Litteratur

SABINA HELLBORG: Diskrimineringsansvar: En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering, Iustus förlag, 2018. 528 s.

Inledning

Sabina Hellborg disputerade den 25 maj 2018 på avhandlingen Diskrimineringsansvar. Jag var opponent. Denna anmälan av doktorsavhandlingen vilar i delar på de synpunkter jag framförde och den diskussion som därefter följde vid disputationen. Innan jag fortsätter i enlighet med de outtalade premisser som gäller för en opponents eller betygsnämndsledamots anmälan av en avhandling vill jag redan inledningsvis vara väldigt tydlig.

Det här är en väldigt bra rättsvetenskaplig avhandling av klassiskt snitt. Rejäl, trygg — och föredömligt korrekturläst. Omdömet att det är en klassisk avhandling ska i detta sammanhang betraktas som en komplimang. Jag är, som jag uttryckt i några sammanhang, i grunden positiv till att rättsvetenskapen tillförts nya perspektiv och nya paradigm. Disciplinen har blivit rikare genom att ha breddats, genom att brytas mot andra vetenskapliga discipliner som nationalekonomi, filosofi eller sociologi. Men även genom andra ”law and”-hybrider och postmoderna infallsvinklar.

Detta sagt: Jag är likaledes positiv till att det finns forskare som väljer att verka inom det traditionella rättsdogmatiska programmet. Åtminstone om det utförs med sådan säkerhet och noggrannhet som Sabina Hellborg visat i sin framställning. Det här är i sig, tror jag, något som kan vara värt att reflektera över i det rättsvetenskapliga samtalet. Thomas Kuhn blev berömd för sin iakttagelse, inte bara vetenskapsteoretisk utan åtminstone delvis vetenskapssociologisk, om vetenskapliga paradigm som följer efter varandra i en kedja av dynamisk utveckling. Men i rättsvetenskapen ligger det annorlunda till. I rättsvetenskapen kan gamla vetenskapliga ideal leva vidare, vid sidan om ”revolutionerna”.

I denna recension tas vissa aspekter på temat diskrimineringsansvar och diskrimineringsersättning, utifrån olika ämnen som boken behandlar, upp till diskussion.[1] Och det finns mycket att diskutera! Sabina Hellborgs avhandling är en inledning till många rättsliga, rättspolitiska och rättsvetenskapliga samtal.

Ett ämne i tiden med en tidlös (?) metod

Doktorsavhandlingen tar ett samlat grepp på diskrimineringsansvaret. Ämnet är glödhett. Det finns idag en närmast global diskussion om ett s.k. kulturkrig; där (faktiska eller fiktiva) konflikter mellan olika kulturer eller ideologier står i förgrunden. Migration och friktion mellan olika värdesystem står i fokus för den allmänna debatten. Det räcker att bara nämna några fraser som hämtade ur rubriker i en kvällstidning så blir avhand-

[1] När jag hänvisar till olika sidor i parentes så avses den recenserade doktorsavhandlingen. När jag skriver ”författaren” är det Sabina Hellborg som avses.

lingens samtidsrelevans uppenbar: Den abortvägrande barnmorskan, slöjan på arbetsplatsen eller chefen och #metoo.

Det här är med andra ord en framställning som ligger rätt i tiden. Samtidigt finns det inget som tyder på att författaren själv valt ämnet för att det är politiskt eller medialt ”inne”; det finns ingen skönjbar opportunism bakom projektet. Närmast tvärtom. Undersökningen tar ö.h.t. inte särskilt mycket intryck från den debatt som kringgärdat dessa frågor utanför rättskällorna.

Att hålla sig till rättskällorna är helt i linje med det klassiska rättsdogmatiska synsätt som författaren anlagt. En möjlig kritik är härvid, åtminstone om man delar den mer samhällstillvända syn som jag själv har på rättsvetenskap, att den strikta metoden, speciellt när det är ett ämne av det här slaget, framstå som en smula världsfrånvänd. Det är ur vetenskaplig synvinkel metodologiskt renlärigt att bygga slutsatserna på rättskällegrund. Det innebär dock inte att det är förbjudet att göra nedslag i den politiska diskussionen för att ge kontext. Men det här är förstås inte bara en fråga om metodologiska val utan även om forskarens läggning.

Struktur

Avhandlingens systematik är stram, genomtänkt men inte helt självklar. De första två kapitlen av boken — inledningen och ett avsnitt som innehåller en redogörelse för bakgrunden och kontexten till dagens lagstiftning — är, kan man säga, intuitivt upplagda. När det gäller senare kapitel finns det emellertid tematiska överlappningar.

Tredje kapitlet tar upp diskrimineringsansvarets övergripande utformning och innehåller en redogörelse för diskrimineringsförbuden, dess tillämpningsområden, diskrimineringsgrunderna och undantag från förbuden, samt även ett bevisrättsligt avsnitt. Det efterföljande fjärde kapitlet, ansvarsprövningen, tar upp de centrala momenten i just ansvarsprövningen: missgynnande, särbehandling och sambandskravet. I detta kapitel beskriver författaren hur hon skär frågorna på en annan ledd och att syftet med det är att undvika upprepningar. För egen del framstod det vid en första läsning som att det hade varit mer naturligt att låta kapiteluppdelningen följa förbuden och ta upp varje moment i ansvarsbedömningen under varje respektive diskrimineringsförbud, med hänvisningar i relevanta delar. Efter ytterligare genomläsningar av avhandlingen ändrade jag mig emellertid. Systematiseringssyftet tillgodoses bättre genom den struktur som valts, även om det i vissa avseenden finns en risk för att undersökningen kan ge intryck av en forskare som försöker slå i fyrkantiga klossar i de runda hålen på Brio-lådan.

Strukturen ger upphov till fler funderingar. I några avseenden framstår vissa delar av ett kapitel som systematiskt avvikande. Tydligast är kanske att kapitlet om diskrimineringsersättning, kapitel 5, även tar upp andra påföljder, som ogiltighet och ekonomisk ersättning. I en mindre sträng systematik hade det inte varit något jag reagerat på, men i denna tighta framställningsform är sådana inslag anomalier. Som läsare är jag dock enbart positiv till dessa små eftergifter som tillfredsställer den som är intresserad av att få en helhetsbild av diskrimineringsrättens sanktioner.

Metod

Författaren använder sig, som redan nämnts, av en klassisk rättsdogmatik: Hennes syfte är att tolka och systematisera gällande rätt. Det är inget fel med det. Det traditionella perspektivet på den juridiska forskningsupp-

giften har många fördelar, inte minst för att det ger goda förutsättningar för ett samtal som inte stannar vid universiteteten utan kan nå ut även utanför de akademiska sammanhangen. Personligen är jag — och f.ö. även statsmakterna — förtjust i tanken på en interaktiv diskussion mellan rättsvetenskapen och det praktiska rättslivet/lagstiftaren. Det här är en bok som förtjänar att ligga på varje diskrimineringsintresserad jurists arbetsbord. Med det sagt och mot bakgrund av författarens iakttagelser om att ”den juridiska genren sätter gränser för vad som tas upp samt definierar vad som anses juridiskt relevant” (s. 31) hade jag gärna sett att författaren ägnat några rader åt att diskutera skillnaden mellan den *juridiska* verksamheten och den *rättsvetenskapliga* verksamheten. Om det är den juridiska genren som står för premisserna blir följdfrågan vad som förvandlar en juridisk undersökning till en vetenskaplig undersökning.

Vad gäller valet av rättsdogmatiken hade jag också gärna läst mer om *varför* just denna metod valdes och vad alternativkostnaden med metodvalet är. Vad hade kunnat göras istället? Vilka andra perspektiv hade kunnat vara intressanta för att belysa ämnet?

Det finns en i angloamerikansk rättsvetenskap livlig debatt om olika skadeståndsrättsliga paradigm; dessa utgör en form av fullständiga forskningsprogram. En liknande diskussion finns i andra rättsvetenskapliga discipliner, kanske särskilt i privaträtten. Dessa paradigm rör sig, om jag ska försöka mig på en väldigt svepande karakteristik med fokus på de mest framträdande skolorna, i tre kluster: 1) *Rättsekonomiska* perspektiv i vid bemärkelse (som även rymmer t.ex. spelteori), 2) *rättsfilosofiska* perspektiv som rymmer rättviseteorier — ”korrektiva” och ”distributiva” — liksom den s.k. ”civil recourse”-teorin och 3) *kritiska* perspektiv, som inkluderar alltifrån traditionell critical legal theory till postmoderna perspektiv som kan ha genusteoretiska, queerteoretiska eller rasteoretiska infallsvinklar. I det senaste fältet kan även s.k. intersektionalitetsperspektiv placeras. Med undantag för intersektionalitetsteoretiska infallsvinklar återfinns inget av denna debatt i avhandlingen. Det är förstås författarens val, men som läsare blir jag nyfiken på varför dessa andra infallsvinklar inte får komma till tals. Jag blir även fundersam kring varför just intersektionalitetsteorin ges visst utrymme givet den metodologiska ramen i övrigt.

Utifrån ett internt, rättsdogmatiskt perspektiv väcker formen även mer handfasta metodfrågor. Delar av analysen är starkt beroende av ett eller några få rättsfall. Det framstår för mig som att den stränga rättsdogmatiska systematiseringen kan vara sårbar om den står och faller med en närläsning av ett eller ett par fall. Samtidigt är jag förstås medveten om att författaren inte har så mycket till val. Om det inte finns något annat än spik står valet mellan att koka soppa på den eller att gå hungrig.

Stilistik

Frågor om stilistik är underskattade i den rättsvetenskapliga diskussionen. Man kan betrakta stilistiken som en fråga om metod, men man kan också betrakta den som en självständig frågeställning. Det är också ett intressant tema ur olika vetenskapsteoretiska perspektiv — stilistiska val säger ofta något, om än oftast implicit, om författarens syn på förhållandet mellan författare och undersökningsobjekt — om ontologi, om man så vill. Jag är medveten om att det här kanske kommer som en boll från sidan av planen, men jag hade gärna sett några självreflekterande synpunkter på stilistiken i denna avhandling.

En sak jag särskilt funderar över är det objektivt hållna språket och förhållningssättet till rättskällor. Prosan är traditionell. Men finns det inte en risk med ett sådant stilval? Rättstillståndet målas upp som en monolit, som Verkligheten med stort ”V”. Kan en sådan framställningsform i sig möjligen innebära ett främjande av status quo? Och är inte det i sig i sådana fall ett intagande av en icke-neutral position? Det är inte neutralt att förhålla sig neutral till gällande rätt. Det är ett val och varje val har en kostnad.

Bakgrund och kontext

Jag går nu över till de materiella delarna av avhandlingen. Det historiska avsnittet i andra kapitlet har en självklar relevans. Bakgrundsberättelsen är intressant inte bara ur rättsvetenskaplig synvinkel utan även som allmänbildning. Historieskrivningen inleds med lagen från 1980 — fanns det ingenting alls tidigare? frågar jag mig — och går fram till dagens situation.

Rättsutvecklingen beskrivs som en vandring genom civilrätten, från arbetsrätt till skadeståndsrätt. Det är näringsrik läsning, inte minst för de av oss som inte arbetar med arbetsrätt varje dag. Arbetsrättens ersättningar har ur skadeståndsrättslig synvinkel levt sitt eget liv. De framstår delvis som aparta och (med risk för att begå det typiska misstaget att underskatta komplexiteten i ett ämne för att man inte kan det tillräckligt väl) inte helt genomanalyserade. Diskrimineringsersättningarna är däremot väldigt väl genomtänkta genom olika utredningar och nu även genom en gedigen avhandling. Det får mig att undra om diskrimineringsrättens utveckling kan få en påverkan tillbaka på arbetsrättens ersättningar? Finns det lärdomar för det allmänna skadeståndet, t.ex.?

Författaren tar upp många intressanta aspekter i ett avsnitt om diskrimineringsfrågorna och civilrätten ”— nutida och framtida vägskäl”. Analysen inleds med reflektioner kring spänningen mellan kollektiva och individuella intressen, hur den diskriminerade blir en symbol för en gruppbestämd diskrimineringsgrund etc. Här finns också en spännande infallsvinkel om civilrättens konstitutionalisering, som hör till samtidens heta ansvarsrättsliga ämnen.[2] Kanske borde dock denna diskussion inkludera mer inslag av den konstitutionella rättens skadeståndsrättifiering. Mötet mellan disciplinerna handlar nämligen inte bara om hur skadeståndsrätten ställts i den konstitutionella rättens, eller de mänskliga rättigheternas, tjänst. Det går även att beskriva utvecklingen från det andra hållet. Det var skadeståndsrätten som hade verktygen som den konstitutionella rätten behövde.

Diskrimineringsansvarets utformning

Det tredje kapitlet tar upp diskrimineringsansvarets grundläggande förutsättningar. För den som inte är inne i diskrimineringsfrågorna sedan tidigare är detta en aning svårt att hänga med i. Taxonomier läggs på varandra: Förbuden, tillämpningsområdena, diskrimineringsgrunderna och undantagen. Därtill tar kapitlet upp de i diskrimineringsrätten speciella bevisfrågorna.

Denna del av boken tar upp flera aspekter av de diskrimineringsfrågor som varit på tapeten i den politiska diskussionen under senare tid, däri-

[2] Se senast Jan Kleineman, Konstitutionell skadeståndsrätt — Framtidsvision eller demokratisk återvändsgränd?, JT 2018–19, s. 23 ff.

bland distinktionen likabehandling i bemärkelsen att alla ska få lika förutsättningar (formell likabehandling) och likabehandling i bemärkelsen att resultatet blir lika (materiell likabehandling). I denna del förekommer påståenden som jag är något frågande inför. Det påstås t.ex. att ett strikt betonande av formell likabehandling tenderar att bevara den rådande ordningen medan ett betonande av den materiella likheten öppnar upp för förändring. Men stämmer det? Leder positiv särbehandling riktad mot det ena könet i en viss bransch, t.ex., till ett mer jämlikt samhälle på det område den tar sikte på? Och leder ett betonande av att alla ska behandlas lika i formell bemärkelse verkligen till bevarande av status quo? Svaren är möjligen jakande på alla dessa frågor, men framställningen ger i denna del inte tillräckligt stöd för slutsatsen.

Författaren fokuserar på det civilrättsliga diskrimineringsansvaret och det är i linje även med lagstiftarens fokusering: I diskrimineringslagen är det ersättningsansvaret som utgör det centrala remediet mot diskriminering. I det tredje kapitlet tas emellertid även det straffrättsliga diskrimineringsansvaret upp, brottet olaga diskriminering i 16 kap. 9 § BrB.

Det är en spännande rättsutveckling som skett, i det att civilrätten kommit att ta över de funktioner som ur traditionell synvinkel framstår som en sak primärt för straffrätten. Det väcker dock frågor. Brottet olaga diskriminering hör till det regelkomplex som tillsammans med hets mot folkgrupp och påföljdsregeln i 29 kap. 2 § 7 p. utgör svensk rätts straffrättsliga reaktioner på s.k. hatbrott. ”Räcker” det med det civilrättsliga ansvaret? Och för egen del blir jag härvid nyfiken på vad omorienteringen från straffrättsliga påföljder till civilrättsligt ansvar innebär för Sveriges internationella åtaganden.

Ett sammanhängande spörsmål. HD har i NJA 2014 s. 499 tydligt förklarat att diskrimineringsersättningen består av två komponenter, en upprättelseersättning och ett preventionspåslag. Utgångspunkten för ersättningens bestämmande är kräkningens allvar som ersättningen ska syfta till att kompensera (upprättelseersättning). Därutöver ges intresset av att motverka diskriminering betydelse genom att till den kompenserande ersättningen adderas ett ersättningsbelopp som har syftet att avskräcka (preventionspåslaget). Detta aktualiserar en känd tematik, nämligen förhållandet mellan ersättningar som prevention/avskräckning och som straff. Ett straff, t.ex. en pålaga i form av en ersättningsskyldighet, kan motiveras av ett strävande att motverka visst risktagande eller agerande. Men det kan även motiveras med en önskan om att bestraffa vissa beteenden eftersom dessa beteenden, i sig, förtjänar straff (retributiv rättvisa). HD har i det nämnda fallet framhållit att preventionspåslaget har karaktär av ett straff, utan att förklara saken närmare. Det leder till en fråga som i svensk rätt senast aktualiserats i samband med den skatterättsliga påföljden skattetillägets förhållande till principen om *ne bis in idem.* (Se NJA 2013 s. 502.) Om nu diskrimineringsersättningen enligt HD är ett straff, kan ne bis in idem-problem uppkomma för det fall åtal för olaga diskriminering aktualiseras? Kan den som har betalat diskrimineringsersättning efter att Diskrimineringsombudsmannen (DO) fört en process inför ett eventuellt åtal hävda att ett straff skulle stå i strid med rätten att inte bli dömd två gånger i samma sak?[3]

[3] Jag återvänder till frågan om bestraffande skadestånd som prevention eller straff för sin egen skull strax nedan.

Ansvarsprövningen

Det fjärde kapitlet behandlar ansvarsprövningen. Här förs en diskussion om de allmängiltiga förutsättningarna: Missgynnande, särbehandling och orsakssamband. Terminologin, för mig som alltså inte vanligtvis arbetar med diskrimineringsrätt, är delvis något förbryllande. Det centrala begreppet missgynnande låter för mitt språköra som något som närmast tar sikte på handlingssidan, det någon *gör*, medan det i diskrimineringsrätten tar sikte på en *effekt* (s. 242). Effekten kan föreligga på såväl individnivå (s. 249) — A får sämre lön för att hon är kvinna — som på gruppnivå (s. 250) — B, som lever i ett homosexuellt partnerskap med en kvinna, får inte tillgång till inseminationsbehandling eftersom hennes partner redan har genomgått sådan behandling och det finns en begränsning i tillgång till sådan behandling som knyts till par. Det låter för mig som olika typer av effekter, som olika ”saker”. Måhända är detta en förklaring till att begreppsbildningen på diskrimineringsrättens område understundom framstår som spänd, genom att individuella och kollektiva intressen hanteras inom samma begreppsapparat.

Diskrimineringsrätten använder sig av sin egen variant på de i ersättningsrätten i övrigt erkänt knepiga hypotetiska proven. Vid bedömning av om någon blivit särbehandlad i en situation av direkt diskriminering, t.ex., måste en jämförelse göras med hur käranden blivit behandlad och hur en annan person, som kan vara en hypotetisk person, blev eller skulle ha blivit behandlad. Hypotetiska prov är ett klassiskt ämne i ansvarsrätten, och aktualiseras inom ansvarsgrundsbedömningen, orsaksbedömningen, skadebestämningen och skadeståndsbestämningen. Hur dessa prövningar ska utföras är emellertid omdiskuterat. Tidigare användes, vid ansvarsgrundsbedömningen i fall av culpaansvar, en jämförelse mellan hur den påstått ansvariga agerat och antaganden om hur en särskilt aktsam person skulle agerat. (Metoden används understundom även idag.) Avhandlingen tar härvid upp vissa problem med att använda sig av sådana här hypotetiska personer som jämförelseobjekt vid bedömningen av särbehandling. Det görs därvid reflektioner kring om en alternativ modell, som inspirerats av den s.k. bonus pater familias-konstruktionen i skadeståndsrätten, skulle kunna användas i diskrimineringsrätten. Bonus pater familias är dock en figur som i skadeståndsrätten idag mest tas upp för att hånas (vilket författaren även är inne på). I denna del undrar jag om kopplingen till bonus pater familias egentligen tillför den diskrimineringsrättsliga ansvarsanalysen något.

Vidare: En ansvarsförutsättning i diskrimineringsrätten är att det föreligger ett orsakssamband (kausalitet). Sambandskravet ställs upp i alla möjliga ansvarsrättsliga sammanhang: den allmänna skadeståndsrätten, straffrätten, obligationsrätten, expropriationsrätten och immaterialrätten etc. I angloamerikansk teori har det understundom betonats att orsakskravets innebörd kan eller bör betraktas på samma sätt inom alla rättsområden. Ett inflytande verk är Harts & Honorés *Causation in the Law*. En sådan inställning framstår för mig som analytiskt lämplig, åtminstone som utgångspunkt. Författaren håller inte med utan framhåller att det finns anledning att vara restriktiv med att dra växlar på skadeståndsrättens orsakskläror på diskrimineringsrättens område (s. 297). Det här ställningstagandet, som är något förvånande, hade förtjänat fördjupning. Det finns enligt min mening en uppenbar fördel med att sträva efter att betrakta innebörden av grundläggande begrepp på likartat sätt inom olika ansvarsrättsliga discipliner.

Diskrimineringsersättningen

Det femte kapitlet tar upp diskrimineringsersättningen och ersättningsbedömningen. Det inleds med en distinktion mellan ersättningens syften och funktioner. Det här är uttryck som används på olika sätt i olika framställningar och sammanhang. Jag blir inte helt klok på hur författaren mer precist använder uttrycken i sin framställning (s. 345 f.) Hur det än är med det tar avhandlingen i denna del ett krafttag på den notoriskt hala begreppsbildningen kring kompensation/reparation och prevention som problematiseras på ett intressant sätt i avsnittet. En reflektion i sammanhanget är om det inte kan finnas fler möjliga kandidater i diskussionen om syften. En möjlighet, som har särskild relevans vad gäller ideell skada och som jag själv tidigare varit inne på (vilket f.ö. noteras i avhandlingen, helt i linje med den utmärkta akribi som präglar undersökningen i sin helhet), är att en ersättning kan anses ha främst ett *deklaratoriskt* syfte, ersättningen visar på samhällets avståndstagande från den aktuella händelsen. Kan kanske detta betraktas som ett eget syfte — och inte bara som ett medel för något annat mål?

En likartad frågeställning aktualiseras genom HD:s domskäl i NJA 2014 s. 499 (I och II), som utgör ett självklart avstamp i denna diskussion. I dessa rättsfall tydliggör HD hur de preventionshänsyn som enligt lagen (5 kap. 1 § DiskrL) ska beaktas vid bestämmande av diskrimineringsersättningen ska beaktas i bedömningen. HD delar härvid upp diskrimineringsersättningen i två komponenter: En första del som ska ge den diskriminerade rimlig kompensation, av HD benämnd *upprättelseersättning*, och en andra del som ska bidra till att effektivt motverka diskriminering i samhället, som fick beteckningen *preventionspåslag*. HD beskriver i avgörandet preventionspåslaget som ett *straffskadestånd* (som avhandlingen behandlar i avsnitt 5.2.6., s. 373 ff.). Termen ”straffskadestånd” tenderar att ge skandinaviska jurister samma typ av hicka som väldigt stark mat kan orsaka. Man kanske främst förknippar termen med skyhöga ”punitive damages” i USA, som understundom används som en jämförelse även i Sverige för att skrämma politiker för att försöka förmå dem att begränsa ansvaret för olika yrkesgrupper.

En intressant fråga är hur ett bestraffande skadestånd ska förstås i en svensk kontext. Är straffet målet eller medlet för att uppnå målet. Annorlunda uttryckt: Finns det ett intrinsikalt värde i bestraffningen eller är värdet instrumentellt bestämt — bestraffningen är ett verktyg för att åstadkomma prevention. I fallet diskrimineringsersättning är det kanske naturligt att betrakta det bestraffande inslaget i ersättningen som ett instrumentellt värde — ersättningen har ett bestraffande inslag för att det antas främja preventionen. Men kan inte ett bestraffande skadestånd ha som syfte just att straffa, alldeles oavsett vad det leder till för effekter? Det djupare syftet kan vara retribution, *för sin egen skull*, mot personer som diskriminerar och inte för att det leder till något bra i förlängningen.

Det här leder mig till en allmän fundering om prevention. Preventionsargument skulle ofta vara betjänta av solid empiri, men sådana belägg är ovanliga i rättspolitiska eller juridiska diskussioner. Det skulle vara nyttigt att höra vad sociologerna säger om hur ansvarsrisker påverkar människors agerande på de olika områdena. Det är idag vanligare med gissningar. Min egen gissning är att i vart fall vid beloppshöjningar för t.ex. kränkningar eller diskriminering så är preventionseffekten låg eftersom folk inte vet något om vilka nivåer ersättningen ligger på ändå (annat än, om jag fortsätter gissa, allmänna antaganden om att ersättningen är ”låg”).

Preventionspåslag med punitive damages-inslag har förekommit tidigare, t.ex. förhållandevis explicit i Svenska Hustler-målet (NJA 1994 s. 637). Skadeståndsrätten imploderade inte för det.

Författaren skriver (s. 354) i denna diskussion att allmänprevention även kan uppnås genom att fler mål prövas. Det är en insiktsfull synpunkt. Den kan jämföras med den, när detta skrivs, i valrörelsen pågående diskussionen om hårdare straff. Det viktigaste ur preventionssynpunkt är kanske inte längden på fängelsestraffet utan en mer effektiv lagföring. Samma funderingar väcks i samband med de avskräckande diskrimineringsersättningarna. Det viktigaste kanske är att fler mål drivs och att fler diskriminerande aktörer hålls ansvariga.

Tillbaka, kort, till kompensationstanken. Avhandlingen tar upp (s. 348) svårigheten med att kompensera för ideella skador. Det här kallas ibland för *inkommensurabilitetsproblemet* — tanken om en fundamental oöversättlighet: den ideella skadan och pengar har inget gemensamt språk — och har varit en omdiskuterad sak i rättsvetenskapliga sammanhang under de senaste tio åren. I uppmjukad form har detta i högre eller lägre grad påverkat synen på ersättning för ideell skada. Ersättningen kan aldrig reparera en ideell skada i egentlig mening. Pengar kan aldrig återställa brottsoffret, den diskriminerade eller den som utsatts för ett övergrepp till den situation hon skulle ha varit i om hon inte utsatts för den aktuella händelsen. Istället kan ersättningen handla om att lindra verkningarna. Denna diskussion ska inte upprepas här men det finns en iakttagelse i utkanten av inkommensurabilitetsproblemet som framställningen riktar uppmärksamheten mot. Författaren framhåller att HD talar om att pengarna vid diskriminering kan ge en adekvat känsla av upprättelse inom ramen för kompensationsersättningen. Det här reser frågor. Är det fortfarande kompensation som är syftet med detta synsätt? Har man inte lämnat kompensationsparadigmet, om man utgår från att diskriminering (liksom kränkning) är en objektivt iakttagbar påverkan på någons rättigheter eller integritet, genom att sikta in sig på de subjektiva känslorna?

Som nyss nämnts framhåller författaren att preventionssyftet främjas genom att fler fall går till domstol; det ska kosta att diskriminera, sägs det, men om risken för att diskriminering faktiskt leder till en rättslig prövning är låg så är även kostnaden låg. Avhandlingen har härvid en intressant diskussion om ersättningsreglernas instrumentella funktion (s. 379 f.) och att de kan förmå individer och organisationer att driva processer vilket i sin tur främjar reglernas efterlevnad. Det här är en sak som diskuterats en hel del i såväl teorin, inte minst i rättsekonomin, och i den juridiska verkligheten, t.ex. i samband med det arbete som bedrivs av organisationer som Centrum för rättvisa. Här har jag en annan uppfattning än författaren, som menar att det är främmande med sådana här former av juridisk aktivism i Sverige. Det är i och för sig sant, förstås, att civilsamhället erbjuder begränsad tillgång till rättspolitiskt besjälade jurister som arbetar gratis för att påverka samhället. Men det finns trots allt en hel del sådana initiativ. Klart är emellertid, enligt min mening, att det finns utrymme för lagstiftaren att göra mer för att uppmuntra sådana initiativ om hon vill ta den avskräckande tanken på allvar. Jag tror för egen del att det finns betydligt mycket större preventionspotential i att stimulera civilrättsligt ansvarsutkrävande vid olika former av kränkningar som inte är orsakade av särskilt allvarliga brott, än i straffrätten. Härvid finns det dessutom i Sverige en speciell form av hybrid mellan offentligrättsligt och civilrättsligt ansvarsutkrävande, genom att myndigheter har

fått i uppdrag att använda sig av civilrättens verktyg för att motverka samhälleligt oönskade beteenden (som ofta, f.ö., är brottsliga). Diskrimineringsombudsmannen är ett exempel, men även Barn- och elevombudet arbetar på den civilrättsliga arenan.

Ersättningsbestämningen

Det sista substantiella kapitlet i avhandlingen undersöker ersättningens bestämmande och innehåller många insiktsfulla och praktiskt användbara synpunkter. Utgångspunkten för ersättningens bestämmande är en allvarlighetsprövning. Det finns härvid (ännu en gång) kopplingar till kränkning genom brott, som också utgår från kränkningen allvar.

Det finns även andra infallsvinklar. Jag är medveten om att jag ofta är ensam om att fundera kring om även obehörig vinst-idéer kan appliceras i en sådan här ersättningssituation. Obehörig vinst-ersättningar syftar till att återställa en av rättsordningen ej sanktionerad förmögenhetsöverföring från en person (den förfördelade) till en annan (den berikade). Men obehörig vinst-resonemang används även i en något mer uppluckrad form, som ett argument för att rättsordningen ska tillhandahålla juridiska instrument som motverkar möjligheten att tjäna på att agera klandervärt. ”One should not profit from a wrong”, som man säger i engelsk rätt.

Resonemanget låter sig lätt överföras till diskrimineringsområdet. Vi vet att diskriminering inte sällan har ekonomiska incitament. Från de välkända krogdiskrimineringsfallen känner vi igen påståenden som ”Vi kan inte släppa in för många invandrare för då kommer inga svenskar.” Eftersom det sällan förekommer åtal för olaga diskriminering är diskrimineringsersättningen den enda avskräckande funktion som rättsordningen tillhandahåller. Om nivåerna för diskrimineringsersättningen är så låga att det fortfarande är, eller för den diskriminerande framstår som, ekonomiskt motiverat att diskriminera fungerar den inte preventivt, åtminstone inte om den som diskriminerar agerar enbart utifrån ekonomiska hänsyn. Obehörig vinst-argument kan ha en roll att spela här.

Avslutande kommentarer

Sabina Hellborgs avhandling väcker reaktioner, frågor och invändningar. Ovanstående synpunkter har i några fall tagit sig den senare formen, vilket ju är en del av opponentens roll. Men låt mig ännu en gång vara tydlig: Dessa invändningar har varit svåra att hitta. Det här är en utmärkt om än delvis svårtuggad doktorsavhandling. Systematiseringsarbetet håller hög klass och den vetenskapliga nivån är hög. Den vittnar om ett gediget och tidskrävande arbete, men även om ett avundsvärt sinne för ordning och reda.

Författarens avhandling är helt enkelt en magnifik forskningsinsats. Men det är inte ett verk som kommer att stänga den diskrimineringsrättsliga eller diskrimineringsersättningsrättsliga diskussionen. Det här är inte ett sådant rättsområde som kan ”läggas till rätta” genom rättsvetenskaplig analys. Debatten kommer att fortsätta. Den kommer att vara livlig och understundom aggressiv. Men i denna diskussion, åtminstone när den förs med ärligt uppsåt, kommer — och jag övergår nu till förnamn — Sabinas doktorsavhandling vara en självklar referenspunkt.

Mårten Schultz