Skärpta krav på inhemsk tillämpning av Europakonventionen — förstärkt subsidiaritet

Av advokaten Jan Södergren

Denna artikel avhandlar förstärkt krav på tillämpning av Europakonventionen på nationellt plan (subsidiaritetsprincipen). Principens innehåll, rättsliga stöd och utvecklingen på senare tid beskrivs. Det ges goda och dåliga exempel på nationell prövning, bl.a. hämtade från en seminarierapport på Europadomstolens hemsida. Artikeln rapporterar även om att HD har lagt till kvalificerade moment för att utdöma skadestånd i vissa hänseenden, varav det ena momentet har dödats av Unionsdomstolen (den s.k. klart-stöd-doktrinen), men att det andra alltjämt lever. När det kommer till överträdelser enskilda sinsemellan räcker det enligt HD inte med att konstatera en överträdelse. Agerandet måste också ha varit kvalificerat otillbörligt för att ersättning för ideell- och ren förmögenhetsskada ska utgå. De kvalificerande momenten har skett utan klart stöd i Europadomstolens praxis.

1 Inledning

I dagsläget har Europakonventionen varit svensk lag i snart 25 år. Jag vill nog påstå att den inhemska tillämpningen har varit svajig. Kanske blir det bättre med den under 2018 införda särskilda bestämmelsen i skadeståndslagen, om att det allmänna ska ersätta skador till följd av överträdelser av Europakonventionens rättigheter (SkL 3 kap. 4 §). Lagen utgör emellertid i allt väsentligt en kodifiering av den rättsutveckling som har förekommit i HD under 2000-talet, en rättsutveckling för vilken HD har fått både ris och ros. Sett till det svenska rättssystemet som helhet, måste ändå den svenska implementeringen anses ha gått trögt. En handfull ombud ansåg tidigt att Europakonventionen utgjorde ytterligare ett verktyg i verktygslådan som — när det är relevant — bör utnyttjas för att det ska kunna sägas att man har företrätt klienten på ett fullgott sätt. Det har inte alltid mottagits väl av domstolar och motparter. Det finns exempel på där motparter har hävdat vårdslös processföring när konventionsrätten har åberopats, trots att det varit befogat.

Trots att HD ska ha välförtjänt beröm för delar av rättsutvecklingen, har HD också kommit med avgöranden som har hämmat Konventionens nationella implementering på sätt som sannolikt har lett till enskildas rättsförluster. Ett exempel på det är avgöranden som utgår från den av Unionsdomstolens numera dödförklarade ”klart-stöd-doktrinen”. Denna innebar att HD utan stöd i Europadomstolens praxis lade till ett kvalificerande moment för konventionstillämpningen på nationell

nivå. På liknande sätt har HD relativt nyligen lagt till ytterligare kvalificerade moment vad gäller konventionsbestämmelserna tillämpning nationellt för vad som ibland benämns som indirekt horisontell effekt — dvs. Konventionens effekt enskilda sinsemellan (*the individual sphere*). Det räcker inte med att konstatera att ett privat subjekt har kränkt en enskilds rättighet i Konventionen, för att exempelvis skadestånd för ren förmögenhetsskada ska utdömas av svensk domstol. Det krävs därtill att det privata subjektets agerande har varit *kvalificerat otillbörligt*.

Detta har skett i en tid då Europakonventionen genom en tilläggsskrivelse i ingressen till det femtonde tilläggsprotokollet (TP 15) måste anses ha förstärkt den konventionsrättsliga subsidiaritetsprincipen — dvs. kravet på de nationella myndigheterna, och ytterst de nationella domstolarna, att lojalt pröva rimligt grundade[1] påståenden om överträdelser av rättigheterna, förmå dem att upphöra om de alltjämt pågar samt erkänna och gottgöra dem redan på nationell nivå[2].

2 Subsidiaritetsprincipen

Skyldigheten för staterna att tillämpa konventionsrätten lojalt redan på nationell nivå benämns subsidiaritetsprincipen (som inte är exakt densamma som den EU-rättsliga dito). Den är fast förankrad i Europadomstolens praxis och går tillbaka till Europadomstolens begynnelse. Den berördes redan i det klassiska s.k. Belgiska språkmålet[3] från den 23 juli 1968. Med konventionsrättens synsätt gällde skyldigheten således redan före Konventionen inkorporerades med svensk rätt.

Det rättsliga stödet för skyldigheten är också robust. Det framgår av portalartikeln till Konventionen som stipulerar att staterna ”*skall garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion*” fri- och rättigheterna i Konventionen. Det stadgas i artikel 13 en förpliktelse för staterna att tillhandahålla effektiva nationella rättsmedel i syfte att få prövat påståenden om konventionsöverträdelser. I konventionspraxis stadgas även att konstaterade överträdelser ska sanktioneras och gottgörs. Vidare stadgas i artikel 35 ett krav på att klaganden först måste uttömma de nationella rättsmedlen innan de får talerätt i Europadomstolen. Syftet med den senare bestämmelsen är att staterna inte ska behöva ställas inför ett internationellt skrank, innan de ges möjlighet att själva hantera påstådda överträdelser.

[1] Eng. *arguable claims*. Inte varje påstående om konventionsöverträdelser ger enligt artikel 13 en rätt till ett effektivt rättsmedel. Det krävs ett rimligt grundat påstående om en överträdelse. Rekvisitet fungerar naturligtvis som ett filter mot tokprocesser, men ribban kan inte anses vara satt särskilt högt.

[2] Innehållet i det femtonde tilläggsprotokollet beskrivs enligt följande på Europadomstolens hemsida. ”*Protocol No. 15 amending the Convention introduces a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation.*”

[3] Med benämningen Serie A nr 6, dvs. den sjätte domen som Europadomstolen avkunnade, efter att den individuella klagorätten sjösatts.

Det ska i detta sammanhang också nämnas att Europadomstolen idag anser att den s.k. frivilliga skaderegleringsinstitutet under JK utgör ett sådant effektivt rättsmedel som (i princip[4]) först måste uttömmas. Anledningen till detta är den svenska rättsutveckling, främst i HD, under 2000-talet, där skadeståndsrätten — som professor Mårten Schultz har beskrivit det — har blivit ett instrument för implementering av mänskliga rättigheter.[5] För denna rättsutveckling har HD således erhållit välförtjänt berömt i såväl nationella som internationella sammanhang. Europadomstolen har uttryckt att den välkomnar utvecklingen.[6] Emellertid har HD av andra beskyllts för att vara alltför aktivistisk, bl.a. när det gäller tillämpning av europarätten. Exempelvis har förutvarande hovrättspresidenten Fredrik Wersäll riktat hård kritik mot HD och propagerat för att HD bör inta en försiktigare roll som normbildare.[7] Det existerar således en polarisering grundad på rättspolitiska ställningstaganden, som har existerat länge i Sverige och som det finns svåreroderade spår av även idag.

3 Förstärkt subsidiaritet efter den s.k. Brighton-konferensen 2012

På senare tid har Europadomstolen understrukit och framhävt subsidiaritetsprincipen än mer. I kölvattnet av en konferens i Brighton 2012 om Europadomstolens framtid[8] infördes en ny skrivning i ingressen till TP 15, som understryker[9] att medlemsstaterna enligt subsidiaritetsprincipen har det primära ansvaret för att garantera rättigheterna i Konventionen samt att de, när de gör det, tillerkänns en viss extra bedömningsmarginal (*margin of appreciation*). I en seminarierapport publicerad på Europadomstolens hemsida,[10] framhålls att subsidiaritetsprincipen och bedömningsmarginalen utgör två sidor av samma mynt. I korthet innebär den ”nya”[11] principen att om staterna lojalt tillämpar och

[4] Det finns undantag. Se min artikel i Dagens juridik ”*Är JK en författningsdomstol....?”,* publicerad 2017-05-22. Se även advokat Sebastian Scheimans krönika publicerad i Karnovs databas, *När kan man vända sig till Europadomstolen. Om uttömmande av inhemska rättsmedel.*

[5] Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten*, SvJT 2011 s. 989.

[6] I fallen Fexler mot Sverige, dom den 13 oktober 2011, mål nr 36801/06; E.S mot Sverige, dom den 21 juni 2012, mål nr 5786/08; Arlewin mot Sverige, dom den 1 mars 2016, mål nr 22302/10; Gilberg mot Sverige, dom den 2 november 2010, mål nr 41723/06 och Stromblad mot Sverige dom den 6 april 2012, mål nr 3684/07.

[7] Debatten är återgiven av Mattias Derlén och Johan Lindholm i *Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen,* SvJT 2016 s. 143.

[8] *The High Level Conference on the future of the European Court of Human Rights.*

[9] Det kanske inte framgår så klart av själva texten, men det framgår helt klart av dokumenten från konferensen och den efterföljande diskussionen att det var det som avsågs.

[10] *Seminar backgroundpaper, subsidiarity: a two-sided coin?* 30 januari 2015. Framtagen av en organisationskommitté bestående av domarna Laffranque, Raimondi, Bianku, Nuβberger och Sicilianos, assisterade av R. Liddell hos registratorn.

[11] Det är som antytts egentligen inte en ny princip, utan snarare en precisering i skärpande riktning för medlemsstaterna när det gäller den nationella tillämpningen samt — i gengäld — en skärpning för Europadomstolen att inte lägga sig i onödigtvis. Föga förvånande var det Storbritannien som drev på för ökad *margin of appreciation*, men det kom således inte utan ett pris.

vidtar åtgärder för att garantera rättigheterna på nationellt plan, ska Europadomstolen — om klagomål ändå anhängiggörs senare — avvisa målet, även om det finns utrymme för olika bedömningar om utgången, försåvitt det inte finns särskilda skäl för Europadomstolen att ändå pröva klagomålet.[12] Nämnda seminarierapport ägnade bland annat ett helt avsnitt åt att beskriva vad detta innebär för just nationella domstolar (under rubriken *The role of the national courts*). De ska lojalt tillämpa Konventionen, med hänvisning till relevant praxis, vilket i praktiken innebär att de nationella domstolarna också måste visa detta i domskälen. Om således nationella domstolar efter en noggrann prövning i ett enskilt fall finner att klaganden utifrån Europadomstolens praxis inte hade fog för sitt påstående om konventionsöverträdelsen, ska Europadomstolen avvisa målet om det ändå förs dit, således även om det finns utrymme för olika uppfattningar om utgången. Det omvända gäller om det inte framgår av domskälen att nationell domstol har gjort en fördragsvänlig tolkning samt tillämpat konventionsrätten lojalt.

4 Europadomstolens tillämpning av den ”nya” principen

Europadomstolen har redan börjat tillämpa den ”nya” principen, även i svenska fall.[13] I fallet Pihl mot Sverige[14] blev en person i ett anonymt kommentarsfält på en blogg beskylld för verksamhet inom ett nazistiskt parti och för att missbruka hasch. Han stämde ”bloggen” för förtal. Tingsrätten fann att uttalandena var kränkande för Pihl men att bloggen inte kunde hållas ansvarig för att den inte tidigare hade tagit bort uttalandena. Hovrätten fastställde domen och HD meddelande inte prövningstillstånd. Någon proportionalitetsprövning av de motstående intressena mellan rätten till privatliv (artikel 8 i Konventionen) och yttrandefriheten (artikel 10), som Europadomstolen alltid gör i motsvarande situation, gjordes inte av de allmänna domstolarna. Phil vände sig emellertid också till JK och den frivilliga skadeståndsregleringen. JK konstaterade att förtalsuppgifter faller inom tillämpningsområdet för artikel 8 och att detta måste balanseras gentemot yttrandefriheten i artikel 10. JK refererade till och analyserade ett resonemang i ett avgörande från Europadomstolen (Delfi AS mot Estland[15]) och fann att staterna har viss *margin of appreciation* i denna balansakt samt fann slutligt att artikel 8 inte hade blivit överträdd. Europadomstolen noterade JK:s resonemang i sitt motiverade avslagsbeslut samt uttalade att i *”fall då*

[12] Sannolikt menar Europadomstolen med särskilda skäl främst mål med prejudikatvärde eller att det klaganden utsatts för har fått allvarliga eller orimliga konsekvenser.

[13] TP 15 ratificerades av Sverige den 29 mars 2016. Protokollets substantiella bestämmelser om inskränkningar i klagorätten — exempelvis den minskande klagofristen från sex till fyra månader — har ännu inte trätt ikraft. Detta torde emellertid inte ha någon betydelse för den fortsatta diskussionen i denna artikel.

[14] Avslagsbeslut den 9 mars 2017 i mål nr 74742/14, kort refererat av Hans Danelius i ERT nr 2 2017 s. 439 f.

[15] Grand Chamber dom den 16 juni 2015, mål nr 64569/09.

nationella myndigheter eller domstolar gör avvägning av kolliderande rättigheter i enlighet med Europadomstolens praxis måste det finnas starka skäl om Europadomstolen skall avvika från deras bedömning."[16] Det kan nog med fog hävdas att JK "räddade" Sverige från att bli fällda av Europadomstolen. Sverige hade aldrig fått detta generösa bemötande, enbart med domarna från de allmänna domstolarna, som inte visade minsta tecken på någon konventionsrättslig balansakt. Europadomstolen har således levererat i enlighet med skrivningen i ingressen till TP 15 och de slutsatser som dragits i ovan nämnda seminarierapport.

I seminarierapporten ges även exempel på liknande resonemang i Europadomstolens praxis. Det ges också exempel på när Europadomstolen funnit att den nationella tillämpningen har varit allt för snäv och därför fällt staten. Det är av värde att redovisa ett exempel på detta i denna artikel. I fallet Paulett mot Storbritannien[17] var det fråga om ett förverkande[18] av klagandens besparingar. Klaganden — en medborgare i Elfenbenskusten — hade med falska dokument erhållit arbetstillstånd samt arbetat i Storbritannien, för vilket han åtalades och fälldes till bl.a. fängelse. Åklagare hade också yrkat att förtjänsterna (eller snarare besparingarna[19]) av det olagliga arbetet skulle förverkas. Yrkandet bifölls av domaren[20] i första instans. Mannen överklagade förverkandet till mellaninstansen samt hävdade — som det måste förstås[21] — att det vid förverkandeyrkanden måste göras en proportionalitetsbedömning enligt egendomsskyddet i Europakonventionen. Mellaninstansen gjorde inte en sådan bedömning. Tvärtom uttalade den att *"ansvaret för att besluta om ett förverkande är lämpligt ankommer på Kronan*[22]*. När den gör det saknar domstolen diskretionärt utrymme att angripa i beslutet, om det har beslutats i enlighet med lag"*. Om jag har tolkat den brittiska domstolens domskäl rätt, kunde de nationella brittiska domstolarna enbart bedöma om beslutet var lagligen grundat enligt nationell rätt. De kunde enligt sagda uppfattning inte företa en proportionalitetsbedömning enligt konventionsrätten. Europadomstolen konkluderade att *"the scope of the review carried out by the domestic courts was too narrow to satisfy the requirement of seeking the "fair balance" inherent in the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1."*[23]

[16] Detta gäller naturligtvis inte enbart vid avvägningar av kolliderande intressen enskilda sinsemellan. Det var så i det enskilda fallet. Skrivningen är ett utslag av Europadomstolens kasuistiska domskrivningsteknik.
[17] Dom den 13 maj 2014 i mål nr 6219/08, ref. Danelius ERT 2014 s. 649.
[18] De brittiska domstolarna använde termen konfiskation, men vi skulle närmast säga förverkande i Sverige.
[19] Det hade klarlagts att klaganden hade lyckats spara drygt 21 000 pund pga. arbetet, vilket således utgjorde yrkandet.
[20] Benämnd *trial judge*.
[21] Han drev till synes målet själv utan ombud men hänvisade till egendomsskyddet i Europakonventionen och proportionalitetstestet.
[22] Med Kronan torde avses lagstiftaren eller lagen.
[23] § 68.

Slutsatsen är således att staterna får en snävare bedömningsmarginal vid njugg nationell tillämpning samt större marginal vid lojal tillämpning. Den nationella prövningen måste logiskt också vara opartisk och utgöra en rimlig tolkning av Europadomstolens praxis. Det lär inte räcka med att tolka och hänvisa till praxis för skens skull, enbart i syfte att ”fria” staten. Det går att skönja exempel där det kan misstänkas att så har varit fallet, bland annat i vissa JK avgöranden.[24]

5 Exempel på svensk ”njugg” tillämpning av konventionsrätten

Som antytts ovan har vi i svensk rättstillämpning erfarit liknande synsätt som det nyss anförda brittiska exemplet, vilka har begränsat tillämpningen av Konventionen. Vissa av dessa inskränkningar spökar alltjämt idag och kan komma att leda till framtida rättsförluster för enskilda.

Ett typexempel rör den i Konventionen genomgripande proportionalitetsprincipen, vilken således kan aktualiseras lite varstans i rättsordningen. Den har ignorerats allt för ofta i den svenska rättstillämpningen, även när den med noga underbyggda argument har åberopats av part. Ibland har den förbigåtts med argument som att lagstiftaren redan har gjort ett proportionalitetstest etc.,[25] ofta uttryckta i förarbeten utan koppling till konkreta omständigheter i enskilda fall. Proportionalitetsprövningar avgörs nästan alltid med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Det synes som HD har försökt komma tillrätta med detta problem genom det utmärkta och välkomna avgörandet i NJA 2018 s. 753 (nedan Proportionalitetsfallet, även om HD döpt det till Parkfastighetsmålet). HD uttalade där att proportionalitetsbedömningen måste få genomslag i varje enskilt fall. Detta synsätt skiljer sig således från synsättet lite längre tillbaka i tiden. HD talar i Proportionalitetsfallet även om hur bedömningen ska göras. Bland annat uttalas att det minst ingripande alternativet för den enskilde ska användas, med vilket det allmänna uppnår i princip samma resultat. HD:s avgörande måste anses vara mycket tydligt med ett högt prejudikatvärde, men fråga är vilket genomslag det fått.

Det finns exempel på att vad HD uttalade i Proportionalitetsfallet har ignorerats i andra domstolsinstanser, trots att det har åberopats av part. Exempelvis har det i mål som rört utökat strandskydd på senare tid av parter hävdats att skyddet varit onödig, och att det byggförbud som följer med sådant skydd därför varit oproportionerligt. Proportionalitetsfallet har åberopades. Trots detta bär domarna härom inte ett spår av någon proportionalitetsprövning i det enskilda fallet.

[24] Eftersom det inte fullt ut går att styrka att så varit fallet — samt av utrymmesskäl — avstår jag från att ange exempel. Det skulle kräva tämligen långa resonemang kring enskilda fall, för att ha en rimlig möjlighet att övertyga om riktigheten i påståendet om dylik ”partiskhet”.

[25] Se NJA 1996 s. 10 samt vad som anförs om detta avgörande i 2018 års proportionalitetsavgörande.

Trots beröm kan emellertid inte heller HD undgå kritik för njugghet i vissa fall. Ett exempel på konventionsrättslig njugghet utgörs av den berömda s.k. ”klart-stöd-doktrinen”. Denna aktualiserades således avseende frågan om dubbla förfaranden och dubbla straff i mål om skattetillägg och skattebrottsmål samt frågan om dess förenlighet med den grundläggande principen om *ne bis in idem* i artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet. Fram till Europadomstolens avgörande 2009 i det s.k. Zulotukhin-fallet[26] var Europadomstolen praxis oklar och motstridig.[27] HD hade emellertid sedan NJA 2000 s. 622 uttalat att om den ”*klara*” och ”*otvetydiga regleringen*” med dubbla förfaranden och dubbla sanktioner ”*ska sättas åsido…måste det finnas klart stöd för detta…i Europadomstolens praxis*”. Trots klargöranden i Zulotukhin upprätthöll HD ”klart-stöd-doktrinen” efter 2009 i NJA 2010 s. 168. Doktrinen medförde ett kvalificerande moment för tillämpning av konventionsrätten som det saknas rättsligt stöd för i Europadomstolens praxis[28]. Man skulle kunna hävda att detta är ett utslag av en slags aktivism från HD, emellertid i förhållande till Europadomstolens praxis, som har medfört att den nationella tillämpningen av konventionsbestämmelserna har snävats in vid den nationella tillämpningen av konventionsrätten.

Doktrinen kom definitivt och explicit att dödas av Unionsdomstolen i Åkerberg Fransson[29]. HD kom därefter att ”rätta sig” efter Åkerberg Fransson, vilket till slut ledde till flertalet resningar. Det är dock ingen tvekan om att upprätthållandet av doktrinen kom att leda till flertalet irreparabla rättsförluster[30].

Det finns ytterligare ett exempel ur HD:s fatabur på att lägga till kvalificerande moment som saknar stöd i Europadomstolens praxis. Ett sådant exempel avser nationell tillämpning av Konventionen i den privata sfären — vad som i Sverige och i unionsrätten brukar benämnas indirekt horisontell effekt. I konventionsrätten regleras samma fenomen genom principen om staternas s.k. positiva förpliktelser. Staterna måste vidta positiva åtgärder för att skydda enskilda från överträdelser,

[26] Mot Ryssland, dom av stor kammare den 10 februari 2009 i mål nr 14939/03.

[27] Motstridig och oklar praxis kan nog uppstå i de flesta domstolar, även små sådana. Risken borde vara större i en internationell domstol som besätts av domare från 47 olika medlemsländer, som dessutom bara sitter på högst 9 år.

[28] Det är ju inte fråga om vedertagna kvalificerande moment som exempelvis culpa och adekvat kausalitet.

[29] Den Europeiska unionens domstol — stora avdelningen — dom den 26 februari 2013 i mål nr C-617/10, vari det uttalades att *”Unionsrätten utgör hinder för en domstolspraxis som innebär att en nationell domstols skyldighet att underlåta att tillämpa bestämmelser som är oförenliga med en grundläggande rättighet vilken är garanterad i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, är underkastad kravet att oförenligheten ska ha klart stöd i stadgans lydelse, eller i rättspraxis avseende densamma, eftersom en sådan praxis förvägrar den nationella domstolen möjligheten att, eventuellt i samarbete med Europeiska unionens domstol, göra en fullständig bedömning av nämnda bestämmelsers förenlighet med stadgan”.*

[30] Exempelvis satte HD gränsen för att bevilja resningar till mål som avgjorts före Zulotukhin den 9 februari 2009. Denna begränsning godtog Europadomstolen inte i fallet Lucky Dev mot Sverige, dom den 27 november 2014 i mål 7356/10, varpå Sverige fälldes för överträdelse som skett före nämnda datum.

även av andra privata rättssubjekt. Det kan ske genom nationell lagstiftning eller — om sådan inte finns — genom att domstolar tillämpar konventionsbestämmelserna direkt eller fördragskonformt. Ett tydligt exempel som bekräftar domstolars skyldighet att nationellt skydda enskilda från konventionsöverträdelser i den privata sfären är Carolina von Hannover mot Tyskland (1)[31]. Prinsessan Caroline av Monaco förde talan vid tyska domstolar för att hindra fortsatt publicering, i privatägda medier, av fotografier som hon ansåg kränka hennes rätt till privatliv. Att den yrkade rättsföljden inte var skadestånd utan publiceringsförbud lär sakna varje betydelse. Den tyska författningsdomstolen avslog delvis yrkandena med motiveringen att prinsessan själv, i egenskap av ”offentlig person”, var tvungen att tåla publicering av fotografier av henne. Europadomstolen noterade inledningsvis i domskälen att klaganden inte klagade på statliga åtgärder och framhöll en devis som Europadomstolen har återupprepat åtskilliga gånger under de flesta bestämmelser i Konventionen, nämligen att ”*although the object of* [i fallet artikel 8] *is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*”. Efter en detaljerad proportionalitetsbedömning fann Europadomstolen ”*that the German courts did not strike a fair balance between the competing interests.*” Slutsatsen som måste dras är att det ytterst måste ankomma på de nationella domstolarna att genom rättstillämpning skydda enskilda från överträdelser till följd av privata subjekts agerande samt i enlighet med den allmänna subsidiaritetsprincipen tillse att en överträdelse upphör om den alltjämt pågår samt erkänna och gottgöra överträdelsen. Det finns inget som helst stöd för påståendet att överträdelser i den privata sfären undantas från förpliktelserna enligt principen. Ett undantag skulle enligt mig också strida mot den grundläggande effektivitetsprincipen.

Emellertid tillämpades inte Konventionen i den privata sfären av HD i NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa-målet). En kvinna stämde Trygg Hansa på skadestånd för överträdelse av hennes rätt till privatliv i artikel 8, efter att ha blivit frikänd från misstänkt försäkringsbedrägeri. Det var således fråga om skadestånd till följd av överträdelse i den privata sfären. Hon hade anmält whiplashskada och fått ersättning från försäkringsbolaget, som emellertid misstänkte bedrägeri. Därför smygfilmade de henne intensivt i och i närheten av hennes hemmiljö. Skadeståndsmålet i tingsrätten hissades till HD som fann att det skulle vara oförutsebart för privata subjekt att åläggas skadeståndsskyldighet för överträdelser av artikel 8 i Konventionen.

[31] Dom den 24 juni 2004, mål nr 59320/00, ref. Danelius SvJT 2004 s. 626.

HD uttalade: *”…då förutsebarhet har ett centralt rättsstatligt värde, får övervägande skäl anses tala mot att en enskild skall kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär överträdelse av art. 8 Europakonventionen i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning.”*

Trygg Hansa-målet kom att tolkas av bland annat professor Håkan Andersson som att skadestånd aldrig kan utdömas i den privata sfären. Syftandes på HD:s dittillsvarande progressiva rättsutveckling uttalade han i en artikel i Pointlex[32] att HD med Trygg Hansa-målet hade ”*satt en tydlig och viktig gräns för denna utvidgande tendens — hit men inte längre*”.[33] Han har upprepat denna tes i sina voluminösa verk. Så synes även vissa underrätter ha tolkat Trygg Hansa-målet.

Det finns emellertid ytterligare fall från Europadomstolen som närmast direkt och uttryckligen talar emot ”*hit men inte längre*” ståndpunkten. Fallet S.B. mot Rumänien (dom den 23 september 2014, mål nr 24453/04) handlade om en kvinna som hävdade att hon lidit en patientskada till följd av en felbehandling av en privatpraktiserande tandläkare. Hon initierade ett enskilt åtal samt yrkade skadestånd. Talan ogillades i samtliga inhemska instanser. Hon anhängiggjorde en talan i Europadomstolen samt åberopade en överträdelse av artikel 8, dvs. den bestämmelse som även Trygg Hansa-målet avsåg (om än i annat hänseende).

Europadomstolen, som fann en kränkning av artikel 8, anförde i här relevant hänseende följande (§ 66): *”Även om klagandens klagomål avser en privatpraktiserande och inte en offentliganställd, erinrar domstolen om att de fördragsslutande staterna har positiva förpliktelser att upprätthålla och tillämpa ett i praktiken adekvat rättsligt system som möjliggör för offer att få fastställt ansvar avseende den aktuella praktikern samt att erhålla lämplig civilrättslig gottgörelse, <u>såsom skadestånd</u>, i lämpliga fall”*. (f:s översättning. Originaltext i fotnot.[34] Understruket här). Med skadestånd avses såväl ideellt som ekonomiskt skadestånd. Dock gör inte Europadomstolen någon distinktion mellan ren förmögenhetsskada och annan ekonomisk skada, vilket har viss betydelse för det fortsatta (se nedan om Byggnads-målet).

[32] I Mikael Kindboms artikel *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstala*n, publicerad 2007-10-30. Veterligt finns inte Pointlex kvar.

[33] Läsaren bör upplysas om att Trygg Hansa anlitade professor Andersson som sakkunnig i målet samt att professorn skrev ett rättsutlåtande till förmån för Trygg Hansa, för vilket han givetvis arvoderades.

[34] Even though the applicant’s complaint concerns a private practitioner and not a State employee, the Court reiterates that Contracting States are under a positive obligation to maintain and apply in practice an adequate legal framework enabling victims to establish any liability on the part of the physicians concerned and to obtain appropriate civil redress, such as an award of damages, in appropriate cases (*see Codarcea*, cited above, § 103; compare, with regard to positive obligations under Article 2 of the Convention, *Colak and Tsakiridis v. Germany*, nos. 77144/01 and 35493/05, § 30, 5 March 2009, and *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I).

Europadomstolens uttalande rimmar — milt uttryckt — illa med ståndpunkten att skadestånd aldrig kan utgå på nationellt plan grundat på bestämmelser i Europakonventionen — utan utgör snarare en konventionsrättslig förpliktelse.[35]

Den extensiva[36] ”*hit men inte längre*” tolkning av Trygg Hansa-målet kom också delvis på skam genom HD:s mellandom i NJA 2015 s. 899 — det s.k. Byggnadsmålet. Ett byggbolag sattes i blockad av Sveriges Byggnadsarbetarförbund (Byggnads). Byggbolaget vägrade teckna hängavtal bl.a. med motiveringen att det tillämpades ett system med s.k. granskningsavgifter — ett system som i dess dåvarande utformning tidigare fällts av Europadomstolen i målet Evaldsson m.fl. mot Sverige[37]. Ställföreträdaren[38] för byggbolaget hävdade att blockaden — som ledde till byggbolagets konkurs — stred mot den negativa föreningsfriheten och egendomsskyddet i Konventionen och därför var skadeståndsgrundande. HD skulle således avgöra den principiella frågan om Byggnads som privat subjekt kunde åläggas skadestånd för den påstådda överträdelsen[39].

HD konstaterade initialt att Europakonventionen har indirekt horisontell effekt. Emellertid fann HD[40] att det *”står klart att ett skadeståndsrättsligt ansvar för en enskild inte kan utlösas så fort ett handlande innefattar en kränkning av en rättighet enligt Europakonventionen, … Men i linje med föreliggande rättspraxis[41] bör ett ansvar för ren förmögenhetsskada i utomkontraktuella situationer föreligga, om det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna är att anse som kvalificerat otillbörligt”.* (Diskussionen avsåg såväl ideell skada som ren förmögenhetsskada. Här bortses från distinktionen, se det ovan citerade S.B. mot Rumänien).

[35] Se även Domare Pinto de Albuquerques konkurrerande mening i det svenska fallet Söderman mot Sverige (Stor kammare, dom den 12 november 2013 i mål nr 5786/08) om styvpappan som sanktionsfritt smygfilmade den då 14 åriga styvdottern naken i duschen. Majoriteten fällde Sverige enbart med stöd av artikel 8 eftersom Sverige genom de friande nationella brottmålsdomarna (medförandes att inte heller skadestånd utgick) inte i tillräcklig mån skyddade hennes personliga integritet. Domare Pinto de Albuquerques ville gå längre och torgförde att avsaknaden av sanktioner inklusive skadestånd, också utgjorde en överträdelse av artikel 13.

[36] Eller minimalistiska syn, beroende på hur man ser det.

[37] Dom den 13 februari 2007 i mål nr 75252/01, refererad av Danelius i SvJT 2007 s. 454.

[38] Som övertagit konkursboets skadeståndsanspråk.

[39] Mellandomstemat löd: Är Svenska Byggnadsarbetareförbundet, om förbundets stridsåtgärder skulle vara oförenliga med artikel 11 i Europakonventionen respektive artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till Konventionen, i och för sig skyldigt att betala ersättning till H.G. för de skador som HG:s Linköping AB kan ha orsakats till följd av stridsåtgärderna?

[40] Punkten 35.

[41] Med hänvisning till ”Max och Frasses” NJA 2005 s. 608; jfr ”Gillette” NJA 1993 s. 188; ”Processbolaget” NJA 2014 s. 877 och ”Stilo-fåtöljen” NJA 2015 s. 512.

Det kvalificerande momentet med att, utöver konstaterandet av en konventionsöverträdelse, kräva att den också måste innebära ett *kvalificerat otillbörligt agerande* fortsätter att spöka och kan i den alltjämt pågående processen leda till rättsförluster idag samt kommer sannolikt att göra så under långt tid framöver. Det kan exempelvis nämnas att tingsrätten, i Byggnadsmålets fortsättning efter att målet åter hamnat där, fann att agerandet var skadeståndsgrundande och utdömde skadestånd, men att Svea hovrätt fann att agerandet förvisso stred mot den negativa föreningsfriheten och egendomsskyddet i Europakonventionen med hänvisning till Evaldssons-fallet[42], men att agerandet inte var kvalificerat otillbörligt och ogillade byggbolagets talan.[43] Företrädaren för byggbolaget ålades istället att ersätta Byggnads rättegångskostnader med 4 miljoner kronor. Målet ligger i skrivande stund i HD för beslut om prövningstillstånd ska lämnas.

HD skapade med Byggnadsmålet en kvalificering — som snävar in den nationella konventionstillämpningen — således utöver att det ska vara fråga om en överträdelse, inte helt olik den HD gjorde med den nu dödförklarade ”klart-stöd-doktrinen”.

Det sagda ska skiljas från förhållandet att Europadomstolen inte alltid dömer ut skadestånd. I vissa typsituationer anser Europadomstolen att dess uttalande om att överträdelse har skett utgör tillräcklig gottgörelse. Emellertid utdömer Europadomstolen ideellt och/eller ekonomiskt skadestånd i de flesta fall. Subsidiaritetsprincipen torde innebära att nationella domstolar bör gottgöra överträdelser med skadestånd när Europadomstolen gör så — vilket således är i majoriteten av fallen. I Evaldsson-fallet utdömde exempelvis Europadomstolen 5 000 euros i ideellt skadestånd till var och en av klagandena (de yrkade inte ekonomiskt skadestånd, eftersom de konsekvent vägrat att betala avgifterna). Nationella domstolar kan naturligtvis undantagsvis också komma fram till att ett konstaterande av en kränkning utgör en tillräcklig gottgörelse, men ett dylikt uttalande från Europadomstolen lär väga avsevärt tyngre än ett liknande uttalande av en nationell domstol. Sammanfattningsvis finns således inte något undantag från förpliktelserna enligt subsidiaritetsprincipen enbart med hänvisning till att överträdelsen skett i den privata sfären.

6 Historiskt om svensk njugg inställning — från 1920-talet till idag

Som Mårten Schultz uttryckt det har ”rättighetstänkandet stretat i motvind i det senaste seklets svenska rättspolitiska klimat. Motståndet mot rättighetsargumentet har varit teoretiskt motiverat och politiskt sanktionerat”.[44] Vi har förvisso lämnat epoken Lundstedt som på 1920-talet torgförde att uttrycket äganderätt inte har mer betydelse än en pape-

[42] Hovrätten stödde sig på Elisbeth Furas tilläggmotivering när det gällde frågan om överträdelsen av den negativa föreningsfriheten. Majoriteten fann det inte nödvändigt att pröva föreningsfriheten, utan fällde enbart på egendomsskyddet.
[43] Svea hovrätts dom den 13 mars 2019 i mål nr T 315-18.
[44] Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten, SvJT 2011 s. 989 ff.

gojas pladder och den stundtals uppskruvade kritik mot naturrättsläran från företrädare för Uppsalaskolan. Vi kan för all del även bortse från den inställning som Olof Palme gav uttryck för långt senare, genom att beskriva Europadomstolen som dåvarande regeringsrådet Gustaf Petréns lekstuga. Dylika uppfattningar lär inte vara särskilt gångbara idag.

Professor emeritus Ulf Bernitz beskrev dock en njugg eller ängslig inställning även vid införandet av inkorporeringslagen i hans berömda artikel *Europakonventionens införlivande med svensk rätt — en halvmesyr.*[45] Han beskriver där ett politiskt bråk som vittnar om ängslighet. Att inkorporera Konventionen var en uppgörelse mellan företrädare för Socialdemokraterna, Moderaterna, Folkpartiet och Centerpartiet enligt en praxis sedan 1960-talet om att skapa breda politiska kompromisser i konstitutionella frågor. Men det utgjorde högst sannolikt ett starkt vägande skäl att Sverige inte med hedern i behåll kunde gå med i dåvarande EG utan att åtminstone på pappret garantera konventionsbestämmelserna fulla implementering. Sverige var ett av de sista västländerna som inkorporerade. Det blev emellertid ett politiskt bråk om en insprängd bisats i inkorporeringspropositionen.[46] Socialdemokraterna ansåg att formulering i bisatsen — ”*i enlighet med vad som anförts ovan*” — kunde tolkas som att Konventionen gavs en särställning i den inhemska laghierarkin[47] i förhållande till andra inhemska ”vanliga” lagar och att det skulle ge utökat utrymme för lagprövning. Detta väckte upprörda känslor och en omgång i konstitutionsutskottet. Utgångspunkten vid denna tid var ju annars att det ”*i första hand* [måste] *ankomma på lagstiftaren att löpande se till att den svenska rätten stämmer överens med Konventionens bestämmelser*”.[48]

En ängslighet kunde också skönjas så sent som vid framtagandet av 2018 års regler i skadeståndslagen. För det första tog det mycket lång tid innan reglerna infördes efter en utredning SOU 2010:87 — *Skadestånd och Europakonventionen* — överlämnades. Som angivits föreslogs i allt väsentligt enbart en kodifiering av HD:s rättsutveckling, med tillägg av en särskild regel om fördelning av rättegångskostnader.[49] Det framgick också explicit av direktiven att kommittén inte skulle utreda och komma med förslag om skadeståndsansvar i den privata sfären.

Det finns således alltjämt i dag en svårförklarlig kvarvarande — i vart fall fläckvis — ängslighet eller njugghet i den svenska rättstillämpningen att fullt ut implementera rättigheterna i Konventionen. Det går också skönja en viss ovilja mot Europadomstolens praxisbildande verksamhet. Lagrådet avstyrkte regeringens lagrådsremiss avseende införandet av 2018 års skadeståndsregler. Lagrådet var emot en kodifiering av HD:s praxis. Det ansåg att rättsbildningen i sin helhet borde anför-

[45] Juridisk tidskrift nr 2 1994/95 s. 259 ff. Här s. 260.
[46] Prop. 1993/94:117.
[47] Syftandes på ett uttalande av HD i remissomgången om utökad lagprövningsrätt.
[48] Se propositionen till inkorporeringslagen, prop. 1993/94:117, s. 35.
[49] Med arbetsrättslig förebild.

tros domstolarna. Lagrådet ansåg att det alltjämt bör ligga på rättstillämpningen att tillse att det svenska rättssystemet uppfyllde kraven enligt Konventionen. Den pekade på svårigheterna. Det anfördes att ”*Europakonventionen uttolkas i första hand av Europadomstolen. Emellertid är det närmast en omöjlig uppgift att åstadkomma en lagreglering som överensstämmer med Europadomstolens praxis. Den domstolen synes inte ha ambitionen att utarbeta en praxis som står sig över tiden”*. Måhända kan man i denna inställning finna förklaring till varför HD ibland lägger till kvalificerande moment för implementering av konventionsrättigheterna på nationell nivå, till men för effektiviteten.

Det går inte heller att bortse från att det finns svårigheter med att tolka och tillämpa konventionsrätten. Min kollega advokat Percy Bratt och jag påtalade i en artikel som publicerades för snart 20 år sedan — *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*[50] — *svårigheterna med Europadomstolens starkt kasuistiska domskrivningsteknik.*[51] Det fanns uttalanden då, om att Europadomstolen *”shall, as far as possible, confine itself to examining the question raised by the case before it”*. Vi hävdade att problemen med tillämpningen av Europadomstolens praxis emellertid inte bör överdrivas. Långt ifrån allt kan skyllas på Europadomstolens domskrivningsteknik.

Det finns naturligtvis möjlighet att finna vägledning i Europadomstolens praxis, särskilt i en kontradiktorisk process där det nog vore önskvärt med större lyhördhet till de ombud som åberopar relevant praxis från Europadomstolen. Det finns också anledning att befara att det brister i domares kunskaper, särskilt vad gäller metod[52], i vart fall hos domare som inte har ett specialintresse för rättighetsfrågor. Enligt uppgift är de kurser som ibland ges om konventionsrätten inte särskilt välfyllda samt avser främst de materiella rättigheterna.

I vart fall bör inte problemet lösas genom en ambition att borttolka konventionsargument eller att lägga till kvalificerande moment för tillämpning av konventionsrätten på det nationella planet. Europadomstolens praxis bör tolkas lojalt och med förnuft, men fokus på de konkreta omständigheterna i fallet — exempelvis vid proportionalitetsbedömningar. Möjligen bör domstolarna även erinra f.d. justitierådet Muncks devis — Sverige bör inte balansera på gränsen till vad som kan utgöra en kränkning av mänskliga rättigheter.

[50] Med undertiteln ”*Bringing rights home*”, ERT 2000 nr 2 s. 407 ff.
[51] Avsnitt 3.
[52] Exempelvis är Europadomstolens domar alltid uppbyggda på samma sätt. Det sker ofta upprepningar med hänvisning till tidigare mål som säger samma sak. Domarna redovisar nästan alltid relevant inhemsk lagstiftning och domarna blir ofta mycket långa, vilket kan ha avskräckande effekt för den ovane läsaren. Den vane läsaren har emellertid lärt sig att man enbart behöver läsa vissa avsnitt av domarna och vet exakt var dessa avsnitt finns.

7 Avslutning

Enligt mig innebär HD:s ovan beskrivna kvalificering av att skadestånd i praktiken enbart kan utgå i utomkontraktuella förhållanden vid överträdelser som också utgör brott eller innefattar ett kvalificerat otillbörligt agerande — ett undantag från subsidiaritetsprincipen. Detta sker i en tid då Europadomstolen talar om en skärpning av subsidiaritetsprincipen. Om svenska domstolar ska tillämpa dylika kvalifikationer som inskränker Konventionens effektiva implementering, bör det finnas klart stöd för detta i Europadomstolens praxis. Något sådant stöd finns inte.