

# Kritik mot kränkningensbegreppet

Av jur. dr MÅRTEN SCHULTZ<sup>1</sup>

*Skadeståndsrättens uppgift är att ge en skadad möjlighet att erhålla ersättning från den som ansvarar för skadan. Skadeståndsrätten syftar däremot inte till att bestraffa skadevällaren — och inte heller till att skuldbelägga gärningar. I denna beskrivning ligger en fundamental skillnad mellan skadeståndsrätten och straffrätten. Men det finns ett skadeståndsrättsligt begrepp som inte passar in i denna beskrivning, ett begrepp som placerats i ett skadeståndsrättsligt sammanhang men som inte hör hemma där. Kränkningensbegreppet. Vid närmare granskning framträder kränkningensbegreppet, som det har utvecklats, som en svårsmältbar anomali i skadeståndssystemet. I artikeln kritiseras kränkningensbegreppet utifrån fem olika argument. Slutsatsen är att kränkningensbegreppet i sin nuvarande tappning är i grunden felkonstruerat och borde överges.*

## Inledning

I skadeståndsrätten är det offret som står i fokus, inte gärningen, inte gärningsmannen. Denna karakteristik illustrerar en fundamental skillnad mellan skadeståndsrätten och straffrätten<sup>2</sup> och denna skillnad mellan två juridiska discipliner återspeglar i sin tur en fundamental skillnad mellan skilda rättspolitiska målsättningar: Att korrigeras den skada som offret drabbas av respektive att bestraffa den som ansvarar för en sådan skada.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Jur dr. Verksam som forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law. Jag tackar Bertil Bengtsson, Jan Kleineman och Fredric Korling för värdefulla kommentarer. Efter att denna artikel färdigställts har jag tagit del av två artiklar som har vissa beröringspunkter med den förevarande. Bertil Bengtsson skriver i det kommande numret av Nordisk Försäkringstidskrift om kränkning och diskriminering och framför där till viss del liknande kritik som tas upp (om än i mindre polemiska ordalag). Sandra Friberg har skrivit en rättsfallskommentar till det rättsfall som nedan presenteras under rubriken ”Det senaste HD-avgörandet” i Juridisk tidskrift, 1/2007–08, som jag fick del av för sent för att kunna beakta.

<sup>2</sup> Se för en mer fullödig teoretisk jämförelse mellan skadeståndsrättens och straffrättens och karakteristika, och deras värdebaser, Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law*, Cambridge 1999, s. 135 ff.

<sup>3</sup> Det finns dock några författare som menar att även skadeståndsrätten har, kan ha eller bör ha även retributiva (besträffande) funktioner. Den bästa teoretiska undersökningen av detta är Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 *Tennessee Law Review*, s. 177 ff. (2005–06). Perrys deskriptiva ambitioner är som titeln visar inskränkt till common law, men artikelns allmänna undersökning av förhållandet mellan retributiva rättviseideal och skadeståndsrätten är intressanta även för oss som inte är verksamma i en angloamerikansk juridisk miljö. I svenska sammanhang diskuteras ibland skadeståndets möjliga besträffande funktioner, inte sällan under svepande hänvisningar till ”punitive damages” i den amerikanska skadeståndsrätt. Punitive damages, som kan översättas med besträffande skadestånd, anses ibland även i en amerikansk kontext ligga på sätt och vis mellan skadeståndsrätten och straffrätten, se David G. Owen, *The Moral Foundations of Punitive Damages*, 40 *Alaska Law Review* (1988–1989), s. 705 ff. Besträffningen som det besträffande skadeståndet skall

Det finns emellertid ett skadeståndsrättsligt begrepp som inte passar in i denna karakteristik, ett begrepp som placerats i ett skadeståndsrättsligt sammanhang men som inte hör hemma där. Kränkningensbegreppet fokuserar inte på offret utan på gärningsmannen. Inte heller kan kränkningensbegreppet förstås utifrån grundtanken om skadeståndets korrigerande funktion. Det syftar till att åstadkomma något annat, något — som vi skall se — diffust och svårförståeligt mål.

Andå är begreppet både populärt och framgångsrikt. Kränkningsskadeståndet hör till skadeståndsrättens mest expansiva områden. Kränkningsskadeståndet har varit föremål för jämförelsevis intensivt lagstiftarintresse.<sup>4</sup> Skadestånd för kränkning tillhör de mest omtalade ämnena i media.<sup>5</sup> Utvecklingen är tydlig: Kränkningsskadestånd kan

åstadkomma brukar i sin tur ibland, men inte alltid, legitimeras genom preventionensargument. (För intressanta reflektioner om förhållandet mellan prevention och retribution, se t.ex. Ripstein, i föregående not a.a.s. 142 ff.) Den federala Högsta domstolen beskrev således punitive damages på följande sätt. "They are not compensation for injury. Instead, they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence." (Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 US 323, 350 (1974)). Det är i hög grad punitive damages som gett upphov till olika amerikanska domslut som från svensk horisont betraktas som överdrivna, dock i allmänhet utan att de som beskyller den amerikanska skadeståndsrätten för att vara överdriven faktiskt läst rättsfallen. Rättssociologiska och andra empiriska studier visar på en annan bild av den "amerikanska" skadeståndsrätten, se t.ex. William Haltom och Michael McCann, *DisTorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis*, Chicago 2004. (Faktum är att de understundom alarmistiska diskussioner som förs om skadeståndsrättens amerikanisering i mina öron låter som juridisk orientalism — uttryck för fördomsfulla och klenk underbyggda föreställningar om ett främmande rättssystem. Se vidare Mårten Schultz, Berättelsen om Stella och andra myter om amerikansk skadeståndsrätt, *Nordisk Försäkringstidskrift* 4/2007, under utgivning) Redan uttrycket "amerikansk skadeståndsrätt" riskerar f.ö. att bli missvisande eftersom det finns betydande skillnader mellan olika delstater. Haltom och McCann visar att de stora punitive damages-skadestånden i realiteten är ovanliga i amerikanska domstolar och det förekommer att domstolar intar en helt avisande hållning till tanken på det bestraffande skadeståndet över huvud taget. En tidig och berömd kritik mot doktrinen kom från Högsta domstolen i New Hampshire som inte skrädde orden: "The idea is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of law", Fay v. Parker, 53 N.H. 342, 382 (1873). I svensk rätt har tanken om skadeståndets bestraffande funktioner sällan aktualiserats. I viss mån kan kanske skadeståndet i förtalsmål ibland antas fylla sådana funktioner, i vart fall om bestraffningsaspekten kopplas samman med skadeståndets preventiva funktion, se t.ex. domskälen i NJA 1994 s. 637 (det pornografiska montaget) och kommentarerna i Hans-Gunnar Axberger, Åra och integritet, *Juridisk tidskrift* 1994–95, s. 716 ff. Å andra sidan ser man inte mycket av sådana argument i de förtalsavgöranden som kommit från HD efter 1994 år fall. (Se t.ex. NJA 2003 s. 567, Schyman-målet.) Vidare kan vissa sådana tendenser kanske skönjas bakom diskrimineringskadestånden, men i NJA 2006 s. 170 — det första fallet enligt de nya diskrimineringskadeståndsreglerna — kan Högsta domstolen knappast ha sägas beaktat sådana aspekter (skadeståndets funktioner nämns inte i HD:s domskäl). Punitive damages-tanken har således knappast så mycket till stöd i den allmänna, svenska skadeståndsrätten och det finns således inte mycket som talar för att vi kan hitta några bryggor mellan skadeståndsrätten och straffrätten i sådana funktionsargument. Se vidare för några angränsande synpunkter Jan Kleineman, Jan Kleineman, *Skadeståndsrättens tillväxt — ett samhällsproblem eller en rättvisefråga*, SvJT 2003, s. 319 ff., på s. 331.

<sup>4</sup> Se främst prop. 2000/01:68.

<sup>5</sup> Se för några exempel på detta Karl Dahlstrand, *Den anomiska rätten*, Lund 2007, s. 10 f.

utgå i fler situationer än tidigare.<sup>6</sup> Ersättningsbeloppen för kränkning har ökat.<sup>7</sup> Skadeståndsregler rörande kränkning har även börjat inflyta i olika typer av speciallagstiftning.<sup>8</sup> Det var en kränkningssituation som senast fick Högsta domstolen att sitta i plenum och pleniavgörandet gav upphov till viktiga principiella frågeställningar.<sup>9</sup>

Kränkningens framfart i skadeståndsrätten har en pendang i dess användning i vardagsspråket. Det har i en nyligen framlagd departementspromemoria noterats att användningen av uttrycket kränkning i vardagligt tal kommit att omfatta allt fler typer av oönskade behandlingar. Det sägs till och med att uttrycket kränkning används ”ofta så snart någon blir upprörd på egna eller närståendes vägnar.”<sup>10</sup> Kanske finns det en växelverkan här, mellan vardagsspråk och det juridisk-tekniska bruket av termen. Denna urvattning av begreppet kränkning som i vart fall departementspromemorians författare konstaterade kan ha bidragit till att det uppfattas som ett sådant praktiskt begrepp *inom* juridiken — det har blivit tillräckligt omfattande för att kunna användas för vitt skilda typer av beteenden, som det anses finnas rättspolitiskt vägande skäl för att skadeståndssanktionera.<sup>11</sup> Det är ju praktiskt med begrepp som öppnar dörren på vid gavel för rättspolitiska ställningstaganden. Det är inte så *förutsebart* kanske, men det är praktiskt.

Priset för pragmatismen är dock för högt. Begreppet har blivit en amöbalik företeelse som används för vad som i praktiken är vitt skilda syften. Dessutom är begreppet illa konstruerat. Det bygger på inre

<sup>6</sup> Se för ett tydligt fall av utvidgning av ansvaret NJA 2005 s. 738 (ofredande — bespottad polis). Se vidare för några kränkingsbedömningar i senare HD-praxis rörande olika brottstyper NJA 1990 s. 186 (våld mot tjänsteman), NJA 1991 s. 766 (försök till mord), NJA 1994 s. 637 (förtal), NJA 1997 s. 315 (vållande till kroppsskada), NJA 1998 s. 315 (allmänfarlig ödeläggelse), NJA 1999 s. 334 (framkallande av fara för annan), plenifallet och NJA 2006 s. 79 (sexuallbrott).

<sup>7</sup> Jfr Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen, 2 uppl., Stockholm 2006, s. 294.

<sup>8</sup> Se lag (2003:307) om förbud mot diskriminering (diskrimineringslagen) (20 §) och jämställdhetslagen (1991:433). Se även lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan (§ 13) och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever (§ 15).

<sup>9</sup> NJA 2005 s. 738. Fallet rörde kränkingsersättning för bespottade poliser. En oenig Högsta domstol utdömde kränkingsersättning, trots att domstolen redan vid ett tidigare tillfälle, NJA 1999 s. 725, bedömt (ungefär) samma sakomständigheter men med slutsatsen att polisen inte kunde vara berättigad till kränkingsersättning. Sedan 1999 års dom hade kränkingsregeln i skadeståndslagen ändrats men någon förändring i sak, som kunde motivera den ändrade inställningen, hade inte gjorts i lagstiftningen. En anledning till att HD:s majoritet ändrade praxis var att det i förarbetena till den nya regeln det uttalats att en generösare tillämpning borde kunna vara möjlig (se prop. 2000/01, s. 50 och 68). Fallet aktualiserar således den principiella frågan om rättsbildning genom förarbeten. Min personliga inställning, för det fall någon nu skulle vara intresserad, är att om lagstiftaren ville sörja för en förändring i dessa fall så är det rimligt att det görs genom just lagstiftning.

<sup>10</sup> Se härvid Ds. 2007:10, s. 41 f. med hänvisningar i n. 45.

<sup>11</sup> Jfr härvid Peter Lödrups artikel om den norska motsvarigheten till kränkingsersättning, ”oppreisning”, Peter Lödrup, Oppreisning — et praktisk rettsinstitutt, Tidsskrift for Erstatningsrett 2006, s. 211 ff.

motsättningar. Det är ett begrepp som vilar på märkliga antaganden. Det är en konstruktion som svårigen passar in det skadeståndsrättsliga systemet och kanske kan det till och med sägas att kränkningsskonstruktionen står i direkt strid med skadeståndsrättens grundläggande struktur och inre moralitet. Kort sagt: *Någonting är fundamentalt fel med kränkningssbegreppet.*

Denna artikel tar sitt avstamp i Högsta domstolens senaste avgörande i ett fall av kränkningssersättning. Därefter följer ett antal kritiska reflektioner kring kränkningssbegreppets konstruktion. Artikeln avslutas med några sammanfattande kommentarer där jag även försöker skissera några alternativa vägar för att nå de rättspolitiska resultat som kränkningssersättningarna i vart fall delvis kan antas syfta till. Artikeln skall således inte betraktas som något generalangrepp på rätten till ideella skadestånd vid personbrott. Tvärtom är den utveckling mot större generositet i synen på skadestånd för integritetskränkningar (i den samtida snarare än den "klassiska" bemärkelsen) som präglat modern skadeståndsrätt enligt min mening lovvärd. Det är *begreppet* som förtjänar kritik. Inte brottsoffers rätt till ideellt skadestånd.

### **Det senaste HD-avgörandet**

I det senaste av raden av rättsfall från Högsta domstolen rörande kränkning (dom från den 6 juni 2007 i mål T 4961-05<sup>12</sup>) behandlades frågan om kränkningssersättning till en person som varit ovetande om gärningen som medförde kränkningen.<sup>13</sup> Rättsfallet aktualiserar vissa principiella frågeställningar om hur kränkningssersättningen påverkas av att offret inte var medveten om kränkningen. Men fallet är också intressant eftersom det på ett tämligen principiellt plan direkt tar sig an frågan om förhållandet mellan begreppen kränkning och kausalitet.

Det är alltid obehagligt att redogöra för omständigheterna i mål som rör sexuella övergrepp mot barn (särskilt om man själv är förälder — har jag i stigande grad kunnat notera), men i korthet var det följande händelse som HD hade att ta ställning till: Gärningsmannen hade vidrört ett sovande barn med sitt könsorgan på olika sätt. Såvitt utredningen gav för handen hade förövaren inte använt våld "eller annat handlande som ger anledning att anta att flickan i sitt sovande tillstånd skulle uppfattat vad som pågick." Med andra ord så sov flickan sig ovetande igenom övergreppet. Flickan yrkade i Högsta domstolen skadestånd för den kränkning som övergreppet inneburit med 75 000 kr.

Domskälen inleds efter en redogörelse för omständigheterna med en genomgång av rättsläget. Enligt skadeståndslagen 2 kap. 3 § så skall den som kränker någon annan, genom vissa typer av uppräknade

<sup>12</sup> Domen har inte givits något NJA-nummer när detta skrivs.

<sup>13</sup> Fallet kommenteras i Håkan Andersson, Kränkning som kopplingsbegrepp avseende gärning och skada, Pointlex, 2007-08-17, på [www.pointlex.se](http://www.pointlex.se).

de brott, ersätta de skador som kränkningen innebär.<sup>14</sup> HD konstaterar att de gärningar som flickan utsattes förutom tvivel inneburet en allvarlig kränkning av hennes person. Men, fortsätter domstolen, det är inte kränkningen i sig som skall ersättas enligt skadeståndslagen utan ”den skada som kränkningen innebär”. Den centrala frågan var om flickan hade drabbats av en sådan skada till följd av kränkningen.

Domstolen konstaterar att därefter att person-, sak- eller förmögenhetsskador är ersättningsgilla enligt skadeståndslagen enbart om det föreligger ett orsakssamband mellan den ansvarsutlösande handlingen och skadan. Kränkningersättningsbestämmelsen överensstämmer således med övriga skadeståndsbestämmelser i förutsättningen att det måste föreligga samband mellan, i kränkningsfallen, gärningen och skadan. Men det noteras vidare att det i förarbetena till den nuvarande regleringen (prop. 2000/01:68) anges att användningen av ordet ”innebär” skall förstås som att det är själva kränkningen som är ersättningsgrundande även om det enligt lagtexten — och detta återger HD:s citattecken rörande propositionens uttalanden — ”i strängt logisk mening” är ”skadan” och inte ”kränkningen” som ersätts (a. prop. s. 66). I propositionen uttalas också, citerar HD, att lagtexten utformats på detta sätt av ”skäl som närmast är av systematisk art” (a. prop. s. 49).

HD fortsätter med att framhålla att vid kränkning så skall inte frågan om vilken skada som uppkommit bedömas fristående från värderingen av den ansvarsutlösande gärningen. Värderingen av skadan skall med andra ord utgöras av en värdering av den ansvarsutlösande gärningen. Detta framgår även av den bestämmelse i skadeståndslagen som ger riktlinjerna för bestämmandet av ersättnings storlek, 5 kap. 6 §, vari det bland annat framhålls att en utgångspunkt för bedömningen är handlingens art och varaktighet. Mot bakgrund av detta skriver HD att det är ”naturligt” att det i förarbetena sägs att kränkningersättningen, ”i motsats till ersättning för personskada”, inte avser följderna av gärningen utan ”den kränkning av den personliga integriteten som uppkommer just i samband med angreppet”. Denna inställning behöver dock inte innebära att offret måste ha varit medveten om angreppet, utan även sådana handlingar som utförs när offret sov eller var medvetslös kan medföra rätt till kränkningersättning.

Så långt för domstolens redogörelse för hur kränkningsreglerna — och kränkningbegreppet — skall förstås. I det enskilda fallet konstaterar domstolen här efter att det faktum att offret sov inte utgör ett hinder mot att ersättning skulle utgå. Det kan inte heller vara i sig avgörande om offret informerats i efterhand eller inte. Enligt förarbetena skall visserligen det enskilda offrets upplevelser i viss utsträckning kunna tillmätas betydelse vid den skadeståndsrättsliga bedömningen. HD framhåller att detta uttalande emellertid inte kan läggas

<sup>14</sup> I Ds. 2007:10, s. 31 noterades att bestämmandet av de brottsliga kategorier som kan ge upphov till kränkningsskadeståndsskyldighet är delvis oklar.

till grund för slutsatsen att barn eller förståndshandikappade skulle vara uteslutna från rätten till skadestånd enbart för att de inte blivit informerade om — eller kunnat tillgodogöra sig informationen om — vad som inträffat. De situationer där den enskildes egna upplevelser eller agerande skulle kunna påverka kränkingsersättningen i begränsande riktning är främst de situationer där offret ”kan sägas ha avstått från att värna sin integritet”.

Att offret i det aktuella fallet sov och såvitt framkommit inte heller blivit informerad om övergreppet hindrade således inte att skadestånd utdömdes i fallet. Skadeståndet bestämdes till 50 000 kr, istället för de yrkade 75 000 kr.

## **Kränkningensbegreppet**

### *Inledning*

Högsta domstolens dom aktualiserar ett flertal av kränkningensbegreppets brister och märkligheter. Jag skall här skissera fem stycken olika men i hög grad inbördes sammanhängande argument mot kränkningensbegreppet. Som jag ser det utgör dessa argument, och det även om något eller några av dem vid närmare granskning kan framstå som missriktat, ett grundskott mot kränkningensbegreppet i sin nuvarande konstruktion. Det betyder inte att jag har några överdrivna förhoppningar om att begreppet kan utmönstras ur skadeståndsrätten, i vart fall inte än på ett tag. Kränkningensbegreppets ställning är stark. Men kanske denna artikel kan bidra till att i någon mån underminera begreppets ställning. Det är i sådana fall en bra början. Rom byggdes inte på en dag.

De fem argument som skall framhållas är följande: 1) Kränkningensbegreppet har ett oklart förhållande till orsakskravet, vilket har fått till resultat att skadeståndsregeln om kränkning formulerats på ett direkt missvisande sätt, och kränkningensbegreppets de facto-åsidosättande av orsakskravet är en allvarlig brist; 2) Kränkningensbegreppet är oförenligt med skadeståndsrättens immanenta moralitet, mot de rättspolitiska värderingar som ligger djupast nedlagda i skadeståndssystemet; 3) Kränkningensersättningen har en oklar funktion, vilket i sin tur är ett resultat av begreppets oklara innebörd; 4) Metoden för att utföra skadeståndsbedömningen vid kränkning är en anomali i det skadeståndsrättsliga systemet och denna metod är svårförenlig med de värderingar som bygger upp skadeståndsrätten (denna kritik påminner alltså om de argument som framförs under punkten 2, men fokuserar på metoden och inte på regelns innebörd); 5) Kränkningensbegreppet leder till oförutsebara skadeståndsbeloppsbestämningar vilket utgör ett rättssäkerhetsproblem. De olika punkterna går alltså delvis in i varandra och det förekommer en del upprepningar, men överlappningarna beror på att argumenten har olika fokus eller emfas, vilket motiverar viss repetition.

*Problem 1: Kränkingsbegreppet och orsakskravet*

I min doktorsavhandling som behandlade orsaksbegreppet i skadeståndsrätten ägnade jag närmast i förbigående några rader åt förhållandet mellan kränkingsersättningar och orsakskravet. Där ifrågasatte jag om det går att tala om ett kausalitetskrav vid ideell skada, som kränkning. HD:s dom framstår vid första anblick vara väldigt klargörande i de frågor som jag skisserade. Orsakskravet gäller även här, skriver HD. Det är ett glädjande besked för den som eftersträvar en harmoni i skadeståndssystemet, eftersom orsakskravet är skadeståndsrättens mest grundläggande beståndsdel.<sup>15</sup>

Vid närmare granskning är det emellertid svårt att säga att HD:s domskäl egentligen är särskilt klargörande. För även om orsakskravet på papperet gäller även vid kränkning, som HD konstaterar, så har det i praktiken inte alls samma roll som i andra situationer. Avvikelsen är så stor att det är svårt att se hur man ens kan tala om ett orsakskrav.

I kränkingsfallen är nämligen polerna för orsaksbedömningen, de entiteter som skall länkas samman genom orsaksbedömningen för att ansvar skall föreligga (dvs. i praktiken oftast en ansvarsgrundande handling och en skada), bestämda på ett sätt som i bästa fall gör hela orsaksbedömningen obehövlig och i värsta fall gör den till en tautologi.

Säg att vi har en situation där A utsatt B för ett sexuellt övergrepp och B har rätt till skadestånd för sin kränkning. Om orsakskravet skall gälla även i dessa situationer, hur skall kausalitetsbedömningen då i ett sådant fall utföras? Till att börja med: Vad är det för skada som kausalitetsbedömningen kan utgå från? Skadan vid kränkning brukar beskrivas i abstrakta termer, som en skada på människovärdet eller integriteten. Rimligen skall detta förstås som ett uttryck för värden som på något sett är frikopplade den fysiska individen, en förståelse som också vinner stöd av att ersättningen inte utgår från offrets personliga upplevelser utan är ”objektiv”. Utgångspunkten är alltså något slags

<sup>15</sup> Detta påstår jag i alla fall i min avhandling, se Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, s. 6 f., med hänvisning till bland annat Ernest Weinrib, *The Special Morality of Tort Law*, 34 *McGill Law Journal*, s. 403 ff., på s. 406. Efter detta har jag reflekterat närmare över vad det innebär att ett begrepp är ”essentiellt” för ett rättsområde. Härvid har jag funnit Zipurskys metodologiska framställningar övertygande. Orsaksbegreppets essentiella status skall inte ses som ett uttryck för något ontologiskt ställningstagande om vad skadeståndsrättens ”sanna väsen” är eller liknande, utan som ett ställningstagande för vad Zipursky kallar en konceptualistisk metodologi. En sådan metodologi utgår från att vissa begrepp i det rättsområde som undersöks och som av områdets verkamma aktörer betraktas som väsentliga måste ges någon form av rimlig förklaring för att en analys av rättsområdet skall vara tillfredsställande. En förklaring av skadeståndsrätten bör, för att vara hållbar, innehålla en förklaring av t.ex. orsaksbegreppet och en sådan förklaring kan inte, i alla fall inte enbart, vara funktionalistisk. Att förklara vilka funktioner ett begrepp har är inte tillräckligt för att förklara vad begreppet är. Zipurskys metodologiska resonemang framstår för mig som insiktsfulla och grundläggande. Se vidare Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 *Georgia Law Journal*, s. 695 ff., på s. 703 ff. (2003). med hänvisningar (där dessa metodologiska överväganden diskuteras i samband med en redogörelse för den s.k. bipolaritetsdiskussionen i korrektiv rättviseteori).

metafysisk dualism mellan kropp och själ, eller, ja, människovärdet eller integriteten. Människovärdet ersätts separat. Men vad innebär det för orsakskravet i dessa situationer?

Ett grundantagande för skadeståndsanalysen är att skadekravet och orsakskravet är teoretiskt och konceptuellt (men inte praktiskt och rättspolitiskt) oberoende av varandra. Teoretiskt går det att analysera huruvida orsakskravet är uppfyllt i en enskild situation utan att påverkas av skadebedömningen. I allmänhet går det även att analysera om skadekravet är uppfyllt utan att företa några orsaksbedömningar.<sup>16</sup> Det här är som jag ser det ett metodologiskt nödvändigt antagande — utan de teoretiska skiljelinjerna mellan ansvarskriterierna blir skadeståndsbedomningarna öppna, indeterministiska och rättsosäkra. Detta antagande ställs emellertid på ända i kränkningsfallen. Ett exempel: Kan den tilltalade vidgå omständigheterna — inklusive vad man kan kalla för störningen av människovärdet el. likn. — men bestrida kausalitet? ”Jag vidgår att jag våldtog svaranden och vitsordar att hans människovärde blivit rubbat men det var inte min handling som orsakade rubbningen. Skadeståndsskyldighet kan inte föreligga p.g.a. bristande orsakssamband.” Det här framstår naturligtvis som absurt. *Men varför?*

Av HD:s domskäl får vi några nycklar till hur dessa frågor kan behandlas. En viktig distinktion som HD gör är att *kränkning explicit sätts i motsats till personskada*.<sup>17</sup> En kränkning ersätter alltså inte en personskada. Det skulle annars kunna antas att kränkning ersättningen skulle betraktas som en speciell typ av ersättning för personskada av ideell natur men så är det alltså inte enligt HD — kränkning är en sak och personskada en annan. Men *vad* är då kränkning för en sak om det inte är en personskada? Här kommer det smått chockerande svaret som HD ger: *Kränkningen är tydligen samma sak som själva gärningen*.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Ett visst undantag för det senare påståendet är härvid skadebegrepp som förutsätter kausala ställningstaganden av något slag. Det viktigaste exemplet härvid är definitionen av ren förmögenhetsskada i SkL 1:2 som explicit innefattar en orsaksbedömning.

<sup>17</sup> Så brukade inte den konceptuella föregångaren ”lidande” förstås. Ersättning för lidande var en ersättning för personskada, om än en speciell typ av personskada, se härom t.ex. Jan Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten, Stockholm 1990, s. 128.

<sup>18</sup> Ibland blir terminologin härigenom dunkel. Som jag läser HD:s nya dom, och propositionen (2000/01:68, s. 66), skall uttrycket ”innebär”, som det används i lagtexten, utläsas ungefär som ”medför” eller ”orsakar”: När SkL 2:3 säger att skadestånd skall utgå för de skador som kränkningen innebär, så förstår jag det som att tanken är att det är de skador som kränkningen *medför* som skall ersättas. Kränkningbegreppet hänger alltså samman med handlingen och handlingen, som är kränkande, leder till skador (som av praktiska skäl måste schabloniseras vilket väl är anledningen till de terminologiska svårigheterna). Men på ett annat ställe i propositionen, prop. 2000/01:68, s. 52, sägs det å andra sidan att ”[a]llmänt sett [så] innebär vissa typer av brott svårare kränkningar av den personliga integriteten än andra, t.ex. sexualbrott [...]”. Men här tas ju uttrycket ”kränkning” som en synonym för ”skadan”? Om ordet ”innebär” kan läsas som ”medför” säger propositionen här att vissa typer av brott medför svårare kränkningar. Hur hänger

Anledningen till att det är chockerande är för att det gör skadeståndsbedömningen till en mental härdsmalta.<sup>19</sup> Om regeln i skadeståndslagen säger att kränkingsersättningen skall ersätta de skador som kränkningen, gärningen, inneburet, men kränkningen är det samma som skadan — hur gör man då orsaksbedömningen? I realiteten blir bedömningen av om kränkning förelegat och kränkningens effekt samma sak, det blir en fråga om identitet. Och om orsaksbedömningen skall göras mellan två poler som redan konstaterats vara samma sak, i den analytiska bemärkelsen att det per definition åter speglar samma faktiska omständigheter, så blir det inte mycket till orsakskrav kvar. Orsaksbedömningen blir ett rent cirkelresonemang.

Eller, det är egentligen värre än så. Det är till och med så att begreppsbildningen är direkt missvisande. Hur kan man över huvud taget säga att A orsakar B om A formellt sett — rent logiskt — är identisk med B? En sådan bedömning blir ju absurd. Kränkingsregelns konstruktion blir härmed mycket märklig.

Låt mig uttrycka det på ren svenska: *Det i lagstiftningen uttryckta kravet på orsakssamband är en bluff.* I verkligheten uppställs inget krav på orsakssamband alls i kränkingsfallen. Det skenbara kravet på orsakssamband som regeln stipulerar är en eftergift åt "systematiken", med vilket får förstås att lagstiftaren insåg orsakskravets fundamentala status och inte kunde förmå sig att uppställa en skadeståndsregel som inte respekterade orsakskravet. Men *i praktiken* har ju inte orsakskra-

detta ihop? Eftersom jag gärna vill se en koherens i denna viktiga terminologi kanske man skall se det som ett treledsresonemang, där handlingar kan medföra kränkningar som kan medföra skador. En sådan tolkning kan kanske även finna stöd i att lagregeln talar om att någon skall kränka annan genom brott, varpå de efterföljande skadorna som kränkningen innebär skall ersättas. Med en sådan läsning kan kanske användandet av uttrycken "kränkning" och "innebär" hänga samman på ett koherent sätt. Men inte heller med en sådan tolkning kan jag helt förstå vad lagstiftaren egentligen menar med den förklaring som också HD tar fasta på (2000/01:68, på s. 66), som det nu kan finnas skäl citera i sin helhet: "Det är sålunda "skadan" som ersätts och alltså — i strängt logisk mening — inte "kränkningen". Att lagen har utformats på det sättet är av skäl som närmast är av systematisk art. Det torde dock på det hela taget sakna betydelse för den sakliga bedömningen. Lagen anger att det är den skada som kränkningen "innebär" som skall ersättas. Det får därför anses korrekt att tala om en ersättning för själva kränkningen." För mig framstår det som att det är omöjligt att finna koherens i terminologin. Håkan Andersson är mer förstående i sin rättsfallskommentar (se a.a. ovan, not 13) och beskriver det som att kränkingsbegreppet har en "aktivsida" och en "passivsida", att det därigenom kan användas för beteckningar av faktorer på både den skadelidandes och skadevållarens sida. Andersson tar därmed kränkingsbegreppet till intäkt för en dekonstruktivistisk infallsvinkel där dikotomin mellan gärning och skada vittrar sönder. Min egen uppfattning är betydligt mer traditionell: Dikotomin mellan gärning och skada är fundamental, lämplig och hållbar. Men kanske är min traditionella syn helt enkelt föråldrad, när nu både HD och professor Andersson slagit in på den dekonstruktivistiska väg där skadeståndsrätts gamla dikotomier förpassats till rättshistorien. (Se vidare för några kommentarer på detta spår Håkan Anderssons recension av min avhandling, i SvJT 2007, s. 466 ff., på s. 474.)

<sup>19</sup> Uttrycket är en parafras på Jan Kleinemans kända beskrivning av skadeståndsregeln i köplagen, se Jan Kleineman, *Indirekt skada och frågan om behovet av en köplagsreform*, i Festskrift till Jan Ramberg, Stockholm 1996, s. 307.

vets status accepterats. Orsaksformuleringen i SkL 2 kap. 3 § är alltså en skenargumentation, som dessutom är medvetet införd i lagtexten. Det är en förvånande lättsinnig inställning till skadeståndsanalysens viktigaste byggsten.

*Problem 2: Kränkningssbegreppet och skadeståndsrättens inre moralitet*

I ovanstående stycke framhöll jag att orsakskravet med den beskrivning av kränkningsskadeståndsbedömningen som HD gör sönderfaller i en identifiering av skadan som gärningen. Men några sådana konstiga resonemang ser vi inte i domskälen. I *praktiken* så gör man väl en bedömning av enbart själva gärningen utan att beakta dess konsekvenser för den skadelidande. Ju värre gärningen var, desto högre bör skadeståndet bli — oavsett vilka konsekvenser gärningen fått för den skadelidande. (Med undantag för den möjlighet som medges för att i vissa fall beakta den enskildas egna upplevelser.)

Förutom att en sådan bedömning tycks stå direkt i strid med lagtexten — vilket märkligt nog anteciperades i förarbetena utan att det sågs som något egentligt problem utan som en eftergift åt ”systematiken” — innebär det att inte mycket till traditionell skadeståndsrätt blir kvar i kränkningssersättningsfallen. Det är inte bara det traditionella orsakskravet som sätt ur spel, även skadeståndsbedömningen i övrigt utsätts för ansträngningar. Således görs det i kränkningssituationen ingen bedömning av den enskilda skadan för den skadelidande, det görs ingen bedömning av orsakssambandet i det enskilda fallet och det görs inte någon adekvansbedömning i det enskilda fallet. Kvar står enbart en bedömning av *gärningens* specifika egenskaper.

Denna oharmoniska relation till skadeståndsrättens grundläggande begrepp medför att kränkningssbegreppet hamnar i konflikt med skadeståndsrättens inre moralitet.<sup>20</sup> Skadeståndsrätten vilar på en liberal grundtanke vilket återspeglas just i att de enskilda momenten i skadeståndsbedömningen är individualiserade. Skadeståndsrätten kan därför bäst betraktas som ett rättsområde vilandes på ett moraliskt ideal av s.k. korrektiv rättvisa, en rättvisetanke som innebär att när någon på ett rättsstridigt sätt (i praktiken t.ex. genom vårdslöshet) skadar någon annan så skall skadevällaren korrigera skadan så gott det går. Kanske kan skadeståndsrättens djupaste princip specificeras något i stil med följande: *Den som ansvarar för en orsak till en skada (på ett skyddat intresse) är prima facie skyldig att reparera denna skada.* Det går att tänka sig andra formuleringar också.

En alternativ approach som jag själv blivit mer inspirerad av under senare tid är att betrakta skadeståndsrätten inte som ett rättsområde där kompensationen står i fokus, utan snarare ett rättsområde där en skadelidande tillerkänns rätten att utkräva ansvar i en domstol.<sup>21</sup> Fo-

<sup>20</sup> Se härom Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, kap. 3.

<sup>21</sup> Se framför allt Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 *Georgia Law Journal*, s. 695 ff., på s. 703 ff (2003), Benjamin C. Zipursky, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, 51 *Vanderbilt Law Review*, s. 1 ff.

kus ligger således alltså mer på den processuella "empowerment"-aspekten av systemet än den civilrättsliga rättsföljden med ett sådant perspektiv men båda perspektiven bygger på tanken om att skadeståndsrätten kan ges intressanta och användbara förklaringar genom moralisk-filosofisk reduktionistisk analys.

Hur man än väljer att skissera de moraliska fundamenten så är det viktigt att framhålla att sådana här förklaringar inte är triviala eller banala, vilket jag är medveten om att de kan framstå som vid en första anblick. Det är genom att betrakta ett rättsområde, i alla fall rättsområden som skadeståndsrätten, genom ett ganska grovt moraliskt raster som vi får den bästa bilden av områdets djupaste moraliska värderingar. Genom att frilägga dessa djupa värderingar erhåller vi modeller för förklaringar av systemet även i dess specifika delar.

Vid en sådan moralisk reflektion är det uppenbart att kränkingsbegreppet rimmar illa med sådana djupa moraliska principer som kan identifieras som immanenta i systemet. Kränkingsbegreppets kollektiva och punitiva egenskaper skaver i ett system som tar sin näring från en individualistisk, liberal idétradition.<sup>22</sup>

### *Problem 3: Vad ersätter kränkingsersättningen?*

En angränsande frågeställning som känns igen från skadeståndsteoretiska sammanhang gör sig härmed gällande: När nu kränkingsbedömningen lägger sådan emfas på gärningen och inte på gärningens effekter för offret kan man fråga sig varför det är just *offret* som skall erhålla skadeståndet.<sup>23</sup> Det här kan låta som en märklig förlängning av

(1998). Se även John C. P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Accidents of the Great Society*, 64 *Maryland Law Review*, s. 364 ff. (2005). Se å andra sedan för en färsk kritik av denna teori Jane Stapleton, *Evaluating Goldberg's and Zipursky's Civil Recourse Theory*, 75 *Fordham Law Review*, s. 1529 ff. (2007).

<sup>22</sup> Det kan finnas skäl att tydligt framhålla att detta inte hindrar att *andra* delar av rättsordningen i högre grad utgår från distributiva rättvisehänsyn, vilka kan yttra sig i transfereringar och skattefinansierade ersättningslösningar. Sådana hänsyn framkommer till exempel i socialförsäkringsrätten.

<sup>23</sup> Denna frågeställning känns igen från rättsekonomiska framställningar. Det finns en intressant historisk parallell här i synen på *boten*, som jag påmindes om genom en tillämpningsuppsats om skadeståndets funktioner av Gabriel Henriksson (Gabriel Henriksson, *Skadeståndets funktioner*, uppsats vid Juridicum, Stockholms universitet, HT 2007). Henriksson beskriver den historiska utvecklingen på följande sätt, vilket citeras i sin helhet eftersom det ger en intressant inramning åt den här förda diskussionen: "Ser man långt tillbaka, till den svenska medeltiden, finner man att skadeståndet var nära besläktat med straffet och det gjordes inte någon principiell skillnad mellan dem båda. Enligt de svenska landskapslagarna utgjorde böter den vanligaste påföljden av skadegörande handlingar. När en bot tillerkändes målsäganden motsvarade den såväl straff som skadestånd. Den skadelidande tillgodoräknades från början hela boten men med tiden kom endast en viss del att tillfalla skadelidande, resterande gick till konungen eller annan representant för staten. Genom att en del av boten tillföll statsmakten, att den jämte skadelidande hade rätt till böter, framstod de handlingar för vilka böter utgick såsom brott. Böter framstod alltså å ena sidan såsom ett straff för handlingar som det allmänna var intresserat av att bestraffa och å andra sidan såsom en gottgörelse för den kränkning som den skadelidande utsatts för. Böter utgick i stor utsträckning med godtyckliga belopp, vilka inte var anpassade efter exempelvis skadans omfattning. Inte heller gjordes någon utredning om huruvida den betalningsskyldige bar någon skuld för

resonemanget men frågan öppnar sig när vi betraktar närmare hur kränkingsbegreppet över huvud taget förhåller sig till *skadebegreppet* i skadeståndsrätten.<sup>24</sup> För hur man än vrider och vänder på det så måste någon typ av skada antingen påvisas eller presumeras, och skadan måste vara offrets (kärandens eller målsägandens) för att det skall framstå som rimligt att det är det är brottsoffret och inte någon annan, samhället till exempel, som skall erhålla ersättningen. Mot denna iakttagelse inställer sig följdfrågan: Hur skall då skaderekvisitet förstås i kränkingsfallen? *Vad är det kränkingsersättningen är tänkt att ersätta?*

Skadeståndet är i allmänhet primärt tänkt att fungera som en ekonomisk ersättning för en individuellt bestämd skada i det enskilda fallet, sådana besvär som en enskild skadelidande drabbats av till följd av en viss bestämd händelse.<sup>25</sup> Ibland kan det vara svårt att bestämma vad skadan i ett enskilt fall egentligen är. När det gäller ideella skador i allmänhet (och inte bara kränkningar) så konvergerar denna problematik med översättningsproblemet: Hur skall skadan på ett lämpligt sätt översättas i pengar?<sup>26</sup> Hur sätter man ett belopp på smärta, ett fullt ärr eller en depression? Det här är för skadeståndsrätten fundamentala problem som det inte går att besvara på något allmängiltigt sätt. Men det brukar inte betraktas som ett särskilt betydelsefullt *praktiskt* problem. Inom skadeståndsrätten så har vi vant oss vid att ersätta det oersättningsbara och praktiska lösningar, såsom schabloner och tumreg-

skadans uppkommande utan botten utgick från huvudsakligen objektiva grunder.” Kränkingsersättningen uppvisar vissa likheter med den arkaiska botten således. (Henriksson härvid bland annat Ivar Strahl, Utvecklingen av den svenska skadeståndsrätten på det utomobligatoriska området, Minnesskrift till 1734 års lag, Stockholm 1934.)

<sup>24</sup> I teoretiska sammanhang görs inte sällan en distinktion mellan frågan om vem som är *ansvarig* för en skada och vem som skall *ersätta* skadan. Det här är en viktig distinktion och den är särskilt betydelsefull i en rättsordning som den svenska. Den som är ansvarig för skadan är nämligen inte alltid den som skall betala för skadan (eller: kostnaderna förbundna med skadan). En ansvarig person kan nämligen många gånger gå fri från ersättningsbördan genom att kostnaden täcks av försäkring, privat eller allmänt. Vice versa så är det inte alltid lämpligt att säga den som är skyldig att betala kostnaderna är *ansvarig för skadan* (däremot kan man ju säga att den som skall betala ansvarar för kostnaden för skadan — men det är inte det samma som att vara ansvarig för skadan som sådan). Sjukförsäkringen är inte ansvarig för de skador som ersätts under försäkringen. Denna distinktion behövs för att förstå hur olika moraliska eller etiska förklaringar av skadeståndsrätten kan appliceras i en svensk kontext: Principer om korrektiv rättvisa, eller liknande, förklarar enbart hur ansvaret för skadan placeras, däremot säger den egentligen ingenting — annat än indirekt — om vem som skall betala för skadan. Jag tror att denna distinktion inte framgick tillräckligt tydligt i min doktorsavhandling och har framför allt uppmärksamats på denna brist genom kommentarer från Anders Agell, för vilka jag är tacksam. En belysande genomgång av de här distinktionerna återfinns i Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs*, Oxford 1992, kap. 15 och på s. 326 ff.

<sup>25</sup> Se härom Mårten Schultz, *Kausalitet*, Stockholm 2007, särskilt s. 182 ff.

<sup>26</sup> I mer teoretiska termer benämns denna tematik ibland som *kommensurabilitetsproblemet*. Se för en fascinerande undersökning av dessa frågor Margaret Jane Radin, *Compensation and Commensurability*, 43 *Duke Law Journal*, s. 56 ff. (1993–94).

ler, har utvecklats och därmed medfört ett mått av förutsebarhet i ersättningsbedömningarna även när det gäller de icke-ekonomiska skadorna.

Även om det alltså kan vara svårt att hitta något slags objektiva kriterier, vad nu än "objektiv" betyder i sammanhanget<sup>27</sup>, för hur ersättningsberäkningen skall utföras vid ideell skada så finns det inget tvivel om att den grundläggande tanken bakom ersättningen i allmänhet är densamma som vid ersättning av ekonomiska skador, nämligen att ersättningen skall bestämmas utifrån skadans omfattning. När ersättning utdöms för sveda och värk, till exempel, så graderas den enskilda skadan utefter vissa faktorer och skadeståndets storlek sätts i förhållande till denna gradering. Skadeståndets *syfte* är kompensation för skadan.

När det gäller kränkingsersättningen ligger det delvis annorlunda till. För hur beskrivs egentligen syftet med kränkingsersättningen? Så här sägs det i 2001 års proposition: "Kränkingsersättningen avser att kompensera känslor som den kränkande handlingen har framkallat hos den skadelidande, såsom rädsla, förnedring, skam eller liknande som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada." Det noteras vidare att någon reparation i egentlig mening inte kan åstadkommas genom ett skadestånd men: "Det ligger visserligen i sakens natur att själva kränkningen inte kan suddas ut genom ersättning i pengar. Ersättningen kan dock lindra verkningarna av kränkningen. Den kan bidra till att den skadelidande får upprättelse för den förnedrande och kränkande handlingen och därmed också bidra till att återställa självrespekten och självkänslan. Genom ersättningen kan den skadelidande t.ex. unna sig något extra och därigenom skingra tankarna på kränkningen och den olust och det obehag som han eller hon har åsamkats."

Det här uttalandet innebär som jag ser det något mer radikalt än vad man kanske kan tro. Här sägs inte bara att den som gör en skadeståndsbedömning vad gäller ett anspråk på kränkingsersättning har den svåra uppgiften att hitta ett lämpligt belopp i en situation där skadeståndet skall ersätta det oersättliga. Denna svårighet uppstår som sagt alltid vid skadestånd för ideell skada. Men det är inte bara det som sägs i propositionsuttalandet. Här sägs det ju dessutom att skadeståndet egentligen har andra syften än att ersätta skadan — det syftar istället till att ge den skadelidande en möjlighet att "unna sig något extra och därigenom skingra tankarna på kränkningen". Lägg därtill det syfte som ibland brukar tillskrivas kränkingsersättningen, att ersätta störningen i människovärdet.

<sup>27</sup> Begreppet "objektiv" är notoriskt svårdefinierat, vilket är ett bekymmer för en juridisk analys som så ofta lägger stor vikt vid objektivitetstanken. Se för en avancerad och intressant betraktelse Andrei Marmor, *Three Concepts of Objectivity*, i Andrei Marmor (red.), *Law and Interpretation*, Oxford 1995, s. 177 ff.

Det finns härmed en analytisk skillnad mellan inställningen till kränkingsersättningens funktion och skadeståndet i övrigt. När det gäller skadestånd i allmänhet, säg ett anspråk rörande inkomstförlust och sveda och värk efter en misshandel, så är det primära syfte som brukar tillskrivas skadeståndet att det skall kompensera den skadelidande för hennes skada. Skadan är här de fysiska och psykiska effekter som offret drabbats av till följd av misshandeln. Hur mycket ersättning som skall utgå beror på vad de fysiska och psykiska effekterna medförde för konsekvenser för offret, som arbetsförmåga, etc. I kränkningskadeståndets fall har den grundtanken givits upp. Här finns inte ens *ambitionen* att en specifik skada skall kompenseras.<sup>28</sup> Graderingen av skadeståndet — bedömningen av hur stor ersättningen skall vara — görs i stället genom bedömningar av gärningen.<sup>29</sup>

Man kan till och med tolka uttalandet om att den skadelidande skall kunna unna sig något extra som att syftet med ersättningen är en *överkompensation*, att den skadelidande skall erhålla mer än skadan är ”värd”. I praktiken framstår kanske en sådan tolkning som kallhjärtad. Men min poäng är inte att inte ett brottsoffer skall få ersättning för sitt lidande. Min poäng är istället att *det är just lidandet som skall ersättas* och lidandet *är* en skada. Att betrakta kränkingsersättningen som en typ av bonusersättning utöver det kompenserande skadeståndet tjänar knappast brottsoffrets sak.

#### *Problem 4: Den kollektiva metoden*

Hur skall då en bedömning göras i ett fall av kränkingsersättning? Enligt de indikationer man kan återfinna i rättskällorna skall den tydligen göras inte individuellt, utifrån den skadelidandes eller den typiska skadelidandes perspektiv, utan *kollektivt*. Den invändning mot kränkingsbegreppet som härvid skall tas upp hänger nära samman med den tidigare förda diskussionen men har en annan udd. Föregående resonemang tog sikte på kränkningskadeståndets funktioner, med vilket här avses vilka syften som kan skönjas med institutet. I förevarande avsnitt är det inte funktionen utan *metoden* som skall diskuteras och problemet här är diskrepansen mellan den traditionella skadeståndsrättsliga metoden och metoden för att fastställa kränkingsersättningen.

I vanliga fall skall bedömningen av en skadas omfattning och den därmed sammanhängande bedömningen om skadeståndets storlek bedömas utifrån individuella faktorer. Det är den enskilda skadelidandes situation i det enskilda fallet som skall utgöra underlag för

<sup>28</sup> Jfr dock Lena Sisula-Tulokas, Sveda, värk och annat lidande, Helsingfors 1995, som ser två funktioner med lidandeersättning: Surrogatreparation och moralisk upprättelse (särskilt på s. 217). Ett sidospår: Uttrycket ”surrogatreparation” är väldigt välfunnet — det handlar ju just ofta om ett surrogat för det som inte kan repareras i egentlig mening. Varför använder vi inte oftare det uttrycket när vi talar om skadestånd för ideella skador?

<sup>29</sup> Det följer redan av regeln i 5 kap. 6 § enligt vilken skadeståndet skall bedömas utifrån *handlingens* art och varaktighet.

bedömningen. Det finns i och för sig exempel på undantag, där andra faktorer tillåtit att spela in, t.ex. på så sätt att ett skadestånd jämkats eftersom det antagits att ersättning kan komma att utgå ur särskilda ersättningslösningar.<sup>30</sup> Men detta är undantag från huvudregeln som motiveras av omständigheter i det enskilda fallet.

*Huvudregeln* är som sagts att det är den skadelidandes situation som skall sättas i fokus för bedömningen, eller, närmare bestämt, den skillnad i den skadelidandes situation som den ansvarsgrundande händelsen eller faktorn givit upphov till. Denna metodologiska huvudregel är så central, vill jag påstå, att den är formativ för själva disciplinen skadeståndsrätt. Det går inte att tänka sig att en rättslig disciplin kan fjärma sig helt från synsättet att det är den enskilda skadelidandes situation, käranden eller målsäganden, som skall utgöra utgångspunkten för bedömningen och samtidigt karakteriseras som en skadeståndsrättslig disciplin.<sup>31</sup>

Det betyder inte att det inte kan finnas utrymme för en sådan disciplin eller för sådana regler. Om en ersättningsrättslig reglering fjärrar sig från ett sådant synsätt så är det något annat, kanske en straffrättslig reglering, eller en försäkringsrättslig reglering. Och då bör man, av metodologiska skäl, kalla en spade för en spade. Att hänföra straffrättsliga principer till det skadeståndsrättsliga regelverket skapar osäkerhet och systematisk instabilitet. Det är en osäkerhet och instabilitet som det redan svårförenliga skadeståndsrättsliga systemet klarar sig bra utan.

Här utgör kränkingsbegreppet ett irritationsmoment i systemet. Eller, rättare sagt, metoden för bedömningen av kränkningen omfattning och skadeståndets storlek utgör ett problem och denna metod återspeglar begreppsbyggnaden. En kränkingsbedömning görs i allmänhet utan särskilda hänsyn till den enskilda skadelidande.<sup>32</sup> Det

<sup>30</sup> Se t.ex. NJA 1990 s. 196.

<sup>31</sup> Det innebär inte att inte *schabloniseringar* kan användas eller att sådana schabloniseringar inte skulle vara legitima, på något sätt. Schabloniseringar har ju en väldigt stor betydelse för beräkning av skadestånd vid personskada och särskilt för ideella skadestånd. Men utgångspunkten för schabloniserade bedömningar i skadeståndsrätten är knappast att de bakomliggande kraven på ansvar är oväsentliga eller att kraven sätts ur spel. Tvärtom så bottnar väl i allmänhet schabloniseringarna just i en inställning att de grundläggande kraven gäller och är viktiga, men att det av praktiska skäl (kunskapsrelaterade eller andra) inte alltid går att utföra objektivt hållna bedömningar av om kraven är uppfyllda, eller av vilka konsekvenser de uppfyllda kraven medfört (skadans effekter, t.ex.). Se för en plaidoyer för ökad användning av schabloner i personskadereglering, med principiella synpunkter på fördelarna med schabloner, Jan Kleineman och Ola Schönning, Ökad användning av schabloner i personskaderegleringen — ett förslag, rapport till Whiplashkommissionen, 15 mars 2005. Rapporten finns att tillgå på [www.whiplashkommissionen.se](http://www.whiplashkommissionen.se).

<sup>32</sup> Den här förda diskussionen gäller för kränkingsersättningen i allmänhet men inte i alla situationer. I vissa fall kan nämligen bedömningen påverkas av omständigheter på den kränkta sida, se härvid t.ex. prop. 2000/01:68, s. 52 och s. 65 f. Men det är inte då i första hand effekterna för brottsoffret som kan påverka bedömningen utan brottsoffrets *beteende*. Om brottsoffret försatt sig i en situation där risken för kränkning var påtaglig kan således det påverka kränkingsbedömningen

ta innebär egentligen två saker. De individuella upplevelserna spelar i allmänhet ingen roll för bedömningen av om en person blivit kränkt — som vi sett kan offret vara helt omedveten om det inträffade och ändå vara kränkt — och dessutom spelar dessa upplevelser ingen roll vid bedömningen av kränkningens konsekvenser, vilket i sin tur återspeglas i kränkningens storlek.

Att en person kan bli kränkt utan att veta om det är kanske inte så märkligt. En person kan ju också bryta benet utan att märka det. Men när det gäller det brutna benet så förutsätter rätten till skadestånd att en sådan empiriskt konstaterbar skada faktiskt konstaterats (i princip: styrkts). Bedömningen utgår från en föreställning om att *ansvar förutsätter korrespondens mellan en i princip observerbar verklighet och rättslig kategorisering*. När det gäller kränkningens ersättning så går det inte att göra någon sådan empirisk bedömning. Skillnaden är att en sådan bedömning inte ens är möjlig, givet begreppets konstruktion. Men skillnaden går längre än så.

Om det nu *hade* varit möjligt att göra en bedömning av integritets- eller människovärdets skada, så hade det ändå inte spelat någon roll för skadeståndet, med den metod som kränkingsbedömningen skall utgå från. Den individuella kränkningen är inte intressant (i allmänhet). Det är istället allmänna uppfattningar om hur människor i allmänhet kränks av handlingar av det aktuella slaget som utgår utgångspunkten. Metoden är kollektiv, istället för som normalt individuell. Är inte denna kollektiva metod egentligen ett väldigt främmande inslag i en individuellt orienterad skadeståndsrätt? Kränkningens institutet är närmast ett offentligrättsligt institut i en civilrättslig skrud.<sup>33</sup>

på ett för offret negativt sätt. I "vanlig" skadeståndsrätt tycks det här resonemanget snarast kunna jämföras med frågor om samtycke och medvållande. Det kan därvid noteras att i den allmänna skadeståndsrätten så kan medvållande vid personskada enbart ge upphov till jämkning vid grovt vårdslöst eller uppsåtligt beteende, enl. SkL 6 kap. 1 §. (Ett bra exempel i detta sammanhang utgör NJA 1995 s. 661, rånan erhöill skadestånd för skada som uppstod i samband med brottets utförande.) När det gäller samtycke så torde det i allmänhet inte vara möjligt för någon, som allvarligt skadat en annan genom kraftigt våld, att undkomma ansvar på grund av samtycke till risk för skadan. Någonstans går gränsen för samtyckets ansvarsbefriande relevans, även om det är svårt att säga var den gränsen skall dras. (Se för allmänna synpunkter på förhållandet mellan samtycke och medvållande Anders Agell, Samtycke och risktagande, Uppsala 1962, s. 194 ff.) Här tycks det som att kränkningsskadeståndet kan vara snålare mot den skadelidande. Rånaren i det nyss anförda rättsfallet NJA 1995 s. 661 erhöill personskadeersättning efter att ha blivit skjuten i samband med rånet (om än jämkad) men däremot inte kränkningens ersättning. Det är något paradoxalt, kan kanske tyckas, att rätten till kränkningsskadestånd i högre grad än skadeståndet för personskada kan falla bort vid den skadelidandes "medverkan", när kränkningens konstruktionen i övrigt i hög grad bortser från den skadades individuella förhållanden.

<sup>33</sup> Det finns otaliga exempel på försök att påvisa hur skadeståndsrätten redan har klara kopplingar till offentligrätten, eller att den borde ha det. I critical legal studies-läget och inom exempelvis feministisk analys är påvisandet av en koppling mellan samhällsintresse/kollektiva värden och skadeståndsrätten en välkänd strategi för att kritisera och nedmontera den traditionella skadeståndsrättsuppfattningen. Den klassiska artikeln på temat är Leon Green, Tort Law — Public Law in

*Problem 5: Kränkingsbedömningen och skönsmässiga beloppsbestämningar*

När kränkingsbegreppet givits den innebörd som det nu har kan det framstå som naturligt att bestämningen av ersättningens belopp blir skönsmässig. Hur värderar man en kränkning av den personliga integriteten, för typiserade istället för individualiserade personer? Det går knappast att göra enligt någon objektiv måttstock av det slag som vi kan använda när vi t.ex. bedömer ett inkomstbortfall i förfluten tid. Men att det inte går att sätta ett belopp på en kränkning som motsvarar våra i vanliga fall ganska stränga krav på objektiva beräkningsgrunder är inte det samma som att bedömningen är skönsmässig eller principlös. Eller, det behöver i alla fall inte vara så.

Vi kan betrakta det senaste HD-avgörandet som presenterades inledningsvis. I fallet hade käranden yrkat 75 000 kronor. Högsta domstolen fann i beaktande av gärningarnas art att ersättningen ”skälig” skulle bestämmas till 50 000 kr. Utöver detta finns det ingen argumentation i beloppsfrågan. Ingen hänvisning till, t.ex., brottsoffermyndighetens praxis eller tidigare avgöranden. Ingen hänvisning till litteraturen eller — i sammanhanget kanske mindre närliggande — till den komparativa rätten. Ingen principiell argumentation rörande beloppets bestämmande över huvud taget.

Den här typen av domskäl återspeglar som jag ser det närmast ett rättssäkerhetsproblem. Att skadan i sig inte kan bestämmas efter objektiva kriterier — återigen: vad nu än objektiva kriterier innebär — är en sak. Hur stor är skadan av min personliga integritet om jag blir våldtagen? Det går naturligtvis inte att säga med någon precision.<sup>34</sup> Men denna svårighet vid skadebestämningen kan inte tas till intäkt för att även skadeståndsbestämningen kan göras skönsmässigt genom allmänna skälighetsbedömningar. Snarare tvärtom.

Om det nu är så att skadebegreppet vid kränkning inte i ett enskilt fall kan relateras till en verklighet som kan bevisas enligt normala riktlinjer så är det väl desto viktigare — av förutsebarhetsskäl — att utveckla schabloner och allmänna hållpunkter för bedömningen.<sup>35</sup> Och

Disguise, 38 Texas Law Review, s. 1 ff. (del 1) resp. s. 257 ff. (del 2) (1959–60). Sådana approacher är dock missriktade — de har ett dåligt förklaringsvärde och är rättspolitiskt, men även praktiskt, problematiska, vilket jag dock inte har utrymme att diskutera vidare här.

<sup>34</sup> En annan aspekt av detta är frågan om det över huvud taget går att jämföra olika typer av kränkningar. Går det att jämföra den kränkning det innebär att bli diskriminerad p.g.a. sin sexuella läggning med den kränkning det innebär att bli utsatt för ett sexualbrott? Min egen uppfattning är att så länge rättsordningen väljer att använda sig av samma begrepp i båda dessa situationer så är det en självklar utgångspunkt för såväl tillämparen som akademikern att det *går* att göra sådana jämförelser. Högsta domstolen antyder om än ganska försiktigt en liknande inställning i NJA 2006 s. 170.

<sup>35</sup> I ett färskt beslut (Högsta domstolens beslut den 29 oktober 2007 i Ö 4869-06, den s.k. ”smygfilmningen”) i ett fall rörande ett skadeståndsanspråk som grundade sig på Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna — där käranden framhöll konventionens ”horisontella effekt” i ett mål mot ett privaträttsligt subjekt —

bestämningen av själva skadeståndet måste av samma skäl rimligen också följa sådana schabloner. Genom sådana schabloner skapas i vart fall en viss förutsebarhet i bedömningarna, när denna förutsebarhet inte kan åstadkommas genom uppskattningar av empiriskt iakttagbara effekter.<sup>36</sup>

Huruvida domstolen i det senaste fallet som ovan togs till utgångspunkt för diskussionen utgått från sådana schabloner framgår inte av domen (även om det naturligtvis kan förutsättas att domstolen beaktat tidigare praxis). Men frågan är om det inte *borde* ha framgått av domen. Kränkingsfall medför frågor där både offer och allmänhet är särskilt angelägna om att få veta skälen bakom bedömningen.<sup>37</sup> När offret eller allmänheten i detta fall får domen i sin hand och letar efter svar på frågan ”Varför prutade Högsta domstolen på mitt skadeståndsanspråk för denna vidriga upplevelse?” så finns det inga argument alls att granska. Denna brist på information kan vara en grund för (onödigt) missnöje.

### Avslutning

Kränkingsbegreppet är i botten felkonstruerat, är denna kritiska artikels slutsats. Vad kan man då göra åt det? I realiteten är det svårt att se att det går att göra något alls åt det, i vart fall inte i det korta perspektivet. Kränkingsbegreppet har fått en stark ställning i den skadeståndsrättsliga begreppsfloran. Kanske är det till och med just den pragmatiska (läs: öppna) tolkningen av begreppet som givit den dess popularitet: Begreppet kan användas för många olika ändamål. Och denna funktionella syn på kränkingsbegreppet underlättas kanske av att ingen ändå tar själva regeln på fullt allvar. T.ex. beskrivs det orsakskrav, som regeln tycks innefatta, redan i lagens förarbeten som i det närmaste en skenargumentation, för att få regeln att passa in. Om lagstiftaren intar en sådan instrumentell syn på begreppsbyggnaden är det inte förvånande att domstolarna känner sig fria i sin tillämpning.

Avslutningsvis kan det vara på sin plats att säga något om min inställning i sakfrågan. Bör en person som utsatts för ett allvarigt brott få ersättning även utöver personskadeersättning för konkreta, eko-

framhåller HD en aning oväntat som en allmän princip att ”förutsebarhet har ett centralt rättsstatligt värde”. En välfunnen principformulering.

<sup>36</sup> Erland Strömbäck konstaterade nyligen i samband med en diskussion om ideell skada att ”skillnaden i skadevärderingen på olika områden [är] närmast häpnadsväckande.”, se Erland Strömbäck, Ideell skada, i Festskrift till Bill W. Dufwa, vol. 2, s. 1101.

<sup>37</sup> Jan Kleineman noterar i ett sammanhang där han främst diskuterar den första av de två domar där en polis yrkade kränkingsersättning efter att ha blivit bespottad hur NJA 1999 s. 725 gav upphov till massmedial reaktion. Därvid noterar Kleineman framväxten av ”ett synsätt som blivit allt vanligare, nämligen att det inte längre är straffrätten utan skadeståndsrätten som fyller funktionen att återställa ordningen efter kränkningen”, Jan Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt — ett samhällsproblem eller en rättvisefråga, SvJT 2003, s. 319 ff., på s. 328. Min kursivering.

nomiska effekter av skadan?<sup>38</sup> Självklart. Självklart skall även ideella värden kunna vara skadeståndsberättigande. Som det ser ut i dagsläget är det dessutom så att det inte säkert går att nå rimliga lösningar enbart genom tillämpning av punkten 3 i 5 kap. 1 § (sveda och värk-punkten). På något vis är det alltså rimligt att skadeståndsrätten hittar lösningar som möjliggör ersättning även för andra ideella värden än de som idag ersätts enligt sveda och värk-punkten i skadeståndslagen. Saken är dock den att kränkingsbegreppet fördunklar de övervägandena som bör vara vägledande för dessa bedömningar och gör dessutom skadeståndet svårmotiverat ur ett övergripande rättspolitiskt perspektiv.

Hur skulle man istället kunna konstruera en fungerande ersättningslösningar för dessa situationer? Kanske räcker det med en förändrad inställning till kränkingsbegreppets innebörd, en omtolkning av begreppet. En lämplig början torde kunna vara att anknyta till den diskussion som nu förs om rätten till skadestånd för rättighetskränkningar.<sup>39</sup> Rätten till sin person och sin integritet är självklara rättigheter och ansvarsgrundande inskränkningar i dessa rättigheter bör prima facie ge upphov till ersättningsskyldighet. Skillnaden mellan ett sådant synsätt och den nuvarande ersättningsmöjligheten är att det ger en — vill jag gärna tro — robust teoretisk överbyggnad till skadeståndet i dessa situationer.

Även vid ideella skador bör emellertid rätten till skadestånd förankras i de moraliska värden som underbygger skadeståndssystemet. Min uppfattning är således att även kränkingsinstitutet, eller hur man än väljer att konstruera reglerna om ideellt skadestånd, bör betraktas ur ett individuellt perspektiv. Det betyder inte att brottsoffrets personliga uppfattning om vad som hänt måste tillmätas avgörande vikt, ibland kan schabloniseringar vara påkallade. Men det behövs en teoretisk omfokusering i synen på de ideella ersättningarna: Det är brottsoffer A:s egen, *personliga* integritetsinskränkning som skall beaktas, inte A:s ideella andel i någon form av integritetskollektiv eller en

<sup>38</sup> Jan Hellner, å andra sidan, uttryckte tveksamheter kring det berättigade i att beakta ideella värden, som värdet att kunna utöva sina intressen, i ett samhälle med begränsade ekonomiska resurser, se Jan Hellner, *Minima Curat Pretor*, JT 1992/93, s. 692 ff. Hellners utgångspunkt var NJA 1992 s. 642, där en sportdykare erhöll ersättning med 500 kr för att han inte längre kunde fortsätta med dykningen. 500 kr får nog betraktas som en symbolisk summa, även i beaktande av inflationstakten sedan 1990-talets början (jfr Jan Kleineman, *Skadeståndsrättens tillväxt — ett samhällsproblem eller en rättvisefråga*, SvJT 2003, s. 319 ff., s. 329.) Och en följdfråga blir då: Vad åstadkommer man med en ersättning för ideell skada om man värderar de ideella skadorna så lågt? I common law-rättsordningar talar man ibland om "*nominal damages*" som är väldigt låga skadeståndsbelopp som kan utges när någons rättighet kränkts, men ingen skada kan konstateras. Det kan t.ex. gälla vid "trespass to land", se t.ex. Dan Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul 2000, s. 97 och 113. Denna syn på skadeståndet tycks inte ha någon förankring alls i svensk skadeståndsteori. Det är en bra sak: Om man nu över huvud taget skall beakta rättigheter som skadeståndsrättsligt skyddade intressen vore det väl märkligt att värdera dem så väldigt lågt.

<sup>39</sup> Se senast Ds. 2007:10, s. 59 ff.

idealiserad bild av vilken typ av person A är. Vidare så bör det även vid skadestånd för ideella skador vara *skadan* och inte handlingen som läggs till grund för skadeståndsbedömningen, även om det i praktiken ofta är rimligt att anta att den ideella skadan påverkas av vilken typ av brottslig gärning som förekommit. Det centrala härvid är emfasen: *I skadeståndsrätten skall vi fokusera på enskilda offer och individualiserade ansvarsmoment — inte på gärningar, gärningsmän eller samhället.* Det bör vara ett ledmotiv även i synen på ideell skada.