

# Utlåtande med anledning av ansökt prövningstillstånd i Högsta domstolen

## Inledning

Jag har av Centrum för rättvisa (CfR) blivit ombedd att komma med synpunkter inför en prövning i Högsta domstolen (HD) om prövningstillstånd i ett mål mellan Arne Gavelin och staten. Detta yttrande skrivs s.a.s. pro bono – inget vederlag har utgått.<sup>1</sup>

Den fråga som jag behandlar i detta korta yttrande är om det finns ett behov av ett vägledande avgörande från HD rörande 3 kap. 4 § 2 p. och 5 kap. 8 § skadeståndslagen (1972:205), d.v.s. ansvarsregeln om det allmännas ansvar för rättighetsöverträdelser och ersättningsregeln för skada som uppkommer genom rättighetsöverträdelser. Det är primärt den senare regeln som är i centrum, men i dessa fall överlappar frågorna om skadebestämning och skadeståndsbestämning på ett sådant sätt att reglerna i praktiken går in i varandra. Mina iakttagelser rör bara behovet av prejudikat och inte den materiella skadeståndsfrågan.

## Skadeståndsrättsliga utgångspunkter

Skadeståndsrätten utgår från en okodifierad dikotomi mellan ekonomiska och ideella skador. Ekonomiska skador bestäms genom en bedömning av skillnaden mellan den ekonomiska situation som den skadelidande befinner sig i vid den tidpunkt som bedömningen utgår från och den hypotetiska situation som hon hade befunnit sig i vid samma tidpunkt, om det inte varit för den ansvarsgrundande händelse. Denna skillnad (differensen) utgör skadan. Som utgångspunkt bestäms också skadeståndet – beloppet – utifrån detta ekonomiska värde (även om det senare kan påverkas av t.ex. jämkning). Detta förhållningssätt återspeglar principen om full ersättning, som är skadeståndsrättens kanske mest fundamentala princip. Den skadelidande ska genom skadeståndet försättas i den situation hon hade befunnit sig om hon inte skadats.

Ideella skador är sådana skador som inte på ett naturligt sätt låter sig uttryckas i ekonomiska termer, på en värdeskala i pengar. När det gäller ideella skador kan således skadans omfattning och därefter skadeståndet inte värderas utifrån en bedömning av en faktisk respektive hypotetisk ”verklighet”. Istället är skadan i dessa situationer juridiska konstruktioner: skadan är vad rättskällor har bestämt att den är.

Eftersom definitionen av ideella skador är att de inte kan bestämmas ekonomiskt fastställer därmed olika rättsliga institutioner schabloner för de olika skadetyperna. Även om Högsta domstolen (HD) alltid har makten att ändra på en schablon är det för vissa skadetyper andra

---

<sup>1</sup> Transparens: Jag var tidigare ledamot av CfR:s råd och har haft återkommande underhandskontakter med dess företrädare i olika frågor sedan verksamheten startades vid millennieskiftet.

organ som står för den mesta praxisbildningen. Schablonerna för ersättning för kränkning genom brott sätts i hög grad av Nämnden för brottsskadeersättning, medan schablonerna för ideella följder av personskada i hög grad följer av Trafikskadenämndens tabeller. En fördel med dessa nämnder är att praxisbildning kan ske kontinuerligt genom en successiv utveckling mot bakgrund av ett stort underlag av skadefall. Nämnderna kan höja ersättningsbeloppen om det är motiverat av inflations-skäl eller höja eller sänka om det är motiverat av lagändringar eller nya prejudikat. En annan fördel med denna ordning är att rättsbildningen kan ske snabbt. Det tydligaste exemplet är att Nämnden för brottsskadeersättning ofta kan få fram vägledande beslut kort tid efter att nya regler i straffrätten införts.

Vid sådana ideella skador som inte prövas i de ovan omskrivna nämnderna kan rättsbildningen enbart ske genom domstolspraxis, ytterst HD. Det gäller för t.ex. diskrimineringsersättningen, kränkingsersättning för förolämpning och förtal av normalgraden – och det gäller för ideellt skadestånd vid rättighetsöverträdelser, 3 kap. 4 § skadeståndslagen.<sup>2</sup>

## Skadeståndets bestämmande vid rättighetsöverträdelser

Principerna för ersättning vid rättighetsöverträdelser utvecklades först genom HD:s rättsbildande verksamhet, med startpunkt i NJA 2005 s. 462 (Europakonventionen) och NJA 2014 s. 323 (regeringsformen) och därefter ett flertal prejudikat som klargjorde ansvaret för rättighetsöverträdelser i olika delar.<sup>3</sup> Denna utveckling ledde senare till att skadeståndslagen tillfördes de två regler som ovan tagits upp.

I rättsutvecklingen som föregick lagändringarna var frågan om ersättningens bestämmande uppe vid några tillfällen. I NJA 2012 s. 211 i utkristalliserade HD några hållpunkter för bedömningen av ersättningens storlek. Det konstaterades att skadeståndet är ett nationellt rättsmedel som kan användas vid rättighetsöverträdelser i syfte att tillgodose kravet i Europakonventionens art. 13: kravet på effektiva rättsmedel. Det konstaterades att de ersättningsnivåer som använts i den tidigare utvecklingen av konventionsskadestånd inte var "generellt sett" för låga för att tillgodose konventionens krav. Vidare fann HD att skadeståndet i dessa fall inte skulle ta vägledning av diskrimineringsersättningarna, eftersom det vid diskriminering görs ett särskilt preventionspåslag (p. 14-16)<sup>4</sup>. HD betonar vidare att

---

<sup>2</sup> Nu kan man argumentera för att praxis från Justitiekanslern kan användas som vägledning men

<sup>3</sup> Härvid är NJA 2007 s. 747 och NJA 2015 s. 899 centrala avgöranden som tydliggjorde att privata rättssubjekt inte kan ådra sig ett skadeståndsansvar direkt grundat på en rättighetsöverträdelse.

<sup>4</sup> HD framhåller i denna del att det avskräckande momentet i diskrimineringsersättningen, som HD alltså benämner som ett preventionspåslag, "inte är förenligt med allmänna skadeståndsrättsliga principer", nämligen att skadeståndet enbart är till för att ersätta skadan, p. 16. Det är ett uttalande som idag framstår som tveksamt givet den händelseutveckling som skett avseende de rent ideella skadorna i stort. Det här är, som sagt, skador som konstrueras genom rättsliga bedömningar – det är lagstiftaren och HD som genom sin praxis bestämmer vad en integritetsstörning (etc.) är värd. Som ett hemska exempel, som tydligt visar på utvecklingen, kan nämnas att ett barn som bevittnar hur ena föräldern mördar den andra föräldern fram till för några år sedan typiskt sett skulle ha tillerkänts 60 000 kr. i schabloniserad ersättning för ideell skada (allmän anhörigersättning) men idag skulle tillerkännas 60 000 kr i allmän anhörigersättning, 50 000 kr i särskild anhörigersättning (5 kap. 6 a § skadeståndslagen) och flera hundra tusen kronor i kränkingsersättning. Exemplet används här för att visa hur den ideella skada som uppkommit bestäms av rättskällor, inte av en jämförelse med en faktisk skada och hur denna bestämning vilar på närmast rättspolitiska ställningstaganden av lagstiftaren, domstolarna och Nämnden för brottsskadeersättning och inom ramen för sådana

skadeståndsnivåerna ska sättas så att ersättningen ”med viss marginal” lever upp till konventionens krav (p. 19). Bedömningen ska göras objektivt utan hänsyn till den enskildes personliga upplevelse eller känslor (p. 30). HD tar också upp ett antal faktorer som främst har relevans för den överträdelse som målet behandlade, långsam handläggning.

I 2012 års fall gör HD också jämförelser med kränkingsersättningen vid brott, som vid denna tidpunkt var den enda formen av rent ideell skada som ersattes enligt skadeståndslagen. Som en jämförelse kan ett tidigare avgörande från HD rörande ersättning vid diskriminering nämnas, NJA 2006 s. 170, där domstolen landade i ett belopp om 15 000 kr efter att ha jämfört med kränkingsnivåerna vid mordförsök och våldtäkt. Även i diskrimineringsfallet handlar det om skyddet för mänskliga rättigheter, men HD tog ändå intryck av kränkingsersättningarna vid bestämmandet av storleken på skadeståndet.<sup>5</sup> Lagstiftaren ändrade efter detta avgörande lagen eftersom ersättningsnivåerna vid diskriminering ansågs för låga för att nå upp till EU-rättens krav. Konkret kom detta till uttryck i att ersättningen bytte etikett – från att ha varit skadestånd till att bli ”diskrimineringsersättning”. Därvid skrevs även ersättningens preventionssyfte in i lagen.<sup>6</sup>

## Ingen praxis efter att rättighetsöverträdelserna blev lag

Sedan skadeståndsmöjligheten vid rättighetsöverträdelse kodifierats genom ändringarna i skadeståndslagen förekommer inga domar i saken från HD. Eftersom dessa ideella skador inte hanteras av andra rättsliga institutioner än de allmänna domstolarna saknas det därmed helt praxis vad gäller tillämpningen av 5 kap. 8 § skadeståndslagen.<sup>7</sup> Regeln är därtill i sig inte särskilt upplysande.<sup>8</sup>

## Behovet av prejudikat

Utvecklingen av ideella skador inom ramen för skadeståndslagens regelverk Den viktigaste anledningen till att det är angeläget att HD tar upp frågan om ersättningsnivåerna vid rättighetsöverträdelser är att systemet under senare år har förändrats dramatiskt när det gäller ideella skador, särskilt rent ideella skador.<sup>9</sup>

Kränkingsersättningarna har i princip fördubblats efter en ändring i 5 kap. 6 § skadeståndslagen.<sup>10</sup> Möjligheterna för poliser och andra grupper med beredskap för att

---

ställningstaganden finns det inget hinder mot att väga in preventionshänsyn. Se vidare Mårten Schultz, Brottsofferersättningarnas utveckling, SvJT 2022 s. 753 ff. Det kan f.ö. noteras att preventionssyftet återkommande förekommer som motivering till skadeståndsregler, se t.ex. om vårdnadshavares skadeståndsansvar för sina barns brott, Ds. 2009:42, s. 43 ff.

<sup>5</sup> I NJA 2012 s. 211 I p. 14 framhåller HD detta, att skyddet mot diskriminering är en mänsklig rättighet. Här finns det möjligen en viss glidning i synen på det ersättningsrättsliga skyddet för fri- och rättigheter eftersom det i allmänhet inte går att använda sig av rättighetsregler som ansvarsgrund när svaranden är ett privat rättssubjekt (NJA 2007 s. 747 och NJA 2015 s. 899) – vilket ju är det vanligaste när det gäller diskriminering.

<sup>6</sup> Se om detta Sabina Hellborg, Diskrimineringsansvar, Uppsala 2018, 2 kap. (särskilt om 2006 års fall i 2.4.3).

<sup>7</sup> Regeln behandlas dock i litteraturen, främst Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021, avsnitt 5.10 Och Bertil Bengtsson, Rättighetsansvar, Stockholm 2021, s. 130 ff.

<sup>8</sup> ”[T]jämligen intetsägande” är Bengtssons karakteristik, Bertil Bengtsson, Rättighetsansvar, Stockholm 2021, s. 130. Regeln dissekteras i Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021, s. 242 ff.

<sup>9</sup> Se för det följande Mårten Schultz, Ersättning till brottsoffer, SvJT 2022, s. 129 ff. samt ds. Ideell skada i skadeståndslagen, i Skadeståndslagen 50 år, Stockholm 2022, s. 241 ff.

<sup>10</sup> Rent rättstekniskt genomfördes denna förändring genom att lagtexten i regeln skrev om så att kränkingsersättningen tillskrev en ytterligare funktion: upprättelse. Det är härvid noterbart att ordet

utsättas för brott har utökats (genom en lagändring i 2 kap. 3 § 2 st.). En tredje form av rent ideellt skadestånd, särskild anhörigersättning, har införts (2 kap. 3 a §).

Brottsofferersättningsystemet, som tidigare varit en källa för jämförelser vid bestämmandet av skadestånd för rättighetsöverträdelse, har vad gäller ersättningsbestämmande och ersättningsnivåer de senare åren förändrats i grunden.

Jämförelser med andra rent ideella skador

HD har, som ovan tagits upp, avfärdat möjligheten att använda sig av diskrimineringsrätten som jämförelse i dessa situationer. Det finns emellertid andra rent ideella ersättningar som kan framstå som mer närliggande. En utmärkande sak för just rättighetsöverträdelser är att ansvaret uppkommer för att *det allmänna* inte i tillräcklig grad respekterat eller skyddat de grundläggande fri- och rättigheter som tillkommer varje människa just för att hon är en människa. Det går inte att bortse från att ansvaret i dessa situationer uppkommer inom ramen för en maktstruktur, där de offentligrättsliga ansvarssubjekten (viktigast är staten) har en överlägsen maktposition och den enskilde är i underläge.<sup>11</sup>

För det fall det anses finnas behov av jämförelser med andra ersättningar ligger i enlighet med detta resonemang det närmare till hands att jämföra med sådana ersättningar som utgår från en liknande strukturell situation. Frihetsberövandelagen är en möjlighet.<sup>12</sup> Justitiekanslern har utvecklat särskilda taxor för bedömningen av anspråk enligt denna lag som skulle kunna användas som ett underlag.<sup>13</sup> Det går också att jämföra med sådana ideella skadestånd som utgått enligt olika lagar som tillfälligtvis använts för att utge ersättning till vissa grupper, s.k. särskilda ersättningslösningar.<sup>14</sup> Det senare framstår dock inte som någon lämplig metod eftersom dessa lösningar inte längre används och därmed inte utvecklas, vilket är det starkaste argumentet för att ö.h.t. göra jämförelser med andra ersättningar.

Släppa kopplingen till brott och jämförelser med andra ideella ersättningar

Skadeståndsnivåerna vid rättighetsöverträdelser brukar alltså emellanåt relateras till rent ideell skada vid brott. Det är enligt min mening en koppling som bör överges. Skillnaderna mellan skadesituationerna är så stora att jämförelsen inte är relevant. Staten eller kommuner kan inte jämföras med brottslingar, i alla fall inte i allmänhet, vid rättighetsöverträdelser. Den kränkning eller upplevelse som den skadelidande drabbas av är av helt olika slag. Detta blir än tydligare när man beaktar att de brott som står i centrum för allmänna diskussioner om brottsofferskadestånd oftast är mordförsök och våldtäkt.

Ytterligare ett argument för att frigöra diskussionen om ersättningsnivåer vid rättighetsöverträdelser från brottsofferskadestånden är för att de senare befinner sig i ett tillstånd av hastig utveckling, pådriven av den politiska makten snarare än domstolarna eller Brottsoffermyndigheten.

---

upprättelse har förekommit även när det gäller konventionsskadestånd, se NJA 2013 s. 842, p. 59, 60 och 71. Bengtsson har uttryckt mild skepsis mot språkbruket, Bertil Bengtsson, Rättighetsansvar, Stockholm 2021, s. 133.

<sup>11</sup> Det här är argument som kan aktualiseras även när det gäller det "vanliga" skadeståndsansvaret för det allmänna vid fel eller försummelse vid myndighetsutövning,

<sup>12</sup> Lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövanden och andra åtgärder.

<sup>13</sup> Lagen ses över i en nu pågående utredning, se Dir. 2023:94. En bakgrund till översynen är ett omtalat beslut från JK om att utge 840 000 kr i ersättning till en person som var dömd för grov våldtäkt, för att han suttit 14 månader för länge i fängelse. Jfr. direktiven, s. 15 f.

<sup>14</sup> Se om sådana lösningar Mårten Schultz, Epidemi och ersättning, SvJT 2020, s. 1191, avsnitt 8.4.

Som redan har nämnts har förändringar i skadeståndslagen medfört stora förändringar i schablonersättning till brottsoffer. Den nuvarande regeringen har tillsatt en utredning som ytterligare ska stärka brottsoffers rätt till skadestånd.<sup>15</sup> Att hänga upp rättighetsöverträdelserna på dessa ersättningar framstår som alltmer orimligt. Enligt min mening behövs ingen koppling till andra ersättningsformer – som frihetsberövandeersättningen som togs upp ovan – heller.

## Behovet av prövning

Det vore önskvärt att HD satte ned foten och tydligt förklarade att rättighetskadestånden ska betraktas som självständiga från brottsofferskadestånden.<sup>16</sup> Oavsett hur man ser på kopplingen till andra ideella skador finns det ett uppenbart behov av riktlinjer för ersättningens bestämmande avseende rättighetsöverträdelser, särskilt andra rättighetsöverträdelser än sådana som rör art. 6.<sup>17</sup> Det är härvid angeläget att ersättningarna i dessa fall återspeglar den syn på ideell skada som präglar det ersättningsrättsliga systemet i sin helhet.

Förutom ovanstående principiella resonemang talar även sakliga synpunkter för att HD ska bevilja prövningstillstånd. Ett skäl är att det inte finns något prejudikat alls avseende ersättningsregeln i 5 kap. 8 §. De avgöranden som föregick regelns införande är inte direkt färska. Redan inflationsskäl talar således för att det finns behov av nya riktlinjer.<sup>18</sup>



Mårten Schultz  
Stockholm 2024-01-30

---

<sup>15</sup> Dir. 2023:94, som även nämnts ovan.

<sup>16</sup> Se för en annan uppfattning Karolina Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Uppsala 2021, s. 242.

<sup>17</sup> Bengtsson noterar i sin bok att utvecklingen på detta område är "oviss" vilket gör att han inte utvecklar temat om ersättningens bestämmande i framställningen, Bertil Bengtsson, Rättighetsansvar, Stockholm 2021, s. 134.

<sup>18</sup> Se för en diskussion om detta utifrån kränkingsregeln SOU 2021:64, 6.2.2.