

Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse — om estoppelargumentet i svensk rätt

Av jur. kand. MARTIN MÖRK och hovrättsassessorn MAGNUS HERMANSSON¹

Enligt EG-domstolens praxis kan underlåtenheten att implementera gemenskapsrättsliga direktiv medföra bl.a. att direktivbestämmelser tillämpas direkt. EG-domstolen har rättfärdigat detta med ett estoppel-argument, som är en del av en vidare rättsskyddslära inom gemenskapsrätten. Författarna menar att mycket talar för att det är efter detta gemenskapsrättsliga mönster som Högsta domstolen har formulerat ett liknande eget estoppel-argument i sin praxis rörande ideellt skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen. Under alla omständigheter anser författarna att hänvisningen till ett estoppel-argument utvisar att rättsskyddshänsyn har varit av avgörande betydelse för Högsta domstolens ställningstaganden. Mot denna bakgrund diskuterar författarna i vad mån liknande hänsyn möjliggör en rättsutveckling som innebär att enskilda kan få ersättning med stöd direkt av 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen.

1. Inledning

Den skadeståndsrättsliga utvecklingen i Sverige på Europakonventionens² område de senaste åren har knappast undgått någon yrkesverksam jurist.³ Genom Högsta domstolens praxis har enskilda vid kränkningar av i vart fall vissa rättigheter enligt konventionen ansetts berättigade till ersättning för ideell skada utan att något uttryckligt stöd därför har funnits i skadeståndslagen (1972:207) eller svensk rätt i övrigt. Detta har ägnats mycket uppmärksamhet i den rättsliga debatten.

I sin praxis på området återger inte Högsta domstolen fullt ut de argument som i doktrinen har förts fram som förklaring till den skadeståndsrättsliga innovation som domstolens avgöranden innebär. Vid en närmare granskning innehåller rättsfallen vidare hänvisningar och uttalanden som kan te sig främmande för svensk rättskultur. Detta kom för första gången till uttryck i NJA 2003 s. 217, där Högsta domstolen hänvisade till det gemenskapsrättsliga estoppel-argument (i rättsfallet kallat för en estoppel-princip) som innebär att staten inte

¹ Båda föredragande hos Justitiekanslern. Det bör framhållas att slutsatserna i artikeln är författarnas egna och inte Justitiekanslerns.

² Den europeiska konventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³ NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584.

till sitt fredande kan åberopa sin egen försummelse. Estoppelargumentet återkom därefter i NJA 2007 s. 747.

Denna aspekt av de nämnda avgörandena förtjänar mer uppmärksamhet än den hittills har fått. Estoppelargumentet är en del av det avancerade rättsskyddsresonemang som finns inom gemenskapsrätten och som därför under lång tid har varit en integrerad del av det svenska rättssystemet. Enligt denna rättsskyddslära ställs ett krav på medlemsstaternas domstolar att värna enskildas rättigheter, när lagstiftaren⁴ har brustit beträffande statens skyldigheter i detta avseende.

Frågan är om estoppelargumentet kan kasta ytterligare ljus över den rättsutveckling som har ägt rum beträffande Europakonventionen. Är det genom hänvisningarna till argumentet berättigat att utgå ifrån att rättsskyddshänsyn liknande dem som förekommer inom gemenskapsrätten har varit av avgörande betydelse för Högsta domstolens ställningstaganden?

Frågan är vidare vilket ytterligare tillämpningsområde som ett estoppelargument med därtill kopplade rättsskyddshänsyn har i svensk rätt. Bestämmelser som ålägger staten att tillförsäkra enskilda möjligheter att hävda sina rättigheter finns på olika håll i den svenska rättsordningen. Utöver de förpliktelser som i detta avseende föreligger mot staten enligt gemenskapsrätten och Europakonventionen finns det särskilt anledning att uppmärksamma den skyldighet som följer av 2 kap. 18 § regeringsformen. Där framgår att enskilda vid bl.a. egendomsavståelser genom lag skall vara tillförsäkrade ersättning för förlusten. Har ett estoppelargument och därmed förknippade rättsskyddshänsyn bäring på även denna förpliktelse för staten, om det saknas sådan lagreglering som bestämmelsen förutsätter?

2. Implementering av gemenskapsrättsliga direktiv

Rättsskyddsprincipen

Inom gemenskapsrätten gäller en allmän rättsskyddsprincip. Enligt denna princip föreligger, något förenklat, en skyldighet för främst nationella domstolar att bereda enskilda såväl ett positivt som ett negativt rättsskydd. *Det positiva rättsskyddet* innebär att enskilda skall komma i åtnjutande av eller garanteras de fördelar som följer av de rättigheter som gemenskapsrätten avser att tillförsäkra dem, s.k. subjektiva (dvs. individuella) rättigheter. Som exempel på sådana subjektiva rättigheter kan nämnas rätten att handla med varor och tjänster över gränserna, konsumenters rätt att häva köpeavtal som har ingåtts på distans och arbetstagares rätt till skadestånd vid t.ex. könsdiskriminering. Man brukar säga att det positiva rättsskyddet från enskildas synvinkel utgör ett "svärd" som tvingar domstolar och myndigheter att garantera dem de fördelar som rättigheterna innebär.

⁴ När annat inte framgår av sammanhanget får i artikeln lagstiftaren tjäna som benämning för staten i all dess normgivande verksamhet, vilken ju även innefattar regeringens och myndigheternas möjligheter att utfärda föreskrifter.

Skyldigheten att tillgodose enskildas *negativa rättsskydd* innebär att enskilda inte skall behöva utsättas för nationella regler som strider mot gemenskapsrättsliga bestämmelser. Detta gäller oavsett om de gemenskapsrättsliga reglerna avser att skapa rättigheter för dem eller inte. Med ytterligare en metafor kan det negativa rättsskyddet beskrivas som en "sköld", som enskilda kan använda som skydd mot nationella bestämmelser som är oförenliga med gemenskapsrätten.

Det positiva rättsskyddet är alltså intimt kopplat till föreställningen att gemenskapsrätten avser att skapa rättigheter för enskilda. Det negativa rättsskyddet följer snarare direkt av gemenskapsrättens överordnade ställning. Båda aspekterna av rättsskyddet bör ses som utflöden av det gemenskapsrättsliga effektivitetskravet (*l'effet utile*). Detta syftar till att gemenskapsrätten och den nationella rätten vid varje given tillfälle skall vara anpassade så, att de garanterar gemenskapsrättens genomslag och därmed EG-fördragets mål. Utvecklingen av enskildas rättsskydd inom gemenskapsrätten bör förstås främst i ljuset av detta effektivitetskrav. Det är nämligen genom att beväpna enskilda med processuella vapen som EG-domstolen har möjliggjort dels en prövning av nationella reglers förenlighet med gemenskapsrätten, dels att på indirekt väg sanktionsbelägga medlemsstaternas överträdelser med rättsföljder som t.ex. skadeståndsskyldighet, restitution och reglers överksamhet.

Vad gäller de nationella domstolarnas roll i sammanhanget är det viktigt att förstå att dessa enligt gemenskapsrätten anses utgöra en del av medlemsstaterna. Domstolarna är därmed direkt bundna av lojalitetsplikten i artikel 10 EG-fördraget, vilket innebär att de i sin rättstillämpning måste tillse att enskilda bereds det rättsskydd som krävs för att fördragets mål skall uppnås. En central del av den gemenskapsrättsliga debatten handlar också om vidden av de nationella domstolarnas skyldighet att bortom de nationella processordningarnas gränser tillhandahålla rättsmedel som tillgodoser enskildas behov av rättsskydd.⁵ Vi går här inte in på denna debatt. I stället fokuserar vi på två särskilda aspekter av domstolarnas skyldighet att skydda enskildas subjektiva rättigheter i en sådan situation då lagstiftaren har åsidosatt sin förpliktelse att implementera ett direktiv som är avsett att skapa sådana rättigheter. Vi kommer därför att kortfattat redogöra för dels bakgrunden till direktivs direkta effekt, dels möjligheten till skadestånd vid utebliven implementering av direktiv. Syftet med denna genomgång är att presentera en gemenskapsrättslig bakgrund till den syn på rättsskydd för enskilda som vi menar genomsyrar även Högsta dom-

⁵ T.ex. har de omdebatterade Unibet-målen delvis handlat om Unibet-bolagens möjlighet att föra en enligt svensk processrätt otillåten fastställsetalan respektive deras rätt till interimistiskt (provisoriskt) rättsskydd i förhållande till en i och för sig tillåten fastställsetalan om skadeståndsskyldighet, se EG-domstolens dom i mål C-432/05, *Unibet*, REG 2007 s. I-02271 samt Högsta domstolens beslut den 24 oktober 2007 i mål nr Ö 4474-04 och Ö 752-05.

stolens skadeståndsrättsliga avgöranden beträffande Europakonventionen.

Utvecklingen mot direktivs direkta effekt

Den gemenskapsrättsliga rättsskyddsprincipen såg dagens ljus i *Van Gend en Loos*⁶ där EG-domstolen konstaterade att det går att utläsa rättigheter för enskilda ur de skyldigheter som enligt gemenskapsrätten åligger gemenskapens institutioner, dess medlemsstater och enskilda. Av denna slutsats ansågs följa en skyldighet för medlemsstaternas domstolar att skydda dessa rättigheter genom att tillåta enskilda att stödja sig på fördragsartiklar som är tillräckligt klara, precisa och ovillkorliga för att kunna tillämpas direkt, dvs. regler som har direkt effekt.⁷ Utan ett sådant skydd skulle rättigheterna vara meningslösa för enskilda samtidigt som gemenskapsrättens genomslag skulle begränsas på ett otillfredsställande sätt.

Van Gend en Loos banade inte oväntat vägen för en rad normkonflikter mellan gemenskapsrättsliga och nationella regler i medlemsstaternas rättegångssalar. Detta föranledde EG-domstolen att i *Costa mot ENEL*⁸ uttryckligen slå fast en kollisionsregel med innebörden att gemenskapsrätten skall ges ett ovillkorligt företräde framför nationella regler (företrädesprincipen). Tillsammans innebar de båda avgörandena att enskilda gavs en faktisk möjlighet att med framgång göra gällande vissa av sina gemenskapsrättigheter på det nationella planet.

Frågan i vad mån även andra rättsakter från gemenskapen kunde innehålla bestämmelser som var direkt effektiva var föremål för heta debatter under de år som följde på avgörandet i *Van Gend en Loos*. Frågan tedde sig oproblematisk beträffande förordningar, som enligt artikel 249 EG-fördraget (då artikel 189) redan var direkt tillämpbara. Vad däremot beträffar direktiven talade artikel 249 starkt för att en motsvarande direkt tillämpbarhet var utesluten. Skälen till detta var flera. Medlemsstaterna har ett skönsmässigt utrymme beträffande sättet och formen för implementering av direktiv. Detta ansågs innebära

⁶ Mål 26/62, *Van Gend & Loos*, Rec. 1963 p. 3.

⁷ För att undvika missförstånd bör det redan här förtydligas att en regels direkta effekt inte har ansetts avhängig förekomsten av en rättighet i regeln. Den direkta effekten av en regel bör alltså endast ses som en konsekvens av att regeln är av en klar, precis och ovillkorlig art, se Ruffert, *Rights and Remedies in European Community law: a comparative view*, CML Rev 34: 307–336, 1997, s. 315. Distinktionen mellan s.k. subjektiv direkt effekt (när regeln innefattar subjektiva rättigheter) och objektiv direkt effekt (när så inte är fallet) framgår av mål 8/81, *Becker*, Rec. 1982 p. 53, punkten 25, se förutom Ruffert, a.a., s. 313 f. även van Gerven, *Of Rights, Remedies and Procedures*, CML Rev 37: 501–536, 2000, s. 507. Denna distinktion kan synas väl akademisk men är relevant för att förstå det sätt på vilket regeln i fråga kan producera effekter i rättsordningen (jfr skillnaden mellan positivt och negativt rättsskydd), se Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case Law of Horizontal Direct Effect of Directives*, Jean Monnet Working Paper 7/02, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020701.pdf>.

⁸ Mål 6/64, *Costa*, Rec. 1964 p. 1141.

att det var de nationella implementeringsakterna, dvs. inte direktiven som sådana, som skulle medföra effekter i medlemsstaternas rättsordningar. I annat fall skulle det inte finnas någon egentlig skillnad mellan förordningar och direktiv, vilket skulle rucka på kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Vidare ansågs det bl.a. att bestämmelserna i direktiven inte var utformade som handlingsregler för domstolar och myndigheter, varför det var uteslutet att bestämmelserna skulle kunna fylla en sådan funktion.

Likväl fann EG-domstolen i *Van Duyn*⁹ att direktiv kunde ha direkt effekt på samma sätt som förordningar. Som skäl därför angavs att direktiv enligt artikel 249 EG-fördraget var lika tvingande för medlemsstaterna som förordningar och att gemenskapsrättens effektivitet därför krävde att direktiv kunde åberopas av enskilda. Vidare ansåg EG-domstolen att de nationella domstolarnas möjlighet att begära förhandsbesked rörande tolkningen av direktiv förutsatte att de kunde göras gällande direkt vid de nationella domstolarna.

Detta resonemang framstod inte som särskilt övertygande. Domstolen behandlade ju inte ens de tungt vägande skäl som talade mot att direktiv skulle kunna tillämpas direkt.¹⁰ Att möjligheten för de nationella domstolarna att begära förhandsavgöranden rörande tolkningen av direktiv i sig skulle kunna tas till intäkt för en direkt tillämpning av bestämmelser i direktiv tedde sig långsökt. Avgörandet gav följaktligen också upphov till upprörda känslor i en del medlemsstater. I t.ex. Frankrike vidhöll Conseil d'État, med uttrycklig hänvisning till artikel 249 EG-fördraget, att direktiv krävde implementering för att producera rättsliga effekter i den interna rättsordningen.¹¹

Estoppel som rättfärdigandegrund för direktivs direkta effekt

Förmodligen var det som svar på den svidande kritiken mot avgörandet i *Van Duyn* som EG-domstolen i *Ratti*¹² valde att ange ytterligare en rättfärdigandegrund för direktivs direkta effekt.¹³ Den nya grunden snävade in de potentiella effekterna av det tidigare avgörandet och låg mer i linje med det rättsskyddsresonemang som hade använts i *Van Gend en Loos*. I målet hade Ratti åtalats för att vissa lösningsmedel som hans företag sålde inte var märkta och paketerade i enlighet med italiensk rätt. Ratti menade att den italienska domstolen var förhindrad att tillämpa det italienska straffbudet mot honom, då de aktuella italienska bestämmelserna stred mot två direktiv som ännu inte hade implementerats i Italien. Implementeringstiden hade emellertid bara löpt ut för ett av direktiven. EG-domstolen fann att Ratti hade rätt att

⁹ Mål 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1974 p. 1337.

¹⁰ Chalmers m.fl. *European Union Law: Text and Materials*, 2006, s. 371 f.

¹¹ Conseil d'État, 22 december 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. Lebon p. 524.

¹² Mål 148/78, *Ratti*, Rec. 1979 p. 1629.

¹³ *Figuroa Regueiro, a.a.*, s. 7, med hänvisningar.

åberopa just detta direktiv direkt och upprepade ordagrant de skäl för detta som hade lämnats i *Van Duyn* men med följande tillägg.

”Den medlemsstat som inte inom föreskriven tid har vidtagit de i direktivet föreskrivna åtgärderna för genomförandet av detta, kan följaktligen inte gentemot de enskilda åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet innehåller. Härav följer att om ett enskilt rättssubjekt som har följt bestämmelserna i ett direktiv, som en stat har underlåtit att införa i sin interna rättsordning, väcker talan vid en nationell domstol och yrkar att en nationell bestämmelse som är oförenlig med direktivet i fråga inte skall tillämpas, skall den nationella domstolen bifalla yrkandet om skyldigheten i fråga är ovillkorlig och tillräckligt precis.”¹⁴

Enligt domstolen är en medlemsstat alltså förhindrad att i förhållande till enskilda åberopa sin underlåtenhet att implementera ett direktiv. Detta är ett s.k. estoppel-argument, som bygger på en anglosaxisk rättsfigur som har vunnit insteg på den internationella rättens område.¹⁵ Det har sin grund i enskildas berättigade förväntningar att staten skall agera i enlighet med sin förpliktelse att implementera ett direktiv, företrädesvis genom att anta regler som innebär att direktivets normativa mål uppfylls. I avsaknad av implementering kan enskilda lida rättsförluster för att de har inrättat sig i enlighet med direktivets krav. I en sådan situation kräver gemenskapsrätten att enskilda kan stödja sig på direktivet för att förhindra tillämpningen av bestämmelser som inte skulle ha funnits om implementeringen hade skett på rätt sätt, alltså ett negativt rättsskydd. Enligt estoppel-argumentet är de nationella domstolarna på grund av lagstiftarens underlåtenhet att implementera direktivet frångått möjligheten att till nackdel för enskilda tillämpa nationella regler som strider mot direktivet. Estoppel-resonemanget kan således också sägas ha en prekluderande verkan mot en invändning från staten att några sådana regler som direktivet innehåller inte har införts i den nationella rättsordningen.

I *Ratti* var reglerna i direktivet inte sådana att *Ratti* kunde hävda några subjektiva rättigheter i direktivet (det avsåg tvärtom att ålägga honom skyldigheter). I stället var spörsmålet om han kunde ges ett negativt rättsskydd genom att åberopa direktivet och därigenom förhindra tillämpningen av vissa nationella bestämmelser. Frågan om nationella domstolar har en skyldighet att tillförsäkra enskilda eventuella subjektiva rättigheter som följer av direkt effektiva regler i icke-implementerade direktiv, alltså ett positivt rättsskydd, besvarades av EG-domstolen i *Becker*.¹⁶ I det målet gjorde kreditförmedlaren *Becker*

¹⁴ *Ratti*, punkterna 22 och 23 (översättningen kommer från den svenska specialutgåvan, volym 4, s. 439).

¹⁵ Det rör sig kortfattat om en preklusionslära med långa anor som förbjuder någon att hävda eller förneka något som strider mot tidigare handlingar eller utfästelser. Rättsfiguren förekommer i olika skepnader beroende på vilket rättsområde som är i fråga.

¹⁶ Mål 8/81, *Becker*, Rec. 1982 p. 53, punkt 25.

gällande en rätt till undantag från mervärdesskatteplikt i enlighet med det sjätte mervärdesskattedirektivet, vilket inte hade implementerats i Tyskland. EG-domstolen konstaterade att den direkta effekten av ett icke-implementerat direktiv inte bara innebär — som i *Ratti* — en negativ rätt att hindra tillämpningen av bestämmelser som strider mot direktivet, utan även en rätt att gentemot staten kräva förverkligande av de rättigheter som följer av direkt effektiva bestämmelser i ett sådant direktiv.

I *Becker* medförde estoppel-argumentet alltså mer än det negativa rättsskydd som var i fråga i *Ratti*. Resonemanget innebar en principiell skyldighet för domstolarna att garantera enskilda deras rättigheter enligt direktivet. Man kan därmed beskriva den direkta effekten som en mekanism som ger enskilda en rätt att göra gällande de rättigheter som hade funnits för dem om staten hade implementerat direktivet korrekt. När frågan blir aktuell i en nationell domstol har den således en skyldighet att ”reparera” statens — typiskt sett lagstiftarens — bristande uppfyllelse av direktivet. Denna reparation sker genom att domstolen gör det möjligt för enskilda att komma i åtnjutande av eller garanteras de fördelar som rättigheten innebär. En förutsättning för detta är förstås att den eller de regler som stadgar rättigheten är tillräckligt klara, precisa och ovillkorliga för att kunna tillämpas direkt.

I och med *Ratti* och *Becker* försköts balansen mellan de bevekelsegrunder som hade anförts till stöd för den direkta effekten av icke-implementerade direktivbestämmelser. Från att tidigare i första hand ha handlat om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan (enligt effektivitetskravet) kom fokus i stället att inriktas på enskildas rätt till rättsskydd. Detta illustreras inte minst av den flagranta frånvaron av effektivitetsresonemang i EG-domstolens skäl i det senare avgörandet *Marshall*¹⁷, av vilka det *obiter dictum* (uttalande i förbigående) framgår att subjektiva rättigheter för enskilda i direktiv inte kan göras gällande horisontellt, dvs. mot andra enskilda, utan endast vertikalt, dvs. mot staten.¹⁸ Avgörandet förefaller logiskt i ljuset av att förutsättningen för rättsskyddet i förhållande till staten är just statens underlåtenhet att implementera direktiv i enlighet med artikel 249 EG-fördraget. Att tillämpa regler i direktiv direkt mot andra enskilda skulle strida såväl mot grundläggande rättssäkerhetsprinciper som mot estoppel-argumentets kärna, då dessa enskilda aldrig har ålagts någon förpliktelse att vare sig följa eller, för den delen, genomföra direktivet i fråga.¹⁹

¹⁷ Mål 152/84, *Marshall*, Rec. 1986 p. 723.

¹⁸ Flynn, *Enforcement of EC Law: Protection of Individual Rights in National Courts*, ERT 2007, s. 302.

¹⁹ Det bör här sägas att EG-domstolens fasta praxis sedan *Marshall*, att direktiv inte har horisontell direkt effekt, inte har uteslutit att domstolen i ett par mycket speciella fall har funnit att enskilda på grundval av direkt effektiva direktivbestämmelser har kunnat göra gällande en viss rätt till negativt rättsskydd i förhållande till andra enskilda. Avgörandenas innebörd har varit föremål för betydande diskussion i

Genom att erkänna att vissa direktivbestämmelser kan ha direkt effekt tillskapade EG-domstolen en möjlighet för enskilda att med stöd av dessa bestämmelser i domstol utkräva såväl ett positivt som ett negativt rättsskydd i förhållande till staten. Det finns dock av naturliga skäl situationer då denna möjlighet är utesluten. Så är t.ex. fallet om de direktivbestämmelser som är i fråga inte är så klara, precisa och ovillkorliga att de kan tillämpas direkt alternativt att de inte kan göras gällande horisontellt. I sådana situationer finns risken att enskilda lider rättsförluster. Genom sin praxis har emellertid EG-domstolen tillhandahållit ytterligare mekanismer som gör det möjligt för enskilda att ändå komma till sin rätt. En sådan möjlighet utgörs av skyldigheten till direktivkonform tolkning (s.k. indirekt effekt) som dock föreligger oberoende av om direktivet i fråga i någon del syftar till att skapa rättigheter för enskilda.²⁰

Enligt den gemenskapsrättsliga rättsskyddsordningen skall alltså enskilda kunna ta tillvara sina rättigheter enligt direktiven på ett nationellt plan. Utgångspunkten är att detta skall ske inom ramen för de rättsmedel som redan finns i de nationella rättsordningarna. Hur dessa rättsmedel är beskaffade är normalt sett av mindre betydelse så länge de uppfyller de krav på likvärdighet och effektivitet som har uppställts i EG-domstolens praxis.²¹ I vissa fall har dock EG-domstolen gått ett steg längre och föreskrivit att rättsmedel av en specifik art måste finnas tillgängliga för enskilda rättssökande. Av särskilt intresse för denna artikel är möjligheten att erhålla skadestånd av staten.

Rätten till skadestånd vid utebliven implementering av direktiv

I *Francovich*²² var frågan om enskilda skulle beredas ett rättsmedel i form av skadestånd för sådana subjektiva rättigheter som inte kunde göras gällande direkt när lagstiftaren hade underlåtit att implementera ett direktiv. EG-domstolen hade visserligen redan i *Russo*²³ uttryckligen slagit fast att en utomobligatorisk skadeståndsskyldighet kunde föreligga för staten ”inom ramen för nationella rättsregler om statens ansvar”.²⁴ I *Francovich* var resonemanget mer utvecklat. EG-domstolen

doktrinen, men detta faller utanför ramarna för denna artikel. För en kortfattad redogörelse för rättsläget se Bernitz m.fl., *Europarättens grunder*, 4 uppl., 2007, s. 83 f., med hänvisningar.

²⁰ Skyldigheten att tolka nationell rätt konformt med ett direktiv bör alltså främst förstås som en konsekvens av gemenskapsrättens överordnade ställning. På senare år har EG-domstolen emellertid i vissa fall angett rättsskyddshänsyn som en uttrycklig rättfärdigande grund även för denna skyldighet, se t.ex. de förenade målen C-397/01 till C-403/01, *Pfeiffer*, REG 2004 s. I-08835, punkt 111.

²¹ Se t.ex. mål C-261/95, *Palmisani*, REG 1997 s. I-4025.

²² De förenade målen C-6/90 och C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, Rec. 1991 p. I-5357.

²³ Mål 60/75 *Russo*, Rec. 1976 p. 45, se även Mischo, *L'urgence du principe de la responsabilité de l'Etat i Moreira de Sousa m.fl., Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: Twelve Years of the State Liability Principle*, *Academy of European Law Trier Vol. 37*, 2004, s. 53 f.

²⁴ *Russo*, punkt 9.

hänvisade till sin praxis om rättsskydd och gemenskapsrättens företräde i *Van Gend en Loos* och *Costa mot ENEL* och tillade följande:

”Det skall [...] erinras om att det i enlighet med vad som följer av fast rättspraxis åligger de nationella domstolarna, som inom ramen för sin behörighet skall tillämpa gemenskapsrättsbestämmelserna, att säkerställa att dessa regler ges full verkan och att skydda de rättigheter som enskilda har erhållit genom gemenskapsrätten. Gemenskapsreglernas fulla verkan skulle äventyras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa skulle försvagas om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas en medlemsstat.”²⁵

EG-domstolen angav sedan lojalitetsplikten i artikel 10 (då artikel 5) EG-fördraget som ytterligare en rättfärdigande grund för skadeståndsmöjligheten. Vidare formulerade den rekvisit för när skadeståndsansvar kunde uppstå. I efterföljande rättsfall kom de närmare förutsättningarna för skadeståndsansvar att modifieras och det klargjordes att överträdelser av *alla* gemenskapsrättsliga regler som är avsedda att skapa rättigheter för enskilda kan vara skadeståndsgrundande.²⁶

En särskild fråga som har varit föremål för viss diskussion även i Sverige är om den skadelidande måste ha uttömt andra rättsmedel innan gemenskapsrätten kräver att skadeståndsmöjligheten aktualiseras.²⁷ Frågeställningen är onekligen intressant. Problemet torde dock i praktiken kunna hanteras på det sätt som framgår av EG-domstolens avgörande i *Brasserie du Pêcheur*. Domstolen klargjorde där att ett eventuellt skadestånd kan sättas ned eller helt utebli om den skadelidande inte i god tid har begagnat sig av de rättsmedel som har funnits att tillgå för att begränsa sin skada.²⁸ Av uttalandet följer att den enskilde förutsätts försöka utverka den fördel som rättigheten innebär på ordinarie väg innan han eller hon begär ett skadestånd som skall kompensera följdverkningarna av den uteblivna fördelen. Denna ordning

²⁵ *Francoovich*, punkterna 32 och 33 (översättningen kommer från den svenska specialutgåvan, volym 11, s. 435).

²⁶ Se bl.a. de förenade målen C-46/93 och C-48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, REG 1996 s. I-1029, mål C-424/97, *Haim*, REG 2000, s. I-5123 och mål C-224/01, *Köbler*, REG 2003, s. I-10239.

²⁷ Se t.ex. von Bahr, Skadestånd på grund av oriktiga beslut om skatt, SvSKT 2007, s. 298 f.

²⁸ *Brasserie*, punkterna 84 och 85. Möjligheten att jämkningsvis eller på något annat sätt hävda att den enskilde skulle ha sökt sin rätt genom existerande rättsmedel innan skadestånd är aktuellt är emellertid inte alltid för handen. EG-domstolen fann i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, *Metallgesellschaft*, REG 2001, s. I-01727, att det inte var nödvändigt att bolaget drev ett skattemål som det rimligtvis inte kunde förväntas få framgång med. Inte heller kunde det krävas att bolaget utsatte sig för en risk för sanktioner för att få till stånd en domstolsprövning av de nationella reglernas förenlighet med gemenskapsrätten, se Anagnostaras, State Liability and Alternative Courses of Action: How Independent Can an Autonomous Remedy Be?, i Eeckhout m.fl., Yearbook of European Law 2002, 2003, s. 355–383.

framstår som rationell, då staten genom sina domstolar och myndigheter på så vis får en chans att ”reparera” lagstiftarens brist och sålunda kan förhindra att staten ådrar sig skadeståndsskyldighet.²⁹

3. Ideellt skadestånd på grundval av Europakonventionen

Prologfallet — lagstiftarens försummelse att uppfylla sina förpliktelser

Man kan fråga sig varför utvecklingen av den gemenskapsrättsliga rättsskyddsläran skulle vara av någon betydelse för möjligheten att i svensk domstol utverka ideellt skadestånd på grund av kränkningar av Europakonventionen. Det rör sig ju om olika typer av rättsliga regleringar och i mångt och mycket olika slags rättigheter. Likväl finns en koppling till rättsskyddsläran i NJA 2003 s. 217 (nedan Prologfallet). Detta rättsfall rörde den numera överspelade frågan om rätten att överhuvudtaget föra en talan om ideellt skadestånd på grund av påstådda konventionskränkningar. Högsta domstolen uttalade där i vad som närmast får betraktas som ett *obiter dictum* följande med anledning av konventionens krav i artikel 13 på ett effektivt rättsmedel för den vars fri- och rättigheter enligt konventionen har kränkts.

”Denna artikel innehåller [...] inte någon positiv bestämmelse om skyldighet att utge gottgörelse utan ställer endast kravet att det i den nationella rättsordningen skall finnas tillgång till ett effektivt rättsmedel. En tillämpning av artikel 13 gentemot staten skulle därför närmast få grunda sig på samma slags resonemang som det som ligger till grund för EG-direktivs s.k. vertikala direkta effekt, dvs. att staten inte till sitt fredande kan åberopa sin egen försummelse att uppfylla de skyldigheter som följer av konventionen. Huruvida en tillämpning av denna princip (den s.k. estoppel-principen; se t.ex. Melin och Schäder, EU:s konstitution s. 42) kan ske med avseende på de krav som ställs i Europakonventionen har dock inte varit föremål för bedömning i svensk rättspraxis. Här kan också hänvisas till den diskussion som har förts om möjligheten att föra en ersättningstalan direkt på grundval av bestämmelser i regeringsformen, när rätt till ersättning enligt sådana bestämmelser inte öppnats genom vanlig lag (se t.ex. prop. 1997/98:45 del 2 s. 516).”

Högsta domstolen öppnade här för att domstolarnas principiella skyldighet att agera, när lagstiftaren underlåter att uppfylla statens förpliktelser enligt gemenskapsrättsliga direktiv, skulle kunna gälla även beträffande sådana skyldigheter som följer av artikel 13 Europakonventionen och 2 kap. 18 § regeringsformen. Dessa förpliktelser betraktades före uttalandet inte som närmare besläktade med varandra. Uttalandet har inte gett någon vidare genklang i den juridiska litteraturen och har också ifrågasatts såsom liggande vid sidan av mer centrala argument eller förklaringsmodeller rörande rätten till ersättning för ideell skada vid konventionskränkningar.³⁰ Det är emellertid inte möjligt att utan vidare avfärda uttalandet, särskilt som den koppling

²⁹ Mål C-319/96, *Brinkmann*, REG 1998 s. I-05255.

³⁰ Södergren, Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen, JT 2004/05, s. 772.

till estoppel-argumentet och det rättsskyddsresonemang som det ger uttryck för återkommer i Högsta domstolens senare praxis på området. Innan vi går in på denna praxis är det emellertid lägligt att kortfattat redogöra för den nämnda förpliktelsen för staten enligt artikel 13 Europakonventionen att tillhandahålla effektiva rättsmedel vid konventionskränkningar.

Rätten till ett effektivt rättsmedel enligt Europakonventionen

Artikel 13 Europakonventionen innebär alltså att var och en, vars rättigheter i konventionen har kränkts, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Bestämmelsens konstruktion är sådan, att dess tillämpning inte kommer i fråga såvida inte någon annan rättighet i konventionen påstås ha kränkts. Likväl utgör rätten till rättsmedel en självständig rättighet enligt konventionen. Detta är viktigt att hålla i minnet, liksom att även själva rätten till rättsmedel kräver ett nationellt rättsmedel för att förverkligas.³¹

Rätten till rättsmedel enligt Europakonventionen har såväl en processuell som en materiell sida. Enskilda skall inte bara ha möjlighet att inför en myndighet eller domstol påkalla en prövning av en påstådd konventionskränkning, utan de skall även ha en faktisk möjlighet att i materiellt hänseende få gottgörelse³² genom en sådan prövning.

Vilken gottgörelse som i olika fall skall komma i fråga lämnas i artikel 13 öppet. Det framgår inte om någon slags gottgörelse måste utgå utöver den rättelse som ligger i att prövningen kan utmyнна i ett konstaterande av att en konventionskränkning har ägt rum. Europadomstolen har i allmänna ordalag behandlat frågan om konventionskränkningar generellt bör leda till en rätt till skadestånd för den som har kränkts. I fallet *T.P. och K.M. mot Storbritannien*³³ framhöll domstolen att gottgörelsen för enskilda i "appropriate cases" i princip skulle innefatta en rätt till skadestånd för såväl ekonomisk som ideell skada till följd av kränkningar av konventionen. Frågan om vilka rättighetskränkningar som enligt Europadomstolen lämpar sig för att ersättas med skadestånd har berörts närmare i olika rättsfall, men rättsläget är likväl inte sådant att frågan — möjligen med undantag för vissa i konventionen centrala rättigheter³⁴ — kan besvaras med full säkerhet.

³¹ Det är emellertid inte alltid som Europadomstolen (Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna) i sin praxis har funnit det nödvändigt att utöver konstaterandet av en överträdelse av någon annan rättighet även behandla frågan om rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 har kränkts.

³² Begreppet gottgörelse används inte i artikel 13 men väl i artikel 41. Enligt den bestämmelsen kan Europadomstolen tillerkänna en klagande skälig gottgörelse om en kränkning av konventionen har ägt rum.

³³ Europadomstolens dom den 10 maj 2001 (*T.P. and K.M. v. The United Kingdom*, appl. no. 28945/95) p. 107.

³⁴ Se Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna, SyJT 2006 s. 569 f.

Även i konventionen i övrigt finns bestämmelser som i princip garanterar enskilda såväl domstolsprövning som gottgörelse vid kränkningar av konventionen och som därför kan sägas utgöra specialbestämmelser i förhållande till artikel 13. Till exempel tillförsäkras enskilda enligt artikel 5.4 domstolsprövning av frihetsberövanden, och de skall enligt artikel 5.5 kunna tillerkännas skadestånd vid frihetsberövanden som har skett i strid med den rätt till frihet och säkerhet som följer av artikeln i övrigt.

Av artikel 35.1 Europakonventionen framgår att ett mål får anhängiggöras vid Europadomstolen först sedan nationella rättsmedel har uttömts. Härigenom kan såväl denna bestämmelse som artikel 13 sägas ha till syfte att konventionskränkningar primärt skall åtgärdas på det nationella planet. Europadomstolens prövning är ju avhängig att den klagande inte har haft tillgång till något effektivt nationellt rättsmedel. Man talar om en subsidiaritetsprincip, vars betydelse har accentuerats i Europadomstolens praxis på senare år.

Även den rättighet som artikel 13 i sig utgör skall garanteras nationellt. Detta poängterade Europadomstolen särskilt i *Kudła mot Polen*.³⁵ Domen bör ses mot bakgrund av den ökande mängden mål i Europadomstolen och det angelägna i att rättsmedel för konventionskränkningar finns att tillgå på ett nationellt plan. Det bör framhållas att en med subsidiaritetsprincipen intimt knuten princip är den som värnar om konventionens effektiva genomslag. En möjlighet för enskilda att göra sina rättigheter gällande på det nationella planet torde nämligen — i likhet med vad som gäller enligt gemenskapsrätten — garantera konventionens effektiva genomslag i det att konventionsstaterna i högre utsträckning uppfyller sina förpliktelser.³⁶

Artikel 13 Europakonventionen i svensk rätt

Vilken rättslig valör har då artikel 13 Europakonventionen i Sverige? Svaret hänger naturligtvis samman med Europakonventionens ställning överlag i svensk rätt. När Sverige ratificerade konventionen 1953, blev den i avsaknad av motsvarande nationell lagstiftning inte direkt tillämplig i svensk rätt. Denna i svensk rättstradition vedertagna dualistiska syn på Europakonventionen som en folkrättslig förpliktelse, skild från svensk intern rätt, har upprätthållits av domstolarna. I gengäld har domstolarna i stor utsträckning tolkat svenska rättsregler i ljuset av konventionen och Europadomstolens praxis.³⁷ Genom Sveriges EU-inträde uppstod vidare en skyldighet att respektera Europakonventionens rättigheter när Sverige fullgör sina åtaganden enligt gemenskapsrätten och den vidare definierade unionsrätten.

³⁵ Europadomstolens dom den 26 oktober 2000 (*Kudła v. Poland*, appl. no. 30210/96).

³⁶ Crafoord, Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen, ERT 2001 s. 524.

³⁷ Se en redogörelse för detta i Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 3 uppl., 2007, s. 34 f.

Mot bakgrund av den nya vikt som Europakonventionen antogs få i Sverige i och med Sveriges stundande EU-medlemskap fann lagstiftaren för gott att från och med den 1 januari 1995 genom den s.k. inkorporeringslagen³⁸ låta konventionen utgöra svensk lag, varefter den formellt har varit jämställd med annan lag som inte är grundlag. Oaktat att konventionen utgör svensk lag är den gängse uppfattningen att den inte innehåller några skadeståndsregler som är avpassade för att tillämpas direkt i nationella domstolar.³⁹ Redan Lagrådet framhöll med anledning av förslaget till inkorporeringslagen att Europakonventionens utformning medförde problem av praktisk och lagteknisk natur, bl.a. med anledning av att konventionstexten är allmänt hållen och skriven närmast som folkrättsliga förpliktelser.⁴⁰ Högsta domstolen synes ha godtagit denna utgångspunkt och menat att de bestämmelser i konventionen som kan sägas röra rätten till skadestånd inte ens i lagform är direkt tillämpliga utan enbart utgör folkrättsliga förpliktelser mot staten. Detta gäller såväl artikel 13 med sin allmänt hållna lydelse som t.ex. den i detta avseende klarare regeln i artikel 5.5.⁴¹

Länge var den förhärskande synen att enskilda inte utan särskilda lagstiftningsåtgärder kunde åberopa den rätt till rättsmedel som framgår av artikel 13 i konventionen. Emellertid höjdes i den rättsliga debatten röster för att det borde finnas en sådan möjlighet i svensk rätt och att domstolarna i avsaknad av lagstiftning borde stå för denna rättsutveckling.⁴² I NJA 2005 s. 462 tog Högsta domstolen ett avgörande steg i detta avseende.

³⁸ Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³⁹ Jfr Lambertz, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004/05, s. 8. Se också SOU 1993:40 Del B s. 126.

⁴⁰ Prop. 1993/94:117 s. 73.

⁴¹ Jfr NJA 2005 s. 462, s. 494, och NJA 2007 s. 295, s. 302. Det bör dock framhållas att det är ett fullt rimligt synsätt att betrakta artikel 13 Europakonventionen som ett direkt stöd för Högsta domstolens ställningstaganden beträffande rätten till ideellt skadestånd grundad på konventionen (Jfr Cameron, a.a., s. 563 f.). Bestämmelsen utgör faktiskt svensk lag, och redan den omständigheten att Högsta domstolen utan artikel 13 inte skulle ha ställts inför incitamentet att agera när lagstiftaren inte hade försett enskilda med rättsmedel inbjuder naturligtvis till en sådan slutsats.

⁴² Se inte minst Crafoord, a.a., som Högsta domstolen sedermera hänvisade till i Prologfallet.

Principfallet — Det principiella ställningstagandet rörande rätten till ideellt skadestånd med stöd av Europakonventionen

I NJA 2005 s. 462 (nedan Principfallet) framställde P.L. yrkanden mot staten om skadestånd för dels ren förmögenhetsskada, dels rent ideell skada. Som grund för yrkandena gjorde han bl.a. gällande att tidsutdräkten för den brottmålsprocess som han under nästan sju år hade varit utsatt för och som slutade med friande dom var skadeståndsgrundande enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) samt oförenlig med artikel 6.1 Europakonventionen om rätten till en prövning inom skälig tid.

Samtliga instanser fann att den utdragna brottmålsprocessen innebar att staten hade gjort sig skyldig till brott mot artikel 6.1 i konventionen. Högsta domstolen gick därefter igenom innebörden av artikel 13 i konventionen samt den tolkning som denna hade getts av Europadomstolen i *Kudła mot Polen*. Med hänvisning till Prologfallet och NJA 2004 s. 662 (se nedan) konstaterade Högsta domstolen att artikel 13 innefattar enbart en förpliktelse för staten att tillhandahålla rättsmedel och inte ger medborgarna någon omedelbar rätt till gottgörelse.

Högsta domstolen konstaterade därefter att staten var skyldig att utge viss ersättning för P.L.:s rena förmögenhetsskada enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Domstolen övergick sedan till att pröva begäran om ersättning för ideell skada och fann att någon rätt till sådan ersättning inte kunde grundas omedelbart på skadeståndslagen. Mot bakgrund av Sveriges förpliktelser att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 i konventionen fann domstolen att ersättningen för ren förmögenhetsskada i det förevarande fallet visserligen kunde anses tillräcklig. Detta var emellertid inte nödvändigtvis fallet i andra liknande situationer, där skadelidande då skulle ställas utan rättsmedel, vilket enligt Högsta domstolen skulle kunna innebära konventionsbrott.⁴³ Trots svensk rätts traditionellt restriktiva inställning rörande möjligheten att döma ut rent ideellt skadestånd fann Högsta domstolen, mot bakgrund av *Kudła mot Polen*, att övervägande skäl talade för att ideellt skadestånd kunde dömas ut av svensk domstol vid kränkningar av artikel 6 rörande rätten till en prövning inom skälig tid.

⁴³ Det kan knappast råda något tvivel om att det konventionsbrott som åsyftas är en tänkt kränkning av artikel 13 Europakonventionen.

Principfallet i ljuset av tidigare rättsutveckling

Högsta domstolens skadeståndsutveckling i Principfallet hade faktiskt redan förutskickats i doktrinen med anledning av de ställningstaganden som domstolen hade gjort i NJA 2004 s. 662 (nedan EES-fallet).⁴⁴ Principfallet innehåller också på en tämligen undanskymd plats en hänvisning till detta rättsfall. Denna hänvisning gjorde domstolen i samband med redogörelsen för artikel 13 Europakonventionen. Anmärkningsvärt är emellertid att EES-fallet rörde helt andra frågor än tillämpningen av denna konvention. Den centrala frågan i det målet var i vad mån enskilda hade rätt till skadestånd vid överträdelser av Sveriges skyldigheter enligt EES-avtalet på i princip motsvarande sätt som enligt Francovich-doktrinen vid överträdelser av gemenskapsrätten.

Bakgrunden till rättsfallet var att Sverige i ett visst avseende hade brustit i sina skyldigheter enligt EES-avtalet att implementera det gemenskapsrättsliga s.k. lönegarantidirektivet med följden att U.-B.A., som var kärke, enligt svensk rätt inte hade kunnat få ut viss ersättning av staten som hon enligt direktivet skulle ha haft rätt till. U.-B.A. begärde på grund därav skadestånd av staten. Som motpart till U.-B.A. vitsordade staten att den genom EES-avtalet i och för sig hade förbundit sig att tillse att medborgarna tillförsäkrades sådan lönegaranti som fordrades i målet. Staten bestred emellertid att statens förpliktelse i detta avseende kunde återopas av U.-B.A., då EES-avtalet i allt väsentligt var att anse som ett vanligt folkrättsligt åtagande.

Högsta domstolen hänvisade i sin dom till att EFTA-domstolen hade funnit att EES-avtalet var ett internationellt avtal *sui generis* (av unikt slag) som innehöll en princip om att en medlemsstat var skyldig att ersätta enskilda för sådana skador som hade uppstått till följd av statens överträdelser av EES-rätten.⁴⁵ EFTA-domstolens kriterier för detta skadeståndsansvar motsvarade i allt väsentligt Francovich-doktrinen. Trots att EFTA-domstolens avgöranden inte var bindande och EES-avtalet inte innehåller någon vidsträckt lojalitetsplikt motsvarande den som gäller enligt EG-fördraget, erkände Högsta domstolen att avtalets genomförande i svensk rätt utgjorde en självständig grund för att hålla staten skadeståndskyldig för överträdelser av avtalet. U.-B.A.'s skadeståndstalan bifölls därför. Två justitieråd var av skiljaktig mening och ansåg att det inte förelåg någon sådan rätt till skadestånd.

Man kan då fråga sig vari likheterna mellan EES-fallet och Principfallet består, och vad som låg bakom Högsta domstolens hänvisning till det tidigare avgörandet. Inte i något av fallen förelåg enligt ett dualistiskt synsätt någon direkt skyldighet för Högsta domstolen att till-

⁴⁴ Se Bernitz, Skadeståndsskyldighet för svenska staten på grund av bristande implementering av EES-avtalet, ERT 2005, s. 338.

⁴⁵ Se EFTA-domstolens domar den 10 december 1998 i mål nr E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, och den 30 maj 2002 i mål nr E-4/01, *Karlsson mot Island*.

skapa en skadeståndsmöjlighet. Högsta domstolen hade följaktligen mycket väl kunnat neka enskilda denna rätt med hänvisning till fråvaron av en närmare lagreglering, vilket ju också var den lösning som staten argumenterade för i målen. I båda fallen uppstod därför den faktiska möjligheten för enskilda att få skadestånd för överträdelser/kränkningen i fråga först genom de nydaningar som Högsta domstolens domar innebar.

Men det var knappast till stöd för åtgärden som sådan att vidareutveckla rätten till skadestånd som Högsta domstolen hänvisade till rättsfallet. En sådan skadeståndsrättslig utveckling torde Högsta domstolen känna sig i och för sig oförhindrad att genomföra utan att söka stöd för detta i tidigare rättsfall.⁴⁶ Hänvisningen gjordes i stället i samband med domstolens redogörelse för rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 13 Europakonventionen och slutsatsen att det inte ansågs finnas någon rätt att omedelbart på denna artikel ställa krav på gottgörelse av staten. Samtidigt hänvisade Högsta domstolen till Prologfallet. Därigenom etablerade Högsta domstolen en koppling till det uttalande om EG-direktivs vertikala direkta effekt och estoppelargumentet i gemenskapsrätten som framgår av det rättsfallet och som ovan har återgetts. Vidare skapade domstolen en koppling även till den i EES-fallet erkända rätten att i vissa fall få skadestånd av staten, vilken i allt väsentligt synes motsvara den gemenskapsrättsliga Francovich-doktrinen. Som vi ovan har konstaterat är direkt effekt och Francovich-doktrinen institut som underbyggs av den gemenskapsrättsliga rättsskyddsprincipen (jfr *Ratti*, *Becker* och *Francovich*).

Högsta domstolens fortsatta praxis om ideell skada enligt Europakonventionen
 Efter de nämnda rättsfallen följde under 2007 ytterligare två avgöranden där talan mot staten rörde ideellt skadestånd på grund av kränkningar av Europakonventionen. Först meddelades NJA 2007 s. 295, som gällde skadestånd enligt ovan berörda artikel 5.5 i konventionen p.g.a. en överträdelse av artikel 5.3. Sedan följde NJA 2007 s. 584, som rörde skadestånd av staten p.g.a. en överträdelse av artikel 8.1 i konventionen. Genom det senare avgörandet utsträckte Högsta domstolen i princip möjligheten till ersättning för ideell skada till kränkningar av Europakonventionens samtliga rättigheter. Mot bakgrund av att artikel 13 inte ger någon rätt till just ekonomisk gottgörelse är det emellertid inte givet att just sådan ersättning skall komma i fråga. Gottgörelse kan ha skett eller kan ske på annat sätt. En betydelsefull faktor för frågan om någon rätt till ersättning för ideell skada i svensk rätt föreligger för en konventionskränkning synes vara i vad mån Europadomstolen har tillerkänt enskilda sådan ersättning i motsvarande fall. Som vi har framhållit i vår redogörelse för artikel 13 i konventio-

⁴⁶ Se nedan om den utveckling av skadeståndsrätten som har förutsatts kunna ske genom praxis.

nen är Europadomstolens praxis i detta avseende inte i alla delar helt klar.

I båda avgörandena hänvisade Högsta domstolen beträffande den principiella frågan om skadestånd för ideell skada alls skulle utgå till de överväganden och den ståndpunkt som framgick av Principfallet. Någon principiell nyhet på det området utgjorde därför rättsfallen inte. Deras värde utöver vissa uttalanden om sättet att beräkna skadan ligger snarast i att de klargjorde räckvidden av den möjlighet till ideellt skadestånd som genom den nämnda domen hade införts i svensk rätt. Dessa klargöranden får — när de nu inte uttryckligen hade gjorts tidigare — anses som en naturlig följd av Högsta domstolens dom i Principfallet.

Trygg-Hansa-fallet — ett estoppel-argument i svensk rätt

De hittills nämnda rättsfallen från Högsta domstolen gällde frågan om skadeståndsansvar för det allmänna med anledning av sådana konventionskränkningar som kunde tillskrivas staten. I NJA 2007 s. 747 (nedan Trygg-Hansa-fallet) var frågan i stället om en enskild kunde tillerkännas skadestånd av en annan enskild för att denne hade kränkt den förstnämndes rättigheter enligt Europakonventionen. C.D. hade yrkat att Trygg-Hansa Försäkringsaktiebolag skulle utge skadestånd till henne för att bolaget med anledning av ett försäkringskrav hade ”spanat” på henne och dokumenterat observationerna genom videoupptagningar. Detta kränkte enligt C.D. hennes rätt till privatliv enligt artikel 8 Europakonventionen.

Högsta domstolen konstaterade att Europakonventionen inte innehåller några regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter och att konventionen än mindre föreskriver att enskilda kan vara skyldiga att betala skadestånd. Enligt Högsta domstolen kunde därför skadeståndsskyldighet inte åläggas enskilda med tillämpning av Europakonventionen, även om denna utgör svensk lag. Domstolen stannade emellertid inte vid detta. C.D. hävdade nämligen att det ur Europakonventionen måste utläsas en skyldighet att i den nationella rätten tillförsäkra enskilda möjligheten till skadestånd av andra enskilda. Hon menade också att det ankom på domstolarna att tillskapa en sådan möjlighet till skadestånd, allt i likhet med den skadeståndsrättsliga utveckling som hade ägt rum i de ovan nämnda rättsfallen. Med anledning härav anförde Högsta domstolen:

”Den rättspraxis som sålunda har utvecklats har rört skadeståndsansvar för staten. Då gör särskilda hänsyn sig gällande. Sålunda bör staten inte kunna freda sig mot skadeståndsskyldighet genom att åberopa sin egen försummelse att uppfylla en konventionsgrundad förpliktelse att införa lagregler om skadeståndsskyldighet (jämför den EG-rättsliga estoppel-principen; se NJA 2003 s. 217).”

Därefter betonade Högsta domstolen att det skulle vara svårförutsebart för enskilda att inse vad som skulle kunna strida mot artikel 8 Europakonventionen och att övervägande skäl talade mot att en enskild skulle kunna åläggas skadeståndsskyldighet på grund av att han eller hon hade överträtt denna artikel i konventionen.

Beslutet gällde artikel 8 Europakonventionen, men det är svårt att se att Högsta domstolen skulle komma till någon annan slutsats beträffande konventionens andra fri- och rättigheter.

Högsta domstolens slutsatser i Trygg-Hansa-fallet kan jämföras med EG-domstolens ovan angivna slutsatser i *Marshall*. EG-domstolen kom ju där på motsvarande sätt fram till att underlåtenheten att implementera direktiv inte kunde göras gällande mot någon annan än den som hade ansvar för implementeringen, dvs. staten. EG-domstolen hänvisade därvidlag till det estoppel-argument som domstolen tidigare hade använt för att rättfärdiga direktivs vertikala direkta effekt.⁴⁷ Däremot kan underlåtenheten att implementera direktiv inte göras gällande horisontellt mot enskilda, då dessa aldrig har varit skyldiga att följa eller genomföra direktivet.

Det förhållandet att enbart staten och inte enskilda hade ålagts skyldigheter var av avgörande betydelse för utgången även i Trygg-Hansa-fallet. Det fanns naturligtvis ett behov för Högsta domstolen att tydliggöra att statens skadeståndsskyldighet enligt domstolens tidigare praxis hade varit intimt förknippad med den förpliktelse enligt Europakonventionen som hade riktats mot just staten. Detta åskådliggjordes av Högsta domstolen genom det ovan återgivna uttalandet. Men denna åtskillnad hade utan svårigheter kunnat uttryckas med andra ordalag. I stället valde domstolen — på samma sätt som EG-domstolen i *Marshall* — att anföra att staten inte bör kunna freda sig mot en förpliktelse genom att åberopa sin egen försummelse, vilket alltså utgör ett estoppel-argument. Vidare knöt uttalandet an till hänvisningen i Prologfallet till just estoppel-argumentet inom gemenskapsrätten. Det innebär att uttalandet i det fallet inte står som en isolerad företeelse i Högsta domstolens praxis.

Men vilken betydelse skall man då tillmäta att Högsta domstolen hänförde sig till ett estoppel-argument? Innebär uttalandet i Trygg-Hansa-fallet att estoppel-argumentet hade legat till grund för Högsta domstolens tidigare ställningstaganden rörande rätten till ideell ersättning vid överträdelser av Europakonventionen? De överväganden kring estoppel-argumentet som gjordes redan i Prologfallet inbjuder naturligtvis till en sådan slutsats. Även argumentets bärande element talar för att det låg bakom Högsta domstolens rättsutveckling. Så som Högsta domstolen formulerade argumentet i Trygg-Hansa-fallet gäller det när staten åberopar sin egen försummelse att införa lagregler till uppfyllande av konventionsgrundade förpliktelser. En sådan situation

⁴⁷ *Marshall*, punkt 47.

var i de nämnda Europakonventionsfallen för handen, då staten som motpart till de skadeståndssökande hänvisade till att lagregler saknades för att uppfylla den förpliktelse enligt bl.a. artikel 13 Europakonventionen som staten hade åtagit sig.

Samtidigt hänvisade Högsta domstolen i Principfallet och de efterföljande rättsfallen enbart till att "övervägande skäl" talade för dess ställningstaganden. Vilka närmare överväganden detta innefattar är oklart. Under alla omständigheter torde man enligt vår mening kunna dra den slutsatsen av Trygg-Hansa-fallet att Högsta domstolen använde sig av estoppel-argumentet som ett närmast sammanfattande skäl för den rättsutveckling som därtills hade ägt rum rörande statens skadeståndsansvar på Europakonventionens område. Domstolen torde ha funnit att denna rättsutveckling innebar att staten inte kunde freda sig mot skadeståndskrav genom att hänvisa till bristande uppfyllelse av Europakonventionens krav.⁴⁸ Därigenom synes Högsta domstolen ha bekräftat att ett estoppel-argument har en giltighet även på detta område i den svenska rättsordningen.

Estoppel — rättsskydd för enskilda

På gemenskapsrättens område har estoppel-argumentet en särskild plats inom den ovan beskrivna rättsskyddslära som ger de nationella domstolarna en roll som rättighetsgaranter gentemot lagstiftare som brister i sina skyldigheter. Kan man därmed utifrån en jämförelse med gemenskapsrätten dra några slutsatser i fråga om den skyldighet att ersätta ideell skada som Högsta domstolen har skapat avseende Europakonventionen?

Högsta domstolens estoppel-resonemang tar sikte på att staten inte skall kunna *freda sig* mot framställda skadeståndskrav. I detta ligger att resonemanget kommer till användning först när enskilda reser krav på staten med åberopande av de rättigheter som staten därtills har underlåtit att tillförsäkra dem. Genom att faktiskt resa sådana krav kan enskilda sägas ge uttryck för sina berättigade förväntningar att staten uppfyller de förpliktelser som skall medföra vissa rättigheter för dem.⁴⁹

Vilka konsekvenser som blir följden av att staten enligt estoppel-argumentet inte kan freda sig framgår av de berörda rättsfallen rörande Europakonventionen. I lagstiftarens ställe erkände domstolarna den rättighet för enskilda som var i fråga (rätten till rättsmedel

⁴⁸ Därmed framstår estoppel-argumentet som oförenligt med det uttalande i prop. 1993/94:117 s. 41 där lagstiftaren uttryckligen förutsatte att förändringar av inhemsk rätt för att bringa denna i överensstämmelse med Europakonventionen skulle vara förbehållna lagstiftaren. Jfr SOU 1993:40 Del B s. 126 f., där det framhölls att även efter en inkorporering av Europakonventionen borde balansen mellan den lagstiftande och dömande makten upprätthållas.

⁴⁹ Som framgår av redogörelsen för estoppel-argumentet inom gemenskapsrätten har argumentet sin grund i tanken att enskildas berättigade förväntningar bör infrias.

enligt artikel 13) och i den del de saknade rättsmedel för att kunna hävda denna rättighet försåg domstolen dem med ett sådant (möjligheten till gottgörelse i form av ideellt skadestånd). Därigenom tillförsäkrades de naturligtvis också möjligheten att fullt ut på ett nationellt plan göra gällande den kränkning av en eller flera i konventionen bakomliggande rättigheter som måste ha ägt rum för att artikel 13 skall komma i fråga.

Den materiella förpliktelsen för staten enligt artikel 13 Europakonventionen att tillhandahålla enskilda som har lidit en kränkning en möjlighet till gottgörelse kan jämföras med statens gemenskapsrättsliga förpliktelse att genom implementering garantera enskilda sådana fördelar som följer av subjektiva rättigheter i direktiv. I båda fallen är det primärt lagstiftaren som skall anta nationella regler som förverkligar bestämmelserna. När lagstiftaren har underlåtit att anta sådana regler kan denna omständighet inte i sig föranleda att den enskilde ställs utan en möjlighet att göra rätten till gottgörelse (enligt artikel 13) respektive den subjektiva direktivrättigheten gällande i domstol. I sådana fall ankommer det alltså på domstolarna att som aktörer för staten tillse att statens förpliktelser uppfylls för att skydda enskildas rätt enligt artikel 13 respektive enligt det icke-implementerade direktivet. Vid en utebliven möjlighet till rättsmedel enligt artikel 13 uppkommer således en skyldighet att bereda en möjlighet till gottgörelse för denna kränkning enligt samma artikel. På ett motsvarande vis beträffande icke-implementerade direktiv, när dess rättigheter inte skyddas på något annat sätt (genom t.ex. direkt effekt), föreligger en skyldighet att kompensera rättsförlusten med skadestånd enligt Francovich-doktrinen.

Jämförelsen med den gemenskapsrättsliga rättsskyddsläran med dess estoppel-argument talar ett tydligt språk. Men även jämförelsen förutan synes det klart att Högsta domstolens hänvisning till ett estoppel-resonemang utgör ett rättfärdigande av domstolens åtgärd att tillhandahålla enskilda rättsmedel för att värna deras rättigheter, när staten inte på något annat sätt har förmått att ställa sådana rättsmedel till förfogande. Användningen av estoppel-argumentet torde sålunda — liksom är fallet inom gemenskapsrätten — bäras upp av det angelägna i att domstolarna i sådana situationer kan förse enskilda med ett adekvat rättsskydd.

Att Högsta domstolens rättsutveckling rörande Europakonventionen har burits upp av rättsskyddshänsyn liknande de som förekommer inom gemenskapsrätten vinner som ovan har framgått också stöd av de hänvisningar som i Principfallet gjordes till EES-fallet och Prologfallet.⁵⁰

⁵⁰ Jfr Bernitz, a.a., som drog en parallell i rättsskyddshänseende mellan Högsta domstolens ställningstagande i EES-fallet och den då kommande rättsutvecklingen från Högsta domstolen på Europakonventionens område.

Rättsskydd och Europakonventionens effektiva genomslag

Men frågan infinner sig naturligtvis hur det anförda förhåller sig till alla andra goda argument till stöd för Högsta domstolens rättsutveckling rörande Europakonventionen. De starkaste skäl som i doktrinen har förts fram i detta avseende är att domstolarna dels inte bör medverka till att konventionens bestämmelser inte upprätthålls, dels inte — vilket torde vara den andra sidan av myntet — bör medverka till att Sverige som stat bryter mot sina folkrättsliga förpliktelser och fälls till ansvar i Europadomstolen. Dessa argument har förts fram främst utifrån den i konventionen inneboende subsidiaritetsprincipen.

Även om Högsta domstolens dom i Principfallet inte innehöll någon uttömmande argumentation till stöd för den skadeståndsutveckling som rättsfallet utgjorde, saknas anledning att anta annat än att Högsta domstolen hade tagit stort intryck av de nämnda argumenten. Detta framgår inte bara av domens struktur och av att domstolens resonemang tog sitt avstamp i de krav som artikel 13 i konventionen ställer på de nationella regleringarna. Det framgår även av domstolens hänvisning till *Kudła mot Polen*. I det fallet betonades ju vikten av att de nationella regleringarna är avpassade så, att de erbjuder tillräckliga rättsmedel för konventionskränkningar. Därtill anförde Högsta domstolen att avsaknaden av ett rättsmedel kunde utgöra ett konventionsbrott.⁵¹

Ett resonemang utifrån subsidiaritetsprincipen om att man om möjligt bör kunna åtgärda konventionskränkningar på ett nationellt plan kan sägas inrymma två skyddsaspekter. I förstone kan ett sådant resonemang synas återspegla omsorg om staten som sådan och dess folkrättsliga åtaganden, inte minst då man talar om det angelägna i att undvika fällningar i Europadomstolen. Men vad som i förlängningen eftersträvas är naturligtvis en ökad effektivitet i konventionssystemet och att respekten för fri- och rättigheter på bästa sätt skall kunna värnas. Det torde därmed vara naturligt att betrakta de argument som har förts fram om att Europakonventionens förpliktelser i ökad utsträckning bör få genomslag på det nationella planet som fullgoda bevekelsegrunder för användningen av ett estoppelargument, som ju syftar till att bereda enskilda ett adekvat skydd för deras rättigheter.

Skadestånd som rättsmedel

Högsta domstolen angav i Trygg-Hansa-fallet att estoppelargumentet hade bäring på *konventionsgrundade förpliktelser att införa lagregler om skadeståndsskyldighet*. Man kan visserligen sätta frågetecken för denna formulering, då varken Europakonventionen — eller Europadomstolen — har ställt upp några krav på lagstiftning i detta avseende. Men genom formuleringen framgår i vart fall att Högsta domstolens es-

⁵¹ S. 497 i referatet.

toppel-argument avser just frågan om statens skadeståndsansvar och i vad mån staten skall kunna freda sig mot krav på skadestånd. Denna inriktning på skadestånd får för svenskt vidkommande anses naturlig, eftersom domstolarna just på skadeståndsrättens område har ansetts oförhindrade att inta en rättsskapande funktion. I förarbetena till skadeståndslagen, vars bestämmelser i stor utsträckning utgör en kodifiering av tidigare domstolspraxis, framgår uttryckligen att det också efter skadeståndslagens ikraftträdande lämnades åt domstolarna att fylla ut luckor i den skadeståndsrättsliga lagstiftningen.⁵² Sådant utfyllande har också från tid till annan skett.

Samtidigt kräver ju artikel 13 Europakonventionen inte uttryckligen just ett rättsmedel i form av en skadeståndssanktion även om Europadomstolen ofta har funnit att skadestånd utgör en lämplig gottgörelse. Man skulle naturligtvis kunna tänka sig rättsmedel utformade på helt andra sätt men som ändå skulle kunna anses utgöra ett fullgott skydd för många av de rättigheter som är i fråga. Som en jämförelse har ju EG-domstolen erkänt den mekanism som direkt effekt utgör såvitt gäller vissa rättigheter i icke-implementerade direktiv. Genom sådan direkt effekt erhåller enskilda just den rättighet som de hade kunnat göra gällande om direktivet hade implementerats på rätt sätt. Det har förekommit spekulationer om i vad mån Högsta domstolens skadeståndspraxis rörande Europakonventionen kan anses grundad på en motsvarande direkt effekt av artikel 13 Europakonventionen. Sådana spekulationer hämtar naturligtvis ett visst bränsle från Högsta domstolens omnämnande av just vertikal direkt effekt i Prologfallet i samband med hänvisningen till estoppel-argumentet inom gemenskapsrätten.

Det får emellertid anses som tveksamt om Högsta domstolen verkligen har haft för avsikt att föra in en mekanism motsvarande direkt effekt i svensk rätt utanför gemenskapsrättens område. Vidare torde i vart fall knappast artikel 13, inte ens i ljuset av Europadomstolens praxis, vara av en sådan klar, precis och ovillkorlig art att den skulle kunna ha direkt effekt ens utifrån de kriterier som gemenskapsrätten uppställer för detta.⁵³ Något behov av att tillerkänna konventionens artiklar direkt effekt verkar inte heller finnas. Det resultat som ett estoppel-resonemang synes åsyfta, nämligen att tillförsäkra enskilda ett adekvat rättsskydd, torde i princip uppnås lika väl med användning av en skadeståndssanktion.

Vi återkommer nedan till frågeställningen om ett ”genomslag” likt direkt effekt kan förekomma i svensk rätt såvitt gäller en tänkt talan om ersättning med direkt åberopande av 2 kap. 18 § regeringsformen.

⁵² Prop. 1972:5 s. 100.

⁵³ Annorlunda förhåller det sig möjligen med artikel 5.5.

Försummelse?

Det bör framhållas att det föreligger en viss osäkerhet beträffande Högsta domstolens formulering av en av estoppel-argumentets till synes bärande förutsättningar, nämligen att det skall vara fråga om *försummelse* från statens sida när det gäller uppfyllandet av dess förpliktelser. Det leder snarast tankarna till att staten måste ha förfarit oaktsamt — culpöst — för att estoppel-argumentet skall aktualiseras. Än mera leds man till en sådan slutsats då Högsta domstolens nu aktuella rättspraxis har varit inriktad på frågan om skadeståndsskyldighet skall åläggas staten. Oaktsamhet i någon form är ju vanligtvis en förutsättning för att skadeståndsansvar för staten skall uppstå.⁵⁴

En sådan tolkning av "försummelse" kan emellertid rimligtvis inte vara avsedd. I Europakonventionsfallen hade visserligen inte lagstiftaren uppfyllt statens handlingsnorm enligt bl.a. artikel 13 i konventionen. Men att tillskriva staten detta mer eller mindre medvetna val som culpöst är knappast möjligt. Lagstiftaren måste få förbehållas ett större skön än så, och under alla omständigheter torde en renodlad culpabedömning vara oerhört svår att åstadkomma i sammanhanget. Rimligare är då att tolka "försummelse" som att det avser ren underlåtenhet från statens sida att uppfylla sina förpliktelser, oavsett förekomsten av culpa. I Europakonventionsfallen förelåg ren underlåtenhet från statens sida att införa en reglering till förverkligande av enskildas rättigheter, och inte i något av fallen har Högsta domstolen — i vart fall uttryckligen — resonerat i termer av oaktsamhet. Vidare överensstämmer en sådan tolkning med hur EG-domstolen har formulerat estoppel-argumentet i sin praxis, där termen försummelse inte används. "Försummelse" i Högsta domstolens estoppel-resonemang bör alltså enligt vår mening läsas som "underlåtenhet".

Räckvidden av estoppel-argumentet i svensk rätt

Vad beträffar räckvidden i svensk rätt av estoppel-argumentet går det inte att utifrån den formulering som finns i Trygg-Hansa-fallet sluta sig till eller utesluta att ett motsvarande resonemang har bärkraft även beträffande icke-uppfyllda förpliktelser för staten utanför Europakonventionens område (se t.ex. nedan om 2 kap. 18 § regeringsformen). Man kan således se Högsta domstolens formulering av estoppel-argumentet som ett uttryck för ren försiktighet snarare än som en faktisk begränsning av argumentets giltighet i förhållande till andra liknande situationer. I vad mån Högsta domstolen uttryckligen skulle vara beredd att stödja en rättsutveckling, t.ex. i skadeståndshänseende, rörande sådana förpliktelser på ett estoppel-resonemang är alltså en öppen fråga. Svaret torde vara avhängigt med vilken styrka som rättsskyddshänsyn gör sig gällande i en sådan situation.

⁵⁴ Jfr 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

Det får alltså i avvaktan på ytterligare rättspraxis från Högsta domstolen sägas vara osäkert i vad mån en mer uttömmande och allmän-giltig estoppel-princip än den som Högsta domstolen förde fram har ett berättigande och kan anses gälla i svensk rätt. Som en markering av den osäkerhet som finns i detta avseende har vi valt att i denna artikel beteckna Högsta domstolens formulering i Trygg-Hansa-fallet inte som en princip utan som ett estoppel-resonemang eller -argument.

4. Ersättning enligt 2 kap. 18 § regeringsformen

2 kap. 18 § regeringsformen

I samband med att Högsta domstolen i Prologfallet hänvisade till estoppel-argumentet inom gemenskapsrätten nämnde domstolen den diskussion som har förts om möjligheten att grunda en ersättningstalan direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen. Enligt denna grundlagsbestämmelse är varje medborgare skyddad mot egendomsavståelser samt rådighetsinskränkningar såvitt gäller mark och byggnader utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Enligt bestämmelsens andra stycke skall den som genom expropriation eller annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom vara tillförsäkrad ersättning för förlusten. Detsamma gäller för den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på ett sådant sätt att pågående markanvändning inom den berörda delen av fastigheten avsevärt försvåras eller skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen skall bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Lagstiftaren har naturligtvis förutsatts uppfylla sina skyldigheter enligt bestämmelsen, dvs. i lag meddela regler om den ersättning som grundlagsstadgandet berättigar enskilda till. Vad som gäller om lagstiftaren inte meddelar några sådana ersättningsregler har lämnats öppet. En sådan situation uppvisar emellertid beaktansvärda likheter med den underlåtenhet att tillgodose enskildas rättigheter som i de fall som ovan har beskrivits kan tillskrivas staten rörande förpliktelser enligt gemenskapsrätten och Europakonventionen.

Vi kommer här att beröra den tänkta situationen att någon, vars rätt till sin egendom på ett ersättningsgillt sätt har inskränkts, inte har ersättningsregler enligt vanlig lag att tillgå utan i stället väcker en talan mot staten om ersättning grundad direkt på grundlagsbestämmelsen. Den fråga som man naturligtvis ställer sig är om Högsta domstolens estoppel-argument och de rättsskyddshänsyn som måste antas ligga bakom åberopandet av detta argument erbjuder en lösning på hur en sådan talan skall bedömas.

Grundlagsbestämmelsen i ljuset av Europakonventionen

Bestämmelsen i 2 kap. 18 § regeringsformen har i olika skepnader funnits i regeringsformen sedan grundlagens tillkomst och flera gånger varit föremål för utbyggnad. Den ordning som innebär att separata ersättningsbestämmelser skall meddelas genom lag har motiverats utifrån de vitt skilda situationer som kan inrymmas under bestämmelsens lydelse och som har ansetts inte kunna sammanfattas genom detaljerade ersättningsbestämmelser i grundlagen.⁵⁵

1994 förstärktes skyddet enligt bestämmelsen med ett skydd även för inskränkningar i användningen av mark och byggnader samt med en viss rätt till ersättning även för sådana rådighetsinskränkningar. Dessa ändringar gjordes med anledning av att Europakonventionen skulle införlivas i svensk rätt. Den grundläggande tanken var att bestämmelsen skulle tydliggöra och precisera det skydd för egendom som ställs upp i artikel 1 i första tilläggsprotokollet⁵⁶ till konventionen.⁵⁷ Enligt den artikeln har varje fysisk och juridisk person rätt till respekt för sin egendom och får ingen berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser. Någon uttrycklig rätt till ersättning för ingrepp i egendomsskyddet föreskrivs inte i konventionstexten. Europadomstolen har emellertid inom ramen för bedömningen av om rättigheten har överträtts beaktat om — och i så fall i vilken utsträckning — ersättning har utgått för det egendomsingrepp som är i fråga. Domstolen kan sägas ha intagit ståndpunkten att sådan ersättning, låt vara inte nödvändigtvis till egendomens fulla värde, normalt måste utgå för att rättigheten enligt artikeln inte skall trädas för när.⁵⁸ Ersättningen vägs in som ett delmoment i den proportionalitetsbedömning som Europadomstolen gör i fråga om det berättigade i ett egendomsingrepp.

Det framskymtar en förhoppning från statsmakternas sida att 2 kap. 18 § regeringsformen efter anpassningen skulle överensstämma med Europakonventionens krav.⁵⁹ Därmed skulle inte enskilda behöva vända sig till Europadomstolen med klagomål om kränkning av deras rättigheter enligt konventionen i detta avseende.

Rätten till ersättning i avsaknad av ersättningsbestämmelser i vanlig lag

1973 års fri- och rättighetsutredning konstaterade att det av grundlagen inte framgår hur rättstillämparen skall agera när han ställs inför en underlåtenhet av normgivaren att efterkomma ett påbud i grundlagen om en viss reglering. Utredningen menade att frågan kunde

⁵⁵ SOU 1972:15 s. 199 och prop. 1975/76:209 s. 124.

⁵⁶ Tilläggsprotokollet den 20 mars 1952 till konventionen om skydd för den mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵⁷ Prop. 1993/94:117 s. 13 f.

⁵⁸ Se t.ex. Europadomstolens dom den 21 februari 1986 (*James and others v. The United Kingdom*, appl. no. 8793/79), p. 54.

⁵⁹ Jfr 1993/94:KU24 s. 28.

lämnas därhän som rent teoretisk.⁶⁰ Inte många år därefter stod det emellertid klart att rättstillämparen i vart fall såvitt angår 2 kap. 18 § regeringsformen reellt kan ställas inför just denna situation — liksom senare blev fallet med liknande påbud härstammande från gemenskapsrätten och Europakonventionen.

Högsta domstolen fick i NJA 1989 s. 20 anledning att tangera frågeställningen. Målet rörde en fastighetsreglering som hade överklagats av K.D. på den grunden att hans jakträtt i de berörda fastigheterna skulle utplånas om fastighetsregleringen genomfördes. Någon ersättning för detta skulle inte utgå. Högsta domstolen ifrågasatte om regleringen inte stod i strid med bestämmelsen om vederlag i 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen. Vidare konstaterade Högsta domstolen att frågan om ersättning inte hade aktualiserats i målet. Justitierådet Bertil Bengtsson, som deltog i avgörandet och framförde en skiljaktig mening, har senare kommenterat rättsfallet med att majoriteten kan ha varit beredd att döma ut sådan ersättning.⁶¹

En liknande situation berördes av Lagrådet till följd av regeringens lagrådsremiss med anledning av införandet av miljöbalken.⁶² Lagrådet menade att 2 kap. 18 § regeringsformen vid 1994 års ändringar hade getts en utvidgad innebörd som inte motsvarade lagstiftarens intentioner och ställde sig därför frågan om de begränsningar som den föreslagna balken innebar i fråga om möjligheterna till ersättning vid vissa egendomsingrepp var förenliga med grundlagsbestämmelsen. Lagrådet framhöll att om denna diskrepans blev bestående, utan att regeringsformen eller miljöbalksförslaget ändrades, fick man räkna med att en talan om ersättning skulle kunna väckas mot det allmänna under direkt åberopande av 2 kap. 18 § regeringsformen. Lagrådet framhöll att det fick bli en uppgift för rättstillämpningen att avgöra hur sådana anspråk skulle bedömas i olika situationer och föreslog en justering av den föreslagna miljöbalken med innebörden att en sådan talan, om den skulle komma att väckas, skulle prövas av miljödomstol. Regeringen efterkom Lagrådets förslag.⁶³

Lagrådet slog alltså enbart fast att man hade att räkna med att anspråk grundade direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen skulle kunna framställas, inte att sådana anspråk skulle kunna vinna framgång. Å andra sidan måste man naturligtvis ställa sig frågande till varför Lagrådet skulle ta initiativ till en särskild forumregel för utsiktslösa anspråk. Möjligen skulle svaret kunna vara att redan gränsdragningen mellan vilka åtgärder enligt miljöbalken som till följd av ersättningsbestämmelser — eller avsaknaden därav — i vanlig lag skulle kunna bli föremål för ersättning eller ej lämpligen borde göras av en och samma instans, nämligen miljödomstolarna.

⁶⁰ SOU 1975:75 s. 211.

⁶¹ Bengtsson, Om lagprövning från domstolssynpunkt, SvJT 1989, s. 681.

⁶² Prop. 1997/98:45 Del 2–3 s. 495 och 515 f., jfr SOU 2007:29 s. 15.

⁶³ A. prop. s. 226 f.

Utöver de ovan angivna uttalandena av Lagrådet och Högsta domstolen har möjligheten att grunda en ersättningstalan direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen varit föremål för olika åsikter. En särskild fråga har därvid varit om grundlagsregeln redan genom sin utformning skulle kunna utgöra ett hinder mot en sådan talan. Man kan nämligen hävda att 2 kap. regeringsformen riktar sig snarare till lagstiftaren än till domstolar och andra rättstillämpande myndigheter, då bestämmelserna inte har utformats för direkt praktisk rättstillämpning.⁶⁴ Ett sådant synsätt synes emellertid inte oförenligt med uppfattningen att 2 kap. 18 § regeringsformen likväl ger uttryck för rättigheter för enskilda.

Synpunkten har också förts fram att möjligheten för enskilda att föra en ersättningstalan grundad enbart på grundlagsregeln skulle ge ett viktigt rättsskydd i de situationer som faller under grundlagsregeln men som lagstiftaren har missat.⁶⁵

Estoppel?

Mycket talar för att de rättsskyddshänsyn som synes ligga bakom Högsta domstolens estoppel-argument såvitt gäller artikel 13 Europakonventionen gör sig gällande även beträffande 2 kap. 18 § regeringsformen. I båda fallen kan lagstiftarens underlåtenhet innebära men för enskilda då de inte har möjligheter att hävda sina rättigheter (dvs. inte har erforderliga rättsmedel) enligt vad som följer av särskilda påbud som har riktats mot staten (beträffande Europakonventionsfallet) eller konkret lagstiftaren (beträffande grundlagsbestämmelsen). Och i båda fallen skulle enskilda — om domstolarna inte ingriper och tillförsäkras det skydd för deras rättigheter som de bör kunna förvänta sig — alltså få förlita sig på den lagstiftare som dittills inte har förmått förse dem med ett sådant skydd, dvs. enligt estoppelresonemanget har varit ”försumlig” i detta avseende.

Så som estoppel-argumentet kom till uttryck i Trygg-Hansa-fallet är det emellertid inte helt självklart att det kan göras gällande även vid en ersättningstalan som stöds direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen. Högsta domstolen talade i det fallet om försummelse beträffande uppfyllandet av en konventionsgrundad förpliktelse. Någon sådan förpliktelse är det inte omedelbart fråga om såvitt avser grundlagsbestämmelsen. Av 1994 års reform framgår emellertid att avsikten med regeln var att ge ett skydd som innefattar det skydd för egendom som skall finnas enligt Europakonventionen. Under alla omständigheter är det svårt att se varför en bestämmelse i grundlag som riktar sig till lagstiftaren skulle tillmätas mindre vikt än en motsvarande bestäm-

⁶⁴ Se t.ex. det särskilda yttrandet av dåvarande justitiekanslern i SOU 2001:19 s. 298 f., jfr Hirschfeldt i replik till Cameron i Behöver Demokratin nya spelregler, Forskarkonferens om grundlagen anordnad av Grundlagsutredningen den 21–22 mars 2005, s. 126.

⁶⁵ Bengtsson, 21 uppsatser, 2003, s. 225.

melse i ett folkrättsligt åtagande, låt vara att åtaganden i grundlag och mellanstatliga avtal torde ha gjorts i förhållande till olika "parter".⁶⁶ Detta vore att devalvera grundlagens betydelse.⁶⁷ Högsta domstolens skrivning i Trygg-Hansa-fallet bör — särskilt i ljuset av jämförelsen i Prologfallet — inte tas till intäkt för att ett estoppel-resonemang inte har sitt berättigande även såvitt avser en ersättningstalan grundad direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen.

Samtidigt kan man naturligtvis ställa sig frågan om problematiken inte har blivit inaktuell genom den möjlighet till skadestånd grundad direkt på Europakonventionen som numera generellt får anses finnas inom svensk rätt. Enskilda torde i de allra flesta fall kunna föra en ersättningstalan mot staten grundad på att rätten till skydd för egendom enligt konventionen har överträtts i stället för att behöva stödja sin ersättningstalan på grundlagen.⁶⁸ Det går emellertid inte att bortse från att den rätt till ersättning som många gånger följer av bestämmelsen i Europakonventionen inte är absolut. Uttolkningen av bestämmelsen torde ske med ledning av Europadomstolens bedömningar av olika situationer. Det går alltså inte att utesluta att en rätt till ersättning enligt grundlagsbestämmelsen föreligger i fall då någon motsvarande rätt inte kan anses följa av Europakonventionen och Europadomstolens praxis.

Av de skäl som ovan har framförts mot att direkt tillämpa ersättningsregeln i grundlagsbestämmelsen är naturligtvis den invändning bestickande som tar sikte på bestämmelsens utformning och att det saknas fasta hållpunkter för att avgöra ersättningens storlek. Avsikten är ju att sådan ersättning skall bli föremål för lagstiftarens särskilda överväganden. En mängd hänsyn kan göra sig gällande på ett sätt som innebär att ersättningsfrågan bör få en mer generell lösning. Överväganden kan därmed behöva göras som inte är möjliga inom ramen för en enskild domstolsprocess. Bestämmelsen ställer inte ens krav på att full eller skälig ersättning skall utgå, även om en utgångspunkt får anses vara att en enbart symbolisk ersättning inte är tillräcklig.⁶⁹

Motargumentet är naturligtvis att den omständigheten att det saknas sådana detaljerade ersättningsbestämmelser inte gör det mindre angeläget att domstolen faktiskt tillförsäkrar enskilda sådan ersättning som de har rätt till enligt grundlagsbestämmelsen. Avsaknaden av ersättningsbestämmelser utgör med ett estoppel-resonemang det främsta incitamentet för domstolen att bestämma och döma ut sådan ersättning

⁶⁶ Lambertz, Normprövning och demokrati, SvJT 2007, s. 817.

⁶⁷ Bengtsson, a.a., s. 224.

⁶⁸ En sådan konventionskränkning medför många gånger även skadeståndsansvar för staten enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Dock bör framhållas de begränsningar i ersättningsrätten som följer av 3 kap. 7 § skadeståndslagen för det fall ett fel eller en försummelse kan tillskrivas de högsta statsorganen. Detta torde vara fallet om felet eller försummelsen utgörs av avsaknad av ersättningsbestämmelser.

⁶⁹ Prop. 1975/76:209 s. 124.

Vidare bör man inte överdriva svårigheterna med att bestämma ersättningsens storlek. Många gånger torde paralleller kunna dras till ersättningsbestämmelser i näraliggande lagstiftning. I andra fall torde allmänna ersättnings- eller skadeståndsrättsliga grundsatser kunna komma till användning. Sådana principer synes suppleras även lagfästa ersättningsregler vid egendomsingrepp enligt grundlagsbestämmelsen.⁷⁰ Under alla omständigheter bör det, för det fall en konventionskränkning har ägt rum, inte komma i fråga att bestämma ersättningen under en ersättningsnivå som Europadomstolen skulle anse som en godtagbar ersättning på det nationella planet för kränkningen.⁷¹

Egendomsavståelser till andra enskilda

Grundlagsbestämmelsen gäller inte bara egendomsavståelser till det allmänna utan även till andra enskilda. Det framgår inte vem som i sådana fall skall utge ersättning. Det är således möjligt att ersättningen bör gäldas av den enskilde som tar egendomen i anspråk. Statens underlåtenhet att införa ersättningsregler torde emellertid inte kunna åberopas för att genomdriva en ersättningstalan mot andra enskilda i domstol. Det finns här anledning att jämföra med de slutsatser som drogs i *Marshall* inom gemenskapsrätten och Trygg-Hansa-fallet på Europakonventionens område, där en sådan horisontell verkan av statens underlåtenhet ansågs utesluten. De skäl som i de fallen talade mot att en ersättningstalan skall kunna genomdrivas mellan enskilda torde väga lika tungt såvitt gäller en ersättningstalan grundad på 2 kap. 18 § regeringsformen.

Däremot kan man knappast utesluta att en ersättningstalan i avsaknad av lagfästa ersättningsregler görs gällande mot staten, trots att den egendomsavståelse som är i fråga har gjorts i förhållande till någon annan enskild. Det är staten som i detta läge har underlåtit att förse den förfördelade enskilde med ersättningsbestämmelser och som således torde få svara för detta. En sådan situation uppvisar klara likheter med de fall då medlemsstater inte har genomfört gemenskapsrättsliga direktiv, som är avsedda att tillförsäkra enskilda rättigheter mot andra enskilda. Trots att en icke-genomförd direktivrättighet inte är avsedd att riktas mot staten, kan underlåtenheten att införa den ju likväl medföra ett skadeståndsansvar för staten enligt Francovich-doktrinen.

Ersättning enligt 2 kap. 18 § regeringsformen eller motsvarande skadestånd

Frågan hur en eventuell ersättning i avsaknad av lagfästa ersättningsregler skulle bestämmas, leder till frågan hur en sådan ersättning

⁷⁰ Se t.ex. Bengtsson, *Ersättning vid offentlighetsrättsliga ingrepp*, 1986, s. 48 f. och t.ex. 182.

⁷¹ Observera att denna ersättningsnivå kan understiga de ersättningsnivåer som Europadomstolen tillämpar när den för egen del tillerkänner en klagande gottgörelse enligt artikel 41 Europakonventionen.

skulle karakteriseras. Detta har varit föremål för olika uppfattningar. Utgångspunkten synes mestadels ha varit att en talan bör kunna resultera i att just sådan ersättning som avses med bestämmelsen döms ut.⁷² Detta utgör inte i sig skadestånd, även om sådan ersättning naturligtvis ligger skadeståndsinstitutet nära, inte minst då bestämmelsen avser ersättning för "förlust". Emellertid har även åsikten förts fram att en ersättning grundad enbart på grundlagsregeln skulle utgöra skadestånd (som inte har grundats på skadeståndslagen).⁷³ Tanken torde då vara att skadeståndet skall kompensera för den uteblivna ersättning som egentligen skulle följa av lagregler grundade på bestämmelsen.

Frågeställningen ansluter till den ovan berörda frågan om vilket rättsmedel som i svensk rätt kan komma i fråga vid en tillämpning av ett estoppel-argument. I rättsfallen rörande Europakonventionen har det för domstolarna enbart varit fråga om att ta ställning till begäran från enskilda om skadestånd. Som vi ovan också konstaterade ligger det nära till hands att anta att estoppel-argumentet i svensk rätt inte leder till något "genomslag" (liktande direkt effekt) av den reglering som lagstiftaren har varit förpliktad att införa utan i stället till att domstolarna tillskapar ett rättsmedel just i form av skadestånd. Det estoppel-argument som Högsta domstolen formulerade i Trygg-Hansa-fallet tog ju också uttryckligen sikte på just skadeståndskrav mot staten. Vidare bör det framhållas att för det fall den ersättning som borde ha följt av lagfästa ersättningsregler skulle ha gäldats av andra enskilda, skulle en ersättningstalan mot staten grundad direkt på grundlagsbestämmelsen knappast kunna medföra ett genomslag av den icke-genomförda regleringen. Det ligger närmare till hands att anta att det tillämpliga rättsmedlet i så fall är skadestånd (jfr Franco-vich-doktrinen).

I avsaknad av rättspraxis är det en öppen fråga hur sådan eventuell ersättning som skulle kunna följa på en ersättningstalan grundad på grundlagsbestämmelsen skulle kategoriseras. Dock bör framhållas att även om distinktionen rörande ersättningens karaktär är rättssystematiskt intressant, torde den i praktiken vara av mindre betydelse för ersättningens storlek. Även om fråga enbart kan bli om skadestånd, torde detta motsvaras av hela den ersättning som skulle ha utgått om adekvat lagreglering om ersättningen hade funnits. Som ovan har framgått ligger svårigheten i stället i att bestämma hur stor denna ersättning i så fall hade varit.

⁷² Jfr Bengtsson, *Grundlagen och fastighetsrätten*, 1996, s. 88 f.

⁷³ Brunfelter m.fl., *Grundlag och egendomsskydd*, 1977, s. 69 f.

*En framtida prövning av en ersättningstalan grundad direkt på 2 kap. 18 §
regeringsformen*

Förvånande nog synes något allvarligt försök att grunda en ersättningstalan direkt på 2 kap. 18 §
regeringsformen inte ha gjorts. Ett flertal situationer torde emellertid kunna uppkomma där en sådan talan skulle kunna bli aktuell. Måhända kan avsaknaden av en prövning av frågan i rättspraxis tillskrivas okunnighet om grundlagsbestämmelsens eventuella möjligheter. Man kan i så fall anta att läget framöver kommer att bli annorlunda. Inte minst Högsta domstolens rättsutveckling såvitt gäller Europakonventionen torde kunna belysa en liknande utveckling beträffande regeringens nu aktuella ersättningsbestämmelse. I vad mån en sådan ersättningstalan skulle vinna framgång är naturligtvis en öppen fråga. Som har framgått torde emellertid de rättsskyddshänsyn, dvs. den omsorg om enskildas rättigheter, som Högsta domstolen visade i Europakonventionsfallen ha en motsvarande plats vid en talan grundad direkt på 2 kap. 18 §
regeringsformen. Onekligen ligger det därför i framtida ersättningsökandes intresse att argumentera för att domstolarna bör agera för att skydda den rätt till ersättning som grundlagen avser att tillförsäkra dem, försåvitt lagstiftaren inte har förmått infria sin förpliktelse att utfärda lagfästa ersättningsbestämmelser.

5. Avslutning

Huvudtemat för denna artikel är den likhet som finns mellan vissa bestämmelser i den svenska rättsordningen. Den gemensamma nämnaren för dessa bestämmelser är att de ålägger staten att tillförsäkra enskilda möjligheter att hävda vissa rättigheter. En likhet finns sålunda mellan förpliktelsen att implementera sådana subjektiva rättigheter för enskilda som framgår av gemenskapsrättsliga direktiv och den förpliktelse att tillhandahålla effektiva rättsmedel som framgår av artikel 13 Europakonventionen. En motsvarande likhet kan påvisas i förhållande till den skyldighet att införa lagfästa ersättningsbestämmelser som framgår av 2 kap. 18 §
regeringsformen.

Bestämmelser som förutsätter att enskilda skall tillhandahållas rättigheter kan visa sig verkningslösa om lagstiftaren inte efterkommer dessa påbud. Enbart ingripanden domstolsvägen kvarstår då för att undvika att de enskilda som därigenom kan sägas vara förfördelade drabbas av rättsförluster. Domstolarnas agerande under sådana omständigheter kan sägas utgöra en kontrollerande funktion gentemot övriga statsmakter, vilket i och för sig är inte någon okänd roll för domstolarna.⁷⁴ Däremot har den konstitutionella kontrollen under lång tid inte varit någon särskilt framträdande aspekt av just den svenska rättskipningen.

⁷⁴ Denna funktion är vedertagen även inom ramen för tvistemålsprocessen, jfr Andersson, Rättsskyddsprincipen, 1997, s. 202 f., särskilt 231 f., och SOU 1994:99 del A s. 43 f.

Såvitt gäller domstolarnas hållning i detta avseende finns en särskild likhet mellan gemenskapsrätten och Europakonventionens ställning i Sverige. Såväl EG-domstolen som Högsta domstolen har i sin praxis rörande enskildas möjligheter att hävda rättigheter hänfört sig till estoppel-argument, låt vara att dessa har fått något olika utformning. Som har framgått har estoppel-argumentet inom gemenskapsrätten en vedertagen plats i dess rättsskyddslära, där argumentet syftar till att enskilda skall kunna göra sina rättigheter gällande, trots att staten genom lagstiftaren inte har uppfyllt sin primära förpliktelse rörande detta.

Inledningsvis ställde vi frågan om det är berättigat att utgå ifrån att rättsskyddshänsyn liknande de som förekommer inom gemenskapsrätten har varit av avgörande betydelse för Högsta domstolens skadeståndsutveckling rörande Europakonventionen. Redan att Högsta domstolen har hänfört sig till ett estoppel-argument inbjuder i och för sig till en sådan slutsats. Men som har framgått menar vi att de förpliktelser mot staten som är i fråga även vid en närmare jämförelse uppvisar sådana likheter att frågan bör besvaras jakande.

Vi ställde vidare frågan vilka ytterligare tillämpningsområden som ett estoppel-argument med därtill kopplade rättsskyddshänsyn kan tänkas ha i svensk rätt. Verkliga klagoranden i detta avseende kan naturligtvis skapas enbart genom ytterligare domstolspraxis. Det ligger emellertid nära till hands att begrunda om inte ett estoppel-resonemang är berättigat även när det gäller en sådan ersättningstalan mot staten som i avsaknad av lagfästa ersättningsbestämmelser måste grundas direkt på 2 kap. 18 § regeringsformen. Flera skäl talar för att Högsta domstolen skulle bedöma en sådan talan på ett sätt som i sak skulle motsvara domstolens nämnda rättspraxis rörande Europakonventionen. En sådan utveckling skulle alltså onekligen utgöra en konsekvent följd av domstolens tidigare rättspraxis i rättsskyddshänseende.

Avslutningsvis bör det framhållas att det i olika sammanhang har hävdats att det genom EU-medlemskapet och Europakonventionens ökade betydelse har skett en europeisering av svensk rätt.⁷⁵ De svenska domstolarna kommer i kontakt med rättskulturer som fokuserar på enskildas rättigheter på ett helt annat sätt än vad som traditionellt har varit fallet i Sverige. Framför allt gemenskapsrätten förutsätter att de nationella domstolarna ytterst skall stå som garantier för enskildas rättsskydd när dessa enskilda inte på något annat sätt har kunnat göra sina rättigheter enligt gemenskapsrätten gällande. Domstolarnas ökade betydelse i detta avseende medför naturligen med tiden en ökad medvetenhet hos dem och jurister i allmänhet om domstolarnas betydelse för enskilda även på andra rättsområden. Det är utifrån detta

⁷⁵ Jfr Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt — en argumentativ probleminventeringsskiss, JFT 2007, s. 380 f.

rimligt att räkna med att domstolarna i ökad utsträckning accentuerar vikten av även andra rättigheter för enskilda, t.ex. sådana som följer av Europakonventionen och 2 kap. regeringsformen.⁷⁶ Högsta domstolens hänvisningar till estoppel-argumentet och en eventuell framtida rättsutveckling i detta avseende bör enligt vår mening ses i denna kontext.

⁷⁶ Jfr Lindblom, *Studier i processrätt*, 1993, s. 431. Jfr även Cameron, a.a., s. 585, som påpekar att en sådan utveckling inte i alla avseenden är helt oproblematiske.