätten till ideellt skadestånd som här diskuteras? Ett skäl kunde vara att göra lagstiftningen om kränkningsersättning mera konsekvent - man skulle minska skillnaden mot diskrimineringsfallen, även om den till en del måste kvarstå. Eftersom diskrimineringsreglerna till stor del bygger på EG-direktiv är det svårt att ändra reglerna så att möjligheten till kränkningsersättning begränsas enligt SkL:s principer, och lagstiftaren får alltså inrikta sig på en reform av SkL om en samordning anses önskvärd. – Sådana närmast systematiska argument väger dock inte tungt när det gäller detta uppmärksammade och politiskt intressanta område. Viktigare är att en reform i denna riktning kan tänkas tillgodose en utbredd uppfattning hos allmänheten. Generösa regler om ideellt skadestånd har traditionellt sympatier i massmedia och bland många politiker, åtminstone när det gäller ersättning för kränkning vid allvarligare brott; troligen kan detsamma sägas också beträffande andra fall.

I detta sammanhang har det intresse att begreppet kränkning i dag synes bli använt i åtskilliga situationer som ligger ganska långt från dem som SkL beskriver – ofta så snart någon blir upprörd på egna eller närståendes vägnar.⁴⁵ Den enskilde kan

⁴⁵ Jfr härom Rubing i Nordisk försäkringstidskrift 2004 s. 67 och även SOU 1993:55 s. 256 ff; den genomgång av JK-ärenden som omtalas s. 101 har visat en påtaglig benägenhet att kräva ideellt skadestånd i dessa sammanhang, se NJMF

säga sig vara kränkt när en myndighet inte tror på vad han säger eller över huvud taget beslutar på ett sätt som han finner orättvist, liksom också när han inte får förväntad service av någon privat eller offentlig institution eller anser sig illa bemött inom sjukvården. Bl.a. ger massmedia en mängd exempel. Närmast lär sådana händelser uppfattas som angrepp på någons självkänsla (jfr ovan). Ibland tycks det räcka med att den kränkte tillhör en grupp som av någon anledning anser sig ringaktad, utan att han personligen är föremål för någon åtgärd eller något nedsättande uttalande. Den personliga integriteten betonas över huvud taget i olika sammanhang. Kränkingsbegreppet tycks på detta vis successivt utvidgat i det allmänna språkbruket, på ett sätt som inte bara accepteras utan ofta också understöds av massmedia.

Det verkar naturligt om på motsvarande sätt gränsen förskjuts för vad som anses utgöra en *allvarlig* kränkning: allt flera handlingssätt skulle bedömas på detta vis. Till detta kan också ha bidragit att ersättningsbeloppen enligt 2 kap. 3 § SkL ökat markant på senare år, i överensstämmelse med en stark opinion i massmedia och bland politiker.⁴⁶ Nyligen har förekommit en livlig diskussion bl.a. om kränkingsersättning vid våldtäkt, där beloppen ofta ansetts böra höjas ytterligare (trots att våldtäktsbegreppet numera omfattar betydligt flera gärningstyper än tidigare). Vid diskriminering utdöms ju också belopp som ofta påtagligt överstiger skadestånden vid allvarliga brott utan diskriminerande inslag, och även sådana domar uppmärksammas ofta i massmedia. (Jfr dock det nämnda avgörandet NJA 2006 s. 170, där HD till synes har reagerat mot denna tendens.)

Även om klara belegg saknas kan man därför anta att en rätt till skadestånd också vid mindre kännbara kränkningar ter sig mera närliggande i dag än exempelvis när SkL tillkom. Meningen med en lagändring kan dock inte gärna vara att anpassa skadestandsreglerna till en sådan inställning hos allmänheten som här antytts; ideell ersättning bör inte utgå i helt bagatellartade fall,

1990 II s. 102 f. Detsamma gäller en genomgång av senare JK-ärenden gjord i samband med denna utredning; se 4.7 nedan.

⁴⁶ Se Rubing, a.a. s. 67 ff.

oavsett vad den skadelidande kan tycka om saken. Det måste rimligen också krävas att den skadelidande personligen har berörts av åtgärden, inte bara tillhör en kategori som ett ned-sättande uttalande ritar sig mot; sådana uttalanden kan visserligen vara kriminaliserade (jfr 16 kap. 8 § BrB om hets mot folkgrupp) men lär knappast kunna grunda skadeståndsansvar för alla inom samma kategori.⁴⁷ – Förarbetena till 1998 och 2001 års lagändringar talar snarast emot att en utvidgning till sådana fall borde ske ens på sikt. Visserligen är de återgivna uttalandena om risken för en skadeståndsfixering inte helt färska, men de har inte motsagts vid tillkomsten av nuvarande lagregler, inte heller i några utskottsreservationer. Och denna risk har som framgått snarare tilltagit på senare år.

Oavsett om en utvidgning av rätten till ideellt skadestånd skulle möta ett visst gensvar hos massmedia och hos allmänheten, verkar alltså en viss försiktighet påkallad. Man kan inte generellt tala om ett behov av upprättelse och prevention på samma vis som beträffande de utsatta grupper som berörs av diskrimineringslagstiftningen. Som kommittén om ideellt skadestånd framhöll får det ske en prioritering, också med tanke på samhällets begränsade resurser. – Samtidigt kan framhållas att en reform inte nödvändigtvis måste innebära någon radikal utvidgning av skadeståndsmöjligheten; att man skulle slopa kravet på brottslig gärning behöver inte betyda att ersättning utgår även vid mindre allvarliga kränkningar. I vart fall bör ett väsentlighetskrav ställas upp.

I detta sammanhang kan erinras om att denna promemoria inte avser att gå in på reglerna om kränkingsersättning på tryckfrihets- och yttrandefrihetsområdet (se 1.1 ovan). Sätillvida kan detta få återverkningar också i de här behandlade frågorna, som rätten till skadestånd inte gärna kan gå alltför långt från vad som gäller vid kränkningar från medias sida; att rätten till skadestånd skulle vara betydligt utvidgad vid de vanligen mindre kända

⁴⁷ Jfr om myndighetsutövning, där problemet kan bli särskilt aktuellt, SOU 1993:55 s. 237 f, Bengtsson, *Det allmännas ansvar* (2 uppl. 1996) s. 131, Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen* s. 103 med not 41. Se även NJA 1978 s. 3.

kränkningar som förekommer i annat sammanhang kunde verka föga rimligt från allmänhetens synpunkt.

Vad som här har sagts kan motivera frågan, om den glidning i det allmänna språkbruket som tycks ha förekommit beträffande kränkingsbegreppet kan vara ett skäl för att välja en annan terminologi i lagtexten. Det verkar emellertid svårt att finna ett annat uttryck än kränkning för de avsedda angreppen på en persons självkänsla eller värdighet. När det gäller diskriminering kan däremot diskuteras en ändrad terminologi, som dock inte skulle avse skadan utan skadeståndet (se 6 nedan). – Uttrycket kränkning används som nämnt också när någons rätt enligt Europakonventionen åsidosätts, men här står det klart att grunden för ideellt skadestånd är av annat slag; detta bör också komma till uttryck i en eventuell lagtext (se 5 nedan).

4.2 Utvidgning till icke kriminaliserade kränkningar?

Här skall tills vidare inte diskuteras den nyss berörda frågan om storleken av ersättning för kränkning vid vissa brott; den har egentligen inte mycket att göra med problemet om rätten till ersättning skall utvidgas till andra kränkningar än de kriminaliserade. Närmast behandlas bara detta senare problem. Vilka skadefall skulle beröras av en sådan utvidgning?

Till en början blir det fråga om angrepp på den enskildes person, frihet, frid eller ära som inte är straffbara, närmast därför att det subjektiva rekvisitet inte är styrkt. Det blir i så fall oftast fråga om angrepp av oaktsamhet (varvid dock är att märka att även vållande till kroppsskada kan vara straffbart enligt 3 kap. 8 § brottsbalken). Emellertid torde sådana angrepp av detta slag som inte sker medvetet sällan kunna betecknas som kränkning vid en objektiv bedömning; i vart fall är det svårt att tala om en allvarlig kränkning, eller en kränkning av betydelse, hur än den skadelidande känner det. (Jfr dock NJA 1997 s. 315, där ersättning för kränkning utgick vid svår kroppsskada tillfogad genom grov vårdslöshet i förening med rattfylleri och smitning.) En ändring på denna punkt får då begränsad praktisk betydelse. Vad som återstår är främst handlingar som företas medvetet men i (den

felaktiga) uppfattningen att de är rättsenliga, något som väsentligen lär bli aktuellt vid myndighetsutövning av olika slag: myndigheten inskränker t.ex. den enskildes handlingsfrihet genom ett felaktigt beslut eller yttrar sig förklenande om en parts trovärdighet. Här kan man tänka sig att den enskilde även objektivt sett har skäl att känna sig kränkt, också när handlingen beror på ett misstag.

Vidare kan nämnas angrepp mot enskilda intressen av annat slag än de som åsyftas i 2 kap. 3 § SkL. Om man håller fast vid kravet på att kränkningen skall vara allvarlig eller av någon betydelse, blir det dock inte så många tyfäll som kan anges. Uppräkningen av kränkta intressen i 2 kap. 3 § förefaller täcka väsentliga delar av det område där ideellt skadestånd kan bli aktuellt. Bortsett från diskriminering, som ju särbehandlas, torde det i övrigt främst bli ekonomiska intressen som står på spel, t.ex. vid angrepp på fackliga rättigheter, rätt till egendom, immateriella rättigheter eller näringsverksamhet (jfr 2 kap. 17–20 §§ RF). Också här gäller att de personliga kränkningar det kan bli fråga om normalt inte blir särskilt kännbara. Det väsentliga är angreppets ekonomiska verkningar, och i den mån de ersätts sker det enligt andra regler. Vad gäller ideellt skadestånd kan det ofta utgå enligt arbetsrättsliga regler eller annan speciallagstiftning (se 2.4 ovan).

Man bör alltså inte överskatta betydelsen av de lagändringar som diskuteras i det följande. Om inte skadeståndsansvaret skall omfatta bagatellartade kränkningar, lär en utvidgning av ansvaret aktualiseras bara på speciella områden, och inte heller där kan den väntas få större praktisk vikt.

I sammanhanget kan påpekas vissa särskilda konsekvenser av en sådan utvidgning. I dag omfattas kränkingsersättning i viss utsträckning av brottsskadeersättning. Detta blir inte möjligt i den mån ansvaret grundas på annat än brott; att föreskriva en rätt till ersättning från Brottsoffermyndigheten också i detta

sammanhang kan inte gärna komma i fråga.⁴⁸ Vidare lär det, liksom annars vid uppsåtligt skadevållande, vara svårt att täcka ansvaret för avsiktligt kränkande handlingar genom ansvarsförsäkring (utom möjligen när det gäller arbetsgivares ansvar för anställdas handlande; men inte heller här torde man på försäkringshåll anse försäkringsskydd särskilt angeläget). Det blir alltså huvudsakligen kränkningar av oaktsamhet som kan försäkras. Som nyss framhållits torde dock dessa sällan kunna anses som allvarliga eller väsentliga. I och för sig är det naturligtvis av värde från preventiv synpunkt om den ansvarige på detta vis får betala skadeståndet själv, men det gör det svårt för den skadelidande att få ut ersättning, i vart fall om kraven riktar sig mot en privatperson eller småföretagare. Det viktiga blir då ofta själva domen på ersättning, som kan innebära en upprättelse. De begränsade skadestånd som det kan bli fråga om i dessa fall torde sällan ha nämnvärd ekonomisk betydelse för en skadelidande. – Ersättningskrav mot större företag eller mot det allmänna kan däremot väntas bli infriade.

4.3 Förhållandet till ansvar för ren förmögenhets-skada

Om det anses angeläget att på ena eller andra sättet utvidga rätten till kränkingsersättning, uppkommer vissa rättstekniska och systematiska problem som redan berörts i förarbetena till nuvarande lagstiftning. Hur skall förutsättningarna för ersättning anges, ifall man går ifrån anknytningen till vissa brott?

Från början bör framhållas en förut berörd synpunkt som spelat en roll för inställningen hos kommittén om ideellt skadestånd: de problem som uppkommer med hänsyn till ansvaret för ren förmögenhetsskada. Utanför kontraktsförhållanden förutsätter ett sådant ansvar i princip brottslig gärning (2 kap. 2 § och 3 kap. 1 § 1 st. 2 p. SkL). Det vore säreget om man nu skulle

⁴⁸ När det gäller barn som bevittnat misshandel i familjen har man visserligen nyss föreskrivit rätt till brottskadeersättning (däremot inte skadestånd), se SFS 2006:932; men här har speciella hänsyn medverkat.

slopa begränsningen till brott när det gäller kränkingsersättning men behålla den då det gäller ren förmögenhetsskada, kanske orsakad av just sådana brott som anges i 2 kap. 3 §. Det rimliga måste vara att vid en reform dra gränsen på samma vis, eller i vart fall inte ge större möjlighet till ideellt än ekonomiskt skadestånd i detta sammanhang; men det skulle förutsätta en omprövning av SkL:s allmänna inställning till skadestånd för ren förmögenhetsskada. De skäl som ligger bakom den återhållsamma inställningen till sådant skadestånd är av annat slag – framför allt att ansvaret inte bör bli alltför vittgående och svårförutsebart – och konsekvenserna av en utvidgning torde bli långt mera ingripande. Även om de begränsade möjligheterna till ersättning för ren förmögenhetsskada skulle te sig otillfredsställande, utgör en ändring av svensk skadeståndsrätt på denna väsentliga punkt ett principiellt viktigt problem som man inte bör försöka lösa som en följdändring till en utvidgning av rätten till kränkingsersättning – snarare vid en allmän översyn av SkL, eller åtminstone av dess regler om förutsättningarna för skadeståndsansvar (2 och 3 kap.).⁴⁹ Det bör framhållas att motsvarande svårigheter inte uppkommit för den danska och norska rättens del, eftersom det på båda håll saknas motsvarighet till 2 kap. 2 § SkL; ingen särskild lagregel inskränker rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada.

Mot denna bakgrund bör bedömas de alternativa sätt att utvidga ansvaret som framförts i diskussionen. Flera av dem förutsätter en sådan översyn som nu har antytts.

Det kan tilläggas, att det knappast kan konstateras något direkt behov av en skärpning av ansvaret för ren förmögenhetsskada. Såvitt känt har inte några önskemål i den vägen framförts vare sig från politiskt eller representativt juridiskt håll. Problemet är, trots sin principiella betydelse, såtillvida begränsat som ekonomiska förluster av detta slag mestadels vållas i sammanhang där redan ett culpaansvar gäller enligt särskilda lagregler eller allmänna skadeståndsrättsliga grundsatsar: vid myndighetsutövning (3 kap. 2 § SkL), i grannförhållanden eller liknande (32 kap. 1 § miljöbalken) eller i kontrakts-

⁴⁹ Jfr diskussionen i SOU 1992:34 s. 226.

förhållanden. HD har vidare tillämpat ett culpaansvar i vissa kontraktsliknande förhållanden (se bl.a. NJA 1987 s. 692 och NJA 1998 s. 20). De återstående fallen är inte särskilt många, och skälen för att skydda den skadelidande torde vanligen inte vara särskilt vägande. Nyligen har visserligen HD utvidgat möjligheten till skadestånd för ren förmögenhetsskada till ett fall då någon på ett kvalificerat otillbörligt sätt medverkat till svek i ett avtalsförhållande (NJA 2005 s.608); fallet har väckt åtskilligt uppseende, och man har på sina håll satt ifråga om inte konsekvensen borde vara att de begränsningar av ansvaret som föreskrivits i 2 kap. 2 § helt skulle slopas. Domen kan dock inte ses som en så långtgående utvidgning av skadeståndsmöjligheten att den skulle motivera ett sådant ingrepp i SkL:s huvudprinciper. Som framhållits i litteraturen skulle i alla händelser sloandet av kravet på brottslig gärning medföra tekniska svårigheter, genom att den nödvändiga gränsen för ansvaret måste dras på annat sätt.⁵⁰ Går man ifrån huvudregeln att dessa skador inte ersätts blir rättsläget också osäkert och svårt att överblicka.

Vad som nu sagts hindrar naturligtvis inte att en sådan reform skulle kunna diskuteras i ett större skadeståndsrättsligt sammanhang; men reformen verkar knappast särskilt angelägen. Tills vidare får man utgå från att den nämnda huvudregeln behålls.

4.4 Rättsstridiga handlingar m.m.?

En naturlig förebild, som berörts i 2001 års lagstiftningsärende, kunde vara dansk rätt: man skulle bara fordra att den kränkande handlingen var *rättsstridig*, inte att den innebar brott. Även frånsett det cirkelresonemang som kommittén berört (se 3.2 ovan) ger dock en användning av rättsstridighetsbegreppet knappast något besked alls om avgränsningen av ansvaret. Denna skulle helt lämnas till domstolarnas bedömning, möjligen med vissa motivuttalanden som ledning. En sådan metod har sina förespråkare i diskussionen,⁵¹ men kommittén om ideell skada har

⁵⁰ Se framför allt den utförliga diskussionen i Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987).

⁵¹ Se t.ex. Agells uttalanden, återgivna under 3.1 ovan.

som sagt ansett den olämplig på detta känsliga område. Härvid har man visserligen särskilt tänkt på förhållandet till tryckfriheten, men även om tryckfrihetsreglerna behålls ligger det åtskilligt i invändningen. Metoden kan medföra en besvärande rättsosäkerhet, i varje fall tills ett tillräckligt antal vägledande prejudikat tillkommit. Inom svensk skadeståndsrätt används rättsstridighetsbegreppet i dag huvudsakligen för att beteckna frånvaro av vissa särskilda omständigheter som utesluter skadeståndsskyldighet – samtycke, nöd, nödvärn, tjänsteplikt – och sådana undantag har begränsat intresse när det gäller den allmänna regel som nu diskuteras.⁵² Man kan naturligtvis tänka sig att ändå använda rättsstridighet som en teknisk term för att markera att kränkningen skulle vara otillåten, men den säger egentligen ingenting om gränsen för ansvaret, och i varje fall för Sveriges del kan tekniken inte anses lyckad vid en sådan lagstiftning som nu diskuteras. – Slutligen kan återopas den nyss utvecklade invändningen om förhållandet till ren förmögenhetskada, ett problem som ju inte uppkommer i Danmark.

Sammanfattningsvis bör man inte använda den danska metoden vid en eventuell reform av kränkingsreglerna.

I diskussionen har också framförts tanken att man skulle föreskriva ersättning, utöver vid vissa brott, när någon har kränkts på ett *otillbörligt* sätt. (Se 4 ovan.) Formuleringen har den fördelen att den tydligt hänvisar till att rådande värderingar skall bli avgörande för gränsdragningen, men den torde i övrigt ha liknande praktiska och principiella olägenheter som en hänvisning till rättsstridighetsbegreppet: gränsdragningen blir otydlig och lämnas till domstolarna, och den synes kunna leda till ett längre gående ansvar än enligt 2 kap. 2 §. (Jfr NJA 2005 s. 608, som gällde ett kvalificerat otillbörligt handlande i en speciell situation där kränkingsersättning lär sakna aktualitet.)

Delvis samma betänkligheter väcker en regel som den norska, som – såvitt gäller kränkningar av någons ära eller av privatlivets fred – bara kräver *oaktsambhet* för ideellt skadestånd (oppreising). Regeln är inte lika vag som de förut diskuterade

⁵² Jfr Hellner-Radetzki, Skadeståndsrätt, avsnitt 3.1.2.

alternativen, men den skulle på sitt område innebära en betydande utvidgning av skadeståndsansvaret utan någon motsvarighet vid ren förmögenhetsskada. Något sådant bör som sagt bli aktuellt först i samband med en större översyn av skadestandsreglerna. – Att dra gränsen vid *grov* oaktsamhet⁵³ minskar räckvidden av invändningen men gör i övrigt ingen skillnad.

4.5 Grundlagskränkningar m.m.?

Ännu en möjlighet, som kunde synas närliggande men inte närmare diskuterats i litteraturen,⁵⁴ kan vara att anknyta till de fri- och rättigheter som tillförsäkras den enskilde enligt 2 kap. RF. En *kränkning av grundlagsfästa rättigheter* skulle, utöver den rätt till ersättning till ekonomisk förlust som lagen ger i övrigt, berättiga till ideell ersättning. I så fall får dock vissa ytterligare förutsättningar ställas upp: kränkningen bör även här vara allvarlig eller av betydelse, och eventuellt bör också krävas att den skall ha skett uppsåtligen. I vart fall skulle regeln i 2 kap. 3 § SkL behållas vid sidan av den nya ansvarsgrunden; SkL:s bestämmelse omfattar åtskilliga kränkningar som inte berörs av grundlagen.

En sådan regel avviker inte lika markant från bestämmelsen om ansvar för ren förmögenhetsskada. I många praktiska fall medför ett angrepp på dessa rättigheter redan nu ersättning för eventuell ekonomisk förlust; det är sålunda fallet – förutom vid brottsliga handlingar – vid åtskilliga kränkningar av rätten till egendom (2 kap. 18 § 2 st. RF) och även annars om kränkningen beror på fel eller försummelse vid myndighetsutövning (3 kap. 2 § SkL). Vidare kan erinras om den nyss berörda domen om ideellt skadestånd vid kränkning av Europakonventionen, vars regler ju till stor del återkommer i RF (NJA 2005 s. 462).

Vad skulle en sådan utvidgning närmare bestämt innebära? Angrepp på vissa typer av rättigheter förekommer, om man bortser från avtalsförhållanden (särskilt anställningsavtal) och

⁵³ Jfr § 3–5 i den norska lagen (där samtidigt brottslig gärning krävs).

⁵⁴ Jfr dock vissa allmänna synpunkter om kränkningar av Europakonventionen av Arvemyr i Nordisk försäkringstidskrift 2004 s. 173 ff.

brottsliga gärningar, huvudsakligen vid myndighetsutövning. Flertalet fri- och rättigheter gäller enligt RF gentemot det allmänna, inte i förhållande till andra enskilda. Detta är fallet med bl.a. yttrandefrihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet. Undantag utgör rättigheter som anges i 2 kap. 17–20 §§. Men när enskilda angriper rätten till fackliga åtgärder, rätten till egendom, upphovsrätt m.m. eller rätten att driva näring eller yrke, utgör detta i de flesta fall brott, eller också förekommer redan särskild lagstiftning som kan ge rätt till ideellt skadestånd (se 2.4 ovan om immaterialrättsliga och arbetsrättsliga regler); i viss utsträckning är dessutom intrång av enskilda tillåtet (t.ex. konkurrens som skadar näringsutövning, jfr 2 kap. 20 § RF). Vill man ge ideell ersättning vid kränkningar av dessa rättigheter, som väsentligen är av ekonomisk natur, är det naturligt att ställa upp ett krav på att handlingen berör den enskilde personligen ungefär på samma sätt som anges i 2 kap. 3 § SkL. Men som nyss påpekats torde det vara sällsynt att en väsentlig kränkning av detta slag uppkommer vid överträdelser av grundlagen. – Det kan tilläggas att en regel om ansvar för enskilda i dessa sammanhang kan vara svår att tillämpa; den kan ge anledning till en del skadeståndskrav av ny typ som domstolar (och försäkringsbolag) helt saknar erfarenhet av.

I vart fall skulle utvidgningen huvudsakligen få betydelse på myndighetsutövningens område, där det är relativt vanligt att olika grundlagsfästa rättigheter står på spel. Att ge en generell formulerad regel med tanke på vissa speciella situationer är från lagteknisk synpunkt mindre lyckat. Vill man inrikta sig på dessa fall är det naturliga att föreskriva en rätt till ideell ersättning vid vissa kränkningar *i samband med myndighetsutövning*. (Se härom 4.7 nedan.)

Slutsatsen blir att en allmän regel om ideell ersättning vid kränkning av grundlagsfästa fri- och rättigheter knappast kan förordas, även frånsatt att den i vissa fall kan vara svårförenlig med regeln om ren förmögenhetsskada.

En närliggande fråga är om man bör ge en generell regel om ideell ersättning när rättigheter enligt *Europakonventionen* har kränkts. Också sådana kränkningar blir aktuella främst på myndighetsutövningens område. Ofta har de emellertid en någon annorlunda karaktär än de som nu har berörts, och vissa speciella problem kommer upp om samordningen med Europadomstolens praxis. Lagstiftning på detta område skall diskuteras för sig i ett senare avsnitt (se 5 nedan).

4.6 Ersättning för affektionsvärde?

En speciell typ av ideellt skadestånd som ofta nämns i detta sammanhang är ersättning för affektionsvärde.⁵⁵ I dag utgår skadestånd vid sakskada bara för ekonomisk förlust, något som föranlett invändningar bl.a. vid brottslig skadegörelse på egendom med särskilt värde för ägaren; resonemangen liknar delvis dem som förs vid kränkningar av den skadelidandes person.

Kommittén för ideellt skadestånd tog upp frågan om ersättning för ideella intressen av detta slag, något som vid denna tid diskuterats bl.a. i riksdagen. Enligt kommittén borde dock inte någon sådan utvidgning ske av rätten till skadestånd: härvid åberopades både samhällsekonomiska och rättstekniska argument. Regeringen delade denna åsikt, och någon annan mening kom inte fram i riksdagen.⁵⁶ Sedan dess har ersättningsmöjligheten i vissa närliggande fall ökat genom att HD vid skada på husdjur dömt ut skadestånd för veterinärkostnader som avsevärt överstigit det skadade djurets värde (NJA 2001 s. 65 I och II). Det är tänkbart att även annars kostnader att återställa egendom av särskilt värde för ägaren kan ersättas. Några skäl finns knappast att nu gå ifrån statsmakternas ställningstagande vid 2001 års lagstiftning.

⁵⁵ Jfr härom Hellner-Radetzki, *Skadeståndsrätt* (7 uppl. 2006) s. 421 med hänvisningar.

⁵⁶ Se om diskussionen SOU 1992:84 s. 251 ff; prop. 2000/01:68 s. 57 f; 2000/01:LU 19.

4.7 Kränkningar vid myndighetsutövning?

Det är alltså besvärligt att finna något *generellt* tillämpligt kriterium som i 2 kap. 3 § SkL skulle ersätta eller komplettera bestämmelsen om ersättning för kränkning vid brott. Däremot framgår av denna översikt, att man skulle kunna överväga en speciell bestämmelse om kränkningar just vid *myndighetsutövning*. Det är här som typiskt sett kränkningar förekommer utanför det kriminaliserade området; här går en utvidgning av ansvaret väl att förena med reglerna om ren förmögenhetsskada; här har den skadelidande alltid möjlighet att få ut ersättning; och här torde en utvidgad rätt till ersättning stämma väl med en utbredd inställning hos allmänheten.

Det kan nämnas att mer eller mindre befogade yrkanden om ideellt skadestånd är mycket vanliga i skadeståndsärenden hos justitiekanslern. Några exempel kan antyda vad för krav som väntar vid en eventuell utvidgning av rätten till kränkingsersättning; de avser ärenden som refererats på JK:s hemsida och kan bl.a. därför synas gälla någorlunda seriösa anspråk. I allmänhet har yrkandet avslagits med hänvisning till att det inte förekommit något brott som grundat kränkingsersättning. (Här bortses tills vidare från ärenden rörande kränkningar av Europakonventionen; se härom 5 nedan.)

Den som dömts för brott vilket hovrätten funnit preskriberat har begärt ersättning för kränkning (psykiskt men och andra olägenheter).⁵⁷ En frihetsberövad men frikänd person har yrkat ersättning med en miljon kr för kränkning genom läckage från polisen.⁵⁸ Polishämtning till förhör har medfört yrkande på ersättning med 50 000 kr för lidande, men och sveda och värk,⁵⁹ och på grund av felaktig husrannsakan har ersättning begärts för lidande.⁶⁰ Brist i handläggning av registerkontrollärende – den skadelidande ansågs som säkerhetsrisk och fick sluta sitt arbete – har lett till krav på 400 000 kr för kränkning.⁶¹ Felaktigt beslut om konkurskostnad har medfört

⁵⁷ JK:s beslut 2005-10-20.

⁵⁸ JK:s beslut 2005-12-07.

⁵⁹ JK:s beslut 2004-03-31.

⁶⁰ JK:s beslut 2004-01-21.

⁶¹ JK:s beslut 2002-06-03.

skadeståndskrav för psykiskt lidande,⁶² liksom påstådda fel vid kontroll av parts behörighet i ett fastighetsmål,⁶³ vid handläggning av pass-ärende,⁶⁴ i skattemyndighetens beslut om folkbokföring av barn⁶⁵ och i ersättningsbeslut av brottsoffermyndigheten.⁶⁶ Ideellt skadestånd har yrkats då talan i vårdnadsmål felaktigt avvisats.⁶⁷ En felaktig hantering av ärende om körkortsbehörighet har grundat ersättningskrav på 150 000 kr för kränkning.⁶⁸ Sådan ersättning har också begärts vid felaktig handläggning av betalningsföreläggande.⁶⁹ Ideellt skadestånd har begärts då kronofogdemyndigheten underlåtit undersöka om gäldenären haft förvaltare förordnad för sig,⁷⁰ liksom då myndigheten påstods felaktigt ha registrerat en betalningsanmärkning.⁷¹ Underlåtenhet av försäkringskassan att registrera att sjukpenning skulle betalas till den skadelidande har föranlett krav på ”allmänt skadestånd”.⁷² Tullens felaktiga omhändertagande av ett parti öl har medfört anspråk från tretton personer på skadestånd för ”kränkning av äganderätten”. Brott mot efterforskningsförbudet i 2 kap. 4 § yttrandefrihetsgrundlagen föranledde också skadeståndskrav men ansågs av JK inte utgöra så allvarlig kränkning som SkL förutsätter.⁷³ JK har också vägrat ersättning för förlust av fritid på grund av onödig omtentamen; skadan ansågs ideell och inte ersättningsgill.⁷⁴

I allmänhet är det fråga om krav som formulerats utan advokathjälp. Till frekvensen av krav kan ha bidragit att JK kan utbetala ideellt skadestånd i vissa närliggande ärenden enligt personuppgiftslagen utan att förutsättningar enligt SkL är uppfyllda.

⁶² JK:s beslut 2003-12-03.

⁶³ JK:s beslut 1999-09-29.

⁶⁴ JK:s beslut 2003-06-16.

⁶⁵ JK:s beslut 2002-05-15.

⁶⁶ JK:s beslut 2006-01-09.

⁶⁷ JK:s beslut 2005-03-09.

⁶⁸ JK:s beslut 2003-10-24.

⁶⁹ JK:s beslut 2001-03-30.

⁷⁰ JK:s beslut 2005-12-13.

⁷¹ JK:s beslut 2006-01-09.

⁷² JK:s beslut 2005-10-31.

⁷³ JK:s beslut 2003-12-10.

⁷⁴ JK:s beslut 2002-06-28.

Tanken på ett ideellt skadestånd av detta slag har ju avvisats i ett tidigare lagstiftningsärende, under hänvisning särskilt till att lagen inte bör uppmuntra till processer om bagateller (se 4 ovan). Håller man fast vid kravet på *allvarlig* kränkning (eller möjligen kränkning av betydelse) också i detta sammanhang, får denna invändning mindre tyngd. En sådan begränsning av ersättningsrätten lär visserligen inte avhålla upprörda skadelidande från att framställa krav på ideellt skadestånd vid sidan av ekonomisk ersättning; då kan i varje fall skaderegleringen hos JK kompliceras, eftersom det är svårt att finna klara kriterier på vad som är allvarligt i dessa sammanhang.⁷⁵ Skall den diskuterade lagändringen genomföras ter sig begränsningen dock nära nog nödvändig.

Från en annan synpunkt kan det också verka befogat att ta upp frågan om ändrade regler rörande kränkning vid myndighetsutövning. Är det fråga om en överträdelse av Europakonventionen har ju ideellt skadestånd utan stöd av lag i den nämnda HD-domen, där ansvar grundats på 3 kap. 2 § SkL. Redan detta kan motivera en lagstiftning som preciserar rättsläget. Denna fråga behandlas nedan i avsnitt 5.

Anses det motiverat att på ena eller andra sättet vidga rätten till kränkingsersättning förefaller alltså en reform på detta område ligga närmast till hands. Det kan vara skäl att något närmare diskutera detta alternativ.

4.8 Några lagtekniska problem

Man skulle alltså ändra 3 kap. 2 § 1 st. 2 p. SkL så, att staten eller kommun skall ersätta skada på grund av att någon annan kränks på sätt som anges i 2 kap. 3 § genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning enligt 1 p., oavsett om det sker genom brott eller ej. En sådan utvidgning får dock inte så stor betydelse i förhållande till gällande rätt. I vart fall skulle den bli aktuell vid

⁷⁵ När det gäller brott mot Europakonventionen kan man möjligen presumera att det är fråga om en allvarlig kränkning, på liknande sätt som skett i diskrimineringslagstiftningen (jfr 2.5 ovan).

skadeståndsgrundande fel från det allmännas sida, oavsett om tjänstefel av någon funktionär kan konstateras eller ej. Även anonyma fel skulle kunna medföra skadestånd, liksom ”kumulerade” fel – här åtgärder eller uttalanden från det allmännas sida som tillsammans får anses innebära en allvarlig kränkning.

Om man inte skulle hänvisa till 2 kap. 3 § utan bara kräva att kränkningen skall vara allvarlig, medför regeln däremot en mera påtaglig utvidgning av möjligheten till skadestånd; den allvarliga kränkningen kan då vara av vilket slag som helst. Frågan är emellertid om en så lös regel är lämplig i detta sammanhang; i våra nordiska grannländer begränsas motsvarande ansvar åtminstone genom att man anger de intressen man vill skydda. Som förut framhållits (4.1 ovan) är kränkingsbegreppet så obestämt att det kan åberopas i alla möjliga sammanhang. Trots att bagatellartade kränkningar undantas kan en regel av denna typ uppmuntra även till utsiktslösa skadeståndsprocesser mot det allmänna så snart den enskilde känner sig orättvist behandlad. Det är ingen utveckling att sträva efter.

En begränsning till allvarlig kränkning torde föra med sig att åtskilliga fel begångna av oaktsamhet faller utanför ansvaret. Som förut framhållits är det svårt att anse en kränkning som allvarlig när den sker på grund av ett förbiseende eller misstag utan att myndigheten inser vad beslutet eller åtgärden innebär för den enskildes del. Regeln skulle däremot kunna åberopas när myndigheten medvetet fattar ett beslut eller vidtar en åtgärd som angriper den enskildes person, frihet, frid eller ära i den felaktiga uppfattningen att beslutet eller åtgärden har laglig grund. Sådana fall av juridiska misstag kan ju medföra skadeståndsskyldighet enligt 3 kap.2 § SkL (dock sällan vid rena feltolkningar av en lagbestämmelse eller en rättsprincip, jfr t.ex. NJA 2003 s. 285).

Trots det sagda kan man tänka sig invändningen att kravet på att kränkningen skall vara allvarlig går för långt; det avviker från de generösa reglerna om diskriminering. Å andra sidan får återigen betonas att lagstiftarens välvilja i dessa fall avser just vissa utsatta grupper, medan bestämmelsen i SkL har en generell räckvidd. Det kan verka otillfredsställande att bestämmelserna

om skadestånd för diskriminering i sådan grad avlägsnat sig från den allmänna skadeståndsrätten, men det motiverar inte att de allmänna reglerna i SkL borde anpassas efter de speciella förhållanden som diskrimineringslagarna rör. Som framgår av fortsättningen (6.2 nedan) finns det snarare skäl att tydligt markera skillnaden mellan vanligt skadestånd och diskrimineringsersättning. Möjligheten till ekonomiskt skadestånd på grund av fel vid myndighetsutövning torde, i förening med straffansvaret för tjänstefel, ha tillräcklig preventiv effekt utan att denna behöver förstärkas med en särregel om ideellt skadestånd för mindre allvarliga kränkningar.

En annan invändning kan gälla begränsningen till skada vid myndighetsutövning. Borde inte ideellt skadestånd vara möjligt också vid andra myndighetsåtgärder? Det kan medges att kränkningar kan förekomma i åtskilliga andra fall – inom socialtjänstens verksamhet, vid undervisning (där dock lagstiftning om skärpt ansvar för skolor har införts genom lag 2006:67 med förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever), i samband med vård eller vid allehanda annan service från det allmänna sidan. Här kommer man emellertid åter in på förhållandet till reglerna om ren förmögenhetsskada (2 kap. 3 §, 3 kap. 1 § SkL). Upphävs lagens inskränkningar i fråga om kränkingsersättning, bör detsamma gälla inskränkningarna i ansvaret för ren förmögenhetsskada.

Bestämmelsen i 3 kap. 3 § SkL ger rätt till ersättning för sådan skada utanför myndighetsutövningens område, men förutsättningarna är snävt begränsade – det skall gälla felaktig information av myndighet, och särskilda skäl skall föreligga för skadeståndsansvar. Längre än så kan inte gärna utvidgningen gå för kränkingsersättningens del, när det gäller skada utanför myndighetsutövningens område. Vad som kunde komma i fråga skulle alltså vara en motsvarande regel också för fall där informationen framstår som kränkande; i paragrafen skulle tilläggas ett andra stycke om att det som sägs i första stycket också skulle gälla skada som orsakas genom att en felaktig upplysning eller ett felaktigt råd allvarligt kränker någons person, frihet, frid eller

ära. En sådan konsekvensändring skulle dock sannolikt få begränsad praktisk betydelse – närmast skulle den väl kunna åberopas mot uttalanden som kränker någons ”ära” – och uttrycket ”särskilda skäl” kan inte väntas bli tolkat speciellt generöst när det gäller ersättning för annat än ekonomisk förlust. Ändringen är inte heller nödvändig; inget hindrar ju att liksom i dag rätten till ren förmögenhetsskada går *längre* än rätten till kränkingsersättning. Allt som allt finns det knappast tillräcklig anledning att ändra bestämmelsen i 3 kap. 3 § i detta sammanhang.

I alla händelser verkar det inte motiverat att utvidga det allmännas ansvar för andra typer av kränkningar. Exempelvis ett bryskt bemötande i vården eller ett kränkande uttalande vid universitetsundervisning skulle inte medföra rätt till ideellt skadestånd, om det inte är fråga om straffbart handlande eller diskriminering. Här blir det ju i regel inte heller fråga om ansvar mot den enskilde för ekonomiska förluster, ifall någon gång sådan skada kan konstateras.

Sammanfattningsvis kan sägas att den nu skisserade ändringen i 3 kap. 2 § SkL knappast ter sig särskilt angelägen. Den skulle inte tillgodose något påtagligt socialt behov – på sin höjd en tendens att reagera med särskild indignation mot fel från myndigheternas sida. Och den kan som sagt inte heller motiveras med särskilda preventiva hänsyn. För kommunernas del torde för övrigt ansvaret kunna täckas genom försäkring, liksom nu är fallet med ekonomiskt skadestånd för felaktig myndighetsutövning. – Men reformen är nog trots allt den minst olämpliga från lagteknisk och praktisk synpunkt, om man nu vill utvidga rätten till kränkingsersättning.

5 Överträdelse av Europakonventionen

5.1 Allmänt

I detta sammanhang bör vidare övervägas en annan fråga om ideellt skadestånd. HD:s dom i NJA 2005 s. 462 innebär som nämnt att sådant skadestånd skall utgå redan vid åsidosättande av en rättighet enligt konventionen, utan att den behöver innebära ett brottsligt angrepp på den skadelidandes person, frid, frihet eller ära. Skadeståndsmöjligheten har utvidgats, utan att det framgår av SkL.⁷⁶ Frågan är om detta motiverar någon ändring av lagens regler.

I HD:s utförliga dom är särskilt följande av intresse. HD konstaterade, på anförda skäl att den skadelidandes rätt att enligt art. 6.1 Europakonventionen få vissa anklagelser mot honom prövade inom skälig tid hade kränkts. Domstolen fann inte skadeståndsregeln i art. 41 i konventionen ställa några krav på den nationella rätten, och den kunde inte läggas till grund för krav på gottgörelse enligt svensk rätt. Däremot föreskrev art. 13 att var och en vars i konventionen angivna fri- och rättigheter kränkts skulle ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Ett sådant rättsmedel behövde inte nödvändigtvis resultera i ekonomisk gottgörelse; härvid åberopade HD Europadomstolens dom 16.10.2000 i målet Kudla mot Polen och NJA 2003 s. 414, där vid bestämmande av påföljd beaktats den kränkning

⁷⁶ En sådan utvidgning hade under flera år diskuterats i litteraturen; se bl.a. Södergren i JT 2004-05 s. 762 ff med ytterligare hänvisningar och Göran Lambertz' förut nämnda artikel i JT 2004/05 s. 3 ff. Se även Lambertz' uppsats Skadestånd vid fel av lagstiftaren, i Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa (2006) s. 695 ff.

som skett genom att inte rättegång hållits inom skälig tid. I det aktuella fallet, där åtalet mot den skadelidande helt ogillades, kunde dock inte något sådant ske. – Frågan om dennes rätt till skadestånd skulle i första hand prövas enligt SkL:s bestämmelser om det allmännas ansvar; härvid skulle dessa, i den utsträckning konventionen kunde anses ge anledning till detta, tolkas fördragskonformt, vilket kunde innebära att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kom att upprätthållas. (Här hänvisades till NJA 2003 s. 217, där ett liknande resonemang fördes utan ha direkt betydelse för utgången.) – Efter att ha konstaterat att den skadelidande var berättigad till visst skadestånd för inkomstförlust, tog HD upp frågan om ersättning för ideell skada. Eftersom det inte visats någon kränkning som kunde knytas till ett brott enligt 1 kap. 3 § (nu 2 kap. 3 §) SkL, kunde inte någon ersättning omedelbart grundas på den lagen. HD framhöll emellertid Europadomstolens praxis att med stöd av art. 41 i konventionen normalt döma ut ersättning för renodlad ideell skada vid kränkning av rätten enligt art. 6.1 till prövning inom skälig tid.⁷⁷ Förpliktelsen enligt art. 13 att tillhandahålla ett effektivt nationellt rättsmedel kunde visserligen här tillgodoses genom möjligheten till ersättning för inkomstförlust, men fall kunde uppkomma där grund för sådan ersättning inte förelåg och inte heller annat rättsmedel fanns i svensk rätt; om den skadelidande då stod utan rättsmedel kunde detta innebära ett konventionsbrott. Även om ideellt skadestånd för kränkning ansetts fordra särskilt lagstöd, återgick denna princip inte på någon uttrycklig lagregel. Mot bakgrund av Europadomstolens nämnda praxis och avgörandet NJA 2003 s. 414 fann HD övervägande skäl tala för att ideellt skadestånd skulle kunna dömas ut också av svensk domstol, och en naturlig utgångspunkt var då just Europadomstolens praxis. Trots att den skadelidande samtidigt fick ersättning för inkomstförlust tillerkändes han 100 000 kr som ersättning för ideell skada.

Som framgår anser HD att frågan om skadestånd *i första hand* skall bedömas enligt SkL, fast bedömningen kan påverkas av konventionens regel. HD:s avgörande hindrar inte att även

⁷⁷ HD hänvisade här särskilt till domen 10.11.2004 i målet Zullo mot Italien.

ideellt skadestånd döms ut direkt på grund av konventionen, närmast art. 41; vad som förutsätts för detta lämnas öppet.⁷⁸

HD:s resonemang tar vidare sikte bara på kränkningar av rätten till rättegång enligt skälig tid enligt art. 6.1, men det är tveksamt om räckvidden av den tillämpade principen är begränsad till sådana fall; man får räkna med att också vid andra överträdelser av konventionen skadeståndsansvar kan åläggas staten i första hand med stöd av SkL och att härvid även ideellt skadestånd kan utdömas.⁷⁹ I själva verket kan en sådan ersättning te sig minst lika angelägen vid kränkning av åtskilliga andra rättigheter som konventionen garanterar, där typiskt sett det inte uppkommer någon ekonomisk förlust. – Att märka är emellertid att det är fråga om kränkning av något annat slag än den som avses i 2 kap. 3 § SkL: det är närmast en rättighet, inte en person som kränkts.

När det gäller vållandebedömningen har HD – trots uttalandet om att man kan gå längre än vad som framgick av lagmotiv, praxis och doktrin – inte behövt gå utanför SkL:s regler; att ålägga det allmänna ansvar när rättegång fördröjts på grund av interna förhållanden inom en myndighet (här åklagarmyndigheten) är väl förenligt med lagens inställning.

I alla händelser går domen på detta vis längre än bestämmelsen i 2 kap. 3 § SkL i två avseenden: dels genom att det inte är fråga om en brottslig gärning, dels genom att den inte behöver utgöra en sådan personlig kränkning som lagregeln avser. Det är inte fråga om angrepp på den skadelidandes person, frihet, frid eller ära. HD har gått ifrån den traditionella uppfattningen att rätt till ideellt skadestånd skulle förutsätta uttryckligt stöd i (svensk) lag. – Däremot är det oklart om en överträdelse av konventionen i sig innebär en allvarlig kränkning; man kan anta att det före-

⁷⁸ Jfr. Europadomstolens färskas dom 2006.02.07 i mål Wassdahl mot Sverige, där Sverige ansågs ansvarigt på grund av brott mot art. 6.1 genom långsam skatteprocess. Domstolen pekade dels på vissa skillnader i förhållande till NJA 2005 s. 462, dels på vissa förhållanden i den pågående skadeståndsprocessen i Sverige och fann därvid att Sverige i det aktuella målet inte visat att den pågående processen i Sverige kunde anses ha varit ett effektivt rättsmedel för den klagande.

⁷⁹ Jfr Svea hovrätts dom 2006.01.12 i mål nr T 2043-05, där ideellt skadestånd utdömts vid kränkning av art. 8 i konventionen; domen har överklagats av JK.

kommer sådana bagatellartade intrång i rättigheter skyddade genom konventionen som inte anses grunda någon rätt alls till skadestånd.

Vad som nu sagts synes motivera att rättsläget klargörs genom lagstiftning. HD har i rättsfallet NJA 2003 s. 527 framhållit att det fick anses som en öppen fråga om och i så fall i vilken utsträckning det enligt svensk rätt föreligger en rätt till skadestånd vid kränkningar av Europakonventionen oberoende av fel eller försummelse; NJA 2005 s. 462 gör läget delvis något klarare, men alltjämt återstår åtskilliga obesvarade frågor. Förhållandet mellan SkL:s regel och konventionen kan över huvud taget väntas få ökad praktisk betydelse. Liknande problem som i HD-fallet kan som sagt komma upp även vid påstådda överträdelser av andra artiklar i konventionen än 6.1, t.ex. art. 8 (som aktualiserats i ett annat mål som ligger under HD:s prövning),⁸⁰ och avgörandet från 2005 har enligt uppgifter från JK redan gett anledning till en rad krav mot det allmänna på liknande grund.⁸¹ Reglerna om ideellt skadestånd i 3 kap. 2 § ger numera en missvisande bild av möjligheterna till skadestånd. Det kan också sägas att även om HD:s tillämpning av denna paragraf gett en skadelidande ett effektivt rättsmedel vid kränkning av hans konventionsenliga rättigheter kan man sätta i fråga om inte detta borde uttryckligen framgå av lagtexten.

Det kan nämnas att liknande frågor nyligen tagits upp i dansk litteratur, sedan Højesteret vägrat att utdöma ideellt skadestånd med anledning av alltför lång handläggningstid i ett civilmål

⁸⁰ Se Svea hovrätts nämnda dom 12.1.2006 i mål nr T 2043-05, som överklagats till HD; prövningstillstånd har meddelats.

⁸¹ Domen har utförligt diskuterats i en artikel av Iain Cameron i SvJT 2005 s. 553 ff, som utmynnar i att lagstiftaren bör reglera dessa frågor; det skulle räcka med en enkel paragraf av innebörd att svenska domstolar måste ta hänsyn till Europadomstolens praxis i frågan (a.a. s. 584). – Göran Lambertz har i sin nämnda artikel i JT – tillkommen före avgörandet NJA 2005 s. 462 – ansett att oavsett HD:s bedömning en lagändring är motiverad (JT 2004-05 s. 9). – Domen har vidare behandlats av Karin Åhman i JT 2005-06 s. 424.

(UfR 2005.523 H).⁸² Även i Danmark tycks förhållanden mellan Europakonventionen och nationella skadeståndsregler vara oklart.⁸³ – I Norge har i ett par fall ansetts som tillräcklig gottgörelse att Høyesterett konstaterat en konventionskränkning utan att utdöma skadestånd (NRt 2001 s. 428, NRt 2003 s. 1671).

Det kan visserligen diskuteras om man i en central svensk skadeståndslagstiftning bör hänvisa till en internationell rättskälla, när det gäller förutsättningarna för ansvar. Emellertid utgör Europakonventionen numera svensk rätt, och några invändningar kan i dag knappast möta mot en sådan hänvisning. Däremot skulle det vara mindre lämpligt att försöka återge detaljerna i det regelsystem som utformats genom Europadomstolens praxis; skadeståndsprinciperna befinner sig i ständig utveckling. Vad som kan komma i fråga är att göra den svenska lagstiftningen tydligare i förhållande till det uppkomna rättsläget. Reglerna bör om möjligt utformas så att rättstillämpningen utan ytterligare lagändring kan anpassas till den fortsatta utvecklingen. Fast lagändringen på detta vis inte skulle sträcka sig längre än vad som förefaller helt nödvändigt, markerar den en vilja hos lagstiftaren att klargöra de krav som konventionen ställer på den nationella skadeståndsrätten.⁸⁴

I och för sig kunde det verka motiverat att samtidigt överväga vissa liknande frågor om inverkan av *EG-rätten* på möjligheten till skadestånd särskilt vid myndighetsutövning. De har emellertid belysts i ett tidigare betänkande (SOU 1997:194), där det inte ansågs påkallat att ändra 3 kap. 2 § SkL för att åstadkomma större likheter mellan rättssystemen; däremot föreslogs, närmast i detta syfte, att taleförbudet i 3 kap. 7 § skulle upphävas.

⁸² Se härom Jonas Christoffersen i UfR 2005 B s. 133 ff, som bl.a. nämner också domen UfR 1998.337 V (där landsretten synes i princip ha erkänt en rätt till ideell skada med stöd i art. 5 st. 5 i Europakonventionen).

⁸³ I Norge har Høyesterett däremot dömt ut ideellt skadestånd – oppreisning – på grund av brott mot konventionens art. 5 nr 4 (krav på snabb prövning av lagligheten av frihetsberövande); se dom 2006-05-13.

⁸⁴ Jfr Europadomstolens uttalanden i *Scordino v. Italien*, dom 29.3.2006 och *Cameron, SvJT 2006 s. 566 f.*

Förslaget ledde dock inte till lagstiftning.⁸⁵ Det kan inte uteslutas att man vid tillfälle får ta upp denna lagstiftningsfråga på nytt, men det sker inte i denna promemoria. (Se även 5.4 nedan.)

5.2 Ett alternativ: tillämpning av 3 kap. 2 § SkL

Närmast skall diskuteras hur en lagändring skulle utformas med de begränsningar som angetts ovan.

En fråga blir till en början om en kränkning av det angivna slaget alltid kan anses ha förekommit *vid myndighetsutövning*. Kan inte konventionen åsidosättas också genom annat handlande från det allmännas sida? Den skyddar ju en lång rad intressen av skilda slag. Att märka är emellertid att i varje fall en lagstiftning som strider mot konventionen får anses innebära myndighetsutövning, och det torde vara ovanligt med särskilda åtgärder av en myndighet som har annan karaktär och ändå överträder konventionen – t.ex. serviceåtgärder, undervisning, sjukvård etc. Möjligheten är visserligen inte utesluten, men de allra flesta kränkningar torde falla under regeln i 3 kap. 2 § SkL. I övriga fall skulle den skadelidande vara hänvisad till att grunda sitt krav direkt på konventionen (om inte talan enligt 3 kap. 1 eller 3 §§ SkL är möjlig).

Ett relativt enkelt och närliggande sätt att genomföra reformen kunde vara att man bara gör ett tillägg till 3 kap. 2 §: man skulle föreskriva rätt till ideell ersättning, utöver i de fall som anges i paragrafen i övrigt, när någon på annat sätt skadas genom angrepp på hans rättigheter enligt Europakonventionen. Att skilja mellan konventionsrättigheter av olika slag verkar inte befogat, även om HD:s dom inte utesluter att något sådant skulle gälla enligt svensk rätt. I vart fall bör inte regeln inskränkas till brott mot art. 6 i konventionen, och det är svårt att välja ut vissa artiklar som inte skulle kunna grunda ett skadestånd, särskilt som konventionen inte gör någon sådan

⁸⁵ Se SOU 1997:194 s. 144 f; regeringsbeslut 2004-11-04, enligt vilket förslaget skulle läggas till handlingarna.

skillnad (jfr art. 13 och 41). Det är klart att kränkningen av en rättighet kan framstå som mer eller mindre allvarlig, men detta förhållande får i stället beaktas vid prövningen i vad mån skadestånd skall utgå (jfr 5.3 nedan).

En fråga blir emellertid, om förutsättningarna för ansvar också här skall vara att *fel eller försummelse* förekommit vid myndighetsutövningen. Att den enskildes konventionsenliga rättigheter åsidosatts kan visserligen språkligt sett betecknas i varje fall som ett fel från det allmännas sida, men detta stämmer inte helt med HD:s hittillsvarande praxis. Domstolen har i ett flertal avgöranden slagit fast att fel eller försummelse i paragrafens mening förutsätter uppenbart oriktiga bedömningar, när det gäller prövningen av en rättsfråga (se t.ex. NJA 2002 s. 88, NJA 2003 s. 285); detta stämmer också väl med förarbetena till lagen.⁸⁶ Men ofta torde överträdelser av konventionen bero på mindre flagranta felbedömningar. Många regler i konventionen är allmänt hållna och ger utrymme för olika tolkningar, och Europadomstolens praxis ger långtifrån alltid klarhet om vad reglerna innebär innan just den aktuella situationen tagits upp till prövning. När överträdelsen på detta vis beror på ett förhållandevis ursäktligt misstag, skulle den enskilde gå miste om ersättning på grund av kränkningen.

Å andra sidan bör observeras HD:s uttalande i NJA 2005 s. 462 att vid en fördragskonform tolkning man bör kunna gå ifrån tidigare motiv och praxis. Det innebär att när konventionen överträts man inte behöver vara bunden av den vållandebedömning som förekommit i andra situationer; ”fel eller försummelse” skulle anses ha en speciell innebörd i detta läge, varvid man inte behöver se lika tolerant på sådana feltolkningar.

Vissa sakliga skäl kan anföras för detta. Man skulle kunna resonera så, att när det gäller sådana väsentliga garantier för den enskildes rättigheter som Europakonventionen föreskriver särskilda krav måste ställas på myndigheten; besluten får inte ens ligga i närheten av det förbjudna. – En motsvarande bedömning kan för övrigt vara befogad också när ersättning som i 2005 års

⁸⁶ Se prop. 1972:5 s. 518.

fall yrkas för inkomstförlust eller annan ekonomisk skada. Det är naturligt att bedöma dessa fel på samma sätt oavsett vilken typ av skada de medfört.

På motsvarande sätt skulle man kunna se på situationen vid brott mot rätten till rättegång inom skälig tid: har myndigheterna dröjt längre än vad som framstår som rimligt med hänsyn till målets eller ärendets art och omständigheterna i övrigt, bör man kunna utgå från att fel eller försummelse förekommit från det allmännas sida, även om man inte kan peka på någon särskild oaktsamhet hos någon funktionär.

Från dessa synpunkter möter alltså knappast några hinder att föra in den nya regeln om ideellt skadestånd i 3 kap. 2 §. Samtidigt kan diskuteras om inte konventionen ändå motiverar att det skärpta ansvaret kommer till uttryck i lagtexten. I ett avgörande från 2004 (Kangasluoma v. Finland) ansågs motsvarande finländska lagregel, som kräver vållande för ansvar för dröjsmål med rättegång inom skälig tid, inte uppfylla kravet i konventionens artikel 13 på ett ”effektivt” rättsmedel.⁸⁷ Emellertid är den finländska regeln utformad något annorlunda än den svenska.⁸⁸ Om man i motiven framhåller att 3 kap. 2 § skall tolkas i enlighet med konventionens bestämmelser borde detta kunna anses tillräckligt. Det kan tilläggas, att en regel om ansvar enligt paragrafen för varje konventionsbrott skulle gå längre än vad som framgår av HD:s dom; som förut antytts är det oklart om domstolen i 2005 års dom alls har avvikit från praxis eller förarbeten beträffande 3 kap. 2 §, eftersom vållandet inte bestod i en rättslig felbedömning utan dålig intern organisation. (Jfr NJA 2002 s. 88, där hovrätten i sin dom, som fastställts av HD, synes helt ha anslutit till lagmotiven även då det gällt

⁸⁷ Se Europadomstolens dom 20.1.2004, där det bl.a. framhålls att den finländska regeringen medgett att ”a mere delay was not as such a ground for compensation under Finnish law” (nr 48).

⁸⁸ 3 kap. 2 § i den finländska lagen innehåller en motsvarighet till den s.k. standardregel som från början gällde också i svensk rätt (se 3 kap. 3 § i SkL:s ursprungliga lydelse): ansvaret förutsätter att de krav blivit åsidosatta som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål skäligen kan ställas på fullgörandet av åtgärden eller uppgiften.

överträdelse av konventionen.) Och det är inte lätt att finna ett annat sätt att i lagtexten markera skillnaden mot vanlig culpabedömning.⁸⁹

Så långt förefaller alltså en tänkbar lösning vara att behålla kravet på fel eller försummelse vid myndighetsutövning för alla fall av skadestånd enligt 3 kap. 2 §, också när det gäller skadestånd för konventionsbrott; samtidigt skulle i motiven betonas vikten av en tolkning av bestämmelsen som är förenlig med konventionen. Det skulle alltså vara konventionen (i förening med HD:s uttalanden i 2005 års fall), inte motiven i och för sig, som grundar den ändrade tolkningen av texten; det är inte fråga om lagändring enbart genom förarbeten.

En regel av detta slag tar sikte på fel och försummelser av domstolar och andra myndigheter. En komplikation är emellertid att man också får räkna med sådana fel begångna i samband med *lagstiftning* – av regering och (eller) riksdag.⁹⁰ Det är inte någon alldeles opraktisk möjlighet att en lagstiftning visar sig stå i strid med Europakonventionen, såsom denna tolkas av Europadomstolen, och att någon enskild då kräver skadestånd av staten på sådan grund. Man kan göra gällande att det i sådana fall skulle krävas ett uppenbart fel för skadeståndsansvar – något som förelåg i det enda avgörande där ansvar för felaktig lagstiftning prövats (NJA 2001 s. 210). För att en domstol eller annat offentligt organ skall få åsidosätta en föreskrift som riksdagen eller regeringen beslutat fordras ju enligt 11 kap. 14 § RF att felet är uppenbart, och det kan verka konsekvent att man då ställde upp samma krav för att staten skulle bli skadeståndsskyldig på grund av tillämpning av den felaktiga föreskriften. Motsvarande borde då rimligen gälla vid underlåtenhet att lagstifta i enlighet med Europakonventionen, som den tolkas av Europadomsto-

⁸⁹ Att ange att det räcker med ”fel” (ej ”fel eller försummelse” vid överträdelse av konventionen torde närmast leda till förvirring; enligt 3 kap. 1 och 2 §§ SkL innebär också ”fel” en form av culpa.

⁹⁰ Problem i sådana sammanhang uppkommer allt oftare i JK:s praxis; de har diskuterats av Göran Lambertz i *Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa* (2006) s. 695 ff; se särskilt s. 701 ff. Jfr från Norge NRT 2005 s. 1365 (skadestånd för lagstiftning i strid med EES).

len.⁹¹ I sådana fall skulle alltså 3 kap. 2 § inte tillämpas fördragskonformt utan i överensstämmelse med grundlagen, vilket skulle innebära en mildare ansvarsregel än vid andra brott mot konventionen. Däremot skulle tillämpningen stämma med praxis vid andra rättsliga felbedömningar.

Förhållandet komplicerar onekligen lagstiftningsfrågan ytterligare. Det tycks dock inte utgöra någon avgörande invändning mot den nu diskuterade lösningen. Det kan framhållas att frågan om förutsättningarna för skadeståndsansvar på grund av felaktig lagstiftning alltjämt är oklar; det är också omstritt om det alltjämt är motiverat att inskränka möjligheten till lagprövning på det sätt som skett i 11 kap. 14 § RF.⁹² Dessutom är det oklart om kravet på uppenbart fel har samma innebörd vid konflikter med Europakonventionen som vid konflikter med grundlagen.⁹³ Det skulle ligga utanför utredningsuppdraget att gå närmare in på dessa frågor. En ändring som begränsas till ett tillägg i 3 kap. 2 § ställer i vart fall inte till några nya problem vid rättstillämpningen. Om en skadelidande anser sig berättigad till skadestånd vid lagstiftning som inte uppenbart strider mot konventionen, kan han liksom nu grunda sitt krav direkt på denna, och sådan talan skulle inte regleras av SkL.

I det följande (5.3, 5.4) skall ta upp några särskilda frågor som uppkommer om man väljer denna lösning.

5.3 Allvarlig överträdelse?

I sin nuvarande lydelse hänvisar 3 kap. 2 § till 2 kap. 3 §, vilket innebär inte bara att kränkningen skall ske genom vissa typer av brott utan också att den skall vara *allvarlig*. Man kan fråga om motsvarande bör gälla också när ansvaret grundas på överträdelse av Europakonventionen. Att döma av domskälen i NJA 2005

⁹¹ Jfr om det sagda Lambertz, a.a. s. 703 f, 707 f.

⁹² Se härom Holmberg-Stjernqvist-Isberg.-Eliasson-Regner, Grundlagarna (2006) s. 520 ff med åtskilliga hänvisningar.

⁹³ Frågan om uppenbarhetskravet har berörts i flera sammanhang vid Grundlagsutredningens konferens den 19 oktober 2006, se Tre konferenser om grundlagen särskilt s. 104 ff, 127 ff. 136 ff.

s. 462 har inte HD ställt upp något sådant krav. Även om förhållandet kan betecknas som en kränkning, är den av annat slag än de som för närvarande behandlas i 2 kap. 3 §. Om man förutsätter att det är fråga om en klar överträdelse av en rättighet enligt konventionen lär den i regel knappast framstå som bagatellartad. Skulle så vara fallet, bör det finnas möjlighet att ta hänsyn till detta vid den relativt fria skälighetsprövning som alltid ligger bakom fastställandet av ideellt skadestånd.⁹⁴ Vid obetydliga överträdelser kan det räcka att döma ut ett enbart symboliskt skadestånd eller eventuellt inget skadestånd alls. I vart fall kan rätten till ideellt skadestånd falla bort om den skadelidande kompenseras på annat vis (jfr NJA 2003 s. 414 och NJA 2005 s. 462). Det kan naturligtvis sägas att sannolikheten för en mängd omotiverade krav mot staten kan öka om en lagregel inte uttryckligen undantar bagatellfall, men den är ändå inte stor, och efter 2005 års avgörande har ändå möjligheten öppnats för sådana krav. En uttrycklig inskränkning av ansvaret till allvarliga fall kan synas stämma mindre väl med inställningen bakom Europakonventionen.

Övervägande skäl talar alltså för att inte föreskriva att överträdelsen skall vara allvarlig i de nu behandlade fallen.

5.4 Några andra frågor

En konsekvens av att ersättningsregeln anknyts till Europadomstolens praxis är att ideellt skadestånd kan utgå också till *juridiska personer*. Flera domar innebär att detta är möjligt vid brott mot Europakonventionen.⁹⁵ Traditionellt är detta inte möjligt i fråga om vanlig kränkingsersättning. Också här bör emellertid framhållas att den ersättning som nu diskuteras är av speciellt slag – den har inte mycket att göra med skadestånd enligt 2 kap. 3 § och 5 kap. 6 § SkL, fränsett att den påverkas av

⁹⁴ Jfr domen 10.11.2004 i målet Zullo mot Italien, som ger stöd för en sådan bedömning, och från Norge NRt 2001 s. 428..

⁹⁵ Se framför all dom i målet *Comingersoll mot Portugal* (6.4.2000), Flera domar nämns av Södergren i JT 2004-05 s. 762 ff.

andra faktorer än den skadelidandes ekonomiska förlust. Det avgörande är att den skadelidandes rätt enligt konventionen blivit åsidosatt. Det bör inte finnas något hinder att ta upp en regel i SkL som kan tillämpas också till skydd för juridiska personer, förutsatt att lagtexten klargör att ersättningen bestäms på ett speciellt sätt i detta fall.

Att märka är att det ansvar för konventionsbrott som nu diskuteras bara gäller staten, medan skadeståndsskyldigheten enligt 3 kap. 2 § annars omfattar både staten och kommun. Bara staten kan bli direkt ansvarig på grund av brott mot internationella förpliktelser. Man kan emellertid också tänka sig att en kommun blir skadeståndsskyldig enligt SkL:s regler, när den genom fel eller försummelse åsidosatt en rättighet som garanteras av Europakonventionen. Det bör inte finnas några hinder att i nationell lag föreskriva att även kommun blir skyldig att utge ideellt skadestånd i ett sådant fall.⁹⁶ De garantier som konventionen innebär för de mänskliga rättigheterna bör gälla också kommuners handlande. Detta behöver inte innebära någon större belastning på kommunerna. För närvarande synes man visserligen inte göra någon skillnad mellan rättsliga felbedömningar av regeringen och av statliga eller kommunala myndigheter (jfr HD:s domskäl i NJA 2003 s. 285), men det kan inte anses nödvändigt att bedömningen är lika sträng när det gäller misstag av en kommun i fråga om Europakonventionens tolkning. I alla händelser bör en domstol vid en skälighetsbedömning av skadeståndets storlek kunna ta hänsyn till vissa kommuners bristande tillgång på juridisk och annan expertis. Och har ett statligt organ medverkat till den felaktiga bedömningen t.ex. genom brister i lagstiftningen eller i myndighetsföreskrifter bör återkrav vara möjligt mot staten, som då i regel blir solidariskt ansvarig för skadan jämte kommunen.

En särskild komplikation utgör regeln i 3 kap. 7 § SkL, som begränsar rätten att föra skadeståndstalan på grund av fel eller försummelse till beslut av regeringen, av riksdagen och av de högsta dömande instanserna; sådan talan – som enligt 3 kap. 10 §

⁹⁶ Jfr SOU 1997:194 s. 132 (liknande synpunkter beträffande brott mot EG-regler).

alltid skall väckas vid HD – får bara föras om beslutet upphävts eller ändrats. I annat fall skall en talan grundad på SkL avvisas, däremot inte utan vidare när inte SkL utan Europakonventionen åberopas (jfr NJA 2003 s. 217⁹⁷ och – om EES-avtalet – NJA 2004 s. 662). Talan skall då väckas vid tingsrätt.

Det är naturligt att en skadelidande som anser sig illa behandlad av myndigheterna åberopar dels ett konventionsbrott, dels fel eller försummelse av annat slag som skäl för ekonomiskt eller ideellt skadestånd. Att behandla talan olika beroende på den grund som anförs är komplicerat och kan ibland leda till otillfredsställande resultat – den skadelidande kanske inte får prövad den grund för talan som han själv anser väga tyngst. En regel som ger utvidgad rätt till ideellt skadestånd kommer att särskilt aktualisera de problem som begränsningarna i talerätten medför. Också forumreglerna utgör en komplikation.

Egentligen är dock situationen inte annorlunda än i dag; redan det nuvarande rättsläget ger anledning att överväga om talförbudet i 3 kap. 7 § bör slopas. Detta har också tidigare föreslagits av en utredning, under hänvisning till möjligheten att grunda talan på EG:s regler (SOU 1997:194), fast förslaget som nämnt inte ledde till lagstiftning (5.1 ovan). Den senare utvecklingen, då talan grundad på Europakonventionen fått större praktisk betydelse, kan ses som ytterligare skäl för en sådan reform. Av remissyttranden över betänkandet framgår emellertid att en sådan lagändring kan leda till åtskilliga tekniska komplikationer, Att nu lägga fram ett lagförslag med denna innebörd kräver ganska ingående överväganden utöver vad som förekom i 1997 års betänkande och ligger utanför utredningsuppdraget. Här skall bara framhållas att goda skäl talar för att åter ta upp den angivna frågan.

⁹⁷ HD antyder i domskälen att talan – trots att Europakonventionen åberopades – kunde bli delvis avvisad om den direkt grundades på fel av regering och riksdag. Något motsvarande uttalande om talan grundad på EES-avtalet förekommer inte i NJA 2004 s.662.

5.5 Lagändringar enligt detta alternativ

Det nu diskuterade alternativet innebär alltså att rättsläget efter 2005 års HD-dom skulle preciseras genom att 3 kap. 2 § skulle få förslagsvis denna lydelse (varvid hänsyn tas också till den lagändring som behandlats i avsnitt 4 ovan):

Om en skada vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vilken staten eller en kommun svarar, skall staten eller kommunen ersätta

1. personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada,

2. annan skada som någon lider genom att hans rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har åsidosatts, och

3. skada på grund av att någon allvarligt kränks genom angrepp på dennes person, frihet, frid eller ära.

I lagtexten talas inte om att av någons rättigheter enligt Europakonventionen har *kränkts*. Det finns anledning att reservera den termen för sådana personliga kränkningar som avses i 2 kap. 3 §. Ett lämpligare uttryck i detta sammanhang är "åsidosatts".

Om på detta vis en ny typ av ideellt skadestånd skulle införas, finns det skäl att också ändra bestämmelsen i 5 kap. 6 § SkL om hur ersättningen skall bestämmas. I de nu aktuella fallen bör, som framhållits i NJA 2005 s. 462, i stället Europadomstolens praxis vara en naturlig utgångspunkt, om också den inte behöver exakt följas. Bl.a. bör ersättning kunna ges när juridiska personers rättigheter enligt Europakonventionen blivit åsidosatta (se 5.4 ovan). Någon särskild bestämmelse torde inte behöva ges om detta.

I 5 kap. 6 § skulle alltså tas in ett nytt andra stycke, förslagsvis med lydelsen:

Ersättning som avses i 3 kap. 2 § 2 skall bestämmas efter vad som är skäligt med ledning av tillämpningen av artikel 41 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Enligt det sagda skulle tills vidare inte ske någon ändring i 3 kap. 7 § SkL och inte heller i forumreglerna i 3 kap. 10 §.

Den nu diskuterade ändringen i 3 kap. 2 § utesluter inte att talan förs direkt på grund av Europakonventionen i svensk domstol; som nämnt är detta möjligt redan i dag.⁹⁸ Lagförslaget kan därför inte anses inskränka den nämnda rätten till effektivt rättsmedel som framgår av artikel 13 i konventionen. – Några bestämmelser föreslås dock inte om sådan talan enligt detta alternativ.

5.6 Ett annat alternativ: en särskild regel om konventionsbrott

Som framgått är vissa invändningar tänkbara mot den nu diskuterade lagändringen, som – såvitt nu är i fråga – skulle lagfästa rättsläget efter 2005 års avgörande. Man kan fråga om den angivna lagtexten i tillräcklig grad ger uttryck för den särskilda bedömning som aktualiseras vid konventionsbrott. Det kan också synas anmärkningsvärt att uttrycket ”fel eller försummelse” skulle tolkas olika vid konventionsbrott av myndighet och vid lagstiftning i strid med konventionen. Även annars har de skadefall som den behandlar sådana särdrag att man kan sätta i fråga, om de bör regleras på samma sätt som andra skador vid myndighetsutövning. Det kan dessutom te sig otillfredsställande att – som här har skett – bara förutsätta att en talan direkt grundad på Europakonventionen är möjlig utan att ge närmare bestämmelser om denna talan.

Sådana synpunkter kunde motivera att en regel om ansvar för konventionsbrott togs upp i en särskild lag eller i varje fall i en särskild paragraf i SkL – närmast som 3 kap. 4 §, där den tidigare bestämmelsen är upphävd och plats finns för den nya regeln. I så fall kan det vara anledning att anknyta till artikel 41 i konventionen och alltså bara bestämma att skäligt skadestånd (enligt artikeln skälig gottgörelse) skall utgå; vidare bör 5 kap. 6 § också i detta fall hänvisa till tillämpningen av denna artikel. Man skulle

⁹⁸ Se de förut anförda fallen NJA 2003 s. 217 och (om EES-avtalet) NJA 2004 s. 662.

alltså liksom i konventionsregeln inte hålla isär ekonomiskt och ideellt skadestånd.⁹⁹ – Ansvar skulle alltså föreligga så snart en sådan överträdelse kan konstateras, oavsett om det förekommit fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Regeln skulle visserligen inta en särställning i SkL, som annars inte behandlar skadestånd oberoende av vållande, men sådana systematiska invändningar brukar inte väga särskilt tungt när det gäller att anpassa svensk lagstiftning efter den internationella utvecklingen.

Anser man att svensk skadeståndsrätt så nära som möjligt bör följa konventionen i denna del kan detta alternativ verka lämpligt. För detta kunde också tala att – som nyss påpekats – ett ansvar som direkt grundas på konventionsbrott bara gäller för staten, inte för kommunen. Har kommunen åsidosatt en rättighet enligt konventionen skulle den skadelidande få föra talan enligt 3 kap. 2 § SkL, och möjligheterna till skadestånd är då begränsad.

Ett problem blir emellertid också i detta fall hur lagregeln förhåller sig till bestämmelsen om lagprövning i 11 kap. 14 § RF. Om svensk lagstiftning skulle strida mot konventionen skulle det inte gälla något krav på uppenbart fel för ansvar, utan skadestånd skulle utgå så snart ett konventionsbrott kan konstateras. Det kan visserligen sägas att samma problem skulle uppkomma i dag vid talan på denna grund, men en lagstiftning i skadeståndsprågan ställer problemet på sin spets.

En möjlighet kunde vara att i lagtexten uttryckligen undanta skadeståndsanspråk på grund av felaktig lagstiftning; i detta fall skulle krävas uppenbart fel för skadeståndsskyldighet. En bestämmelse med detta innehåll skulle emellertid stå i strid med det synsätt som framgår av Europadomstolens praxis. Som förut nämnts har begränsningen till uppenbart fel i 11 kap. 14 § RF länge utsatts för kritik, varvid bl.a. åberopats att den är svår-förenlig med Europakonventionen och EG-rätten; det gör det ännu mera betänkligt att nu slå fast denna begränsning i en särskild lagbestämmelse. – Det kan tilläggas att det redan i dag

⁹⁹ Se härom Europadomstolens utläggningar i Zullo mot Italien (10.11.2004.).

kan finnas en rätt till ersättning på grund av grundlagsstridig lagstiftning, fast lagregeln inte kan åsidosättas; en skadelidande som saknar rätt till ersättning enligt lagen lär kunna åberopa ersättningsregeln i 2 kap. 18 § 2 st. RF oavsett om felet är uppenbart.¹⁰⁰ Det bör kunna accepteras att SkL ger utrymme för en liknande möjlighet när det är Europakonventionen som åberopas.

Övervägande skäl talar därför för att en regel om ansvar vid brott mot konventionsbrott inte skall innehålla något undantag för fel vid lagstiftning.

Också här uppkommer frågan om skadestånd skall utgå vid varje överträdelse, även av mera bagatellartat slag. Det kunde verka tilltalande att kräva att överträdelsen skall vara väsentlig eller allvarlig, men frågan är om detta inte inskränker rätten till skadestånd mer än vad som följer av konventionen. Eftersom regeln ger utrymme för en skälighetsbedömning bör det i alla händelser vara möjligt att låta skadeståndsansvaret reduceras eller falla bort i ringa fall – när skadan är bagatellartad och kanske även när överträdelsen är obetydlig. (Jfr 5.3 ovan.) I så fall är det överflödigt att även i 5 kap. 6 § hänvisa till skälighet i fråga om skadeståndets bestämmande. Däremot bör tillägget till den paragrafen ange att ersättningen skall bestämmas med ledning av Europadomstolens praxis beträffande artikel 41.

Man skulle i så fall kunna överväga följande lagtext i 3 kap. 4 §:

Om staten åsidosätter en enskilds rättighet enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, skall staten utge skäligt skadestånd till den skadelidande.

Bestämmelsen i 3 kap. 2 § skulle enligt detta alternativ inte innehålla någon särskild bestämmelse om skadestånd på grund av konventionsbrott.

Införs en särskild ansvarsregel på detta sätt i 3 kap. 4 § SkL uppkommer frågan om 3 kap. 7 § bör vara tillämplig även på talan enligt denna paragraf. Frågan har såtillvida praktisk betydelse som en underlåtenhet att anpassa lagstiftningen efter

¹⁰⁰ Se Lagrådet i prop. 1997/98:45 II s. 513 ff och även NJA 1989 s. 20.

konventionen ofta kan sägas bero på fel eller försummelse av regering eller riksdag. Grunden för talan utgör emellertid inte fel eller försummelse av någon instans som nämns i paragrafen, och man kan därför inte säga att den formellt skulle beröra frågan om konstitutionellt ansvar för regeringen. I alla händelser skulle en tillämpning av 3 kap. 7 § innebära en avsevärd begränsning av den skadelidandes möjligheter till skadestånd med anledning av ett konventionsbrott; möjligheten att få ett regeringsbeslut upphävt genom rättsprövning torde inte vara stor i de situationer som avses här, och i det vanliga fall då den återopade lagen antagits av riksdagen är det ännu svårare att få beslutet upphävt eller ändrat. I dag gäller inget motsvarande förbud mot talan grundad på konventionen. Som tidigare utvecklats är det över huvud taget tveksamt om 3 kap. 7 § bör behållas på sikt. Det verkar därför knappast motiverat att göra 3 kap. 7 § tillämplig på talan av detta slag.

I nära samband med denna fråga står forumfrågan. Ifall inte 3 kap. 7 § gäller måste man räkna med åtskilliga skadeståndskrav mot staten på grund av konventionsbrott – ibland av regering eller riksdag, någon gång genom beslut av HD eller RegR. En fråga blir då om sådan talan skall väckas i HD, enligt vad som föreskrivs i forumregeln i 3 kap. 10 § SkL om talan enligt 3 kap. 2 §. För närvarande gäller att talan grundad enbart på konventionen skall väckas vid laga domstol i tvistemål i allmänhet. Det kunde visserligen verka befogat att låta HD företa den kvalificerade prövning som ofta behövs för att konstatera konventionsbrott, men man bör vara försiktig med att belasta domstolen med mål som den måste pröva i första instans. För övrigt finns möjlighet att relativt snabbt få till stånd en prövning av principiellt viktiga frågor genom att tingsrätten utnyttjar möjligheten enligt 56 kap. 13 § RB att hänskjuta frågan till prövning av HD. Övervägande skäl talar för att inte heller göra 3 kap. 10 § SkL tillämplig på talan enligt 3 kap. 4 §. Någon ändring skulle då inte krävas i den förra paragrafen.

Som framgår skulle den diskuterade regeln i 3 kap. 4 § inte förutsätta fel eller försummelse för skadestånd. Också Europa-

domstolens tillämpning av art. 41 lär i de flesta fall vara mera generös än våra nationella regler om skadeståndets storlek. Föreligger konventionsbrott har den skadelidande därför begränsat intresse av att åberopa 3 kap. 2 § som skäl för ansvar. Gör han detta får han finna sig i att 3 kap. 7 § gäller – i varje fall tills denna paragraf upphävs.

Vissa invändningar kan tänkas också mot den nu skisserade lösningen. Detta alternativ går längre än den regel HD tillämpat i 2005 års fall genom att inte vållande, bara konventionsbrott behöver styrkas – en regel som framstår som särskilt tveksam vid ansvar för felaktig lagstiftning. Lösningen är svår att förena med gällande svenska rättsgrundsatser. Den innebär vidare att förutläggningarna för skadeståndsansvar och skadeståndets bestämmande skulle väsentligen bero av en tolkning av Europakonventionen och därför kunna förändras i och med Europadomstolens praxis. Det är ovanligt att på detta vis en svensk skadeståndsregel hänvisar helt till en internationell rättskälla. Även om möjlighet finns redan i dag att föra en sådan talan, kan man inte bortse från att en uttrycklig regel av detta innehåll kan uppmuntra skadelidande att åberopa brott mot ett antal rättighetsregler i konventionen på ett sätt som kan ställa till åtskilliga praktiska svårigheter för domstolar och myndigheter, när inte belysande avgöranden förekommit i Europadomstolen. Risken för detta ökar om staten inte kan åberopa 3 kap. 7 § som hinder för talan.

5.7 Slutsatser

Enligt det sagda kan argument framföras både för och emot dessa båda alternativa lösningar. Som framgår av det ovan sagda är inte något av de diskuterade alternativen helt invändningsfritt. Det verkar omöjligt att helt undvika konflikter med traditionella svenska rättsprinciper, bl.a. i fråga om lagprövning, när man vill uppfylla de krav som Europakonventionen ställer på den nationella rätten.

För det först diskuterade alternativet – alltså en ändring bara i 3 kap. 2 § SkL och 5 kap. 6 § – talar emellertid att konsekven-

serna är lättare att överblicka; det innebär ju endast en precisering av det rättsläge som uppkommit genom HD:s praxis. Den lagtext som läggs fram i promemorian bygger på detta alternativ. I en bilaga skall emellertid tas med författningstext med kommentar också till det senare alternativet – alltså med en ny regel om konventionsbrott tillagd i 3 kap. 4 §.

Man kan ställa frågan om något av de båda alternativen är tillräckligt för att tillgodose behovet av lagreglering av statens ansvar vid överträdelse av Europakonventionen; bl.a. kan diskuteras om inte ansvaret vid överträdelse av EG-rätten bör regleras samtidigt och en ändring av bestämmelserna i 3 kap. 7 och 10 §§ bör övervägas. Som redan framhållits skulle ett mera betydande ingrepp i det nuvarande rättsläget ligga utanför utredningsuppdraget. Skulle någon sådan reform komma i fråga, bör uppgiften lämnas åt en utredning med större resurser och mera kvalificerad sammansättning, där särskilda experter och eventuellt parlamentariker medverkar. Ett mera ingripande reformarbete kan dock väntas ta ganska lång tid. De förslag som här lagts fram bör gå snabbare att genomföra och skulle åtminstone tills vidare avhjälpa bristen på lagreglering om dessa frågor.

I förslaget till ny lydelse av 3 kap. 2 § 2 p. SkL talas om "hans" rättigheter. Anledningen är att SkL konsekvent använder "han" eller "hans" i sådana sammanhang, inte "han eller hon" ("honom eller henne"). Någon omredigering föreslås inte i denna promemoria. Om något sådant blir aktuellt skulle "han" i 2 kap. 4 och 5 §§ kunna ersättas med "skadevållaren", i 4 kap. 1 § med "arbetstagaren" och i 5 kap. 2 § 2 st. med "den avlidne". I 5 kap. 1 §, där "han" eller "hans" används

upprepade gånger, skulle en mera genomgripande omskrivning behövas för att lagtexten skall bli någorlunda lättläst.¹⁰¹

¹⁰¹ En möjlighet är: ”Ersättning för inkomstförlust motsvarar skillnaden mellan den inkomst som den skadelidande skulle ha kunnat uppbära, om *inte skadan inträffat*, och den inkomst som *han eller hon* trots skadan har eller borde ha uppnått eller *kan beräknas uppnå* genom sådant arbete som motsvarar *den skadelidandes* krafter och färdigheter och som rimligen kan begäras med hänsyn till *hans eller hennes* tidigare utbildning och verksamhet, omskolning eller annan liknande åtgärd samt ålder, bosättningsförhållanden och därmed jämförliga omständigheter.” Även detta alternativ är emellertid ganska svårläst. Det bästa vore en uppdelning på flera meningar (vilket dock knappast kan ses som en rent redaktionell omarbetning).

6 Kränkningers ersättnings storlek

6.1 Allmänt

I det föregående har framhållits att en lagstiftning om skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen bör föranleda en hänvisning till Europadomstolens praxis också då det gäller skadeståndets storlek. Också i övrigt kan särskilda problem komma upp i fråga om storleken av det ideella skadeståndet.

Enligt 5 kap. 6 § 1 st. SkL skall som nämnt ersättning för kränkning bestämmas efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet, varvid det nämnts en mängd omständigheter av olika slag som skall särskilt beaktas. Regeln tillkom år 2001, och sedan dess har domstolarna och brottsoffermyndigheten tagit ställning till dess tillämpning i en rad olika fall (se 2.5 ovan). Fast ersättningsnivån undan för undan höjts under denna tid, har denna praxis ibland kritiserats – särskilt i massmedia – för att inte vara tillräckligt generös mot brottsoffren. Även om kritiken inte sällan berott på missförstånd av rättsreglerna eller det diskuterade fallet, är det tydligt att det finns en viss opinion för höga skadestånd i dessa fall.

Det finns emellertid för närvarande ingen anledning att ändra den förhållandevis färsk lagregeln för att ytterligare höja nivån, oavsett om förutsättningar för kränkningers ersättning skulle ändras eller ej. Något sådant kunde bl.a. leda till denna ersättning höjdes över lag även vid tämligen obetydliga kränkningar; att detta är mindre lämpligt har redan framhållits (4.1 ovan). Man kan i alla händelser utgå från att utvecklingen i rättspraxis även utan lagändring undan för undan påverkas av vad som allmänt

anses som skälig ersättning i olika situationer; sådant har skett tidigare beträffande ideellt skadestånd (se bl.a. NJA 1991 s. 766).

Vad särskilt gäller kränkingsersättning till polis har Rikspolisstyrelsen i en skrivelse till regeringen tagit upp frågan om en översyn av Brottsoffermyndighetens hantering av sådana ersättningskrav (se 3.2 ovan). Efter HD:s plenumavgörande NJA 2005 s. 738, som innebar en generösare praxis i sådana fall, torde emellertid rättsläget ha ändrats. Argumentet, att en polis i sitt yrke får i högre grad än andra vara beredd på hotfulla och kränkande handlingar, har numera mindre tyngd än tidigare, något som kan väntas påverka också Brottsoffermyndighetens bedömningar. För närvarande synes framställningen därför inte böra föranleda några åtgärder från departementets sida.

Som omtalats i samma avsnitt har i en annan skrivelse till departementet frågan väckts om inte brottsskadeersättning borde utgå också vid grovt förtal, något som i dag inte är möjligt (se 2 § 2 st. brottsskadelagen). Även om omständigheterna kring förtalsbrottet kan variera, kan man hålla med om att vid vissa sådana brott det kan verka angeläget att trygga den skadelidandes behov av ersättning på detta sätt. Frågor om ändring av brottsskadelagen omfattas dock inte av utredningsuppdraget och skall inte närmare diskuteras här.

6.2 Särskilt om ersättning vid diskriminering

På en särskild punkt medför emellertid det nuvarande rättsläget problem, nämligen när det gäller förhållandet till skadestånd för diskriminering. Frågan har nyligen aktualiserats genom HD:s tidigare nämnda dom i restaurangfallet NJA 2006 s. 170 (se 2.6 ovan), där domstolen sänkte ett sådant skadestånd efter en jämförelse med ersättning för kränkning på grund av brott. Enligt domstolen borde ersättningen i diskrimineringsfall inte utan särskilt lagstöd avlägsna sig alltför långt från vad som gällde enligt SkL. Bedömningen har väckt invändningar bl.a. hos myndigheter med uppgift att motverka diskriminering, vilka nu fått ändra sin praxis. (Se om det sagda 2.6 ovan.)

I utredningsuppdraget framhålls att ideellt skadestånd vid diskriminering fyller en större preventiv funktion än inom den

allmänna skadeståndsrätten och att en sådan koppling till den allmänna skadeståndsrätten som HD gjort därför kan vara mindre lämplig. I uppdraget ingår att undersöka hur regleringen av det ideella skadeståndet vid diskriminering bör utformas så att skadeståndets preventiva funktion skall uppnås.

Såsom uppdraget får uppfattas, är inte avsikten att någon saklig ändring i gällande diskrimineringsregler skall utredas; en ny lagstiftning på området håller för övrigt på att övervägas i regeringskansliet (se betänkandet En sammanhållen diskrimineringslagstiftning, SOU 2006:22) som har remissbehandlats). Här blir frågan bara hur man närmare skall ange förhållandet mellan nuvarande och föreslagna regler om diskriminering å ena sidan, den allmänna skadeståndsrätten å andra sidan – något som kan få betydelse för rättstillämpningen på området.

Av det föregående framgår att domstolarna länge har varit ganska generösa när de bestämt skadeståndet vid kränkningar av detta slag, också i jämförelse med vad som på senare år utdömts vid allvarliga brott (se 2.6 ovan). Bl.a. anses ett allmänt skadestånd på grund av diskriminering böra bestämmas till högre belopp än inom arbetsrätten i övrigt.¹⁰² Tydligt har förhållandevis ännu högre ersättningar medgetts enligt träffade förlikningar. De invändningar som framförts mot HD:s något avvikande inställning på denna punkt har grundats främst på ändamålet bakom diskrimineringslagarna; man har menat att så låga skadestånd som domen innebär inte fyller den preventiva funktion som ansetts så väsentlig när EG-direktiven tillkom och i sådan grad betonats i de svenska förarbetena. Genom att HD jämfört med den kränkingsersättning som utgår vid våldtäkt och liknande allvarliga brott skulle det finnas risk att det ideella skadestånd som utdöms vid diskriminering över huvud taget kommer att hållas på en låg nivå i fortsättningen.

I vad mån sådana farhågor är motiverade kan diskuteras; den domstolspraxis som hittills förekommit pekar visserligen i denna riktning men utgör knappast något klart belegg för att HD:s dom medfört ett trendbrott. Man kan också ha delade meningar

¹⁰² Se AD 2005 nr 32.

om vilken utveckling som är lämplig i fråga om ideellt skadestånd. Kravet på att sådant skadestånd skall bestämmas till särskilt höga belopp vid diskriminering kan synas stämma mindre väl med den särskilda hänsyn till brottsoffren som i övrigt präglar svensk skadeståndslagstiftning. Från deras synpunkt – och för den stora allmänheten – måste det ofta framstå som överraskande eller rentav stötande om kränkningen genom ett allvarligt brott skulle värderas lägre än en kränkning genom diskriminering, särskilt när denna inte alls är kriminaliserad. Så länge som det är fråga om en arbetsrättslig specialreglering kunde kanske en avvikande bedömning vid diskriminering te sig acceptabel – arbetsrättens särdrag har ju gammal tradition i svensk rätt. Men som nämnts håller ett liknande synsätt på att breda ut sig till åtskilliga andra områden. Diskrimineringskommitténs förslag innebär en betydande utvidgning av möjlighet till skadestånd för diskriminering i olika sammanhang.

Å andra sidan är det naturligt att HD:s bedömning väckt invändningar med hänsyn till de särskilda överväganden som blivit aktuella vid diskriminering och betonats i EG:s direktiv i frågan. Det står klart att skadestånden i sådana sammanhang fyller en alldeles speciell funktion; de har ett annat ändamål än vanligt skadestånd, och de utgör ofta den enda preventiva sanktion som förekommer vid dessa kränkningar.

Över huvud taget är resonemangen olika vid de båda typerna av kränkning; frågan i vad mån ersättning bör utgå enligt reglerna i SkL skall sålunda åtminstone i princip bedömas objektivt,¹⁰³ medan det vid diskriminering är väsentligt hur den enskilde personligen upplever en åtgärd eller ett beslut.¹⁰⁴ Även i övrigt är det tveksamt i vilken utsträckning SkL:s principer är tillämpliga vid diskriminering, trots lagens generella syfte; särdragen i de olika diskrimineringslagarna skulle innebära att annat är ”särskilt föreskrivet” (1 kap. 1 §) i stället för SkL:s reglering även när detta inte direkt framgår av lagtexten. I vart

¹⁰³ Se Strömbäck i Bengtsson-Strömbäck, a.a. s. 288 f; jfr SOU 1992:84 s. 233, prop. 2000/01:68 s. 51 och Ruth Mannelqvist i JT 2005-06 s. 800 ff.

¹⁰⁴ Se prop. 2002/03:65 s. 97, 202 (trakasserier).

fall kan man anta att SkL:s bestämmelser får tillämpas på ett speciellt sätt när en diskrimineringslag åberopas.

Det står klart att diskrimineringslagstiftningen inte kräver vållande som förutsättning för ansvar och att för närvarande det vanligen endast utgår ideellt skadestånd även om diskrimineringen vållat ekonomisk skada.¹⁰⁵ Arbetstagaren undgår vidare direkt skadeståndsansvar mot den som han diskriminerat. Det är tveksamt hur den milda ansvarsregeln i 4 kap. 1 § SkL skall tillämpas om arbetsgivaren i sådana fall återkräver utgivet skadestånd från arbetstagaren; preventionshänsyn talar för en strängare bedömning än SkL utgår från.¹⁰⁶ Man kan också fråga i vad mån medvållande från den diskriminerades sida kan vara en grund för att nedsätta skadeståndet (jfr 6 kap. 1 §). Är det fråga om ideellt skadestånd grundas troligen en reduktion i stället på den allmänna regeln att skadeståndet bedöms efter skälighet (jfr AD 2002 nr. 128), något som för övrigt gäller också kränkingsersättning enligt SkL.¹⁰⁷ Däremot är det troligt att sådana allmänna skadeståndsrättsliga principer som kravet på adekvat kausalitet och det begränsade ansvaret för tredjemansskada tillämpas också enligt diskrimineringslagarna, möjligen med något avvikande innehåll.

Det bör också framhållas att en skadelidande under vissa förutsättningar kan föra talan *enligt SkL* om kränkingsersättning på grund av diskriminering, nämligen när skadeståndstalan grundas på brottet olaga diskriminering (16 kap. 9 § BrB). I så fall torde vanligen brottet utgöra ett en kränkning av den skadelidandes person, frid eller ära. Han kan då inte åberopa den förmånliga bevisregel som gäller enligt diskrimineringslagstiftningen. Skadeståndet bestäms genom tillämpning av 5 kap. 6 § SkL.

¹⁰⁵ Se prop. 2002/03:65 s. 159, 160, jfr s. 346.

¹⁰⁶ Jfr prop. 2002/03:65 s. 161, som hänvisar till SkL:s regler rörande förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.

¹⁰⁷ Se prop. 2000/01:68 s. 65 f. Märk att 6 kap. 1 § SkL inte nämner skadestånd för kränkning.

6.3 Möjliga lösningar

Det kan naturligtvis verka otillfredsställande med denna bristande konsekvens i fråga om ideellt skadestånd som enligt lagen skall utgå på samma grund – kränkning av den skadelidande. Utgår man från att diskrimineringsersättningen bör ha en högre nivå än vad som framgår av HD:s dom – något som i och för sig kan vara kontroversiellt, jfr nedan – finns det två utvägar för lagstiftaren.

Ett sätt är naturligtvis att *höja ersättningsnivån på grund av brott* så att de ter sig rimliga i förhållande till praxis vid diskriminering. I så fall kommer systemet att alltjämt te sig någorlunda konsekvent. Det skulle emellertid förutsätta lagändringar på området som klart markerade att ersättningsbeloppen enligt 5 kap. 6 § SkL skulle höjas. Som nyss framhålls bör något sådant inte komma i fråga för närvarande. Det kan tilläggas att det vore säreget med en ändring i SkL som väsentligen syftade till att en speciell form av skadestånd som reglerades i annan lag skulle få lämplig omfattning; något sådant stämmer illa med den traditionella inställningen till skadeståndsrätten och även med HD:s ståndpunkt i det nämnda avgörandet.

Den andra utvägen är att i största möjliga omfattning *frigöra de båda formerna av ersättning från varandra*; lagstiftningen skulle klart markera skillnaden mellan kränkingsersättning på grund av brott och ersättning för diskriminering. Till stöd för detta kan sägas att skadeståndet uppenbarligen fyller olika funktioner i dessa fall, åtminstone till en del. Vid brott har ett skadeståndsansvar för kränkning begränsad preventiv betydelse vid sidan av kriminaliseringen och avser framför allt att ge den skadelidande kompensation och upprättelse för den kränkande gärningen. Diskriminerande handlingar är däremot mindre ofta straffbelagda, och skadeståndet anses därför nödvändigt för att avhålla från förfaranden av detta slag. Skadestånd för diskriminering regleras i särskilda lagar, och som framgått skiljer sig reglerna på åtskilliga sätt från SkL:s regler.

Man kan dock inte begära att allmänheten, och ännu mindre brottsoffren, skall ha förståelse för denna olikhet i fråga om

skadeståndets syfte. De skilda resonemangen bör vara lättare att acceptera om man inte längre betecknar påföljden av kränkningen på samma vis utan ger ersättningen för diskriminering en annan beteckning och eventuellt också beskriver den på ett avvikande sätt. De aktuella direktiven kräver ju inte nödvändigtvis att sanktionen utgörs av skadestånd, bara att den är effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹⁰⁸

En tänkbar möjlighet kunde vara att konstruera påföljden som en *avgift*, bestämd efter vissa angivna normer som tar sikte på diskrimineringens mer eller mindre allvarliga karaktär. En sådan stel regel förefaller dock inte lämplig, bl.a. med tanke på att de enskilda fallen kan variera i hög grad och motivera att en mängd omständigheter av olika slag vägs in. Med hänsyn härtill måste det bli mycket svårt att konstruera lämpliga riktlinjer som gör avgiften till en proportionerlig påföljd för överträdelsen. Skadeståndssanktionen vid diskriminering har dessutom fungerat en längre tid, och det skulle innebära ett betydande ingrepp i rättsläget att ersätta den med en påföljd av helt annat slag. Utredningsuppdraget ger inte utrymme för att överväga något sådant.

6.4 En terminologisk ändring?

Det finns snarare anledning att behålla påföljdens huvudsakliga karaktär av ersättning för skada men frigöra den från allmänna skadeståndsregler genom att markera att den åtminstone delvis kan bestämmas efter andra principer än skadeståndet för kränkning enligt SkL. I så fall bör man använda en annan term för denna påföljd – förslagsvis *diskrimineringsersättning*. På detta sätt klargör man att det rör sig om två skilda sanktioner vilka inte bärs upp av samma ändamål.

En sådan ändring ger utrymme för domstolarna att – oberoende av HD:s praxis rörande skadestånd enligt SkL – bestämma ersättning för diskriminering på det sätt som anses bäst förenligt

¹⁰⁸ Se t.ex. artikel 15 i direktiv 2000/43/EG, artikel 17 i direktiv 2000/78/EG, artikel 8d i direktiv 2002/73/EG.

med lagstiftarens syfte. Detta skulle ytterligare underlättas om man tydligare än nu betonar diskrimineringsersättnings preventiva funktion i lagtexten; det innebär ett sådant lagstöd för en avvikande bedömning som HD berört i NJA 2006 s. 170. Höga ersättningsbelopp skulle inte på samma sätt som nu framstå som stötande, när det är en alldeles speciell ersättningsform som tillämpas. Samtidigt kan HD bestämma skadestånd på grund av kränkning enligt 5 kap. 6 § SkL utan att behöva ta hänsyn till vad som gäller vid diskriminering.

Vad som nu sagts synes stämma väl med Diskrimineringskommitténs inställning.¹⁰⁹ Närmast på tal om kränkande behandling i skolan framhålls att diskrimineringsfallens särart bör betonas och att det finns anledning att hålla fast vid den särskilt allvarliga synen på kränkningar kopplade till någots kön, könsidentitet, etniska eller religiösa tillhörighet, sexuella läggning, funktionshinder eller ålder. Av bl.a. dessa skäl föreslår kommittén att den nya diskrimineringslagen bara avser diskriminering, inte annan kränkning. Uttalandena tar visserligen inte sikte på kränkningar genom allvarliga brott, och avsikten lär inte vara att förringa behovet av skadeståndet i dessa fall, men inte desto mindre ger de stöd för tanken att diskrimineringsersättningen bör få en särställning i förhållande till vanligt skadestånd även då det gäller förhållanden utom skolan.

Frågan om den diskuterade reformen är lämplig bygger naturligtvis till en del på värderingar, framför allt vilken vikt man tillmäter diskrimineringsersättnings preventiva funktion i förhållande till den reparativa och upprättande funktion som skadeståndet till brottsoffer obestridligen har. Det föregående innebär bara att en teknisk lösning anvisats att särskilt tillgodose den förra synpunkten. Men oavsett hur man i övrigt värderar skälen för och emot en lagändring kan den motiveras med systematiska skäl: diskrimineringsersättningen är ett så särpräglat och främmande inslag i skadeståndsrätten att den lämpligen bör hänvisas till ett civilrättsligt specialområde redan genom lagstiftningens utformning. Lagstiftarens särskilda intentioner med denna

¹⁰⁹ Se SOU 2006:22 del 1 s. 228 ff.

ersättning skulle då bättre komma till sin rätt, och man undgår konflikter med allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Av sådana skäl innehåller promemorian förslaget att i de lagrum som talar om skadestånd för kränkning genom diskriminering i stället skall användas uttrycket diskrimineringsersättning. I sak skulle ingen ändring ske i diskrimineringslagstiftningen. Möjligheten att kräva skadestånd bestämt enligt SkL på grund av brottet olaga diskriminering skulle behållas, varvid förutsättningarna för ansvar och skadeståndets storlek skulle följa SkL:s regler.

Lämpligen bör en sådan reform komma till stånd samtidigt med att en sammanhållen diskrimineringslagstiftning genomförs i enlighet med förslaget i SOU 2006:22. Den lagtext som föreslås i promemorian bygger på betänkandets förslag till lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering. I 2 kap. 24 § av den föreslagna lagen skulle sålunda sägas:

Om en arbetsgivare bryter mot förbuden mot diskriminering i 17 eller 19 § eller repressalier i 21 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 22 § skall arbetsgivaren betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som detta innebär och *ersätta* den förlust som uppkommer.

När diskrimineringsersättningen bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det finns särskilda skäl kan *ersättningen* sättas ned eller helt falla bort.

I den föreslagna 3 kap. 30 §, som omfattar skadestånd bl.a. för den som bryter mot diskrimineringsförbuden i fråga om utbildning, arbetsmarknadspolitisk verksamhet, start eller bedrivande av näringsverksamhet, arbetslöshetsförsäkring, hälso- och sjukvården och varor tjänster och bostäder, skulle en motsvarande ändring ske. Enligt kommitténs förslag är skadeståndsbestämelsen tillämplig även när en privatperson bryter mot förbudet mot diskriminering i fråga om varor, tjänster och bostäder. En annan konsekvens av kommitténs förslag är att skadestånd också skall kunna utgå till juridiska personer. Vidare skulle vissa följdändringar behövas i 2 kap. 29 och 32 §§.

6.5 Alternativa lagändringar

Skulle inte en sammanhållen diskrimineringslagstiftning genomföras i enlighet med kommitténs betänkande, blir det aktuellt med en rad ändringar i nu gällande diskrimineringslagar, alla av samma karaktär som angetts i fråga om kommittéförslaget. Det blir alltså bara fråga om en terminologisk förändring, ingen ändring i sak. Exempelvis 16 § i lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering skulle få följande lydelse:

Den som diskriminerar någon på ett sätt som är förbjudet enligt denna lag skall betala *diskrimineringsersättning till denne*. Om en arbetstagare diskriminerar någon skall *ersättningen* betalas av den som har arbetstagaren i sin tjänst.

Man kan sätta i fråga om någon motsvarande ändring skall göras i 17 § samma lag, eftersom repressalier inte i och för sig är en form av diskriminering. De har emellertid sådant samband med den förbjudna diskrimineringen att det för enkelhetens skull finns skäl att ändå kalla skadeståndet för diskrimineringsersättning.

I 18 § bör tilläggas ett första stycke och paragrafen i övrigt omformuleras på detta vis:

När diskrimineringsersättning enligt 16 eller 17 § bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det är skäligt kan *diskrimineringsersättningen* sättas ned eller falla bort.

På motsvarande sätt bör andra lagrum av samma innehåll ändras. Någon genomgång av dessa skall inte göras här.

En komplikation bör emellertid nämnas beträffande skadestandsreglerna i 2006 års lag om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever. För närvarande tar dessa bestämmelser sikte dels på diskriminering, dels på annan kränkning. Diskrimineringskommittén föreslår visserligen att lagens regler om annan kränkning än diskriminering överförs till skollagen,¹¹⁰ men om inte detta förslag skulle genomföras

¹¹⁰ Se SOU 2006:22, del I s. 228 f.

finns det anledning att ändra 15 § i 2006 års lag. Paragrafen kan utformas så:

Om *diskriminering förekommit i strid med 9–12 §§*, skall huvudmannen betala *diskrimineringsersättning till* barnet eller eleven och ersätta annan skada som orsakats av *diskrimineringen*. När *diskrimineringsersättning bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett*.

Om 6, 7, 8, 13 eller 14 § *åsidosätts*, skall huvudmannen dels betala skadestånd till barnet eller eleven för kränkning, dels ersätta annan skada som har orsakats av *åsidosättandet*. Skadestånd för kränkning utgår dock inte om kränkningen är ringa.

Om det finns särskilda skäl, kan *diskrimineringsersättningen eller skadeståndet för kränkning sättas ned eller falla bort*.

I detta fall, där repressalier inte nödvändigtvis behöver avse utredning i samband med diskriminering, kan det vara anledning att på sätt som framgår av förslaget behålla termen skadestånd som påföljd för förfarandet.

Lagens regler om bevisbörda i 18 och 19 §§ bör kunna behållas. I 21 § finns det anledning att nu tala om ”mål om *diskrimineringsersättning eller skadestånd enligt 9, 10, 12 eller 14 §*”.

I promemorians författningsförslag tas endast upp ändringen i den föreslagna lagen om förbud och andra åtgärder mot diskriminering.

7 Författningskommentar

3 kap. 2 § skadeståndslagen

Om en skada vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vilken staten eller en kommun svarar, skall staten eller kommunen ersätta

- 1. personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada,*
- 2. annan skada som någon lider genom att hans rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna åsidosätts, och*
- 3. skada på grund av att någon allvarligt kränks genom angrepp på dennes person, frihet, frid eller ära.*

Paragrafen har omredigerats i samband med att andra punkten tillagts och den bestämmelse som nu står i tredje punkten fått ny lydelse.

Bestämmelsen i andra punkten innebär att både ekonomiskt och ideellt skadestånd kan utgå vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning, om detta innebär en överträdelse av Europakonventionen. Motivering finns i avsnitt 5. Som framgår av avsnitt 5.2 är meningen att uttrycket ”fel eller försummelse” i dessa fall skall tolkas fördragskonformt, vilket innebär en strängare vållandebedömning än i andra sammanhang. När det gäller lagstiftning, torde dock liksom vid andra rättsliga felbedömningar det böra krävas uppenbart fel för skadeståndsansvar. I den nya bestämmelsen i 5 kap. 6 § 2 st. regleras hur ideellt skadestånd skall bestämmas vid överträdelse av

Europakonventionen. Något hinder finns inte att utdöma ideellt skadestånd av detta slag till juridiska personer.

Regeln om ideellt skadestånd i andra fall, när varken personskada eller överträdelse av Europakonventionen föreligger, har nu upptagits i paragrafens tredje punkt. Av skäl som framgår av avsnitt 4.7 har den fått ny lydelse, som innebär att vid myndighetsutövning det kan utgå ersättning också vid kränkningar som inte är kriminaliserade, om kränkningen utgör ett angrepp på någons person, frihet, frid eller ära. Det är alltså fråga om kränkningar av samma slag som behandlas i 2 kap. 3 § SkL. Ersättning kan enligt paragrafen utdömas vid fel eller försummelse som inte innebär straffbart tjänstefel men ändå utgör en allvarlig kränkning. Rörande bedömningen vilka kränkningar som avser person, frihet, frid och ära och vad som är en allvarlig kränkning kan hänvisas till gällande rätt; se vidare avsnitt 4.7 och 4.8.

Bestämmelsen innehåller alltså regler om ideellt skadestånd av två olika slag (frånsett vad som utgår vid personskada): dels på grund av att rättigheter enligt Europakonventionen åsidosatts, dels när någon kränkts genom angrepp på någons person, frihet, fred eller ära. Det kan tänkas att ett handlande kan medföra skadeståndsskyldighet på båda dessa grunder – genom konventionsbrott berövas t.ex. någon friheten. Ibland kan det vara skäl att utdöma särskilt skadestånd för dels konventionsbrottet, dels den personliga kränkningen, men man kan också döma ut ett gemensamt belopp för den ideella skada som uppkommit.

5 kap. 6 § skadeståndslagen

Skadestånd med anledning av kränkning bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Därvid skall särskilt beaktas om handlingen

1. haft förnedrande eller skändliga inslag,
2. varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa,
3. riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet,

4. inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller

5. varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.

Ersättning som avses i 3 kap. 2 § 2 skall bestämmas efter vad som är skäligt med ledning av tillämpningen av artikel 41 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Den som har gjort sig skyldig till ärekränkning eller dylik brottslig gärning eller som annars är skadeståndsskyldig med anledning av sådant brott kan på yrkande av den kränkte i mål om gärningen efter omständigheterna åläggas att bekosta tryckning i en eller flera tidningar av dom i målet.

Bestämmelsen har motiverats i avsnitt 5.5. Enligt det nya andra stycket skall skadeståndet bestämmas efter en skälighetsprövning med ledning av Europadomstolens praxis; det krävs inte att denna följs helt och hållet, utan man kan ta hänsyn exempelvis till arten av den åsidosatta rättigheten, hur överträdelsen ter sig i belysning av svensk rättsuppfattning och olika omständigheter i det särskilda fallet. Är konventionsbrottet obetydligt kan skadeståndet helt falla bort, om inte detta står i klar strid med Europadomstolens inställning.

2 kap. 24 § lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

Om en arbetsgivare bryter mot förbuden mot diskriminering i 17 eller 19 § eller repressalier i 21 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 22 § skall arbetsgivaren betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning detta innebär och *ersätta* den förlust som uppkommer.

När diskrimineringsersättningen bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det finns särskilda skäl kan *ersättningen* sättas ned eller helt falla bort.

Ändringen avser diskrimineringskommitténs förslag i SOU 2006:22. Den har motiverats i avsnitt 6.3. Någon saklig ändring i förhållande till kommittéförslaget är inte avsedd. Det nya andra stycket innebär bara att man vid bestämmandet av diskrimineringsersättningen skall ta särskild hänsyn till det syfte som lagens ersättningsregler bygger på.

Med diskrimineringsersättning avses den ideella ersättning som utgår på grund av kränkningen, inte ersättningen för ekonomisk förlust.

2 kap. 29 § lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

Om någon för talan med anledning av en uppsägning eller avskedande skall följande bestämmelser i lagen (1982:80) om anställningsskydd tillämpas:

- 40 § om tidsfrist för talan om ogiltigförklaring,
- 41 § om tidsfrist för talan om skadestånd eller andra fordringsanspråk, och
- 42 § om förlorad talerätt på grund av preskription.

Om någon för någon annan talan än som avses i första stycket skall följande bestämmelser i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet tillämpas:

- 64 § om tidsfrist för påkallande av förhandling,
- 65 § om tidsfrist för väckande av talan,
- 66 § om förlängd tidsfrist för den som inte företräds av en arbetstagarorganisation, med den skillnaden att den tidsfrist som anges i 66 § första stycket första meningen skall vara två månader, och
- 68 § om förlorad talerätt på grund av preskription.

Om talan rör *ersättning* med anledning av ett anställningsbeslut som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning, räknas tidsfristerna enligt andra stycket från den dag då anställningsbeslutet vann laga kraft.

Paragrafen har bara ändrats genom att ”skadestånd” i sista stycket bytts ut mot ersättning.

2 kap. 32 § lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

Talan om *ersättning* med anledning av ett beslut om anställning som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning får inte prövas innan anställningsbeslutet har vunnit laga kraft.

Också i denna paragraf har bara den ändringen skett att ”skadestånd” bytts ut mot ”ersättning”.

3 kap. 30 § lag om förbud och andra åtgärder mot diskriminering

Den som bryter mot förbuden mot diskriminering i 10–24 §§ eller repressalier i 26 § eller underlåter att fullgöra sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier enligt 27 och 28 §§ skall betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som detta innebär och *ersätta* den förlust som uppkommer.

När diskrimineringsersättningen bestäms skall särskilt beaktas syftet att motverka sådan diskriminering som har skett.

Om det finns särskilda skäl kan *ersättningen* sättas ned eller helt falla bort.

Om en arbetstagare diskriminerar någon eller utsätter någon för repressalier skall *ersättningen* betalas av den som har arbetstagaren i sin tjänst.

Paragrafen har ändrats på samma sätt som 2 kap. 24 § samma lag. Här kan hänvisas till kommentaren till den regeln.

Bilaga 1 Promemorian om utredningsuppdraget

Uppdrag angående skadestånd för kränkning och vid diskriminering

Enligt skadeståndslagen skall den som allvarligt kränker någon annan genom ett brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Kravet på brottslig handling som grund för kränkningens ersättning har varit föremål för diskussion under lång tid. I propositionen Ersättning för ideell skada (prop. 2000/01:68) gjordes bedömningen att kravet inte borde upphävas i det sammanhanget. Viss kritik har emellertid även därefter riktats mot den nuvarande kopplingen till vissa brott. Det finns, mot denna bakgrund, anledning att ånyo överväga om det bör göras några ändringar i reglerna om skadestånd för kränkning.

En särskilt angelägen fråga har uppkommit med anledning av ett avgörande från Högsta domstolen den 28 mars 2006 (NJA 2006 s. 170). Domstolen har däri tagit ställning till hur stort ideellt skadestånd som bör utgå till den som blivit diskriminerad i samband med tillhandahållande av varor, tjänster eller bostäder. Domstolen har i sitt avgörande gjort vissa jämförelser med de ersättningsnivåer som tillämpas vid ersättning för kränkning enligt skadeståndslagen och därvid uttalat att, utan särskilt lagstöd, så bör ersättning för kränkning i ett fall som det nu föreliggande inte fjärmast alltför mycket från de ersättningsnivåer som gäller när skadestånd döms ut enligt skadeståndslagen.

För att ge diskrimineringsförbuden på alla samhällsområden ett verksamt genomslag fordras att skadeståndsnivåerna är

sådana att de verkar avhållande. Om det skall kunna uppnås är den koppling till ersättningsnivåerna inom den allmänna skadeståndsrätten, som Högsta domstolen i det refererade fallet anser att gällande rätt leder till, mindre lämplig.

Det skall därför undersökas hur regleringen av det ideella skadeståndet vid diskriminering och andra överträdelse av diskrimineringslagarna bör utformas, så att skadeståndets preventiva funktion kan uppnås.

Det skall samtidigt övervägas om det är lämpligt att i övrigt göra några ändringar i de regler som gäller skadestånd för kränkning. Härvid skall särskilt beaktas om den nuvarande kopplingen till brottslig gärning i skadeståndslagen bör förändras samt vad som bör gälla beträffande skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (jfr NJA 2005 s. 462).

Författningsförslag kan lämnas.

Uppdraget skall redovisas senast den 31 december 2006.

Bilaga 2 Kommentrar till den alternativa lagtexten

3 kap. 2 § skadeståndslagen

Staten eller en kommun skall ersätta

1. personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar, och

2. skada på grund av att någon annan *allvarligt* kränks genom fel eller försummelse vid sådan myndighetsutövning, *om kränkningen avser dennes person, frihet, frid eller ära.*

Andra punkten i paragrafen har fått ny lydelse, av skäl som framgår i avsnitt 4.7. Här kan hänvisas till kommentaren till 3 kap. 2 § 3 p. i den bestämmelse som utredningen i första hand föreslår.

3 kap. 4 § skadeståndslagen

Om staten åsidosätter en enskilds rättighet enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, skall staten utge skäligt skadestånd till den skadelidande.

Paragrafen innehåller en ny regel om ansvar för konventionsbrott. Den har närmare motiverats i avsnitt 5.6. Som framgår där krävs inte fel eller försummelse för att skadestånd skall utgå; det räcker att överträdelse av konventionen kan konstateras. Av

avgörande betydelse blir här Europadomstolens praxis. Något krav på väsentligt konventionsbrott uppställs inte heller, men när det talas om skäligt skadestånd innebär det att skadeståndet kan falla bort eller reduceras vid vissa bagatellartade överträdelser av konventionen – antingen därför att skadan är obetydlig eller därför att överträdelsen framstår som ursäktlig. Europadomstolen har kanske fastslagit rättsläget först efter den kritiserade lagstiftningen eller domen och efter tvekan. Ibland kan en skadelidande anses tillräckligt gottgjord på annat vis (jfr 5.3 ovan och från Norge NRt 2001 s. 428, NRt 2003 s. 1671). Frågan blir i vad mån staten rimligen bör anses skadeståndsansvarig med hänsyn till sådana omständigheter. – I enlighet med Europadomstolens praxis bör man inte strikt hålla isär ekonomiskt och ideellt skadestånd; det kan finnas anledning att döma ut ett belopp som täcker skada av båda slag, normalt inte mindre än den ekonomiska förlusten.¹¹¹

Vad som är skäligt skadestånd framgår av den föreslagna regeln i 5 kap. 6 § 2 st. SkL. Europadomstolens praxis får också på denna punkt väsentlig betydelse, även om den inte helt behöver följas.

Talan skall väckas vid tingsrätt enligt allmänna forumregler. Bestämmelsen i 3 kap. 7 § är inte tillämplig; om den skadelidande åberopar att han eller hon kränkts av ett beslut av regeringen eller en dom av HD eller RegR fordras alltså inte att beslutet eller domen har upphävts eller ändrats.

5 kap. 6 § skadeståndslagen

Skadestånd med anledning av kränkning bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Därvid skall särskilt beaktas om handlingen

1. haft förnedrande eller skändliga inslag,
2. varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa,

¹¹¹ Jfr Zullo mot Italien (10.11.2004.).

3. riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet,

4. inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller

5. varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.

Ersättning som avses i 3 kap. 4 § skall bestämmas med ledning av tillämpningen av artikel 41 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Den som har gjort sig skyldig till ärekränkning eller dylik brottslig gärning eller som annars är skadeståndsskyldig med anledning av sådant brott kan på yrkande av den kränkte i mål om gärningen efter omständigheterna åläggas att bekosta tryckning i en eller flera tidningar av dom i målet.

Andra stycket är nytt. Här kan hänvisas till kommentaren till samma stycke i det förslag som läggs fram i första hand. Att skadeståndet skall bestämmas efter en skälighetsprövning framgår redan av den bestämmelse i 3 kap. 4 § som skulle införas enligt detta alternativ.

Departementsserien 2007

Kronologisk förteckning

1. Preskription vid allvarliga brott. Ju.
2. Frågan om fortsatt giltighet av 1952 års tvångsmedelslag och lagen om hemlig kameraövervakning. Ju.
3. Annonstid i radio och TV. Ku.
4. Arbetsutbud och sysselsättning bland personer med utländsk bakgrund. En kunskapsöversikt. Fi.
5. Påföljder för psykiskt störda lagöverträdare. Ju.
6. Internationell insolvens – en diskussionspromemoria. Ju.
7. Vissa frågor i stiftelselagen, m.m. Ju.
8. Skydd mot fel och obestånd inom bostadsbyggandet. M.
9. Ett uppföljningssystem för barnpolitiken. Slutrapport från arbetsgruppen med uppgift att utveckla indikatorer för barnpolitiken. S.
10. Skadeståndsfrågor vid kränkning. Ju.

Departementsserien 2007

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Preskription vid allvarliga brott. [1]
Frågan om fortsatt giltighet av 1952 års
tvångsmedelslag och lagen om hemlig
kameraövervakning. [2]
Påföljder för psykiskt störda lagöverträdare. [5]
Internationell insolvens
– en diskussionspromemoria. [6]
Vissa frågor i stiftelselagen, m.m. [7]
Skadeståndsfrågor vid kränkning. [10]

Socialdepartementet

- Ett uppföljningssystem för barnpolitiken.
Slutrapport från arbetsgruppen med uppgift
att utveckla indikatorer för barnpolitiken. [9]

Finansdepartementet

- Arbetsutbud och sysselsättning bland personer
med utländsk bakgrund.
En kunskapsöversikt. [4]

Kulturdepartementet

- Annonstid i radio och TV. [3]

Miljödepartementet

- Skydd mot fel och obestånd inom bostads-
byggandet. [8]