

Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna

Av professor IAIN CAMERON*

Denna artikel behandlar möjligheter att få skadestånd inför svensk domstol för kränkningar av EKMR. Författaren anser att, än så länge, är det endast när vissa rättigheter har kränkts i vissa situationer som en konventionsförpliktelse uppstår för svensk domstol att utdöma skadestånd. Författaren anser även att Europadomstolens rättspraxis om "skälig gottgörelse" bör fungera som en riktlinje i dessa situationer, men att svenska domstolar har möjlighet att under vissa omständigheter frånga denna praxis och föreskriva lägre ersättningsnivåer. Författaren anser att en statlig utredning vore önskvärt för att belysa olika aspekter av frågan om skadestånd för kränkningar av mänskliga rättigheter.

Inledning

Skadestånd för kränkningar av Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (EKMR eller "konventionen") inför svenska domstolar är en aktuell fråga. HD:s dom i NJA 2005 s. 462, har hittills följts av en dom från Svea hovrätt i januari 2006.¹ HD har nyligen meddelat prövningstillstånd i detta mål samt i ett annat mål rörande frågan om man kan grunda skadeståndskrav direkt på EKMR artikel 5.5.² Justitiekanslern (JK) har dessutom föreslagit att man skall överväga om en ny lagbestämmelse bör antas som skulle underlätta utdömande av skadestånd för brott mot rätten till privatliv (artikel 8).³ JK:s förslag är delvis en reaktion på Europadomstolens dom i von Hannover v. Germany.⁴

NJA 2005 s. 462 satte punkt för en process som, för kärandens del, började 1991. Kärnfrågorna var i vilken mån det skadestånd man kan erhålla enligt skadeståndslagen (1972:207) och allmänna skadeståndsrättsliga principer kan tillgodose EKMR:s krav samt, om dessa krav inte fullt ut tillgodoses, frågan om man kan grunda en skadeståndstalan inför svensk domstol direkt på EKMR artikel 13. Artikel 13, som den har tolkats av Europadomstolen, stadgar att alla som

* Professor i folkrätt. Jag är mycket tacksam till mina kolleger Håkan Andersson, Torbjörn Andersson och Thomas Bull för hjälpsamma kommentarer.

¹ Svea hovrätts dom den 12 januari 2006 i mål T 2043-05.

² Se Norstedts Juridik idag 2006-03-03 respektive 2006-02-17. Se även NJA 2005 s. 726, där HD ansåg att ytterligare en skadeståndstalan byggd på brott mot artikel 6, EKMR bör ogillas, p.g.a. att oskäligt långa handläggningstider (16 månader i fallet) inte hade styrkts i målet

³ Se Pressens tidning 2006-04-13, www.pressenstidning.se.

⁴ No. 59320/00, 24 June 2004.

hävdar att deras konventionsrättigheter kränkts har rätt till ett "effektivt rättsmedel inför nationell myndighet".

Inom doktrinen framfördes först 1998 argumentet att *lagstöd* kan yrkas för en skadeståndstalan,⁵ genom hänvisning till lagen som inkorporerade EKMR (1994:1219, "inkorporationslagen"). Debatten tog ordentlig fart år 2000 med Europadomstolens avgörande i Kudla v. Poland⁶ som klargjorde att fördragsslutande stater var förpliktade att se till att det fanns effektiva rättsmedel på nationell nivå för att kunna påskynda långsamma domstolsprocesser. Ett antal försök gjordes att föra skadeståndstalan inför svensk domstol med angivande av artikel 41 i konventionen som grund. Artikel 41 stadgar att Europadomstolen får utdöma "skälig gottgörelse". Svensk domstol har inte bifallit något sådant skadeståndsykrande.⁷ Skadeståndsfrågan har också behandlats i ett antal artiklar, skrivna av praktiker.⁸ I dessa artiklar har främst två typer av argument förts fram. Det första är att Europadomstolens praxis kräver, i princip, att det bör vara möjligt för nationella domstolar att kunna utdöma *skadestånd för varje konventionskränkning*. Det andra är att *bedömningen av ersättningsnivån* bör göras utifrån Europadomstolens rättspraxis om "skälig gottgörelse" i artikel 41, dvs. när Europadomstolen finner att en kränkning har skett och att den skall kompenseras.⁹

NJA 2005 s. 462 ger inte klara svar på dessa två argument. Den lämnar även vissa andra viktiga frågor obesvarade, bl.a. frågan om konventionen kräver att en svensk domstol ibland bör ålägga part i ett tvistemål en skadeståndskyldighet. HD skrev i sina domskäl att "det

⁵ Se Cameron, *Swedish Case Law on the ECHR and the Question of Remedies*, i Cameron/Simoni (red), *Dealing with Integration*, volume 2, 1998. Jag tror att de enda som läst denna artikel var Percy Bratt och Jan Södergren; se deras *Axplock ur svensk konventionstillämpning*, 3 *Europarättslig tidskrift*, 2002, s. 427–446. Jan Södergren har skrivit att den första artikeln om ämnet var Bratts och Södergrens, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*, 1 *Europarättslig tidskrift* 2000, s. 407 (se Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004-05, s. 762–775). Det borde lära mig att inte skriva om svenska rättsförhållanden på engelska! Utredningen som låg till grund för inkorporationslagen (SOU 1993:40) hade uppmärksammat frågan om de begränsningar som finns för skadestånd, särskilt ideellt skadestånd, kan sägas vara förenliga med de krav som ställs i artikel 13, dock utan att föreslå någon lösning (s. 78).

⁶ No. 30210/96, 26 October 2000. Eftersom Europadomstolens domar och beslut efter 1996 finns tillgängliga på Internet (www.echr.coe.int) kommer jag att nöja mig med att ange namn, målnummer och avgörandedatum för dessa domar och beslut efter 1996, och Serie A-numret för domar före 1996. Jag använder originalcitering (engelsk) för alla domar.

⁷ Se t.ex. Stockholms tingsrätts avvisningsbeslut den 31 mars 2000 i mål T 4069-99 och NJA 2003 s. 217. Se även JK dnr 3318-03-40, beslut 2003-12-03, JK dnr 1043-02-40, beslut 2004-03-31.

⁸ Förutom doktrinen redovisad i not 5 se Crafoord, *Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, 4 *Europarättslig tidskrift*, 2001, s. 519-547, Södergren, *Axplock II ur svensk konventionstillämpning*, 5 *Europarättslig tidskrift* 2002, s. 659–682, *Axplock III ur svensk konventionstillämpning*, 6 *Europarättslig tidskrift*, 2003, s. 606–725, Stutzinsky, *Kan Sverige döma ut skälig gottgörelse vid brott mot Europakonventionen?* Advokaten, september 2004.

⁹ Se t.ex. Crafoord, a a s s. 541 och 545.

inte finns någon på konventionen grundad skyldighet att exakt följa Europadomstolens rättspraxis men att "det måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att vid prövningen av anspråk på sådant skadestånd ta hänsyn till" denna. Frågan uppstår därför vad HD menar med en *naturlig utgångspunkt*. Denna fråga är också relevant när man skall diskutera vilka, om några, implikationer som von Hannover-domen har för Sverige.

I denna artikel ämnar jag analysera dessa argument och frågor, nämligen

- Bör det vara möjligt för nationella domstolar att utdöma skadestånd för *varje konventionskränkning*? Om inte, vilka rättigheter ger möjlighet att föra skadeståndstalan?
- Hur skall ersättningsnivån bestämmas och hur påverkas den av Europadomstolens praxis om "*skälig gottgörelse*"?
- Vad är innebörden av HD:s uttryck "*naturlig utgångspunkt*" när det gäller Europadomstolens domar som rättskälla?

I samband med det ovannämnda avser jag att kortfattat redogöra för Europadomstolens rättspraxis om effektiva rättsmedel. Jag avslutar med några allmänna kommentarer om hur väl de svenska domstolarna utan vägledning från lagstiftaren har lyckats, och troligen i framtiden kommer att lyckas, med sin uppgift att förena Europakonventionens krav med vedertagna principer i svensk skadeståndsrätt. Jag är folkrättare, och jag fokuserar på de folkrättsliga och konstitutionellt-rättsliga aspekterna av frågan. Jag kommer oundvikligen att behandla vissa skadeståndsrättsliga frågor, men jag gör inga anspråk på att vara expert i det ämnet. Jag börjar med att kort redogöra för de två rättsfall jag nämnde i inledningen.

NJA 2005 s. 462

Innehållet i HD:s avgörande i NJA 2005 s. 462 har redan hunnit bli föremål för ett par artiklar och behöver inte behandlas i detalj.¹⁰ Käranden, PL, en finanschef, hade anklagats för en rad ekonomiska brott. Han hade delgivits misstanke om dessa den 29 januari 1992. Den 16 juni 1995 väcktes åtal mot PL. Huvudförhandling skedde den 5 november 1998. I december samma år frikändes PL av tingsrätten. Domen överklagades inte. Brottmålsprocessen mot PL hade därför pågått under sammanlagt nästan 7 år.

I den process som därefter inleddes mot staten yrkade PL ersättning för ren förmögenhetsskada samt för ideell skada. Han gjorde i första hand gällande att åklagarmyndigheten gjort sig skyldig till fel eller försummelse vid myndighetsutövning genom att utan tillräckliga skäl delge honom misstanke om brott och väcka åtal mot honom

¹⁰ Se H. Andersson, Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndgrund, PointLex 2005-06-21 och Åhman, Skadestånd på grund av konventionsbrott — eller har HD blivit naturrättare? JT 2005-06, s. 424.

samt genom att underlåta att lägga ned åtalet, trots att det efter kompletterande utredning inte fanns grund för åtalet. Han grundade sin talan i andra hand på att prövningen av anklagelserna inte hade skett inom skälig tid, ett krav som finns både i artikel 6 EKMR och även enligt rättspraxis som tolkar skadeståndslagen.¹¹

Tingsrätten ansåg att mannen hade drabbats av en kränkning av artikel 6 EKMR och att han hade rätt till ersättning för ideell skada enligt konventionen. Även hovrätten fann att artikel 13 kan ge direkt rätt till skadestånd om inga andra former av kompensation står till buds. Högsta domstolen ansåg också att mannens rätt enligt Europakonventionen, att få anklagelserna emot honom prövade inom skälig tid, hade kränkts. Två år hade gått från det att förundersökningen var klar tills åtal väcktes och ett år gick innan en aviserad åtalsjustering genomfördes. HD konstaterade till att börja med, att förmögenhetsskador på grund av dröjsmål (i strid med artikel 6) var ersättningsgrundande i enlighet med 3 kap. 2 § skadeståndslagen, dvs. fel eller försummelse vid myndighetsutövning. HD bedömde att gränsen för en "skälig" total handläggningstid passerades den 1 januari 1997. HD ansåg att käranden hade styrkt ett orsakssamband mellan hans skada och konventionsöverträdelsen, vilket gav honom rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada för inkomstförlust efter detta datum. Ersättningen jämkades p.g.a. att domstolen ansåg att det fanns andra omständigheter i målet vilka staten inte kunde anses svara för.¹²

Såvitt gäller frågan om ideell skada hänvisade HD till sin tidigare slutsats i NJA 2003 s. 414, att Europadomstolens rättspraxis verkar kräva detta i vissa situationer. Samtidigt konstaterade domstolen att svensk rätt traditionellt haft en restriktiv attityd mot att döma ut ideella skadestånd.¹³ Enligt huvudregeln i skadeståndslagen 2 kap. 3 § krävs det "allvarlig kränkning" genom brott som innefattar ett angrepp mot ... frihet, frid eller ära". HD hänvisade dock till den nu väletablerade principen om fördragskonform tolkning,¹⁴ enligt vilken domstolar bör eftersträva en tolkning av svensk rätt som överensstämmer med våra folkrättsliga åtaganden, t.o.m. om detta skulle innebära att man bortser ifrån andra tolkningsdata som tyder på en annan tolkning (doktrin, tidigare rättspraxis och förarbeten). HD konstate-

¹¹ Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, 2 uppl. (Stockholm, 1996) s. 87–91.

¹² Se nedan.

¹³ Se t.ex. prop. 2000/01:68, s. 17 för en typisk formulering ("För att ideell skada skall ersättas krävs som princip uttryckligt stöd i lag").

¹⁴ Se t.ex. NJA 1992 s. 532, RH 1995:66, RÅ 2000 ref. 65, RÅ 2000 ref. 66 I (Volvo), RÅ 2000 ref. 66 II (Din Bil Örebro AB), NJA 2001 s. 409, NJA 2004 s. 336, NJA 2005 s. 462. De mest "långtgående" tillämpningarna av denna princip hittills är NJA 2001 s. 563 och NJA 2005 s. 805 ("Pastor Green"). För en utförlig diskussion av principen se Cameron, *The ECHR in Sweden Since Incorporation*, 48 *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 20–56. För en intressant diskussion av "gränserna" för principen i samband med Green-fallet se Bull, *På yttre randefrihetens yttersta gren*, JT 2005–06 s. 514, s. 530–535.

rade slutligen att "övervägande skäl får anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol".

PJ fick därvidlag ersättning för ideell skada med 100 000 kronor. Vid beloppsbestämningen tillämpade HD uttryckligen Europadomstolens kriterier för ersättning, angivna i rättsfallet *Zullo v. Italy*,¹⁵ som stadgar att i normala fall bör en nationell domstol utdöma mellan € 1000 och € 1500 i ideellt skadestånd per år att utgå för hela den period då den orimligt långa handläggningen pågått.¹⁶

Svea hovrätts dom den 12 januari 2006

Domerna rörde ett omhändertagande av tre barn 1993 efter en polisanmälan avseende misstankar om att fadern i familjen gjort sig skyldig till sexuellt ofredande och misshandel. Socialnämnden omhändertog omedelbart barnen enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Flickorna förhördes och fördes sedan efter beslut av polisen till barnklinik där de genomgick en undersökning. En sådan åtgärd kan genomföras, men ett beslut krävs av socialnämnden, inte av polisen. Omhändertagandet hävdades dagen därpå sedan fadern förhörts och förundersökningen lagts ned. Familjen väckte långt senare talan mot staten om skadestånd. Tingsrätten ansåg att den omständigheten att beslutet inte fattats på ett formellt korrekt sätt inte kunde anses utgöra något brott mot barnens eller föräldrarnas rättigheter enligt EKMR. Tingsrätten ogillade familjens talan.

Hovrätten ansåg att ett utan stöd i lag fattat beslut av aktuellt slag, objektivt sett utgör fel eller försummelse vid myndighetsutövning och att detta kunde medföra skadeståndsskyldighet. Det fel som begåtts var av allvarlig karaktär. Genom att beslutet fattades utan stöd i lag hade det också skett en kränkning av artikel 8. Hovrätten konstaterade att det inte visats att familjen drabbats av personskada i skadeståndslagens mening och att ersättning för yrkade förmögensskador därför inte kunde komma i fråga. Eftersom någon personskada inte visats kunde inte heller ersättning för psykiskt lidande dömas ut. Ersättning för kränkning var inte heller möjligt enligt gängse tolkningar av skadeståndslagen. Hovrätten hänvisade dock till NJA 2005 s. 462 och anförde att en liknande bedömning kunde göras i det aktuella fallet trots att det rörde sig om en kränkning av artikel 8. Det faktum att Europakonventionen först 1995 fick status av svensk lag ändrade inte den bedömningen.¹⁷

¹⁵ No. 64897/01, 10 November 2004.

¹⁶ A a s, para. 26. Europadomstolen anser att, såvitt gäller ersättningen för den orimligt långa tiden i sig, spelar det ingen roll om man vinner eller förlorar målet. Domstolen räknar upp ett antal olika faktorer för jämkning av skadeståndet, uppåt eller neråt, se nedan.

¹⁷ Retroaktivitetsfrågan är inte oproblematiserad. Man kan argumentera att fordran är preskriberad efter 10 år (2 § preskriptionslagen). För en diskussion angående retroaktivitet i EG-rättsliga sammanhang se T. Andersson, *Cleaning the Slate or Blasting the Past?* 3 *Turku LJ*, 2001, s. 5–26. Se även *Marckx-fallet*, nedan. Jag

Hovrätten fann att det var förstaeligt att beslutet om en tvångsmässig läkarundersökning av barnen gav upphov till känslor av vanmakt, ängslan och oro hos alla medlemmarna i familjen såväl vid den aktuella tidpunkten som för tiden därefter. Med hänsyn till Europadomstolens praxis fann hovrätten att ersättning skäligen kunde bestämmas till 50 000 kr för var och en av medlemmarna i familjen. Jag analyserar domens implikationer senare.

Vad menas med "en naturlig utgångspunkt"?

Till skillnad från t.ex. den brittiska Human Rights Act 1998 (section 2(1)) innehåller inkorporationslagen inte någon förpliktelse för svenska domstolar, eller andra myndigheter, att ta hänsyn till Europadomstolens rättspraxis. Förarbetena till inkorporeringslagen säger inte mycket om detta heller, annat än att rättstillämparen skall "ta del av konventionsorganens praxis för att kunna konstatera vilket innehåll en konventionsbestämmelse har".¹⁸ Senare har det sagts att Europadomstolens domar åtminstone är en svensk *rättskälla*.¹⁹ I själva konventionen finns ingen uttalad förpliktelse att följa Europadomstolens domar annat än vad gäller de fall när Sverige har fällts för brott mot konventionen (artikel 46). Denna förpliktelse kan dock sägas gälla även för svenska domstolar, och inte bara "staten Sverige". Enligt allmänna folkrättsliga principer kan folkrättsbrott begångna av någon del av de allmänna — verkställande, lagstiftande, dömande, centrala och kommunala myndigheter — medföra statsansvar. Dessutom kan man säga att eftersom SFS 1994:1219 inkorporerade hela konventionen, och inte enbart de materiella rättigheterna, finns det nu lagstöd för principen att en svensk domstol skall följa en dom från Europadomstolen som rör Sverige. Vidare är det nu uppenbart att Europadomstolens domar har andra rättsliga konsekvenser än att staten skall

kan dock notera att detta inte är första gången retroaktivitetsfrågan har aktualiserats i de svenska domstolarna vid tillämpning av konventionen. Jfr RÅ 1997 ref. 6 som handlade om en skattemyndighets beslut att inte jämka kändens skatt för 1985. Denne var finsk medborgare och inte medlem i Svenska kyrkan, men hade ändå tvingats betala skatt till kyrkan för det aktuella året. Europadomstolen hade i *Darby v. Sweden*, 23 oktober 1990, A/187, uttalat att detta var ett brott mot artikel 9. Darbys ansökan till då existerande Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter handlade om hans beskattning under åren 1979–1981. Den gjordes efter att inhemska rättsmedel var uttömda i november 1984 och togs upp till sakprövning efter en lång försening i april 1988. Den blev inte avgjord av Europadomstolen förrän oktober 1990. Frågan kan ställas om när, exakt, Sverige kan påstås ha brutit mot konventionen i fråga om kyrkoskatt. Lagen hade reformerats 1988 (föranletts av kommissionens avgörande i *Darby-fallet* från 1988) men detta hade inte givits retroaktiv effekt och skattemyndigheten och de lägre domstolarna ansåg att det inte fanns någon grund enligt vilken man kunde justera kändens skatt. Regeringsrätten uttalade dock att EKMR har status som svensk lag från och med 1995. Eftersom inga övergångsbestämmelser fanns som förbjöd EKMR:s tillämpning på fall som uppkommit innan 1995 kunde den tillämpas på det aktuella fallet. Regeringsrätten slog fast att kändens skatt för 1985 skulle justeras i enlighet med detta.

¹⁸ Prop. 1993/94:117 s. 37.

¹⁹ Se ds 1997:25 s. 49 och prop. 1997/98:43, s.129–135 som kom till som en följd av *Holm v. Sweden*, 25 November 1993, A/279-A.

betala ut skadestånd (se vidare nedan). Beroende på konstitutionella principer om maktindelning i den berörda staten bör såväl domstolar som myndigheter vidta vissa verkställighetsåtgärder för att se till att staten efterlever sina förpliktelser enligt artikel 1 att ”garantera var och en” av de materiella rättigheterna i konventionen. Slutligen har Europadomstolen själv anslutit sig till synsättet att en nationell domstol är förpliktad att följa en klar tidigare dom från Europadomstolen som rör samma stat.²⁰

Det finns både principiella skäl (Sverige är bunden av konventionen) och praktiska skäl (svenska domstolar bör försöka undvika att det blir fällande domar i Europadomstolen) för att följa Europadomstolens rättspraxis. Men att erkänna att dessa domar har formell bindande kraft skulle innebära ett alltför stort intrång i hävdvunna svenska processrättsliga principer. Och nationella domstolar i andra länder — särskilt nationella författningsdomstolar — är inte heller beredda att erkänna en sådan bundenhet rakt av. Detta har visats av den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) som nyligen klagade att Europadomstolens praxis binder tyska domstolar men endast i den meningen att de måste ta hänsyn till den.²¹ BVerfG behandlade Europadomstolens dom i *Sommerfeld v. Germany*²² som fann en kränkning av artikel 8 p.g.a. att tyska domstolar inte tillräckligt hade erkänt faderns rättigheter enligt artikel 8 i en vårdnadstvist.²³ *Sommerfeld* hade senare sökt verkställighet (”Vollstreckung”) av Europadomstolens dom, med andra ord att de tyska domstolarna beordrade att fadern skulle ha rätten till regelbundna kontakter med sitt barn. Enligt BVerfG avgör Europadomstolen en-

²⁰ Efter *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, A/31, hade Belgien lagstiftat för att rätta till den diskriminerande arvslagstiftningen som kritiserades av Europadomstolen men hade — medvetet — inte gjort denna lagändring retroaktivt ifrån avgörandedatumet i *Marckx*. Tvisten i *Vermeire v. Belgium*, 29 November 1991, A/214-C, hade uppstått efter Europadomstolens avgörande i *Marckx*, men innan lagstiftningen började gälla. Europadomstolen klagade i *Marckx* att dess domar inte har retroaktivt effekt, men *Vermeire*-fallet visar att domstolen menar att det finns en förpliktelse att rätta sig efter dessa domar från och med avgörandedatumet. Avgörandet i *Vermeire*-fallet liknar EG-domstolens krav i *Case 309/85, Bruno Barra v. Belgium* [1988] ECR 355 att bortse ifrån att nationell lagstiftning inte har gjorts retroaktivt och istället tillämpa ett prejudikat från EG-domstolen. En mera allmän förpliktelse på en nationell domstol att bortse ifrån nationell lagstiftning när det finns ett avvikande europeiskt prejudikat kan nu sägas ha blivit en del av EG-ländernas konstitutionella system, se t.ex. C-221/89, *R. v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame* [1991] ECR I-3905. Men man kan inte säga att samma sak nödvändigtvis följer av EKMR, även för ett land som Belgien som ansluter sig till ett monistiskt synsätt. Europadomstolen har, såvitt jag vet, inte upprepat detta i andra fall.

²¹ Se 2 BvR 1481/04, order of 14. October 2004, tyskt original och engelsk sammanfattning i http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104e

²² No. 31871/96, 8 July 2003.

²³ BVerfG:s dom innehåller även tydliga referenser till *von Hannover*-domen i vilken Europadomstolen konstaterade att de tyska domstolarna (inklusive BVerfG) inte hade tillräckligt skyddat kändandens personliga integritet. Jag behandlar senare implikationerna av denna dom för Sverige.

bart den folkrättsliga frågan — har en kränkning av EKMR skett eller inte — och därför finns det alltid ett betydande skön för den nationella domstolen att bestämma hur en dom från Europadomstolen skall verkställas i senare rättsprocesser i svarandelandet. De nationella domstolarnas tolkningsskön är givetvis ännu större när det gäller tillämpning av en dom som rör ett annat land.

Det ligger mycket i BVerfG:s synsätt. Principen att man måste ”följa” en dom bör tolkas så att man måste, i god tro, ta hänsyn till denna. Här bör man komma ihåg att allt som oftast kommer relevant rättspraxis från Europadomstolen att röra andra länder. Här kan man säga att förpliktelsen sträcker sig enbart så långt att svenska domstolar måste *eftersträva* att undvika framtida problem för Sverige genom att noggrant ”översätta” domskälen till svenska rättsförhållanden och därefter ”tillämpa” dessa när dessa bedöms som relevanta.²⁴

De högre svenska domstolarna har varit ganska bra på detta. Såvitt gäller de lägre domstolarna är situationen mer blandad. Jag tar upp denna fråga i mina avslutande kommentarer.

Europadomstolens praxis om ”skälig gottgörelse”

Enligt artikel 41 kan domstolen utdöma ”skälig gottgörelse” till en sökande vars rättigheter har kränkts. Såvitt gäller domstolens egen rättspraxis har domstolen skiljt, inte alltid på ett konsekvent sätt, mellan ekonomiskt och ideellt (non-pecuniary) skadestånd. Skadestånd har beviljats för olika slags ekonomiska förluster²⁵ såsom inkomst- och pensionsbortfall,²⁶ medicinska kostnader²⁷ olagligt exproprierad egendom²⁸ och för återbetalning av böter.²⁹

Såvitt gäller ideellt skadestånd, har domstolen utdömt skadestånd för olika slags lidande och kränkningar.³⁰ Det verkar inte finnas nå-

²⁴ Det finns många bra exempel nu på denna ”översättningsmetod” bl.a. RÅ 2000 ref. 65 som tillämpar *Malige v. France*, 28 September 1998.

²⁵ Se Law Commission and Scottish Law Commission, *Damages Under the Human Rights Act 1998*, Law Com No. 266, Scot Law Com No. 180, Cm 4853, 2000, <http://www.lawcom.gov.uk>, s. 27 och 28.

²⁶ T.ex. *Young, James and Webster v. UK* A/55 (Article 50), *Smith and Grady v. UK*, Nos. 33985/96 and 33986/96, 25 July 2000.

²⁷ T.ex. *Aksoy v. Turkey*, No. 21987/93, 18 December 1996, *Ilhan v. Turkey*, No. 22277/93, 27 June 2000

²⁸ T.ex. *Papamichalopoulos v. Greece* A/260-B, 24 June 1993, A 330-B (1995) (Article 50).

²⁹ T.ex. *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey* Nos. 23536/94 and 24408/94, 8 July 1999.

³⁰ Se Law Commission and Scottish Law Commission a s som hänvisar till följande fall: *Aydin v. Turkey*, No. 23178/94, 25 September 1997, *MC v. Bulgaria*, No. 39272/98, 4 December 2003, para. 194 (pain, suffering and psychological harm or trauma), *H v. France* A/162, 24 October 1989 (distress), *Van der Leer v. Netherlands*, A/170, 21 February 1990 (frustration), *Massey v. UK*, No. 14399/02, 16 November 2004, para 34 (distress and frustration), *Lopez Ostra v. Spain*, A/303-C, 9 December 1994 (anxiety), *Olsson v. Sweden* (No. 2) A/250, 21 November 1992 (inconvenience), *Young, James and Webster v. UK* (Article 50) (humiliation), *Sakik and others v. Turkey*, Nos. 23878-23883/94, 26 November 1997 (loss of reputation), *H v. UK*, A/121 8 July 1987, A/136-B (just satisfac-

gon begreppsmässig begränsning i detta hänseende, och domstolen verkar också vara beredd att utgå ifrån att offret har lidit på ett visst sätt, utan direkt bevisning om detta.³¹ Likväl finns det många fall där domstolen anser att blotta konstaterandet av att en kränkning har ägt rum skall tas som ”skäligen gottgörelse”.

Företag kan också få ideellt skadestånd i särskilda situationer. I *Comingersoll S.A. v. Portugal*,³² som handlade om väldigt långa förse- ningar i en domstolsprocess i en viktig fråga ansåg domstolen att man bör ta hänsyn till följande faktorer: företagets anseende, osäkerhet i beslutsfattande, störningar i styrning av företaget och olägenheter och oro som orsakats företagsledningen.³³ Några av dessa skulle be- traktas som faktorer påverkande *förmögenhetsskador* enligt gängse svenska principer. Det framgår dock ganska klart att Europadomsto- lens praxis avviker ifrån svenska principer om ideellt skadestånd.

Det måste ändå finnas ett orsakssamband mellan konventionsbrot- tet och skadan som offret påstår sig ha lidit. Kausalitetsbedömningen kan ibland göra Europadomstolens utdömande av skadestånd svårt att förutse, men även om man tar hänsyn till detta är det ändå svårt att hitta några allmänna principer i domstolens praxis enligt artikel 41.³⁴ Det finns huvudsakligen två förklaringar till detta.³⁵ För det första har domstolen själv ingen prejudikatslära. Domstolen är givetvis intresse- rad av att bygga upp en förutsebar rättspraxis och är därför tveksam att gå emot, eller alltför ofta avvika, från tidigare avgöranden, men denna önskan uppfattas som mindre viktig när det gäller ”skäligen gottgörel- se”. Europadomstolens ”konstitutionella” funktion — att föreskriva vissa europeiska minimistandarder — är alltmer betraktad som över- ordnad dess funktion att skipa rättvisa i det särskilda fallet. Man läg- ger helt enkelt inte ned så mycket tid och möda på skadeståndsbe- tion), *W v. UK* A/121, 8 July 1987, A/136-C (just satisfaction) (“loss of relation- ship”).

³¹ Law Commission and Scottish Law Commission, a a s s. 27. Se t.ex. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, A/94 28 May 1985 para 96 “By reason of its very nature, non-pecuniary damage of the kind alleged cannot always be the object of concrete proof. However, it is reasonable to assume that persons who, like the applicants, find themselves with problems relating to the continuation or incep- tion of their married life may suffer distress and anxiety.” Se även *Assanidzé v. Georgia* a a s, para. 200, för ett liknande ställningstagande såvitt gäller obevisad ekonomisk skada.

³² No. 35382/97, 6 April 2000. För en diskussion se Södergren, *Bolags rätt till ide- ellt skadestånd*, JT 2005–06, s. 740.

³³ Para. 35.

³⁴ Shelton, *Remedies under international law*, 2nd ed, Oxford UP, Oxford (2005), s. 123, 124 och 194–200. Law Commission and Scottish Law Commission rappor- ten hänvisar även till Lester of Herne Hill and Pannick (eds.), *Human Rights Law and Practice*, 2nd ed., LexisNexis, London (2004) som anser att domstolens rättspraxis är “little more than equitable assessments of the facts of the individual case...there is a danger of spending time attempting to identify principles that do not exist” (para 2.8.4) och Grosz, Beatson and Duffy, *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, Sweet and Maxwell, London (2000) som uttalar att “[c]ourts and tribunals are...likely to be largely frustrated in their search for those principles applied by the ECtHR” (s. 144).

³⁵ Jfr. *Scottish and English Law Reform Commissions*, a a s s. 19–22.

dömningen. För det andra finns det skilda traditioner i Europa såvitt gäller domstolars bedömande av skadestånd. I vissa länder, såsom Storbritannien, Sverige, Tyskland och Nederländerna följer domstolarna någorlunda detaljerade regler, åtminstone för ideell skada, i lagstiftning eller i rättspraxis. I andra länder såsom Belgien och Frankrike betraktas frågan som en faktafråga för förstinstansrätten.³⁶

Ordalydelsen av artikel 41 och förarbetena ger intrycket att en stat som blivit fälld i domstolen enkelt kunde bota detta genom att till offret betala ut summan som domstolen hade utdömt.³⁷ Emellertid har domstolen klargjort att de rättsliga följderna av en fällande dom går längre än så. Staten måste upphöra med konventionsbrottet och reparera skadan genom att återskapa rättsläget som det var innan konventionsbrottet skedde.³⁸ Längre betonas dock domstolen att det enda rättsmedlet den kunde beordra under artikel 41 var ekonomisk ersättning. Enligt artikel 46 åligger det Europarådets ministerkommitté att övervaka verkställandet av en dom, med andra ord att se till att svarandestatens åtgärder faktiskt har löst problemet. Domstolen överlämnade det därför till Ministerkommittén att dra slutsatser att andra åtgärder var nödvändiga från den svarande statens sida för att rätta till konventionsbrottet. Såvitt gäller den specifika frågan om en fällande dom bör påverka offrets tidigare rättsprocesser i svarandestaten antog Ministerkommittén en resolution som krävde att stater som hade blivit fällda bör bevilja resning i målet, om detta är nödvändigt.³⁹ T.ex. finns det i norsk rätt en uttrycklig bestämmelse om resning efter en fällande dom från en internationell domstol⁴⁰ och i Danmark har *saerlig klageret* upphävt de fällande domarna mot de klagande i *Jersild v. Denmark*, efter att Europadomstolen fann att dessa bröt mot artikel 10.⁴¹ Frågan har inte uppmärksamrats mycket i Sverige.⁴²

Arbetsfördelningen mellan Ministerkommittén och Europadomstolen har dock ändrats på ett väsentligt sätt under 2004. För det första antog Ministerkommittén en resolution som uppmuntrade dom-

³⁶ Detta är givetvis ett stort ämne. För en översikt se Magnus (ed.) *Unification of tort law: damages*, Kluwer Law International, the Hague/London (2001).

³⁷ Ursprunget till bestämmelsen ligger i gamla skiljeförfarandetraktat, se Judges Holmbäck, Ross and Wold särskilda yttranden i *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, A/12, 18 June 1971. Bestämmelsens ordalydelse passar inte längre in i den europeiska ordre publique som konventionen nu står för.

³⁸ Se t.ex. *Papamichalopoulos v. Greece*, A/330B, 31 October 1995, para 34 ("put an end to the breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach"). Denna folkrättsliga formulering, tillämpbar i statsansvar fall, skulle ha mycket långtgående konsekvenser om det tillämpades på alla enskilda som befann sig i samma "situation" som klaganden. Men, som framgår nedan, kräver inte domstolen detta.

³⁹ No. R (2000) 2. Domstolen har, än så länge, inte ansett att en allmän rätt till resning inför nationella domstolar följer av konventionen, när nationella myndigheter fattar beslut som kränker konventionen.

⁴⁰ Straffprocessloven § 391 (22 maj 1981, No. 25).

⁴¹ 23 September 1994, A/298. Se *Retsplejelov § 977* (10 november 1992) och *Berlingske tidende* 1 juni 1996. Tack till Vagn Greve för tidningsartikeln.

⁴² Se Cameron, a a s not 3, s. 53–64, och nedan not 104.

stolen att, när den hade identifierat "systemfel", dvs. en situation som gav upphov, eller skulle ge upphov, till många konventionskränkningar, att specificera "strukturella" lösningar.⁴³ Omedelbart därefter, i Broniowski v. Poland,⁴⁴ beordrade domstolen att svarandestaten skulle lagstifta för att uppnå ett antal mål uppräknade i domstolens dom. I Assanidzé v. Georgia⁴⁵ beordrade domstolen att offret, som den ansåg var fängslat utan laglig grund, skulle frigges. I Sejdic v. Italy,⁴⁶ beordrade domstolen resning eller en ny rättegång.

Europadomstolen anser nu alltså att den kan beordra andra former av gottgörelse än ekonomisk, även om dessa fortfarande tillhör undantagsfall.

Effektiva rättsmedel

Allmänt

Det finns olika tolkningar av innebörden av HD:s formuleringar i NJA 2005 s. 462 såvitt gäller ideellt skadestånd ("övervägande skäl talar ... naturlig utgångspunkt"). Man kan argumentera för att HD använder sig av en vidgad tolkning av skadeståndslagen, eller att den formulerar en ny oskriven regel i skadeståndsrätten, eller att den grundar denna del av avgörandet direkt på artikel 13. Jag anser att det är klart att artikel 13 stipulerar möjligheten att få skadestånd i vissa situationer, bl.a. den situation som förelåg i NJA 2005, s. 462. HD:s formuleringar är troligen bara ett uttryck för en — förstaelig — försiktighet p.g.a. svåröverskådliga konsekvenser om artikel 13 ses som "lagligt stöd" för en skadeståndstalan. Likväl är det, enligt min uppfattning, klart att det är *artikel 13* som ger lagligt stöd för skadeståndstalan mot staten.⁴⁷

Det enda (möjliga) undantaget till mitt synsätt, att enbart artikel 13 ålägger en skadeståndsskyldighet på staten, är artikel 5.5. För svensk del kan man argumentera att denna artikel kan åberopas som lagstöd för skadeståndstalan mot staten för det fall skadeståndslagen och lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder inte skulle anses medge att ersättning utgår fullt ut enligt konventionens principer.⁴⁸

⁴³ Committee of Ministers Resolution DH(2004)3.

⁴⁴ No. 31443/96, 22 June 2004. Se även Lukenda v. Slovakia, No. 23032/02, 6 October 2005.

⁴⁵ No 71503/01, 8 April 2004. Milstolpen på vägen i denna utveckling inkluderar Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain, 6 December 1988, A/146, Papamichalopoulos v. Greece, a a s, Scozzari and Giunta v. Italy, Nos. 39221/98 and 41963/98, 13 July 2000 och Maestri v. Italy, No. 39748/98, 17 February 2004.

⁴⁶ No. 56581/00, 1 March 2006.

⁴⁷ Se dock nedan om positiva förpliktelser.

⁴⁸ Det finns situationer där man åtminstone kan hävda att bestämmelserna i denna lag inte uppfyller artikel 5.5. Villkoren i § 2–4 måste uppfyllas. Annars måste det enligt § 5 "stå klart att beslutet vilade på felaktiga grunder". Ersättning utgår endast för ekonomisk skada som den häktade personen lider. Detta innebär bl.a. att en person som bedriver affärsverksamhet i form av en juridisk person inte får ersättning för förlorad affärsverksamhet. Som redan nämnts har HD beviljat prov-

Men är det verkligen nödvändigt för svenska domstolar att kunna utdöma skadestånd för *varje* typ av konventionskränkning, och måste i så fall ersättningen ligga på samma nivå som Europadomstolens bedömningar av skälig gottgörelse? Domstolens praxis såvitt gäller artikel 13 i allmänhet och skadestånd på nationell nivå i synnerhet har, likt dess praxis enligt artikel 41, varit oförutsebar. Klart är dock att artikel 13 kräver ett *resultat*, inte ett förhållningssätt, och det finns därför en betydande tolkningsmarginal för länder. Med andra ord kan länder ofta välja hur de uppfyller de krav som ställts i artikeln, såsom den har tolkats av Europadomstolen.⁴⁹

De domar som åberopas som stöd för slutsatsen att domstolen menar att skadeståndstalan skulle vara tillgänglig för kränkningar av alla konventionsrättigheter är *Z and others v. UK*⁵⁰ och *TP and KM v. UK*.⁵¹ *Z and others v. UK* handlade om en kränkning av artikel 3 p.g.a. att en kommun, genom fel och försummelse, inte hade omhändertagit tre barn. Deras föräldrar vanvårdade och misshandlade dem i flera år. Domen beträffande *TP* och *KM* handlade om en kränkning av rätten till familjeliv (artikel 8) genom ett beslut att omhänderta ett barn. Det framgick klart att tjänstemännen i fallet *TP* och *KM* hade begått allvarliga fel i sin myndighetsutövning. I både fallet *Z* och fallet *TP* och *KM* var det enligt engelsk rätt inte möjligt att få skadestånd ens för klart felaktiga beslut. Anledningen till detta var public policy-skäl, nämligen att inte avskräcka kommuner från att ta sådana beslut. Europadomstolen accepterade i båda fallen kändens argument att det enda rättsmedel⁵² enligt engelsk rätt som skulle innebära en rättslig prövning om beslutet var riktigt var en skadeståndstalan (tort of negligence). Domstolen angav i fallet *Z and others* att i princip bör en skadeståndstalan föreligga såvitt gäller kränkningar av artikel 2 och 3.⁵³ Domstolen uttalade sig i mer allmänna ordalag i fallet *TP* och *KM* och skrev "where an arguable breach of one or more of the rights under the Convention is in issue, there should be available to the victim a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for that breach. Furthermore, *in appropriate cases*, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should *in principle* be available as part of the range of redress".⁵⁴

prövningstillstånd i ett mål rörande denna fråga. Jag lämnar denna fråga åt sidan i den nuvarande artikeln.

⁴⁹ Se t.ex. *Kaya v. Turkey*, No. 22729/93, 19 February 1998, para. 106

⁵⁰ No. 29392/95, 10 May 2001.

⁵¹ No. 28945/95, 10 May 2001.

⁵² Jag använder ordet "rättsmedel" som översättning för det engelska samlingsbegreppet "remedies" (jfr den svenska översättningen av artikel 13). Översättningen är dock inte oproblematiserad, se T. Andersson, *Rättsskyddsprincipen*, Iustus, 1997, s. 25.

⁵³ "In the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress" (para. 110). Se vidare nedan, not 60.

⁵⁴ Para. 107 (författarens kursivering).

Domstolen har senare i vissa andra fall krävt att det bör vara möjligt att anhängiggöra en skadeståndstalan. Dessa fall har huvudsakligen rört dödsfall eller tortyr/omänsklig behandling som myndigheter har orsakat avsiktligt eller genom slarv eller som de har försummat att utreda ordentligt.⁵⁵ Detta innebär att staten kan ha en positiv förpliktelse att *möjliggöra* en skadeståndstalan *mot sig själv*.

Enligt domstolen bör en möjlighet att anhängiggöra skadeståndstalan också finnas när dödsfall har orsakats *av enskilda*.⁵⁶ I den mån denna rättighet ålägger staten *positiva förpliktelser* att skydda enskilda från angrepp *från andra enskilda* kan staten välja att fullgöra dessa genom att (bl.a.) möjliggöra för enskilda att driva skadeståndstalan *mot varandra*. Om staten inte möjliggör detta, eller på något annat sätt skyddar rätten till liv, har staten kränkt artikel 2. Man kan tänka sig att nationell lagstiftning eller rättspraxis lägger hinder i vägen för en sådan skadeståndstalan. Givetvis kan implicita rättigheter begränsas av implicita regler (processuella regler som preskription, materiella begränsningar om vilka som kan stämmas m.m.). Men *om* inga andra effektiva medel än skadestånd står till buds *och* de processuella och materiella hindren inte är acceptabla ur Europadomstolens perspektiv har den nationella domstolen som får ett sådant skadeståndsyrakande ett val mellan att tolka lagstiftning/rättspraxis extensivt genom konventionskonform tolkning eller att använda sig av artikel 13 för att skapa ett nytt rättsmedel. Det beror på den inhemska rättskulturen (och ytterst legalitetsprincipen) hur långt en domstol kan gå i detta hänseende. Det är viktigt att komma ihåg, såvitt gäller enskildas inbördes förhållanden, att detta skulle innebära att domstolen skapar nya skadeståndsgrunder som gäller för staten.

Alternativt kan domstolen anse att detta går utanför domstolarnas rättsskapande funktion och avvisa talan. Om den avvisar talan har den nekat ett effektivt rättsmedel (artikel 13), vilket innebär att staten troligen har brutit mot konventionen (denna gång artikel 2 och artikel 13) och klaganden kan då vända sig till Europadomstolen. Om staten fälls i Strasbourg skulle detta — troligen — innebära ett behov att ändra på lagen.

Denna situation bör i sin tur särskiljas ifrån de — mycket begränsade — situationer där det allmänna har en positiv förpliktelse enligt artikel 2 eller 3 att ingripa för att *förebygga* att en enskild orsakar en

⁵⁵ Dessa fall har vanligtvis också handlat om brister i polis/åklagares utredningar och åtal. Se dock *Bubbins v. UK*, No. 50196/99, 17 March 2005 som handlade om lagstiftning som i praktiken omöjliggjorde skadeståndstalan mot polisen för ett dödsfall och *Öneryildiz v. Turkey* No. 48939/99, 18 June 2002, som handlade om myndigheters bristande implementering av miljörättsliga skyddsregler, som i sin tur ledde till dödsfall.

⁵⁶ Se även *Calvelli and Ciglio v. Italy*, No. 32967/96, 17 January 2002, där Stora kammaren ansåg såvitt gäller ett dödsfall orsakat genom allvarliga medicinska felbedömningar att den positiva förpliktelsen på det allmänna att skydda liv inte alltid kräver att man åtalar gärningsmannen. I dödsfall utan uppsåt kan en skadeståndstalan räcka.

annan enskild dödlig skada, eller torterar eller utsätter denne för omänsklig eller förnedrande behandling.⁵⁷ Här gör sig staten skyldig till konventionsbrott genom att blott tillåta handlingen.

Det är inte bara domstolen som har betonat att ett lämpligt sätt att förverkliga konventionsrättigheter är skadeståndstalan på nationell nivå. Europarådets Ministerkommitté antog ytterligare en rekommendation 2004 som betonar subsidiariteten i konventionssystemet. Enligt rekommendationen skall stater "ascertain, through constant review, in the light of case-law of the Court, that domestic remedies exist for anyone with an arguable complaint of a violation of the Convention, and that these remedies are effective, in that they can result in a decision on the merits of the complaint and adequate redress for any violation found".⁵⁸ Rekommendationen kräver inte skadeståndstalan som sådan, men kan sägas uppmuntra detta, genom att hänvisa till sådan som en "best practice".

Subsidiaritetstanken åberopas också till stöd för argumentet att, om Europadomstolen utdömer skadestånd i en situation där en svensk domstol inte skulle göra det, kommer ett offer för en konventionskränkning att frestas att söka sig till Strasbourg.⁵⁹ Och samma argument gäller snålare nationella ersättningsnivåer. Båda situationerna skulle undergräva subsidiaritetstanken, som var poängen med inkorporeringen av konventionen.⁶⁰ Subsidiaritetstanken är viktigare idag än någonsin, med tanke på domstolens orimliga arbetsbelastning, något som har betonats i de ovannämnda rekommendationerna av Ministerkommittén. Alltså finns det nu ytterligare stöd för detta synsätt i domstolens rättspraxis, åtminstone såvitt gäller rättegång inom rimlig tid. I *Scordino and others v. Italy*⁶¹, betonade domstolen att de nationella ersättningsnivåerna inte avsevärt får understiga domsto-

⁵⁷ Se t.ex. *Osman v. UK*, No. 23452/94, 28 October 1998 och *Z and others, a a s.*

⁵⁸ Rec (2004) 6 on the improvement of domestic remedies. States should also "II. review, following Court judgments which point to structural or general deficiencies in national law or practice, the effectiveness of the existing domestic remedies and, where necessary, set up effective remedies, in order to avoid repetitive cases being brought before the Court; III. pay particular attention, in respect of aforementioned items I and II, to the existence of effective remedies in cases of an arguable complaint concerning the excessive length of judicial proceedings." The recommendation is appended to the Declaration of the Committee of Ministers "Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels" (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). Tillgänglig på http://www.coe.int/T/E/Human_rights/ib62e_web.pdf

⁵⁹ Se t.ex. *Crafoord, a a s.*, s. 546.

⁶⁰ Södergren, 2003, s. 708.

⁶¹ No. 36813/97, 27 March, 2003 (Chamber) 29 March 2006 (Grand Chamber). Italiens kassationsdomstol betonade senare i en dom i januari 2004 att italienska domstolar måste följa Strasbourgs rättspraxis i detta avseende. Europadomstolen meddelade därför att den inte längre skulle ha anledning att ta emot klagomål riktad mot diskrepans i ersättningsnivåerna i *Di Sante v. Italy*, No. 56079/00, 24 June 2004. Emellertid fann domstolen senare i stora kammare sammansättning i *Scordino* att vissa diskrepanser inte var acceptabla, och att i vissa omständigheter kunde en klagande fortfarande göra gällande att han/hon var ett offer för en kränkning av artikel 6 p.g.a. alltför låga ersättningsnivåer.

lens egen rättspraxis om skäligen gottgörelse. Domstolen var nämligen rädd att dess tidigare försök att minska på strömmen av italienska mål till Strasbourg skulle stranda när de italienska domstolarna började utdöma mindre summor skadestånd än som var vanligt i Strasbourg. Det bör också noteras att Europadomstolen har vägrat att acceptera argumentet att en kärande inte bör få mer skäligen gottgörelse i Strasbourg än han/hon skulle ha fått i ett liknande fall inför en nationell domstol, i t.ex. *Ogur v. Turkey* som handlade om brott mot artikel 2.⁶²

Men jag anser att detta *inte* är samma sak som att säga att skadestånd skall finnas tillgängligt för kränkningar av *alla* konventionsrättigheter. Det är till att börja med viktigt att skilja den situation där Europadomstolen tillämpar artikel 41 från den situation där nationella domstolar tillämpar den inkorporerade artikel 13. I den förra har ett *folkrättsbrott* skett och en individ har lidit skada.⁶³ Självklart kan och bör inte Europadomstolen, som är väktare av europeiska minimivärden, säga att nationella skadeståndsnivåer bör gälla *i Strasbourg*, eftersom detta betyder att ett liv i t.ex. Turkiet är värt mindre än ett liv i t.ex. Sverige.

Emellertid har inget folkrättsbrott skett om en nationell domstol "rättar till" ett tidigare fel begånget av en myndighet genom att förse offret med ett effektivt rättsmedel. Blotta faktum att Europadomstolen har beordrat skadestånd enligt artikel 41 kan inte per automatik tas som bevis för att en nationell domstol bör utdöma skadestånd i ett liknande fall. Fram tills de ändringar som gjordes 2004 i domstolens egen praxis om skäligen gottgörelse var pengar den enda gottgörelse domstolen *kunde* beordra. Man bör förstå att, när Europadomstolen väl har konstaterat att ett brott mot en materiell rättighet har skett kan i allmänhet dessutom en överträdelse av artikel 13 också konstateras. Om ett effektivt rättsmedel hade funnits skulle inte Europadomstolen ha tagit upp fallet till sakprövning. Domstolen bryr sig dock sällan om att konstatera detta. Men icke desto mindre kan man oftast se nivån av skäligen gottgörelse som Europadomstolen utdömer som ersättning *både* för brott mot den materiella rättigheten *och* för frånvaron av ett effektivt rättsmedel, som dessutom har varat under den långa tid fallet har legat i Strasbourg. Om en svensk domstol skulle möta samma slags fråga bör den ta hänsyn till att skadan reduceras av svenskt rättsmedel samt till tidsaspekten. "Värdet" av ett sådant rättsmedel kan variera beroende på omständigheterna, mellan 0 % och 100 % av Strasbourgs gottgörelse.⁶⁴ Men hur kan man då få detta att gå ihop

⁶² No. 21594/93, 20 May 1999, para. 98. Efter att ha sagt detta kan jag lägga till att domstolen ibland har konstaterat att nationella nivåer bör gälla när dessa tillämpade i analoga fall i skulle innebära *högre* skadestånd för offret. Se t.ex. *Z and others v. UK*, a a s para. 128.

⁶³ Jfr Lysén, *Två rättsfall från HD: förvirrade köphästar eller en brytningstid?*, 8 *Europarättslig tidskrift*, 2005, s. 645–661.

⁶⁴ Jfr domstolens kommentar i *Zullo-fallet* "The amount may also be reduced where the applicant has already obtained a finding of a violation in domestic proceedings and a sum of money by using a domestic remedy. Apart from the fact

med Scordino-fallet, ovan? Som redan nämnts finns det en tolkningsmarginal såvitt gäller artikel 13. Men vidden av en tolkningsmarginal varierar beroende på omständigheterna. Fall som rör rättegång inom rimlig tid är dock den allra största kategorin av fall som domstolen får, och domstolen är hjärtligt trött på dem. I Scordino-fallet hade kammaren krympt denna tolkningsmarginal. För att slippa dessa mål kände sig Europadomstolen tvungen att införa ett enkelt sätt att kalkylera ideell skada, nämligen att ge en viss summa pengar för varje månad under hela perioden processen pågick, fast det finns möjligheter att jämka denna skada, utifrån exempelvis förseningar som beror på kärandens eget agerande eller dennes passivitet. Stora kammaren i samma fall har dock accepterat större möjligheter att jämka ideellt skadestånd, samt att summorna kan accepteras som understiger det som domstolen har beordrat.⁶⁵

Europadomstolen har avsiktligt inte bestämt exakt hur beräkningen av *ekonomisk* skada skall gå till.⁶⁶ Det är det som gjorde att HD i NJA 2005 s. 462 kunde jämka kärandens skadestånd för inkomstbortfall. Måhända såg HD detta som ett sätt att justera den totala summan som man ansåg annars skulle bli för hög, eller möjligtvis hade HD mera sofistikerade argument om *när* "skadan" (avseende kärandens rykte) hade uppstått och försvarbarheten av den åtgärd som ledde till skadan (beslutet att inleda en förundersökning).⁶⁷

Europadomstolen har klargjort att *om* en stat använder sig av skadeståndstalan som primärt rättsmedel för kränkningar av rätten till rättegång inom rimlig tid så får skadeståndsnivåerna inte understiga Strasbourg-nivåerna *på något nämnvärt sätt*.⁶⁸ Och som redan nämnda Scordino-fallet klargör finns det fortfarande en viss tolkningsmarginal för staten och lägre nivåer kan accepteras i vissa situationer. Scordino-fallet ger absolut inte stöd för påståendet att det finns en minskad tolkningsmarginal inom *andra* områden.

that the existence of a domestic remedy is in full keeping with the subsidiarity principle embodied in the Convention, such a remedy is closer and more accessible than an application to the Court, is faster, and is processed in the applicant's own language; it thus offers advantages that need to be taken into consideration" (para.26). Domstolens praxis såvitt gäller avvisningsbeslut har tidigare varit att ett partiellt rättsmedel kan ibland betraktas som tillräckligt för att ta bort offerstatus. Se Harris, O'Boyle, and Warbrick, C. Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, (1995) s. 636–637.

⁶⁵ Scordino, Grand Chamber para. 206. "The Court can also perfectly well accept that a State which has introduced a number of remedies, one of which is designed to expedite proceedings and one to afford compensation, will award amounts which — while being lower than those awarded by the Court — are not unreasonable, on condition that the relevant decisions, which must be consonant with the legal tradition and the standard of living in the country concerned, are speedy, reasoned and executed very quickly".

⁶⁶ Scordino, Grand Chamber, para. 203 "With regard to pecuniary damage, the domestic courts are clearly in a better position to determine the existence and quantum."

⁶⁷ Se H. Andersson, a a s. not 10 för ett intressant resonemang om detta.

⁶⁸ Bako v. Slovakia, No. 60277/00, 15 March 2005.

Skadeståndsnivån på andra områden behöver således inte nödvändigtvis ligga på Strasbourg-nivåerna, även om man givetvis bör ta hänsyn till dessa nivåer.⁶⁹ Hur är det med argumentet att skadeståndstalan bör vara tillgänglig för alla rättigheter? Här bör jag klargöra att argumentet som jag har sett det framfört, inte är att skadestånd är det *enda* möjliga effektiva rättsmedlet. Det accepteras att det kan finnas, beroende på omständigheterna, andra, mer effektiva rättsmedel. Men skadestånd bör i princip finnas tillgängligt som rättsmedel för varje konventionskränkning.

Jag håller inte med, även om jag förstår, att man ifrån praktikersynpunkt har velat ”gå ut hårt” och överdriva skadeståndsmöjligheter (se mina avslutande kommentarer). Det är sant att domstolen ännu inte har förklarat varför *vissa* ”fundamentala” rättigheter ”i princip” kräver en möjlighet att anhängiggöra en skadeståndstalan inför en nationell domstol och att man därför kan argumentera för att man bör vara på den säkra sidan. Dock anser jag att det, än så länge, endast finns tre typer av fall där man med tillräcklig säkerhet kan säga att skadestånd ”i princip” är ”lämpligt”. För det första, brott mot artikel 2 och 3 i allmänhet. För det andra, brott mot rätten till rättegång inom rimlig tid, *om inte andra effektiva rättsmedel är tillgängliga*. För det tredje, *vissa* brott mot artikel 8 i situationer liknande den som gällde i *TP and KM*. Jag accepterar dock att det är troligt att domstolen genom praxis kommer att lägga till ytterligare kategorier av fall där skadeståndstalan ”i princip” bör finnas inför en nationell domstol.

Nedan går jag igenom de typer av fall där skadestånd kan komma i fråga och ger några — högst preliminära — synpunkter på om nuvarande svensk skadeståndsrättslig reglering är förenlig med EKMR:s krav. Jag passar på att även behandla frågan om föreskrifter som innebär konventionskränkningar. Jag ser tre grupper av problem som eventuellt kan uppstå. Det första handlar om fel eller försummelse: vari ligger felet eller försummelsen såvitt gäller en kränkning av en EKMR-rättighet? Det andra problemet handlar om kretsen av skadeståndsberättigade. Det tredje problemet handlar om de begränsningar som existerar i rätten att få ersättning för förmögenhetsskador.⁷⁰

⁶⁹ Jfr den brittiska Human Rights Act, section 8(4) vilken stadgar “In determining — (a) whether to award damages, or (b) the amount of an award, the court must take into account the principles applied by the ECtHR in relation to the award of compensation under Article 41” (författarens betoning). Jag kan nämna att i det ledande brittiska fallet *Greenfield, R (on the application of) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 14 (16 February 2005), ansåg inte House of Lords att skadeståndet för konventionskränkningar bör ligga på de i allmänhet högre brittiska nivåer.

⁷⁰ Jfr Lambertz, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004–05, s. 1–24.

Brott mot artikel 2 och 3

Den första typen av fall kan förstås utifrån den betydelse rätten till liv och friheten från tortyr tillmäts i konventionen. Trots att det saknas en formell "hierarki" av rättigheter har domstolen ett antal gånger uttryckt att dessa rättigheter tillhör de "mest fundamentala" i konventionen.⁷¹ En person som har blivit torterad, eller de anhöriga till en person som olagligen har berövats sitt liv, har lidit mycket. Detta lidande kan inte repareras, men en viktig symbolisk handling är betalning av ekonomisk ersättning. Om en svensk myndighet, i vanliga fall polisen, utsätter en person för brott mot artikel 2 (dödsfall) eller 3 (dvs. tortyr, omänsklig och förnedrande behandling) är det givetvis skadeståndsgrundande när detta har orsakats av fel eller försummelse vid myndighetsutövning, och/eller som en "allvarlig kränkning ... genom brott" (2 kap. 3 § skadeståndslagen) eller enligt den speciella regleringen i 8 § lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder. Ett problem kan dock föreligga såvitt gäller beviskrav. Här bör man uppmärksamma att Europadomstolen har klargjort att när en skada har uppstått på en person i polisens förvar och ingen rimlig förklaring ligger nära till hands finns det en presumtion att polisen har orsakat skadan.⁷² En sådan presumtion bör då också föreligga enligt svensk rätt.

Ytterligare ett problem kan uppstå i det att Europadomstolen anser att även nära anhöriga kan bli berättigade till ideellt skadestånd, både såvitt gäller det allmännas brott mot artikel 2 och artikel 3. Såvitt gäller artikel 2 bör man erinra om lagändringen som gjordes 2002 i skadeståndslagen 5 kap. 2 § första stycket 3, som berättigar till ersättning för personskada som till följd av ett dödsfall åsamkats någon som stod den avlidne särskilt nära.

Alltså är dessa två typer av konventionskränkning i allmänhet redan skadeståndsgrundande i Sverige. Det kan dock finnas vissa situationer där Europadomstolens rättspraxis kräver exempelvis ideellt skadestånd, men den svenska regleringen tillämpad på det enskilda fallet inte gör det. Europadomstolen har t.ex. klargjort att det allmänna, i undantagsfall, kan bryta mot artikel 2 även när någon inte dör.⁷³ Emellertid har lagstiftaren och Högsta domstolen troligen täckt denna situation. HD konstaterade nyligen att en nära anhörig kan få skadestånd för sitt lidande i en situation där en person till följd av ett

⁷¹ *Makaratzis v. Greece*, No. 50385/99, 20 December 2004, para. 56 "Article 2, which safeguards the right to life and sets out the circumstances when deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, from which no derogation is permitted ... Together with Article 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe". Se även *Z and others v. UK, a a s*, para. 110 och *Velikova v. Bulgaria*, No. 41488/98, 18 May 2000 para. 68.

⁷² Se bl.a. *Ribitsch v. Austria*, 4 December 1995, A/336. Se dock Svea hovrätts avgörande 2004-12-23 i mål nr. T 3178-02 som är svårt att förena med Europadomstolens rättspraxis.

⁷³ *Makaratzis v. Greece, a a s*.

uppsåtligt brott, fick livshotande skador och under en icke obetydlig tid svävade mellan liv och död.⁷⁴ Det kan möjligtvis fortfarande uppstå problem när en person kan göra gällande att han/hon har lidit skada av att en företrädare för det allmänna eller (i mycket begränsade situationer) att andra enskilda har grovt misshandlat en nära anhörig.

I alla fall bör man kunna säga att dessa situationer förhoppningsvis är sällsynta. Om de uppstår kan de antagligen lösas genom att man tillämpar skadeståndsrättsliga principer tillsammans med principen om fördragskonform tolkning. Det bör dock betonas igen att såvitt gäller dödsfall/grov misshandel begångna av enskilda skulle principen om fördragskonform tolkning kunna innebära en mindre utvidgning av kretsen av skadeståndsberättigade.

Oskäligt långa domstolsprocesser

Det finns två skäl till varför skadeståndstalan för oskäligt långa domstolsprocesser bör vara möjlig. För det första kan man hävda att väl fungerande processuella rättigheter på nationell nivå är garanten för att de materiella rättigheterna faktiskt respekteras. För det andra kan man förklara domstolens ställningstagande i Kudla-målet utifrån starka önskemål att skära ner på det stora antalet fall som rör just rättegång inom rimlig tid.⁷⁵ Man kan argumentera för att domstolen har resonerat bakifrån: Europadomstolen får stora mängder mål från ett flertal länder rörande oskäligt långa domstolsprocesser, alltså är inte de nationella rättsmedlen effektiva.

Formuleringarna som användes i Kudla-målet gav intrycket att både en skadeståndstalan och en möjlighet att påskynda en rättsprocess bör finnas tillgänglig. Senare domar har dock klargjort att dessa är *alternativa* rättsmedel.⁷⁶

Fördragsslutande stater har tillämpat fyra olika rättsmedel såvitt gäller brott mot ”skälig tid-regeln”. Det första är talan att skynda på domstolsförhandlingar. Enligt RB 49 kap 7 § gäller att om en part anser att ett beslut av tingsrätten medför att målet försenas i onödan, får han/hon överklaga beslutet särskilt.⁷⁷ Domstolen har nu klargjort att detta är i vanliga fall det mest effektiva rättsmedlet, och är att föredra.⁷⁸ Det andra rättsmedlet gäller brottmål. När den åtalade har fällts kan man reducera påföljden p.g.a. dröjsmål i hanteringen av målet, i enlighet med BrB 29 kap. 5 §, 30 kap. 4 § och EKMR.⁷⁹ I vissa länder

⁷⁴ Mål nr. T 3692-04, 5 april 2006.

⁷⁵ Båda argumenten finns i domskälen i Kudla (para. 148).

⁷⁶ Se t.ex., *Djanzozov v. Bulgarien*, No. 45950/99, 8 October 2004 och *Paulino Tomas v. Portugal*, No. 58698/00, 22 May 2003.

⁷⁷ Lag 1994:1034.

⁷⁸ Scordino, Grand Chamber, para. 183 “a remedy designed to expedite the proceedings in order to prevent them from becoming excessively lengthy is the most effective solution. Such a remedy offers an undeniable advantage over a remedy affording only compensation since it also prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach *a posteriori*, as does a compensatory remedy”.

⁷⁹ Se t.ex. RH 2000:96 och RH 2000:98,

kan domstolen ogilla åtalet och/eller bestämma att påföljden bortfaller helt. I andra länder är detta inte möjligt. Synen på frågan beror mest på om rätten att bli lagförd inom rimlig tid är betraktad som en självständig materiell rättighet — som är fallet i t.ex. Skottland — eller som en processuell rättighet som endast ingår i en övergripande rätt till en rättvis rättegång, som är fallet i England.⁸⁰ HD har förklarat att det inte finns stöd i svensk rätt för att ett åtal kan avvisas eller ogillas p.g.a. att rättegång inte har hållits inom skälig tid.⁸¹

Det tredje rättsmedlet är skadestånd. NJA 2005 s. 462 visar sig passa väl med praxis i andra europeiska länder. Det är nämligen sällan som det finns en särskild skadeståndstalan enbart för förseningar i domstolsförhandlingar. Däremot har högsta domstolar och/eller författningsdomstolar betraktat orimliga förseningar som fel i myndighetsutövning som berättigar till skadestånd enligt allmänna principer. Det fjärde ”rättsmedlet”, vanligt i länder i Östeuropa, är disciplinära åtgärder mot en domare som har tillåtit förseningar. Detta är också möjligt i Sverige, med JO-åtal mot en domare för tjänstefel.⁸² Emellertid skulle disciplinära åtgärder inte i sig påskynda förfarandet eller ge någon ersättning till offret och Europadomstolen har klargjort att detta inte är att betrakta som ett effektivt rättsmedel.⁸³

Det bör betonas att Europadomstolen inte kräver att *alla* domstolsprocesser skall avgöras inom rimlig tid, utan endast de processer som faller inom ramen för artikel 6. En stor kategori av mål i Sverige som kan ta ganska lång tid att avgöra — skattemål — faller utanför ramen för artikel 6.⁸⁴ Emellertid är mål om *skattetillägg* att anse som brottmål enligt Europadomstolen och därför kan skadestånd bli möjligt här, på så sätt att jämkning av skattetillägget inte kan kompensera vederbörande (t.ex. när han/hon har friats från ”brottsmisstankarna”).⁸⁵ Som är bekant faller även vissa slags förvaltningsrättsliga mål inom ramen för artikel 6, nämligen mål som avgör en ”civil rättighet eller skyldighet”

Man måste förstås kunna påvisa att oskäligt lång tid har gått. Europadomstolen har tolererat ganska långa handläggningstider. En viktig faktor är hur betydelsefull saken är för parten i målet. Som redan nämnts ansåg HD dock inte att 16 månader var oskäligt för en domstolsförhandling inför överrätt, även när det innebar att den åtalade,

⁸⁰ Den ledande brittiska fallet, Attorney-General's Reference (No. 2 of 2001) [2003] UKHL 68, visade klart dessa skillnader i synsätt mellan engelska domare och de två skotska domare (i minoritet) i House of Lords.

⁸¹ NJA 2003 s. 414.

⁸² BrB 20:1 och 14 § lagen (1994:260) om offentlig anställning. För ett sällsynt exempel se NJA 2001 s. 35. Fallet är intressant bl.a. p.g.a. att den åtalade rådmannen hävdade (utan framgång) att *hennes* rättigheter enligt artikel 6 hade kränkts p.g.a. den oskäligt långa tiden som hade förflutit mellan förundersökningen och åtalet.

⁸³ Kormacheva v. Russian Federation, No. 53084/99, 29 January 2004, para. 64

⁸⁴ Ferrazzini v. Italy, No. 44759/98, 12 July 2001.

⁸⁵ Se det s.k. Holm II-målet, NJA 2003 s. 217, kommenterat av Södergren, 2003, a a s not 6.

en taxiförare, inte kunde arbeta och försörja sig p.g.a. att länsstyrelsen hade dragit in hans yrkestrafiktillstånd efter att han hade blivit fälld i första instans.

Slutsatsen är att skadestånd är ett lämpligt rättsmedel såvitt gäller oskäligt långa domstolsprocesser i främst civilmål, förvaltningsrättsliga mål rörande civila rättigheter samt i brottmål där den åtalade inte blivit fälld (och därför är påföljdsändring inte en möjlighet). "Felet" eller "försummelsen" är den oskäligt långa tiden i sig. Ideellt skadestånd skall utgå enligt principerna som Europadomstolen uttryckte i Zullo-fallet, och modifierat i Scordino-fallet. Det verkar, med tanke på NJA 2005 s. 462, som om denna situation nu är täckt.⁸⁶

Man bör inte dra slutsatsen att Kudla-målet innebär att *alla* brott mot artikel 6 är skadeståndsgrundande. Europadomstolens praxis enligt artikel 41 klargör att s.k. "strukturella" fel i artikel 6.1 (t.ex. jäv) i normala fall *inte* berättigar till skadestånd.⁸⁷ Huvudskälet verkar ha varit bristande kausalitet mellan den påstådda förlusten och konventionskränkningen. Efter att ha sagt detta kan det vara så att domstolen ibland har varit skyldig till att blanda ihop sakfrågan (skall ersättning utgå för "loss of opportunities"?) med kausalitetsbedömningen (har klaganden bevisat att hans/hennes förluster härstammar ifrån konventionskränkningen?). Brott mot artikel 6.3 (minimirättigheter i brottmål) kan också sägas innebära "strukturella fel". Jag är mer osäker på om samma slutsats bör dras såvitt gäller artikel 6.2 (oskyldighetspresumtionen).

När ett strukturellt fel leder till en fällande dom kan överklagande eller påföljdsändring betraktas som de primära rättsmedlen. En stor kategori av fällande domar mot Sverige i Strasbourg har rört fall där en domstol inte har hållit muntlig förhandling. Även i dessa fall har Europadomstolen varit restriktiv med att ge monetär "skälig gottgö-

⁸⁶ Jag anser att lagstiftaren borde ha gjort något åt detta tidigare. Efter att ha sagt detta är Sverige på inget sätt unikt i detta avseende. Frågan har t.ex. endast nyligen ventilerats i Danmark, se Høyesterets dom 5 november 2005, Ufr 2005.523, diskuterad i Christoffersen, Det offentliga kompensationsansvar för kraenkelser af internationale menneskerettigheder, Ufr 2005B.133. En komparativrättslig undersökning som Venedigkommissionen publicerade nyligen visar att de rättsmedel som har funnits i många länder i Europa för oskäligt långa domstolsprocesser har varit mest på papper och inte existerat i verkligheten. Venice Commission Report on National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings, Study no. 316/ 2004, (2005).

⁸⁷ Se t.ex. Kingsley v. UK, No. 35605/97, 7 November 2000, para 43, där domstolen, i stor sammansättning (Grand Chamber) skrev "In all the circumstances, and in accordance with its normal practice, in civil and criminal cases, as regards violations of Article 6(1) caused by failures of objective or structural independence and impartiality, the Court does not consider it appropriate to award monetary compensation to the applicant in respect of loss of procedural opportunity or any distress, loss or damage allegedly flowing from the outcome of the domestic proceedings." Se vidare brittiska House of Lords diskussion av frågan i Greenfield-fallet, a a s.

relse”.⁸⁸ Detsamma gäller för ytterligare en stor kategori av fällande domar mot Sverige, nämligen mål rörande tillgång till domstolsprövning. Här har ideellt skadestånd ibland utdömts, men eftersom denna konventionskränkning oftast har kombinerats med oskäligt långa domstolsprocesser är det svårt att se exakt varför Europadomstolen har utdömt skadeståndet.⁸⁹

Konventionsbrott p.g.a. föreskrifter i allmänhet och om överklagandeförbud i synnerhet

Med tanke på artikel 6 och rimlig tid är detta ett lämpligt ställe att säga några ord om en annan situation där brott mot artikel 6 kunde tänkas leda till skadestånd, nämligen när tillgång till domstolsprövning har blockerats av ett överklagandeförbud. Detta kan också ses som ett strukturellt problem. JK har haft minst ett fall som rör denna situation.⁹⁰

Skadestånd för normer som strider mot högre normer är ett särskilt känsligt kapitel i Sverige.⁹¹ Varken enligt konventionen eller enligt rättegångsbalken är det möjligt för en enskild att klaga på lagstiftningen *in abstracto*. Enligt konventionen måste en enskild vara offer för lagstiftningen, även om det under vissa omständigheter är tillräckligt att lagstiftningen existerar, kombinerat med sannolikheten att den kommer att användas mot individen i fråga.⁹² Och det följer av RB 13 kap. 2 § att en individ inte kan åberopa en konventionsrättighet *in abstracto*, utan bara i sammanhanget av en konkret konflikt. Såvitt gäller lagprövning finns det inga svårigheter med regler som utfärdats av förvaltningsmyndigheter, vare sig de är centrala eller lokala myndigheter. Å andra sidan föreskriver 3 kap. 7 § skadeståndslagen att en individ inte har talerätt att kräva skadestånd för ett ”beslut av riksdagen eller regeringen” om inte beslutet har upphävts eller ändrats. Det finns förstås ett nära samband mellan 3 kap. 7 § skadeståndslagen och RF 11 kap. 14 §.

⁸⁸ Se t.ex. *Lundevall v. Sweden*, No. 38629/97, 12 November 2002 “The Court rejects the applicant’s claim as it cannot speculate as to the outcome of the proceedings had a hearing taken place before the appellate court” (para. 47).

⁸⁹ Se t.ex. *Janosevic v. Sweden*, No. 34619/97, 23 July 2002, para. 114, och *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, No. 36985/97, 23 July 2002, para. 126.

⁹⁰ JK beslut 16 december 2003 i ärende 2786-02-40, med samband till de s.k. Gränsälvsfiske-fallen, NJA 1996, s. 370 och NJA 2001, s. 210. Se vidare Lambertz, a a s, s. 13 och 14. Regeringsrätten hade tidigare varit oklar om det korrekta tillvägagångssättet såvitt gäller ett överklagandeförbud och rättsprövning, se RÅ 2002 not. 57. Men genom RÅ 2004 ref. 99 klargjorde Regeringsrätten att rättsprövning måste ske om detta är möjligt innan det kan bli tal om att åsidosätta ett överklagandeförbud. Så kan, och måste, ske i vissa situationer, se RÅ 2005 ref. 29. Det kan tänkas att resning kan användas i vissa situationer där det finns ett överklagandeförbud, se det finska *Alatulkkila-fallet*, nedan not 104.

⁹¹ Förslaget att ändra denna bestämmelse i SOU 1997:194, Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler, har inte genomförts.

⁹² Till exempel i områden rörande kriminalisering av homosexuella handlingar eller hemlig övervakning. Se *Harris O’Boyle*, och *Warbrick*, a a s s. 635–636.

3 kap. 7 § skadeståndslagen i sig strider inte mot artikel 6.⁹³ 3 kap. 7 § skadeståndslagen är en materiell begränsning i tillträde till domstol, och därför finns det inte någon "civil rättighet" till skadestånd i dessa situationer.⁹⁴ Problemet är snarare att ett överklagandeförbud kan strida mot artikel 13 om det innebär att ett offer för en konventionskränkning därmed saknar "effektivt rättsmedel".

Det har funnits en viss tvist i doktrinen om huruvida 3 kap. 7 § skadeståndslagen även inkluderar genomförande av lagstiftning eller en förordning.⁹⁵ Om det är tillåtet att klaga på detta, så är ett av problemen som måste konfronteras frågan om omedelbart orsakssamband, det vill säga man måste bevisa en kedja av orsakssammanhang från genomförandet av, eller underlåtenheten att genomföra, en föreskrift eller förordning, och den lidna förlusten. Det finns ett äldre fall från HD som fastslår att en enskild inte har någon talerätt för att anhängiggöra klagomål om underlåtenhet att genomföra lagstiftning eller förordning.⁹⁶ Men med EG-anslutningen står det nu givetvis mycket klart att den svenska lagstiftaren kan, och emellanåt kommer att, lagstifta, eller underlåta att lagstifta, på ett sätt som står i konflikt med "högre" lag.

Om och när den svenska lagstiftaren får påpekat att en lag eller en förordning som sådan kränker konventionen är det rimligt att anta att lagen eller förordningen skyndsamt ändras. Under sådana omständigheter föreskriver den nuvarande formuleringen av 3 kap. 7 § skadeståndslagen att det är möjligt för en sökande som har lidit förlust som ett resultat av tillämpningen av den gamla lagen, att ta till skadeståndskrav.⁹⁷

Svensk lagstiftning som sådan, snarare än dess tillämpning, kommer endast sällan att bryta mot konventionen. Även när en nationell domstol finner att så är fallet, måste ett orsakssamband mellan lagen och karendens förlust bevisas. Såvitt gäller överklagandeförbud när artikel 6 kräver överklagande till domstol är det enklaste sättet att lösa problemet, att göra det möjligt att *bortse* ifrån överklagandeförbudet. Detta är exakt vad lagstiftaren — äntligen — nu har gjort, genom att skriva in en tolkningsregel i 22a § förvaltningslagen (1986:223).⁹⁸ En sådan lösning undviker skadeståndsproblemet.

⁹³ Jag instämmer därför med JK:s bedömning i denna fråga. Se Lambertz, a a s, s. 11 och 12.

⁹⁴ Se bl.a. Roche v. UK, No. 32555/96, 19 October 2005.

⁹⁵ Se Bengtsson, a a s, s. 131 och 132.

⁹⁶ I NJA 1978 s. 125 hävdade karenden att inhemska lag inte var i enlighet med Sveriges åtaganden i FN:s konvention om civila och politiska rättigheter, 1966, 993 UNTS 3

⁹⁷ Här bör man också notera att i och med att Regeringsrätten kan upphäva ett regeringsbeslut genom rättsprövning har, som Bengtsson och Strömbäck uttrycker det, utrymmet vidgats för en skadeståndsrättslig prövning". Skadeståndslagen, En kommentar, Norstedts, Stockholm (2002) s. 111 och 112.

⁹⁸ Prop. 2005/06:56. Man kan dock undra, konstitutionellt, om det går att lösa normkonflikter mellan lagar och mellan lagar och förordningar, genom en före-

Man kan tänka sig att det finns andra, måhända mycket sällsynta, situationer där en lag eller förordning bryter mot en enskilds konventionsrättigheter. Innebär då skadeståndslagen 3 kap. 7 § ett problem? Nu när HD verkar ha accepterat att skadestånd kan baseras på artikel 13 kan man argumentera att, eftersom 3 kap. 7 § endast stadgar att tal om ersättning ”enligt 2 § inte får föras” att skadeståndstalan enligt artikel 13 inte är utesluten. Då undviker man detta problem också. Men man kan fråga sig om det är lagstiftarens roll att endast *undvika* problem.⁹⁹

Brott mot familjeliv, hem och korrespondens

Som redan nämnts ansåg Europadomstolen att möjlighet till skadeståndstalan bör föreligga när man vill göra gällande att fel eller försummelse vid myndighetsutövning har resulterat i att man felaktigt omhändertog ett barn (TP and KM v. UK). Detta, liksom domstolens ställningstagande gällande brott mot artikel 2 och 3, kan också förklaras utifrån att lidandet svårligen kan repareras. Ett barn och en förälder som har berövats umgänge under barnets uppväxttid kan ha lidit mycket. Och det är inte bara när det allmänna omhändertar ett barn som rätten till familjeliv kan kränkas. Även en försummelse att förverkliga tidigare myndighets- eller domstolsbeslut om gemensam vårdnad, eller umgängesrättigheter, kan kränka rättigheten enligt artikeln.¹⁰⁰

Det var flera fall under 1980-talet och början av 1990-talet där myndigheternas tillämpning av LVU (1980:621, nu 1990:52) ledde till fällande domar i Strasbourg.¹⁰¹ Om vi ponerar att en liknande kränkning sker idag, finns det i vanliga fall effektiva rättsmedel för att få till stånd en ändring eller ett upphävande av beslutet. Dessa rättsmedel fanns visserligen till hands även under slutet av 1980-talet men skillnaden är, förhoppningsvis, att myndigheterna idag är mer medvetna om sina konventionsförpliktelser. Myndigheterna har en förpliktelse att ompröva sina beslut. Finner en myndighet att ett beslut, som den har meddelat som första instans, är uppenbart oriktigt på grund av nya omständigheter eller av någon annan anledning skall, enligt 27 § förvaltningslagen (1986:223), ”myndigheten ändra beslutet, om det kan ske snabbt och enkelt och utan att det blir till nackdel för någon enskild part”.¹⁰² Ett myndighetsbeslut kan i vanliga fall (och, såvitt

trädesregel i en lag, när det finns en *grundlagsbestämmelse*, RF 11:14, som stadgar vad myndigheter skall göra om en normkonflikt inträffar.

⁹⁹ Se mina avslutande kommentarer.

¹⁰⁰ Se t.ex. Sommerfeld v. Germany, a a s.

¹⁰¹ Olsson v. Sweden, 24 March 1988, A/130, Eriksson v. Sweden, 22 June 1989, A/156, Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 25 February 1992, A/226, Rieme v. Sweden, 22 April, 1992, A/226-B, Olsson v. Sweden (no. 2), 27 November 1992, A/250.

¹⁰² Eventuellt kunde en förälder som har fått ett beslut som innebär att den andra föräldern inte tillerkänts umgängesrättigheter betrakta en omprövning av detta beslut som innebärande nackdelar.

gäller beslut som avgör civila rättigheter, måste kunna) överklagas till domstol.¹⁰³ I den mån ett regeringsbeslut kan kränka enskilds rätt till familjeliv kan dessa angripas genom rättsprövning. Och om inga av dessa rättsmedel finns till hands bör man kunna ansöka om resning enligt 37b § förvaltningsprocesslagen.¹⁰⁴ Ett omhändertagande kan ha gått rätt till, men ett brott mot artikel 8 kan ändå ske om de sociala myndigheterna inte har ansträngt sig tillräckligt mycket för att möjliggöra återförening av familjen (exempelvis som i Olsson-fallet). I dessa fall, när mycket tid har gått, anser jag att skadestånd är det rätta rättsmedlet. Men om vi nu ponerar att beslutet ändras någorlunda skyndsamt, är det ändå motiverat att *dessutom* utdöma ideellt skadestånd i ett senare civilmål? Jag har svårt att se varför det bör vara så i vanliga fall, men det kan inte uteslutas att det kan finnas sällsynta situationer när det är motiverat.

Artikel 8 omfattar inte endast rätten till familjeliv utan också rätten till privatliv och skyddandet av hemmet och korrespondens. Hem och korrespondens är antagligen redan skyddade genom bl.a. BrB 4 kap. 8 §, 9 § och 9a-c §§ tillsammans med skadeståndslagen och 8 § i lag (1998:714) om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder. Här är de intressanta frågorna: vari "felet/försummelsen" ligger samt begränsningen såvitt gäller ideellt skadestånd. Än så länge anser jag att det saknas skäl att tro att de ovan redovisade rättsmedlen inte är tillräckliga som "effektiva rättsmedel". Visserligen är en husrannsakan synnerligen kränkande, men viss ersättning kan utgå. Det finns förstås starka public policy-skäl att inte "straffa" det allmänna alltför mycket för rimliga misstag. Om det däremot visade sig att Europadomstolen började få många mål som pekade på att vissa, eller många, länder i praktiken tillämpade väldigt låga beviskrav för att få göra husrannsakan, skulle de nationella rättsmedlens tillräcklighet (med andra ord omfattningen av det skadestånd man kan få för felaktig/omotiverad husrannsakan) hamna i rampljuset.

Brott mot rätten till privatliv

Många rättigheter i konventionen har sina motsvarigheter i RF 2 kap. Det finns dock ingen övergripande konstitutionell bestämmelse motsvarande artikel 8. Skyddet för privatliv är reglerat i ett stort antal speciella lagar och förordningar, som mycket väl kan ge ett bättre

¹⁰³ 22a § förvaltningsprocesslagen. Artikel 6 kräver givetvis att tvister rörande civila rättigheter kan överklagas till *en* domstol, inte nödvändigtvis en förvaltningsdomstol, se t.ex. NJA 2002 s. 288 och RÅ 2005 ref. 29.

¹⁰⁴ Resning betraktas inte som ett "effektivt rättsmedel" i den meningen att man måste ha försökt få resning till stånd innan man kan klaga till Europadomstolen, se 19 Chilean citizens and the S. Association v. Sweden, Nos. 9959/82 och 10357/83, 37 DR 87 (1984). Även om detta gäller fortfarande (och se Alatulkkila and others v. Finland, No. 33538/96, 28 July 2005) betyder inte detta att resning *som beviljats* inte kan vara ett "effektivt rättsmedel" såvitt gäller artikel 13.

skydd än konventionens minimiregler kräver.¹⁰⁵ Men rätten till privatliv kan omfatta saker som inte skyddas av dessa särskilda mekanismer. Det är främst såvitt gäller kränkningar av denna aspekt av artikel 8 som jag anser att svenska domstolar i framtiden kan behöva utveckla skadeståndsrätten så att den bättre överensstämmer med konventionens krav. I denna artikel tar jag endast upp två problemkomplex. Det första rör Svea hovrätts dom den 12 januari 2006 och JK:s ansökan om prövningstillstånd.

Europadomstolen har konstaterat att en tvångsmässig medicinsk undersökning är ett intrång i rätten till respekt för privatliv.¹⁰⁶ JK argumenterar dock för att det som kan sägas vara "kränkande" i fallet var själva undersökningen. Lagstöd finns för att tvångsundersöka barn i en situation när bl.a. ett sexuellt övergrepp misstänks ha skett. JK menar att brottet mot artikel 8 (att åtgärden beordrades av polisen, istället för socialnämnden) hade liten om någon betydelse alls för kränkningen. JK ställer även frågan om *föräldrarnas* rättigheter har kränkts. Vidare påpekar JK vilka implikationer denna dom skulle ha för andra situationer där en lagbestämmelse identifierar en befattningshavare som kompetent att utföra en åtgärd men av misstag genomförs denna åtgärd av en annan, t.ex. det välkända "blodprov-fallet" (NJA 1986 s. 489) när en laboratorieassistent tog ett blodprov istället för en sköterska eller läkare.

JK anser att det inte är bra att sådana "enkla" misstag blir skadeståndsgrundande.

Till att börja med, bör man notera vilken central roll legalitetsprincipen spelar i konventionen som helhet, och i artiklarna 8–11 i synnerhet. I en stat som Sverige med en förhållandevis välfungerande förvaltning är det enkelt att ta lätt på legalitetsprincipen. Men den offentliga sektorns underfinansiering, "effektivisering" och påföljande ökade krav på offentligt anställda kan lätt resultera i sämre beslutsfattande. En bra förvaltning kan inte längre tas för givet, ens i Sverige. Och legalitetsprincipen är inte bara en formalitet, utan en viktig förutsättning för en rättsstats existens, funktion och legitimitet. Bakom principen ligger viktiga värden. Det finns skäl till varför lagstiftaren har tilldelat en viss befattningshavare, eller myndighet, kompetens att beordra en tvångsåtgärd mot en enskild och i enlighet med ett särskilt förfarande. Det kan t.ex. vara befattningshavarens/myndighetens fackkompetens i frågan. Maktdelning fungerar här dock också som ett sätt att öka rättssäkerheten. Det kan vara bra att ge beslutanderätt till en befattningshavare/myndighet med en viss "distans" till den utredande/brottsbekämpande myndigheten. Sådan distans underlättar för vederbörande om denne har en förpliktelse att väga in

¹⁰⁵ Detta framgår bl.a. från den omfattande utredning som skall göras enligt dir. 2004:51, Skyddet för den personliga integriteten.

¹⁰⁶ YF v. Turkey, No. 24209/94, 22 July 2003. Se även Palm och Ericsson, Att klaga till Europadomstolen, Jure, Stockholm (2005), s. 157.

tressen (intrånget med den personliga integriteten mot brottsbekämpning, skyddande av sårbara människor mot främjande av andra viktiga samhällsintressen).

Visserligen finns det viktigare och mindre viktiga intrång, och dessa argument biter hårdare på viktiga intrång i den personliga integriteten. Icke desto mindre spelar troligen sådana faktorer roll i lagstiftarens överväganden om att uppnå den rätta balansen i alla situationer där tvångsåtgärder bedöms nödvändiga. Genom att inkorporera EKMR och ge den en kvasi-konstitutionell status genom RF 2:23 har lagstiftaren givit klart uttryck för att konventionen skall ha ett särskilt starkt skydd.

När det gäller föräldrars rättigheter och kränkingsfrågan vill jag säga följande: Det är visserligen så att kränkningen ligger i själva tvångsundersökningen, inte däri att den inte genomfördes i enlighet med den rätta proceduren i det särskilda fallet. Och föräldrarna visste troligen inte ens att en polis inte kunde beordra en sådan tvångsundersökning. Men att få veta, även efteråt, att den rätta proceduren inte har följts kan öka ens känsla av vanmakt. Denna vanmakt påverkar föräldrarnas och barnens inbördes förhållande. Föräldrarna har nämligen inte kunnat skydda sina barn mot överhetens lagstridiga tvångsåtgärder. En viktig faktor bakom det allmännas skadeståndsansvar är att allmänhetens acceptans av det allmännas omfattande befogenheter bör balanseras med ett brett skadeståndsansvar.¹⁰⁷ Om ansvar för en lagstridig åtgärd som upplevs som mycket kränkande inte kan utkrävas är det uppenbart att ens förtroende för rättsstaten blir undergrävt.

Det finns alternativa metoder att utkräva ansvar, men dessa är inte nödvändigtvis tillräckliga. Andra länder har hanterat situationen där ett viktigt formfel har begåtts i ett förfarande som leder till åtal genom att bortse ifrån beviset som har tagits fram som en omedelbar konsekvens av formfelet ("fruits of the poisonous tree"). Men det finns stora problem med detta tillvägagångssätt, och det strider för övrigt mot den (för svensk processrätt) centrala principen om fri bevisvärdering.¹⁰⁸ Inte heller är denna tveksamma metod tillgänglig när åtal inte sker, som i tvångsundersökningsfallet. I Sverige kan man klaga till JO, och JO-kritik kan ge en viss upprättelse. Men mer påtagliga former av personligt ansvarsutkrävande är svårare att få till stånd. Jag går inte mer in på denna fråga, som dock är mycket aktuell i dessa tider när myndigheter styrs främst genom mål och budget. Men det är bara att konstatera att det inte är lätt att få en tjänsteman fälld för brottet tjänstefel. Inte heller är mindre ingripande disciplinära påföljder vanliga.

Men tvångsundersökningsfallet är inte lätt. Det är svårt att komma ifrån att undersökningen skulle kunna ha genomförts ändå. Här kan jag nämna att de brittiska domstolarna — i *Anufrijeva v. Southwark London Borough Council* — har brottats med frågor rörande förhål-

¹⁰⁷ Bengtsson, a a s s. 24.

¹⁰⁸ Jfr NJA 2003 s. 323 angående överskottsinformation vid teleavlyssning.

landet mellan ett brott mot artikel 8 och skadan som påståtts har följt från detta.¹⁰⁹ Fallet rörde bl.a. en asylsökande som (felaktigt) hade nekats asyl och som sedan fick asyl efter en lång försening. Under tiden blev han av med sociala bidrag m.m., och vederbörande blev psykisk sjuk. Hans advokat gjorde gällande att denna sjukdomsutveckling hade ett direkt samband med det felaktiga beslutet och förseningarna och att dessa var kränkningar av statens positiva förpliktelser enligt artikel 8. Argumentet var att sårbara människor är som "äggskal". Man måste kunna räkna med att dessa människor ofta blir allvarigare påverkade av motgångar. Eftersom en konventionskränkning är allvarlig bör det allmänna acceptera att "betala hela priset" för detta. Detta kan ses som ett sätt att introducera ett annat slags kausalitetsbedömning för alla mer eller mindre förutsebara konsekvenser av administrativa fel som kränker grundläggande rättigheter.¹¹⁰ Men domstolen accepterade inte detta "äggskalsargument" som den ansåg skulle innebära alltför långtgående förpliktelser för myndigheter.

Det andra problemkomplexet gäller det allmännas positiva förpliktelser att agera för att skydda personlig integritet från angrepp från andra, enskilda eller juridiska personer. Detta är inte samma sak som att ge "horisontell" effekt till rättigheter enskilda emellan (s.k. direkt *drittwirkung*).¹¹¹ Konventionen har hittills inte av de svenska domstolarna givits någon sådan horisontell effekt.¹¹² Däremot har vidden av personlig integritet, och förekomsten av mäktiga privata aktörer den effekten att det kan finnas situationer när det allmänna inte bör medverka till att enskilda inskränker andra enskildas rättigheter (s.k. indirekt *drittwirkung*). Ett exempel, hämtat från ett verkligt fall, kan illustrera detta. En försäkringstagare kan filmas i smyg av ett försäkringsbolag, som sedan leder i bevis att försäkringstagaren inte är tillräckligt skadad för att han/hon skall vara berättigad till ersättning. Om filmningen inte har skett på ett sätt som strider mot BrB 4 kap. 9§ har förmodligen inget brott skett enligt svensk straffrätt.

Det framgår av Europadomstolens rättspraxis att det allmänna kan kränka rätten till privatliv genom att filma en person på offentlig plats, utanför personens hem, och publicera/distribuera dessa fotografier/filmer.¹¹³ Men det är att gå väldigt långt att säga att det allmänna har en positiv förpliktelse att *förbjuda* (genom kriminalise-

¹⁰⁹ [2003] EWCA Civ 1406, [2004] QB 1124.

¹¹⁰ Man kan jämföra H. Anderssons argument (n 11) om att det allmänna inte bör kunna dra fördelar av sitt eget — skadegörande — beteende. Anderssons argument rör dock istället bedömningen av skadan som har uppstått, inte kausalsambandet mellan kränkning och skadan.

¹¹¹ Om positiva förpliktelser se i allmänhet Mowbray, *Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford, (2004).

¹¹² Jfr. AD 1997 nr. 57, AD 1998 nr. 17, AD 1998 nr. 97, AD 2001 nr. 1 och AD 2001 nr. 3.

¹¹³ *Peck v. UK*, No. 44647/98, 28 January 2003 (rörande en kommuns tillåtelse att publicera bilder tagna av CCTV).

ring) eller *belägga med sanktion* (genom skadeståndsrätt) andra privata aktörer (A) från att filma enskilda (B) utanför B:s hem, särskilt när denna filmning kan hjälpa A att tillvarata sina egna civilrättsliga intressen.

Ändras denna situation av att domstolarna har accepterat detta filmbevis i civilmål eller brottmål rörande försäkringsbedrägeri? Man kan glida förbi integritetsfrågan genom att hantera detta uteslutande som en artikel 6-fråga — parternas likställdhet ("equality of arms"). En eventuell kränkning av artikel 6 kan undvikas genom att, om nödvändigt, man ger beviset ett lågt bevisvärde.¹¹⁴ Men frågan uppstår, om beviset har tillåtits, har staten brutit mot sin positiva förpliktelse att skydda en enskilds personliga integritet, dvs. på ett effektivt sätt förbjuda smygfilmning?

Här bör man noggrant analysera implikationerna av Europadomstolens dom i von Hannover v. Germany. JK anser att von Hannover-fallet gör att en ny lagbestämmelse är önskvärd för att skydda enskilda mot övergrepp mot deras personliga integritet. Han har hänvisat även till andra situationer där man kan hävda att personlig integritet inte skyddats tillräckligt, t.ex. när en enskild lägger ut kränkande uppgifter på en webbsida som dock inte nödvändigtvis utgör förolämpning eller förtal¹¹⁵ eller när pressen publicerar sann — men djupt kränkande — information om en offentlig person, exempelvis att denne lider av en allvarlig sjukdom.¹¹⁶

Jag vill först betona att von Hannover-fallet handlade om konkurrerande rättigheter, nämligen rätten till privatliv jämfört med pressens yttrandefrihet. För det andra finns det i Tyskland en grundlagsskyddad rätt till personlig integritet. De tyska domstolarna, inklusive författningsdomstolen, hade vägt Prinsessan Carolines rätt till privatliv mot pressens yttrandefrihet. Europadomstolen ansåg dock att de tyska domstolarna inte hade uppnått rätt "balans". Man måste dessutom skilja de faktiska omständigheterna i smygfilmningsfallet ifrån dem som rådde i von Hannover-fallet. Caroline av Monaco plågades av pressfotografer varje gång hon gick utanför sin dörr. Det handlade om ett ständigt trakasserier. Det framgår dessutom klart att de åldriga, kultiverade domarna i Europadomstolen såg litet, eller inget, samhällsvärde i skvallerpressens "reportage" om Carolines aktiviteter. Det finns å andra sidan, ett samhällsintresse av att motverka försäkringsbedrägerier, förutom försäkringsbolagets egna starka intressen att skydda sina civila rättigheter.

P.g.a. alla dessa skäl anser jag att von Hannover-fallet inte ändrar min bedömning av just smygfilmningsfallet. Till och med om man kan argumentera att det finns *någon* slags förpliktelse att göra *något* för att skydda enskilds personliga integritet i detta avseende skulle

¹¹⁴ Jfr NJA 1998 s. 204.

¹¹⁵ Se NJA 1992 s. 594.

¹¹⁶ Lambertz, a a s, s. 20.

en skadeståndsförpliktelse för staten endast uppstå om det inte fanns *något* annat effektivt rättsmedel att motverka smygfilmning utanför hemmet. En regel i praxis att filmer/fotografier ges ett lågt bevisvärde i sådana försäkringsfall kan mycket väl räcka som "effektivt rättsmedel". Icke desto mindre anser jag att JK har rätt i betydelsen att von Hannover-domen har bredare implikationer för Sverige. Jag tycker att JK har rätt åtminstone i den meningen att den rättsliga regleringen inte längre kan utgå ifrån, i situationer när man på goda grunder kan göra gällande att ens rätt till privatliv har kränkts av massmedia, att det *endast* är en fråga om yttrandefriheten och dess begränsningar, samt att det existerande regelverket (TF/YGL och i lagar som dessa grundlagar hänvisar till) uttömmande anger vilka begränsningar i yttrandefriheten som är tillåtliga. Visserligen kan domstolarna utgå ifrån att den nuvarande regleringen är tillräcklig i *de flesta* situationer, men det kan finnas undantagsfall när en viss publicering, eller ett visst yttrande, inte är straffrättsligt sanktionerat, eller kan göras till föremål för en skadeståndstalan enligt existerande principer men det ändå är nödvändigt att uttryckligen ställa frågan om skadestånd *eller något annat effektivt rättsmedel* bör finnas tillgängligt för den integritetskränkning som publiceringen utgör. Jag anser med andra ord att någon slags "slasktratt" är nödvändig för att fånga upp de fåtal situationer där privatlivet inte är tillräckligt skyddat.

I så fall kan man ställa frågan om artikel 8 och artikel 13 i den inkorporerade EKMR räcker som "lagstöd" för att möjliggöra detta? Man kan argumentera för att ytterligare lagstiftning inte är nödvändig i situationer där skyddet för privatlivet inte krockar med den grundlagskyddade yttrandefriheten (t.ex. smygfilmning av försäkringstagare). Men problemet skulle då återstå när det gäller (måhända sällsynta) krockar mellan TF/YGL och artikel 8. Om inte EKMR kan "tolkas in" i dessa grundlagar är en uttrycklig hänvisning till artikel 8 (eller till "skyddande av privatliv") nödvändig i TF/YGL. Oavsett behovet av grundlagsändring är "lösningen" att lämna saken till domstolarna inte så tilltalande. Det skulle innebära att svenska domstolar, genom en extensiv tolkning av en — omtvistad — dom från Europadomstolen skapar en skadeståndsskyldighet i privata tvister. Detta passar inte ihop med svensk rättskultur. Man skall komma ihåg att Europadomstolen i von Hannover-fallet inte krävde att de tyska domstolarna skapade en *ny* skadeståndssanktionera rätt till privatliv. Detta fanns redan i tysk rätt.

Och, även om NJA 2005 s. 462 har etablerat principen om att skadestånd kan utgå för brott mot den införlivade EKMR är det säkert att svenska domstolar skulle känna sig mycket mer bekväma om frågan om effektiva rättsmedel reglerades i en särskild lag. Med tanke på riskerna för yttrandefriheten utav *extensiva* tolkningar av artikel 8 är det också nödvändigt att svenska domstolar, så långt möjligt, får väg-

ledning om det fåtal situationer där "slasktratten" skall tillämpas. Jag säger något mer om den saken i mina avslutande kommentarer.

Avslutande kommentarer

Det är välkänt att skadestånd tjänar olika syften i privaträtt och offentlig rätt.¹¹⁷ Pengarna som används för att ersätta en skada kommer ifrån samma källa som finansierar de flesta offentliga tjänster, skatteinkomsterna. Eftersom maximering av vinster inte är principen som styr offentlig förvaltning är inte det allmänna avskräckt på samma sätt av att sanktioneras för sina misstag i efterhand.¹¹⁸ Det är dock dyrt att processa, och dubbelt så dyrt för det allmänna om kändanden i målet är berättigad till rättshjälp. De stora kostnader för rättshjälp i Storbritannien föranledde nyligen Court of Appeal att föreskriva restriktiva riktlinjer för vilka slags EKMR-fall som lämpade sig för rättshjälp i framtiden.¹¹⁹ Det kan inte förnekas att det finns mycket mer effektiva sätt att styra den offentliga förvaltningen än att straffa den i efterhand genom att utdöma skadestånd för dess misstag.

Som många initierade kommentatorer påpekat är behovet av skadeståndsrättsliga rättsmedel mindre i Sverige än i många andra länder p.g.a. att de allra flesta personer skyddas av privat försäkring. Fel eller försummelse i myndighetsutövning är givetvis inte något som går att försäkra sig emot, men det är huvudsakligen rörande allmän förmögenhetsskada som det allmännas skadeståndsansvar spelar roll såvitt gäller ersättning till enskilda. Skadeståndets funktion i det övergripande systemet för konstitutionell kontroll är fortfarande begränsat. Med risk för generalisering, låter det sig sägas att Sverige inte är ett processbenäget samhälle. Det finns förhållandevis lite "public interest litigation". Vidare är rättighetstänkandet fortfarande ganska svagt i Sverige och det finns ingen kultur att lösa konflikter i domstol. Även jurister anser att det är politiker som skall styra samhället. Och jurister anser att den primära fokusen såvitt gäller rättsliga styrmedel bör ligga på lagstiftning, inte domstolsavgöranden. Starka fackföreningar gör att kollektiva lösningar traditionellt har föredragits, även i frågor såsom diskriminering, som i andra länder har uppfattats som frågor om individuella rättigheter. Men Sverige, som alla andra länder i Europa, genomgår snabba förändringar. Som redan nämnts är den offentliga förvaltningen ansträngd på ett helt annat sätt nu jämfört med under 1970-talet när skadeståndslagen kom till. Takten på samhällsförändringarna och en ström av harmoniseringslagstiftning från EG gör att lagstiftningskvalitén sjunker. Den offentliga sektorn är underfinansierad och drabbad av ständiga besparingskrav. Alla dessa faktorer gör att krav på att det skall följa någon sanktion vid mera på-

¹¹⁷ Se t.ex. Bengtsson, a a s s. 21. Skillnaden erkänns inom EG-rätten, se, C-178-179, 188, 190/94, Dillenkoffer and others v. Germany [1996] ECR I-4845.

¹¹⁸ För ett intressant amerikanskt perspektiv se Park, *The Constitutional Tort as Individual Remedy*, 38 Harv. CR-CL LR, 2003, s. 393-453.

¹¹⁹ Anufrijeva-fallet, a a s paras. 79-81.

tagliga brister hos det allmänna kan öka.¹²⁰ Samtidigt är det uppenbart att svenskarnas krav på högkvalitativa offentliga tjänster bara växer. Till skillnad från vissa andra länder har vi (fortfarande) ett ganska generöst system för bidrag m.m. Den offentliga förvaltningen är dessutom förpliktad att agera aktivt för att se till att enskildas rätt till dessa ekonomiska bidrag förverkligas. Ingen verkar vara beredd att ändra på detta. Vi verkar därför vilja ha både en offentlig förvaltning som tar hand om oss och en som vi kan stämma när den inte ger oss allt som vi anser att vi har rätt till.

Dessa är några av skälen till varför jag inte vill överbetona skadeståndets betydelse i systemet för "effektiva rättsmedel".¹²¹ Här vill jag betona att jag inte är så rädd för en situation i vilken giriga advokater driver fram skadeståndsprocesser mot staten. Sådana processer, åtminstone processande byggt på brott mot EKMR, riskeras inte bli många, och de tänkbara ersättningssummorna är knappast lockande för affärsjurister. Det finns säkert advokater som ser EKMR som en slags lönsam affärsidé, men flertalet advokater som tar på sig sådana mål skulle sannolikt drivas av rättspatos snarare än vinningsssyfte. Men å andra sidan bör man inte bortse ifrån att även företag har mänskliga rättigheter (t.ex. äganderätt och rätt till tillträde till domstol). De starka har alltid lättare att försvara, och främja, sina rättigheter.

Från ett mer filosofiskt perspektiv är en utveckling mot att allt oftare sätta ett "pris" på mänskliga rättigheter onekligen inte välkommen. Som Andersson uttrycker det, förvisso utan att direkt beröra EKMR, kan kraven på skadestånd i ständigt nya situationer av "kränkningar" ses som ett uttryck för en "materiell kolonisering".¹²² I en materialistisk värld kan endast pengar "bota" en upplevd kränkning. Man kan beklaga men inte bli förvånad. Om mänskliga rättigheter har blivit en slags ersättning för religion i ett sekulärt samhälle är det inte konstigt att endast den andra religionen — pengar — duger mot kränkningar av dessa värden.

I samband med de många rättsprocesserna rörande skattetillägg har jag tidigare kritiserat riksdagen för passivitet såvitt gäller att ändra svensk lag så att den överensstämmer bättre med Sveriges förpliktelser enligt EKMR.¹²³ Med tanke på Europadomstolens teleologiska tolkningsmetod, "översättningsproblemet" och, ibland, vaga eller tveydiga domskäl kan min kritik verka orimlig. Men precis som med skattetilläggen måste det ha varit uppenbart för regeringskansliet att svensk rätt, som den hittills tolkats, inte står i överensstämmelse med

¹²⁰ Jfr. Warnling-Nerep, Skadeståndstalan mot staten — en allt vanligare företeelse? JT 2004–05, s. 170–180.

¹²¹ Se nedan om svensk rättskultur.

¹²² H. Andersson, Kränkningers ersättning — spott och spe för yrkespersoner, Pointlex, december 2005.

¹²³ Skattetilläggen och Europakonventionen, SvJT 2001 s. 745. Jfr Skattetilläggskommitténs uttryck "balansera på gränsen till vad som kan tänkas strida mot grundläggande mänskliga rättigheter", SOU 2001:25, s. 331

EKMR. Exakt vad som krävs var till viss del oklart, men att det bör finnas möjlighet att få skadestånd för åtminstone några långsamma domstolsprocesser var uppenbart åtminstone sedan Kudla-fallet år 2000. Om det fanns något som helst tvivel om saken har detta skingrats med Europadomstolens avgörande i Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB v. Sweden,¹²⁴ under 2003 vilket avfärdade regeringens (något cyniska) argument att möjligheter fanns enligt skadeståndslagen att få skadestånd för ett lagenligt, men konventionsstridigt, försättande av ett bolag i konkurs. Trots detta gjordes ingenting för att utreda vilka lagstiftningsändringar som behövdes. Den enda lagändring som genomfördes efter Kudla-målet (och mer som en reaktion till Janosevic-målet) var i taxeringslagen, 5 kap. 4 §, st. 3 p. 2, nämligen att skattetillägg kunde bortfalla vid oskäligt dröjsmål i processen.

Å andra sidan är det inte svårt att förstå somligas tveksamhet när det gäller att ta i denna fråga. Förutom de filosofiska betänkligheter som redovisades ovan finns det politiska argument mot att ytterligare underlätta för enskilda att stämma staten. Som redan nämnts framstår inte skadeståndskrav byggda på EKMR som särskilt hotfulla, men situationen är en annan såvitt gäller sociala och ekonomiska rättigheter. Kommuner och landsting blir absolut inte gladare om de olika rättighetslagarna som riksdagen har infört på sociala områden verkligen blir "rättigheter" i den meningen att vägran att uppfylla dessa inte bara blir föremål för politisk kritik, eller bindande domstolsorder att verkställa, utan även skadeståndskrav.

Vilka problem det uppstår när man börjar ta rättigheter på allvar. Riksdagen har givetvis själv skapat detta problem, dels genom att uttryckligen och avsiktligt formulera det som många andra länder skulle betrakta som bidrag i *rättighetsform*, dels genom att bestämma att kränkningar av *vissa* rättigheter berättigar till ideellt skadestånd — senast angående könsdiskrimineringslagstiftning¹²⁵ och såvitt gäller kränkningar som har uppstått p.g.a. mobbning av barn. Detta gör det svårare att motivera varför den tiger om ideellt skadestånd för kränkning av EKMR-rättigheter — en "deafening silence" som vi säger på engelska.

Den svenska lagstiftarens passivitet såvitt gäller frågan om skadestånd för oskäligt långa domstolsprocesser är en sak. Men som jag har skrivit ovan, i frågan om rättigheterna enligt artikel 8 behöver verkligen domstolarna hjälp. Domstolarnas förmåga att lösa dessa problem från fall till fall är begränsad.¹²⁶ Jag har tidigare berömt de högre svenska domstolarna för att de, i allmänhet, verkligen har försökt att identifiera vilka krav Europadomstolens rättspraxis ställer på

¹²⁴ No. 38993/97, 16 September 2003.

¹²⁵ SFS 2003:307, som ändrades av SFS 2005:480, prop. 2004/05:147

¹²⁶ Jfr Europadomstolens kommentar i Rachevi v. Bulgarien, No. 47877/99, 23 September 2004, att domstolarnas möjligheter att utveckla lagen är begränsade och att lagstiftning behövs (para. 64).

svensk rätt. Men på detta område krävs det viss *uppfinningsrikedom* för att *driva fram* en rättsutveckling genom skapande av nya skadeståndsrättsliga principer. Svensk rättskultur har tidigare, med rätta, betraktat normgivning som förbehållen lagstiftaren.¹²⁷

Svensk skadeståndsrätt har till stor del lämnats till domstolarna att utveckla. Även i denna fråga bör stort utrymme lämnas för domstolarnas rättskapande.¹²⁸ Jag anser dock att en ordentlig statlig utredning krävs i frågan om EKMR:s krav på skadestånd, inte för att försöka låsa fast domstolarna, utan för att ge dem vägledning. Som framgår av min redogörelse ovan är Europadomstolens resonemang om när en viss rättighet kräver skadeståndsrättsligt sanktion inte så lätt att förstå. JK har redan meddelat att han inte tänker tolka NJA 2005 s. 462 på ett extensivt sätt.¹²⁹ Och trots att HD (och Regeringsrätten) har uppmuntrat de lägre domstolarna att följa Europadomstolens rättspraxis, har HD hittills inte ansett att de lägre domstolarnas misstag såvitt gäller EKMR:s krav kan betraktas som så allvarliga fel i tillämpningen av lagen (det vill säga införlivningslagen) att de är skadeståndgrundande.¹³⁰

¹²⁷ Det är intressant att jämföra denna domstolskultur med den brittiska. Den brittiska "master of the rolls", Lord Woolf, hade inga svårigheter med att gå ut — visserligen i form av en tidskriftsartikel snarare än i en dom — med åtta principer för att vägleda brittiska domstolar när de bestämmer om skadestånd för konventionskränkningar. (1) If there is any other remedy in addition to damages, that other remedy should usually be granted initially and damages should only be granted in addition if necessary to afford just satisfaction. (2) The court should not award exemplary or aggravated damages. (3) An award should be "of no greater sum than that necessary to achieve just satisfaction". If it is necessary for a decision to be retaken, the court should wait and see what the outcome is; (4) The quantum of the award should be "moderate", and "normally on the low side by comparison to tortious awards" (5) The award should be restricted to compensating the victim for what has happened "so far as the unlawful conduct exceeds what could lawfully happen". (6) Failure by the claimant to take preventive or remedial action will reduce the amount of damages. (7) There is no reason to distinguish between pecuniary and non-pecuniary loss. What matters is that the loss should be "real [and] clearly caused by the conduct contrary to the Act". (8) Domestic rules as to costs will probably cover any costs or expenses incurred by the complainant. Woolf, *The Human Rights Act 1998 and Remedies* i Andenas and Fairgrieve (eds.), *Judicial Review in International Perspective*, Kluwer Law International, the Hague/Boston (2000). House of Lords följde inte dessa i det ledande Greenfield-fallet (a a s) men de är fortfarande av intresse.

¹²⁸ Se prop. 1972:5, s. 100.

¹²⁹ Fast även före införlivningen erkände JK:s tillämpning skyldigheten att betala kompensation till en person som hade lidit finansiell förlust på grund av att hans eller hennes rättigheter enligt Konventionen hade kränkts, så länge kränkningen var klart konstaterad. Se Sundberg, *Human Rights in Sweden: the Annual Reports 1985*, Institut för offentlig rätt, Stockholm (1987) som noterar fallet Arne Andersson som indirekt drog fördel av Europadomstolens dom i *Sporrong and Lönnroth v. Sverige*, 23 september 1982, A/52. Andersson var delägare i ett av husen som hade blivit föremål för samma expropriationsorder som funnits vara ett brott mot Artikel 1, Protokoll 1 i *Sporrong och Lönnroth-fallet*. Å andra sidan blev senare krav till JK från andra fastighetsägare som blivit föremål för liknande exproprieringsorder avfärdade.

¹³⁰ Se NJA 2002 s. 88. Jfr dock EG-domstolens avgöranden angående högsta domstolarnas skadeståndsansvar för felaktig tolkning och tillämpning av EG-rätt i C-

Med tanke på lagstiftarens, minst sagt, brist på uppmuntran att utveckla skadestånd som effektivt rättsmedel på nationell nivå finns det alltså en risk att de flesta tingsrätterna och hovrätterna kommer att inta en för restriktiv approach till frågan. Och med tanke på det som har sagts ovan är detta troligen inte något som skulle oro lagstiftaren. Även många andra skulle föredra en försiktig hållning till skadestånd, hellre än en extensiv hållning. Men lagstiftaren måste räkna med att en eller annan domstol utvecklar artikel 8 på ett oväntat, och ovälkommet, sätt. Klarhet kan då bara åstadkommas — och endast tillfälligt — genom prejudikat från HD. Men inte heller HD kan formulera ett konsekvent och heltäckande svar på följande frågor. Vilka mänskliga rättigheter *vi* vill skall skyddas genom skadestånd? Varför just dessa rättigheter? Vilken effekt skulle detta ha på systemet för effektiva rättsmedel för EKMR-kränkningar som helhet (exempelvis resning/omprövning)? Bör särskilda tidsgränser gälla för anhängiggörande av skadeståndstalan såvitt gäller brott mot mänskliga rättigheter? Hur bedömer vi kausalitet mellan kränkning och skada? Hur passar detta nya tänkande om skadeståndsrätt in i skadeståndsrätten som helhet? Hur stort skadestånd skall MR-kränkningar berättigar till och i så fall enligt vilka villkor?¹³¹

Givetvis kan inte lagstiftaren ge ett slutgiltigt svar på dessa frågor, eftersom det kan hända att Europadomstolen lägger till nya skadeståndssanktionerade rättigheter senare. Men dessa är icke desto mindre frågor som, i en demokrati, bör *tas upp* av lagstiftaren.¹³² Som redan nämnts menar jag inte att det är önskvärt med en uttömmande reglering av frågan. Det skulle räcka med en enkel paragraf i en lag, liknande den brittiska regleringen,¹³³ att svenska domstolarna *kontinuerligt måste ta hänsyn* till Europadomstolens praxis, bara denna lagreglering är kombinerad med en ordentlig behandling i förarbetena av Europadomstolens existerande praxis, och (bl.a.) de ovan redovisade frågorna. I vilket fall som helst bör lagstiftaren leva upp till sina egna löften. Lagstiftaren betonade gång på gång i förarbetena till inkorpo-

224/01, Köbler [2003] ECR I-10239 och C-173, *Tragetti del Mediterraneo SpA v. Italy*, 26 June 2006.

¹³¹ Som jag redan har nämnt är jag inte expert på skadeståndsrätt. Det finns säkert fler, och bättre, frågor att ställa.

¹³² Här bör man notera att Europadomstolen har en tendens att visa mer överseende när den bedömer, i framtida fall, om en reglering är inom ett lands "tolkningsmarginal", att den nationella lagstiftaren tidigare har tagit upp frågan och gjort ett försök i god tro att uppfylla konventionens krav. Se t.ex. Scordino, Grand Chamber, para. 189 "Where a State has made a significant move by introducing a compensatory remedy, the Court must leave a wider margin of appreciation to the State to allow it to organise the remedy in a manner consistent with its own legal system and traditions and consonant with the standard of living in the country concerned. It will, in particular, be easier for the domestic courts to refer to the amounts awarded at domestic level for other types of damage — personal injury, damage relating to a relative's death or damage in defamation cases for example — and rely on their innermost conviction, even if that results in awards of amounts that are lower than those fixed by the Court in similar cases".

¹³³ A a s, not 69.

rationslagen till EKMR att den har det primära ansvaret för att bedöma vilka ändringar i den inhemska rätten som Europadomstolens rättspraxis verkar kräva. Om lagstiftaren vill undvika kostsamma och besvärliga domstolsprocesser (och risken att balansen rubbas mellan den lagstiftande och dömande makten) kan den inte vara passiv i denna fråga mycket längre.