



# Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Sara Hovi

Diskrimineringsersättningens funktioner  
– ett ersättningsrättsligt teoriperspektiv

Särtryck ur häfte 2/2016

# DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS FUNKTIONER – ETT ERSÄTTNINGSRÄTTSLIGT TEORIPERSPEKTIV

Av Sara Hovi<sup>1</sup>

*Diskrimineringsersättningen är en förhållandevis ny komponent inom den svenska ersättningsrätten. Sanktionsformen har starkt präglats av lagstiftarens vilja att separera diskrimineringsersättningen från skadeståndsrätten. Avsikten med ersättningsens införande var bland annat att möjliggöra högre ersättningssummor i diskrimineringsfall än när ideell ersättning utgår för kränkning enligt SkL. De höga ersättningssummorna har ansetts nödvändiga för att ersättningen ska medföra en av lagstiftaren önskad stark preventiv effekt. Detta har resulterat i ett för den ideella ersättningen nytt tvehövdad ersättningsschema; upprättelseersättning och preventionpåslag. I artikeln analyseras diskrimineringsersättningen utifrån funktionsteorierna reparation, prevention och retribution. Dels utreds hur lagstiftarens syn på funktionerna har påverkat diskrimineringsersättningsens utformning, och då särskilt ersättningsbedömningen. En stark, men något ogrundad, tilltro till ersättningsens preventiva funktion urskiljs. Dels diskuteras diskrimineringsersättningsens funktionsmässiga beröringspunkter med övrig kränkningarersättning. Konstateras kan att funktionsresonemangen, och då särskilt frågan om vilka funktioner som faktiskt inträder genom ersättningen, i hög grad tenderar att uppvisa likartade svagheter och styrkor oavsett om de appliceras på diskrimineringsersättning eller annan ideell ersättning.*

## I. INLEDNING

### I.1 INTRODUKTION TILL DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGEN OCH ARTIKELNS SYFTE

Genom införandet av diskrimineringslagen (2008:567), DL, introducerades diskrimineringsersättningen som sanktionsform för diskriminering.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Juristexamen vid Stockholms universitet. Artikeln bygger på författarens examensarbete "Funktionsteorier inom diskrimineringsersättningen", Stockholms universitet 2015/2016.

<sup>2</sup> DL ersatte jämställdhetslagen (1997:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion, eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om lika-behandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever. På det straffrättsliga området finns sedan år 1971 en bestämmelse i 16 kap. 9 § BrB om olaga diskriminering. I dessa fall kan ersättning dömas ut med stöd av 2 kap. 2 § och 2 kap. 3 § SkL.

Av 5 kap. 1 § 1 st. DL framgår att den som bryter mot förbuden i 2 kap. 1 § DL mot diskriminering eller diskriminerande repressalier, eller som inte vidtar åtgärder vid fall av trakasserier, ska utge diskrimineringsersättning till den diskriminerade parten för att ersätta den kränkning som handlingen inneburit. Enligt tidigare diskrimineringslagstiftning kunde en diskriminerad part erhålla diskriminerings*skadestånd*.<sup>3</sup> Trots att lagstiftaren valt att inte benämna den nuvarande sanktionen *skadestånd*, torde det inte råda någon tvekan om att diskrimineringsersättning är en form av *ideell ersättning*, eftersom den ska utgå för den *kränkning* som diskrimineringen inneburit – dvs. en ideell skada.<sup>4</sup>

DL bygger på EU-rättsliga direktiv.<sup>5</sup> I direktiven stadgas att de av medlemsstaterna valda sanktionerna mot diskriminering bör vara effektiva, proportionella och avskräckande.<sup>6</sup> Med hänsyn till detta har regeringen i propositionen till DL framfört att diskrimineringsersättningen ska ha en ”avskräckande verkan” och att påföljden ska vara ”kännbar” för den diskriminerade parten.<sup>7</sup> Vidare bör ersättningsnivåerna enligt regeringen inte kopplas till den allmänna skadeståndsrättens ersättningsnivåer – diskrimineringsfall ska avgöras ”för sig”.<sup>8</sup>

Lagstiftarens uttalanden påverkar i hög grad frågan om vilka *funktioner* diskrimineringsersättningen anses ha och hur dessa funktioner påverkar ersättningens bestämmande. Artikelns syfte är att analysera diskrimineringsersättningens funktioner och därigenom även belysa ersättningens eventuella skärningspunkter med övrig skadeståndsrätt, och då särskilt ersättning för allvarliga kränkningar genom brott enligt 2 kap. 3 § SkL. Olika aspekter av diskrimineringsersättningen lyfts fram för att undersökas i relation

---

För potentiella problem med denna dubbelreglering, se t.ex. Sandra Friberg, *Kränkningers ersättning*, 2010, lustus förlag, Uppsala (Friberg, *Kränkningers ersättning*), s. 484 f. och Märten Schultz, *Framtidens brottskadeersättning*, SvJT 2012 s. 591, på s. 601. Dessa frågor kommer inte behandlas i artikeln.

3 Se t.ex. 25 § jämställdhetslagen. Samtliga genom DL ersatta regelverk innehöll liknande skadeståndsparagrafer.

4 Prop. 2007/08:95 s. 398. Se även Susanna Fransson & Eberhard Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2015, Norstedts Juridik, Stockholm (Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*), s. 487.

5 Enligt propositionen till DL blir följande direktiv slutligt genomförda i svensk lagstiftning: likabehandlingsdirektivet (direktiv 76/207/EEG, ändrat genom direktiv 2002/73/EG), direktivet mot etnisk diskriminering (direktiv 2000/43/EG), arbetslivsdirektivet (direktiv 2000/78/EG), direktivet om likabehandling av kvinnor och män i fråga om varor och tjänster (direktiv 2004/113/EG). Se prop. 2007/08:95 s. 2.

6 Se t.ex. art. 26 i preambeln till direktiv 2000/43/EG, art. 35 i preambeln till direktiv 2000/78/EG och art. 27 i preambeln till direktiv 2004/13.

7 Prop. 2007/08:95 s. 390.

8 Prop. 2007/08:95 s. 391.

till funktionsteorierna. Därigenom utkristalliseras eventuella särdrag inom diskrimineringsersättningen som ersättningsform vad gäller dess funktioner.

## 1.2 NÅGOT OM FUNKTIONSTEORIerna OCH DERAS ROLL SOM ANALYSMEDEL

Med *funktion* avses i denna framställning ersättningens verkningar, eller effekter. Dessa kan även användas för att rättfärdiga det skadeståndsrättsliga regelverket.<sup>9</sup> Funktionerna kan samspela med varandra; jakten på en för en ersättningsform avgörande funktion är alltså inte nödvändigtvis meningsfull.<sup>10</sup> Vidare kan funktionerna studeras på ett mer övergripande plan, men även användas för att motivera ersättningens bestämmande i det enskilda fallet. Därmed bör läsaren vara uppmärksam på huruvida funktionerna diskuteras i förhållande till diskrimineringsersättningen som sådan, ersättningsnivåerna eller enskilda ersättningsbelopp. För att ytterligare nyansera funktionsbegreppet kan funktion skiljas från ändamål. Det senare avser de ”bakomliggande värderingar” som verkningarna ska uppfylla. Genom att en ersättningsform kan ha en viss funktion uppnås ett visst mål som representerar vissa värderingar.<sup>11</sup> Åtskillnaden mellan funktion och ändamål är mångfacetterad och svårdefinierad; i det följande avses dock med ändamål det tillstånd som ska uppnås genom att en funktion inträder. Exempelvis kunde sägas att om diskrimineringsersättningen har en preventiv funktion är ändamålet att diskriminering inte ska förekomma. Här bör även anmärkas att begreppen syfte och funktion i motiven till DL används synonymt. I det följande menas med ersättningens syfte ersättningens *förväntade* eller *avsedda* funktioner, medan begreppet funktion i största möjliga mån används för att diskutera de *faktiska* verkningarna.

I artikeln diskuteras diskrimineringsersättningens uppbyggnad och målsättning i förhållande till tre ersättningsrättsliga funktionsteorier, *reparation*, *prevention* och *retribution*. Det bör anmärkas att funktionsteorierna till

9 Jan Hellner & Markus Radetzki, Skadeståndsrätt, 9 uppl., 2014, Norstedts Juridik, Stockholm (Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt), s. 36, Mårten Schultz, Kausalitet, 2007, Jure, Stockholm (Schultz, Kausalitet), s. 182. Observera att funktionsbegreppet är mångfacetterat och att olika definitioner återfinns i litteraturen, se t.ex. Mårten Schultz, Kränkning, 2008, Jure, Stockholm (Schultz, Kränkning), s. 56, Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, 1993, lustus, Uppsala (Andersson, Skyddsändamål och adekvans), s. 314 f.

10 Håkan Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, 2013, lustus, Uppsala, s. 46 f., Friberg, Kränkningersättning, s. 101.

11 Se för detta resonemang bl.a. Andersson, Skyddsändamål och adekvans, s. 314, se även Jan Hellner, *Värderingar i skadeståndsrätten*, Festskrift till Per Olof Ekelöf, 1972, Nordstedts, Stockholm, s. 299–335, s. 328 ff.

stor del härrör från *skadeståndsrättslig* teori. Eftersom regeringen har velat separera diskrimineringsersättningen från övrig skadeståndsrätt kan det valda analysgreppet tyckas vanskligt. Men då artikelns syfte är att analysera huruvida diskrimineringsersättningen beträffande dess funktioner skiljer sig från den allmänna skadeståndsrätten, och då särskilt övrig ideell ersättning, är det ändå relevant att använda resonemangen som härrör från skadeståndsrättslig doktrin för att analysera diskrimineringsersättningen. Detta speciellt eftersom diskrimineringsersättningen, i likhet med kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL, ska kompensera en kränkning, och alltså verka som en ideell ersättningsform.<sup>12</sup> Det faller sig därmed naturligt att när så är möjligt utgå från vad som diskuterats beträffande funktionerna i relation till kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL.<sup>13</sup>

## 2. DISKRIMINERINGERSÄTTNING SOM SANKTIONSFORM

### 2.1 FRÅN SKADESTÅND TILL ERSÄTTNING – EFTERSPELEN AV NJA 2006 S. 170

Övergången från diskrimineringskadestånd<sup>14</sup> till diskrimineringsersättning kom starkt att påverkas av HD:s argumentation om skadeståndsnivåer i NJA 2006 s. 170, som rörde skadestånd enligt 16 § i 2003 års lag om förbud mot diskriminering. I fallet hade två kvinnor blivit ombedda att avlägsna sig från en restaurang efter att de pussats i en toalettö, och ansågs därmed ha diskriminerats på grund av sexuell läggning. Beträffande skadeståndets storlek hänvisade HD först till prop. 2002/03:65 och konstaterade att skadestånd vid diskrimineringsfall borde ligga högre än kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL. HD vidhöll visserligen i enlighet med propositionen att diskriminering utgör en allvarlig kränkning som i sig skulle kunna motivera ett

<sup>12</sup> Se not 4.

<sup>13</sup> HD har dessutom i NJA 2014 s. 499 I uttalat att åtminstone en del av diskrimineringsersättningen har stora likheter med kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL.

<sup>14</sup> Enligt diskrimineringslagstiftningen som föregick DL kunde en person som diskriminerats er-hålla *skadestånd* för den kränkning som diskrimineringen inneburit, se t.ex. 25 § jämställdhetslagen och 16 § lagen om förbud mot diskriminering. Fram till millennieskiftet gällde att diskrimineringskadeståndets storlek i arbetsrättsliga tvister skulle ta avstamp i övrig arbetsrätt, t.ex. skadestånd på grund av brott mot anställningsskyddsbestämmelser. I samband med ändringar i jämställdhetslagen kommenterade dock regeringen att, i linje med EU-rättsliga principer om mänskliga rättigheter och synen på diskriminering som en allvarlig kränkning av likabehandlingsprinciper, diskrimineringskadeståndet borde ligga på en högre nivå än vid övriga arbetsrättsliga tvister, se prop. 1999/2000:143 s. 60. Dessa låg i sin tur på högre nivåer jämfört med kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL. Detta ställningstagande fick genomslag även på diskrimineringsområdena som föll utanför arbetsrätten, se t.ex. prop. 2002/03:65 s. 159 f. Redan då kunde alltså skönjas en syn på diskriminering som särskilt klandervårt beteende i jämförelse med övriga kränkningar av rättigheter inom arbetslivet.

högt ersättningsbelopp, men tillade att ersättningsbedömningen måste kunna nyanseras utefter ”kränkningens art och omfattning”. Detta eftersom lagen omfattade ”vitt skilda situationer” och att det därmed inte alltid var lämpligt med mycket höga belopp.

HD medgav visserligen att diskrimineringen i detta fall utgjort en allvarlig kränkning, men konstaterade även att kvinnorna inte hade drabbats av några långvariga effekter. Den yrkade skadeståndsnivån, 120 000 kronor, var enligt HD mycket hög i jämförelse med de belopp som normalt utgår i kränkingsfall enligt 2 kap. 3 § SkL. HD jämförde här med schablonersättningen för mord, 100 000 kronor, och våldtäkt, 75 000 kronor. HD ansåg vidare att ersättningsnivån i det aktuella fallet inte utan särskilt lagstöd borde ”fjärmas alltför mycket från de ersättningsnivåer som gäller när skadestånd döms ut enligt skadeståndslagen i jämförbara fall, även om ersättningsnivåerna generellt sett skall ligga på en högre nivå.”<sup>15</sup> Skadeståndssumman landade på 15 000 kronor. Märk väl att HD inte uttalade sig direkt om skadeståndets funktioner (trots att dessa lyfts i förarbetena till 2003 års lag om förbud mot diskriminering) och hur dessa bör påverka ersättningsnivåerna.<sup>16</sup> Det intressanta är att HD genom att ta avstamp i rådande schablonbelopp för kränkingsersättning försökte återföra skadeståndsnivåerna vid diskrimineringsfall till den allmänna skadeståndsrätten; detta trots att de dåvarande förarbetena uppmanade till motsatsen.

När DL infördes två år senare poängterade regeringen att diskriminering, såsom uttryck för en negligering av demokratiska värden och mänskliga rättigheter, fordrade effektiva sanktioner för att förbudet skulle få ett praktiskt genomslag. Med hänsyn till att diskriminering innebär en allvarlig kränkning ansåg regeringen att de valda sanktionerna borde vara kraftfulla, avskräckande och kännbara. De dubbla syftena, kompensation och prevention, som skadeståndet enligt tidigare lagstiftning präglades av, skulle alltjämt upprätthållas.<sup>17</sup> Dock kom propositionen att i högre grad genomsyras av preventionssyften. Regeringen menade att den preventiva funktionen särskiljer skadestånd vid diskriminering från ”vanligt skadestånd” i fråga om ersättnings ändamål.<sup>18</sup> Denna ståndpunkt motiverades med en jämförelse

15 NJA 2006 s. 170, på s. 179 f.

16 Vilket Schultz även påpekar, se Mårten Schultz, *Kritik mot kränkingsbegreppet*, SvJT 2008 s. 37, på s. 38. Schultz anför vidare att några straffskadeståndsteorier i vart fall inte beaktades i det aktuella rättsfallet, även om de möjligen låg till grund för diskrimineringskadeståndsreglerna.

17 Prop. 2007/08:95 s. 390.

18 Prop. 2007/08:95 s. 390 och 392. Regeringen verkar i detta sammanhang ha använt begreppen ändamål och funktion synonymt. Diskrimineringsersättnings ändamål skulle således vara

med kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL, där även de straffrättsliga påföljderna enligt regeringen ska tjäna som prevention. I diskrimineringsfall däremot utgör skadeståndet enligt regeringen den enda preventiva kraften.<sup>19</sup> Angående betydelsen av NJA 2006 s. 170 anförde regeringen därför att HD:s jämförelse med kränkingsersättning enligt SkL i syfte att fastställa ett korrekt skadeståndsbelopp för diskriminering var olämplig, eftersom skadestånd vid diskriminering enligt regeringen ”fyller delvis andra ändamål än skadestånd vid brott”.<sup>20</sup> Ersättningen sattes därmed i centrum som medel att motverka diskriminering. Noteras bör att regeringen inte uttryckligen anförde att kränkningsskadestånd och vad som numer betecknas som diskrimineringsersättning  *då ännu*  utgjorde två helt separata ersättningsformer, utan snarare att ideell ersättning vid diskrimineringsfall bättre måste anpassas för att uppnå vissa (preventiva) ändamål.

Att HD kopplade samman diskrimineringskadeståndet med riktlinjer för allmän skadeståndsrätt, ansågs vidare utgöra ett hinder för att utdöma höga skadeståndsbelopp i diskrimineringsmål, vilket enligt regeringen motverkade preventiva syftena som skadeståndet skulle ha.<sup>21</sup> Ett sätt att rätta till detta problem var att i lagtexten framhålla att syftet med ersättningen var att motverka diskriminering. Detta ansågs dock inte tillräckligt för att trygga preventionssyftet. Rättstillämparen uppmanades därför återigen att vid fastställandet av ersättningsnivåer i det enskilda fallet inte jämföra med SkL:s kränkingsersättningsnivåer.<sup>22</sup> Diskrimineringsfall skulle därmed kunna dömas ”för sig”, utan påverkan av på andra områden

---

att den har en preventiv funktion. Jfr Bertil Bengtsson, *Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper*, i Vänbok till Axel Adlercreutz, s. 35–47, 2007, Juristförlaget i Lund, Lund (Bengtsson, *Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper*), s. 37 f. Enligt Bengtsson kan olikheterna ersättningarna emellan ifrågasättas, eftersom även andra skadeståndsformer har en preventiv funktion, särskilt vad gäller icke-försäkringsbara fall.

19 Prop. 2007/08:95 s. 390 och 392.

20 Prop. 2007/08:95 s. 391.

21 Prop. 2007/08:95 s. 392. I Ds. 2007:10 ansåg utredaren att NJA 2006 s. 170 medförde en sänkning av skadeståndsnivåerna i diskrimineringsfall. Bedömningen baserades på de olika ombudsmännens praxis, se Ds. 2007:10 s. 30 f. Kritik mot dessa antaganden har framförts av Andersson, se Håkan Andersson, *Diskrimineringskadeståndsrätt (III) – den rättsliga och den politiska diskursen möts*, InfoTorg Juridik, (Andersson, *Diskrimineringskadeståndsrätt (III)*), avsnitt 2.2.

22 Andersson har kommenterat det något paradoxala i att domstolarna å ena sidan inte ska jämföra med allmän kränkingsersättning – å andra sidan ska ersättningssummorna i diskrimineringsfall ligga betydligt högre än vid allmän kränkingsersättning. Denna metod kräver onekligen någon form av jämförelse nivåerna emellan. Detta kan dock ses som en enkelbetoning från lagstiftarens sida att diskriminering ska motverkas genom moralbildande och attitydförändrande medel, Håkan Andersson, *Diskrimineringsjuridikens ersättningsrättsliga diskurs – en argumentativ inventering*, SvJT 2013 s. 779, på s. 797.

utarbetade schablonbelopp. Härvid lades stor vikt vid HD:s resonemang i NJA 2006 s. 170 om avsaknad av särskilt lagstöd för att alltför långtgående separera ersättningen i diskrimineringsfall från de i övriga kränkingsfall utarbetade nivåerna. Regeringen ansåg att risken för att rättstillämparen i alltför stor utsträckning skulle snekla på övrig kränkingsersättning skulle elimineras om sanktionen döptes om till ”diskrimineringsersättning” istället för skadestånd. Därmed skulle domstolen i större utsträckning beakta de preventiva syftena och döma ut högre ersättningsbelopp. På detta sätt önskade regeringen alltså att separera diskrimineringsrättens sanktioner från skadeståndsrätten, åtminstone vad beträffar ersättningsnivåerna.<sup>23</sup>

## 2.2 DISKRIMINERINGERSÄTTNING ENLIGT 5 KAP. I § 1 ST. DL

Som tidigare nämnts utgår diskrimineringsersättning enligt 5 kap. 1 § 1 st. DL för överträdelse av diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1 § DL. Till skillnad från 2 kap. 3 § SkL stipulerar DL inget krav på att kränkningen ska vara allvarlig för att ersättning ska kunna utgå. Diskriminering utgör enligt propositionen alltid en allvarlig kränkning.<sup>24</sup> Allvaret finns alltså inbyggt i själva diskrimineringsbegreppet.<sup>25</sup> I 5 kap. 1 § 1 st. 2 men. DL stipuleras uttryckligen att syftet att motverka diskriminerande beteende ska beaktas när ersättningen bestäms. Lagtexten uttrycker således att ersättningen, eller snarare ersättningsnivåerna, ska verka i vart fall preventivt.<sup>26</sup> Enligt paragrafens tredje stycke kan ersättningen jämkas om särskilda skäl föreligger.<sup>27</sup>

För att ersättning ska utgå krävs inte att den diskriminerande parten varit oaktsam. Den ansvariges intention kan dock påverka ersättningsnivåerna. Friberg har kommenterat lagtextens terminologi avseende ansvarsfrågan och anför att

23 I min uppsats diskuterar jag vidare den kritik som framförts angående terminologibytet och regeringens analys av NJA 2006 s. 170. För vidare läsning se även Bengtsson, *Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper* och Andersson, *Diskrimineringskadeståndsrätt (III)*.

24 Prop. 2007/08:95 s. 390.

25 Bengtsson har dock ifrågasatt om diskriminering alltid är att se som en allvarlig kränkning. Som exempel nämner han NJA 2006 s. 836, där diskrimineringen enligt Bengtsson medförde en ekonomisk förlust snarare än en personlig kränkning, se Bengtsson, *Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper*, s. 41 f. Detta resonemang utgår dock från premissen att kränkningen är att se som en skadeeffekt av den diskriminerande handlingen, inte handlingen i sig.

26 Prop. 2007/08:95 s. 387. Detta kan möjligen ses som svaret på HD:s efterfrågan om lagstöd i NJA 2006 s. 170. Enligt Andersson kan meningen tolkas som ”en självklar notering” om en av skadeståndsrättens redan etablerade funktioner, se Andersson, *Diskrimineringskadeståndsrätt (III)*, avsnitt 2.1.

27 Angående jämkning, se prop. 2007/08:95 s. 403 och 554 f., NJA 2008 s. 915, Bengtsson, *Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper*, s. 44 f. och Märten Schultz, *Kränkning och ”särskilda yrkesgrupper”*, SvJT 2013 s. 314, på s. 328 f.



ersättningsparagrafens uppbyggnad, med dess avsaknad av skadebegrepp och krav på culpa, snarare för tankarna till straff än skadestånd. Vidare används i förarbetena termer som ”bryta” mot diskrimineringsförbuden och ”påföljd”,<sup>28</sup> som även de kan kännas främmande i civilrättsliga sammanhang. Enligt Friberg är det mindre lämpligt att använda dylik terminologi i civilrättslig lagstiftning.<sup>29</sup>

### 2.3 KRÄNKNINGSBEGREPPET VID DISKRIMINERING

Ska kränkningen vid diskriminering ses som en handling eller som en effekt av handlingen, dvs. en skada? Som nämnts anges i 5 kap. 1 § 1 st. DL att det är själva överträdelsen av förbudet som *utgör* kränkningen. Detta antyder att kränkningen utgörs av den diskriminerande handlingen och inte av skadan. Detta skulle i så fall vara en skillnad gentemot 2 kap. 3 § SkL – där vad som ersätts är en skada, dvs. en effekt av ett brott.<sup>30</sup> Kränkningbegreppet i SkL har alltså ett tydligare fokus på skadan. Om lagstiftaren istället hade haft för avsikt att betona kränkningen som en skada hade formuleringen i 5 kap. 1 § 1 st. DL exempelvis kunnat lyda ”ersätta den kränkning som överträdelsen av diskrimineringsförbudet *medför*”. Det är vidare tveksamt om en handling kan ersättas. I propositionen anges dock även att ersättning utgår för den ideella *skadan* som diskrimineringen ger upphov till – och därmed skulle kränkningen utgöra en skada, inte en handling.<sup>31</sup> Kränkningbegreppet tycks därmed användas något inkonsekvent inom diskrimineringsrätten.

Oavsett dessa språkliga hårklyverier kan det konstateras att det i alla fall är *något* som ersätts när en diskrimineringskränkning ägt rum. För att veta *vad som ersätts* måste *vad som kränkts* utredas. En tolkningsmöjlighet är att samma principer gäller vid diskriminering som vid kränkningsfall enligt 2 kap. 3 § SkL – att diskriminering ses som en kränkning av en persons integritet som typiskt sett ger upphov till negativa känslor som t.ex. förnedring och utsatthet.<sup>32</sup> Som kommer att utvecklas i nästa avsnitt har ersättningen en upprättelse-del, vars bestämmande delvis kan inbegripa den diskriminerades personliga upplevelse av diskrimineringen. Detta tyder alltså på att kränkningen kan ske, och att därmed skadan uppstår, på en individuell nivå och att det är denna individuella kränkning som ersättningen syftar till att kompensera.

28 Se t.ex. prop. 2007/08:95 s. 386 och 555.

29 Friberg, Kränkningersättning, s. 480.

30 Se utförligare resonemang i Friberg, Kränkningersättning, s. 352.

31 Prop. 2007/08:95 s. 389.

32 Se NJA 2014 s. 499 I, på s. 514.

Vidare värnar förbudet mot diskriminering om människors lika värde. Det är en mänsklig rättighet att skyddas mot diskriminering.<sup>33</sup> Därmed skulle diskriminering kunna innebära en kränkning av just denna mänskliga rättighet. Skadan skulle då i första hand ses som ett angrepp på värden som tillkommer varje människa – och då möjligen oavsett om ”offret” upplever sig kränkt eller inte. Skadan är i så fall en kränkning mot mänskliga rättigheter som universella principer och bottenar inte nödvändigtvis i den enskildes upplevelse. Detta resonemang kan möjligen kopplas till att DL skyddar utpekade *grupper*, dvs. diskrimineringsgrunderna. Till skillnad från kränkningar enligt 2 kap. 3 § SkL, där det är det kränkta brottsoffret som står i centrum, syftar diskrimineringslagstiftningen åtminstone indirekt till att skydda vissa utpekade grupp-tillhörigheter som upplevs särskilt skyddsvärda och utsatta. Vid diskriminering kränks principen om likabehandling oavsett om den enskilde upplever sig kränkt eller inte – det räcker att den enskilde tillhör en viss grupp vars rätt till likabehandling ska skyddas. Kränkningens individuella koppling försvagas därmed något, även om ersättningen naturligtvis tillfaller den diskriminerade. Sammanfattningsvis kan sägas att diskrimineringskränkingsbegreppet rymmer fler än en tolkningsmöjlighet – detta gäller både beträffande vad kränkningen utgör och vad som ersätts.

## 2.4 ERSÄTTNINGSBEDÖMNINGEN – OM UPPRÄTTELSE OCH PREVENTION

I propositionen utpekades ett dubbelt syfte med diskrimineringsersättningen: kompensation till den drabbade och effektiv prevention.<sup>34</sup> HD har i NJA 2014 s. 499 I<sup>35</sup> omsatt detta tvehövdade syfte till två ersättningskomponenter: upprätelseersättning respektive preventivpåslag.<sup>36</sup>

Upprätelseersättningen ska kompensera den diskriminerade parten genom en ”rimlig”<sup>37</sup> ersättning,<sup>38</sup> vilken som utgångspunkt bestäms med hänsyn till hur

33 Prop. 2007/08:95 s. 79. Utöver dessa motivuttalanden, som hänvisar till internationella konventioner om likabehandling, finns det mer rättsfilosofiska diskurser om likabehandling och varför diskriminering bör skyddas av lagen. I denna artikel håller jag mig dock till lagstiftarens motiv.

34 Prop. 2007/08:95 s. 398 f.

35 I målet hade ett par blivit utsatt för etnisk diskriminering i form av kränkande gester och skällsord av en busschaufför. HD dömde ut 25 000 kronor i ersättning vardera.

36 NJA 2014 s. 499 I, på s. 514.

37 HD ansåg att vägledning vid bestämmandet av vad som utgör rimlig kompensation bör tas från den allmänna skadeståndsrätten, och då särskilt kränkningersättning enligt 2 kap. 3 § SkL. Detta eftersom dessa kränkningstyper i vissa fall liknar varandra. Därmed aktualiseras principerna om att den diskriminerade ska sättas i samma situation som tidigare, och genom ersättningen erhålla någon form av upprättelse, se NJA 2014 s. 499 I, på s. 513.

38 Se även Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen, s. 491, där det anges att syftet med

allvarlig överträdelsen av diskrimineringsförbudet har varit. Under detta paraly rymms bland annat överträdelsens art och omfattning. Vid denna bedömning ska den diskriminerades intressen av att regelverket upprätthålls och hur den diskriminerade personligen upplevt kränkningen vägas in. Försvårande faktorer vid bedömningen av handlingens allvar är bland annat om den diskriminerande parten haft för avsikt att diskriminera och om diskrimineringen lett till ingripande konsekvenser. Som exempel nämns förlust av bostad, arbete eller möjlighet till utbildning.<sup>39</sup> Vidare är det försvårande om diskrimineringen skett i det offentliga rummet eller om överträdelsen haft ett ”skändligt uttryck”. En uppriktig ursäkt i direkt anslutning till handlingen kan däremot förmildra allvaret.<sup>40</sup> Enligt regeringen rör det sig om en sammanvägning av olika faktorer med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>41</sup>

Att upprättelseersättningen har sin utgångspunkt i överträdelsens allvar beror på att ersättningen även vid ideella skador förväntas vara proportionerlig i förhållande till skadan. Detta är dock inte den enda måttstocken: samtidigt måste enligt HD kränkningens allvar i det enskilda fallet bedömas i relation till ”vissa ersättningsnivåer”.<sup>42</sup> Mot bakgrund av vad som gäller för kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL ska således ersättningsnivån härledas från en objektiv bedömning av kränkningens allvar – inte från hur den enskilde upplevt kränkningen.<sup>43</sup> Ytterst styrs allvarhetsbedömningen olika kränkingsfall emellan av i samhället rådande värderingar.<sup>44</sup> Beloppet ska vidare bestämmas inom ramarna för ersättning för likartade fall av ideell ersättning i allmänhet. HD anförde dock att det vid just diskrimineringsfall,

---

diskrimineringsersättningen bl.a. är att erkänna kränkningen och att därmed ”en form av upprättelse” uppnås.

39 HD har preciserat att detta hänför sig till de negativa *känslor* som konsekvenserna ger upphov till, se NJA 2014 s. 499 I, på s. 514. Detta är en viktig precisering, eftersom annars rent ekonomiska faktorer skulle påverka ett ersättningsbelopp som i grunden är ideellt, se Friberg, Kränkingsersättning, s. 484.

40 NJA 2014 s. 499 I, på s. 515.

41 Prop. 2007/08:95 s. 398 f. och 553 f.

42 NJA 2014 s. 499 I, på s. 513.

43 HD verkar alltså frångå propositionens riktlinjer om att den diskriminerades personliga upplevelse av diskrimineringen ska vägas in. I NJA 2008 s. 950 framhölls att hur kränkningen upplevts inte hade någon betydelse för bedömningen. Andersson har även framhållit betydelsen av objektiva jämförelser i dylika fall där den enskildes upplevelse per definition måste variera stort från fall till fall. Det måste, enligt Andersson, finnas tyfall som kan ge en normerande tillämpning. Alternativet vore att i för stor utsträckning, och med inkonsekvenser i systemet som följd, fästa vikt vid individens önskningar och preferenser. Se Håkan Andersson, *Den ”nya” diskrimineringsersättningen (I) – nya explicita bedömningsgrunder avseende upprättelse och prevention*, (Andersson, *Den ”nya” diskrimineringsersättningen (I)*), InfoTorg Juridik, avsnitt 3.

44 NJA 2014 s. 499 I, på s. 514.

som ”typiskt sett utgör ett sådant intrång i den enskildes integritet att kraven på upprättelse är betydande”, inte finns skäl att begränsa upprättelseersättningen till de blygsamma summor som ibland utgår vid kränkningersättning enligt 2 kap. 3 § SkL.<sup>45</sup>

Så vidare till preventionspåslaget. Ersättningens storlek bör enligt regeringen påverkas av att diskriminering utgör ett icke-önskvärt beteende i samhället. Vidare fanns det enligt regeringen ”goda skäl” för antagandet att höga ersättningsnivåer har en preventiv effekt. Regeringen menade bl.a. att de potentiella kostnaderna skulle främja förebyggande åtgärder, vilket i sin tur skulle leda till att även omedveten diskriminering skulle undvikas.<sup>46</sup> Beträffande det preventiva syftet uttalade HD: ”... när det handlar om den ytterligare ersättning som ska tillgodose preventionssyftet gör sig andra överväganden gällande; i det hänseendet skiljer sig diskrimineringsersättningen från skadeståndspåföljden”.<sup>47</sup> Även HD har därmed utgått från att preventionssyftet handlar om *ytterligare* ersättning – upprättelseersättningen anses inte vara tillräckligt ur preventionshänseende. Påslaget ska tillse att diskrimineringsersättning utgår med ”avsevärt högre belopp” än vid ersättning enligt 2 kap. 3 § SkL.<sup>48</sup> Denna del avviker enligt HD från de allmänna skadeståndsrättsliga principerna i och med att preventionspåslaget har karaktär av ”ett slags straff”.<sup>49</sup> HD ansåg dock att det vore att röra sig med för vaga variabler att tillmäta preventionssyftet betydelse också för ersättningsbedömningen i det enskilda fallet.<sup>50</sup> En normstyrd rättstillämpning skulle därmed inte kunna garanteras.<sup>51</sup> I stället bör utgångspunkten vara de faktorer som medför att diskrimineringen ses som en klandervärd handling. HD drog i detta sammanhang en parallell

45 NJA 2014 s. 499 I, på s. 514. Även om vägledning ska tas från nivåerna enligt 2 kap. 3 § SkL öppnar HD här upp för något högre ersättningsnivåer än vid skadestånd enligt SkL, och går därmed i någon mån regeringen till mötes.

46 Prop. 2007/08:95 s. 391. Nota bene att själva rubriken för avsnittet är ”Det ska kosta att diskriminera”.

47 NJA 2014 s. 499 I, på s. 512 f.

48 Notera att HD inte uttryckligen anför att preventionspåslaget verkligen leder till prevention – men att det i alla fall leder till att den sammanlagda ersättningen kan sättas på en högre nivå än vid kränkningersättning enligt 2 kap. 3 § SkL, vilket ju även var regeringens mål.

49 NJA 2014 s. 499 I, på s. 515. HD hänvisade även till preventionspåslaget som ett straffskadestånd i NJA 2014 s. 499 II, på s. 533. Se även Fransson & Stüber, Diskrimineringslagen, s. 493, där det anges att preventionspåslaget bedöms utifrån ett ”analogt strafftänkande”.

50 Regeringen hade nämligen anförut att ersättningsbeloppet skulle sättas i relation till den diskriminerande partens ekonomiska situation; t.ex. skulle ett företag med hög omsättning kunna få en dyrare diskrimineringsnota än en ekonomiskt svagare part, se prop. 2007/08:95 s. 399.

51 NJA 2014 s. 499 I, på s. 515.

till hur ett brotts straffvärde bestäms. Jag tolkar det som att HD menade att det inte i det enskilda fallet går att räkna ut hur stor summa som hade haft en konkret preventiv effekt och att bedömningen i så fall hade vilat på alltför skönsmässiga grunder. Därför måste bedömningen ske utifrån handlingens klandervärde – vilket i sin tur bottnar i kränkningens allvar.

Med motiveringen att straffskadestånd inte ”har hävd” i svensk rätt och inte heller tillämpas i fråga om andra kränkningar bör preventionspåslaget enligt HD fortfarande stå i proportion till upprättelse delen – upprättelseaspektens betydelse får inte framstå som oväsentlig. HD löste denna balansgång genom att fastslå att preventionspåslaget som utgångspunkt ska utgöra lika stor del av det sammanlagda beloppet som upprättelseersättningen. På detta sätt uppnås en högre summa än vid andra kränkningar, men samtidigt genomsyrar kränkningens allvar även preventionspåslaget och därmed förloras inte heller kontakten med den allmänna skadeståndsrätten. HD framhävde här ytterligare att kränkningens allvar är det viktigaste riktmärket vid bedömningen av hur klandervärd diskrimineringen varit.<sup>52</sup>

Preventionspåslaget kan justeras uppåt eller nedåt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, det senare dock endast i undantagsfall. Exempel på när en uppjustering är motiverad är om den diskriminerande parten har vunnit en fördel genom handlingen, om det är fråga om återkommande diskriminerande åtgärder eller om den diskriminerande parten haft en position som medfört långtgående krav på omsorg.<sup>53</sup> Till skillnad från vad som anges i förarbetena verkar HD inte mena att verksamhetens storlek och art i sig bör uppjustera ersättningen – däremot har dessa företag ett större ansvar att förebygga diskriminering, och en negligering av detta ansvar kan i sin tur leda till högre ersättningsnivåer.<sup>54</sup> En nedjustering kan komma ifråga om diskrimineringen är ett resultat av tanklösa misstag. Om den diskriminerande parten i efterhand vidtar åtgärder för att rätta till skadan kan detta inverka på så sätt att någon höjning inte sker.<sup>55</sup>

52 NJA 2014 s. 499 I, på s. 516.

53 Beträffande den sistnämnda aspekten, se RH 2014:20 där hovrätten ansåg att höga krav på opartiskhet och saklighet vid handläggning inom socialtjänsten av preventiva skäl borde medföra ett högt ersättningsbelopp. Målet rörde en familj där ett nyfött barn tvångsomhändertogs efter en utredning om föräldrarnas förmåga att ta hand om barnet. HovR dömde ut 150 000 kronor vardera åt alla tre parter.

54 För liknande resonemang se Andersson, *Den ”nya” diskrimineringsersättningen (I)*, avsnitt 2.3.

55 NJA 2014 s. 499 I, på s. 516 f.

## 2.5 SAMMANFATTANDE KOMMENTARER

Diskrimineringsersättningen har satts i centrum för att motverka diskriminering. Lagstiftaren har med tiden lagt allt större emfas vid diskrimineringsersättningens förväntade preventiva funktion. Vidare har det senaste årtiondets lagstiftning innefattat tydliga försök att särskilja diskrimineringsersättningen från övrig skadeståndsrätt. Det har varit upp till HD att närmare precisera hur regeringens ibland något svepande motiv ska omsättas i normstyrd rättstillämpning. Eftersom preventionspåslaget så att säga utgår per viss automatik ter det sig ännu viktigare att det finns tydliga metoder för att bedöma olika fall olika och därmed undvika att påslaget vilar på alltför vaga bedömningsgrunder. Detta speciellt då det starkt kan ifrågasättas huruvida preventionssyftet bör tillåtas styra hur ersättningen döms ut i det enskilda fallet. Resultatet är en ersättningsform som, åtminstone enligt lagstiftaren och rättstillämparen, är att anse som en unik påföljd. Huruvida denna hybrid mellan kompensation och prevention, handling och skada, skadestånd och straff, verkligen är så särpräglad som uppmålats kommer att diskuteras i det följande.

## 3. DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS FUNKTIONSARGUMENT

### 3.1 DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS REPARATIONSFÖRMÅGA

#### 3.1.1 INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

Som diskuterades tidigare kan kränkningsbegreppet vid diskriminering avse både en *handling* och en *skada*. En handling behöver inte ersättas eftersom det inte finns något förlorat värde som ska återställas. Reparationsfunktionen tar sikte på skadan som uppstått. Resonemangen nedan kommer därför baseras på antagandet att diskrimineringskränkningen är en skada.

#### 3.1.2 REPARATION, KOMPENSATION OCH UPPRÄTTELSE

Regeringen har i prop. 2007/08:95 inte lagt någon emfas vid diskrimineringsersättningens eventuellt reparerande funktion. Beträffande det kompenenserande syftet uttalas endast att detta ska ”upprätthållas”. I vart fall har diskrimineringsersättningens kompenenserande funktion inte på något sätt ifrågasatts av regeringen – den har ansetts medfölja automatiskt i och med att det är fråga om ideell ersättning.<sup>56</sup> Denna slentrianmässiga syn på reparationsfunktionens vara eller icke-vara kan ses som en bekräftelse av den tidigare framlagda tesen att lagstiftaren, i likhet med vad som gäller vid övriga ideella skador, ogärna vill ifrågasätta huruvida en diskrimineringskränkning kan ersättas

---

<sup>56</sup> Att sanktionen numera heter diskrimineringsersättning används inte för att understryka något kompenensationssyfte, utan för att möjliggöra högre ersättningsnivåer. Att förhöjda ersättningsnivåer var nödvändiga hade inte sin grund i skadan, dvs. kränkningens effekter, utan motiverades istället med preventionssyften.

genom monetära transaktioner. Nedan diskuteras därför ersättningens potential att reparera, eller kompensera, kränkningskadan vid diskriminering.

Den diskriminerande handlingen har typiskt sett ansetts ge upphov till negativa känslor i form av förnedring, utsatthet, ringaktning etc. hos den diskriminerade. Skadan utgörs således av ett förlorat integritets- eller välbefinnandevärde. Dessa känslor är likartade de känslor som kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL avser att ersätta.<sup>57</sup> I båda fallen handlar det om skador som inte kan kopplas till konkreta ekonomiska värden.<sup>58</sup> Det finns därför skäl att utgå från de principer som anses gälla för skador enligt 2 kap. 3 § SkL – nämligen att denna typ av kränkningar inte går att *reparera* genom ekonomisk ersättning.<sup>59</sup> Istället för att omedelbart hänvisa till de argument som anförts angående kränkingsersättning enligt SkL kan man fråga sig: är känslorna som uppstår av att nekas inträde till en nattklubb på grund av sin etniska tillhörighet ekonomiskt reparerbara? Försätts en förälder vars barn tvångsomhändertags på grund av förälderns psykiska funktionsnedsättning i samma situation som tidigare genom en ekonomisk ersättning? Eftersom det i dessa fall inte är något ekonomiskt värde som skadats, utan snarare värden som har att göra med mänsklig integritet, får det anses klart att svaret på frågan är nekande. Den strikt reparerande funktionen kan därför förkastas. HD har visserligen i NJA 2014 s. 499 I och II använt termerna *komensation*<sup>60</sup> och *upprättelse*<sup>61</sup> istället för reparation. Problematiken som ovan anförts beträffande den strikt reparerande verkningen består dock även beträffande dessa begrepp. Även om det blir tydligare att det inte handlar om reparation i strikt mening, utan en substituerande eller lindrande funktion, går det att ifrågasätta huruvida monetära ersättningar kan fungera som substitut för det förlorade integritetsvärdet eller lindra en känsla.

De ovan beskrivna problemen gör sig även tydligt gällande vid ersättningsbedömningen i det enskilda fallet. Möjligen kommer, i likhet med kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL, schablonbelopp även för diskrimineringsfall att utvecklas i praxis. Det går däremot att ifrågasätta huruvida ett schablonsystem skulle medföra ”korrekta” ersättningsnivåer ur

57 NJA 2014 s. 499 I, på s. 514, se även prop. 2000/01:68 s. 48.

58 Vilket kan resultera i godtyckliga ersättningsnivåer, se Schultz, Kränkning, s. 66, med vidare hänvisning till JustR Vångbys särskilda yttrande i NJA 1991 s. 766.

59 Prop. 2007/08:95 s. 387 och prop. 2000/01:68 s. 17 och 48.

60 Enligt Schultz antyder termen *komensation* att det är fråga om en substituerande funktion, inte strikt reparerande, se Schultz, Kränkning, s. 63 f.

61 I prop. 2000/01:68 s. 48 och prop. 2007/08:95 s. 387 anförts att ersättning vid ideell skada kan lindra de känslorna som uppstår, och därmed bidra till upprättelse.

ett upprättelseperspektiv. Objektivt fastställda belopp som ska ersätta subjektivt upplevda skador säger oss väldigt lite om i vilken mån faktisk upprättelse verkligen uppnås. Risken för över- eller underkompensation är ständigt närvarande. Domstolen bör dock inte klandras för brist på innovation vad gäller dessa frågor. Kanske är det bättre att, med hjälp av konkreta bedömningsgrunder som t.ex. diskriminerings allvar, fastställa belopp som möjligen missar målet än att helt förlora sig i subjektiva bedömningar. Oavsett blir slutsatsen att reparationsfunktionen inte är ett praktiskt verktyg vid bestämmandet av en ersättning i det enskilda fallet. Även upprättelseersättningen riskerar att bli ett trubbigt remedium – både ur den diskriminerades och lagstiftarens perspektiv. Detta är en oundviklig konsekvens av diskrimineringskränkningens skadenatur, och inte ett unikt problem för diskrimineringsrätten.

Ovanstående resonemang har baserats på att skadan vid diskrimineringskränkningen uppstår hos den diskriminerade *individ*en. Tidigare har diskuterats huruvida skadan istället skulle kunna ses som en kränkning av universella mänskliga rättigheter som t.ex. likabehandling. Skadan förflyttas då från individen till den diskriminerade gruppen som individen representerar, och ytterst till en kränkning av universalvärden. Lika lite som diskrimineringsersättningen kan anses reparera skadan på individnivå, lika svårt blir det att påstå att ersättningen skulle kunna återställa balansen efter en kränkning av en abstrakt mänsklig rättighet. Däremot kan kanske hävdas att diskrimineringsersättningen som koncept fungerar som ett erkännande av de skyddade gruppernas utsatthet och skyddsbehov. I och med sanktionen har lagstiftaren uttryckt att principer som likabehandling och jämlikhet människor emellan är skyddsvärda och att överträdelser av dessa principer bör medföra sanktioner. Även om ersättningen betalas ut till en individuell skadelidande, och inte ett kollektiv, kunde tänkas att ersättningen bidrar till en gemensam känsla av upprättelse hos de personer som inte själva fallit offer för diskriminering, men som i en dylik situation på grund av tillhörighet till den aktuella diskrimineringsgrunden också skulle vara i behov av upprättelse. Detta resonemang förutsätter alltså att skadan omfattar även kränkningar av alla personer som faller inom den skyddsvärda grupp tillhörigheten och som således ändå tar del av diskrimineringskadan.

Avslutningsvis kan sägas att reparationsfunktionens, om än modifierad till en "upprättelsefunktionens", oförtjänt självklara ställning inom diskrimineringsrätten är en konsekvens av att lagstiftaren, och även HD, inte valt att ifrågasätta dess relevans. Bland annat eftersom den kränkning som upprättelseersättningen syftar till att ersätta har stora likheter med övriga ideella skador bör



upprättelsefunktionens relevans vara densamma beträffande diskrimineringskränkningar som vid övriga ideella skadeersättningar. Däremot kan här påminnas om skillnaden mellan ändamål och funktion. Bara för att det har tagits för givet att diskrimineringsersättningen *kan* bidra till upprättelse innebär inte detta att ersättningen verkligen *har* denna funktion. Detta medför inte nödvändigtvis att funktionen som sådan helt bör bortses från vid diskrimineringsfall. Även om ersättningen inte kan sägas reparera någon skada, eller ens ge upprättelse för densamma, utgör den måhända ett erkännande från samhällets sida att den diskriminerade parten förtjänar samhällets stöd – och därmed kanske viss lindring kan uppnås.

### 3.1.3 UPPRÄTTELSE UTAN EKONOMISK ERSÄTTNING

I NJA 2014 s. 499 II har en särskilt intressant aspekt av reparationsfunktionen framförts, nämligen att tillräcklig upprättelse kan uppnås på andra sätt än genom ekonomisk ersättning vid ringa diskrimineringsfall. Som exempel anges en ursäkt eller undanröjande av konsekvenserna av diskrimineringen. Denna bedömning hänför sig till upprättelsestadiet – vilket har som konsekvens att om upprättelseersättningen blir noll kronor, blir även preventionspåslaget, efter HD:s riktlinjer i NJA 2014 s. 499 I, noll kronor.

Utöver att det kan ifrågasättas huruvida ekonomisk ersättning bidrar till upprättelse, uttrycker den inte heller någon form av medlidande eller ånger hos den diskriminerande parten. Om ersättningen ska tjäna som ett erkännande av att den diskriminerade behandlats olämpligt, går det att argumentera för att den uppriktiga ursäkt som HD anser skulle kunna fungera som kompensation, med större träffsäkerhet när målet att ge den diskriminerade upprättelse. Detta eftersom det då är skadevällaren själv som, dessutom på eget initiativ, anstränger sig för att upprättelsen ska inträda. Det är kanske inte heller i dessa fall fråga om att reparera någon skada – de negativa känslorna har redan uppstått och kan inte tas bort genom en ursäkt i efterhand – men beträffande den eventuella lindringen skulle en ursäkt kunna ha viss upprättelseeffekt. Detta innebär inte att den ekonomiska ersättningen förlorar sin relevans ur upprättelsesynpunkt, men att den inte är det enda relevanta remediet.

Beträffande undanröjandet av konsekvenserna av den diskriminerande handlingen skulle vid en första anblick kunna sägas att detta i större utsträckning skulle kunna ha en reparerande verkan än en ekonomisk ersättning – de efterföljande åtgärderna vidtas ju då i syfte att återställa de negativa verkningar som diskrimineringen haft. Dock gäller det att inte bli för ivrig och tappa kursen – den skada som uppstått och ska ersättas är inte de praktiska konsekvenserna av diskrimineringen, som t.ex. att inte beredas plats

på en vårdcentral etc., utan de negativa *känslor* som uppstår vid själva diskrimineringstillfället. Lika lite som känslorna kan repareras genom ekonomisk ersättning kan de repareras genom att de praktiska konsekvenserna rättas till – skadan är redan skedd när känslorna uppstår. Dock bör här återkopplas till vad som sagts i föregående stycke om att de tillrättande åtgärderna sker på den diskriminerande partens initiativ. Möjligen bidrar ett frivilligt undanröjande av konsekvenserna på detta sätt till att den diskriminerade känner sig sedd och att skadan erkänns.

### 3.1.4 UPPRÄTTELSE GENOM PREVENTION?

I NJA 2014 s. 499 II anförde HD att tillräcklig upprättelse inte ens i ringa diskrimineringsfall kan uppnås utan ekonomisk ersättning om den diskriminerande parten inte kort efter händelserna vidtar åtgärder för att förebygga framtida diskriminerande handlingar – detta ansågs följa av preventivpåslagets grunder, nämligen att diskriminering ska förebyggas.<sup>62</sup> HD blandade alltså in preventionsaspekter i upprättelseersättningsdelen. Detta resonemang kan ifrågasättas beträffande stringensen i HD:s hållpunkter för hur ersättningen ska bestämmas. I NJA 2014 s. 499 I hänfördes nämligen ansvaret för att förebygga framtida diskriminering till preventionspåslaget. Därmed blir den i NJA 2014 s. 499 I utkristalliserade ersättningsbedömningen något grumlig.<sup>63</sup> Jag ställer mig även tveksam till hur väl detta överensstämmer med reparationsfunktionen. Kan upprättelse inträda genom vetskapen om att just denna aktör inte kommer att begå fler liknande handlingar? Vad som händer i framtiden har knappast någon relevans för den skada som i det aktuella fallet redan har uppstått. Preventionssyften kan överhuvudtaget inte kopplas till hur allvarlig kränkningen har varit. Den enda möjlighet som tycks finnas till hands skulle vara om HD avsåg att ställa detta ytterligare krav med hänsyn till andra som faller inom den aktuella diskrimineringsgrunden – och att då ”upprättelsen”, dvs. lindringen, ligger i att framtida skador undviks. Detta är dock en långsökt tolkning med tanke på det individperspektiv som HD i övrigt tillämpat avseende upprättelseersättningen. En mer rimlig tolkning av rättsfallet vore att HD genom denna brasklapp vill försäkra sig om att preventionssyftet aldrig förbises vid ersättningsbedömningen.<sup>64</sup>

62 NJA 2014 s. 499 II, på s. 534. Vidare ska den diskriminerande parten framföra en uppriktig ursäkt samt undanröja konsekvenserna av diskrimineringen.

63 För delvis liknande resonemang, se Håkan Andersson, *Den ”nya” diskrimineringsersättningen (II) – nya explicita bedömningsgrunder avseende minimivå*, InfoTorg Juridik, avsnitt 3.

64 Ett sidospår till vad HD diskuterade i det aktuella fallet som tangerar frågan kompensation genom prevention, är om den diskriminerade verkligen gör skillnad på vilka belopp som utgår på grund av kompensation respektive prevention. För den enskilde lär dessa belopp smälta samman till ett, oavsett HD:s motivering.

## 3.2 DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS PREVENTIONSFUNCTION

### 3.2.1 NÅGOT OM PREVENTIONSFUNCTIONEN

Preventionsfunktionen har i doktrinen ifrågasatts av olika skäl. Dubierna hänför sig både till tesen om att det potentiella skadeståndet verkligen förebygger skador och att skadeståndsrätten och skadeståndsbedömningarna borde utformas med huvudsyftet att förebygga skador. Kritik framförs vidare ofta angående möjligheterna att verifiera preventionstankens effektivitet utan empiriska underlag.<sup>65</sup> Preventionsfunktionen saknar tydlig koppling till själva *skadan* och dess värdering – detta är naturligt eftersom funktionen så att säga ska verka innan skadan uppstår. Trots att preventionsfunktionen i stor utsträckning används som argument vid ersättningsbestämmande tar dessa resonemang inte avstamp i skadans storlek, utan snarare i hur stor ersättningen bör vara för att diskriminerande *handlingar* ska kunna undvikas. Argumentationen nedan knyter därför till stor del an till den diskriminerande *handlingen* – och därigenom diskrimineringsersättnings förmåga att förebygga diskriminering. Först studeras preventionsfunktionens eventuella särställning inom diskrimineringsersättningen.

### 3.2.2 PREVENTIONSFUNCTIONENS SÄRSTÄLLNING INOM DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGEN

Mot bakgrund av regeringens argumentation i prop. 2007/08:95 står det klart att preventionsfunktionen haft en dominerande ställning vid diskrimineringsersättnings utveckling i svensk rätt. Preventionsfunktionen som sådan ifrågasatts varken av regeringen eller HD. Lagtextens tydliga ställningstagande att ersättningen *ska* verka preventivt säger dock inget om huruvida ersättningen verkligen *har* en preventiv verkan, utan passusen kanske främst ska ses som ett uttryck för lagstiftarens förhoppningar kring ersättnings funktion. Denna förhoppning kan sägas vara gemensam för ideella ersättningar i stort, och är alltså inte unik för just diskrimineringsersättningen.<sup>66</sup> Diskrimineringsersättningen må alltså ha ett preventivt *ändamål* i form av att motverka diskriminering, men detta betyder inte att diskrimineringsersättningen automatiskt har en preventiv funktion eller att ersättningen så som den nu är utformad är ett ändamålsässigt medel.

Preventionsfunktionen har ansetts kunna verka både på ett individuellt och ett allmänt plan. Individualprevention innebär att en part som tidigare ålagts

<sup>65</sup> Se t.ex. Schultz, Kränkning, s. 61 f., Schultz, Kausalitet, s. 183 f., Andersson, Skyddsändamål och adekvans, s. 328 ff., Friberg, Kränkingsersättning, s. 746 f. och Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 40.

<sup>66</sup> Se bl.a. Bengtsson, Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper, s. 37 f. och Andersson, *Diskrimineringskadeståndsrätt (III)*, avsnitt 2.1.

att utge ersättning i framtiden möjligtvis kan förväntas vara mer aktsam på skadevällande beteende. Allmänprevention handlar istället om att gemene man på grund av det potentiella skadeståndet försöker undvika handlingar som medför skadeståndsskyldighet.<sup>67</sup> Den individuella aspekten återspeglas i regeringens uttalande om att ”återfall” i diskriminering kan inverka höjande på preventionspåslaget. Dock sker detta beaktande vid bedömningen av ersättningsnivån i det enskilda fallet och rör alltså inte frågan huruvida diskrimineringsersättningen i sig kan verka preventivt eller inte. Allmänprevention i sin tur förutsätter medvetenhet om diskrimineringsregelverket. Diskrimineringsförbuden täcker många samhällsområden, och omfattar mycket skilda situationer och handlingar som kan leda till ersättningsskyldighet. Därmed kan det vara svårt för den potentiella skadevällaren att på förhand förutse vad som är att bedöma som diskriminerande handlingar och således vad som kan leda till ersättningsskyldighet. Vissa situationer är måhända efter upprepade fall lättare att skilja ut och därmed skapas bättre förutsättningar att förebygga dylika handlingar. Därigenom medvetandegörs allmänheten om kostnadsrisken och potentiella skadevällare har således bättre möjligheter att styra sin verksamhet så att diskriminering inte äger rum.<sup>68</sup>

Preventionsfunktionen har även diskuterats i förhållande till ansvarsgrunder. Diskrimineringsersättningen förutsätter som bekant inte att den diskriminerande parten varit oaktsam.<sup>69</sup> Om diskriminering förekommit finns det alltså ingen väg ut genom att motbevisa culpa. Detta kan tala för att en potentiell diskriminerande part har större incitament att granska sin verksamhet och aktivt förebygga diskriminering, vilket leder till ökade preventionsförutsättningar.<sup>70</sup> Detta gäller speciellt för arbetsgivare som ansvarar för sina arbetstagares diskriminerande handlingar (jämför t.ex. arbetsgivarens ansvar för busschauffören i NJA 2014 s. 499 I). Kvarstår gör även problemet för den

67 Se Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 39. Jag vill dock i viss mån ifrågasätta den individualpreventiva effekten, i och med att den enligt Hellners exempel inträder först efter att den ansvarige erlagts utge skadestånd. Någon fullständig prevention uppnås inte – funktionen är snarare beroende av felsteg som i efterhand ska verka preventivt, dvs. när viss skada redan är skedd. För liknande resonemang se Friberg, Kränkningersättning, s. 94, vid not 263.

68 Ett flera gånger uppmärksammat exempel är diskriminering vid antagning till högskoleutbildningar. Förutom NJA 2006 s. 170 har dessa situationer prövats i bl.a. RH 2009:90, Örebro tingsrätts domar i mål T 4677-05, T 4678-05, och mål T 865-06, meddelade 2007-04-30 samt Karlstad tingsrätts domar i mål T 5945-05, T 912-06 mål T 914-06, meddelade 2007-05-11.

69 Någon som inte ens är medveten om att den skadevällande handlingen kan leda till ansvar, eftersom de kanske på grund av tanklöshet inte beaktar handlingen som oaktsam, kan således bli skadeståndsskyldig, se Friberg, Kränkningersättning, s. 94.

70 Vid fall där någon culpa inte krävs, kan det potentiella skadeståndet vara ett ännu större incitament för att minimera skaderisken, Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 39.

potentiella skadevällaren eller principalen att på förhand kunna bedöma vad som är att anse som diskriminerande handlingar.

Avslutningsvis kan anmärkas att regeringens tanke om att ersättningen ska ha en extra slagkraftig preventiv verkan just i diskrimineringsmål i propositionen kopplas till den avskräckande och inte den moralbildande aspekten av preventionsfunktionen.<sup>71</sup> Möjligen kan detta ses som en konsekvens av EU-rättens terminologi; kanske hade även regeringens motiv formulerats annorlunda om det i direktiven inte endast hade anförts att sanktionerna skulle vara avskräckande, utan även ha en moralbildande funktion. Huruvida diskrimineringsersättningen kan ha en moralpreventiv funktion är i detta sammanhang inte särskilt praktiskt intressant. Diskrimineringsersättningen torde i det avseendet möta samma problem som samtliga ersättningsformer möter, nämligen att det inte går att veta med säkerhet vad som fungerar eller inte för att försöka påverka handlingsmönster. Beträffande den avskräckande funktionen bör noteras att regeringen i propositionen inte påstår att diskrimineringsersättningen som sådan till skillnad från andra ersättningsformer skulle ha en särskild preventiv effekt. Tilltron har istället satts till höga ersättningsnivåer.<sup>72</sup> Det är denna i propositionen genomsyrande *tilltro till preventions-effekten* som särskiljer diskrimineringsersättningen från övriga ideella ersättningsformer – inte de reella verkningarna.

### 3.2.3 PREVENTIONSFUNKTIONEN OCH DISKRIMINERINGERSÄTTNINGENS STORLEK

Den avskräckande funktionen har i doktrinen inte kopplats till höga skadeståndsbelopp utan snarare till det potentiella skadeståndets utdömande.<sup>73</sup> Regeringen har dock utgått från att den avskräckande effekten uppnås genom höga ersättningsnivåer, och detta utan att undersöka huruvida det i så fall är ersättningsnivåerna eller ersättningsrisken i sig som medför den önskade

71 Den avskräckande aspekten innebär att en presumtiv skadevällare av rädsla för att vara tvungen att utge skadestånd drar sig från att orsaka skador. Den moralbildande är mer normativt inriktad; skadestandsreglerna ska påverka människors handlingsmönster genom att markera att visst beteende är orätt och inte önskvärt, se Per-Olof Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet*, 1942, Uppsala (Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet*), s. 85 ff. och 92 ff. och även Filip Bladini, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*, i Vänbok till Erland Strömbäck, 1996, Svenska försäkringsföreningen, Stockholm (Bladini, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*), s. 55 f. Beträffande den moralbildande verkningen ifrågasätter Andersson dock om det verkligen är moraliska avvägningar som i så fall leder till prevention, utan snarare medvetandegör den potentiella skadevällaren om undvikbara risker, se Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, s. 327 f.

72 Prop. 2007/08:95 s. 390 f.

73 Se bl.a. Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet*, s. 85 ff. och 92 ff. och Bladini, *Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen*, s. 55 f.

preventiva effekten. I propositionen uppräknas vissa typsituationer som enligt regeringen skulle kunna undvikas genom höga skadeståndsnivåer, eftersom hotet om höga kostnader skulle avhålla från diskrimineringen.<sup>74</sup> Exempelen i sig säger dock inte mycket om huruvida höga ersättningsnivåer faktiskt leder till prevention. Den kritik som vanligen riktas mot preventionsfunktionen angående avsaknad av empiriskt material som visar en verklig preventiv effekt, oavsett hur höga ersättningsnivåer det gäller, gör sig gällande även beträffande dessa uttalanden.<sup>75</sup>

Ovan nämnda premisser har påverkat regeringens argumentation både beträffande ersättningsnivåerna generellt och hur ersättningen bestäms i det enskilda fallet. Beträffande preventionsfunktionens inverkan på nivåerna i det enskilda fallet kan framhållas regeringens uttalande om att en ekonomiskt stark aktör bör åläggas högre ersättningsbelopp än svaga sådana.<sup>76</sup> Det är enligt min mening märkligt att på detta sätt bedöma ersättningsbeloppet efter den diskriminerande partens ekonomiska ställning. Det skulle bland annat krävas att domstolarna spekulerar i vad som i just det aktuella fallet, utgående från den diskriminerande partens ekonomi, skulle utgöra en tillräckligt hög summa för att i framtiden avhålla från diskriminering. På det allmänpreventiva planet skulle de olika aktörerna (förutsatt att de är insatta i praxis) vara tvungna att jämföra sina ekonomiska ställningar för att kunna avgöra huruvida diskriminering utgör en kostnadsrisk eller inte. Denna framförhållning framstår som långsökt.

Dock måste en viss skillnad göras mellan regeringens och HD:s syn på preventionsfunktionens roll vid ersättningsbestämmandet (dvs. preventionspåslaget). HD har dels genom att framhålla att konkreta bedömningsgrunder även vid preventionspåslagsbedömningen är viktiga för att garantera en normstyrd rättstillämpning, dels genom att återkommande relatera preventionspåslaget till *handlingens klandervärde*, i stället för till den diskriminerande partens ekonomiska ställning, i högre grad än regeringen ifrågasatt i vilken mån omständigheterna i det enskilda fallet utav preventionssyften bör åberopas för att styra ersättningsnivån. Även omständigheterna som kan

---

74 Prop. 2007/08:95 s. 390 f. Typexemplen innefattar både situationer då diskrimineringen är till gagn för den diskriminerade parten och situationer där diskrimineringen sker enbart på grund av illvilja gentemot den diskriminerade partens gruppstillhörighet.

75 Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet har även framhållit svårigheten i att avgöra huruvida en ersättning på t.ex. 50 000 kronor i större grad avskräcker en presumtiv skadevällare än en ersättning på 30 000 kronor. Se Remiss ang. Ds. 2007:10, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, 2007/18, s. 13 f.

76 Prop. 2007/08:95 s. 399.

medföra en avvikelse från utgångspunkten om att preventionspåslaget ska motsvara upprättelseersättningen är relaterade till handlingens klandervärde. Om HD:s domskäl läses mer ingående framgår även att HD inte uttryckligen påstår att höga ersättningsnivåer verkligen leder till prevention – utan endast kommenterar att preventionspåslaget medför att nivåerna, som regeringen önskat, överstiger de som utgår enligt 2 kap. 3 § SkL.<sup>77</sup> HD undviker därmed även att uttryckligen kommentera regeringens premiss att högre ersättningsbelopp leder till högre prevention.

HD får, genom att relatera preventionspåslaget till upprättelseersättningen, anses ha i någon mån bromsat de ivriga prognoser som regeringen givit uttryck för. Förutsatt att vi skulle kunna veta något om vad som faktiskt utgör preventiva ersättningsnivåer får den förväntade preventionseffekten stå tillbaka för att upprätthålla någon slags balans mellan upprättelseersättning och preventionspåslag. Vidare medför dessa bedömningsgrunder att olika fall kan bedömas olika utan att bedömningen blir allt för godtycklig. Detta ser jag som en positiv konsekvens av NJA 2014 s. 499 I – dock gör bedömningsgrunderna inte mycket för att *tillförsäkra* en preventiv effekt. Preventionspåslaget blir snarare ett medel, där det övergripande *ändamålet*, eller förhoppningen, är att förebygga diskriminering. På detta sätt både blottar och hanterar HD en av preventionsfunktionens största svagheter, nämligen att den är en osäker variabel att laborera med vid ersättningsbestämmandet. Det kan nog komma att kosta att diskriminera – men frågan vilka effekter kostnaden har kvarstår.

### 3.3 DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS RETRIBUTIVA KARAKTÄR

#### 3.3.1 NÅGOT OM PREVENTION OCH RETRIBUTION

Den retributiva funktionen, dvs. att ersättning kan fungera som vedergällning för den skadevällande handlingen och ha en strafflik karaktär,<sup>78</sup> kan sägas innefatta en preventiv komponent i och med att det klander som ersättningen eventuellt uttrycker ska verka avhållande på en potentiell skadevällare.<sup>79</sup> Om en ersättningsform kan ha en retributiv funktion skulle därmed diskrimineringsersättningen ge uttryck för klander som, på samma sätt som straffet för

77 NJA 2014 s. 499 I, på s. 514.

78 Schultz, Kränkning, s. 59.

79 Straffet kännetecknas bland annat av att det genom ett normativt budskap förmedlar till allmänheten att vissa handlingar är klandervärda. Budskapet syftar till att avhålla människor från att överträda normer och begå brott, och är även riktat mot den enskilde överträdaren – när den straffbara handlingen väl är begången förtjänar överträdaren klander, vilket kännetecknas genom att åläggande av lidande, se Friberg, Kränkingsersättning, s. 85 ff. För vidare läsning om dessa straffteorier hänvisas till verken som tas upp i Fribergs framställning.

brottsliga handlingar, förmedlar att diskriminering bör undvikas. Skiljer sig denna klanderbaserade prevention från den moralbildande prevention som diskuterades i avsnitt 3.2.2? Gemensamt för dessa funktioner är att båda har ett tydligare fokus på den skadevällande handlingen än skadans storlek. Vidare gäller att preventionen förväntas inträda genom en normativ dirigeringsfunktion av personers handlande.<sup>80</sup> Möjligen går det att hävda att preventionsfunktionen snarare verkar genom den potentiella skadevällarens kostnadsriskbedömning, medan retributionsfunktionen i större utsträckning anspelar på skadevällarens moraliska bedömningar om vad som ur samhällssynpunkt är att betrakta som oönskade beteenden. Skillnaden tycks dock vara så liten att författaren riskerar många upprepningar om den retributiva preventionsaspekten ska diskuteras mer ingående. Därför diskuteras i detta avsnitt huruvida diskrimineringsersättningen har andra inslag av retribution. Främst behandlas frågan om diskrimineringsersättningen har en straffliknande, eller kanske snarare, icke-skadeståndslig karaktär.

### 3.3.2 RETRIBUTIVA ELEMENT I DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS UPPBYGGNAD

När diskrimineringsersättningen studeras kan märkas att lagstiftaren använt straffrättslig terminologi. Det talas dels om påföljd istället för eller synonymt med ersättning, dels om brott mot förbud istället för orsakande av skador. Även om lämpligheten i att blanda ihop civilrättsliga och straffrättsliga begrepp tål att diskuteras är det i detta sammanhang mer intressant att analysera vilka uttryck av bestraffning som återfinns i dels motiven bakom diskrimineringsersättningens utformning, dels rättstillämparens argumentation kring ersättningens bestämmande.

Något bör sägas om de element i diskrimineringsersättningens bestämmande som liknar straffvärderingen. Den diskriminerande handlingens klandervärde, i likhet med en brottslig gärnings straffvärde, styr preventionspåslagets bestämmande. Exempelvis kan återfall i diskriminerande beteende, på samma sätt som återfall i brottslighet, vara försvärande. I preventionspåslagets kärna ligger även faktumet att dess utdömande inte relateras till skadans, dvs. kränkningens storlek, utan snarare att den diskriminerande handlingen motiverar ersättning utöver upprätelseersättningen. Vidare märks diskrimineringsersättningens emfas på den skadevällande handlingen genom att ersättningen, bortsett från bevisfrågor och dylikt, hypotetiskt sett skulle kunna utgå endast

<sup>80</sup> En jämförelse kan också ske genom att besvara frågan: varför bör diskrimineringsersättningen ha en retributiv eller preventiv funktion? Svaret angående prevention blir att ersättningen bör avhålla från vidare diskriminerande handlingar och dessutom straffa den diskriminerande parten, för att handlingen är klandervärd. Vid "ren" prevention blir svaret att ersättningen bör avhålla vidare skadegörelse, för att handlingen är klandervärd.



på grund av blotta handlingen – dvs. utan varken uppsåt eller oaktsamhet hos den diskriminerande parten eller att någon skada uppstått för den diskriminerade parten. Detta eftersom ersättning utgår vid *överträdelse av ett förbud*. Dock förutsätts för den straffrättsliga påföljden att uppsåt eller oaktsamhet kan visas hos den tilltalade. Någon påföljd utdöms alltså inte så fort någon överträtt ett förbud enligt brottsbalken. Diskrimineringsersättningens tonvikt på den skadevällande handlingen skulle därför snarare kunna användas som ett argument för att bedöma diskriminering som ett brott men inte diskrimineringsersättningen som ett straff.

Att diskrimineringsersättningen enligt regeringen ska vara ”kännbar”<sup>81</sup> för den diskriminerande parten kunde tolkas som att diskrimineringsersättningen ska ge upphov till lidande. I detta sammanhang är det även motiverat att diskutera regeringens uttalande om att ersättningen i diskrimineringsfall, i syfte att motsvara de sanktionsmöjligheterna som föreligger vid kränkning enligt 2 kap. 3 § SkL, bör tjäna som både skadestånd och straff.<sup>82</sup> Detta uttalande görs dock enligt min tolkning endast i syfte att höja ersättningsnivåerna vid diskriminering i förhållande till de vid kränkingsersättning enligt SkL, och därigenom stärka diskrimineringsersättningens preventiva funktion. På så sätt anförs endast att diskriminering inte kan motverkas genom modesta ersättningsnivåer – uttalandet ger inte stöd för att det är motiverat att den diskriminerande parten utsätts för något lidande. Övriga inslag av denna lidandeaspekt lyser med sin frånvaro, både inom rättstillämpningen och i lagmotiven. Inte heller de omständigheter som påverkar preventionspåslaget storlek – exempelvis att den diskriminerande parten tillgodogjort sig en vinst genom den diskriminerande handlingen – motiveras genom att framhålla att ersättningsnivån på något sätt är åsyftad att straffa den diskriminerande i den mening att ersättningen ska förorsaka lidande.

I detta sammanhang bör diskrimineringsersättningens karaktär av straffskadestånd diskuteras. Straffskadestånd saknar traditionellt sett hävd i svensk skadeståndsrätt. Det är enligt Schultz inte att se som ett ”separat funktionsargument” utan en ”särskild skadeståndspost”, och beräknas utifrån bestraffande syften. Enligt Schultz brukar denna typ av skadestånd oftast motiveras med preventiva, inte rent retributiva argument.<sup>83</sup> HD har uttryckligen hänvisat till preventionspåslaget som ett straffskadestånd – vilket tyder på att straffskadeståndet i diskrimineringsfall, i enlighet med Schultz resonemang, utgör en separat ersättningsdel. Däremot har HD inte utvecklat på vilket

81 Prop. 2007/08:95 s. 390.

82 Prop. 2007/08:95 s. 390.

83 Schultz, Kränkning, s. 59 f.

sätt preventionspåslaget kan anses ha en kännbar effekt. Preventionspåslaget behandlas snarare som ett medel att tillse att den sammanlagda ersättningsnivån inte stannar vid nivåerna vid kränkningar enligt 2 kap. 3 § SkL. Dess fastställande relateras inte till hur bestraffande ersättningen kan upplevas av den diskriminerande parten, utan snarare till handlingens klandervärde. Jag drar därmed slutsatsen att det i nuläget inte går att utläsa något rent retributivt syfte med preventionspåslaget.

Sammanfattningsvis är det, trots att diskrimineringsersättningen innefattar vissa element och terminologi som även återfinns i straffrätten, svårt att argumentera för att sanktionen skulle ha en retributiv funktion. Lagstiftarens syfte med diskrimineringsersättningens preventivpåslag framstår som främst preventivt. Att diskriminering ses som en klandervärd handling medför inte heller att sanktionen ger uttryck för klander i vidare mån än övrigt ideellt skadestånd. Vidare är det svårt att spekulera i vad den diskriminerande parten i det enskilda fallet upplever som bestraffande. Varken regeringen eller HD har utvecklat *hur* ersättningen på detta sätt skulle verka som ett straff hos den som tvingas utge ersättning. Om stora ekonomiska uppoffringar kan räknas som ett lidande är det kanske möjligt att påstå att diskrimineringsersättningen som en bieffekt skulle kunna ha en retributiv funktion. Jag vill dock mena att det krävs betydligt kraftfullare argumentation kring diskrimineringsersättningens bestraffande element än vad som hittills framförts av lagstiftaren och rätts-tillämparen för att påstå att retributionsfunktionen fått en starkare ställning i svensk ersättningsrätt. Att en del av ersättningen anses utgöra ett straffskadestånd medför alltså inte att diskrimineringsersättningen har en retributiv funktion.<sup>84</sup>

## 4. AVSLUTANDE KOMMENTARER

### 4.1 DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS SÄRDRAG

Diskrimineringsersättningen har lanserats som en påföljd av ett eget slag, en hybrid mellan skadestånds- och straffrätt där framförallt preventionssyftet genomsyrar både motiveringen av sanktionens existens, men även hur diskrimineringsersättningen ska bestämmas i det enskilda fallet. Det särskilda

<sup>84</sup> Däremot kan skönjas att de preventiva syftena i större utsträckning än tidigare tjänar som argumentationsunderlag i rättstillämpningen sedan diskrimineringsrättens införande. Detta är knappast ett utflöde ur NJA 1994 s. 637 om kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL, där HD ansåg att det fanns skäl "att med hänsyn till brottets karaktär" utdöma ett så pass högt skadestånd att det skulle fylla en preventiv funktion och därmed förebygga liknande handlingar. Kleinemans framtidsanalys om utökad preventionsargumentation tycks ändå ha varit sann, se Jan Kleineman, *Skadeståndsrättens tillväxt*, SvJT 2003 s. 319, på s. 331.

preventionspåslaget är HD:s sätt att omvandla politisk lagstiftarvilja till konkreta bedömningsgrunder. Kopplingen till den allmänna ideella skadeståndsrätten samt reparationsfunktionens betydelse vid dylika ersättningar har alltså vidhållits genom upprätelseersättningens konstruktion.

Har då regeringens mål att särskilja diskrimineringsersättningen från övrig ideell ersättning lyckats? Vad gäller diskrimineringsersättningens funktionsargument är några markanta skillnader mellan diskrimineringsersättning och övrig ideell ersättning svåra att finna. Funktionernas styrkor och svagheter tar sig inte unika uttryck inom diskrimineringsersättningen jämfört med övrig ideell ersättning. Endast en generell anmärkning om att ersättningsnivåerna ska höjas i förhållande till vad som gäller för allmän kränkingsersättning kan inte medföra att banden till övrig ideell ersättning helt bryts. Ersättningsnivåerna är som bekant endast en del av ett ersättningsinstitut, och inte ens dessa kan mot bakgrund av HD:s bedömningsgrunder sägas helt sakna kopplingar till övrig ideell ersättning. Två aspekter av diskrimineringsersättningen kan dock urskiljas som ger densamma en viss särprägel i förhållande till övriga ideella ersättningsformer. Den ena är ersättningens tvehövdade bestämmingschema. Diskrimineringsersättningen *består* av för den ideella ersättningen nya komponenter. Trots att reparation och prevention naturligtvis diskuterats ifråga om övriga ideella ersättningsformer har det tidigare inte gjorts en dylik uppdelning av det totala ersättningsbeloppet. Den andra är den stora *tilltro* som fästs vid ersättningens preventiva funktion, särskilt vid höga ersättningsnivåer som preventivt medel.

#### 4.2 NÅGOT OM FUNKTIONERNAS SAMSPEL

Något bör även sägas om funktionernas samverkan och inbördes relation när det gäller diskrimineringsersättning. Som tidigare anförts är det inte eftersträvänsvärt att finna en ensam funktion som berättigar ett ersättningsrättsligt regelverk. Inte heller finns det per ersättningsform blott en funktion som är dominerande. Mot bakgrund av ovanstående iakttagelser har det alltså inte varit möjligt, eller ens önskvärt, att utreda vilken funktion som är mest relevant vid frågor om diskrimineringsersättning. Snarare rymmer diskrimineringsersättningen, i likhet med övriga ideella ersättningsformer, olika komponenter som kan diskuteras i förhållande till de tre berörda funktionerna. Vidare vävs funktionsargumenten in i varandra: retribution innefattar prevention och prevention kan kanske i vissa fall leda till reparation.

Den uppmärksamma läsaren märker att när funktionernas relevans ifrågasätts är detta av liknande skäl oavsett vilken funktion som behandlas. Exempelvis kan och har den kritik som riktas mot preventionsfunktionen i fråga om ideell

ersättning – att dess faktiska effekter inte kan underbyggas eller förutses – på samma grunder riktas mot reparationsfunktionen. I ingendera fallen kan med säkerhet sägas att ersättningen har den funktion som påstås, vare sig det rör att reparera en skada eller förebygga dem. Detta föranleder slutsatsen att inget funktionsargument är fullkomligt vattentätt – och är samtidigt en bekräftelse av att det inte är ändamålsenligt att vid skapandet av en ny lag fästa alltför stor vikt vid en enskild funktion.

#### 4.3 DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS FUNKTIONER OCH ÄNDAMÅL

Diskrimineringsersättningen har, mot bakgrund av lagstiftarens motiv, två syften – det preventiva och det reparativa. Det är dock i båda fall osäkert huruvida ersättningen medför att en preventions- respektive reparationsfunktion faktiskt inträder. Därför ter det sig lämpligare att just tala om ett preventivt och reparativt ändamål – huruvida diskrimineringsersättning är rätt medel för att uppnå ändamålen är dock oklart. Diskrimineringsersättningen har skapats och anpassats för att motverka diskriminering – huruvida denna effekt inträder har lagstiftaren inte kunnat lägga fram några tydliga underlag för, i vart fall inte när det gäller ersättningsnivåernas inverkan. Vad gäller retributionsfunktionen är situationen något vagare. Preventionspåslaget anses av rättstillämparen utgöra ett slags straff – men uttryckliga avsikter att påslaget ska ge upphov till lidande hos den diskriminerande parten lyser med sin frånvaro. Eftersom ett bestraffande syfte saknas är det även svårt att anföra att påslagets ändamål, även om det hänvisas till som ett straffskadestånd, är bestraffning och lidande hos den diskriminerande parten. Ändamålet framstår som rent preventivt. I väntan på en kraftfullare argumentation kring hur preventionspåslaget kan verka inte endast preventivt men även retributivt blir en sista utväg att hävda att genom att kalla något ett straff blir det också det. Huruvida denna tes stämmer lämnar författaren till någon annan att utreda – och kanske faller frågan helt utanför juridikens sfär. 