



H. Axberger

Särtryck ur

ORD OCH RÄTT

Festskrift till Hans-Gunnar Axberger

Bestraffande skadestånd

*Mårten Schultz**

En tryckfrihetsdom

Hans-Gunnar Axbergers forskning har överlag haft sitt hemvist i den offentliga rätten. Han har givit viktiga bidrag i både konstitutionell rätt och i straffrätt. I yttrandefrihetsrätten intar han en särställning. Men lite mindre känt är att han även skrivit om civilrättsliga ämnen och att hans bidrag även i detta sammanhang fått genomslag. Det gäller inte minst det exempel som denna uppsats ska ta upp. Det handlar om skadestånd i ett tryckfrihetsmål i Högsta domstolen (HD). Målet är NJA 1994 s. 637, Svenska Hustler.

De flesta som läser den här festskriften har förmodligen bakgrunden till avgörandet klart för sig men en kort påminnelse.¹ Svenska Hustler, som var en svensk utgåva av den amerikanska hårdpornografiska tidningen Hustler, hade publicerat en ”artikel” där ett antal kända personer monterats in i pornografiska bilder. Bland personerna fanns framstående politiker men även kändisar. På bilderna såg det ut som att personerna utförde den typ av aktiviteter man förväntar sig ska förekomma i en pornografisk tidning (samt i något avseende mer ovanliga aktiviteter). Bilderna var förenade med viss bildtext och ordet ”satir”. Trots att det var tydligt att bilderna inte återspeglade verkliga förhållanden fann HD att förtal förelåg.

”Det aktuella reportaget, som har rubriken ”En smygtitt i kändisarnas hemliga fotoalbum”, innehåller fotomontage där målsägandena

* Professor vid Stockholm Centre for Commercial Law, ordförande i Institutet för juridik och internet, medarbetare i SvD.

¹ Se även Mårten Schultz, Förtal och integritet, Juridisk publikation 2012, s. 207 ff., på s. 224 f.

förekommer i sexuella situationer genom att deras ansikten fogats samman med andra personers kroppar. Det kan i och för sig lätt konstateras att bilderna inte är autentiska. Bilderna med tillhörande textvinjetter kan emellertid förmedla intrycket att målsägandena är sådana ”kändisar” som enligt den inledande texten är sexuellt lös-släppta och perversa. Särskilt i förening med reportaget i övrigt måste bilderna anses ägnade att utsätta målsägandena för andras missaktning.”

Förtal är en typ av brott som påverkas av tidsandan. Det som är ägnat att utsätta någon för missaktning idag behöver inte vara det imorgon.² Jag är inte säker på att en domstol i vår tid med samma självklarhet skulle landa i att uppenbart manipulerade bilder på kända personer, därtill försedda med brasklappen ”satir”, skulle anses ägnade att utsätta de avbildade för omgivningens missaktning (även om jag hoppas det).³ Men nu är det inte den straffrättsliga bedömningen som är mest intressant utan den skadeståndsrättsliga. Härvid uttalades följande.

”I fråga om skadeståndens storlek bör till en början beaktas att fotomontagen med åtföljande text fått stor spridning och åstadkommit betydande obehag för målsägandena. Effekten har förstärkts av

² Göta hovrätts bedömning av kränkningens allvar i skadeståndsbedömningen i ett förtalsavgörande från 2013 illustrerar att det kan vara svårt att fånga in denna tidsanda. I målet hade en man spridit filmer där en kvinna hade sex på internet, s.k. hämndporr. ”Det går dock inte att bortse från det förhållandet att det inom inte alltför snäva kretsar av befolkningen med tiden har blivit alltmer socialt accepterat att vara mycket öppen och utåtriktad avseende sina sexuella vanor.” Målet prövades senare av HD, som inte hade någon liknande formulering. Citatet är hämtat ur referatet i NJA 2015 s. 86.

³ Man kan härvid jämföra med ett fall från USA. Svenska Hustler var, som sagt, en svensk utgåva av den likaledes hårdpornografiska amerikanska tidningen Hustler. Amerikanska Hustler har kommit ut sedan 1974 under ledning av Larry Flynt. Flynt har genom åren gjort sig känd, förutom som pornograf, också för sin politiska gärning – Hustler har utgjort en vänsterröst i det amerikanska politiska landskapet, med udden mot republikanerna och kristna traditionalister. Även den amerikanska utgåvan har varit föremål för prövning i högsta instans vilket är intressant ur ett svenskt yttrandefrihetsperspektiv, eftersom utgången kontrasterar med det svenska Hustler-målet. I Supreme Court-avgörandet Hustler Magazine v. Falwell (485 U.S. 46 (1988)) vann Flynt och tidningen ett tryckfrihetsmål rörande uppgifter publicerade i tidningen om predikanten Jerry Falwell med innebörden att Falwell hade haft incestuösa relationer med sin mor. Rättegången dramatiserades i filmen The People v. Larry Flynt av Milos Forman (1996).

att målsägandena är välkända personer, för vilka det finns ett stort intresse hos allmänheten. Redan av dessa skäl är det motiverat att de tillerkänns betydande skadestånd för lidande och som upprättelse för den oförrätt de utsatts för. Härtill kommer att det med hänsyn till brottens karaktär och de ekonomiska överväganden som kan antas ha legat bakom publiceringen finns skäl att bestämma skadestånden på en så hög nivå att de också kan väntas verka preventivt och sålunda bidra till att förebygga fortsatt publicering av samma art i framtiden. Med beaktande av de anförda omständigheterna bör skadeståndet för envar av målsägandena skäligen bestämmas till 100 000 kr.”

En rättsfallskommentar

Axberger skrev en rättsfallskommentar om fallet för Juridisk Tidsskrift.⁴ Den tar upp olika aspekter av domen och flera av de frågor som han behandlade är levande än idag, inte minst frågan om reglerna om ärekränkning – främst förtalsreglerna – kan användas som ett skydd för den personliga integriteten.⁵

Det är den ovan citerade skadeståndsbedömningen som jag nu fokuserar på. I sin rättsfallskommentar skriver HG att han vid läsningen av denna del av domen slås av två saker.⁶

”Det ena är det moraliska, något högstämnda ordvalet: ’lidande’, ’upprättelse’, ’oförrätt’. Det tycks onekligen som HD här funnit att en moralisk kränkning av hög dignitet förekommit. Det är i och för sig lätt att föreställa sig den vämjelse målsägandena måste ha känt inför att se sig utnyttjade på detta sätt. Men är det ända inte mer det publicistiska tilltaget än målsägandenas lidande som väcker den moraliska indignationen? Den känslskraft domskälen utvecklar gentemot publiceringen stärker intrycket att HD drivits av en önskan att göra sitt för att åstadkomma ett förbättrat integritetsskydd i förhållande till den publicistiska huliganism som man hade uppe till bedömande.

⁴ Hans-Gunnar Axberger, Ära och integritet, JT 1994–95, s. 716 ff.

⁵ I brottsbalken finns numer en regel 4 kap. 6 c § om olaga integritetsintrång, som minskar behovet av att använda förtalsregeln för att åstadkomma ett skydd för den personliga integriteten. Regeln saknar emellertid motsvarighet i yttrandefrihetslagstiftningen.

⁶ Hans-Gunnar Axberger, Ära och integritet, JT 1994–95, s. 716 ff., på s. 727. Kursiveringen är min.

Den andra och med den nyss gjorda iakttagelsen sammanhängande reflektion som läsaren gör är att *HD här ger intryck av att ha använt skadeståndet som ett straff*. Det sägs uttryckligen att nivån satts högt för att förhindra framtida tilltag av detta slag. Samtidigt har själva straffet för den ansvarige fått stanna vid böter. Skadeståndsbeloppen har vidare bestämts lika för samtliga inblandade, utan försök att särskilja kränkningarna – det pekar mer mot ett straff för varje kränkning än mot en uppskattning av ett lidande.”

Denna tolkning av HD:s avgörande har fått gehör i den juridiska debatten.⁷ Axberger är heller inte ensam med att läsa domskälen på detta sätt.⁸ Men håller tolkningen? Ska detta betraktas som ett uttryck för en skadeståndets bestraffande funktion?

Funktionsargument i skadeståndsrätten

Vad är en funktion?

Vad finns det för utrymme för bestraffande skadestånd i svensk skadeståndsrätt? Det beror litet på vad man menar. Ett sätt att börja nysta i frågan kan vara att fokusera på om skadestånd kan ha en bestraffande *funktion*. Med ”funktion” kan avses såväl vilka faktiska effekter skadeståndet får som vilka rättspolitiska värderingar som skadeståndet vilar på (alltså vilka värderingar som gör att rättsordningen tillhandahåller en rätt till skadestånd).⁹

Kompensation

Skadeståndets primära funktion är enligt den allmänna uppfattningen *kompensation*, eller reparation.¹⁰ Skadeståndet ska försätta den skadelidande i den situation hon skulle ha varit den ansvars-

⁷ Se t.ex. Mårten Schultz, Kritik av kränkningbegreppet, SvJT 2008, s. 37 ff., på s. 37 f. (n. 3).

⁸ Jan Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga, SvJT 2003 s. 319 ff., på s. 331.

⁹ Se ang. följande min uppsats Deklaratoriska ersättningar, särskilt om diskrimineringsersättningar, Festskrift till Håkan Hydén, Lund 2019.

¹⁰ Så t.ex. Håkan Andersson, Skyddsändamål och adekvans, Uppsala 1993, s. 323.

grundande händelsen förutan, såvitt det nu låter sig göras genom en ekonomisk ersättning.¹¹

Prevention

Alternativet till kompensationsfunktionen eller kompensationsintresset är *prevention*, som i sin tur, precis som i straffrättens diskussion om straff, kan delas upp i allmän- och individualprevention.¹² Preventionstankar aktualiseras i skadeståndsrätten då och då som en förklaring av skadeståndet. Det finns därtill tydliga exempel på när sådana idéer tillmätts en normativ innebörd och haft en bestämmande inverkan på t.ex. en rättsutveckling.¹³

Bestraffning

Vid sidan om preventionsfunktionen kan även andra funktioner identifieras, även om dessa inte lika ofta blir föremål för diskussion. Det är här frågan om huruvida skadeståndet kan antas ha en *bestraffande* funktion aktualiseras. På engelska talar man om, vilket väl är det mest kända uttrycket för ett sådant funktionsargument, *punitive damages*.

Skadeståndets eventuella bestraffande funktion kan förstås på olika sätt och dessa olika sätt att förstå begreppets innebörd har relevans även för hur vi ser på andra funktionsargument. Bestraffande skadestånd kan betraktas som medel för att nå ett mål, där målet

¹¹ Som HD uttrycker det i NJA 2016 s. 945, p. 18: ”Av betydelse för frågan är att skadeståndets funktion som restitution primärt tar sikte på ett återställande ur ett ekonomiskt perspektiv – inte till att den skadelidande ska försättas i samma faktiska läge som före skadan.”

¹² Under de senaste decennierna har denna funktionsdebatt i akademiska sammanhang tagit sig mer teoretiska uttryck, där funktionsargumenten inordnats i större förklaringsmodeller av filosofiskt eller rättsekonomiskt slag. Med en väldigt grov generalisering kan sägas att i den filosofiska traditionen så betonas skadeståndsrättens moraliska inslag – en rätt till ersättning mot någon som på ett otillåtet sätt skadat någon annan vilar på moralisk grund (t.ex. grundad i rättigheter). I detta paradigm står kompensationen i centrum. I den rättsekonomiska traditionen betonas istället skadeståndets roll i samhällsekonomin, kanske framför allt som ett styrmedel för ekonomisk effektivitet. Här är preventionstanken central.

¹³ Se t.ex. NJA 1991 s. 720 där HD som stöd för att ett strängt (strikt) ansvar skulle gälla för innehavare av en fjärrvärmeanläggning, trots att det saknades lagstöd för detta, uttalade att det skulle ”stimulera till att öka anläggningarnas säkerhet och därmed minska risken för skador”.

är att avskräcka eller verka handlingsdirigerande.¹⁴ Denna instrumentella tolkning av bestraffande skadestånd tenderar således att göra det bestraffande elementet underordnat preventionsargumentet: Skadeståndet ges en bestraffande innebörd för att avskräcka från orimligt eller ineffektivt risktagande.

Men den bestraffande funktionen kan också betraktas som målet i sig, att den bestraffande aspekten av skadeståndet antas ha – för att använda ett filosofiskt uttryck – ett intrinsiskt intresse.¹⁵ Rättsordningen straffar, genom skadeståndet, för att rättsordningen anser att vissa personer förtjänar ett straff p.g.a. vad de har gjort eller inte har gjort. Denna tolkning hänger således samman med den straffrättsliga diskussionen om s.k. retributiv rättvisa, som enkelt uttryckt innebär att rättsordningen utdömer straff som en reaktion på brott eftersom brottslingen till följd av brottet förtjänar straffet. Den bestraffande funktionen är här av moraliskt slag och hänger ihop med moraliska ställningstaganden. Det är inte skadeståndets faktiska effekter, utan den moral som det uttrycker, som står i centrum.

Slutligen går det naturligtvis att tänka sig att bestraffande skadestånd kan vila på båda dessa grunder. Så tolkas t.ex. punitive damages-institutet, som det används i amerikansk (federal) rätt, av vissa författare.¹⁶

”Deklaration”

Det finns ytterligare funktionsmöjligheter. En aspekt av ersättningsrätten som kommit att få alltmer genomslag (även om det inte alltid noteras explicit), inte bara i svensk rätt utan även i den internationella skadeståndsrättsliga metoddiskussionen, är skadeståndets *deklaratoriska* funktion. Rättsordningen försöker, med skadestånd

¹⁴ Se Anthony J. Sebok, Normative Theories of Punitive Damages: The Case of Deterrence, i Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014, s. 312 ff.

¹⁵ Se Dan Markel, Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction, 94 *Cornell Law Review*, s. 239 ff. (2009). Scott Hershovitz har föreslagit att skadeståndet kan betraktas som ett substitut för hämnd: skadevällaren tvingas ersätta den skadelidande istället för att den skadelidande på egen hand utkräver hämnd från den som skadat henne, Scott Hershovitz, *Torts as a Substitute for Revenge*, i Oberdiek (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford 2014, s. 86 ff.

¹⁶ Se t.ex. Mark Geistfeld, Punitive Damages, Retribution, and Due Process, 81 *Southern California Law Review*, s. 263 ff. (2008).

eller andra ersättningar, att *uttrycka* något. Det här syftet har kunnat skönjas alltmer i ”praktisk” svensk ersättningsrätt. Det kanske tydligaste exemplet är de tillfälliga ersättningsformer som utvecklats till förmån för vissa skadelidargrupper som inte kunnat erhålla ersättning den vanliga skadeståndsvägen. Det senaste exemplet är ersättningen till de s.k. vanvårdade barnen.¹⁷ Även denna aspekt av ersättningarna kan vara instrumentell, avsedd att tjäna ett högre syfte, men kan också vara ett mål i sig självt.

Vilken form av bestraffningsfunktion, om någon, uttrycks i Hustlerdomen?

Skadeståndet kan fylla en bestraffande funktion i två olika bemärkelser, således. Det kan utgöra ett medel för att åstadkomma det övergripande målet att avskräcka från skadevållande (eller, i culpaansvarsfall, från risktagande), men det kan också utgöra ett straff som står s.a.s. på egna ben – straffet är sin egen funktion, inte ett instrument för någon annan funktion.

Hur ska vi förstå Hustlerdomen mot denna bakgrund? Det kan vid första anblick se ut som att HD, om man ansluter sig till Axbergers tolkning av domskälen, resonerar på det förra sättet. Om ersättningen ska betraktas som bestraffande i denna bemärkelse så är det som ett medel för ett mål: prevention.

Preventionen är det som HD uttryckligen vill åt. Det är emellertid tveksamt om tolkningen att skadeståndet fungerar som straff tillför så mycket i denna del. Preventionsargumentet står på egna ben. Men det finns fler sätt att läsa domen på.

Axberger tolkar vissa ord i domskälen som indikationer på en moralisk indignation riktat mot, som han fyndigt uttrycker det, publicistisk huliganism. Själv läser jag inte domskälen som särskilt moraliserande. ”Lidande” var det ord som skadeståndslagen under denna tid använde för det vi idag kallar kränkning och lidand ersättningen/kränkning ersättningen syftar till just upprättelse. Den schabloniserade synen på kränkning ersättningen – alla fick samma belopp – framstår vidare som i linje med hur kränkning begreppet idag förstås.¹⁸

¹⁷ Se vidare www.ersattningsnamnden.se.

¹⁸ Se Sandra Friberg, Kränkning ersättning, Uppsala 2011, kap. 7, särskilt s. 351 ff.

Det går samtidigt inte att bortse från att ersättningen i Hustler-målet är väldigt hög jämfört med andra ideella ersättningar i samma kategori. Senare förtalsdomar har legat på lägre nivåer, vid kränkningar som straffrättsligt betraktats som allvarligare.¹⁹ Så, trots att straffet stannade vid dagsböter, utdömdes ett kränkningskadestånd som låg på samma nivå som allvarliga sexualbrott.

Det här framstår som svårförklarligt utifrån hur vi idag kopplar kränkningserättningarnas storlek till brottets straffvärde. Kränkningbegreppet hade å andra sidan inte samma stadga 1994 som det har idag. Att kritisera 1994 års upplaga av HD för att den inte utgick från vår tids täta koppling mellan straffvärdet och ersättningsbedömningen är inte så fruktbart.

Ett annat sätt att se på det bestraffande inslaget i domen står kanske att finna snarare i kopplingen till den påföljd som dömdes ut, än i preventionsuttalandet. Axberger noterar i sin rättsfallskommentar att det efter domen är svårt att se hur ett förtal i en tryckt skrift ska se ut för att ett fängelsestraff ska kunna komma ifråga.²⁰ Det kan därmed hävdas att straffrätten underlevererar, oavsett om man ser på straffet ur instrumentell synvinkel (prevention) eller ur moralisk synvinkel (retributiv rättvisa).

Om HD upplevde sig ”bakbunden” i påföljdsfrågan, att det inte var möjligt att utdöma fängelsestraff (trots att regelverket i och för sig medger det), kan ett betungande skadestånd betraktas som ett sätt att ”toppa upp” påföljden. En sådan tolkning innebär att slutsatsen i skadeståndsbedömningen kan sägas innefatta ett bestraffande element, men inte i första hand genom hur den kopplas till formuleringen om skadeståndets preventiva funktion utan genom kopplingen till de tidigare uttalandena om ”lidande”, ”upprättelse” och ”oförrätt”, alltså just de uttryck som Axberger såg som moraliskt laddade.

Det här innebär att inslaget av straff i HD:s skadeståndsbedömning snarare ska ses som ett uttryck för ett moraliskt avståndstagande. Skadeståndet har inte en bestraffande funktion för att det avskräcker publicister från förtalsbrott. Det har en bestraffande funktion genom att uttrycka att förtalande publicister moraliskt förtjänar att behöva utge skadestånd till offret – ovanpå den ersättning som motiveras av kompensation eller prevention.

¹⁹ NJA 2015 s. 86.

²⁰ Hans-Gunnar Axberger, Åra och integritet, JT 1994–95, s. 716 ff., på s. 727.

Det går att vrida och vända på dessa argument. Ur praktisk synvinkel är det mer intressant om det idag finns något utrymme för domstolarna att väga in bestraffande element i kränkningssersättningens bestämmande vid förtal. Det får nog antas finnas ett väldigt begränsat utrymme för det.

Juridiken kring de ideella skadorna har förändrats mycket sedan 1994. Dagens kränkningsskadestånd präglas av ett objektivt synsätt. Därtill har schabloniseringen av ersättningarna blivit stramare och domstolarna tycks allt mindre benägna att avvika från schablonerna. Inom ramen för dessa schabloner finns det inte mycket utrymme att för en bestraffande funktion vid skadeståndsbestämningen.²¹ Det är kanske också bra. Bestrafningen sköts nog bäst av straffrätten, medan skadeståndsrätten får stå för upprättelse och kompensation.

²¹ Axberger noterar (Yttrandefrihetsgrundlagarna, 4 uppl., Stockholm 2019, s. 179) att det finns en stor spännvidd mellan domstolarnas bedömningar i beloppsfrågan. I Hustlermålet utgick 100 000 kr – samma belopp till de målsägande som utsatts för grovt förtal som till de som ”enbart” utsatts för förtal av normal graden – medan Gudrun Schyman, som då var partiledare, erhöll 50 000 kr för förtal i Expressen. Därtill tar Axberger upp NJA 2015 s. 86, se ovan n. 2, där skadeståndet bestämdes till 70 000 kr. Min egen tolkning av praxis är att Hustlermålet är en skadeståndsrättslig anomali och att särskilt 2015 års fall stramat upp schabloniseringarna, åtminstone utanför det särskilt grundlagsskyddade området.

